JUSTICIA 93

NUMERO III

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JOSÉ V. GIMENO SENDRA
JUAN L. GÓMEZ COLOMER
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
JOSÉ S. MARTÍN OSTOS
JUAN MONTERO AROCA
VÍCTOR M. MORENO CATENA
MANUEL P. ORTELLS RAMOS
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO

1993

JOSÉ MARÍA BOSCH EDITOR, S. A. — BARCELONA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«JUSTICIA 93» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), José M.ª Bosch, editor, S. A., Rosselló, 22 08029 — Barcelona, Tel. (93) 419 77 50.

DIRECCION (originales, libros para recensiones), Dr. Francisco Ramos Méndez, Paseo de Gracia 92, 08008 Barcelona. Tel. (93) 487 11 12. Tx 59398 FRM. Fax (93) 487 35 62.

© 1993, José M.ª Bosch, editor, S. A.
Rosselló, 22 — 08029 Barcelona

Depósito legal: B. 19.117-87
ISSN (en trámite)

Printed in Spain/Impreso en España por
COMETA, S. A. — Ctra. Castellón, Km. 3,400 — Zaragoza

INDICE

DACIONES DE CUENTA

La policía judicial en España: Aspectos orgánicos y procesales penales por Juan-Luis Gómez Colomer 389

La incidencia de la sentencia en la nulidad procesal por Joan Verger Grau 417

Las sentencias «aditivas» del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador por Javier Vecina Cifuentes 477

DESPACHO ORDINARIO

Los Tribunales han dicho por Ch. Català Comas, F. Málaga Diéguez y B. Mora Capitán 495

COMISIONES ROGATORIAS

La ejecución provisional laboral en Italia después de la reforma de 1990 por Javier Jiménez Fortea 563

AUDIENCIA PÚBLICA

De los periódicos 591

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DACIONES DE CUENTA

LA POLICIA JUDICIAL EN ESPAÑA: ASPECTOS ORGANICOS Y PROCESALES PENALES*

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaime I (Castellón)

SUMARIO:

I. Concepto. — II. La estructura orgánica. — III. Las funciones de la Policía Judicial. — IV. El atestado policial. — V. Actos procesales de relevancia: *A)* Entrada y registro domiciliario por motivos de seguridad ciudadana; *B)* La retención para identificación por motivos de seguridad ciudadana; *C)* Intervención de las comunicaciones del imputado; *D)* Actos contra la integridad corporal. — VI. La responsabilidad de la Policía Judicial. — Nota bibliográfica.

Las explicaciones en un congreso internacional de la categoría del presente sobre la Policía Judicial española exigen, a nuestro modo de ver, contemplar dos aspectos distintos: De un lado, su concepto, regulación legal, estructura orgánica y funciones; de otro, y no menos importante, los actos del proceso penal en los que su intervención es más relevante, partiendo de unas consideraciones previas sobre el atestado

* Texto de la conferencia impartida por el autor en el Seminario «Política y Justicia», organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, celebrado en México D. F. los días 6 a 8 de septiembre de 1993.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

policial, a efectos de que el jurista extranjero conozca los principales problemas que se plantean en su actuación diaria.

I. Concepto

La existencia de delitos es, lamentablemente, un hecho cierto. También lo es que la Sociedad debe reaccionar frente a esos delitos, persiguiendo a quienes los han cometido y castigándolos, encargando de esa función a unas personas determinadas, los Jueces y Magistrados, y precisamente sólo a través del proceso penal (arts. 25.1 y 117.3 CE).

Es claro asimismo que el fin del proceso penal es hallar la verdad material (averiguar lo que realmente ha ocurrido) y obtener una sentencia justa (de absolución o de condena), respetando los derechos de los ciudadanos y actuando a través del proceso debido («juicio limpio»).

Pues bien, para lograrlo es necesaria una *acusación* formal contra una persona determinada, *que antes debe fundamentarse mediante la adecuada investigación.*

Esa investigación suele ser ser de carácter muy técnico o especializado, y de hecho casi en el cien por cien de los casos así lo es en la práctica, lo que significa que no la pueden hacer en sus aspectos materiales y profesionales los órganos directamente implicados en la dirección del proceso (el Juez), o en la acusación (el MF).

Aparece así la *Policía Judicial*, que es un órgano auxiliar del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, pero también del ciudadano.

Para comprender bien su significado e importancia, hay que tener en cuenta que su configuración, organización, principios de actuación y funciones, no pueden quedar desligados de las anteriores consideraciones, particularmente en dos aspectos concretos:

1.º) En el proceso penal debe respetar y hacer cumplir la CE, velando al mismo tiempo por los derechos fundamentales de los ciudadanos y por la mejor eficacia posible de la investigación criminal.

2.º) Su función, noble e importante, es de carácter auxiliar, pues ni son el órgano acusador, ni tampoco el decisor, aunque su actuación tiene gran importancia en la instrucción de la causa. Por eso la Pol. Jud. es una clase de personal no jurisdiccional auxiliar.

Dicho lo anterior, la perspectiva de análisis jurídico del significado de la Policía Judicial parte de una afirmación innegable: *El Estado* (y en la parte correspondiente las CC.AA.) *está obligado a articular una Policía Judicial ágilmente organizada y tremendamente efectiva* en la averi-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

guación del delito y determinación de la persona o personas que lo hayan podido cometer, fijando taxativamente los límites de sus posibilidades de actuación, porque eso es lo que quiere la Sociedad, los ciudadanos españoles en suma.

De modo que se puede decir sin exageración alguna que, dado que ni el Juez ni el MF pueden investigar materialmente los delitos, pues ni tienen posibilidades, ni conocimientos técnicos, ni deben estar especialmente capacitados para eso, sin la Pol. Jud. el desarrollo adecuado del proceso penal es imposible (de ahí el art. 443 LOPJ).

Su *concepto*, a la vista de la explicación anterior, resulta pues muy claro: La Policía Judicial es una clase de personal auxiliar de los órganos jurisdiccionales que tiene por objeto averiguar los delitos públicos que se cometan en su territorio o demarcación, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos, descubrir a los delincuentes, recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, sea o no probable su desaparición, y entregarlos a la autoridad judicial, y fiscal en su caso (art. 282, I LECRIM y 126 CE). Si son requeridos para ello en los delitos perseguibles a instancia de parte, tendrán la misma obligación (art. 282, II LECRIM).

Ni los Jueces ni los Fiscales pueden salir en persecución de los delincuentes una vez han cometido el delito, pues la Justicia no podría funcionar. Esto lo ha de hacer un miembro de la Policía Judicial, como así se hace realmente en la práctica.

Su *cometido general* es, pues, el de ayudar a los órganos jurisdiccionales y la Fiscalía en la averiguación de los delitos y descubrimiento de sus responsables (art. 126 CE), quedando obligados a seguir las instrucciones que reciban de ellos (art. 283, I LECRIM).

Ello significa que su actuación comienza inmediatamente sean requeridos para ello, aunque todavía no se haya incoado formalmente el proceso penal correspondiente (ya se aportarán luego a la causa esas actuaciones), teniendo asimismo la obligación de participar a la autoridad judicial la comisión de un delito público, a través de lo que se llama diligencias de prevención (art. 284).

Las diligencias de prevención son las primeras diligencias que hay que practicar una vez descubierto el hecho criminal: Dar protección a los ofendidos y perjudicados por el delito, consignar las pruebas del mismo que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, y detener en su caso a los sospechosos (art. 13 LECRIM).

El *comienzo de la tarea* de la Pol. Jud. puede provenir de una de estas tres fuentes:

a) Por propia iniciativa al llegar a su conocimiento el delito público (art. 284, I LECRIM);

b) A excitación del órgano jurisdiccional, que puede provenir bien por denuncia en el Juzgado de Guardia de un delito público, bien por la presentación de la querella en los delitos privados (v. arts. 287 y 284, I, respectivamente); o

c) Por orden del Ministerio Fiscal (art. 287 LECRIM y art. 3.5 EOMF).

Esa labor genérica termina cuando hayan completado las diligencias de prevención (art. 284, II LECRIM), o cuando se presente el Juez competente (art. 285 LECRIM), sin perjuicio de las que les puedan ser encargadas a lo largo del procedimiento preliminar.

Finalmente, conviene insistir en que la actuación de la Pol. Jud. viene limitada por el art. 297, III LECRIM a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, y se abstendrán bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación que la ley no autorice (prueba prohibida: art. 11.1 LOPJ).

II. La estructura orgánica

El primer problema que hay que afrontar a la hora de analizar la estructura orgánica de la Pol. Jud., es que en realidad *en España no existe una verdadera Policía Judicial*, y eso que la generalidad de las personas (políticos, juristas, ciudadanos) está de acuerdo en que debe existir. No es motivo suficiente que así se le denomine por las leyes (la CE se refiere a ella expresamente con este nombre en el art. 126 y la LOPJ, art. 441.1, habla de «Unidades de Policía Judicial»), máxime cuando la propia LECRIM contiene disposiciones que niegan esta naturaleza (por ejemplo, los arts. 186, y 288 a 291, que permiten una intervención decisiva del superior jerárquico del Policía, en contra incluso de las órdenes dadas por el Juez).

Nada contribuye a resolver este problema la gran cantidad de *legislación* que regula en España la Pol. Jud., directa o indirectamente, sin considerar la legislación concordante.

> Así es. Las normas reguladoras de la Pol. Jud. en España son las siguientes: a) Arts. 104, 126 y 149.1-29.ª CE; b) Arts. 443 a 446 LOPJ; c) Arts. 282 a 298 LECRIM y concordantes; d) LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (BOE del 14); e) LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (BOE del 22); f) RD 796/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial (BOE del 24); g) Arts. 21 y 25 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (BOE del 3).

No obstante, los problemas parten ya de la propia CE, porque al hablar de la Pol. Jud. circunscribe su ámbito de actuación exclusivamente a lo penal, y porque establece sobre ella un mando bicéfalo (el Juez y el Fiscal), a pesar de que éstos tienen funciones completamente distintas (art. 126 CE, y art. 446.1 LOPJ).

> La Pol. Jud. estaba formada en la concepción de la LECRIM por muchos *miembros*: En efecto, según su art. 283, precepto no derogado formalmente aunque sí lógicamente desde el punto de vista material en parte, forman la Pol. Jud.: 1) Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales; 2) Los empleados o subalternos de la policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación; 3) Los alcaldes, tenientes de alcalde y alcaldes de barrio; 4) Los Jefes, oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquiera otra fuerza destinada a la persecución de malhechores; 5) Los serenos, celadores y cualesquiera otros agentes municipales de policía urbana o rural; 6) Los guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Admón.; 7) Los funcionarios del cuerpo especial de prisiones; 8) Los agentes judiciales y los subalternos de los Tribunales y Juzgados; 9) El personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, encargado de la investigación técnica de los accidentes.

Pero, hoy, y probablemente porque la Pol. Jud. no existe como tal, *todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, tanto si dependen del Gobierno Central, como de las Comunidades Autónomas, como de los Entes Locales, *son miembros de la Pol. Jud.* (art. 443 LOPJ). En concreto (art. 2 LOFCS):

1.º) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación.

2.º) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Au-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tónomas (País Vasco, Cataluña, Galicia, Navarra y Comunidad Valenciana, hasta la fecha).

3.º) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales.

La legislación española regula ahora explícitamente las actividades de los servicios de seguridad no pública, es decir, las empresas de seguridad, vigilantes y jefes de seguridad y escoltas privados, guardas privados y *detectives privados* (Ley 23/1992, 30 julio, de Seguridad Privada). Según su art. 1.4, esas empresas y personas tienen «obligación especial de auxiliar» a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, prestarles colaboración y seguir sus instrucciones siendo controladas por el Cuerpo Nacional de Policía (art. 2.2), pero carecen de la condición de agentes de la Autoridad.

Es de destacar que los detectives privados no pueden realizar investigaciones sobre delitos públicos, sino tan sólo sobre delitos privados y semipúblicos (art. 19.1 y 3). Resulta difícilmente interpretable, aunque plenamente justificable, que en su actividad no puedan utilizar medios que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones (art. 19.4), dados los límites difusos de estos derechos fundamentales y sus actividades generalmente normales, como investigar, v.gr., adulterios, desapariciones de personas o bienes, etc.

Según el RD 796/1987, de 19 de junio, las funciones generales de la Pol. Jud. corresponden a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia (art. 1), constituyendo la Pol. Jud. en sentido estricto las Unidades Orgánicas previstas en el art. 30.1 LOFCS (art. 7), integradas por miembros del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil.

La profusa legislación vigente no resuelve, sin embargo, de un modo totalmente satisfactorio el *principio de subordinación funcional* a que debería hallarse sometida la Pol. Jud., que es el problema de tipo organizativo más grave que se plantea, porque ésta únicamente debería depender de los Jueces y del MF, y más de aquéllos que de éstos, según la dependencia jerárquica establecida por el art. 126 CE.

Además, su trabajo debería hacerse sin ningún obstáculo por parte de autoridades externas a las del proceso penal, de manera que los

miembros de la Pol. Jud. únicamente puedan realizar tareas que sean las propias de Pol. Jud., o las derivadas de las mismas (*principio de la exclusividad*: art. 445.2 LOPJ), pero el art. 33 LOFCS es más amplio y permite interpretaciones más peligrosas («sin perjuicio de que puedan desarrollar también» otras misiones que se les encomienden), con lo cual el principio de la exclusividad ya no es tan exclusivo.

Sin embargo, la *dependencia orgánica* se incardina en el Ministerio del Interior (art. 31 LOFCS), lo que lleva en la práctica a auténticos problemas irresolubles.

Quizás por ello, los arts. 446.2 LOPJ y 34.2 LOFCS prohíben la remoción o apartamiento de un miembro de la Pol. Jud. que tenga asignada una actuación o investigación judicial concreta, hasta que finalice, salvo autorización en contrario del Juez o del MF competente, con lo que se evitan así, en parte, perjudiciales obstaculizaciones en su labor.

La teoría de la no pérdida de parcelas de poder hace que en la práctica la dependencia orgánica y la dependencia funcional puedan entrar en peligrosa colisión.

III. Las funciones de la Policía Judicial

La cuestión más importante, a pesar de lo dicho anteriormente, estriba en determinar exactamente las funciones de la Pol. Jud. que tienen incidencia procesal penal, al hilo de lo dispuesto en los arts. 443 y 445.1 LOPJ (y en el art. 28 RD 769/1987), y con las precisiones efectuadas por la STS de 22 de junio de 1989 (RA 4429). Podríamos seguir la siguiente clasificación:

a) *Con relación a los delincuentes* (arts. 788.1, 789.1 LECRIM, 20.2 y 21.2 LSC de 1992):

1.— Averiguar quiénes son los responsables de los hechos criminales, actuando como respuesta a las denuncias ante ella presentadas, o por orden de la autoridad judicial o fiscal.

2.— En su caso, detenerlos y ponerlos a disposición judicial tras la realización de las diligencias pertinentes. Destaca aquí la nueva medida de retención para identificación, regulada en el art. 20 LSC de 1992, que estudiaremos en el § V, B) de esta ponencia.

b) *Con relación al delito denunciado:* Averiguar las circunstancias de su comisión (v. los arts. 569, IV y 786-2.ª LECRIM). Las posibilidades son muchas y giran fundamentalmente en torno a los actos de investigación. Nos detendremos especialmente en la nueva medida de entrada

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

y registro del domicilio propio sin consentimiento del interesado ni mandamiento judicial, introducida por el art. 21 LSC de 1992 (v. § V, A) de esta ponencia).

c) *Realización de actos de auxilio* (arts. 786-2.ª, d), 786-3.ª y 789.1 LECRIM):

1.— Auxiliar al Juez y al MF en cuantas actuaciones deban realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.

2.— Realizar citaciones.

3.— Realizar cualquier otra actuación en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenen el Juez o el MF.

d) *Actos de ejecución:* (art. 445.1, c) y d) LOPJ):

1.— La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenasen el Juez o el MF.

2.— La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones del Juez o del MF.

e) *Con relación a la víctima del delito* (arts. 786-1.ª y 789.4 LECRIM):

1.— Proporcionarle auxilio médico, en su caso.

2.— Instruirle en sus derechos.

f) *Como testigos* (arts. 297, 717 y 789 LECRIM, y art. 76 LTraf): Al tener sus actuaciones valor procesal de denuncia, comparecen como testigos en el proceso penal (v. infra § IV).

Una consideración final debe hacerse en este apartado sobre los miembros de la Pol. Jud. que más cerca están de los ciudadanos, es decir, la *Policía Local.*

Lo primero que hay que recordar es que la Policía Local es Pol. Jud., dado que es miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 2, c) LOFCS).

> Determinadas Comunidades Autónomas, como por ejemplo la Comunidad Valenciana, han aprobado normas al respecto de carácter generalmente administrativo. Así, la Ley 2/1990, de 4 de abril, de la Generalidad Valenciana (DOGV del 28 de mayo), de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad Valenciana.

Entre sus funciones específicas destacan las previstas en el art. 53 LOFCS:

1.ª) Instruir atestados por accidentes de circulación dentro del casco urbano.

Dado que esta actuación no siempre es procesal penal, cuando lo sea, su función debe consistir en efectuar la instrucción necesaria, y, una

vez terminada, comunicar el hecho a la Policía Nacional o al puesto de la Guardia Civil autorizado más cercano. En la práctica, los atestados en materia de tráfico se remiten directamente al Juzgado de Guardia, lo cual es correcto, en función de la especialización y de la economía procesal, sin descartar la general sencillez de estos casos.

2.ª) Participar en las funciones de la Pol. Jud., según lo dispuesto por el art. 29.2 LOFCS.

3.ª) Efectuar diligencias de prevención (arts. 13, 284 y 366 LECRIM).

Esta función, necesaria tras la presentación de las correspondientes denuncias por los ciudadanos por hechos delictivos, o por conocimiento propio, consiste en realizar las diligencias necesarias que el caso aconseje y que tengan carácter urgente, y, tanto si se han completado como si no, dar parte inmediatamente a la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía o al puesto de la Guardia Civil autorizado más cercano.

En caso de que se haya practicado una detención, deberá entregar la Policía Local al detenido inmediatamente a la Policía Nacional o a la Guardia Civil.

Pero el cumplimiento en las funciones de la Policía Local en orden a un proceso penal plantea importantes problemas prácticos. De ahí que el art. 34 RD 769/1987, de 19 de junio, regule las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial, su composición y fines, que son fundamentalmente armonizar y lograr la unidad de dirección en las fuerzas policiales adscritas a la investigación criminal.

Por ello, sería de desear que, siendo la Policía Local un órgano colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 29.2 LOFCS), que se encuentra en contacto directo con los ciudadanos, para los que trabaja, se potenciara más su papel en el proceso penal. Se lograría así una mayor colaboración, obediencia y aprecio de los españoles por la Policía Local, y en general, por todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ya que se cumplirían sus instrucciones u órdenes, no por la fuerza o coacción que poseen, o por la preeminencia jerárquica, o por ser la superioridad o autoridad que da la orden, o incluso por algún tipo de autoritarismo, sino por su «auctoritas», es decir, su prestigio, adecuado a la necesidad que tenemos los ciudadanos de notar el orden y la disciplina social, dentro de los principios democráticos consagrados por nuestra Constitución.

Vistas las cuestiones orgánicas y funcionales, debemos afrontar ahora, como indicábamos al principio, los actos procesales penales de mayor relevancia en la actuación práctica diaria de la Policía Judicial, partiendo del atestado policial.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

IV. El atestado policial

En efecto, la gran especialización técnica de la Pol. Jud. actual, que la han convertido realmente en una Policía Científica, hace que los documentos en los que plasma actuaciones tengan un contenido muy rico desde el punto de vista procesal, cuyo valor a efectos sobre todo probatorios suele ser decisivo en la fundamentación de las sentencias de condena.

No siendo sin embargo ni autoridad judicial ni fiscal, la LECRIM, ciertamente anticuada en este tema, no ha previsto que la documentación policial relativa a actos de investigación penal, que hoy es ciertamente compleja, tiene diferente valor y alcance. De ahí que la Jurisprudencia, tanto la del TS como la del TC, hayan precisado, sobre todo últimamente, estas cuestiones.

El atestado policial es el documento que contiene la investigación (entendida como conjunto y no como unidad) realizada por la Pol. Jud. respecto a un hecho aparentemente criminal, sea de la naturaleza que sea. En principio tiene valor de denuncia, según el art. 297, I LECRIM, pero esta declaración legal es decir bien poco.

Los atestados, por tanto, pueden tener muy diversos orígenes o fundamentos, pero si tomamos como ejemplo el atestado policial que se levanta con ocasión de un accidente de tráfico cuyo conductor presenta signos externos evidentes de alcoholemia (delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art. 340 bis a) -1.º CP), por ser el de más frecuente utilización práctica quizás, podemos extraer un contenido homogéneo importante a los efectos de esta ponencia.

Así, observamos que un atestado completo respecto a dicho delito deberá constar de los siguientes documentos y declaraciones:

1.º) Documento que identifica al agente que instruye el atestado por accidente de circulación.

2.º) Acta de información de derechos previa a la prueba de alcoholemia.

3.º) Diligencias de inspección ocular del lugar del accidente, con indicación en su caso de los nombres de los testigos presenciales.

4.º) Diligencias de manifestación e identificación del conductor (permiso de conducir, de circulación, seguros, etc.).

5.º) Diligencias de identificación administrativa de otros posibles conductores implicados (permiso de conducir, de circulación, seguros, etc.).

6.º) Diligencias para hacer constar los datos del peatón atropellado, en su caso, con indicación del hospital al que ha sido trasladado.

7.º) Diligencias para hacer constar los datos del ocupante del vehículo, en su caso.

8.º) Diligencias para hacer constar los daños causados.

9.º) Diligencias de apreciación de la forma de producirse el accidente, que consta de dos apartados: El croquis del accidente y los datos «externos» del conductor (el llamado en la práctica «parte complementario», de gran utilidad judicial, en donde el agente da su impresión del estado físico y mental del conductor, v.gr. «habla pastosa», «ojos brillantes», «deambulación vacilante», «expresión titubeante», «olor a alcohol», etc.).

10.º) Acta de alcoholemia y, en su caso, acta de información de derechos por haberse negado el conductor a la prueba de alcoholemia (sobre el test de alcoholemia, v. infra).

11.º) Declaración del conductor posterior a la práctica del test de alcoholemia (circunstancias previas al accidente, v.gr., cuánto ha bebido, fumado, dormido, etc., dándosele oportunidad de que manifieste todo lo que tenga por conveniente); y

12.º) Finalmente, diligencia de entrega del atestado en el Juzgado de Guardia correspondiente, con copia al Ministerio Fiscal.

Este contenido, que en España puede incluir además un parte resumen a efectos estadísticos, e información complementaria en diferentes idiomas ante el carácter cosmopolita de nuestro país, tiene indudablemente diferente valor. Por ello, la Jurisprudencia ha precisado las siguientes cuestiones:

a) El atestado tiene valor de denuncia, como hemos indicado, de manera que cumple la función de ser acto de iniciación del proceso penal (declaración que ha formulado el TC desde su primera Sentencia, la 31/1981, de 28 de julio, y ha reiterado luego constantemente).

b) Para que el valor de acto de iniciación se transforme en valor probatorio, es decir, para que el atestado se convierta en prueba de cargo, el miembro de la Pol. Jud. que lo redactó tiene que declarar en el juicio oral ante el tribunal sentenciador, reiterándolo y ratificándolo. El Policía es así en el proceso penal testigo (v. S TC 173/1985, de 16 de diciembre; y SS TS de 10 de diciembre de 1986, RA 7873; y de 18 de enero de 1988, RA 300, entre otras muchas).

c) En cuanto al contenido estricto de los atestados, la importantísi-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ma S TS de 23 de enero de 1987 (RA 450), en su fundamento jurídico 4.º, ha hecho las siguientes distinciones:

1.ª) Cuando se trata de *opiniones o informes no cualificados* de la Pol. Jud., de las declaraciones de los imputados, aunque se les haya instruido de sus derechos constitucionales y hayan gozado de la asistencia de Abogado, de declaraciones de testigos, de diligencias de identificación o de reconocimiento, en rueda o fuera de ella, o de otras diligencias semejantes, efectivamente, no se les puede atribuir por sí solas otro valor que el de *meras denuncias*;

2.ª) Cuando se trata de *dictámenes* o de informes dictados por Gabinetes de los que actualmente dispone la Policía, tales como los de dactiloscopia, identificación, análisis químicos, balísticos y otros análogos, tendrán, al menos, *valor de dictámenes periciales*, especialmente si se ratifican en presencia judicial, durante las sesiones del juicio oral y con la posibilidad de que las partes puedan dirigir observaciones u objeciones o pedir aclaraciones a los miembros de los referidos Gabinetes; y

3.ª) Finalmente, tratándose de *diligencias objetivas y de resultado incuestionable*, como la aprehensión «in situ» de los delincuentes, los supuestos en que éstos sean sorprendidos en situación de flagrancia o de cuasiflagrancia, la ocupación y recuperación de los efectos e instrumentos del delito, armas, drogas o sustancias estupefacientes, efectos estancados o prohibidos, entrada y registro en lugar cerrado y lo que se hallara durante el transcurso de los mismos, siempre que mediara mandamiento judicial o asentimiento del morador o del que tiene derecho a excluir (para los supuestos de seguridad ciudadana, v. infra), o de otros supuestos semejantes, el valor que debe atribuírsele es el de *verdaderas pruebas* (documentales o periciales, añadimos nosotros, sin perjuicio de la testifical del agente), sometidas como las demás al principio de libre valoración establecido en los arts. 717 y 741, I LECRIM.

El art. 76 LTraf, para los supuestos específicos en que intervengan los agentes con competencias en materia de circulación vial, añade que las denuncias efectuadas por los mismos harán fe, salvo prueba en contrario, respecto de los hechos denunciados, sin perjuicio del deber de aquéllos de aportar todos los elementos probatorios que sean posibles sobre el hecho denunciado. La Jurisprudencia sin embargo con buen criterio, hace caso omiso de esta vinculación probatoria, porque conforme a los preceptos de la LECRIM acabados de citar, todas las pruebas, absolutamente todas, se valoran por los tribunales penales libremente.

V. Actos procesales de relevancia

En general hay que decir que en todo proceso penal la intervención de la Pol. Jud. es necesaria, en tanto en cuanto deben ser investigados unos hechos criminales de acuerdo con técnicas y modos de actuación que sólo ella sabe hacer y domina.

Los actos de investigación a practicar conforme a la LECRIM, por tanto, pueden significar sin excepción la intervención de la Pol. Jud., aunque en todo caso deban ser ordenados por el Juez o, excepcionalmente, por el MF: Inspección ocular, cuerpo del delito, determinación de testigos, búsqueda del sospechoso, registros, etc., etc.

Con carácter general destaca, al ser una de las primeras diligencias que constantemente practica la Pol. Jud., la *identificación del imputado*, que viene regulada en los arts. 368 a 383 LECRIM.

Las diligencias de identificación del imputado y determinación de sus circunstancias personales afectan al aspecto subjetivo de la investigación. Su finalidad es, obviamente, comprobar la participación de los autores del hecho punible y averiguar su responsabilidad criminal, a efectos de que, constatadas, se les pueda acusar una vez abierto el juicio oral. Es obvio, pues, que la intervención de la Pol. Jud. como elemento auxiliar del Juez es de una importancia decisiva.

En cuanto a su *práctica*, la LECRIM establece diversas actuaciones, relativas tanto a la identificación del inculpado, como a la determinación de su capacidad y de sus circunstancias subjetivas.

a) *Identificación del inculpado:* La LECRIM regula una serie de disposiciones para conocer quién ha podido cometer los hechos punibles, y, una vez conocido, identificarlo perfectamente.

En el primer sentido, los que dirijan cargo contra alguna persona tienen que identificarla, incluso a través de la llamada diligencia en «rueda» (arts. 368 a 372); en el segundo, si una vez conocida no es posible saber sus datos personales (nombre completo y apellidos, DNI, estado civil y, en su caso, domicilio y teléfono), ello se averiguará por cualquier medio que resulte apropiado (arts. 373 y 374).

Para cumplir con lo prevenido en las disposiciones anteriores, se permiten la utilización de medios criminalísticos como la fotografía, la antropometría y la dactiloscopia, así como cualquier otro moderno que permita la identificación completa del sujeto (por ejemplo, el grupo sanguíneo). Técnicas, por tanto, propias de la Pol. Jud.

b) *Determinación de la capacidad del inculpado:* No todos los autores de hechos punibles tienen capacidad para ser enjuiciados criminal-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mente por ellos. Según el Derecho Penal material, no pueden ser condenados ni el menor de 16 años de edad (art. 8-2.º CP, en relación con el art. 9 LTTM, modificado por LO 4/1992), ni el que sufra enajenación o trastorno mental transitorio (art. 8-1.º CP), ni el que tenga gravemente alterada la conciencia de la realidad por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o la infancia (art. 8-3.º CP).

Son necesarias, consecuentemente, una serie de diligencias para en caso de duda fijar la edad y el grado de discernimiento del imputado. A las primeras, aunque parezca que en teoría hoy no deba representar problema alguno determinar con exactitud la edad de una persona, se refieren los arts. 375 y 376 LECRIM; a las segundas, los arts. 381 a 383 LECRIM.

> Una observación importante a este respecto hay que hacer, pues el requisito de la capacidad del inculpado, en caso de enajenación mental (o por emplear la terminología médico-psiquiátrica moderna, en caso de trastorno mental, transitorio o no), tiene tratamiento distinto: Si el delito se comete en estado de trastorno mental, el sujeto es inimputable, pero se celebra el juicio, absolviéndose y ordenando como regla general la medida de seguridad de internamiento en hospital psiquiátrico (v. art. 8-1.º, II y III CP). Pero si el sujeto comete el delito estando sano y luego deviene trastornado mental, el proceso se suspende hasta que sane (art. 383 LECRIM).

c) *Determinación de las circunstancias subjetivas del inculpado:* Finalmente, es sabido que el CP tiene en cuenta la conducta anterior del autor de los hechos punibles, v.gr., para agravar la pena del reincidente (arts. 10-15.ª y 61-2.ª y 6.ª), o las cantidades morales del sujeto para agravar o atenuar la pena (v.gr., art. 10-10.ª CP). Por esta razón, la LECRIM establece la posibilidad de que el JI pueda pedir informes del inculpado a las autoridades municipales, o preguntar a conocidos del mismo (arts. 377 y 378). El JI debe pedir también al Registro Central de Penados y Rebeldes los antecedentes penales de la persona imputada (art. 379).

Pero, además, existen otros actos procesales penales que sin duda tienen una mayor relevancia desde el punto de vista de la intervención de la Pol. Jud. Son los que vamos a analizar a continuación.

A) *Entrada y registro domiciliario por motivos de seguridad ciudadana*

El art. 21 LSC regula un caso especial de entrada y registro del domicilio propio sin consentimiento del interesado ni mandamiento judicial, que tiene una gran trascendencia para las diligencias a practicar por la Pol. Jud. Esta Ley, por cierto, no ha modificado ni uno sólo de los preceptos que la LECRIM dedica al tema.

Dado que el art. 18.2 CE ya permite entrar en el domicilio sin consentimiento del titular, ni mandamiento judicial, y dado que el fin es la protección de la seguridad ciudadana, concepto que no puede limitar la libertad individual del mismo modo que un derecho fundamental limita a otro (v. art. 55 CE), porque la seguridad ciudadana no es un derecho fundamental, según doctrina del TC (v. SS 107/1985, de 7 de octubre; 115/1987, de 7 de julio; y 22/1988, de 18 de febrero, entre otras), esta norma es claramente inconstitucional, o, en todo caso, está de sobra, porque debe prevalecer la libertad sobre la Seguridad.

La razón es clara, y más adelante aduciremos otras: Si el ejercicio de la seguridad ciudadana no es expresión directa de la garantía de libertad, sino una manifestación genérica de control policial, las limitaciones a la libertad personal o a cualquier otro derecho fundamental, como el de la inviolabilidad de domicilio, han de ser excluidas o reducidas a su mínima expresión, y siempre rodeadas de las máximas garantías, entre las que destaca la intervención judicial. Con otras palabras, y sin que se entienda en absoluto que se discute la legitimidad de la actuación policial: Si la protección de la seguridad ciudadana está en función del ejercicio de un derecho fundamental, la garantía de éste está por encima de cualquier otra argumentación.

Es un tema clásico en definitiva el que está en el fondo de todos estos temas: Eficacia policial frente a Estado de Derecho, instituido precisamente para tutelar a los ciudadanos frente a los excesos de una eficacia incontrolada de la investigación criminal.

Presupuestos para que la medida pueda adoptarse son: 1.º) Que el delito sea flagrante, que es su causa legítima fundamental (art. 21.2 LSC); 2.º) Que el delito flagrante lleve al convencimiento de la Pol. Jud. que se está cometiendo o se va a cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga el CP, pero siempre que su intervención sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito; y 3.º) Que un hecho cause o vaya a causar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en su-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

puestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad (art. 21.3 LSC, que regula un caso no estrictamente procesal).

El concepto jurídico de flagrancia (derogado el art. 779 LECRIM en 1988, que lo definía), es hoy jurisprudencial, pues ha sido establecido por la S TS de 29 de marzo de 1990 (RA 2647).

> Esta sentencia establece tres subconceptos para definir la flagrancia: *Inmediatez temporal*, consistente en la comisión instantánea o inmediatamente previa al delito; *inmediatez personal*, por la que el delincuente está allí cometiendo el delito o por su proximidad no hay duda —pruebas irrefutables— de que lo ha cometido; y *necesidad urgente* de que intervenga la Pol. Jud. para poner fin a la actuación delictiva, evitar males, y asegurar la persona del sospechoso.
>
> Es evidente que el TS lo ha hecho demasiado difícil, porque hay un concepto de flagrancia mucho más sencillo y que comprende todo el mundo: El delito es flagrante cuando se comete delante de testigos y a la luz pública, ya que en definitiva y etimológicamente, es flagrante lo que se ve. Por tanto, lo que tendría que haber hecho el TS, ante la derogación del concepto legal de flagrancia, era reiterarlo literalmente para que por doctrina jurisprudencial fuera aplicable en sus propios términos.

De modo que, respecto a la inconstitucionalidad de esta medida, al argumento dado antes de limitar inadmisiblemente el derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado por la CE, habría que añadir que también lo es por derogar el concepto estricto de flagrancia previsto en el art. 18.2 CE, ya que no queda nada claro que el art. 21.2 LSC lo acepte, y, finalmente, por tratarse de una norma interpretativa que debe ser aplicada por la Pol. Jud., quedando excluida la valoración judicial y provocando inseguridad jurídica (arts. 9.3 y 25.1 CE).

Lo mejor consiguientemente es que esta norma, ante las fundadas dudas de inconstitucionalidad y de interpretación que plantea, desaparezca de nuestro Ordenamiento Jurídico.

B) *La retención para identificación por motivos de seguridad ciudadana*

Como hemos indicado antes, la LSC de 1992 ha introducido también otra medida que afecta especialmente a la Pol. Jud., en concreto en

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

su art. 20, cofigurándola como una variedad especial de detención, muy polémica, de dudosa afectividad, y sin que exista acuerdo doctrinal al respecto, ni siquiera en cuanto al nombre, si bien es posición dominante en la doctrina la de considerarla inconstitucional (por los mismos argumentos que veíamos antes al considerar la entrada y registro en lugar cerrado especial regulada también por esta Ley), que podemos llamar «retención para identificación».

Los *presupuestos* para su adopción son: 1.º) Que los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad estén ejerciendo funciones de indagación o prevención, impidiendo la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción (cuestión ésta última que no es penal, sino administrativa), por tanto, deben estar protegiendo la seguridad ciudadana, que es un concepto jurídico indeterminado; 2.º) Que el agente requiera previamente de identificación; y 3.º) Que la persona requerida de identificación no se identifique, no pueda acreditar su identificación o se niegue a hacerlo, en cuyo caso, o bien el requerido acompaña voluntariamente al agente a Comisaría (esto es sólo actividad administrativa, no procesal penal), o bien se resiste o se niega a hacerlo, en cuyo caso procede la inmediata detención (art. 20.4 LSC), que sí es ya una medida cautelar penal.

Pues bien, la retención para identificación consistiría exclusivamente en el acto comprendido entre la constatación de que la persona no puede ser identificada, la llevanza a Comisaría y la realización de la diligencia de identificación, pero en contra de su voluntad, porque si lo hace voluntariamente, no hay coerción, no se alcanza el «status» de detenido.

Después de ello, o se la pone en libertad, o se la lleva a presencia judicial. No hay alternativa.

Si esto es así, la retención es una clase especial de detención, porque para poder detener a una persona se ha de dar alguno de los presupuestos del art. 490 LECRIM, según el art. 492-1.º y, sobre todo, según el art. 492-4.º LECRIM. Y si no se dan esos presupuestos, estamos ante una detención ilegal.

Obsérvese que no se ha derogado o modificado ni uno sólo de los preceptos que la LECRIM dedica a la detención, pero el TC ha dicho que entre la libertad y su privación no existen zonas ni parcelas jurídicas intermedias (S TC 98/1986, de 10 de julio). Por tanto, si estamos ante privación gubernativa de la libertad, se viola el art. 25.3 CE; si es privación de libertad preordenada ante un futuro proceso penal, estamos ante detención (arts. 17.2 CE y 492 LECRIM), con lo cual, el art. 20 LSC no

hace ninguna falta, porque ya existen normas ordinarias para permitir hacer lo que este precepto prevé.

Finalmente, nada se dice en el art. 20 LSC sobre el derecho de defensa, aunque es menos claro que esto sea inconstitucional, porque lo que exige la CE (art. 17.3) es que se interrogue a los detenidos en presencia de su Abogado, no que se les tenga que identificar ante él. Esto es competencia exclusiva de la Policía.

C) *Intervención de las comunicaciones del imputado*

Otra medida de investigación en la que la Pol. Jud. tiene una participación importante es la intervención de las comunicaciones del imputado, de relativa frecuente utilización práctica. Su regulación legal se halla en los arts. 579 a 588 LECRIM, con fundamento constitucional.

En efecto, el art. 18.3 CE dispone que «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

El secreto de las comunicaciones, por tanto, es un derecho fundamental de las personas, cuyo contenido ha sido precisado por la S TC 114/1984, de 29 de noviembre. Sin embargo, como a través de las mismas pueden cometerse delitos (v.gr., carta injuriosa o calumniosa) o, en todo caso, esta correspondencia puede ser fuente de prueba o indicio que conduzca a la demostración de cualquier delito, puede ser necesario una actividad judicial encaminada a detener, abrir y examinar la correspondencia privada, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de un hecho o circunstancia importantes de la causa (art. 579.1 LECRIM).

> Pero debe tenerse en cuenta, que aun siendo necesario limitar este derecho, la detención y apertura de la correspondencia, sin el cumplimiento de los requisitos que la ley establece, constituye delito (art. 192 CP).

La LECRIM se refiere a la detención y apertura de correspondencia privada postal y telegráfica, pero al final de este apartado deberemos interrogarnos también acerca de la posibilidad de investigar cualquier otro tipo de correspondencia o comunicación.

La LECRIM establece en cuanto a la *ejecución* de esta medida las siguientes normas:

a) *Presupuestos en general:* Los presupuestos de la detención y apertura de la correspondencia son tres:

1) Que se trate de correspondencia privada postal o telegráfica que el procesado remita o reciba (art. 579 LECRIM). Se excluye la detención y apertura de correspondencia cruzada entre personas distintas al procesado, lo que no impide que los no imputados deban exhibirla si es de interés para el proceso (art. 575 LECRIM).

2) Que haya indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 579.1 LECRIM).

> En caso de estado de excepción, pueden ser intervenidas las comunicaciones «si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público» (art. 18.1 LO 4/1981).

3) Auto motivado del Juez de Instrucción que determine, por la designación de nombres de remitentes o destinatarios u otras circunstancias concretas, la correspondencia que deba ser detenida y examinada o los telegramas de los que haya que entregar copias (art. 583 LECRIM).

> Si estamos en tiempo de estado de excepción, no se requiere auto alguno, pero la autoridad gubernativa, tras la intervención de la comunicación, deberá comunicar inmediatamente el hecho al Juez en escrito motivado (art. 18.2 LO 4/1981).

b) *Detención de la correspondencia:* Por detención de correspondencia ha de entenderse la simple retención de la misma para su ulterior examen por las personas que determine la ley.

> La facultad de detener la correspondencia es delegable por el órgano jurisdiccional, y así es generalmente por razones de eficacia. En efecto, según el art. 580 LECRIM pueden detener la correspondencia, previo auto motivado del instructor: a) El Juez de Paz (art. 563, al que se remite el art. 580, I); b) La Pol. Jud. (art. 563, al que se remite el art. 580, I); c) El administrador de Correos y Telégrafos o Jefe de la Oficina donde la correspondencia pueda hallarse (art. 580, II LECRIM); d) Pero, en caso de estado de excepción, la única autoridad competente es la gubernativa (art. 18.1 LO 4/1981).

La correspondencia detenida y, tratándose de telegramas, las copias de los mismos, deberá ser remitida al JI (arts. 581 y 582 LECRIM).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

c) *Apertura y examen de la correspondencia postal:* Esta regulación no se aplica a la telegráfica, que, por razones técnicas, es siempre abierta. Con referencia a la postal deben estudiarse los sujetos que intervienen en la apertura y examen, la forma de practicar la diligencia, y la documentación:

a) Sujetos, en donde debe distinguirse a su vez: 1.º) Sujeto facultado para abrirla y examinar el contenido es únicamente el Juez de Instrucción (art. 586, I LECRIM), no cabiendo delegación en la Pol. Jud.; 2.º) Sujetos que pueden o deben presenciar el acto: a) El imputado, que debe ser citado para presenciar el acto, pudiendo concurrir por sí mismo o nombrar representante (art. 584 LECRIM). Si no quisiera hacerlo o estuviere en rebeldía, se abrirá y examinará igualmente (art. 585 LECRIM); b) El Secretario Judicial, para documentar fehacientemente el acto (art. 588 LECRIM).

b) Forma: La forma de practicarse la apertura y el examen viene recogida en los tres párrafos del art. 586 LECRIM. La correspondencia que careciera de interés para la causa será entregada en el acto al procesado o a su representante, o a alguien de su familia mayor de edad si estuviere en rebeldía, y si no hay nadie a quien entregarlo, lo conserva el Juez hasta que aparezca (art. 587 LECRIM).

c) Documentación: El Secretario extenderá diligencia de lo que hubiera ocurrido en el acto, que será firmada por él, el Juez y los asistentes (art. 588 LECRIM).

d) *Otros medios de comunicación:* La antigüedad de la LECRIM impidió que se previera y regulara la posibilidad de tomar conocimiento, para los fines del proceso penal, de comunicaciones privadas que se efectúan a través de medios distintos al correo y telégrafo, como el teléfono, el télex o el fax. Que el Juez de Instrucción pueda intervenir una conversación telefónica o comunicación por télex, fax, o cualquier otro medio, es indudable ya desde el art. 18.3 CE, pero para actualizar la LECRIM se modificó su art. 579 por LO 4/1988.

Por lo que afecta a la intervención y escucha de conversaciones telefónicas (y a las demás), hay que estar al art. 579.2, 3 y 4 LECRIM, que permite su intervención, se trate del delito que se trate, aunque parece especialmente pensado para los casos de delitos de terrorismo, de rebelión o de grave criminalidad (tráfico de estupefacientes, por ejemplo), bien ordenada por auto de Juez de Instrucción, por un plazo de hasta 3 meses, prorrogable por iguales períodos, bien en caso de urgencia por el

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Ministro del Interior, o en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente al Juez de Instrucción, quien confirmará o revocará la medida en un plazo máximo de 3 días. El régimen jurídico de esta importante medida puede estudiarse más ampliamente en la S TS de 18 de junio de 1992 (RA 6102, *Caso Naseiro*).

En caso de estado de excepción, el art. 18.1 LO 4/1981 permite claramente, previa autorización del Congreso de los Diputados, que la autoridad gubernativa intervenga conversaciones telefónicas, sin que se prohíba expresamente que se escuche el contenido de las mismas.

D) *Actos contra la integridad corporal*

El art. 15 CE reconoce a todos el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral. Sin embargo, la integridad física puede verse afectada por determinadas medidas de investigación criminal, generalmente además no reguladas por la Ley en forma expresa, por ejemplo, cuando son necesarios reconocimientos para averiguar las circunstancias del delito y la posible responsabilidad de sus autores.

En estos casos, convendría fijar una serie de presupuestos, acordes con la naturaleza de derecho fundamental, que en todo caso no dejan de ser una opinión personal del autor de estas páginas.

Concretamente, los actos de investigación que significan ingerencias a la integridad corporal deberían: 1.º) Ser acordados exclusivamente mediante auto del Juez de Instrucción, salvo que el titular del derecho preste su consentimiento, en cuyo caso pueden ser acordados por el MF o la Pol. Jud.; 2.º) Ser practicados por personas expertas o profesionales (v.gr., la Guardia Civil de Tráfico, el Médico Forense u otro médico cualificado, etc.); 3.º) En tanto en cuanto puedan reconducirse a actividades periciales, deberán ser de aplicación las normas previstas para este acto de investigación; y 4.º) En ningún caso se debe acordar la medida cuando haya peligro grave para la salud.

Dicho esto, las diligencias pueden ser muy variadas:

a) Extracciones de sangre (v.gr., en delitos contra la libertad sexual, arts. 429 y ss. CP).

b) Análisis de líquidos humanos (saliva, semen, orina, etc.), y punciones pulmonares o medulares.

c) Radiografías, electrocardiogramas o encefalogramas.

d) Tactos vaginales o anales (v.gr., en delitos contra la salud pública, arts. 341 y ss. CP; v. Instrucción 6/1988 FGE, en Memoria 1989, pág. 605).

e) Reconocimientos corporales (v.gr., en delitos de aborto, art. 417 bis CP).

f) Tests psiquiátricos o psicológicos.

g) Tests de alcoholemia y de estupefacientes en delitos contra la seguridad del tráfico.

Consideración especial merece el llamado *test de alcoholemia* (al que hemos tenido ocasión de referirnos al estudiar el atestado especial), para comprobar la comisión del delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 340 bis a)-1.º CP), no sólo por su utilización práctica, sino por ser uno de los pocos actos que tienen regulación legal (v. arts. 12 LTraf y 20 a 28 Rto.LTraf).

Su ejecución corresponde a la Pol. Jud. (Guardia Civil de Tráfico y, en ocasiones, Policía Local), conforme a las normas previstas en la LECRIM, la LTraf y a las técnicas policiales apropiadas. Es muy importante al respecto la Circular FGE 2/1986 sobre la prueba de la alcoholemia como integradora del tipo definido en el art. 340 bis, a) CP (Memoria FGE 1987, págs. 373 y ss.).

El TC, que admite la validez de este medio de investigación (y de prueba), entendiendo que no viola derecho fundamental alguno, ha exigido especiales garantías para que el test pueda en su día convertirse en prueba, y fundamentar de este modo la posible sentencia de condena.

Así, el posible infractor, que está obligado a someterse al test una vez es requerido para ello en el control policial correspondiente, tiene derecho a ser informado de que puede someterse a un segundo examen transcurrido un tiempo, y a análisis de sangre, y, en todo caso tiene derecho de defensa, especialmente si el control implica detención policial, y a que los miembros de la Pol. Jud. que realizaron el test se ratifiquen luego en el juicio oral (v. SS 100/1985, de 3 de octubre; 145/1987, de 23 de septiembre; y 3/1990, de 15 de enero, entre otras).

Finalmente, debe quedar fuera de toda duda que en caso de inconsciencia del imputado, la extracción de sangre requiere sin excepción alguna autorización judicial, dada la imposibilidad de prestar su consentimiento el afectado en un sentido o en otro.

VI. La responsabilidad de la Policía Judicial

El Policía es un funcionario público. Consecuentemente, los actos no ajustados a la legalidad vigente que por acción u omisión cometa, dan lugar a responsabilidad personal. Pero existe también una responsabilidad objetiva de la Administración por los daños patrimoniales que la actuación ajustada a Derecho de la Pol. Jud. pueda causar. Debemos considerar consecuentemente ambas posibilidades.

A) La responsabilidad personal de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, por tanto, de la Policía Judicial, puede ser disciplinaria, civil y penal, exactamente igual que la de los demás funcionarios.

1.º) La *responsabilidad disciplinaria*, es decir, la surgida por actos contra las normas de organización y servicio que regulan administrativamente la Pol. Jud., que son aplicables así inadecuadamente, se regula en los arts. 27 y 28 LFCS, distinguiéndose entre faltas leves, graves y muy graves, y contemplándose en esos preceptos las diferentes sanciones, que van desde el apercibimiento hasta la separación completa del servicio.

2.º) La *responsabilidad civil* surge cuando la actuación de la Pol. Jud. en el cumplimiento de sus funciones específicas es dolosa o culposa. Se exige según el art. 146.1 Ley 30/1992, de 16 de noviembre, sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, ante los órganos jurisdiccionales civiles, aplicándose la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904.

En la práctica es sin embargo muy difícil que se de, dado que la actuación dolosa o culposa de la Policía es generalmente enmarcable en un tipo de delito o falta previsto por las Leyes penales. Por ello, la situación normal es la que explicamos a continuación en el párrafo siguiente.

En efecto, también es responsabilidad civil la derivada de la comisión de un hecho punible por la Policía, en cuanto acto ilícito que es. En este caso, los Tribunales penales determinan la responsabilidad civil del autor del delito conforme a las reglas generales establecidas en los arts. 19 y 20 CP, consistente generalmente en el pago de una indemnización, de la que es responsable subsidiariamente la Administración.

3.º) Finalmente, en cuanto a la *responsabilidad penal*, surgida por la comisión de un delito por parte de un miembro de la Pol. Jud. en cumplimiento de sus funciones (cualquiera, aunque el CP prevea especialmente delitos cometidos por los funcionarios públicos, v. arts. 351 y ss. CP), se exige ante la vía jurisdiccional penal (art. 146 Ley 30/1992), siendo competencia por tanto de los órganos jurisdiccionales ordinarios y

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

viene recogida sustancialmente en el art. 8 LFCS, en el que se establecen determinadas particularidades.

Así, el cumplimiento de la prisión preventiva y de las penas privativas de libertad se ha de realizar en los establecimientos penitenciarios ordinarios, pero con separación del resto de detenidos o presos; también, las medidas cautelares pueden prolongarse hasta la sentencia, pudiendo suspenderse de empleo y sueldo al funcionario.

> La S TC 55/1990, de 20 de marzo, ha declarado inconstitucional el aforamiento previsto en ese precepto, por el que la instrucción y el enjuiciamiento de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se atribuía a las Audiencias Provinciales, y el de las faltas a los Jueces de Instrucción. Ahora se siguen en todo caso las reglas de competencia ordinarias.

B) La *responsabilidad patrimonial de la Administración* surge por contra cuando la actuación de la Pol. Jud., que es conforme a Derecho, produce un daño evaluable económicamente a una persona o institución, también en caso de producción de lesiones o daños físicos a bienes y derechos de particulares, siendo responsable entonces objetivamente la Administración (estatal, autonómica o local, según la adscripción orgánica del miembro de la Policía), a partir del fundamento establecido en el art. 106.2 CE.

Los requisitos que se exigen son: Relación de causalidad entre el daño y el acto de la Policía, que el daño tenga fijado un valor económico concreto, que sea imputable objetivamente a la Administración, y que el funcionario agente no tenga obligación de soportar las consecuencias de su acción. Por eso el art. 106.2 CE la excluye en caso de fuerza mayor.

El procedimiento para exigir esta clase de responsabilidad se configura con carácter administrativo previo en los arts. 139 a 143 de la ley 30/1992, que prevén un procedimiento ordinario y otro abreviado, quedando expedita en caso de negación la vía jurisdiccional administrativa. Cuando la Administración haya actuado en relación de derecho privado, supuesto muy difícil de darse con la Pol. Jud., la vía jurisdiccional procedente es la civil (art. 144 Ley 30/1992).

Los problemas de «ne bis in idem» se resuelven en el art. 8.3 LFCS, de manera que el expediente disciplinario incoado por los mismos hechos queda en suspenso hasta que se dicte la sentencia firme penal, quedando vinculada la Administración a la declaración de hechos probados.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

NOTA BIBLIOGRÁFICA

A) *Manuales, Tratados y Comentarios de Derecho Procesal Penal Español*

AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (2.ª ed.), Ed. Reus, Madrid 1923; ALCALÁ-ZAMORA / GARCÍA VALDÉS, *Derecho Procesal Criminal*, Madrid 1944; ARAGONESES ALONSO, *Instituciones de Derecho Procesal Penal* (6.ª ed.), Ed. Encinas, Madrid 1987; ARAGONESES ALONSO / ARAGONESES MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Edersa, Madrid 1986; FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general del Derecho Procesal*, Lª Bosch, Barcelona 1990: FENECH NAVARRO, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Labor, Barcelona 1960; Idem, *El proceso penal* (4.ª ed.), Ed. Artes Gráficas, Madrid 1982: GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / ALMAGRO NOSETE / CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, t. II, *El proceso penal* (5.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992; GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985; GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal*, Gráficas Apel, Oviedo 1987; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Bosch, Barcelona 1947-1951; GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal* (10.ª ed.), Ed. Artes Gráficas, Madrid 1986; IBÁÑEZ y GARCÍA VELASCO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Ed. Universidad, Madrid 1969; JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho Procesal Penal*, Ed. RDPriv, Madrid s/f; LORCA NAVARRETE, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tecnos, Madrid 1986; MIGUEL Y ROMERO / MIGUEL ALONSO, *Derecho Procesal Práctico* (11.ª ed.), Ed. Bosch, Barcelona 1967; MONTERO AROCA / ORTELLS RAMOS / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO, *Derecho Jurisdiccional*, t. III, *El proceso penal* (3.ª ed.), Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1993; PRIETO-CASTRO / GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho Procesal Penal* (3.ª ed.), Ed. Tecnos, Madrid 1987; RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Lectura constitucional* (2.ª ed.), Lª Bosch, Barcelona 1991; VIADA LÓPEZ-PUIGCERVERT / ARAGONESES ALONSO, *Curso de Derecho Procesal Penal* (4.ª ed.), Ed. Prensa Castellana, Madrid 1974;

B) *Obras españolas de carácter procesal penal práctico:*

MAJADA, *Manual de Formularios Penales* (21.ª ed.), Ed. Bosch, Barcelona 1991; PIQUE / RIFA / SAURA / VALLS, *Los procedimientos pe-*

nales. Formularios, comentarios y jurisprudencia (2.ª ed.), Lª Bosch, Barcelona 1987; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Modelos para la práctica jurídica procesal penal*, Ed. Tecnos, Madrid 1978; RAMOS MÉNDEZ, *Tirocinio procesal*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1991; RIFA / VALLS, *Leyes procesales penales y Jurisprudencia. Edición anotada*, Ed. Bosch, Barcelona 1986;

C) *Obras españolas sobre la Policía (Judicial) y sus funciones:*

ALONSO FERNÁNDEZ, *Alcohol-Dependencia*, Ed. Pirámide, Madrid 1981; ALONSO PRIETO, *Estudios de Derecho Judicial de la Circulación*, Ed. Yepes, Madrid 1972; ANTON BARBERA / DE LUIS Y TUREGANO, *Policía Científica*, 2 tomos, Ed. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de la Universidad, Valencia 1990; ASOCIACIÓN NACIONAL DE PREVENCIÓN DE ACCIDENTES DE TRÁFICO, *III Congreso Nacional de Seguridad en el Tráfico*, 1980; AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, *Prevenció. Cuadernes de estudi i documentació*, Barcelona 92; Idem, *Forum des collectives territoriales européennes pour la securité urbaine*, «Instrumento y Metodología para el conocimiento del fenómeno delictual», Barcelona 1990; BARCELONA LLOP, *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, Revista de Administración Pública, núm. 113, Mayo-Agosto 1987; BOLAÑO DÍAZ, *Multas municipales de circulación*, Ed. Abella, Madrid 1987; BOSCH, *Manual Municipal de Gobernación. Policía Municipal y Seguridad Ciudadana*, Ed. Ceumt, Madrid 1981; CAL Y MAYOR, *Manual de Educación Vial*, Ed. Limusa, Madrid 1987; CARMELO BARRADO, *Técnicas asistenciales de urgencia*, Ed. Dirección General de la Policía, Madrid 1988; CARRIÓN, *Bases para la prevención de las drogodependencias*, Ed. Alfar, Madrid 1986; CONSELLERIA DE SANITAT I CONSUM, *Accidentalidad, morbilidad y mortalidad por accidentes de tráfico en la Comunidad Valenciana y en España (1950-1986)*, Ed. Conselleria de Sanitat i Consum, Valencia 1989; DE LA CARRERA Y RODRÍGUEZ, *Actuaciones policiales*, Ed. Academia de la Carrera del Castillo, Madrid 1978; DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Manual de Tráfico para la Policía Municipal*, Ed. Vicens Vives, Barcelona 1980; DIVISIÓN DE ENSEÑANZA Y PERFECCIONAMIENTO DE LA POLICÍA, *Técnicas de intervención policial*, Ed. Dirección General de la Policía, Madrid 1986; DIVISIÓN DE ENSEÑANZA Y PERFECCIONAMENTO DE LA POLICÍA, *Area socioprofesional*, Ed. Dirección General de la Policía, Madrid 1987; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

criminología, Ed. Espasa-Calpe, Madrid 1988; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA et als., *Introducción a la Criminología*, Ed. Dirección General de la Policía, Madrid 1985; M. GARRIDO GENOVES/LUQUE DELGADO, *Policía y Ciencias Sociales*, Ed. IVASP, Valencia 1991; GÓMEZ PAVÓN, *Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Ed. Bosch, Barcelona 1988; JORDÁN MONTAÑÉS, *Investigación de Accidentes*, Ed. Diputación Provincial, Castellón 1988; LÓPEZ NIETO Y MALLO, *La Policía Municipal*, Ed. Abella, Madrid 1992; LUZÓN PEÑA, *Derecho Penal de la Circulación*, Ed. PPU, Barcelona 1990; MARTÍN FERNÁNDEZ, *La Profesión de Policía*, Ed. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid 1990; QUERALT / JIMÉNEZ, *Manual de Policía Judicial*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1987; RICO / SALAS, *Inseguridad ciudadana y Policía*, Ed. Tecnos, Madrid 1988; RICO, *Policía y Sociedad Democrática*, Ed. Dirección de Seguridad del Estado, Ministerio del Interior, Madrid 1983; SÁNCHEZ VALLE / SOLER TORMO, *Manual de ingreso en los Cuerpos de la Policía Local de la Comunidad Valenciana*, Ed. Conselleria d'Administració Pública, Valencia 1991; TURRADO VIDAL, *Introducción a la Historia de la Policía*, Ed. Dirección General de Policía, Madrid 1985; VILLANUEVA Y SANTAMARÍA, *Accidentes de tráfico*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1985; Varios autores, *El moderno atestado policial*, Ed. Lamruja, Madrid 1993; Varios autores, *Estudios de Policía Científica*, 2 tomos, Ed. Dirección General de la Policía, Madrid 1990; Varios autores, *Policía y Constitución*, Colección Estudis i Recerques, Serie Protecció Ciutadana núm. 1, Ed. Ayuntamiento, Barcelona 1987; Varios autores, *Policía y Sociedad democrática*, Ed. Alianza, Madrid 1983.

D) *Revistas especializadas en materia de Policía (Judicial):*

— *Policía Española*, editada por la Dirección General de Seguridad, Madrid.

— *Ciencia Policial*, editada por la Dirección General de Seguridad, Madrid.

— *Guardia Civil*, editada por la Dirección General de la Guardia Civil, Madrid.

— *Policía Municipal. Revista Técnico-Legislativa*, editada por Cosema, Madrid.

E) *Colecciones de Jurisprudencia españolas más importantes:*

— *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, editado por las Cortes Generales.

— *Jurisprudencia Constitucional*, editado por el BOE.

— *Repertorio de Jurisprudencia*, editado por ARANZADI.

La Jurisprudencia Constitucional que afecta al proceso penal puede consultarse, en estracto, en la obra de GUI MORI, *Jurisprudencia Constitucional 1981-1991*, Ed. Civitas, Madrid 1992.

F) *Revistas españolas especializadas en Derecho Procesal Penal más importantes:*

Independientemente de la publicación de numerosos artículos de carácter procesal en revistas generales, o especializadas en materia distinta, se editan en España sobre materia predominantemente orgánica o procesal las revistas siguientes:

— *ESTUDIOS DE JURISPRUDENCIA. REVISTA COLEX* (desde 1992), editada por Colex, de Madrid.

— *JUSTICIA* (desde 1981), editada por J.M. Bosch, de Barcelona.

— *REVISTA DE DERECHO PROCESAL* (desde 1945, con refundiciones y cambios de denominación), editada por Edersa, de Madrid.

— *REVISTA UNIVERSITARIA DE DERECHO PROCESAL* (desde 1987), editada por la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

— *PODER JUDICIAL* (desde 1981), editada por el Consejo General del Poder Judicial.

LA INCIDENCIA DE LA SENTENCIA EN LA NULIDAD PROCESAL

JOAN VERGER GRAU
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO:

I. Planteamiento del problema: 1. Absorción de la nulidad en los medios de impugnación; 2. La nulidad después de sentencia firme. — II. La rebeldía involuntaria: 1. La ausencia involuntaria y el debido proceso; 2. Tratamiento preventivo: modificación del régimen de los actos de comunicación; 3. Sentencias dictadas en rebeldía en primera instancia: *A)* Recurso de apelación; *B)* Dispensa de la preclusión; *C)* Ambito y efectos del recurso de apelación; 4. Sentencias dictadas en rebeldía, en única o última instancia o en casación. — III. Nulidad procesal después de sentencia sin rebeldía: 1. Supuestos en que caben los recursos ordinarios o extraordinarios; 2. Sentencias dictadas en única o última instancia, casación o amparo: *A)* En general; *B)* Nulidades de rango constitucional: a) Sentencias dictadas en única o última instancia: el recurso de casación por infracción de garantías constitucionales y el principio de subsidiariedad; b) Sentencias dictadas en casación o amparo.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. *Absorción de la nulidad en los medios de impugnación*

Es pacífico en la doctrina que los motivos de nulidad, originaria o derivada, de una sentencia quedan absorbidos por los medios de impugnación que contra ella caben, siempre que las partes hayan podido, realmente, utilizarlos. La antigua *querela nullitatis* —dice CALAMANDREI— tiene que vivir bajo nombre ajeno, como última etapa de una evolución

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

casi dos veces milenaria. Se ha producido la «conversión de los motivos de nulidad en motivos de gravamen, de acciones de impugnación ejercitadas en vías de gravamen, de absorción de la invalidez en la impugnación» [1], de modo que la sentencia supuestamente afectada de nulidad pasa a cosa juzgada si, pudiendo serlo, no es impugnada [2].

Ordinariamente, la nulidad de la sentencia se denuncia a través del recurso de apelación, que históricamente absorbió a la *querela nullitatis* [3], pero también mediante el recurso de suplicación laboral [4], casación [5], de audiencia al rebelde [6], de anulación penal [7], de amparo [8], etc.

1. CALAMANDREI, P.: *Supervivencia de la querella de nulidad en el proceso civil vigente*, en *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, vol. III, p. 296. Y prosigue: «Diversas terminologías que indican todas ellas el mismo fenómeno histórico, llevado a cabo en las legislaciones modernas; a saber, la desaparición de un expreso y separado remedio procesal, *querela nullitatis* (...) contra la sentencia nula, esto es, viciada de defectos de actividad (errores in procedendo), y la fusión, la incorporación, podríamos decir de este remedio en los expresamente instituidos para reponer la sentencia injusta (...), de lo cual se sigue que la nulidad de la sentencia, sujeta al mismo régimen de gravámenes previamente dispuesto para la sentencia injusta cuya injusticia no sea denunciable cuando el plazo para experimentar el gravamen haya transcurrido, *se transforma de nulidad en impugnabilidad*, es decir, la nulidad que se puede hacer declarar en todo tiempo mediante una acción de mera declaración de certeza, en anulabilidad, que sólo se puede hacer valer *en el plazo dado para la impugnación* y que, transcurrido él, queda sanada». (*ob. y vol. cits.*, p. 297).

2. DENTI, V., *Novissimo Digesto Italiano*, T. XI, p. 469; CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. J. Casals Santaló, Ed. Reus, Madrid, 1922, T. II, p. 119 y 419; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. E. Gómez Orbaneja, Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1954, T. I, p. 478; CALAMANDREI, P., *Estudios...*, *ob. y vol. cits.*, p. 296; SATTA, S., *Diritto Processuale Civile*, Ed. Cedam, Padova, 1987, p. 256; FAZZALARI, E., *Instituzioni di Diritto Processuale*, Ed. Cedam, Padova, 1986, pp. 378 a 380. En nuestro país pueden consultarse, entre otros, PRIETO CASTRO, L., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1959, T. I, pp. 350 a 352; FENECH, M., *Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo*, Madrid, 1956, T. II, p. 3.570; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1952, p. 307; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1959, p. 463; VERGE GRAU, J., *El incidente de nulidad de actuaciones*, Barcelona, 1982, Parte Segunda; *La nulidad de actuaciones*, Barcelona, 1987, pp. 70 a 77 y *Comentario a la STC de 15 de noviembre de 1990, Sobre la constitucionalidad del art. 240 LOPJ*, en Justicia 1991, n.º 3, p. 624.

3. CALAMANDREI, P., *Supervivencia..., ob. cit.*, p. 301.

4. MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral,* Barcelona, 1981, 2 T. (T. II, pp. 71 y ss.).

5. Id. íd. *ob. cit.*, p. 305.

6. VERGE, J., *La rebeldía en el proceso civil*, Barcelona, 1989, pp. 117 y ss. MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Madrid, 1991, pp. 260 y 261.

7. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con ALMAGRO, GIMENO y MORENO), *El nuevo proceso penal*, Valencia, 1989, p. 253.

8. ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y Proceso*, Barcelona 1984, p. 129; RAMOS

El agotar los recursos ordinarios o extraordinarios o el no haberlos utilizado pudiendo hacerlo convierte a la sentencia en firme y, cuando resuelve sobre el fondo y el proceso es válido, en cosa juzgada material, subsanándose todas las posibles nulidades. El principio de disponibilidad rige, en general, en el proceso civil [9] y junto con el principio de seguridad jurídica, que forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva [10], explican este postulado. Ello es perfectamente lógico por cuanto si el objeto es disponible y se alcanza un resultado aceptado por las partes, ni el interés público ni el privado justifican que se declare la nulidad por posibles defectos procesales que, sin embargo, no han impedido llegar a un resultado «justo». También en el proceso penal, donde rige la indisponibilidad relativa, la supuesta nulidad absoluta se subsana cuando ya no queda ningún medio ordinario ni excepcional para denunciarla, incluido, naturalmente, el recurso de amparo; esto es, cuando el juez ya no tiene potestad para ponerla de relieve [11]. El juez no procede nunca de oficio a impugnar su sentencia, con lo que llegado este momento —dice CHIOVENDA— la nulidad se convierte en anulabilidad [12].

El principio queda perfectamente reflejado en nuestro ordenamiento procesal: «Los Tribunales no podrán variar, después de firmadas, las resoluciones que pronuncien (...)» (art. 161 LECRIM); «Tampoco podrán los Jueces y Tribunales variar ni modificar sus sentencias después de firmadas (...)» (art. 363 LEC); «Los Jueces y Tribunales no podrán variar

MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, Barcelona 1992, T. I, p. 357; GIMENO SENDRA, V. (con CASCAJO CASTRO), *El recurso de amparo*, Madrid, 1985, p. 81 y ss.

9. Cuando el objeto es indisponible, el principio de legalidad hace recaer en el Ministerio Fiscal la vigilancia del procedimiento (arts. 3 y 6 EOMF).

10. SSTC 20 junio 1988 y 15 noviembre 1990.

11. CONSO, G., *Il Giudicato come causa di sanatoria delle nullità degli atti processuali*, en *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano 1960. T. I, p. 569. En el mismo sentido, CARNELUTTI: «La invalidez de la decisión no puede ser puesta de relieve sino mediante la impugnación. Este es el régimen establecido por el código de procedimiento civil con la fórmula del artículo 161 'La nulidad de las sentencias sujetas a apelación o a recurso de casación, sólo puede hacerse valer dentro de los límites y según las reglas propias de estos medios de impugnación'. Una norma semejante, *que subordine la invalidación a la impugnación* de la decisión, no existe en código de procedimiento penal, lo que constituye ciertamente un defecto formal del mismo; *sin embargo, las normas sobre el juicio de apelación y de casación, como observaremos de aquí a poco, no dejan duda de que también en el proceso penal la invalidación de la decisión no puede ser puesta de relieve sino en cuanto la decisión sea impugnada». Derecho procesal civil y penal*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires 1971. T. II *Principios del proceso penal*, pp. 296 y 297.

12. CHIOVENDA, G., *Principios..., ob. cit.*, T. II, p. 119. SATTA, *Manual..., ob. vol. cits.*, p. 244 etc.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

las sentencias y autos definitivos que pronuncien después de firmados (...)» (art. 267.1.LOPJ). El art. 240 LOPJ, que se refiere expresamente a la nulidad absoluta, confirma esta regla. El juez sólo puede declarar de oficio la nulidad «antes de que hubiere recaído sentencia definitiva», entendiéndose por tal aquella que decide «definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso» (art. 141 LECRIM); «Las que deciden definitivamente las cuestiones del pleito en una instancia o en un recurso extraordinario; las que recayendo sobre un incidente, pongan término a lo principal, objeto del pleito, haciendo imposible su continuación; las que declaren haber o no lugar a oír a un litigante condenado en rebeldía» (art. 369 LEC) [13].

Prescindiendo del confuso empleo del término «sentencia definitiva» [14], hemos de entender por tal, según la ley, la del art. 245. 1. c.

13. Sobre la inadecuada terminología del legislador, es importante recordar la distinción que hace CARRERAS: «Por sentencia material entendemos la que resuelve las pretensiones de las partes, decidiendo *definitivamente* sobre la protección o tutela de los derechos subjetivos; *esta resolución es la única que merece ser llamada definitiva*, ya que cierra el paso a toda ulterior discusión». (CARRERAS LLANSANA, J., *Estudios de derecho procesal* (con FENECH), Barcelona 1962, p. 605. En el mismo sentido, GUASP entiende que la noción de sentencia que se acerca más a la auténtica en el texto de la ley es la de aquellas resoluciones «que decidan definitivamente las cuestiones del pleito», si bien «el adverbio *definitivamente* no está empleado con acierto —añade— porque siendo las sentencias simplemente definitivas, dentro de la terminología de la LEC y, a diferencia de las firmes, aquellas contra las que cabe aún alguna clase de impugnación, no se comprende que se pueda hablar de dos y hasta de tres resoluciones definitivas de un mismo asunto» (GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1943, T. I, p. 1.010). Lo correcto, por tanto sería entender por sentencia aquella resolución que decide sobre el fondo del asunto, sobre el derecho material, debiendo revestir forma de auto las interlocutorias que no sean providencias y las absolutorias de la instancia que, al igual que las sentencias, podrían ser o no firmes, pero sólo éstas, una vez firmes, serían genuinamente «definitivas». Decimos «genuinamente» para salvar aquellas otras resoluciones que, sin ser materiales, cierran «definitivamente» la vía jurisdiccional, como el auto del Tribunal estimando la falta de jurisdicción, etc. (vid. PRIETO CASTRO, L., *La oralidad y las excepciones* en *Estudios y comentarios*, Madrid 1950, p. 121 y ss. y CARRERAS, *Estudios..., ob. cit.*, pp. 605 y 606). Sólo debería entenderse por sentencia, dice CORTÉS, aquella resolución que, según el art. 359 LEC, condena o absuelve al demandado y decide todos los puntos litigiosos que han sido objeto de debate, pero para el legislador —añade— no sólo son sentencias aquellas «que han decidido definitivamente la pretensión planteada en el pleito, sino también aquellas que, poniendo fin a un incidente, impiden la continuación del pleito (...). La confusión viene, evidentemente, del derecho germánico, que no conocía más resolución judicial que la sentencia y heredó de la tradición jurídica romana dos tipos de resoluciones judiciales (sentencias e interlocuciones)». (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal*, (con ALMAGRO, GIMENO y MORENO) Valencia 1986, T. I, vol. 1, p. 483. Vid. igualmente, GÓMEZ ORBANEJA (con HERCE QUEMADA) *Derecho Procesal..., ob. cit.*, p. 297.

14. Los arts. 1.689 y 1.690 LEC que autorizan el recurso de casación contra sentencias que pueden no ser de fondo, dice: «Tendrán el concepto de definitivas...».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LOPJ, es decir, cuando decida el pleito en cualquier instancia o recurso (resolución final de la instancia o del recurso) [15]. Ello demuestra que la prohibición de variar, modificar o anular la sentencia definitiva viene, no tanto del contenido, material o no, de la resolución, cuanto de que el juez carece ya de jurisdicción para seguir conociendo del asunto, y sólo puede admitir o rechazar los recursos que se formulen.

La invariabilidad de la sentencia se basa, pues, en que el juez, una vez dictada, pierde jurisdicción para seguir conociendo de la causa [16], pues la pretensión, que es el fin de la actuación procesal, ya ha sido actuada [17]. «El principio de *seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal* impiden que los Jueces y Tribunales, al margen de los casos previstos por la ley, puedan revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieren con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad aplicable» (STC 7 junio 1984).

Pero es que, además, quedando aún la posibilidad de recurrir la sentencia a través de un medio ordinario o extraordinario, si la supuesta nulidad comporta un perjuicio para las partes, el ordenamiento les otorga, precisamente, la facultad o carga de denunciarla en defensa de sus intereses, o en defensa de la legalidad, en los casos en que interviene el Ministerio Fiscal.

Por ello causó sorpresa en la doctrina la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988 cuando dijo que «por sentencia definitiva sólo puede entenderse la ya definitivamente ejecutada». Con independencia de la crítica doctrinal que mereció tal afirmación [18], el problema al que alude dicho recurso no es tanto el que la sentencia fuera «definitiva» en el sentido de agotar la instancia, cuanto que fuese ya firme y, en ese sentido, dice el TC (aludiendo a la supresión del incidente de nulidad de actuaciones) [19] que «nada hay que reprochar a esta decisión del legislador desde el punto de vista constitucional, en tanto en cuanto,

15. Vid. GARNICA MARTÍN, J.F., *Nulidad de actuaciones después de sentencia firme* en Justicia 1990, n.º 4, pp. 897 a 926 (p. 910).

16. MANRESA NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1919, T. II, p. 125.

17. GUASP, *Comentarios..., ob.* y T. *cit.*, p. 987.

18. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, E., *Nulidad de sentencia sin necesidad de recurso*, en La Ley 1989, n.º 1, pp. 905 a 907. Vid. también las SSTC 24 octubre 1988 y 30 enero 1989.

19. Incidente todavía subsistente en el art. 240.2 LOPJ, aunque no es medio idóneo (como tampoco lo era antes) de impugnar la nulidad de las resoluciones cuando pueden utilizarse los recursos. (VERGE: *La nulidad de actuaciones, ob. cit.*, pp. 227 a 307.

efectivamente, quepa hacer valer a través de los recursos establecidos la existencia de defectos de forma que determinen efectiva indefensión y, en consecuencia, nada hay que oponer a un entendimiento rigurosamente literal del precepto contenido en el apartado segundo del artículo (240) cuando la sentencia definitiva recaída *no fuera aún sentencia firme*, por quedar abiertos frente a ella recursos ordinarios o extraordinarios».

Por lo tanto, el art. 240.2. LOPJ no se refiere en absoluto a la sanatoria de las nulidades en la sentencia definitiva sino, solamente, a la pérdida de jurisdicción del juez para declararlas de oficio. Ningún inconveniente hay en que las partes, o el Ministerio Fiscal cuando interviene, formulen los recursos y demás medios de impugnación para obtener la declaración de nulidad. Así lo reconoce expresamente la STC de 15 noviembre 1990[20].

No puede entenderse que el llamado *recurso de aclaración* o la aclaración de oficio que autorizan los arts. 267 LOPJ, 363 LEC, 161 LECRIM, etc. sea el medio apropiado para *anular* una sentencia definitiva[21] pues, como decíamos, ni siquiera antes de ser firmes pueden los Jueces y Tribunales anularlas de oficio. La aclaración sólo permite la corrección de la sentencia, entendiendo por tal «el acto en que el órgano jurisdiccional rectifica los errores en que ésta ha incurrido, sin alterar el fondo de la misma»[22]. En varias ocasiones se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el sentido de que «el art. 267.2 de la LOPJ tan sólo autoriza a que la subsanación de errores sea de tal naturaleza que su eliminación de la resolución judicial en que se han cometido *no incida en su sentido, vigencia y eficacia*, no pudiendo, en consecuencia, *utilizarse como*

20. Vid. VERGE, *Comentario..., ob. cit.*, p. 624 a 628.

21. Vid., sin embargo, RUIZ VADILLO, E., *Crisis de la Justicia y Reforma Procesal Penal* en *Crisis de la Justicia y Reformas Procesales*. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Madrid, 1988, pp. 309 a 333 (p. 330).

22. GUASP, *Comentarios..., ob. y T. cit.*, p. 989. «La corrección no equivale a la emisión de una nueva sentencia, ni siquiera considerando a esta nueva sentencia como parcial; de donde se desprende como consecuencia importante la de que no es necesario emplear la fórmula de la sentencia para ello, sino que basta con la del auto (...); el contenido de la resolución rectificadora *se incorpora a la rectificación* y de ello se deduce a su vez la conclusión de que la resolución correctora no puede impugnarse separadamente de la sentencia rectificada y, a la inversa, que la impugnación total de ésta comprende también a la rectificación (S. de 17 de noviembre 1887) (...); Puesto que el *fondo de las declaraciones que integran la sentencia no puede ser susceptible de innovación alguna*, la facultad de corrección debe limitarse a la corrección de errores en la expresión de aquellas declaraciones; errores materiales de pluma, de concepto o de número». (*Ob. y T. cit.*, 989 y 990).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cauce procesal para revocarla (...) (STC 231/1991, de 10 de diciembre)[23].

En definitiva, los medios de impugnación ordinarios y extraordinarios absorben la denuncia de las supuestas nulidades; una vez utilizados tales medios, el Tribunal *ad quem* recupera, además, la jurisdicción para pronunciar, incluso de oficio, la nulidad absoluta (240.2 LOPJ).

Ahora bien, decimos que la sentencia es firme cuando contra ella ya no caben recursos ordinarios ni extraordinarios, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentida por las partes (369 LEC). El recurso de revisión «u otros extraordinarios que establezca la ley» (que no son propiamente recursos «extraordinarios») no están comprendidos dentro de aquellos otros recursos cuya pendencia impide la firmeza de la sentencia (art. 245.3 LOPJ, 141 LECRIM, etc.). Por ello, tanto la revisión como la audiencia al rebelde, que sólo se otorgan contra la sentencia firme (arts. 1.796 y 773 LEC) son concebidos por la doctrina mayoritaria como recursos excepcionales o medios autónomos de impugnación[24]. Tampoco es exacto, como dice la ley, que baste la firmeza de la sentencia para que se otorguen tales recursos (arts. 773 y 1.796 LEC). Lo cierto es que ha de tratarse de sentencias *firmes sobre el fondo*, es decir, auténticamente «definitivas» en el sentido de que han de ser materiales e irrevocables[25]. Sobre si estos recursos atacan o no a la cosa juzgada material,

23. Vid. también SSTC 142/1992, de 13 de octubre y 188/1992, de 16 de noviembre.

24. «Proceso especial autónomo» para GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1977, T. II, pp. 924 y 925; «procedimiento excepcional» (SSTS 12 abril 1946, 20 abril 1961, 8 abril 1963, 31 octubre 1967, 25 septiembre 1968, etc.) en CALVO SÁNCHEZ, M.ª del Carmen, *La revisión civil*, Madrid, 1977, pp. 53 y 54. La doctrina, con la excepción de MANRESA, DE LA PLAZA, COVIAL y algún otro que siguen llamándolo «recurso extraordinario», lo reputa «proceso autónomo excepcional», GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1977, t. II, pp. 924 y 925; o «recurso excepcional», como MIGUEL Y ALONSO-MIGUEL Y ROMERO, o como RAMOS, en *Derecho Procesal Civil*, Barcelona 1992, 2 t., t. II, p. 709; «demanda de revisión autónoma» para CALAMANDREI y otros (vid. CALVO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 55 a 68) y también CORTÉS DOMÍNGUEZ, en *Derecho Procesal, ob. cit.*, t. I, vol. 2, p. 76; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional* (con GÓMEZ COLOMER Y ORTELLS RAMOS), Barcelona, 1989, t. II, vol. 1.º, p. 569, etc.

El recurso de audiencia al rebelde es «acción impugnativa autónoma» para IBÁÑEZ, (*Sobre la audiencia al rebelde*, R.D.P., n.º 4 1968, p. 117); también para MORENO en *Derecho Procesal*, (con ALMAGRO, CORTÉS Y GIMENO), *ob. cit.*, t. I, vol. 2, p. 83; VERGE, *La rebeldía en el proceso civil*, Barcelona, 1989, p. 116. Es «medio especial de revisión de sentencias firmes» para MONTERO, *Derecho jurisdiccional, ob. cit.*, t. II, vol. 1.º, p. 579, SAMANES ARA, C., *La tutela del rebelde en el proceso civil*, Barcelona 1983, p. 153; es también «recurso excepcional» para RAMOS, *Derecho Procesal Civil, ob. cit.*, t. II, p. 709, etc.

25. Arts. 1.251 y 1.252 CC. Vid. CALVO SÁNCHEZ, *La revisión...*, ob. cit., p. 155 a 157 y SSTS 30 octubre 1967 y 6 junio 1968; DOVAL DE MATEO, Juan de Dios, *La re-*

la realidad es que el objeto de estas acciones es, precisamente, averiguar si el proceso terminado con sentencia firme sobre el fondo ha sido o no válido y capaz de producir sus efectos, a pesar de la apariencia externa. Por ello, el *iudicium rescindens* que en su caso se pronuncia por los motivos específicos que autorizan tales acciones afecta, directamente, al proceso mismo y sólo, indirectamente, a la sentencia, como derivada de aquel proceso. En consecuencia, el Tribunal de la revisión o el que sea competente para la audiencia al rebelde no dictan sentencia sobre el fondo que sustituya a la anterior; por el contrario, es preciso que el juez competente inicie de nuevo o prosiga el juicio rescindido[26]. En fin, el recurso de revisión es, también, subsidiario de los demás recursos, en cuanto que no se admite si la sentencia no es firme[27] y el motivo de injusticia o nulidad puede ventilarse por medio de los demás recursos. Está sujeto a plazos de caducidad (en la revisión civil, tres meses desde que se descubre el hecho que lo autoriza y cinco años desde la publicación de la sentencia, art. 1.800 LEC), que a veces ni siquiera alcanzan el plazo de prescripción del delito que subyace en el motivo de revisión[28]. También es «subsidiario» el recurso de audiencia al rebelde por cuanto no procede si el rebelde ha podido utilizar los recursos de apelación o casación[29].

Dejando, pues, al margen, la constitucionalidad reconocida del art. 240 LOPJ en cuanto no impide que a través de los recursos y demás medios adecuados se impugne la nulidad de la sentencia final de la instancia o del recurso («definitiva» en la terminología legal), el Tribunal Constitucional en su sentencia de 15 de noviembre de 1990, añade que «la duda sobre la constitucionalidad sólo surge cuando contra la sentencia *que culmina un procedimiento* con vicios no subsanados determinantes de defensión constitucional, no quepa ningún otro recurso ordinario

visión civil, Barcelona, 1979, passim; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal..., ob. cit.*, t. I, vol. 2.º, p. 79 y ss., etc.

26. FENECH, M. *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1960, t. II, p. 1.178. RAMOS, *Derecho Procesal Civil, ob. cit.*, t. II, p. 761; DOVAL DE MATEO, *La revisión..., ob. cit.*, p. 105 y 106.

27. Art. 1.796 LEC, 954 LECRIM, 233 LPL, 102 LRCA, etc. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal, ob. cit.*, t. I, vol. 2.º. «De ahí aparece el *carácter subsidiario* de la revisión: sólo cuando el proceso se ha cerrado definitivamente, sin posibilidad de ulteriores recursos, cabe proponer la revisión (...)», p. 76.

28. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Los recursos en nuestras leyes procesales*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934, p. 59. CALVO SÁNCHEZ, *La revisión..., ob. cit.*, p. 165 y ss. DOVAL DE MATEO, *La revisión..., ob. cit.*, p. 574.

29. Art. 771 LEC. Vid. VERGE, *La rebeldía..., ob. cit.*, p. 120 y ss. SAMANES, *La tutela..., ob. cit.*, p. 157.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ni extraordinario ni otros medios de rescisión de la cosa juzgada; en tales supuestos se impide que los órganos judiciales, incluso conscientes de la indefensión, puedan remediar la infracción, convirtiendo así el recurso de amparo constitucional en el único y exclusivo recurso frente a situaciones de indefensión causadas por vicios procesales detectados después de la firmeza de la sentencia, a falta de otros aplicables por los Tribunales ordinarios» (FJ 2).

Sin perjuicio de volver sobre la subsidiariedad del recurso de amparo conviene, desde ahora, hacer dos observaciones a las afirmaciones del Tribunal Constitucional: La primera, que la indefensión como vulneración de un derecho constitucional puede surgir también durante la tramitación de un recurso de amparo, p.e., cuando el emplazamiento a las partes previsto en el art. 51.2 LOTC se omita en algún caso o se realice incorrectamente, provocando la ausencia involuntaria de la parte y consiguiente indefensión, o se omita dar vista a algún litigante personado en el proceso (art. 52.1 LOTC) o, en fin, se extravíen las alegaciones formuladas por alguna de las partes y, creyendo que no se han presentado, se dicte sentencia sin tenerlas en cuenta (art. 52.3 LOTC), etc. En tales casos habría de ser posible, entiendo, el recurso de amparo contra dichas infracciones que, forzosamente, sería directo y no subsidiario de ningún otro. Consiguientemente, es forzoso reconocer que, en algún momento, cuando «la sentencia culmina un procedimiento», haya que acudir directamente al recurso de amparo como sucede también, p.e., después del recurso de casación.

La segunda, que, normalmente, un sistema procesal inspirado en la Constitución, ha de tener medios y recursos suficientes como para que las nulidades procesales puedan denunciarse por las partes o, en su caso, por el Ministerio Fiscal, en sede jurisdiccional. Si, por el contrario, las partes, por falta de audiencia y contradicción, se ven impedidas de formular la impugnación por nulidad, este mismo sistema ha de dotarlas de algún mecanismo subsidiario al recurso de amparo para que este no sea, como dice el Tribunal Constitucional, la *«casación universal»* de las nulidades (STC 28 septiembre 1992).

2. *La nulidad después de sentencia firme*

Cuando se dice, sin más, que la nulidad queda sanada con la firmeza de la sentencia —cuestión polémica en la doctrina—[30] conviene hacer alguna matización:

1. La *inexistencia* del acto procesal en concreto y, especialmente, de la sentencia puede, desde luego, alegarse en cualquier momento. De ahí que los supuestos de violencia e intimidación del art. 238.2 LOPJ y 442.2 LEC referidos a la sentencia, así como otros casos de «apariencia» de sentencia han de reputarse como supuestos de inexistencia que, obviamente, no se subsanan aunque no se utilicen los recursos[31].

2. El recurso de revisión contempla motivos «nuevos», en cuanto

30. Vid. MORON PALOMINO, M., *La nulidad en el proceso civil español*, Barcelona, 1957, passim. SERRA, *El incidente de nulidad de actuaciones*, en Justicia 1981, p. 67 y ss. VERGE, *El incidente de nulidad de actuaciones*, Barcelona, 1982, p. 30 y ss. y *Comentario a la STC 15 noviembre 1990 sobre la constitucionalidad del art. 240 LOPJ*, en Justicia 1991, n.º 3, pp. 661 a 628; GARNICA MARTÍN: *Nulidad de actuaciones..., ob. cit.*, p. 899 y ss.

31. SERRA, *El incidente..., ob. cit.*, p. 45. Sobre la categoría de inexistencia procesal, vid. GIANNOZI, G., *Per un studio del concetto di ineficacia processuale*, en *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano 1973, p. 440 y, especialmente, nota (6), con citas de SATTA, CARNELUTTI, ALLORIO, MICHELI, DENTI, TORRENTE, etc. sobre la inexistencia. «*Secondo* CARNELUTTI —dice ASCARELLI— *nullità assolua e inesistenza giruidicamente si identificano (...). A mio aviso invece ci troviamo di fronti a concetti diversi; con nullità ci riferiamo ad una sanzione dettata dalla norma in relazione a una fattispecie che, perchè possa cadere sotto la sanzione della norma, si suppone perciò esistente. Pertanto con esistenza o inesistenza ci riferiamo alla sussistenza o meno di quella fattispecie o di quella qualificazioni di questa alla quale si riferisce la norma, mentre con nullità ci riferiamo alla sanzione dettata dalla norma, data l'esistenza o l'inesistenza di determinate qualifiche della fattispecie (...) ma ciò non esclude la rilevanza logica della distinzione, e nemeno la sua rilevanza pratica*». ASCARELLI, T., *Problemi giutidici*, T. I., *VI Inesistenza e Nullità*, Milano, 1959, p. 227.

«Jurisdicción y doctrina están de acuerdo en admitir que pueden presentarse en la práctica una serie de casos que la ley no menciona (...) en los cuales la sentencia es materialmente, y digamos, casi físicamente, inadecuada para pasar a cosa juzgada (la sentencia no escrita, la sentencia sin parte dispositiva, la sentencia de contenido incierto o imposible, etc.) y frente a la cual el transcurso del plazo para experimentar los medios de impugnación no puede tener el efecto de sanar la nulidad y de precluir el ejercicio de la ordinaria acción declarativa de la nulidad insanable». CALAMANDREI, *Estudios..., ob. cit.*, vol. III, p. 298.

«Non sembla dubbio, per altro che, analogamente a quanto si ritiene per i provvedimenti amministrativi negli atti degli organi giuridiziari la mancanza assoluta della volontà si resolva nella non imputabilità del provvedimento al soggeto cui speta di emanarlo, e quindi nella inesistenza giuridica dell'atto. DENTI, V., *Nullità degli atti processuali civili* en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, t. XI, p. 483. En el mismo sentido, ANDRIOLI, V., entiende que la inexistencia puede alegarse aun después de la sentencia firme. *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Napoli 1943, t. I, p. 396.

probados o aparecidos después de la sentencia[32], pero su existencia durante el proceso, de haber sido conocida, hubiera podido provocar *la nulidad* del acto afectado (cohecho, violencia, maquinación fraudulenta, etc.). Cuando tales motivos son conocidos *a posteriori*, la revisión también resulta útil para denunciar y corregir, después de sentencia firme, la injusticia y subsiguiente nulidad del proceso.

3. El recurso de audiencia al rebelde también presupone una ausencia involuntaria del demandado en el proceso, productora de indefensión. Por ello, la infracción del derecho procesal —y constitucional— de audiencia y defensa posibilita, desde luego, la anulación del proceso en el que se cometió tal vulneración. Puede que la infracción de tal derecho constitucional derive de *la nulidad* del emplazamiento incorrectamente verificado y hecho causante de la posterior indefensión.

4. En fin, después de la sentencia firme cabe también el recurso de amparo cuando se han infringido derechos constitucionales, muchos de los cuales son, al mismo tiempo, *motivos de nulidad* procesal[33], y siempre que se den los demás presupuestos de este recurso.

Con ello queda patente que *no todas las nulidades procesales se subsanan al alcanzarse sentencia definitiva y firme*[34].

La sentencia definitiva y firme, como se dijo más arriba, que normalmente conlleva el efecto de cosa juzgada material, puede resultar que solamente lo aparente, por estar viciada por uno de estos motivos que permiten el recurso de revisión, el de audiencia al rebelde o el de amparo constitucional. Sólo cuando no es así o cuando no se estima ninguno de estos «recursos» podemos decir que *se ha producido la cosa juzgada material y se han sanado todas las posibles nulidades.* Como ha dicho en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional «La cosa juzgada (...) es un principio esencial del proceso fundado en la seguridad jurídica» (STC 15 noviembre 1990, FJ 2); La subsidiariedad del recurso de amparo —añade— no puede «conducir a una *sucesión ilimitada de recursos ju-*

32. CALVO SÁNCHEZ, *La revisión..., ob. cit.*, p. 71 a 75.

33. P.e., indefensión de alcance constitucional, falta del juez ordinario predeterminado por la Ley, falta de defensa y asistencia de letrado, falta de información de la acusación penal formulada, etc. (art. 24.2 CE). También cualquier garantía que suponga, al mismo tiempo, el desconocimiento de un presupuesto, requisito, o condición procesal que impida la tutela efectiva jurisdiccional y produzca indefensión de alcance constitucional.

34. Ello no quiere decir que el transcurso del plazo para formular el recurso de amparo sea «condición» para la firmeza de la sentencia, sino sólo que tal sentencia, por derivar de una infracción que ha viciado constitucionalmente el proceso, es anulada después. Es lo mismo en el recurso de revisión de audiencia al rebelde. Vid. GIMENO SENDRA, V. STC. 16 diciembre 1991 (voto particular).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diciales, incompatible con el principio de seguridad jurídica que la CE consagra en el art. 9.3» (FJ 4), pues existe una *innegable conexión* entre la protección jurídica que proporcionan «la inmodificabilidad de las declaraciones judiciales y el *derecho fundamental de tutela efectiva del art. 24.1.CE* (...), puesto que la protección carecería de efectividad si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto[35] por sentencia final (...); actúa como límite y fundamente que impide que los jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley» (STC 20 junio 1988). Así, *«el recurso de amparo es en la actualidad el único medio frente a situaciones de indefensión constitucionalmente causadas por vicios procesales, advertidos después de que haya recaído sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no está previsto remedio procesal ante los tribunales ordinarios»* (STC 11 marzo 1991, FJ 2).

Con ello se trata de ver si el sistema de protección, de tutela procesal de las partes, contra supuestas nulidades persistentes después de sentencia firme y definitiva, es suficiente o no. Si es preciso o no adaptarlo al necesario carácter subsidiario que ha de tener el recurso de amparo y si para ello basta un pequeño ajuste o es necesario «crear» algún otro recurso antes de acudir al amparo constitucional por nulidades procesales.

Vaya por delante que, como sostuve en otro lugar[36], creo que bastaría una simple adaptación constitucional del recurso de audiencia unida a la amplia posibilidad de apelar y obtener la *restitutio in integrum* cuando en la instancia se hubiese permanecido en ausencia involuntaria debido a un emplazamiento incorrecto o a fuerza mayor. En último término, habría de admitirse el recurso de casación (que aun siendo «extraordinario» ha de serlo menos que el de amparo) por nulidades de alcance constitucional (art. 5.4 LOPJ) cuando se hubiesen cometido en la última instancia y sin posibilidad alguna de subsanación. Quedaría aún el recurso de amparo, ahora auténticamente subsidiario de un elenco amplio y eficaz de medios de corrección procesal en sede jurisdiccional ordinaria. Por ello, sería inútil (y dilatorio) la introducción de un nuevo «medio de impugnación», de un «remedio» que podría ser peor que la propia enfermedad.

35. «Fenecido», solía decir el Tribunal Supremo.
36. *Comentarios a la STC..., ob. cit.*, pp. 626 y 627.

II. La rebeldía involuntaria

1. *La ausencia involuntaria y el debido proceso*[37]

La involuntariedad de la ausencia del demandado en el proceso implica que, por causa que no le es imputable, se ve privado de la tutela jurisdiccional efectiva que puede producirle indefensión[38] procesal y, en algún caso, indefensión de alcance constitucional[39]. La indefensión, en general, «surge de la privación de alegar y demostrar, replicar dialécticamente (...), del indispensable principio de contradicción (...), con las interrelaciones existentes con el derecho a los medios de prueba» (STC 1 de julio 1986). Sin embargo, «no se producirá indefensión cuando, aun habiéndose quebrantado la legalidad procesal por el juzgador, el propio interesado, por impericia o negligencia, no haya utilizado sus posibilidades de defensa, desdeñando los remedios hábiles para hacer valer sus intereses» (STC 17 junio 1987), y lo mismo sucede «si tiene conocimiento extraprocesal de las resoluciones judiciales (...) lo que equivale a notificación, al menos en cuanto a su posibilidad de impugnación por indefensión» (STC 1 julio 1987).

Pues bien, el art. 238.3 LOPJ establece la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales cuando se infrinjan, «los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión». «Hay un rescripto del divino Severo y Antonino Magno para que *no sea perjudicado ningún ausente* y observaremos este derecho: que los ausentes no sean condenados, porque la razón de equidad *no consiente que alguien sea condenado sin haber sido oída su causa*» (MARCIANO, Dig. 48, 17, 1). «Embargamientos han a las vegadas los que son emplazados —decían también las Partidas— de manera que no pueden venir ni enviar ante el Juez para responder a los plazos que les fueren puestos (...) por alguna razón semejante destas. Ca, probándola y mostrándola al juzgador debe valer, de manera que *pena ni daño no reciba por razón que no vino al plazo*»[40].

37. Sobre la evolución histórica del tratamiento al rebelde y al ausente involuntario, vid. GIANNOZI, *La contumacia nel processo civile*. Milano, 1963, passim. VERGE, *La rebeldía (...), ob. cit.*, p. 53 a 60. SAMANES, *La tutela (...), ob. cit.*, p. 19 a 27.
38. Sobre la indefensión procesal, Vid. VERGE, *La nulidad..., ob. cit.*, p. 97 a 100.
39. Sobre la indefensión con alcance constitucional que posibilita el recurso de amparo. Vid. SSTC 11 y 24 julio 1984, 21 de mayo 1986, 4 de febrero y 3 de junio 1987, 13 de mayo 1988, etc.
40. Se refiere a las causas de fuerza mayor que impiden acudir al emplazamiento (Ley 11.ª, tit. VII, Partida 3.ª.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Ya desde antiguo el Tribunal Supremo había proclamado que «es principio legal inconcuso que nadie puede ser condenado sin haber sido oído en el juicio oportuno o, al menos, citado con arreglo a derecho» (STS 6 de julio 1893)[41] y, desde la Constitución de 1978, el Tribunal Constitucional no se ha cansado de llamar la atención sobre este punto[42], insistiendo en que «de la Constitución deriva la necesidad de que los órganos judiciales, aun en aquellas vías procesales cuya regulación sumaria no incluye preceptos destinados a averiguar la presencia en juicio de todos los interesados (...), adopten por su propia iniciativa las medidas que estimen oportunas para garantizar esa presencia» (STC 3 junio 1987), pues «para asegurar la contradicción —decía la STC de 23 abril 1986— se requiere, en suma, del juzgador, una acción positiva que tienda a asegurar su efectividad», proclamando la STC de 31 de marzo de 1981 que el art. 24.1 CE también «*contiene un mandato implícito al legislador* y al intérprete dirigido a promover la defensión». Asimismo, el Tribunal Constitucional se pronunció en múltiples ocasiones sobre el antiguo art. 64 LRJCA relativo a emplazamiento a los coadyuventes en el proceso contencioso-administrativo, y si bien no llegó a afirmar su inconstitucionalidad si, en cambio, advirtió sobre la necesidad de su reinterpretación, relegando el emplazamiento por edictos a los casos de domicilio desconocido o ignorado paradero (STC 21 marzo 1985). La L.O. 10/1992, de 30 de abril, se ha hecho eco de esta doctrina y ha modificado el régimen del emplazamiento.

41. También SSTC 15 enero 1912 y 19 febrero 1960.

42. «(...) se consagra como derecho fundamental la 'tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (...) sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión' (art. 21.1 CE), el emplazamiento es el acto procesal destinado a conceder audiencia al demandado y su falta, si produce indefensión, le priva de aquella tutela efectiva, según tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional: 'El emplazamiento personal (...) para llamar al proceso a los que (...) está legitimados como demandados (...) es una regla que este Tribunal ha inferido del art. 24.1 de la Constitución (...). Las consideraciones que se hacen de esta interpretación de régimen del emplazamiento *secundum constitutionem* descansan en que tal acto de comunicación es una notificación y, a la vez, una intimación para que (...) pueda, conociendo la existencia del proceso, disponer la defensa de sus derechos y, por tanto, hacer posible la tutela judicial efectiva (...)' (STC 29 de marzo de 1985). '(...) Los actos de comunicación del órgano jurisdiccional con las partes poseen una especial trascendencia, por cuanto son los medios idóneos para que la tutela judicial sea efectiva, como exige el art. 24 de la Constitución, y ello es especialmente relevante en el emplazamiento que se hace a quien ha de ser o puede ser parte en el procedimiento, aunque todavía no lo es, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados, como señaló la sentencia de este Tribunal de 13 de enero de 1983 y como han puesto de relieve las sentencias de 14 de marzo de 1984 y 26 de noviembre de 1985 (...)' (STC de 25 de marzo de 1987)».

Es por ello que la doctrina ha venido afirmando, cada vez con mayor rigor, que el ausente involuntario no ha de sufrir las consecuencias del proceso en el que no pudo defenderse. El TEDH, en su sentencia de 12 de febrero de 1985 (Colozza) dice «no se deduce del examen de los hechos que el requirente haya tenido noticia de la apertura de diligencias contra él» y sienta la doctrina de que para poder considerar voluntaria la ausencia o rebeldía ha de establecerse la evidencia por una presunción realmente fundada. Del mismo modo —dice la STS de 16 enero 1956— «el beneficio de ser oído en audiencia ha de presumirse que sólo puede alcanzarlo quien ignora durante su tramitación que la demanda estaba entablada», concurriendo el requisito subjetivo de la inimputabilidad en la incomparecencia (STS 5 de mayo 1965).

El Tribunal Constitucional ha confirmado reiteradamente el vigor de esta garantía procesal y constitucional: «este refuerzo supone que, con carácter general, no sólo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de sus fases cuya resolución afecta a los derechos e intereses legítimos de una persona, *ésta debe ser oída*» (STC 22 abril 1981). «Este derecho de defensa y bilateralidad, por otra parte ya reconocido legalmente antes de la Constitución y expresado bajo el clásico principio procesal *nemine damnatur sine audiatur* se conculca, como ha señalado este Tribunal, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos *se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa* —S. 23 de noviembre 1981— (...) por contener tal norma un mandato dirigido al legislador y al intérprete en el sentido de *promover la contradicción*» (S. 23 abril 1981) (...) «este derecho fundamental, hoy constitucionalizado, y como tal extensible, *es de necesario reconocimiento en las Leyes procesales, en cualquier clase de procedimiento*» (STC 8 febrero 1982).

Al ser la audiencia y contradicción una garantía de la que dependen muchas otras (la defensa, asistencia, igualdad, derecho a la prueba, a los recursos y a los demás medios de impugnación, etc.), su importancia es de primera magnitud en materia de nulidad procesal, pues sus efectos se irradian, primero, a la constitución de la relación procesal, permitiendo o no la comparecencia de las partes; luego, en el transcurso del proceso, posibilitando o no los medios de alegación, prueba, defensas y conclusión y, al final del mismo, permitiendo los recursos ordinarios y extraordinarios. Y como todas estas actividades tienden tanto a conseguir una sentencia justa como a un proceso válido, que transcurra según las leyes procesales, la falta de audiencia y contradicción es, ella misma, causa extrema de nulidad procesal, por impedir la defensa sobre la legalidad

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

del proceso y la justicia de la sentencia. ¿Cómo puede impugnarse la nulidad de los actos procesales si la parte a quien perjudica no goza del derecho de audiencia? y cuando la ausencia involuntaria se produce *in limine litis* ¿cómo puede denunciarse la falta de esta garantía si, precisamente por ella, la parte ignora incluso la existencia del proceso?

De ahí que, de alguna manera, todos los ordenamientos tienen previstas medidas, más o menos generosas, para restituir a la parte ausente involuntariamente del proceso las oportunidades procesales precluidas. Para obtener, en definitiva, la *restitutio in integrum*, sea permitiendo recurrir la sentencia aunque hayan transcurrido los plazos para ello, sea arbitrando algún incidente para poder, durante el proceso, pedir la nulidad ya sea, en fin, permitiendo la rescisión del proceso una vez alcanzada la sentencia firme.

En nuestro estudio nos limitamos a abordar este problema, precisamente, una vez dictada sentencia definitiva, firme o no, pero no anulable de oficio.

2. *Tratamiento preventivo: modificación del régimen de los actos de comunicación*

La falta de audiencia y contradicción, y la ausencia involuntaria del demandado en el proceso, que la produce, son causas frecuentes de nulidad, incluso después de sentencia firme[43]. Al no hallar cauce adecuado en el recurso de audiencia al rebelde[44] o en el recurso de casación, inexistente en muchos casos, el problema desemboca inevitablemente en el Tribunal Constitucional. Sin embargo, con carácter previo a un breve estudio de los remedios adecuados para declarar la nulidad después de sentencia firme, creo conveniente llamar la atención sobre la necesidad de *evitar* la nulidad por esos motivos, *antes de llegar a sentencia* y, sobre todo, mediante una adecuada adaptación constitucional del régimen de los actos de comunicación procesal, especialmente de la citación y el emplazamiento.

En el proceso civil, el régimen de actos de comunicación relativos a

43. Vid. p.e., los recursos de amparo 1.504, 1.640 y 1.650 de 1987 y STC 19 diciembre 1989, que motivaron que se elevara al pleno del TC la constitucionalidad del art. 240 LOPJ (antecedente primero de la STC 15 noviembre 1990). Vid., también, SAMANES, *La Tutela..., ob. cit.*, p. 66.

44. VERGE, *La rebeldía..., ob. cit.*, p. 135 a 137.

la *in ius vocatio* es de muy dudosa constitucionalidad[45] al no preveer medios más eficaces para conseguir el emplazamiento personal que limitarse a transformarlo en emplazamiento domiciliar (a familiares, criados) a vecinos o, incluso, en inútiles edictos cuando se manifiesta desconocer el domicilio del demandado[46]. Ya MANRESA, al comentar la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 decía que en el supuesto de «no saberse el domicilio del demandado (...) el *Juez acordará entonces los medios que crea oportunos para averiguar la habitación del que deba ser emplazado*, si vive en aquella localidad y si su domicilio o residencia no fueren conocidos, le mandará emplazar en la forma que determina el art. (...)»[47]. También se referían a la «busca» del demandado preceptos tales como el de los arts. 228 y 1.181 LEC 1855.

En el tratamiento que se dé a la rebeldía ha de buscarse necesariamente un equilibrio entre los respectivos derechos de tutela del demandante y del demandado. No puede exigirse siempre que el emplazamiento sea personal, pues ello vedaría en muchos casos el derecho del demandante al proceso, en beneficio del demandado escurridizo, pues «los rebelles que non quisieren venir ante el Juzgador a los emplazamientos que les son fechos no deben ser de mejor condición que los que vinieren a parescer antellos»[48]. Tampoco ha de sancionarse siempre el ausente con la *ficta confesio*, presumiendo que su rebeldía es voluntaria. Pero cualquiera que sea el equilibrio que se alcance en cada momento histórico, no cabe duda de que el mejor tratamiento es el preventivo; es decir, el procurar por todos los medios razonables que el demandado sea emplazado «en persona». En algunos ordenamientos vecinos (en Francia, p.e.), cuando el demandado no es hallado en su domicilio y nadie quiere hacerse cargo de la cédula, se *realizan indagaciones* por el agente judicial «que deberán constar en la cédula», para cerciorarse de que el destinatario «tiene su domicilio en el lugar indicado en la misma». En este caso, se deja copia de la cédula en el domicilio del destinatario y en el Ayuntamiento. Además, el *huissier* advertirá por carta a destinatario y le enviará con ella copia de la cédula (arts. 655 y 656 del Código de Procedimiento Civil Francés). Las notificaciones dirigidas a personas que no tengan domicilio, residencia o lugar de trabajo conocidos, se harán en la sede del Tribunal (en estrados), pero «el Fiscal pondrá el visto en el ori-

45. SAMANES, *La tutela..., ob. cit.*, p. 56.

46. VERGE, *La rebeldía, ob. cit.*, pp. 10 a 48.

47. MANRESA, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1856 T. II, p. 76.

48. *Ordenamiento de Alcalá*, título VI, ley única.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ginal y *mandará practicar las averiguaciones necesarias encaminadas a la búsqueda del destinatario para poder entregarle la copia de la cédula»* (art. 659 C.Pr.Civ. Fr.). Además, «cuando conste que el destinatario no ha podido ser eficazmente notificado, el Juez de oficio podrá ordenar las diligencias complementarias que sean precisas a tal fin» (art. 662 C.Pr.Civ. Fr.)[49]. También en Alemania la notificación que no es personal, llamada «supletoria», se practica a familiares o vecinos, al empresario, etc. En su defecto, se deposita en la alcaldía o en la Comisaría de Policía y se hace pública fijándola a la puerta de la vivienda del destinatario[50].

La designación del domicilio del demandado es una carga que compete al demandante en la mayoría de los ordenamientos[51]. También en nuestra doctrina, pues no puede alegarse ignorado paradero —dice el Tribunal Supremo— cuando el demandante pudo conocer el domicilio exacto del demandado (STS 6 julio 1918)[52]. Pero con todo, si resulta que no se halla en él el demandado, o ha mudado de domicilio, es preciso que, al igual que sucede en otros ordenamientos, el Juez pueda ordenar las indagaciones necesarias para localizar su nuevo paradero y no frustrar el emplazamiento estrictamente personal. Ya existen los preceptos adecuados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal encaminados a buscar el nuevo domicilio o a averiguar el domicilio desconocido del destinatario del acto de comunicación[53]. Sólo se trataría de transferirlos a los demás procesos pues, con independencia del distinto tratamiento que reciba el objeto penal con respecto al civil, el proceso ha de ser en todo caso un vehículo eficaz para otorgar la tutela efectiva a las partes, sin que en este punto haya lugar a distingos.

Por lo demás, la diligencia de citación o emplazamiento debería repetirse las veces que hiciera falta hasta hallar al interesado en persona,

49. VERGE, *La rebeldía..., ob. cit.*, p. 17 y 18.

50. GOLDSCHMIDT, J. *Derecho procesal civil*, Trad. L. Prieto-Castro, con adiciones sobre la doctrina y la legislación española por Niceto ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Madrid, 1936, p. 317. Vid., también, SAMANES, *La tutela..., ob. cit.*, p. 59 y 60.

51. Vid. Las leyes procesales civiles argentina, italiana y francesa en SAMANES, *La tutela..., ob. cit.*, p. 68 a 72.

52. Vid. VERGE, *El incidente..., ob. cit.*, p. 58 y *La rebeldía..., ob. cit.*, p. 26.

53. Art. 174 LECRIM: Cuando no se pueda practicar una notificación por haber cambiado de habitación el que deba ser notificado y no ser posible averiguar la nueva o, por cualquier otra causa, se hará constar en la cédula original» Art. 178 LECRIM: «Si el que haya de ser notificado, citado o emplazado, no tuviere domicilio conocido, se darán las órdenes convenientes a los agentes de Policía Judicial por el Juez o Tribunal que hubiere acordado la práctica de la diligencia para que se le busque en el breve término que al efecto se señale».

con una actitud inquisitiva por parte del Agente Judicial; con iniciativa para localizar (en el trabajo, en la calle, etc.) al demandado o interesado; con facultad para solicitar su identificación —es autoridad— penalizándose la obstrucción a la Administración de Justicia (art. 118 CE). El Agente Judicial (o la Policía Judicial, en su caso) habría de investigar, en caso de ausencia prolongada, si ésta es definitiva o transitoria y, en el primer caso, averiguar el nuevo paradero.

Si a pesar de todo no pudiera localizarse al demandado ello no habría de impedir que, de oficio o a instancia de parte, se le notificara la existencia del proceso en cualquier momento a fin de provocar su comparecencia o confirmar su rebeldía y poder sacar la consecuencia procesal adecuada[54]. Por ello, en la *Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil* de los profesores de Derecho Procesal (Madrid, 1974), se proponía que el Juez, antes de declarar la rebeldía, pudiera ordenar «la repetición de la diligencia de emplazamiento o de citación si se le ofreciesen dudas sobre el conocimiento del acto de comunicación por el destinatario» (art. 712 II).

De otro modo, dada la ineficacia de los emplazamientos no estrictamente personales debida, por un lado, a la falta de sanción adecuada a los parientes, criados y vecinos que no entregan la cédula al interesado[55] y, por otro, a la nulidad que se produce cuando el emplazamiento se realiza con supuestos vecinos de un domicilio que ya no es el del demandado[56], el vigente régimen de los actos de comunicación causa cons-

54. Es decir, poder estimar si la relación procesal se ha constituido o no correctamente y si la ausencia del demandado es o no voluntaria y, en el primer caso, si no se pide la nulidad del emplazamiento en la primera oportunidad procesal, poder entender que se ha producido el consentimiento tácito que impide en lo sucesivo la legitimación y el interés para pedir la nulidad (Vid. VERGE, *El incidente...*, ob. cit., p. 254 y ss. y *La nulidad..., ob. cit.*, p. 282 a 289.

55. A pesar de la proclamación constitucional de que debe prestarse la colaboración requerida por Jueces y Tribunales en el curso del proceso (118 CE) y de que la LEC establece *la obligación* de los parientes, familiares y vecinos que reciban la cédula (obligación que les hará saber el actuario) de entregarla a su destinatario así que regrese a su domicilio o de darle aviso si saben su paradero (art. 268.2 LEC) la multa por no hacerlo es de 25 a 100 pesetas. Vid. VERGE, *La rebeldía..., ob. cit.*, p. 29.

56. «La necesidad de designar el domicilio real del demandado es un requisito de carácter *objetivo* con independencia del posible vicio de la voluntad del actor al designarlo» (VERGE, *La nulidad...*, p. 59). «Cuando la mencionada actividad judicial (emplazamiento) es errónea —dice la STC de 23 de abril 1986— haciendo fracasar la función de conocimiento que está destinada a cumplir, la notificación no sólo contraría lo que ordena la ley ordinaria y ratifica la jurisprudencia, sino que puede producir indefensión y, en cuanto este último defecto se produzca, el asunto queda elevado al plano constitu-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tantemente declaraciones de ineficacia procesal y de indefensión, incluso en sede constitucional.

3. *Sentencias dictadas en rebeldía, en primera instancia*

A) Recurso de apelación

En el proceso civil, el recurso de apelación sustituye siempre al recurso de audiencia al rebelde, aunque no siempre proporciona la *restitutio in integrum*. En el proceso penal, por el contrario, en aquellos casos en que se permite celebrar el juicio oral en ausencia del acusado (delitos menos graves, cuando la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad o, si fuese de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años, siendo la ausencia injustificada no obstante haber sido debidamente citado el acusado —art. 793.1.II LECRIM—) cabe, el recurso de anulación cuando, comparecido el ausente, le es notificada la sentencia y se la ha hecho saber su derecho a interponerlo (art. 797.1 y 2 LECRIM)[57].

Este recurso de anulación[58], que parece tener por fundamento, precisamente, la ausencia involuntaria del acusado (pues su ausencia, aparentemente injustificada al iniciarse el juicio oral, permitió su celebración) necesita para prosperar que el acusado pruebe dicha involuntariedad. Su finalidad es la «rescisión de una sentencia firme», de modo parecido al recurso de audiencia al rebelde, para poder así rescindir el proceso celebrado e iniciarlo de nuevo con la debida contradicción[59].

En el proceso civil y contencioso-administrativo[60], el recurso ordinario para obtener la *restitutio in integrum* debería ser, *siempre que fuera posible, el recurso de apelación* si bien, como veremos más adelante, su

cionalmente relevante». Vid., también SSTS 21 junio 1918, 7 abril 1951, 5 noviembre 1958, 25 marzo 1954, etc.

57. En el juicio de faltas y en los demás juicios por delitos menos graves es preciso recurrir en apelación.

58. Sobre este tema Vid., ampliamente, GARBERI LLOBREGAT, J., *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Madrid 1992.

59. Vid. CORTÉS, *El nuevo proceso penal*. Valencia 1989, p. 249 y GARBERI, *La ausencia..., ob. cit.*, p. 202 y ss.

60. El proceso por delitos graves y el laboral son procesos de instancia única. Sobre este último Vid. MOTERO AROCA, J., *El proceso laboral*. Barcelona 1981, T. II, p. 73 a 76. Sobre el proceso contencioso-administrativo, si bien, el recurso de apelación ha sido suprimido por la Disposición Derogatoria Segunda de la L.O. 10/1992, de 30 de abril, es de suponer que al crear los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo se recupere.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

actual régimen y tratamiento no alcanzan a restituir al ausente involuntario la plenitud de sus derechos. El recurso de apelación absorbe, como dijimos, los motivos de nulidad. No es preciso esperar la firmeza de la sentencia para impugnar su nulidad. No es necesario, por tanto, acudir al recurso de audiencia al rebelde cuando pueda denunciarse la nulidad a través del recurso de apelación, como ya sucedía en la *cognitio extra ordinem* a través de la apelación amplia al contumaz[61].

B) Dispensa de la preclusión

Cuando la sentencia pueda ser notificada personalmente al ausente involuntario[62], la cuestión del recurso no ofrece mayores problemas (sal-

61. VERGE, *La rebeldía...*, p. 115.

62. Por «notificación personal» hemos de entender la efectuada «en la persona del demandado» exclusivamente, a pesar de la doctrina en contra recogida por SAMANES en *La tutela..., ob. cit.*, p. 114 y 115 y del tenor del art. 772 LEC. A ello debe decidirnos, no sólo una lectura constitucional de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también los importantes argumentos que esgrime la doctrina (GUASP, *Comentarios..., ob. cit.*, T. II. Vol. I, p. 1.080; NAVARRO, P., *La ineficacia de la notificación por cédula de la sentencia en el juicio en rebeldía*, en RJC, n.º 1, 1974, p. 169 a 173), así como la STS de 22 octubre 1962 y el tenor literal que los ordenamientos vecinos dan al adverbio «personalmente». *Citation delivrée à la personne du defendeur* (art. 473.2 C. Pr. Civ. Fr.); notificación al destinatario o notificación supletoria en otro caso, en derecho alemán (GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal..., ob. cit.*, p. 317); «notificación en propias manos» en derecho italiano (art. 138 C. Proc. Civ. It.), etc. Ello sin embargo, desde el momento en que el rebelde involuntario, ya sea por la nulidad del emplazamiento o por la inimputabilidad de su ausencia, tiene derecho a la *restitutio in integrum* el elemento importante y determinante deja de ser la forma del emplazamiento para poner el acento en la involuntariedad de la rebeldía.

Otro sector doctrinal (SAMANES, PRADO), sin embargo, entiende que también es «personal» la notificación por cédula a parientes o vecinos, sobre todo al efecto de que, no estando el demandado en su domicilio, pueda valer la notificación como personal sin necesidad de acudir a los inútiles edictos, como obligaría una interpretación «estricta» del 769.1 LEC. Ello no obstante, aun admitiendo que es más «constitucional» forzar esta interpretación, que al menos facilita la efectividad de la notificación, seguimos pensando que no se trata de una auténtica notificación *personal* a los efectos, p. e., de solicitar la dispensa de la preclusión para apelar debido al desconocimiento de la sentencia, pues no es lo mismo que ésta se haya notificado *personalmente* o que se haya notificado a parientes o a vecinos. Véase que también la LEC distingue en ese punto cuando se trata de otorgar o no el recurso de audiencia al rebelde (arts. 776.1 y 776.2). La reciente STS de 13 de noviembre de 1993 de la Sala 1.ª no altera nuestra interpretación literal pues, aparte de que se trata de una nulidad pedida sin indefensión por no haberse recurrido a la notificación por edictos al rebelde «voluntario» cuando ya se había notificado la sentencia por cédula, en su domicilio y a la propia esposa del representante legal (el cual, por otro lado, ya había intervenido en el pleito en vía de apremio designando perito), la

vo, claro está, el de su ámbito o efectos, que trataremos después), pero cuando la sentencia es notificada por edictos la cuestión, obviamente, es distinta, pues dada la total inutilidad de este medio de comunicación[63], es inevitable que cuando el demandado se entere de la existencia del proceso y de la sentencia hayan transcurrido con exceso los plazos para recurrir y se vea abocado —innecesariamente— al recurso de audiencia al rebelde (art. 773 LEC) el cual, por sus presupuestos superrestrictivos es inalcanzable, terminando el asunto, con toda seguridad, ante el Tribunal Constitucional.

De ahí que si apostamos por el recurso de apelación como medio ordinario para pedir la nulidad por rebeldía involuntaria es preciso facilitar, como sucede en los otros ordenamientos (e incluso en nuestro derecho interno en procesos con elementos extranjeros), su interposición aun cuando haya de dispensarse la preclusión del término para recurrir; es decir, introduciendo la restitución o remisión de los términos[64] cuando, además de la involuntariedad en la rebeldía, se demuestre el desconocimiento o la imposibilidad de recurrir la sentencia.

La nulidad de las sentencias sujetas a apelación o a recurso de casación —dice el art. 161 C. Proc. Civ. It.— sólo puede hacerse valer dentro de los límites y según las reglas propias de estos medios de impugnación. Las nulidades quedan sanadas —dice SATTA— si las impugnaciones no son propuestas, salvo la hipótesis del art. 327[65]. En este artículo se fija un plazo máximo, pasado el cual la apelación, la casación y la revocación «no se pueden proponer después de transcurrido un año a partir de la publicación de la sentencia». Pero ese plazo especial, superior al ordinario de treinta días, *«no se aplica* —dice el párrafo segundo del art. 327— *cuando la parte contumaz demuestra no haber tenido conocimiento del proceso por nulidad de la citación o de la notificación de ella, y por nulidad de los actos a que se refiere el art. 292»*[66]. Al propio tiempo, el art. 294 C. Proc. Civ. It. establece que «el contumaz que se constituye, puede pedir al Juez Instructor que lo admita a realizar actividades que estarían precluidas si demuestra que la nulidad de la citación o de su notificación le impidió tener conocimiento del proceso, *o que la constitución (comparecencia) le fue impedida por causa a él no imputable»*[67]. Así pues, en el derecho italiano la preclusión del plazo para apelar puede dispensarse cuando los actos esenciales de comunicación (emplazamiento, notificación de sentencia, etc.) no han alcanzado su fin debido a la nulidad o por causa no imputable a la parte.

También el art. 160.1 del Código de Procedimiento Civil del Estado del Vaticano y el art. 245 del Código Procesal Civil del Brasil establecen análoga dispensa en caso de legítimo impedimento[68].

En Francia, el art. 460 del Cod. Proc. Civ. Fr. también establece que la *nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi*. Por ello, la nulidad de las sentencias apelables dictadas en un proceso en que el demandado estuvo ausente (*jugement reputé contradictoire* del art. 473.2) deben ser siempre apeladas y no objeto del recurso de *opposition* del rebelde. Sin embargo, ello no sería posible en muchos casos sin la necesaria dispensa de la preclusión que, de acuerdo con el art. 540 puede acordar el Juez si la parte demuestra que, sin culpa suya, no pudo apelar dentro de plazo por no haber tenido conocimiento de la sentencia o haber estado impedido de hacerlo. La solicitud se presenta dentro de un plazo «razonable» a partir del día en que tuvo conocimiento de la resolución y sin que pueda admitirse después de transcurrido un año desde la notificación de la sentencia.

También en nuestro ordenamiento positivo existen normas parecidas para dispensar de la preclusión en casos de fuerza mayor o de impedimentos no imputables a la parte. Así, el art. 412 LEC referente a la caducidad de la instancia o el 554 LEC, que permite suspender los términos de proposición y práctica de prueba por causa de fuerza mayor, etc. El Tribunal Constitucional se ha hecho eco de estas normas, precisamente, para autorizar el recurso de audiencia al rebelde cuando la fuerza ma-

mencionada sentencia se limita a decir que, conociéndose el domicilio del demandado, el art. 769 *«no exige que aquel sea efectivamente hallado en su persona al tiempo de practicarse la notificación»*, por lo que se permite la notificación por cédula a sus parientes o vecinos sin necesidad de recurrir a los edictos, pero la sentencia misma distingue bien entre ambas clases de notificación al terminar aclarando que *«se da el mismo efecto a la notificación por cédula que a la notificación personal»* (FJ 4 *in fine*), con lo que queda explicitado que *son distintas*, aunque a veces produzcan el mismo efecto.

63. Vid. VERGE, *La rebeldía..., ob. cit.*, p. 32 y 33 y SAMANES, *La tutela...*, p. 65 y 66.

64. *Rimessione in termini*, en Derecho Italiano.

65. SATTA, S., *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad., SANTIAGO SENTIS MELENDO, Buenos Aires 1971, vol. I, p. 244.

66. Son los actos que han de notificarse personalmente al contumaz, en especial la sentencia.

67. REDENTI, E., *Derecho procesal civil*. Trad. de Santiago SENTIS MELENDO y Mariano AYERRA REDIN, Buenos Aires 1957, T. III, p. 272. CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. de J. GUASP, Barcelona 1942, p. 310, 340 y 355. SAMANES, *La Tutela..., ob. cit.*, p. 144.

68. BARBOSA MOREIRA, J.C., *Il Codice di procedura civile dello Stato delle Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasileiro*, en Riv. Dir. Proc. n.º 1 de 1991, p.p. 166 y 167.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

yor impidió hacerlo dentro del plazo legal: «no hay previsión alguna para la hipótesis ciertamente excepcional (...); nos hallamos pues ante una laguna que debe ser llenada por el intérprete mediante la aplicación analógica de otros preceptos de la misma ley en los que, como reflejo del principio *ad imposibilia nemo tenetur* se establece la *suspensión de los términos o plazos en caso de fuerza mayor* (así p.e., en los arts. 412 y 554 LEC)» (STC 21 octubre 1983, cuestión de constitucionalidad n.º 174/82).

Pues bien, a partir del 29 de abril de 1987, fecha del Instrumento de ratificación del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 existe ya, en nuestro derecho interno, una norma que permite dispensar de la preclusión para recurrir a la parte que no pudo hacerlo dentro del plazo ordinario sin culpa suya. En el art. 16 del referido Convenio (relativo a la notificación o traslado en el extranjero de los documentos judiciales y extrajudicales en materia civil y comercial, Aranzadi 1963 de 1987), se establece que: «cuando un escrito de demanda o un documento equivalente debió remitirse al extranjero a efectos de notificación o traslado, según las disposiciones del presente Convenio, y se ha dictado resolución contra el demandado que *no ha comparecido, el Juez tendrá la facultad de eximir a dicho demandado de la preclusión resultante de la expiración de los plazos del recurso*, si se reúnen las condiciones siguientes: a) el demandado, sin mediar culpa de su parte, no tuvo conocimiento oportuno de dicho documento para defenderse de la decisión y para interponer recurso; b) las alegaciones del demandado aparecen provistas, en principio, de algún fundamento (véase que el texto está mal traducido al español, pues en la traducción oficial se utilizan términos genéricos, como «documento», «demanda» cuando se refiere normalmente a «resolución» y «recurso», etc.). La demanda tendente a la exención de la preclusión —prosigue— sólo será admisible si se formula dentro de un plazo razonable en que el demandado tuvo conocimiento de tal decisión. Cada Estado contratante tendrá la facultad de declarar que *tal demanda no será admisible si se formula después de la expiración de un plazo de tiempo* que habrá de precisar en su declaración (...). 2.— El Estado Español declara que el plazo de preclusión a que se refiere el art. 16 es de *dieciséis meses*, a contar desde la fecha de la resolución.»

El ciudadano residente en el extranjero puede, por tanto, obtener una dispensa de la preclusión de un recurso o de otro trámite ante un Tribunal español si lo solicita antes de haber transcurrido dieciséis meses desde la fecha de la resolución *a quo*. También un español puede obtener tal dispensa ante un tribunal extranjero de otro Estado contratante.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En cambio, *un español residente en España no puede obtener el mismo trato ante un Tribunal español*. ¿No habría que interpretar el 408 LEC, de acuerdo con el 10.2 CE y permitir la dispensa de la preclusión?

En los supuestos en que el objeto es indisponible y es parte el Ministerio Fiscal, así como en los casos en que ha de asumir la representación de los que no pueden valerse por sí mismos (arts. 3, 6 y 7 L.50/1981, de 30 de octubre EOMF), la ausencia de aquél en el proceso equivale a la «rebeldía involuntaria», de modo que la nulidad puede subsanarse compareciendo, alegando y probando lo que estime pertinente. Pero si pudiendo no lo hace, no cabe alegar después nulidad alguna en el proceso, pues aunque se trate de materias indisponibles, la vigilancia del orden público corresponde, precisamente, al Ministerio Fiscal[69] y éste estima que el proceso no adolece de nulidad. El problema es especialmente importante en los supuestos de nulidad por falta de jurisdicción (p.e. divorcio con menores o incapacitación, etc. acordados en Juzgado de Paz) en los que, si no es parte el Fiscal, ha de pedir la nulidad en cuanto conozca la sentencia (a través del recurso de apelación ante el Jdo. de 1.ª Instancia). Por el contrario, cuando la materia es *disponible* y las partes consienten la sentencia con falta de jurisdicción, la nulidad queda subsanada pues, en el fondo, no se atenta contra el orden público, ya que lo mismo hubiesen podido pactar las partes sin la intervención de la Jurisdicción.

C) Ambito y efectos del recurso de apelación

El recurso de apelación tiene, en este caso, el mismo objeto que la *querela nullitatis* que absorbió. Su finalidad es la de que, demostrada la nulidad del juicio transcurrido en ausencia involuntaria del demandado (nulidad del emplazamiento, fuerza mayor, etc.), se pronuncie la nulidad de aquellos actos causantes de indefensión y, en consecuencia, de la sentencia, conservándose sólo los actos independientes[70]; es decir, se otorgue la *restitutio in integrum* de la instancia al demandado.

Si bien el sistema adoptado por la LEC no fue, en materia de apelación del rebelde, tan generoso, sí, al menos, parecía permitir al rebelde involuntario en la segunda instancia las alegaciones que no hubiera podido formular en la primera y proponer las pruebas correspondientes. Esta

69. Vid. SAMANES, *La tutela..., ob. cit.*, p. 55.
70. Art. 242 LOPJ.

pudo haber sido la intención del legislador que pensaba, solamente, en el rebelde involuntario, «por un principio de equidad muy atendible y en consideración también a que a la causa de la justicia interesa facilitar los medios para esclarecer la verdad»[71]. Siempre que el pleito no retrocediera podían permitirse aquellas alegaciones que, en otro caso, hubieran precluido, pues «la admisión como parte del litigante rebelde en cualquier estado del juicio no tiene ni puede tener otro objeto que el de permitirle las *excepciones o medios de prueba* que le asistan y sean compatibles con el procedimiento. Así pues —sigue MANRESA— no podrá proponer excepciones dilatorias en forma de tales, pero podrá alegarlas, lo mismo que las perentorias, en cualquiera de los escritos que aún permite el estado del juicio, y si no en el acto de la vista»[72]. De ahí el tenor del art. 862.5 LEC cuando se refiere a la prueba que en la apelación se otorga al litigante rebelde: «en los cuatro primeros casos se limitará la prueba a los hechos a que se refieren; en el último (el litigante rebelde) se admitirá *toda la pertinente* que propongan *las partes*»; es decir, no sólo la parte rebelde, sino también el demandante, en lógica contradicción con los hechos nuevos (impeditivos o extintivos) y excepciones (hechos excluyentes) que el demandado intente probar. Por el contrario, de haber pensado el legislador en el rebelde «voluntario» que no quiere incorporarse al proceso hasta la segunda instancia, no le hubiera otorgado en el art. 862.5 la posibilidad de reabrir el juicio a prueba en contra el principio general del art. 766.

No fue éste, en cambio, el rumbo interpretativo que tomó la jurisprudencia[73]. El rebelde debía aceptar el proceso en el estado en que se hallase, sin tener en cuenta la involuntariedad de su ausencia (art. 766 LEC). Le había precluido, por tanto, la fase de alegaciones, dándose por contestada la demanda (art. 527 LEC) y, según la doctrina mayoritaria, ya no podía en apelación alegar hechos nuevos (impeditivos o extintivos) ni excepciones propias o impropias ni, evidentemente, proponer prueba sobre ellos[74].

Lo cierto es que, con alguna meritoria excepción en la doctrina[75], se

71. MANRESA, *Ley de Enjuiciamiento Civil, ob. cit.*, T. IV, p. 650 y ss.
72. Id. Id. Id., p. 650 a 655.
73. VERGE, *La rebeldía...*, p. 105 a 114.
74. SAMANES, *La tutela..., ob. cit.*, p. 138 y ss.
75. P.e. GALÁN URBANO Y ORTELLS, citados en SAMANES, *ob. cit.*, p. 136. También el Tribunal Supremo sentó en un principio la doctrina que: «(...) es indudable que como la prueba que el rebelde articula haciendo uso de tal facultad ha se ir encaminada a la demostración de hechos que enerven, alteren o aniquilen los alegados por el actor

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

fue negando sistemáticamente la amplia defensa al rebelde involuntario en fase de apelación, prohibiéndole todo aquello que no fuera un simple argumentar o, a lo más, contraprobar los hechos constitutivos de la demanda. Decía esta doctrina que «la constitución en el estado procesal voluntario de rebeldía (...) ha sido en todos los ordenamientos legales objeto de sanciones (...), ni libera al actor (...) de la obligación de probar los hechos constitutivos (...) e incluso puede el demandado probar su inexactitud si el estado de pleito lo permite, pero no puede aprovechar excepciones tardíamente alegadas, ni puede versar la prueba más que sobre las cuestiones planteadas en la demanda, que es donde quedaron definitivamente fijados los términos de la cuestión litigiosa, en defecto de contestación que se le opusiera (...)» (STS de 25 de junio de 1960). «Que es doctrina constante de esta Sala, inspirada en lo proveído en el art. 766 LEC y manifestada, entre otras muchas, en la SS de 25 de junio de 1960, 17 de enero de 1964 y 16 de junio de 1968 que (...) no pueden aprovecharse en cambio las excepciones no alegadas temporáneamente, como son las opuestas en la vista del pleito en segunda instancia, pues es en la demanda en donde únicamente pueden quedar fijados definitiva-

en que descansa la acción ejercitada por el mismo, tanto el Juez en su caso, como la Audiencia en el suyo, deben tomar en consideración las pruebas practicadas a instancia del rebelde para deducir por su resultado los efectos jurídicos que la apreciación de ellas se deriven; porque de otra suerte aquel derecho resultaría ilusorio (...); si bien con arreglo a la economía de nuestra LEC y a la doctrina de la jurisprudencia, una vez trabado el pleito con los escritos de demanda y contestación y dentro de las limitaciones establecidas en la Ley, no cabe ya deducir pretensiones nuevas ni resolverlas los Tribunales sin incurrir en la nota de incongruencia, este principio no es de aplicación ineludible a los hechos sobre que versen las pruebas practicadas a instancia del rebelde con el fin indicado por la razón antes expuesta y porque, si a tenor de lo dispuesto en el art. 767 los Tribunales precisamente han de recibir los autos a prueba pidiéndolo el litigante rebelde, lógico es concluir que la pretensión que tales hechos impliquen es pretensión oportunamente deducida y, por tanto, que el juzgador que hace preterición de ella, incurre con incongruencia en la infracción del art. 359» (STS de 21 de abril de 1911).

En el mismo sentido la S. de 1 de abril 1916: «Son cuestiones de hecho promovidas en el pleito, no sólo la fundamental de la acción respecto de la letra representativa del crédito cuyo pago se demanda y los de la legitimidad de la misma, sino también los relativos a la personalidad del Procurador del demandante, a la existencia de la deuda que se reclama y el resultado que tuviera la misma reclamación al parecer formulada en otro juicio, extremos que en su caso pueden servir de apoyo a las correspondientes excepciones alegables en el declarativo de que aquí se trata, ya que no deben entenderse que la Ley admita la intervención del demandado rebelde y le niegue a la vez los medios de defensa que concede a todos los litigantes. Al instar el demandado el recibimiento a prueba cuando pudo hacerlo, según lo dispuesto en los arts. 860 y 767, con los requisitos que requiere el último, la Sala ha incurrido en el quebrantamiento que expresa el n.º 3 del art. 1.693 por denegar dicha solicitud».

mente, en tal supuesto, los términos de la cuestión litigiosa, en defecto de una contestación a la misma en la que hubieran podido oponerse otros problemas (...)» (STS de 29 de marzo de 1980).

Es verdad que la naturaleza de nuestro recurso de apelación no permite —dice PRIETO CASTRO— aportar nuevas pretensiones ni alegar hechos conocidos en la primera instancia o proponer prueba acerca de los mismos[76], pero lo cierto es que el recurso de apelación que se otorga al litigante en rebeldía tiene en la Ley de Enjuiciamiento Civil un alcance y sentido restitutorios que no tiene la simple alzada en los demás casos, ordinariamente revisora de lo ya alegado y probado en primera instancia[77]. Así ha venido a confirmarlo el Tribunal Constitucional en su S. de 13 de enero de 1992 (recurso de amparo 795/89) referida a la prueba solicitada por un rebelde involuntario en la apelación de un juicio de cognición, al decir que denegar la prueba amparándose en que «para poder aplicar el apartado 5 del art. 862 LEC 'resulta imprescindible que quien solicite el recibimiento determine y proponga la que intente hacer valer en la apelación' (sic.) es una interpretación que dota a los preceptos citados de un alcance del que los mismos carecen y pueden *desvirtuar el especial tratamiento que la ley otorga al rebelde comparecido*, no sólo en general, *sino en relación precisamente con el trámite probatorio*. Lejos, pues, de llevar a cabo una interpretación favorable a la utilización de los medios de prueba necesarios para su defensa *y de que no pudo valerse en la primera instancia*, aquellas resoluciones hicieron de hecho aplicación extensiva de la prescripción del art. 707 que se refiere solamente al juicio de menor cuantía, mientras que ni el art. 862.5 ni el 767 (ambos específicos para el declarado en rebeldía) ni tampoco el 860 o el 863, de aplicación general, según el 899, exigen aquella proposición concreta, sino solamente que se alegue la causa que justifique esta pretensión o que sean de hecho las cuestiones que se discutan, *siempre con el designio de otorgar al rebelde un trato favorable, como resulta del 862 in fine*[78].

76. *Limitaciones de la apelación*, en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, p. 354 a 356 y SSTS 2 abril 1962, 21 noviembre 1963, 2 febrero 1965, 16 junio 1976, etc.

77. MANRESA, vid. nota 71 y 72.

78. «Al margen de la corrección o no en el plano de la legalidad ordinaria —prosigue la sentencia— dicha interpretación adquiere relevancia constitucional porque configura, con formalismo excesivo, un requisito impeditivo para la práctica de la prueba por el rebelde, en contra de la *idea general favorable de sus posibilidades de defensa que se desprenden de los preceptos citados*, e incluso de la posible subsanación de una omisión

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Esta es la lectura que hubiera podido darse a los preceptos atinentes a la defensa del rebelde involuntario en la segunda instancia. No obstante, en la actualidad es preciso añadir que no basta con la *restitución, siempre parcial, de las alegaciones y la prueba en la apelación*, pues con ello se sigue privando al rebelde involuntario de una garantía procesal básica; el derecho a los recursos, en ese caso, a la apelación, que quedaría convertida para él en una primera y única instancia. Como dijimos, la apelación es, en esos casos, una verdadera *querela nullitatis*[79]. Aunque se llame juicio de apelación —dice CALAMANDREI— es un juicio de nulidad, limitado al rescindente; aquí la cognición del juez de apelación tiene por objeto el vicio de la sentencia apelada, no el mérito»[80]. Al igual que el recurso de anulación penal, «no cabe mantener que este recurso es un mero recurso de apelación, pues ello implicaría recortar enormemente las garantías del que fue condenado en ausencia, ya que se le juzgaría de forma definitiva y firme sin una primera instancia, vulnerándose el principio constitucional que recoge el derecho al recurso»[81].

Frente a tal derecho no basta esgrimir razones de economía procesal que, como dice el Tribunal Constitucional, son de «inferior rango en una escala axiológica de los principios procesales». No pueden cubrir las violaciones que afecten a un derecho fundamental[82] pues, «la garantía del art. 24.1 CE implica el derecho a no sufrir indefensión por falta de emplazamiento en cualquiera de las instancias, *sin que pueda entenderse corregida o subsanada la indefensión* por falta de emplazamiento producida en la primera, *por el hecho de la comparecencia en la apelación*, ni aun cuando en esta vía haya conocido el Tribunal *ad quem* sobre el fondo del asunto» (STC 18 noviembre 1983).

Por ello es preciso decantarse por una solución más acorde con el principio de tutela efectiva, es decir por la *restitutio in integrum* cuando en la apelación se demuestre la involuntariedad de la ausencia del demandado en la instancia[83], sea por la nulidad del emplazamiento, sea por fuerza mayor u otra clase de inimputabilidad demostrada, sustituyendo

formal, ya que de hecho no se le permitió así la práctica de la prueba que estimaba necesaria para fundar su oposición a la demanda» (STC 13 enero 1992. FJ 4).

79. CALAMANDREI, *Supervivencia..., ob. cit.*, p. 296 y ss.; MARTÍN DE LA LEONA, *La nulidad..., ob. cit.*, p. 251.

80. CALAMANDREI, *Supervivencia..., ob. cit.*, p. 303.

81. CORTÉS, *El nuevo proceso...*, p. 249.

82. SSTC 24 julio 1981 y 26 julio 1982 en MARTÍN DE LA LEONA, *La nulidad..., ob. cit.*, p. 293.

83. En el mismo sentido, VERGE, *La rebeldía..., ob. cit.*, p. 111 y ss.; SAMANES, *La tutela..., ob. cit.*, p. 140; CORTÉS, *El nuevo proceso..., ob. cit.*, p. 249.

así a la función que tiene el recurso de audiencia cuando puede interponerse contra sentencias firmes dictadas en primera instancia. De *iure condendo*, la apelación cumpliría análoga función saneadora y restitutoria tanto si se presentara dentro del plazo ordinario como cuando, además de la nulidad del juicio, se solicitara la dispensa de la preclusión para apelar debido a la ineficacia de la notificación de sentencia o a causas de fuerza mayor que hubiesen impedido la apelación temporánea. Ello no obstante, como la apelación es también un medio de gravamen y en nuestro sistema la rebeldía no implica conformidad con los hechos ni con el derecho alegado[84], el recurso podría aprovecharse para pedir que se examinara subsidiariamente, en caso de no concederse la *restitutio in integrum*, el contenido de la sentencia de primera instancia en aquello que fuese impugnado por el apelante y, en ese contexto, cabe perfectamente admitir al rebelde el *ius novorum* y la *nova reperta* que se admite también a las demás partes personadas[85].

Tenemos ya en nuestro ordenamiento procesal ejemplos de prueba practicada en la apelación[86] sobre las causas determinantes de la ineficacia procesal de la primera instancia. Precisamente, el art. 859 LEC establece que «cuando en la primera instancia se hubiere quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio de las que dan lugar al recurso de casación (...) la parte a quien interese podrá reproducir su pretensión por medio de otrosí (...) para que se subsane la falta. *Esta reclamación se sustanciará y decidirá previamente por los trámites establecidos para los incidentes*». Ahí tenemos al incidente de nulidad de actuaciones que renace en la segunda instancia. Se plantea por la nulidad derivada de una sentencia (de una resolución, a pesar del 240.1 LOPJ y 742.2 LEC) dictada en primera instancia que, en buena previsión legislativa, sigue el cauce de los incidentes, pues puede necesitar fase de alegaciones, prueba y conclusiones. Está claro que este mismo procedimiento del 859 LEC habría de aplicarse a los supuestos que estamos contemplando, cuando en la apelación se pidiese la *restitutio in integrum* por rebeldía involuntaria o la dispensa del plazo para apelar[87], si bien en este último supuesto, como la petición se hace ante el Tribunal al cual se presenta el recurso,

84. *Absens si bona causa habet vincet*. Vid. VERGE, *La rebeldía*, p. 91 y ss.

85. En los supuestos de rebeldía «voluntaria» cabría admitir los motivos 3 y 4 del art. 862 LEC.

86. Incluso en reposición o súplica, p.e., sobre el auto declarando la caducidad de la instancia (arts. 412, 416 y 417 LEC). Vid. VERGE, *La nulidad...*, p. 111 y 112.

87. En el mismo sentido, MARTÍN DE LA LEONA, *La nulidad..., ob. cit.*, p. 240.

es allí donde habría de abrirse a prueba el incidente o, al menos recibir la justificación de la causa que provocó la inimputable preclusión[88].

Sólo cuando la apelación no fuese posible (vid. en el siguiente epígrafe) habría que acudir al recurso de audiencia que, al igual que aquélla, permite el *iudicium rescindens* y la *restitutio in integrum*[89].

Esta no tendría por qué comportar la nulidad de todos los actos practicados en la instancia; bastaría con restituir al demandado aquellos actos procesales afectados por la nulidad. La solución se apoya en el principio de conservación del art. 242 LOPJ y también en no perjudicar la actividad procesal desplegada por el demandante. «No sería justo tampoco —decía ya GÓMEZ DE LA SERNA— que quedaran inutilizadas todas las actuaciones anteriores, con daño del que se halló siempre presente al juicio y correspondió constantemente a los preceptos judiciales»[90]. Esas razones son aplicables, no sólo al demandante, sino también a los litisconsortes del demandado rebelde comparecidos en la instancia.

Por último, como ya dijimos, la prueba es necesaria y va encaminada a demostrar, por una parte, la involuntariedad de la rebeldía y, por otra, cuando se solicita la dispensa de la preclusión de los plazos, la inimputabilidad o fuerza mayor que ha impedido al apelante presentar su recurso dentro del plazo ordinario.

88. En Italia, el art. 294 Cod. Proc. Civ. It. se limita a pedir al contumaz la «prueba del impedimento» y la «verosimilitud» de los hechos alegados. Las condiciones que se exigen son rigurosas y «deben ser rígidamente interpretadas por el Juez para evitar que la reposición misma se resuelva en una escapatoria para el contumaz de mala fe». SATTA, *Manual..., ob. cit.*, vol. I, p. 368. En Italia el precepto tiene raigambre histórica, ya desde el Derecho Justinianeo. VERGE, *La rebeldía..., ob. cit.*, p. 113 y nota 254. En Francia, es el Presidente del Tribunal *ad quem* quien decide en forma de *référé* (art. 550.2 Cod. Proc. Civl. Fr.).

89. En Francia, cuya Ley de Enjuiciamiento Civil prevé expresamente en su art. 542 que la apelación tiene por objeto que el Tribunal de apelación revoque *o anule* una sentencia dictada en primera instancia, se da el nombre de *appel-nullite* a la apelación, que tiene por única finalidad y alcance pedir la nulidad. Según el art. 460, la nulidad de una sentencia no puede hacerse valer más que a través de los recursos previstos en la Ley, y por ello la doctrina ha elaborado la teoría de que las sentencias dictadas en única instancia puedan, al menos, ser susceptibles del referido *appel-nullité*, haciendo revivir de nuevo la *querela nullitatis* del derecho común. Vid. BARRET, O., *L'apper-nullité dans le droit commun de la procédure civile*, en *Révue trimestrielle de Droit Civil*, n.º 2, abril-junio 1990, pp. 199 a 228.

90. Se refiere a los efectos del recurso de audiencia al rebelde. GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las variaciones principales que he introducido en los procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1857, p. 210.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4. *Sentencias dictadas en rebeldía, en única o última instancia o en casación*

En los procesos de instancia única, (difícilmente justificables aunque sea por razones de mínima cuantía[91], y que legitima el Tribunal Constitucional por la necesidad de coordinar las exigencias del principio de igualdad con otros principios constitucionalmente predominantes, como la celeridad en la resolución de conflictos; STC 14 mayo 1986), al no ser susceptibles de recurso de apelación, la *restitutio in integrum* ha de pedirse, *indefectiblemente, a través del recurso de audiencia al rebelde* (a pesar de alguna doctrina constitucional, que veremos más adelante, que autoriza el recurso de amparo directo), autorizado en el proceso civil y también en el laboral y contencioso-administrativo por la aplicación supletoria de la LEC[92].

En los supuestos escasos en que la rebeldía involuntaria del demandado perdura hasta la apelación o el recurso de casación, el medio adecuado para la *restitutio in integrum* sigue siendo el recurso de audiencia al rebelde, ante la misma Sala que pronuncia la Sentencia (art. 780 LEC).

El recurso de audiencia que, volviendo sobre lo dicho en páginas

91. Vid. MUERZA ESPARZA, (con BONET, CALDERÓN, FRANCO, MONTERO, MONTÓN, RAMOS Y SERRA) en *La reforma de los procesos civiles*, Madrid, 1993, p. 91 y 92 y DAMIAN, GONZÁLEZ-CUELLAR Y GARBERI, *La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992*, Madrid 1992, p. 46 y 47. En contra de la supresión de la segunda instancia, Vid. la crítica de SAAVEDRA GALLO, P., (con ALMAGRO y otros), en *Comentarios sobre la reforma procesal*, Madrid, 1992, p. 90 a 92. Juicios de instancia única son, entre otros, el verbal civil (de cuantía inferior a 80.000 pesetas) cuando resuelva sobre acciones personales (732.1 LEC); el contencioso-administrativo después de la reforma de la LO 10/1992, disposición derogatoria II al menos hasta tanto no se creen los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; el juicio laboral, en general, puesto que el recurso de suplicación no tiene el mismo alcance que el de apelación y, en cualquier caso, no procede en materia de fecha de disfrute de vacaciones, clasificación profesional, materia electoral, impugnación de sanción por falta no muy grave o falta muy grave desestimada judicialmente y en los procesos de cuantía litigiosa inferior a 300.000 pesetas (art. 88.1 L.P.L.). Sin embargo en la letra c. de dicho artículo se autoriza el recurso de suplicación «contra las sentencias dictadas por reclamaciones *que tengan por objeto subsanar una falta esencial de procedimiento (...)*» con lo cual ha de entenderse que todas las sentencias son impugnables en suplicación por nulidad absoluta y por falta de audiencia y contradicción del ausente involuntario. El problema estriba en que el recurso de suplicación no permite trámite probatorio y, por ello, no resulta adecuado en el supuesto de tener que probarse la involuntariedad de la rebeldía o la inimputabilidad de la preclusión, en cuyos casos es preciso acudir a la audiencia al rebelde.

92. Disposición Adicional Primera n.º 1 de la L.P.L. y Disposición Adicional Sexta de la L.R.J.C.A.

anteriores, estuvo pensado para el ausente involuntario, (pues «no debe negarse audiencia al que, *sin culpa suya*, dejó de comparecer, *o bien por ignorar el emplazamiento, o bien porque se lo impidió una fuerza mayor*)[93] es, en su actual configuración, de dudosa constitucionalidad. Sus presupuestos son excesivamente restrictivos y excluyen a la mayoría de litigantes, ausentes involuntarios, emplazados por edictos al no poder acreditar, como exige la ley, «haber estado *constantemente* fuera del pueblo en el que se ha seguido el juicio, desde que fueron emplazados para él hasta la publicación de la sentencia» y, además, «que se hallaban ausentes del pueblo de su última residencia al tiempo de publicarse en él los edictos para emplazarlos»[94]. Por ello sería preciso adaptarlo a la Constitución y autorizarlo genéricamente, cuando se dieran los presupuestos antedichos de sentencia dictada en única instancia o en casación. El *dies a quo* del plazo habría de ser aquel en que el rebelde involuntario hubiese tenido conocimiento del proceso[95]. Ya en la regulación actual se autoriza el recurso de audiencia, excepcionalmente, al emplazado en persona si acredita cumplidamente que «estuvo impedido de comparecer por una fuerza mayor no interrumpida» (774 LEC)[96]. Ello tendría que ser extensible a todos los demás supuestos de rebeldía involuntaria, como de hecho así lo reconocía ya MANRESA[97], de modo similar a lo que sucede en el recurso de anulación penal. También el Tribunal Constitucional insiste en que «*sería preciso interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional* de los derechos fundamentales, esfuerzo interpretativo con algunos precedentes en este Tribunal (SSTC 10/1984, 15/1986, 110 y 148/1988 y 22/1989)[98], pues nuestro sistema procesal —añade— *no ha sido actualizado en la*

93. GOMEZ DE LA SERNA, *Motivos..., ob. cit.*, p. 210.

94. Art. 777 LEC Vid. Mis comentarios a este artículo en *La rebeldía..., ob. cit.*, p. 119 a 125, en especial la dificultad de probar la «ausencia ininterrumpida», diabólica *probatio* de un hecho negativo pues, como dice la STS de 27 noviembre 1939 «cabe perfectamente en lo posible que, no obstante el valor probatorio de los documentos referidos en cuanto a los hechos a que se contraen, el demandado haya podido estar en Sevilla durante el pleito, lo que por otra parte pudo ser desvirtuado y no se desvirtuó por la prueba directa de su permanencia en otros sitios.

95. VERGE, *La rebeldía..., ob. cit.*, p. 137. SAMANES, *La tutela..., ob. cit.*, p. 154 y ss.

96. Ya las Partidas permitían la *restitutio in integrum* por enfermedad grave, impedimentos en el camino, inundación, tempestad, prisión y otros percances (Ley 11.ª Tit. VII, Partida 3.ª).

97. *Ley de Enjuiciamiento..., ob. cit.*, T. IV, p. 662.

98. STC 15 noviembre 1990, FJ 5.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

medida suficiente que permita el despliegue de todas las consecuencias derivadas del derecho a la tutela efectiva»[99].

Precisamente la razón que ha esgrimido el Tribunal Constitucional para no imponer en todos los casos el recurso de audiencia al rebelde como de obligado planteamiento previo al de amparo, en la supuesta ausencia involuntaria, no es tanto la de que dicho recurso «no se encuentra incluido entre aquellos que, con carácter general, son exigibles para entender agotada la vía judicial»[100], sino «*por las especiales características y condiciones de viabilidad* con que se encuentra regulado el mismo *en la Ley de Enjuiciamiento Civil* y que, a tenor de la anterior doctrina (...) *es un medio de impugnación que no cabe calificar de normal o razonable* previsión por la parte (STC 8/1993 de 17 de enero)[101]. Dice, más adelante, la sentencia, que estas escasas condiciones de viabilidad del recurso de audiencia provienen de «*la exigencia rigurosa de los requisitos que rodea a tal medio de impugnación*, de forma que puede razonablemente entenderse resistencia de la parte a su interposición» (STC 8/1993, de 18 de enero).

99. Id. Id. FJ 6. vid., también, VERGE, *Comentario..., ob. cit.*, p. 627.

100. La doctrina así expuesta, sin más, sería errónea, pues el recurso de audiencia estaba pensado, precisamente, para restituirle al ausente involuntario el derecho fundamental de audiencia y defensa y es, obviamente, previo al de amparo. Por ello causa extrañeza que sobre dicho recurso pueda decirse, según la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 97/1991 y 81/1985), que «la situación de rebeldía supone un emplazamiento previo y válido —legal y constitucionalmente— y la no comparecencia por parte de los emplazados. Y, justamente, lo que constituye el fondo de la controversia es determinar si se omitió el emplazamiento personal y directo que procedía a juicio de los actores (...). En estas condiciones resulta claro que no puede exigírseles, como requisito previo para formular demanda de amparo, que utilicen una vía que supone reconocer que se encontraban en situación de rebeldía (sic); problema distinto es que el Tribunal Supremo, con una jurisprudencia progresiva (sic), estime pertinente la utilización de esta vía, pero ello no nos lleva a convertir esta posibilidad en una carga en supuestos en que, precisamente, lo que se pone en cuestión es la existencia del debido emplazamiento (...) doctrina pues, que autoriza a rechazar la objeción» (STC 126/1991, de 6 de junio).

101. El carácter previo que debe tener el recurso de audiencia se confirma, más adelante, en esta misma sentencia, cuando el Tribunal dice que «en el presente supuesto no se trata de que el recurso de audiencia en rebeldía no haya sido utilizado por los actores con anterioridad a su pretensión constitucional de amparo (...); los demandantes sí interpusieron dicho recurso, pero desistieron del mismo con posterioridad» (STC 8/1993, de 18 de enero).

III. NULIDAD PROCESAL DESPUÉS DE SENTENCIA SIN REBELDÍA

1. *Supuestos en que caben los recursos ordinarios o extraordinarios*

Nada especial hemos de añadir aquí a lo ya dicho sobre este punto en la primera parte, al tratar de los medios de impugnación como únicos admisibles para denunciar y declarar la nulidad procesal después de la sentencia definitiva, esto es, la que finaliza la instancia o un recurso.

Dictada en primera instancia, la sentencia es siempre, por definición, apelable. Dictada en apelación, pero susceptible de recurso de casación, es también posible denunciar la nulidad absoluta por este cauce (art. 1.692, 1 y 2 y, el genérico n.º 3) por «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión». Por lo demás, queda siempre abierto el motivo amplio del n.º 4 del art. 5 LOPJ, esto es, la infracción de precepto constitucional. Las causas más frecuentes de «anulabilidad», también vienen cubiertas por el recurso de casación (competencia territorial, en el n.º 2 del 1.692; recusación, en el n.º 3, etc.)[102].

Siendo el objeto dispositivo, el consentimiento tácito subsana, pues, la nulidad en aras al contenido justo de la sentencia. Cuando, por el contrario, el objeto es indisponible, el control de la legalidad procesal y material corre a cargo, en último término, del Ministerio Fiscal.

2. *Sentencias dictadas en única o última instancia, en casación o en amparo.*

A) En general

La nulidad «ordinaria» y la anulabilidad[103] quedan subsanadas, como decíamos, cuando contra la sentencia ya no cabe ningún recurso ordinario ni extraordinario, en el más amplio sentido.

102. Sobre el recurso de casación, Vid. ampliamente: SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1985, p. 783 a 954 y *La reforma de los procesos civiles*, Madrid 1993, pp. 215 a 292; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Rasgos definidores de la casación española* en Rev. Der. Proc. 1974, p. 854 y ss. y *La casación civil (revisión crítica)*, Barcelona 1979, etc.

103. Para la clasificación de ineficacia procesal, Vid. SERRA, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona 1969, p. 459 a 492; VERGE, *La nulidad..., ob. cit.*, p. 45 a 47; MARTÍN DE LA LEONA, *La nulidad..., ob. cit.*, p. 123 a 1127.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Sin embargo, existen causas de ineficacia procesal que son, al propio tiempo, infracciones a los derechos fundamentales recogidos en el art. 14 o en la sección 1.ª del Capítulo 2.º, Título I de la Constitución y que, por consiguiente, permiten el recurso de amparo (53.2 CE) cuando se dan los presupuestos previstos en el art. 44 de la LOTC de 3 de octubre 1979.

En estos supuestos que, por otra parte, son también motivos de casación por el art. 5.4 LOPJ, si no existe ningún recurso intermedio entre el acto o resolución ineficaz y lesiva y el recurso de amparo, éste pierde el carácter subsidiario que le otorga la Constitución y la doctrina. De ahí que, para evitar que siga jugando el papel de «casación universal de las nulidades» es preciso, a mi juicio, reconsiderar el tratamiento previo de éstas en la sede jurisdiccional ordinaria y proponer, de *lege ferenda*, que cuando no exista apelación, ni suplicación laboral, ni otro medio de impugnación adecuado, se abra en todos los casos el recurso de casación por el motivo 4 del art. 5 LOPJ con carácter previo al recurso de amparo salvo, naturalmente, cuando la ineficacia se hubiere cometido durante el recurso de casación o el de amparo, en cuyos supuestos habría que acudir directamente al Tribunal Constitucional en demanda de amparo.

B) Nulidades de rango constitucional

Sería casi interminable intentar trazar una lista exhaustiva de las garantías procesales cuya falta, no sólo produce la nulidad procesal sino que también permite, a falta de subsanación, el amparo constitucional. Piénsese sólo en los derechos constitucionales de carácter tan genérico y amplio que caben en el art. 24 CE; el derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; el derecho al proceso con todas las garantías, etc.

a. *Derecho de asistencia y defensa*

La defensa, la asistencia de Letrado y *su presencia física* en el proceso son necesarias, no sólo cuando la ley procesal lo impone, sino también cuando «*la autodefensa se manifiesta incapaz de compensar la ausencia de abogado* (...), para asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad (...) y evitar desequilibrios (...),

(STC 22 abril 1987). En este aspecto es también ampliamente garantista la doctrina del TEDH [104].

La asistencia letrada, además, tiene que ser *efectiva*: «el art. 6.3 c) del Convenio, como subraya el TEDH, no habla de «nombramiento», sino de «asistencia» (...) de donde se infiere (...) que el acusado tiene derecho a gozar de una asistencia técnica «efectiva» (STC 3 marzo 1988 y STEDH 13 mayo 1980, caso Artico y 25 abril 1983, caso Pakelli, lo que en el Convenio Europeo se traduce en el derecho a *disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa* (art. 6.3.b y 14.3.b. del Pacto Internacional) y a permitir entre el acusado y su abogado una comunicación directa o epistolar (SSTEDH 21 febrero 1975, caso Golder y 25 marzo 1983, caso Silver). En la S. de 30 de septiembre de 1985, el Tribunal Europeo afirmó que *«no es compatible con el derecho a la asistencia efectiva de un abogado (...) el someter los contactos entre el abogado y el acusado al control del Tribunal»* (Caso Can. También la STEDH de 21 de febrero de 1975, caso Golder). Por lo demás, asistencia efectiva es, según esa doctrina, incompatible con la colaboración del abogado con la Administración de Justicia *en contra de los intereses de la defensa* [105].

No basta que sea simplemente gratuita, «ya que si se interpretara el art. 6.3.c) de una manera formal y restrictiva la asistencia judicial gratuita tendría el riesgo de revelarse como una palabra vacía en más de una ocasión» (STC 8 junio 1988, 19 septiembre 1991). Por el contrario, aunque el justiciable goce de «medios económicos suficientes» si solicita abogado de oficio debe concedérsele (STEDH 25 abril 1983, caso Pekelli), pues el objetivo primordial del Convenio «consiste en proteger derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos» (STEDH 9 octubre de 1979, caso Airey). Ello obliga a evitar que, en la práctica, se produzcan situaciones de indefensión por esta causa, de modo que la asistencia esté

104. En un desahucio de vivienda por falta de pago en que el demandado, sin la asistencia de Abogado, realizó personalmente «completa y acabada defensa (...) con apreciable nivel técnico», por lo que no se produjo indefensión, el TC deniega el amparo. Cita, sin embargo, la doctrina del TEDH en SS de 9 octubre 1975 (caso Airey) y la de 25 abril 1983 (caso Pakelli), en las que este Tribunal dijo: «la negación del derecho de asistencia letrada gratuita en proceso que permite la comparecencia personal, sólo constituirá vulneración constitucional si la autodefensa ejercitada por aquel a quien se niega el derecho se manifiesta incapaz de compensar la ausencia de Abogado» (STC 22 abril 1987).

105. GIMENO: *Constitución y Proceso, ob. cit.*, p. 114 y 115.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

garantizada desde el momento en que la ley lo exija (STEDH 13 mayo 1980, caso Artico).

Se tiene que *suspender el juicio, si es preciso*, hasta que no se provea de Abogado al demandado (STC 23 julio 1981 y 28 septiembre 1992), sin que sea admisible hacer depender este derecho de defensa «de una institución ajena a las partes» (STC 28 septiembre 1982), ni puede celebrarse *la vista* sin la asistencia del letrado por encontrarse enfermo (STC 29 octubre 1986).

b. *Tutela efectiva*

Tutela efectiva significa ante todo, *libre acceso a la instancia*. Tanto la Declaración Universal (art. 8) como el Pacto Internacional (art. 14) y el Convenio Europeo, en su art. 6.1 establecen el derecho de toda persona *a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella*. Son muchas las sentencias del TEDH que proclaman el derecho de acceso de los ciudadanos a los Tribunales de Justicia, empezando por la sentencia de 1 de julio de 1961 (caso Lawelss), así como las sentencias del Tribunal Constitucional sobre este mismo derecho que proclama el art. 24.1 de la Constitución. Por ejemplo la STC de 7 de noviembre de 1983, que sienta la doctrina general de que: «dado que el art. 24.1 de la Constitución garantiza a todos la tutela efectiva mediante el acceso a proceso y a los recursos previstos en la ley, tal derecho *sólo puede limitarse*, sin perjuicio de otras decisiones, en aras de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido».

Asimismo la jurisprudencia constitucional ha *derogado aquellas normas* anteriores que suponían una exclusión del control jurisdiccional sobre determinadas materias, y así la STC de 10 de octubre de 1983 dice que: «en virtud de la disposición derogatoria, párrafo 3 de la Constitución, han quedado sin efecto cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la norma fundamental (por ej. las normas que excluyen de la revisión jurisdiccional las resoluciones del Tribunal de Defensa de la competencia). En fin, la Doctrina Constitucional exige como presupuestos para el acceso a la tutela efectiva, el que se cumplan *los requisitos procesales* (SSTC 31

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

marzo 1981, 7 junio 1982 y 14 noviembre 1983, entre otras)[106] y se trate de defender *intereses legítimos*; «es necesario que exista una lesión actual del interés propio, al margen del carácter o no fundado de la acción, lo que significa no sólo la utilidad o efecto práctico de la pretensión, sino la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción. «No pueden plantearse al Juez, por ello, *cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas*, o cuya decisión no tenga evidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor, se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera litis, pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o consejo» (SSTC 16 diciembre 1987 y 30 septiembre 1988)[107].

La norma procesal ha de *interpretarse siempre en el sentido más favorable a la admisibilidad de las pretensiones* (SSTC 13 octubre 1986, 3 de octubre 1988 y 21 julio 1987) y no debe declararse la inadmisibilidad de una pretensión procesal por un defecto *subsanable, sin dar oportunidad a la subsanación* (art. 11.3 LOPJ y SSTC 21 enero 1987, 9 marzo 1988, 25 mayo y 16 julio de 1988, etc.).

En alguna ocasión el Tribunal Constitucional aplica la doctrina

106. Dice la STC de 14 noviembre 1983, con carácter de doctrina general, que: «para la ordenación adecuada del proceso existen impuestas formas y requisitos procesales que, por afectar al *orden público*, son de necesaria observancia, por su racionalidad y eficacia, y que no pueden dejarse en su cumplimiento al libre arbitrio de las partes, ni tampoco la disponibilidad en el tiempo en que han de realizarse. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento de estos requisitos y formas procesales no generan iguales efectos en todo supuesto, pues si se trata de un incumplimiento absoluto debido a una opuesta voluntad a su realización de la parte procesal, llevará a la consecuencia de la pérdida del derecho a que se anudaba la observancia, más aún si el legislador precisa este efecto taxativamente, mientras que si se trata de una irregularidad formal o vicio de escasa importancia, por cumplimiento defectuoso debido a un error o equivocación discutible y no malicioso, que no genera consecuencias definitivas, debe otorgarse la técnica de la subsanación de las irregularidades que permita atender a la voluntad de cumplimiento, pues, como aún con mayor amplitud precisó la sentencia en pleno de este Tribunal, de 25 de enero de 1983, no son válidos los obstáculos procesales que sean producto de un *innecesario formalismo* y que no se compaginan con el derecho a la justicia». Sobre inadmisibilidad de *requisitos procesales que constituyen formalismos enervantes*, SSTC 7 noviembre 1983, 13 octubre 1986, 29 junio 1987, 14 marzo 1988, etc.

107. El derecho se refiere —añade esta doctrina— a una *resolución fundada en derecho*, sea o no favorable a las pretensiones de las partes y que podrá ser de inadmisión cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de una causa legal si bien, cuando se rechace la tutela por un requisito procesal, éste ha de estar *establecido en la norma con rango de ley* (SSTC 16 diciembre 1987 y 30 septiembre 1988).

de la *proporcionalidad* a los requisitos procesales. Dicha doctrina ha de entenderse, en su sentido estricto, como la necesidad de que el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarde una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. «Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisible, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad» [108].

Son numerosas las sentencias que han estimado desproporcionada la inadmisión de la pretensión en base a *cuestiones puntuales* de procedimiento, y de escasa trascendencia en el proceso, como las relativas a la falta de *firma de abogado*, «cuando la asistencia técnica puede deducirse de los antecedentes o la acreditación de la representación que se dice ostentar, cuando el defecto se reduce a esta mera formalidad y siempre que sea factible la subsanación» (SSTC 21 enero 1987, 23 julio 1987, 9 marzo y 25 mayo de 1988, etc.); el rechazo de un documento por no haber liquidado el *impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados* (STC 12 julio 1988) o bien la exigencia ineludible de *consignación o fianza* en determinados supuestos relacionados con la Jurisdicción laboral (STC 25 enero 1983, 17 diciembre 1987, 10 julio 1988, etc.) [109] y con la consignación de rentas en los *juicios*

108. González-Cuéllar Serrano, N.: *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid 1990, p. 225. Así por ejemplo, la STC de 12 de junio de 1987: «las limitaciones que el ordenamiento procesal imponga al ejercicio del derecho a la tutela deben resultar justificadas en atención a los fines perseguidos»; la de 12 de junio de 1988: «tales fines han de estar en conexión con el propio proceso, con las relaciones jurídico sustantivas subyacentes o con la regularidad del tráfico jurídico, sin que otros fines, aunque sean legítimos, ofrezcan suficiente justificación»; la de 14 de febrero de 1989, etc.

109. Así también, sobre el alcance del art. 22 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, que en los supuestos de que se presente un escrito o recurso ante el Juzgado de guardia el último día del plazo y en horas en que no se halle abierto el registro de entrada de la Magistratura exige que el interesado comparezca ante la misma el día siguiente hábil para hacer constar que así lo ha efectuado, dice el Tribunal Constitucional que si la Magistratura consideró cumplido tal requisito, la inadmisión del recurso por el Tribunal Central produce un efecto notoriamente desproporcionado (STC 14 enero 1984). Asimismo el TC concedió a menudo amparo constitucional cuando por una interpretación restrictiva de la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley de Reforma Urgente de la LEC, se inadmitió el recurso de casación por no haber expresado en el escrito de interposición el párrafo del art. 1.692 en el que se basaba (STC 20 junio 1986). También concedió amparo en un supuesto de imposibilidad de consignación de la cantidad importe de la condena para recurrir en suplicación, por falta de liquidez de la empresa, «sin

arrendaticios supuestos en que, sin incidir en un casuismo extremado, las soluciones adoptadas han sido plurales (STC 2 julio 1986). Por los mismos motivos, esa doctrina sanciona la *inadmisión injustificada de una querella criminal*, pues si bien, «quien ejercita la acción en forma de querella no tiene en el marco de art. 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación, si lo tiene al menos a un pronunciamiento motivado del Juez y cuando la resolución no excluye el carácter delictivo de los hechos, deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación» (STC de 28 septiembre 1987). Para facilitar este acceso jurisdiccional, debe de *ofrecerse a las partes el ejercicio de las correspondientes acciones*, cuando así lo prevea la ley (STC 29 abril 1992).

c. *Derecho a los recursos*

El libre acceso se extiende, evidentemente, a *los recursos* de apelación, casación, suplicación laboral, etc. Así, con carácter general, el TC ha declarado que «no debe rechazarse un recurso defectuosamente preparado o interpuesto sin dar previamente ocasión a la *subsanación* de los defectos advertidos, siempre que no tengan su origen en una actitud contumaz o negligente del interesado y no dañen la regularidad del procedimiento ni los intereses de la parte contraria» (STC 21 julio 1987). Los requisitos y presupuestos procesales no son un obstáculo al derecho fundamental de acceso a la justicia salvo cuando las exigencias formales (legalmente más intensas en materia de recursos) obstaculicen de modo excesivo o irracional aquel ejercicio (...) o *hayan perdido su finalidad*» (STC 27 junio 1986), «o cuando de la no constancia en autos de determinado requisito, la Magistratura extrajo un efecto notoriamente *desproporcionado* (STC 14 enero 1986). Por último, en la *casación penal*, el TC interpreta el art. 884.4 LECRIM, en relación con el 855.3, «de

que en este supuesto se pueda eximir a la entidad demandante de la consignación legal, sino únicamente permitirle utilizar otro medio sustitutivo seguro, ante la imposibilidad de cumplir en sus propios términos el art. 154 de la LPL» (STC 21 noviembre 1983). En fin, el TC otorgó el amparo en supuestos de errónea constitución del depósito para recurrir, que se había hecho en favor de la Magistratura en lugar de hacerlo a disposición del Tribunal Supremo (STC 14 marzo 1983).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

modo que no todo defecto ni carencia formal en el escrito de interposición del recurso haya de llevar a la inadmisión del mismo»[110].

d. *Derecho a la imparcialidad del juez*

El juez legal es también una salvaguardia de la *imparcialidad*, la cual es una de las garantías que tácitamente se comprenden en el art. 24 CE. La imparcialidad se refiere a la «concreta idoneidad del juez en relación con el concreto asunto (...) imparcialidad que se mide no sólo por las *condiciones subjetivas* de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad» (STC 12 julio 1982).

Se refieren a la imparcialidad, tanto la Declaración Universal (art. 10) como el Pacto Internacional (art. 14) y el Convenio Europeo (art. 6.1). Ha sido precisamente la jurisprudencia del TEDH la que ha desarrollado la doctrina de la imparcialidad *objetiva y subjetiva*. Dice la STEDH de 26 de octubre de 1984 (caso de Cubber) que el Tribunal, «en su sentencia de 1 de octubre de 1982 (caso Piersack) precisó que la imparcialidad puede apreciarse de diversas formas: cabe distinguir entre una perspectiva *subjetiva* (...) y una perspectiva *objetiva*, dirigida a comprobar si ofrecía garantías suficientes para excluir a este respecto la duda legítima (...) En esa materia, *incluso las apariencias pueden revestir importancia, según un adagio inglés citado particularmente en la sentencia Delcourt de 17 de enero 1970, justice must not only be done; it must also be seen to be done*»[111].

La imparcialidad, decíamos, no viene contemplada de manera expresa en la Constitución y el Tribunal Constitucional la engloba, a veces, dentro de la tutela efectiva, como las sentencias citadas (y las de 31 mayo 1983, 8 noviembre 1984, 16 diciembre 1987, etc.) y otras, dentro del «proceso con todas las garantías, entre las que hay que incluir, sin duda, la que concierne a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador» (STC 22 mayo 1985). El Tribunal Constitucional formula también su doctrina de la *imparcialidad objetiva*, que la configura como «la prohibición de que un mismo juez sea competente para la instrucción y fallo de las causas». Dicha imparcialidad «es aquella que se deriva no de la relación del juez con la partes, sino de su relación con el objeto del proceso» (STC 20 junio 1991, FJ 1). No podía existir imparcialidad objetiva, como había denunciado la doctrina procesal reiteradas veces, en determinados procedimientos de urgencia y en los regulados por la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre, cuyo conocimiento estaba atribuido al mismo Juez de Instrucción el cual, por definición, estaba viciado de imparcialidad[112]. Así lo había reconocido el TC al declarar efectos enervantes de la imparcialidad a «la acumulación funcional de las competencias instructoras y de las puramente juzgadoras en un mismo órgano», rehuyendo sin embargo el tema de la constitucional-

110. En el presente caso, la *ratio legis* del párrafo 3.º del art. 855 no es otra que la de facilitar al Tribunal de Casación la comprobación del defecto procesal que es objeto del presente recurso y la existencia de la reclamación practicada para subsanarlo. Las actuaciones practicadas ponen de manifiesto que el supuesto defecto «han quedado subsanado en el escrito de formalización del recurso» (STC 14 mayo 1986). Sobre el art. 874 LECRIM y, en general, sobre el formalismo en la casación, el TC añade: «consecuentemente, ha sostenido este Tribunal que la obligación que impone la LECRIM al recurrente en el último inciso del párrafo 1.º del art. 874 —la de exponer los fundamentos del recurso en párrafos numerados— se halla inequívocamente al servicio de alcanzar la mayor concisión y claridad en el planteamiento de la pretensión, razón por la cual, como indica la citada sentencia 60/1985, cuando esta precisión en su exposición sí se alcanza, el interés procesal a cuyo servicio está la regla examinada, se habrá preservado también, y será sólo un estrecho rigorismo formal el que se siga sancionando con la drástica medida de la inadmisión una carencia que no menoscaba ya la claridad cuya exigencia da sentido a la previsión normativa» (STC 16 julio 1986).

111. Más ampliamente, en la STEDH de 24 mayo 1989 (caso Hanschildt), el Tribunal sienta la siguiente doctrina: «La existencia de imparcialidad a los efectos del art. 6.1 se debe apreciar de modo subjetivo, intentando determinar la convicción personal del juez en tal ocasión, y también con arreglo a un criterio objetivo que lleve a la seguridad de que reunía las garantías suficientes para excluir, a este respecto, cualquier legítima duda (véase entre otras las SSTEDH De Cubber, de 26 octubre 1984) (...) Falta pues referirse al criterio *objetivo*. Consiste este en averiguar si, con independencia de la conducta personal del juez, algunos hechos que pueden comprobarse permiten poner en duda su imparcialidad. A este respecto, incluso las apariencias pueden ser importantes... Lo que está en juego es la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben merecer a los que acudan a ello y, sobre todo, en cuestiones penales, a los acusados. Por consiguiente, cualquier juez de quien se pueda temer legítimamente la falta de imparcialidad debe ser recusado (..). En el caso de autos, el temor de que faltara la imparcialidad se debió al hecho de que el Magistrado que presidió el Tribunal de Primera Instancia y, después, los que tomaron parte en la apelación de la causa, habían intervenido ya en una fase anterior y habían tomado, antes del juicio, algunas resoluciones sobre el ahora demandante. Una situación así puede justificar dudas en el acusado, sobre la imparcialidad del juez». En el mismo sentido, STEDH 1 de octubre 1982 (caso Piersack) y 22 junio 1989 (caso Longberger).

112. RAMOS: *El proceso penal..., ob. cit.*, p. 20.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

lidad de aquellos procedimientos, pues «el recurso de amparo no está concebido como un procedimiento de la jurisdicción constitucional para el control directo y abstracto de la constitucionalidad de una ley por presunta violación en la misma de alguno de sus derechos fundamentales» (STC 3 julio 1987). Llegó finalmente la STC de 12 de julio 1988 declarando inconstitucional el párrafo segundo del art. 2 de la hoy derogada L.O. 10/1980, de 11 de noviembre [113].

En fin, la imparcialidad presupone también el deber de *abstención* de los Jueces y Magistrados cuando concurre alguna causa legal (217 LOPJ) y el correlativo derecho de las partes a *recusarlos* (SSTC 12 julio 1982; 31 mayo 1983; 22 mayo 1985; 12 julio 1988, etc.).

113. «Las cuestiones se refieren, en primer término, a la posible inconstitucionalidad del art. 2 de la L.O. 10/1980 y, más concretamente, a su segundo párrafo que, como se ha visto, establece que 'en ningún caso' será aplicable al Juez competente para el conocimiento y fallo de las causas que han de enjuiciarse por dicha ley el motivo de recusación (y, consiguientemente, de abstención) previsto en el art. 54, 12 de la LECR., consistente en haber sido el citado Juez 'instructor de la causa'. Esta causa de abstención y recusación se encuadra en el sistema de procedimiento penal regulado por la LECr., en el que para los casos de delito se preveían dos fases distintas: la sumarial, en la que un juez lleva a cabo la instrucción y la vista oral, en la que un Tribunal conoce y falla la causa. Naturalmente, no es éste el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías constitucionales que impone la Norma Suprema. Entre ellas figura la prevista en el art. 24.2 que reconoce a todos el derecho a 'un juicio público... con todas las garantías', garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro, de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución. A asegurar esa imparcialidad tienden precisamente las causas de recusación y de abstención que figuran en las Leyes. La recogida en el citado art. 54.12 de LECR., busca preservar la llamada *imparcialidad 'objetiva'*, es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que llevan a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 de la LECR). Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, perjuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin evitar la plena imparcialidad que le es exigible» (STC 12 de julio 1988).

e. *Sumisión del juez a la ley y motivación de las resoluciones*

Los Jueces *sólo están sometidos a la ley (117.1 CE)*. Este sometimiento implica que las sentencias deben dictarse *secundum legem*, lo cual se controla por medio de los recursos. Ello no obstante, el Tribunal Constitucional ejerce el control general de este sometimiento, que también forma parte del derecho de tutela efectiva y de los de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, sin que, no obstante, se extienda tal control a la interpretación que los jueces hagan de las leyes, pero sí, al menos, *«al respeto al sistema de fuentes establecido»* (STC 28 enero 1991) [114]. Precisamente para controlar el sometimiento del juez a la ley, sus sentencias serán siempre *motivadas* (120.3 CE), pues «la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 CE, se satisface primordialmente mediante una sentencia de fondo que resuelva las pretensiones controvertidas y que se *encuentre jurídicamente fundada*, debiendo entenderse los términos del mencionado precepto integrados con lo que dispone el art. 120.3. CE, que exige la *motivación* de la sentencia» (STC 3 noviembre 1987) [115]. La motivación sirve, en primer lugar,

114. «2. La STC 23/1988 ha establecido una doctrina que, en lo que aquí interesa, declara que 'la tutela judicial efectiva, a la que todos tiene derecho, entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, la *necesidad de que los juzgadores resuelvan secundum legem* y atendiéndose *al sistema de fuentes establecido*' (art. 1.7 CC.), exigencia que, si bien no hará posible en este cauce el control genérico sobre la razonable interpretación de las normas seleccionadas como aplicables por los órganos judiciales, a los que constitucionalmente corresponde esta función, sí permitirá reconocer una indebida denegación de la tutela judicial en la hipótesis de que, el órgano judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de las normas, quiebre el derecho del justiciable a que su pretensión sea resuelta según aquel sistema, y no aplicando la regla en que la pretensión se basa sin tener en cuenta la ordenación de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 de la CE), y entre ellos la cuestión de constitucionalidad a través de la cual se consigue garantizar al mismo tiempo la sujeción de los órganos judiciales a la Ley y a la Constitución» (STC 28 enero 1991).

115. «Al establecer el requisito de la motivación de las sentencias se constitucionaliza en nuestro derecho algo que venía en él siendo tradicionalmente exigido a partir de la recepción en el Derecho Procesal de las exigencias de los Estados liberales. Se trata, sobre todo, de que el proceso de aplicación del Derecho no permanezca en el secreto o en el anonimato, sino que quede explicitado y reciba la necesaria y suficiente publicidad» (STC 13 de mayo 1987). Más recientemente: «El derecho fundamental a la tutela efectiva incluye como contenido básico, según reiterada doctrina de este tribunal (SSTC 20/1982, 39/1985, 110/1986, 23/1987, 55/1987, 74/1990) el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas, que sea *motivada y fundada en Derecho* y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse discutible o respecto de ella puedan formularse reparos,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

para que el Tribunal *a quo* e incluso el *Tribunal Constitucional* pueda *controlar «si el Tribunal de la causa ejerció la potestad jurisdiccional sometido únicamente al imperio de la Ley* (...). Una verificación de esta naturaleza sólo es posible si la sentencia hace referencia *a la norma en que debe inferirse de la ley la resolución judicial»* (STC 13 mayo 1987).

Tampoco puede acogerse la resolución judicial *arbitraria, irrazonada o irrazonable que, «por no estar fundada en Derecho (...) vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva»* (STC 23 febrero 1987).

Por otro lado, «discrecionalidad» no significa «arbitrariedad», ni puede acogerse «una larga tradición doctrinal y jurisprudencial, según la cual estamos ante un *libre e incondicionado arbitrio del órgano jurisdiccional* (...) no puede acogerse desde la garantía constitucional del derecho a la tutela judicial» (STC 12 junio 1987).

La motivación no precisa ser exhaustiva ni se le impone un concreto alcance o razonamiento (STC 15 julio 1988), basta que la resolución esté «suficientemente motivada y expresamente fundada en la legislación aplicable al caso» (STC 4 julio 1988).

La arbitrariedad conculca, además, el principio de *igualdad*, que también rige en la actividad jurisdiccional y que se vulnera si el Tribunal no razona suficientemente su cambio de criterio con relación a resoluciones anteriores, que no puede ser arbitrario, sino fundado (STC 9 diciembre 1985), aunque tampoco implica una exigencia absoluta de que todos los órganos judiciales interpreten siempre del mismo modo la Ley (STC 12 julio 1988).

Asimismo, la motivación y *fundamentación* de las sentencias incide en el principio de *seguridad jurídica* que proclama el art. 9.3 CE (STC 21 de mayo 1984).

Y también reza la misma doctrina constitucional para los *autos*[116].

pues *no corresponde al TC, que no es una tercera instancia y órgano revisor que tenga que efectuar el control de mera legalidad»* (STC 14 enero 1991). «Cuando la Constitución y la ley exigen que se motiven las sentencias se impone que la *decisión judicial esté precedida por una exposición de los argumentos que la fundamenten.* Tal exigencia es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la solución dada al caso es *consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad»* (STC 18 mayo 1992).

116. «A ello debe añadirse que si bien el art. 120.3 de la CE refiere la obligación de motivar única y exclusivamente las sentencias, la doctrina expuesta *resulta también de innegable aplicación a las resoluciones que adopten la forma de Auto*; puesto que, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial, existe la misma razón para exigir su

f. *Derecho de audiencia.* (vid. pp. 13 y stes.)

g. *Proscripción de la indefensión*

La Constitución promulga dos garantías plenas y polivalentes referidas al proceso: la del proceso con «todas las garantías» y la de que *«en ningún caso pueda producirse indefensión».*

La indefensión resultante de la infracción de las normas procesales está sancionada con la nulidad absoluta (art. 238.3 LOPJ) y, si a pesar de la falta se alcanza la sentencia definitiva y la parte no tiene otro medio procesal, queda expedita la vía de amparo; la indefensión procesal se convierte en constitucional.

El Tribunal Constitucional, como decíamos más arriba[117], define a la indefensión *procesal* como la que «surge de la privación de alegar y demostrar, replicar dialécticamente (...) del indispensable principio de contradicción (...) con las interrelaciones existentes con el derecho a los medios de prueba» (STC 1 julio 1986). No obstante, «no se producirá indefensión cuando, aun habiéndose quebrantado la legalidad procesal por el juzgador, el propio interesado, por *impericia o negligencia*, no haya utilizado sus posibilidades de defensa, desdeñando los remedios hábiles para hacer valer sus intereses (STC 17 junio 1987). Lo mismo sucede si tiene «*conocimiento extraprocesal* de las resoluciones judiciales (...), que equivale a su notificación, al menos en cuanto a su posibilidad de impugnación por indefensión» (STC 1 julio 1987).

La conclusión, añade el Tribunal Constitucional, es que «no toda infracción de normas procesales se convierte, por sí sola, en indefensión jurídico-constitucional y, por ende, en violación del art. 24 de la Constitución» (STC 4 abril 1984). En igual sentido, STC 11 junio y 24 julio 1984, 21 mayo 1986, 4 febrero y 3 junio 1987, 13 mayo 1988, etc.[118].

Esta indefensión de «rango constitucional» está plenamente relacionada con el principio de *subsidiariedad* en un doble aspecto:

a) Porque no se produce indefensión si no se agotan los recursos y demás medios de impugnación. Y no siempre se trata sólo de recursos, pues puede oponerse la parte a través de un proceso independiente (el

motivación, en la medida en que tal clase de resoluciones judiciales decide cuestiones que requieren exteriorizar las razones justificativas de la decisión, como así, por otro lado, dispone el art. 248 LOPJ» (STC 28 enero 1991).

117. Víd. p. 18.

118. VERGE: *La nulidad..., ob. cit.*, p. 88 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

declarativo después del sumario, las acciones impugnativas autónomas, el incidente declarativo de terceros en fase de ejecución o el incidente por ejecutarse cuestiones no controvertidas o contrarias a la ejecutoria, etc.) o mediante incidentes de oposición específicos (p.e., en medidas cautelares, en medidas provisionales matrimoniales), etc.[119].

b) No basta la indefensión meramente *procesal* o *relativa*, sino que ha de ser *material* o *absoluta*, en el sentido de que no exista en el ordenamiento procesal remedio alguno para restituir el derecho fundamental vulnerado y éste haya causado ya perjuicio irreparable, sin culpa ni negligencia de la parte afectada, pues «la indefensión *posee relevancia jurídico-constitucional* (...) cuando la situación creada por la sentencia es *inconmovible y adquiere eficacia de cosa juzgada* (...) y ha de medirse *globalmente*» (STC 212/1991, de 11 de noviembre. También, SSTC 129/1991, de 6 de junio, 154/1991, de 10 de julio, etc. El concepto de *indefensión con trascendencia constitucional* es de *carácter material* y no exclusivamente formal» (SSTC 48/1984 y 8/1991, de 17 de enero), «lo cual impide apreciar la lesión del art. 24.1 CE cuando, por las circunstancias del caso, puede deducirse que el afectado tuvo la oportunidad de defender sus derechos e intereses legítimos» (STC 57/1993, de 15 de febrero), «lo cual exige que determinemos si (...) la infracción procesal sufrida (...) le ha llegado a producir efectivo y real menoscabo en sus intereses (SSTC 149/1987, 155/1988, 145/1990)». STC 106/1993, de 22 de marzo.

a. Sentencias dictadas en única o última instancia: el recurso de casación por infracción de garantías constitucionales y el principio de subsidiariedad (art. 5.4 LOPJ)

En las sentencias dictadas en única o última instancia, cuando no puede denunciarse la nulidad por algún otro medio de impugnación,

119. Vid. la sistematización de las diversas posibilidades de impugnación procesal en RAMOS, *Derecho Procesal Civil, ob. cit.*, T. II, p. 706 a 709. El Tribunal Constitucional, sin embargo, no exige apurar irrazonablemente todos estos medios de impugnación, sino «aquellos que, estando a la disposición de las partes para procurar la reparación del derecho constitucional que se estima vulnerado (...), puedan ser comprendidos como normalmente procedentes de acuerdo con la legislación procesal» (STC 114/1992, de 14 de septiembre).

como por ejemplo, mediante un recurso de suplicación laboral[120], es preciso abrir el recurso de casación para restituir al de amparo su carácter subsidiario.

La doctrina se ha ocupado en diversas ocasiones de la necesidad de arbitrar algún medio de impugnación con esa finalidad[121]. Aunque con un eficaz recurso de apelación para la inmensa mayoría de juicios que admiten las dos instancias que permitiera la *restitutio in integrum* aun después de transcurridos los plazos ordinarios, como hemos estudiado más arriba[122], cabe esperar que disminuirían drásticamente los recursos de amparo, quedaría todavía la posibilidad de que en la segunda instancia y cuando ya no tuviese más medios de defensa, la parte se viera privada de alguna garantía constitucional-procesal, p.e., de la audiencia y contradicción en la vista de apelación, que es uno de los casos que, con alguna frecuencia, terminan en recurso de amparo.

También en esos supuestos habría de autorizarse algún remedio jurisdiccional antes de acudir al recurso de amparo. Las nulidades procesales (aunque también sean infracciones constitucionales) han de poder subsanarse con medios también procesales y en sede jurisdiccional «ordinaria». Es más, para preservar la subsidiariedad del recurso de amparo es preciso reinterpretar el art. 44, a LOTC en el sentido de que deben

120. Art. 188 LPL: «Son recurribles en suplicación (...) d) las sentencias dictadas por reclamaciones que tengan por objeto subsanar una falta esencial de procedimiento (...) siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión». Art. 190 «El recurso de suplicación tendrá por objeto: a) reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haber infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión (...)».

121. ALMAGRO, *Justicia Constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Madrid 1980, p. 190 y ss. GIMENO SENDRA, V., *Constitución y Proceso*, Madrid 1988, p. 212 y ss.; *El recurso de amparo* (con CASCAJO), Madrid 1985, p. 145 y ss. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid 1980, p. 275 y ss.; *El derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Madrid 1984, p. 279 y ss.; CASCAJO CASTRO, J.L., (con GIMENO) *El recurso de amparo, ob. cit.*, p. 60 y ss. PÉREZ LUÑO, A., *Los Derechos Fundamentales*, Madrid 1988, p. 91. SAAVEDRA GALLO (con ALMAGRO), *Lecciones de Derecho Procesal*, II Edición, Valencia 1991, p. 177 y ss. GÓMEZ COLOMER, J.L. (con MONTERO y otros), *Derecho Jurisdiccional (...), ob. cit.*, T. III, p. 682 y ss. GUI MORI, T., *Doctrina Constitucional*, Barcelona 1989, p. 181. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho Fundamental al Proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona 1992, p. 625 y ss. CANO MATA, A., *El recurso de amparo (doctrina del Tribunal Constitucional)*, Madrid 1983. GARCÍA RUIZ, *El recurso de amparo en el derecho español*, Madrid 1980. MOYA GARRIDO, *El recurso de amparo según la doctrina del Tribunal Constitucional*, Barcelona 1983. PÉREZ GORDO, A., *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Barcelona 1982. RAMOS MÉNDEZ, F., *Eficacia práctica del recurso de amparo constitucional*, en Justicia 1982, n.º 4, etc.

122. Y con un recurso de audiencia al rebelde adaptado a la Constitución.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

agotarse «*todos los recursos* utilizables dentro de la vía judicial» sin excluir ninguno cuando sea adecuado. El Tribunal Constitucional, en alguna ocasión, ha hecho dejación de esta exigencia convirtiendo el recurso de amparo en menos subsidiario de lo previsto en un principio[123]. Sin embargo «para preservar la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo —dice últimamente el Tribunal Constitucional— la LOTC exige que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial» y, si de un lado, ello «no implica la necesidad de utilizar previamente todos los medios impugnatorios (...) imaginables», sí han de utilizarse aquellos que, «*estando a disposición de las partes son adecuados* para

123. «Unicamente han de interponerse los recursos judiciales *ordinarios*, no los extraordinarios» —dice GONZÁLEZ PÉREZ, citando a CANO MATA— en *El derecho a la tutela (...), ob. cit.*, p. 279. «Es discutible, añade, si en los procesos en que es admisible el *recurso de casación*, es uno de los recursos a interponer» y cita a GUAITA quien opina que es necesaria su interposición y, en contra, la STC de 2 de diciembre de 1982 que, dice, declara lo contrario (*El derecho a la tutela (...), ob. cit.*, p. 280). «El carácter subsidiario del amparo —dice el Tribunal Constitucional— exige el agotamiento de la vía judicial procedente (art. 43 LOTC), pero no la utilización de procedimientos especiales como el de la Ley 62/1978, o volver después de ésta a la vía contenciosa ordinaria, o utilizar recursos extraordinarios *como el de casación* sino sólo las posibilidades normales (sic) de defensa (...)» así p.e. las SS. 12/1982, de 31 de marzo y 92/1985, de 24 de julio.

Ultimamente, la doctrina parece volver al sentido originario de la subisidiariedad: «es patente que los demandantes no han agotado los recursos utilizables dentro de la vía judicial previa al amparo (...) porque al finalizar el amparo estaban pendiente de resolución un *recurso de casación* (...), puesto que ello pugna con la lógica misma del principio de subsidiariedad que rige el amparo constitucional. Por el contrario, es preciso que, el interesado agote cualesquiera oportunidades que posea para que los Tribunales ordinarios puedan pronunciarse sobre la supuesta lesión del derecho fundamental alegado en amparo, entre otras razones para *permitir, de una parte, que los propios órganos jurisdiccionales subsanen cuando sea posible las irregularidades* acaecidas *y por otra*, porque, en todo caso, el pronunciamiento dictado por el Tribunal Constitucional a la hora de garantizar derechos fundamentales *debe resultar final*» (STC 195/1991, de 17 de octubre).

Con respecto al *recurso de revisión*, dice el TC que «como recurso extraordinario rescisorio de sentencias firmes, sólo cabe reputarlo *subsidiario al recurso de amparo cuando éste hubiera de fundarse, exclusivamente, en alguno de los tasados motivos* en que cabe articular aquel (...)». STC 242/1991, de 16 de diciembre. En el mismo sentido SSTC 50/1991, y 226/1991.

Referente al *recurso de audiencia al rebelde*, el Tribunal Constitucional parte de la errónea interpretación de considerarlo como un remedio sólo aplicable al «auténtico rebelde»; es decir, al rebelde voluntario y no al involuntario cuando, p.e., no ha conocido el emplazamiento. Desde GÓMEZ DE LA SERNA y MANRESA hasta nuestros días está pacíficamente admitido que, precisamente, sólo el «rebelde» involuntario, es decir, el ausente involuntario, tiene acceso al recurso de audiencia y que el emplazamiento irregular, una vez dictada la sentencia firme y definitiva, puede autorizar el recurso de audiencia si se dan los demás presupuestos. Vid. SERRA, *El incidente (...), ob. cit.* passim. VERGE, *El incidente (...) ob. cit.* passim. y *La rebeldía (...) ob. cit.*, p. 119 a 126.

procurar la reparación del derecho fundamental que se estima vulnerado», aquellos recursos que «*pueden ser considerados como normalmente procedentes de acuerdo con la legislación procesal*» (STC 114/1992, de 14 de septiembre).

El fundamento de la subsidiariedad —dice GIMENO SENDRA— que consiste en dejar al Tribunal Constitucional la «última palabra», es político[124] y técnico. En este último sentido, añade, «resulta evidente que el TC no podía convertirse en una Magistratura ordinaria de amparo. Hubiera sido tal la avalancha de recursos que hubiese quedado paralizada en el tiempo la actividad del Tribunal, por lo que se hubieran presentado dos soluciones: la creación de unos Tribunales especiales de amparo, los cuales habrían de conocer en primera instancia (...) o bien conferir a los Tribunales ordinarios la facultad de conocer en primer lugar de la pretensión de amparo»[125]. De este modo, termina, el Tribunal Constitucional «actúa como un Tribunal de casación, y el recurso de amparo se convierte en una casación especial»[126].

Y como después de la sentencia definitiva ya no puede el Juez declarar la nulidad[127], «las infracciones y violaciones (...) deberán ser denunciadas y salvadas por medio de los recursos y peticiones pertinentes antes de recaer sentencia definitiva» (STC 188/1992, de 16 de noviembre), «pues la finalidad del requisito contenido en el art. 44.1 LOTC consiste en *posibilitar el efectivo cumplimiento del principio general de subsidiariedad del art. 53.2 de la CE, el cual hay que estimarlo cumplido en el presente caso en el que los Tribunales ordinarios tuvieron ocasión, a lo largo de dos instancias, de restablecer el derecho fundamental supuestamente vulnerado*» (STC 211/1992, de 30 de noviembre). Y cabe señalar a este respecto —dice la importante STC de 15 de noviembre 1990— «que la *insuficiencia del desarrollo legislativo del art. 53.2 CE, al no posibilitar mediante un recurso jurisdiccional previo y sumario*, ni

124. «Conforme al primero de ellos parecía peligroso en el momento de la transición política a la democracia otorgar un mero control difuso de los derechos fundamentales a los Tribunales ordinarios que, bajo la presión de la dictadura y no obstante los esfuerzos por preservar su independencia (...) se caracterizaron por una interpretación restrictiva de los derechos fundamentales (...)». GIMENO, *El recurso de amparo, ob. cit.*, p. 146.

125. GIMENO, *El recurso de amparo, ob. cit.*, p. 148.

126. GIMENO, Id. Id., p. 88 y 89.

127. «No infringe la CE la decisión judicial —aquí los autos— que por atenerse al mandato imperativo del art. 240 LOPJ no acuerda la nulidad de sentencias definitivas y firmes en los supuestos de denuncias *a posteriori* de violaciones de derechos fundamentales en el curso del proceso». STC 188/1992, de 16 de noviembre.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mediante la *adecuación a la Constitución de las normas procesales* la corrección de esas vulneraciones, convierte, como decimos, al de amparo constitucional en un recurso subsidiario, pero *también común y general de última instancia*».

Parece pues que, en lugar de crear un nuevo recurso [128], que además «podría representar un perjuicio a los particulares afectados al introducir, en todo caso, una instancia jurisdiccional» (STC 15 noviembre 1990) y que, en la práctica, podría «conducir a un considerable retardo en la efectividad de los procedimientos judiciales y constituir medio abonado para la picaresca judicial» [129], la solución doctrinal y práctica más correcta sea la del *recurso de casación* [130], el cual, por otra parte, no es un medio de impugnación de sentencias firmes y constituye, con una tradición más que secular, el medio adecuado de declarar las nulidades de mayor gravedad procesal [131].

128. P.e., como el de «nulidad» del Proyecto de LOPJ aprobado por las Cortes el 16 de abril de 1980, que permitía en su art. 272 que «una vez recaída sentencia firme, la nulidad de pleno derecho habrá de hacerse valer por los interesados interponiendo *recurso de nulidad*, que se resolverá por el órgano competente para conocer del recurso extraordinario de casación, con sujeción a los plazos y trámites establecidos para éste».

129. SERRA, *El incidente (...), ob. cit.*, p. 46.

130. En el mismo sentido, referente al proceso penal, GIMENO, apoyándose en la «sobrecarga» de recursos de amparo que se instruyen contra sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales propone, «al menos y al igual que como acontecía con anterioridad a la reforma operada por Ley de 16 de julio de 1949, el recurso de casación por infracción de ley contra tales sentencias y con ello la posibilidad de que el Tribunal Supremo *pudiere restablecer el derecho fundamental* vulnerado *en cumplimiento del principio de subsidiariedad* del art. 53.2 CE». (GIMENO, *La casación y el derecho a los recursos (notas para una ordenación del sistema penal de recursos)*, en Justicia 1988, III, p. 551.

131. «Les constituants (1790) imposèrent bien au Tribunal de Cassation de citer, dans ses jugements, le texte de la loi sur laquelle ils étaient appuyés, mais la cassation ne pouvait avoir lieu que pour contrevention expresse au texte de la loi ou violation des formes de procedure». HALPERIN, J.L., *Le Tribunal de Cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, en *Une autre Justice* (bajo la dirección de R. BADINTER), París, 1989, p. 228. Esta «casación por nulidad» ya existía bajo *l'ancien régime*, pues el Rey podía casar la sentencia viciada de *contrevention aux Ordonnances*, sin distinguir si se trataba de ordenanzas atinentes al proceso o atinentes al mérito» (CALAMANDREI, P., *Casación Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires, 1959, p. 30. La casación, además como heredera de la *querela nullitatis*, es sinónimo de anulación; es un «medio de impugnación *típicamente* construido para *denunciar las nulidades* provinientes de vicios del procedimiento» (CALAMANDREI, *Casación (...), ob. cit.*, p. 54). De ahí que en el *derecho italiano* la sentencia es siempre susceptible de casación por nulidad, *«la questioni è risolta per i provvedimenti decisori aventi la forma della sentenza, dalla illimitata ammissibilità del ricorso de cassazione ai sensi dell'art. 111 della Constituzione»* (DENTI, *Nullità degli atti (...), ob. cit.*, p. 483). La jurisprudencia constitucional italiana —dice CAPPELLENTI— y también la ordinaria «concuerdan en con-

La *competencia* para conocer del recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales recae en el Tribunal Supremo (art. 5.4 LOPJ), quedando excluidos los Tribunales Superiores de Justicia (art. 1.730 LEC, para el proceso civil). Ello, forzosamente, ha de ser así cuando la infracción del derecho fundamental tenga lugar en el Tribunal Superior de Justicia o en la Audiencia Nacional. En cambio, cuando la falta se cometa en órganos jerárquicamente dependientes de los *Tribunales Superiores de Justicia* a ellos debería, *de lege ferenda*, atribuirse el conocimiento de este recurso. Ello comportaría algunas modificaciones legislativas, como las de los arts. 5.4 *in fine* y 73.1.a. LOPJ, 1.730.1 LEC, etc.

Doctrinalmente no existe inconveniente alguno en atribuir tal competencia a los Tribunales Superiores de Justicia, ya que la función nomofiláctica en esta materia no corresponde al Tribunal Supremo, sino al Constitucional [132], que es quien siempre tiene «la última palabra», incluso contra las sentencias dictadas en casación [133]. Desde un punto de vista práctico, los TTSSJJ podrían completar con ella —y, quizás, con la apelación penal por delitos graves, las competencias que, de manera restringida, se les atribuyó en la Ley Orgánica del Poder Judicial [134].

siderar el precepto constitucional como inmediatamente operante y en considerar inconstitucionales y no aplicables las leyes que limitan la posibilidad del recurso de casación». *Proceso, Ideologías, Sociedad,* trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhof. Buenos Aires, 1974, p. 562). Los principios constitucionales de igualdad de los ciudadanos (art. 14 CE) y unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE) —dice SERRA— *convierten en absolutamente necesario el recurso de casación* (...). No debe extrañar por ello que en Italia se conceda recurso de casación contra cualquier resolución judicial, independientemente de la cuantía». (*Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* —coordinador, V. CORTÉS— Madrid, 1985, p. 785). Como dijimos más arriba, en el procedimiento laboral también se ha optado por otorgar un medio de impugnación, *el recurso de suplicación*, por nulidad en todos los procesos de instancia única, aun cuando la sentencia no es recurrible por otros motivos. (art. 188, 1. d. LPL).

132. En el mismo sentido, GIMENO, *La casación y el derecho (...), ob. cit.*, p. 551.

133. «El Tribunal Constitucional, como *intérprete supremo de la Constitución* (...)». Art. 1 LOTC.

134. «Es normal que a uno se le ponga la carne de gallina cuando piensa que todavía existe una ley que se atreve a negar a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de motivos constitucionales (...). El Tribunal Superior de Justicia podrá tener los mejores juristas. Sin embargo, estas mejores cabezas de la judicatura no deben saber una palabra de derecho constitucional porque, de hecho, el legislador les ha impedido que se ocupen de ese tipo de temas.» RAMOS, *Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo: reflexiones sobre un despropósito*, en Justicia 1991, III, p. 525 y 526. «El mantenimiento de una Sala de lo Civil y lo Penal en Tribunales Superiores de Justicia con un contenido mínimo o simplemente eventual, constituye un auténtico despilfarro en los actuales momentos de crisis de la Administración de Justicia». SERRA (con MONTERO

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En el Anteproyecto de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial [135] se opta, sin embargo, por una solución distinta. Dice así el Art. Undécimo del Anteproyecto:

«Se añade un apartado 3 al artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«3. Será inadmisible el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, podrá excepcionalmente a instancia de parte legítima, promoverse incidente de nulidad de actuaciones para hacer valer defectos de forma que hayan producido indefensión y no hayan podido ser advertidos antes de recaer sentencia no susceptible de ulterior recurso o resolución, igualmente irrecurrible, que ponga fin al proceso. Será competente para conocer del incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para promover el incidente será de veinte días, desde la notificación de la sentencia o resolución firme o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto de forma causante de indefensión. El Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en el que se hagan valer otras cuestiones. Frente a la resolución definitiva que recaiga en el incidente no se dará recurso alguno».

El precepto, aunque recoja algunas de las enseñanzas doctrinales sobre los presupuestos básicos del incidente de nulidad contra resoluciones [136] no es, a mi juicio, acertado.

En primer lugar y en términos literales, no toda infracción de precepto constitucional causante de indefensión (art. 5.4. LOPJ) viene recogida en el incidente, sino sólo los *defectos de forma* que hayan producido indefensión, con lo cual las demás nulidades de alcance constitucional, aunque no fueran susceptibles de ulterior recurso o resolución (según el texto del Anteproyecto) habrían de ir directamente al recurso de amparo, quedando de nuevo frustrado el carácter subsidiario que de él predica el art. 53.2.CE y la doctrina del Tribunal Constitucional [137] y ello aunque, con un mínimo de coherencia con el párrafo anterior (el 2.º) del art. 240 y su interpretación diaria por los Tribunales, por defecto de forma que produzca indefensión haya que entender, no sólo la *forma* del acto procesal en sentido «estricto» [138] sino, como dice la misma sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990, los «vicios no subsanados determinantes de indefensión constitucional (...) situaciones de indefensión causadas por vicios procesales» (FJ 1) [139], o los «requisitos procesales cuyo cumplimiento es de orden público y de carácter imperativo (...) doctrina que encuentra acomodo en lo dispuesto en el art. 140.2. LOPJ» [140], incluyendo en tal concepto, naturalmente, las «violaciones de derechos fundamentales en el curso del proceso» [141], como «la falta de citación por el órgano judicial (...) debido a un extravío del susodicho escrito de personación» [142]; «irregularidades de los actos de comunicación procesal que impidieron (...) tener conocimiento de la existencia del proceso» [143], e incluso la propia «omisión del trámite de

y otros), *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*, Madrid, 1993, p. 287.

135. Publicadada en el Boletín de las Cortes de 4 de enero de 1994, Serie A, Núm. 45-1.

136. Es decir, no cabe el incidente si ha podido recurrirse y no se produce indefensión si se ha consentido expresa o tácitamente la resolución y, por ende, el defecto. Vid., por todos, SERRA: *El incidente de nulidad de actuaciones*, en Justicia 1981, pp. 58 y 69.

137. Vid., por todas, la STC de 15 noviembre 1990.

138. Es decir, no sólo «la disposición exterior que han de presentar los actos procesales», sino que hay que «partir de un concepto más lato (...) incluyendo en la *forma* los *requisitos procesales de los diversos actos y la acomodación de éstos a las exigencias de los correspondientes «principios del proceso»*. PRIETO-CASTRO, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1985, T. I, p. 559 y 572.

139. También la STC de 11 mayo 1991.

140. STC 10 de julio 1991, núm. 154.

141. STC 16 noviembre 1992, núm. 188.

142. «Dictada sentencia inaudita parte, el recurrente interpuso al conocerla, el recurso de nulidad, que fue rechazado en aplicación del art. 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial». Y, prosigue el Tribunal, «como ya hemos dicho en la reciente sentencia STC 188/1992 el caso que ahora se resuelve no es único, sino, por desgracia, ya reiterado. En no menos de cuatro o cinco ocasiones (STC 77/1987, 66/1988, 22/1989, 78/1992 y 131/1992) *ha tenido este Tribunal que resolver supuestos semejantes, por no decir iguales, o sea, el de la infracción procesal (con relevancia constitucional) causada por el extravío, ocultación o pérdida, con reaparición o no, de un escrito de parte justificativo de su correcta conducta procesal y mantenimiento de su derecho, relativo a la personación o comparecencia en la Secretaría del Tribunal*. Debido a un extravío, sin embargo, la parte no es citada y se pronuncia la sentencia sin ser oída en el recurso (...). Igualmente se ha de reiterar la doctrina de la imposibilidad legal de acceder a los recursos de nulidad una vez dictada sentencia definitiva». STC de 30 noviembre 1992, num. 212.

143. «Ningún reproche constitucional merece la Sentencia dictada (...) que se limitó a constatar la imposibilidad de reparar la indefensión producida cuando se suscita un incidente de nulidad de actuaciones contra sentencia definitiva, de conformidad con el art. 240.2 LOPJ (...). Debe, pues, este Tribunal, como si fuera una *casación universal*, amparar las lesiones constitucionales advertidas y declaradas, aunque no remediadas, por los propios Tribunales ordinarios». La sentencia se refiere a un juicio de desahucio en el que «la notificación de la demanda y la citación a juicio se realizó por edictos publicados en el Boletín Oficial de la Provincia, pese a conocerse las señas del local arrendado objeto del juicio (...). El emplazamiento así realizado no garantizaba el conocimiento real del interesado sobre la existencia del proceso, incumpliendo los requisitos y exigen-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

audiencia previa de las partes, previsto en el art. 240 de la LOPJ con anterioridad a la declaración *ex officio* de la nulidad de lo actuado»[144].

La ambigua redacción del precepto comentado puede dar lugar, desde luego, a confusiones importantes en la práctica diaria de Juzgados y Tribunales. Una fórmula como «la nulidad de los actos procesales que haya producido efectiva indefensión» (240.1.LOPJ) sería, por lo acuñada y comentada doctrinalmente, menos conflictiva y comprensiva, en todo caso, de los supuestos de indefensión con relevancia constitucional.

Un segundo problema que plantea el precepto que comentamos es el de si en él quedan subsumidos todos o sólo algunos de los motivos que autorizan el recurso de audiencia al rebelde el cual, en el primer caso, pasaría a mejor vida sin apenas haber nacido en la práctica de los Tribunales.

Porque, ciertamente, si la cédula de emplazamiento va dirigida a persona equivocada o incluso falta el nombre del demandado o, en fin, se comete cualquier otro defecto «de forma», el demandado siempre estará en condiciones de «acreditar cumplidamente que una causa no imputable al mismo ha impedido que la cédula de emplazamiento le haya sido entregada» (776.2.LEC) y, obviamente, tendrá derecho al recurso de audiencia. Pero, ¿tendrá que utilizar el nuevo incidente de nulidad de actuaciones o podrá optar por el recurso de audiencia, que según los términos literales del Anteproyecto, todavía es un «recurso», susceptible de ser utilizado antes (o en lugar) del incidente? Por el contrario, si se trata de un emplazamiento «formalmente» correcto, pero en un domicilio que ya no corresponde al del demandado, ¿qué solución procesal habrá que

cias mínimos establecidos por el legislador y la *constante jurisprudencia de este tribunal relativa a los actos de comunicación procesal* (...) y a la subsidiariedad de la citación por edictos como último remedio procesal que ha de venir precedido del previo agotamiento de otras posibilidades de comunicación» STC de 28 septiembre 1992, núm. 130. En otra sentencia de la misma fecha, la núm. 131 de 1992, reitera el Tribunal que «la omisión de tal emplazamiento, cuando no se cumple por la actividad espontánea de las partes, vivía las actuaciones judiciales realizadas sin el concurso de la parte ausente y entraña, lógicamente, la nulidad de las decisiones adoptadas como cierre de aquellas actuaciones (...) De aquí que la falta de citación para ser oído en un acto o trámite tan importante como el de *la vista de un recurso*, cuando es debida a la omisión de un órgano judicial, *no sólo infringe la ley ordinaria*, sino que trasciende al ámbito constitucional, por implicar una situación de *indefensión evidente* (...) como consecuencia de todo ello se ha producido una *infracción del principio de contradicción procesal*, aun admitiendo como *correcta la actuación de la Audiencia, dado que ésta desconocía el escrito de comparecencia*, porque, a pesar de ello, sólo al órgano judicial y no al apelante resulta imputable la falta de citación para la vista». En el mismo sentido, la STC de 19 octubre 1992, núm. 156.

144. STC 18 enero 1993, núm. 10.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

darle? y, en fin, si se trata, simplemente, de fuerza mayor (774 LEC) —que tampoco es un defecto de forma— ¿podrá plantearse el incidente de nulidad o, esta vez sí, tendrá que utilizarse el recurso de audiencia acreditando, dentro de los cuatro meses contados desde la publicación de la sentencia en el BOP, que la fuerza mayor, durante todo este tiempo, no fue interrumpida?[145]. ¿No es mejor facilitar la apelación si, demostrada la involuntariedad de la ausencia, el recurso es todavía posible con dispensa justificada de la preclusión? O cuando ya no hay más recursos en el ordenamiento, porque estamos ya en la última o única instancia, ¿no es mejor modificar el tratamiento del recurso de audiencia, adaptándolo a la Constitución? En definitiva, ¿no merece la ausencia involuntaria de la parte en el proceso un tratamiento específico y unitario, sin necesidad de reconducirlo a un incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme? Y si, realmente, como ya es inaplazable, se produce la adaptación constitucional del recurso de audiencia, por un lado y, por otro, seguimos utilizando el «mini-incidente» de nulidad previsto en el párrafo segundo del 240 LOPJ para la nulidad absoluta cuando la parte está personada, ¿qué contenido le vamos a dar al nuevo incidente de nulidad que se propone? Sobre este contenido «residual» hemos hablado ya en páginas anteriores. Se trataría únicamente de aquellos defectos que no ha podido denunciar la parte, a pesar de su personación, por un acto de comunicación inexistente o nulo y, además, sólo en única o última instancia, casación o amparo, puesto que en los demás casos habría la posibilidad de recurrir. En definitiva, se trata de aquellos defectos que, como dice el Tribunal Constitucional, se produjeron en «no menos de cuatro o cinco ocasiones (Vid. STC 30 noviembre 1992, citada en nota 142) y dieron lugar a otros tantos recursos de amparo; es decir, cuando la parte no fue citada para la vista del recurso que agotaba las instancias. Pero, aunque en este último año, y dada la situación de la Administración de Justicia, se hayan producido unos cuantos casos más ¿no es mejor reconducirlos a la casación por infracción de precepto constitucional ante los Tribunales Superiores de Justicia en lugar de reinventar, en una involución mutante, el antiguo incidente de nulidad de actuaciones? Y, por último, si esos defectos se produjeran en la casación o en el propio Tribunal Constitucional, ¿sería realmente excesivo y perjudicial para el principio de subisidiariedad que estos casos fueran directamente al amparo constitucional?

Pero el incidente de nulidad propuesto presenta aún otro problema

145. Art. 774.2. LEC.

grave, el del *dies a quo*. «El plazo para promover el incidente será —se dice— de veinte días desde la notificación de la sentencia o, *en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto de forma causante de indefensión*». Esto puede tener dos consecuencias nefastas. La primera, que si se trata de amparar al ausente involuntario, como la notificación de sentencia en el proceso civil se le hace por edictos (282 y 283 LEC), en estrados (1.851.2.LEC) o, en fin, «personalmente» (769 LEC), pero con la peligrosa interpretación de que se entienda por tal el efectuado «ad domum» [146], los veinte días de plazo transcurran, las más de las veces, en perfecta inutilidad.

La segunda, que si los veinte días se cuentan, «en todo caso, desde que tuvo conocimiento del defecto de forma», nos podemos encontrar ante una espada de Damocles que penda eternamente sobre la cabeza del que hubiese ganado (?) el pleito, y ello a pesar de que ni el recurso de revisión civil, como es sabido, puede plantearse transcurridos cinco años [147] desde la publicación de la sentencia.

Obviamente, se planteará el problema del procedimiento. ¿Será un incidente suspensivo en todos los casos? ¿Seguirá el trámite general de los incidentes aun cuando la nulidad por falta de acto de comunicación no necesite casi nunca ningún tipo de prueba, vista ni conclusiones? [148].

Para acabar con este comentario, sólo una reflexión sobre la cuestión doctrinal. El incidente de nulidad de actuaciones que se propone ¿es el ave fénix que renace de las cenizas en que se le quiso sumir en la Ley de Reforma Urgente de la LEC de 6 de agosto de 1984 o, realmente, es un ave más antigua aún, casi jurásica; la *querela nullitatis*, imprescriptible y desgajada de los demás medios de impugnación en los que la ciencia procesal de los últimos cien años, ingenuamente, había pretendido enjaular?

146. Vid. nota 62.

147. Art. 1.800 LEC. Piénsese, p.e., en la importancia que ello puede tener para la seguridad jurídica de las sentencias constitutivas de un nuevo estado civil, divorcio, nulidad, etc.

148. Más preciso sería poder probar el domicilio equivocado o la ausencia involuntaria *durante el proceso* y, sin embargo, ha de prescindirse de ello por la drástica reducción de trámites que impone el 240.2. LOPJ.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

b. Sentencias dictadas en casación o amparo

Ninguna dificultad presentan las primeras. Cabe el recurso de amparo en base a los presupuestos generales del art. 44 LOTC, puesto que se trata de sentencias de «órganos judiciales».

Ahora bien, ¿qué pasa si, como vimos antes, la violación del derecho fundamental ocurre en la tramitación de un recurso de amparo y no se descubre hasta después de sentencia? «Contra las sentencias del Tribunal Constitucional *no cabe recurso alguno*, pero en el plazo de dos días a contar desde su notificación, las partes podrán solicitar la *aclaración* de las mismas» (Art. 93.1 LOTC). Mas ya sabemos por el propio Tribunal Constitucional que la aclaración no es un medio idóneo para anular una sentencia firme [149]. Ningún problema si la infracción se conoce antes de dictar sentencia pues, al igual que el 240 LOPJ, el 94 LOTC establece que el Tribunal Constitucional, *a instancia de parte* [150] o de oficio deberá, antes de pronunciar sentencia, subsanar o convalidar los defectos que hubieran podido producirse en el procedimiento».

El problema surge cuando la nulidad se conoce después de haberse dictado sentencia. Y, sin embargo, la violación de un derecho fundamental ha de tener posibilidad de acceder al amparo, que protege a «todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refieren los capítulos anteriores (...) *de los poderes del Estado*, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes» (Art. 41.2 LOTC). Si bien orgánicamente —dice GIMENO— el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial (...) al concurrir en él todas las notas configuradoras de la *jurisdicción*, merece ser enmarcado, junto con el Tribunal de Cuentas (...) en la categoría de Tribunales especiales» [151].

Hay un obstáculo, casi insalvable, en el art. 146.1 CE: «Las sentencias del Tribunal Constitucional (...) tienen el valor de *cosa juzgada* y *no cabe recurso alguno* contra ellas». Pero, por otro lado, el «recurso» de amparo no es, propiamente, un «recurso» jurisdiccional, ni ordinario ni extraordinario [152] y ya sabemos que la cosa juzgada es una «mera apa-

149. Vid. pp. 3 a 5 y notas 21 a 23.

150. Otra vez el «incidente» de nulidad de actuaciones.

151. *El recurso de amparo, ob. cit.*, p. 85.

152. El término «recurso» es, para ALMAGRO, inapropiado. Entiende que es «un medio extraordinario de impugnación: un *proceso constitucional*; no se trata de una nueva instancia, ni de una casación, ni de una revisión» (SSTC 26 febrero 1982 y 26 noviembre 1984). *Justicia Constitucional (...) ob. cit.*, p. 191 y (con SAAVEDRA) *Lecciones*

riencia» cuando, en virtud de un recurso de revisión o de amparo, se rompe el proceso en donde se había cometido la violación del derecho fundamental; proceso inidóneo, por esto mismo, de producir el efecto de cosa juzgada [153]. Lo que no podíamos predicar más que del recurso de revisión y del recurso de audiencia al rebelde [154], después de la Constitución podemos hacerlo extensivo al recurso de amparo el cual, como aquellos otros medios excepcionales de impugnación, sirve para poner de relieve, precisamente, que no se ha llegado a producir la cosa juzgada por haberse seguido el proceso con vulneración grave de algún derecho fundamental. En cualquier caso, sin embargo, «el incidente de nulidad de actuaciones» del Anteproyecto de modificación de la LOPJ al que nos hemos referido hace un momento no distingue y, del mismo modo que en el Tribunal Constitucional se viene aplicando sin dificultades el párrafo segundo del artículo 240 de esta Ley, ¿por qué no aplicar también el párrafo tercero, si prospera?

de Derecho (...) ob. cit., p. 177. En el mismo sentido, GÓMEZ COLOMER entiende que es un *verdadero proceso (Derecho Jurisdiccional, ob. cit.*, (con MONTERO y otros), T. III; p. 682.

153. «El objeto específico del mismo viene dado por la protección que se presta frente a actos o abstenciones que, al margen de toda legalidad, *con apariencia de legalidad*, o fundados en una ilegalidad que resulta inconstitucional, afecta a la garantía constitucional de reconocimiento del derecho fundamental invocado como infrigido» ALMAGRO-SAAVEDRA, *Lecciones (...), ob. cit.*, p. 177. GIMENO le atribuye, por un lado, naturaleza de «casación especial» (*El recurso (...), ob. cit.*, p. 88), pero afirma también, (en *Constitución y Proceso, ob. cit.*, p. 218) «que en el proceso consagrado por el art. 44 LOTC nos encontramos ante un *proceso constitucional*, en el que el Tribunal Constitucional conoce en única y definitiva instancia de la pretensión constitucional de amparo (...), siendo manifiestamente inapropiada la utilización de término «recurso» para definirlo». Más adelante, añade, «Naturalmente, contra la sentencia del Tribunal Constitucional *no cabe utilizar el recurso de amparo* (art. 164.1 Const. 93 LOTC) sino tan sólo la posibilidad de plantear el conflicto ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (p. 217, nota 32). Estamos de acuerdo en cuanto no cabe recurso de amparo contra «la sentencia», contra «el fondo», por vulneración de los derechos fundamentales, pero el objeto del recurso de amparo sería, no obstante, la vulneración de derechos fundamentales «durante la tramitación» del amparo constitucional; tendría un objeto distinto, sería «un nuevo proceso en el que se postula la nulidad del primero y tiene un objeto totalmente distinto» SERRA, *Estudios (...), ob. cit.*, p. 463, nota 8, en cita a MORÓN PALOMINO, *La nulidad (...), ob. cit.*, pp. 168 y 169. Sería, claro está, un proceso rescindente como el recurso de audiencia al rebelde o el recurso de revisión.

154. Vid. VERGER, *La nulidad (...), ob. cit.*, pp. 160 y 161.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LAS SENTENCIAS «ADITIVAS» DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL RESPETO AL LEGISLADOR

JAVIER VECINA CIFUENTES
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO:

I. Dos recientes ejemplos de sentencias «aditivas». — II. Las sentencias aditivas como medio de restablecer el principio de igualdad legislativamente vulnerado. — III. Réplica a la crítica sobre la actividad paralegislativa del Tribunal Constitucional: *A)* Posiciones doctrinales y jurisprudenciales contrarias a la adopción de Sentencias del tipo «aditivo»; *B)* Límites a la emanación de Sentencias «aditivas». — IV. Discrecionalidad legislativa y Tribunales Constitucionales: *A)* Las sentencias austriacas de anulación con efectos diferidos; *B)* Las sentencias alemanas de «mera inconstitucionalidad»; *C)* Las «sentencias desestimatorias con verificación de la inconstitucionalidad» italianas.

I. DOS RECIENTES EJEMPLOS DE SENTENCIAS «ADITIVAS»

El objeto del presente comentario lo constituye el examen de un tipo de sentencia, calificada por la doctrina italiana como «aggiuntive» o «additive» [1], del que recientemente ha vuelto a hacer uso el Tribunal

1. Vid., por todos, LAVAGNA, C.: *Sulle sentenze «additive» della Corte costituzio-*

Constitucional con la finalidad de poner remedio a las lesiones que al principio de igualdad pueden ocasionar las omisiones «relativas» provenientes del Poder Legislativo [2]. Omisiones que se producen, pues, no cuando falta todo desarrollo normativo de un precepto constitucional (omisiones absolutas), sino cuando la disposición legislativa, al regular ciertos supuestos, omite sin un fundamento objetivo incluir en la misma regulación, o someter al mismo tratamiento jurídico, otros casos idénticos, tal y como exigiría la finalidad enunciada y perseguida por el legislador, dando lugar con ello a una violación del principio de igualdad en su más simple y clásica aplicación [3].

Se trata de las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre y 3/1993, de 14 de enero, emanadas ambas con ocasión del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. En la primera de ellas la duda de inconstitucionalidad recae sobre el art. 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964, en la parte en la cual atribuye al «cónyuge» del arrendatario fallecido —no, por tanto, al miembro supérstite de una unión de hecho— la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento; en la segunda, la cuestión de inconstitucionalidad surge en relación con el derogado art. 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en la medida en que dicha disposición reconoce en exclusiva a las «hijas y hermanas», y por lo tanto, no atribuye a los hijos y hermanos del causante, el derecho al percibo de las llamadas prestaciones en favor de familiares.

A juicio del Alto Tribunal las disposiciones legales impugnadas, además de vulnerar el principio de igualdad (art. 14 CE), presentan un contenido normativo menor de aquel que a tenor de ciertos preceptos constitucionales deberían tener, de ahí que su adecuación al texto constitucional la realice el Tribunal mediante una doble y sucesiva operación, que por un lado es demolitoria o ablativa de la disposición legislativa en lo que ésta tiene de norma excluyente y, por otro, reconstructiva, en cuanto aumenta el inicial contenido normativo de la disposición, introduciendo una norma positiva sustitutiva de la originariamente negativa por

nale, en «Giur. it.», núm. IV/1969, pág. 151 y ELIA, L.: *Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (ottobre 81-luglio 85),* en la obra colectiva «Scritti su «La giustizia costituzionale» in onore di Vezio Crisafulli», vol. I, Padova 1985, págs. 299 y ss.

2. Sobre la distinción entre omisiones legislativas absolutas y relativas vid. AHUMANDA RUIZ, M.ª A.: *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas,* en «REDC», núm. 8/1991, págs. 172-173, y la bibliografía allí citada.

3. D'ORAZIO, G.: *Aspectos y problemas de la Justicia Constitucional italiana,* en «RVAP», núm. 31/1991, págs. 88-89.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la que se extiende también a los excluidos el beneficio o ventaja del que anteriormente carecían [4].

El restablecimiento del principio de igualdad en las dos sentencias citadas se lleva a cabo, pues, mediante una equiparación «por arriba» [5], ampliando el inicial ámbito de sujetos beneficiados por el trato legal de favor. No es ésta, sin embargo, una solución caprichosa del Tribunal sino, por el contrario, una respuesta que como tendrá oportunidad de examinarse tiene su fundamento en el cumplimiento de determinadas exigencias constitucionales; concretamente, las que se derivan de los arts. 39.1 y 47 CE, en el primer caso, y las impuestas por el art. 41 CE, en el segundo.

II. LAS SENTENCIAS ADITIVAS COMO MEDIO DE RESTABLECER EL PRINCIPIO DE IGUALDAD LEGISLATIVAMENTE VULNERADO

Al contrario de lo que normalmente sucede, la inconstitucionalidad del enunciado legal se produce, en estos casos, por el hecho de contener el mismo un contenido normativo menor del constitucionalmente exigible [6]. La oposición con la Constitución no resulta, por tanto, de lo que el precepto dice, sino de lo que no dice [7], de una omisión «relativa» o «parcial» del legislador, y aquí radica precisamente el problema que suscita el restablecimiento del orden constitucional perturbado en estos supuestos.

En principio, frente a dos situaciones de hecho tratadas diversamente por la ley, el Tribunal puede eliminar las discriminaciones que crea injustificadas o irracionales, bien declarando la inconstitucionalidad de la disposición que establece una ventaja a favor de un sujeto o de una categoría, bien declarando inconstitucional la disposición misma en la parte en la cual no extiende la aplicación de la ventaja a otro sujeto o a otra categoría [8].

Si se observaran escrupulosamente los postulados clásicos del mode-

4. Sobre estos dos aspectos de las decisiones aditivas vid. PICARDI, N.: *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale,* en «Riv. dir. proc.», 1975, págs. 71-73.

5. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: *Igualdad y discriminación,* Madrid 1986, pág. 319, y la jurisprudencia constitucional allí citada.

6. ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale,* Bologna 1988, pág. 298.

7. RUBIO LLORENTE, F.: *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho,* en «REDC», núm. 22/1988, pág. 36.

8. PIZZORUSSO, A.: *Las sentencias «manipulativas» del Tribunal Constitucional italiano,* en la obra colectiva «El Tribunal Constitucional», vol. I, Madrid 1981, págs. 290-291.

lo europeo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, tal y como quedaron configurados por KELSEN, y en particular los consistentes tanto en la reducción del objeto del proceso constitucional al enunciado de la ley como en la vinculación necesaria entre inconstitucionalidad y nulidad, la primera de las alternativas citadas parece la única aceptable en estos supuestos. De acuerdo con la concepción más tradicional, la sanción en el caso de que una ley lesione el principio de igualdad por establecer arbitrariamente la exclusión de una ventaja respecto a una cierta categoría de personas no podría ser otra, por tanto, que la declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, de la disposición legal en su totalidad [9].

Ahora bien, esta solución, con ser la más coherente con el sistema concentrado originario de justicia constitucional, resulta en ciertos casos muy problemática al derivarse de ella «no sólo otras situaciones de cuestionable licitud constitucional, sino perjuicios inmediatos para todos aquellos a los que el precepto en cuestión otorgaba derechos, como frecuentemente ocurre con la regulación de prestaciones de las que tácitamente se excluye a sectores o clases que, por exigencias del principio de igualdad, deberían también beneficiarse de ellas» [10].

Además, a la solidez de los motivos que se oponen a la estimación pura y simple de la pretensión de inconstitucionalidad y nulidad del precepto *in toto*, se une también en estos casos la imposibilidad de recurrir a las denominadas sentencias interpretativas, al no deducirse del enunciado legal impugnado varias y alternativas interpretaciones, de las que poder desechar aquellas que se opongan a la Constitución, sino tan sólo una única interpretación que, por lo demás, no es aceptable desde la óptica constitucional [11].

9. Fiel a estos postulados, el Tribunal Constitucional austriaco sanciona la lesión al principio de igualdad con la anulación por entero de la disposición legislativa. Vid. al respecto, D'ORAZIO, G.: *Aspectos y problemas...*, op. cit., págs. 89-90.

10. RUBIO LLORENTE, F.: *La jurisdicción constitucional...*, op. cit., pág. 36. El rechazo a la declaración de nulidad la fundamenta el TC en la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, del siguiente modo: «Ha de declarar este fallo, desde luego, la inconstitucionalidad sobrevenida de la exclusión enjuiciada, pero no la nulidad de la regla legal que concede hoy al «cónyuge» el beneficio de la subrogación, resultado éste que, sobre no reparar en nada la discriminación apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en virtud del art. 58.1 de la L.A.U., un derecho que no merece, claro está, tacha alguna de inconstitucionalidad» (FJ 7).

11. En este sentido, ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, cit., págs. 296-297, not. 94. En las citadas SSTC 222/1992, de 11 de diciembre [FFJJ 2 b) y 3)] y 3/1993, de 14 de enero (FFJJ 1 y 2) la disposición legal impugnada presenta para el juez *a quo* una única interpretación que es la que el TC enjuicia conforme al parámetro constitucional: en la primera de ellas «el enunciado legal, al referirse tan sólo al cónyuge, entraña la exclusión *a contrario* de quien haya convivido more uxorio con el arrendatario fallecido, que quedaría al margen, de este modo, de la previsión legal y sin la posibilidad alguna de reclamar para sí, por consiguiente, el beneficio legal de la subrogación» (FJ 3); en la segunda, la duda «proviene directamente del texto sometido a este enjuiciamiento constitucional, esto es, el del art. 162.2 L.G.S.S., que, al otorgar pensión sólo a las hijas o hermanas del causante que reúnan los requisitos reglamentarios exigidos niega reconocer dicha pensión a los sujetos varones, aun en idénticas condiciones» (FJ 1).

Ante esta situación en la que, por un lado, no parece constitucionalmente adecuado declarar la nulidad de la disposición legal impugnada y, por otro, no resulta viable el recurso a las sentencias interpretativas, los Tribunales Constitucionales se han visto obligados a la creación de nuevos tipos de sentencias —o mejor, de dispositivos—, entre las que se encuentran las ya mencionadas sentencias aditivas.

Mediante la utilización de este tipo de sentencias, frecuentemente asumida por la Corte Costituzionale italiana [12] y, en menor medida, también por el Tribunal Constitucional español [13], no se hace sino optar por la segunda de las alternativas anteriormente citadas, de tal modo que el principio de igualdad se restablece anulando la norma excluyente que implícitamente contiene el texto legislativo impugnado, e incorporando a dicho texto una norma que originariamente éste no contenía, a través de la cual se extiende también a los sujetos excluidos el trato legal de favor. La forma de dispositivo utilizada en estos casos se reconoce externamente por contener una declaración de inconstitucionalidad de la disposición impugnada *en la parte en la cual no* prevé aquello que debería prever.

12. Siguiendo la estadística citada por D'ORAZIO, G.: *Aspectos y problemas...*, op. cit., pág. 88, not. 60, en 1987 frente a 27-29 declaraciones de inconstitucionalidad pura y simple, se pronunciaron casi 50 sentencias con efectos aditivos; en 1988, 27 y 67, respectivamente; en 1989, 33 y casi 50.

13. Junto a las ya mencionadas es posible citar como ejemplos de decisiones aditivas las SSTC 103/1983, de 22 de noviembre; 104/1983, de 23 de noviembre y 142/1990, de 20 de septiembre, con las que el Tribunal extiende el derecho a una pensión de viudedad también a los varones. Un comentario relativo a las dos primeras puede verse en ALONSO OLEA, M.: *Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional*, en «REDT», núm. 16/1983, págs. 603-614.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

III. Réplica a la crítica sobre la actividad paralegislativa del Tribunal Constitucional

A) *Posiciones doctrinales y jurisprudenciales contrarias a la adopción de Sentencias del tipo «aditivo»*

Las decisiones «manipulativas», entre las que se incluyen las sentencias aditivas, tienen como finalidad inmediata restablecer el orden constitucional vulnerado a través de la transformación del significado de la ley [14]. En ocasiones esta transformación puede llevarse a cabo mediante una reducción del alcance normativo de la disposición legal impugnada, bien declarando la nulidad de una o varias palabras sin las cuales cambia radicalmente el contenido normativo del enunciado legal, bien eliminando una de las normas que expresamente se derivan de la disposición impugnada. En otras, sin embargo, ya se ha visto que la adecuación a la Constitución del precepto legal no puede llevarse a cabo a través de una actividad ablatoria, sino antes al contrario mediante una actividad reconstructiva, o lo que es igual, mediante un enriquecimiento del alcance normativo que presenta la disposición recurrida [15]. Aclarado este extremo el problema radica en determinar a quién corresponde realizar esta tarea, si al Tribunal Constitucional o al legislador.

La adopción de sentencias aditivas por parte del Alto Tribunal ha recibido fuertes críticas desde ciertos sectores doctrinales, e incluso jurisprudenciales [16], referidas fundamentalmente a la función paralegislativa que el Tribunal ejerce en estos supuestos.

Para ciertos autores, en efecto, con el empleo de tales pronunciamientos el Tribunal Constitucional se aparta de la función institucional que le es propia, limitada a expulsar del Ordenamiento jurídico los preceptos legales que se oponen a la Constitución, es decir, a actuar como «legislador negativo» [17], asumiendo un rol que constitucionalmente sólo corresponde ejercitar al legislador [18]. No puede, sin embargo, compartirse esta crítica tal y como ha sido formulada. Es cierto que un uso indiscriminado de las sentencias aditivas vulneraría claramente el principio de separación de poderes; sin embargo, de ahí no puede deducirse su total exclusión, sino tan sólo la reducción de su ámbito de aplicación. El problema en relación con el legislador se reduce, pues, a una cuestión de límites.

14. Zagrebelsky: *La giustizia costituzionale,* cit., págs. 296-297.

15. Pizzorusso, A.: *Las sentencias «manipulativas»...,* op. cit., pág. 290.

16. Vid. los Votos particulares formulados por los Magistrados don Alvaro Rodríguez Bereijo y don José Gabaldón López a la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre.

17. Sobre la función de «legislador negativo» del Tribunal Constitucional vid. Kelsen, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. E. García Máynez), México 1983, pág. 318; idem *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale),* recogido en la obra Kelsen, H.: «La giustizia costituzionale» (trad. C. Geraci), Milano 1981, pág. 173; idem *Chi dev'essere il custode della costituzione?,* en «La giustizia costituzionale», cit., pág. 256.

B) *Límites a la emanación de Sentencias «aditivas»*

La utilización de las sentencias aditivas debe quedar reducida, en primer lugar, a aquellos supuestos extremos en los que no le sea posible realizar al Tribunal Constitucional una interpretación del enunciado legal conforme a la Constitución. El principio de conservación de las disposiciones legales (vgr. STC 19/1991, de 31 de enero, FJ 4) exige, por tanto, apurar al máximo todas las posibilidades de interpretar los preceptos impugnados de acuerdo con la Norma Fundamental antes de utilizar las sentencias de tipo aditivo [19], reduciendo su ámbito de aplicación a los supuestos en los que una interpretación de esta índole pudiera desfigurar el claro enunciado legal o convertir el precepto en superfluo [20].

18. En tono crítico, por ejemplo, Nigro, M.: *Le giurisdizioni sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuale,* en «Diritto processuale amministrativo», núm. 4/1984, pág. 454; Pibernat Domenech, X.: *La sentencia constitucional como fuente del Derecho,* en «RDPol.», núm. 24/1987, págs. 82-83 y Rubio Llorente, F.: *La jurisdicción constitucional...,* op. cit., págs. 37-38.

19. Sobre la necesidad de realizar una interpretación de las leyes conforme a la Constitución vid., entre otras, SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1 B); 93/1984, de 16 de octubre, FJ 5 d); 115/1987, de 7 de julio, FJ 1 y 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 2.

20. Sobre la imposibilidad de realizar una interpretación conforme a la Constitución ante enunciados legales claros, o cuando mediante ella se convierta el precepto impugnado en superfluo vid. entre otras, las SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 12 y, por lo que aquí más interesa, la ya citada 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2 b). En Alemania, los límites que se imponen al BVerfG en relación con el uso de la interpretación conforme a la Constitución («Verfassungskonforme Auslegung») son similares: el respeto al tenor literal del precepto examinado —si bien el juez no tiene, de modo general, necesidad de seguir rígidamente el texto de la norma— y a la decisión política fundamental del legislador —no debiéndose dar a una ley un sentido contrario a dicha decisión política— (Vid. Schlaich, K.: *El Tribunal Constitucional Federal Alemán,* en la obra colectiva «Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales», Madrid 1984, pág. 204). Sin embargo, dicha limitación no parece tan clara en Italia; así lo demuestra el hecho de que en la sentencia aditiva núm. 22 de 1967 la Corte Costituzionale afirme: «La anomalía podría venir superada también en vía

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Junto a ello, las sentencias aditivas deben resultar operativas sólo en aquellos casos en los que la eliminación de la única interpretación extraible del texto legal —y con ella del precepto en su totalidad— no resulte adecuada, al poder crear el vacío jurídico real subsiguiente situaciones más inconstitucionales que aquella que intenta evitarse mediante la anulación[21]. Por el contrario, cuando la expulsión de la disposición legal del Ordenamiento jurídico no ponga en peligro la consecución de otros principios o valores constitucionales la actuación del Alto Tribunal no puede ser otra que la plena anulación de la misma.

En tercer y último lugar, no es posible emanar este tipo de sentencias cuando sean varias las alternativas normativas viables para colmar la laguna real derivada de la eventual anulación de la ley[22]. En estos casos, el restablecimiento por el Tribunal Constitucional del orden constitucional perturbado mediante la elección de una de ellas constituiría una opción discrecional de política legislativa que por mandato constitucional sólo corresponde hacer al legislador (art. 66.2 CE). Por esta razón, sólo las decisiones manipulativas con contenido ya predeterminado por el Ordenamiento son admisibles.

Si se respeta este último límite, las críticas relativas a una función paralegislativa del TC en el uso de las sentencias aditivas tienden a desaparecer, ya que su utilización se reduce al supuesto en el que la extensión del beneficio legal a todos los excluidos por la norma resulta constitucionalmente obligada en atención a ciertos preceptos de la Constitución. La norma que el Tribunal incorpora «manipulando» la ley no deriva en estos casos de una inadmisible obra de legislación, sino de una actividad de interpretación cuyo contenido es simplemente declarado (no creado) por el Tribunal[23]. Como diría CRISAFULLI[24], el Tribunal no

de interpretación sistemática... Todavía, para mejor asegurar la certeza del derecho, se debe proceder a una expresa determinación en este sentido», sobre el particular vid. ELIA, L.: *Le sentenze additive...*, op. cit., págs. 307-308.

21. A este respecto conviene recordar, como señala MODUGNO: *I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale*, en «Quad. cost.», núm. 1/1989, pág. 39, que el deber institucional del Tribunal es eliminar las leyes inconstitucionales, pero sin producir situaciones de mayor inconstitucionalidad, sin que los éxitos de sus juicios sean más perjudiciales todavía para el Ordenamiento jurídico. De ahí que también la necesidad de evitar peligrosos vacíos legislativos asuma, como tal, un valor constitucional imprescindible.

22. Vid. ZAGREBELSKY, G.: *La giustizia costituzionale*, cit., pág. 304, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano allí citada.

23. ZAGREBELSKY, G.: *La giustizia costituzionale*, cit., pág. 301.

24. CRISAFULLI, V.: *Relazione generale*, en la obra colectiva «La Corte costituzionale tra norma giuridica e realità sociale», Bologna 1978, pág. 84.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

crea libremente (como haría el legislador) la norma, sino que se limita a individualizar aquella implicada en el sistema y deducible del mismo. Por esta razón, si de creación de nuevo derecho se pudiese hablar debería añadirse que se trata de una legislación «a rime obbligate», porque la Corte no inventa nada que, al menos en estado latente, no se halle presente en el Ordenamiento.

Si se analiza con detenimiento la motivación que induce al Tribunal Constitucional español a inclinarse por este tipo de pronunciamiento en las ya citadas SSTC 222/1992 y 3/1993, puede observarse como no es una actividad discrecional del Tribunal la que da lugar a la extensión del beneficio legal a la categoría de personas excluidas inicialmente por el precepto impugnado.

En la primera de ellas, la subrogación arrendaticia no puede considerarse en sí misma un privilegio carente de fundamento constitucional, sino antes al contrario una de las posibles modalidades de realización de ciertos principios rectores que nuestra Constitución impone; en concreto, tanto el contenido en el art. 39.1 CE referente a la protección por los poderes públicos de la familia —no sólo la matrimonial sino también la nacida al margen de dicho instituto—, como el establecido en el art. 47 CE según el cual «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada». Por esta razón, la situación discriminatoria que se deriva del art. 58.1 LAU no puede restablecerse expulsando del Ordenamiento jurídico dicho precepto, sino únicamente incorporando a su ámbito de aplicación también al miembro supérstite de una pareja de hecho. Del mismo modo, la norma que el art. 162.2 LGSS establece —la prestación en favor de los familiares— no sólo no es inconstitucional en sí misma considerada, sino que al regular una situación de necesidad se conecta con la obligación impuesta a los poderes públicos por el art. 41 CE, de mantener un régimen de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad. El cumplimiento de este objetivo constitucional exige que la reconstrucción de la situación legal no pueda llevarse a cabo anulando el precepto en su totalidad —pues el vacío resultante crearía una situación contraria al art. 41 CE—, ni de otro modo diferente al consistente en extender el ámbito de los beneficiarios también a los «hijos o hermanos» del causante.

IV. DISCRECIONALIDAD LEGISLATIVA Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

La invasión del ámbito de discrecionalidad legislativa se produciría, por contra, si las sentencias aditivas se utilizasen para incorporar al Or-

denamiento una de las varias normas que, desde la perspectiva constitucional, serían susceptibles de recomponer el orden constitucional vulnerado. Actuando así, el Tribunal Constitucional asumiría una verdadera función legislativa que en modo alguno le corresponde. Por eso, en aquellos supuestos en los que ni la nulidad de la disposición resulta conveniente, ni el uso de las sentencias aditivas posible, la solución debe buscarse en otro tipo de sentencias distintas de las aquí tratadas.

En ese sentido, pueden reconducirse a tres clases de sentencias, fundamentalmente, las emanadas por los distintos Tribunales Constitucionales para dar respuesta al problema que se deriva de la necesaria intervención legislativa en aquellos casos en los que son varias las alternativas posibles para acomodar la disposición impugnada a la Constitución. Cada una de estas tres diferentes soluciones encuentra su fundamento en las posibilidades que la legislación de cada país ofrece; sin embargo, el elemento común a todas ellas radica en su finalidad, que no es otra que la de postergar las consecuencias de la anulación de la disposición inconstitucional, dando tiempo al legislador para adecuar la normativa contraria a la Constitución mediante la elección de una de las múltiples opciones posibles.

A) *Las sentencias austriacas de anulación con efectos diferidos*

Como es sabido, uno de los caracteres inicialmente diferenciadores del sistema norteamericano de justicia constitucional y el posteriormente adoptado por la Constitución austriaca de 1920 es el referido a los efectos que la decisión judicial de la cuestión de constitucionalidad despliega respecto a la ley sujeta a control y, más concretamente, sobre los actos basados en esa ley[25]. Mientras en el primero de ellos el control de constitucionalidad asume un carácter meramente declarativo cuya eficacia opera en línea de principio *ex tunc*, retrotayéndose los efectos de la nulidad al momento en el cual se produjo la contradicción con la Constitución[26], en el sistema austriaco el Tribunal Constitucional no declara la nulidad, sino anula una ley que, hasta el momento en el cual la resolución del Tribunal no sea publicada, es válida y eficaz aunque sea inconstitucional. Se trata, pues, de un control constitutivo de la invalidez y de

25. CAPPELLETTI, M.: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, 8.ª reimp., Milano 1979, págs. 105 y ss.

26. Vid. CAPPELLETTI, M.: *Il controllo...*, op. cit., págs. 105-106.

la consiguiente ineficacia de la ley contraria a la Constitución, operando por tanto los efectos de la sentencia constitutiva de anulación *ex nunc* o *pro futuro*[27].

La regla general es, pues, que la anulación de la ley inconstitucional surta efectos el mismo día de la publicación del dispositivo de la sentencia en el diario oficial del *Bund* o de los *Länder*. Sin embargo, con el fin de evitar las perniciosas consecuencias que en ciertos casos puede ocasionar la anulación de la disposición legal, el propio art. 140.5 de la Constitución austriaca establece una excepción a dicha regla, permitiendo al Tribunal fijar un plazo («Fristsetzung»), que en ningún caso podrá exceder de un año, a partir del cual la ley pierde su vigencia. Mientras tanto, la ley reconocida inconstitucional continúa siendo aplicada por los distintos operadores jurídicos, dándose de este modo oportunidad al legislador de reconstruir la situación de derecho[28].

B) *Las sentencias alemanas de «mera inconstitucionalidad»*

A diferencia de la Constitución austriaca, la alemana de 1949 no establece la posibilidad de diferir los efectos de la declaración de nulidad. Pese a ello, la problemática existente en aquellos supuestos en los que corresponde únicamente al legislador reconstruir la situación de derecho mediante la elección de una de las varias alternativas posibles, no ha quedado sin resolver. Para estos casos el Tribunal Constitucional alemán recurre con frecuencia, y desde 1970 bajo la cobertura de su Ley reguladora (§§ 31.2 y 79.1 BVerfGG), a las llamadas «sentencias de mera inconstitucionalidad»[29] o de «inconstitucionalidad simple»[30], cuya principal característica reside en contener en su parte dispositiva una declaración de incompatibilidad de la disposición impugnada con la Constitución («Unvereinbarkeit»), pero sin que a dicha declaración acompañe otra de nulidad («Nichtigkeit»)[31]. La sentencia no declara, pues, la nulidad *ex tunc* de la ley, conteniendo en cam-

27. CAPPELLETTI, M.: *Il controllo...*, op. cit., págs. 107-108. Sobre la eficacia temporal de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad en el sistema austriaco vid. ÖHLINGER, T.: *L'evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria*, en la obra colectiva «Costituzione e Giustizia Costituzionale nel diritto comparato (a cura di Giorgio Lombardi)», Rimini 1985, págs. 51-53.

28. Vid. ÖHLINGER, T.: *L'evoluzione...*, op. cit., pág. 52.

29. RUBIO LLORENTE, F.: *La jurisdicción constitucional...*, op. cit., pág. 36.

30. SCHLAICH, K.: *El Tribunal Constitucional Federal Alemán*, cit., pág. 194.

31. STUTH: *Il Bundesverfassungsgericht e il profilo tecnico delle sue pronunce*, en «Quad. cost», núm. 2/1989, págs.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

bio una exhortación al Poder Legislativo para que la sustituya por una nueva disposición en un plazo determinado («Fristsetzung») o cuanto antes [32].

Al contrario de la norma anulada, que deja de pertenecer al sistema de fuentes, la norma declarada incompatible con la Constitución queda formalmente en vigor [33]. No obstante, como a tenor del art. 31.2 BverfGG el pronunciamiento del Tribunal Constitucional tiene fuerza de ley, asume éste una fuerza constitutiva, *erga omnes,* que hace que la ley declarada inconstitucional no pueda ser aplicada en lo sucesivo [34].

Ello significa que durante el período transitorio existente entre la publicación de la sentencia y el acaecimiento de la nueva disciplina rige un «bloqueo de aplicación» («Anwendungssperre») en la medida fijada por el dispositivo [35], de tal modo que para los casos concretos que han dado ocasión de examinar la constitucionalidad de las normas (por vía de queja constitucional contra una sentencia o de control concreto de normas) la ley ya no resulta aplicable por las autoridades administrativas o los tribunales en la medida en que contiene una disposición contraria a la Constitución, debiendo estos últimos suspender el proceso hasta que tenga lugar la entrada en vigor de la nueva regulación legal (BVerfGE 37, 217, 261) [36].

Fuera de los supuestos que han provocado la intervención del Tribunal, la norma declarada simplemente inconstitucional deberá continuar siendo aplicada cuando la característica de esta misma norma exija, por motivos de derecho constitucional (y sobre todo de certeza del derecho), su permanencia en vigor por un período de tiempo transitorio, evitando con ello una situación más inconstitucional que la presente [37]. La ley declarada inconstitucional continuará entonces produciendo efectos en la medida en que el BVerfG quiere precisamente evitar el peligroso vacío

32. Sobre la obligación que el BVerfG impone al legislador de suprimir la situación inconstitucional y su naturaleza vid. CERVATI: *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana,* en «Quad. cost.», núm. 2/1989, pág. 264.

33. En ocasiones, sin embargo, al amparo del § 35 BverfGG el Tribunal Constitucional alemán ha ido todavía más allá, formulado por sí mismo, y con carácter general, una regulación provisional análoga a la ley impugnada, de obligado cumplimiento hasta el acaecimiento de la nueva disciplina elaborada por el legislador (vgr. BverfGE 39, 1, sobre interrupción voluntaria del embarazo); vid., al respecto, SCHLAICH, K.: *El Tribunal Constitucional Federal alemán,* cit., págs. 206-207.

34. Vid. STUTH: *Il Bundesverfassungsgericht...,* op. cit., pág. 293 y BOCANEGRA SIERRA, R.: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional,* Madrid 1982, pág. 239.

35. STUTH: *Il Bundesverfassungsgericht...,* op. cit., pág. 293.

36. SCHLAICH, K.: *El Tribunal Constitucional Federal Alemán,* cit., pág. 197.

37. STUTH: *Il Bundesverfassungsgericht...,* op. cit., pág. 294.

jurídico que produciría la declaración de nulidad [38]. Aparece aquí una excepción importante respecto al «bloqueo de aplicación» de la norma considerada contradictoria con la Constitución [39], cuyo alcance dependerá siempre de una lectura muy atenta del dispositivo y de los motivos que han conducido al Tribunal a renunciar a una declaración de nulidad [40].

Lo curioso es, sin embargo, que la praxis jurisprudencial relativa a este tipo de pronunciamientos encuentra su punto de partida precisamente en aquellos supuestos para los que la Corte Costituzionale italiana ha ideado las denominadas sentencias aditivas. Ante la arbitraria exclusión legal de una ventaja para determinadas categorías, el Tribunal de Karlsruhe ha venido entendiendo que la eliminación de la inconstitucionalidad es siempre competencia del legislador y, consecuentemente, que a él sólo corresponde pronunciar la incompatibilidad sin declarar la nulidad absoluta de la ley [41].

Sólo, y de una manera excepcional, ha considerado el BVerfG que le está permitido mejorar directamente en el fallo de su sentencia al grupo de personas no considerados por la disposición impugnada, cuando el Tribunal pueda con certeza suponer que el legislador, en el caso de haber sido consciente de la situación jurídico-constitucional, habría realizado por sí mismo esta ampliación del círculo de beneficiarios [BVerfGE 8, pág. 28 (págs. 36 y ss.)] [42].

La opción por este tipo de sentencias en lugar de las aditivas se basa, fundamentalmente, en la distinta consideración acerca de la calificación jurídica de la omisión que se produce en el contexto de una disposición legislativa.

38. Vid. SCHLAICH, K.: *El Tribunal Constitucional Federal Alemán,* cit., págs. 197-198, y la jurisprudencia allí citada.

39. STUTH: *Il Bundesverfassungsgericht...,* op. cit., pág. 294.

40. SCHLAICH, K.: *El Tribunal Constitucional Federal Alemán,* cit., pág. 198. Sobre la incertidumbre que a menudo ocasiona este tipo de sentencias, al no clarificar en la parte dispositiva o en la motivación la aplicabilidad o inaplicabilidad de la ley declarada inconstitucional (vgr. BVerfGE 44, págs. 249-282 y 52, págs. 357-369), o al pronunciarse tan sólo respecto al proceso pendiente ante el Tribunal vid. STUTH: *Il Bundesverfassungsgericht...,* op. cit., pág. 294.

41. Vid. al respecto CERVATI: *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana,* en «Quad. cost.», núm. 2/1989, pág. 262, not. 4, y los autores citados por él.

42. Una transcripción parcial de esta sentencia puede verse en ZAGREBELSKY, G.: *La giustizia costituzionale,* cit., pág. 320. No obstante, como señala ELIA, L.: *Le sentenze additive...,* op. cit., pág. 310, en la jurisprudencia alemana estos pronunciamientos son raros, optando normalmente el BVerfG por la mera declaración de «incompatibilidad» entre ley y Constitución.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Para la doctrina alemana «según la dogmática del derecho es difícil declarar nulo un vacío jurídico»[43], de ahí que para evitar una declaración de nulidad puramente gratuita se opte reducir el alcance del fallo a la mera declaración de incompatibilidad[44]. La Corte Costituzionale italiana, por el contrario, reconstruyendo diversamente la relación entre disposición, norma y omisión, sostiene la opinión de que en tema de arbitraria exclusión de una ventaja para ciertos sujetos «la disposición escrita guardando silencio niega, no permite, y por esto contiene también la norma no escrita; considerando la norma como precepto, si la misma consiente alguna cosa (sólo) a algunos, es señal de que no se la permite a otros, y cuando se lo impide a alguno, se lo permite a otros»[45]. Para el Tribunal Constitucional italiano, al que ha seguido de cerca el español, una omisión inserta en el contexto lógico y teleológico de una regulación legislativa (escrita y expresa) adquiere la naturaleza, la función y el efecto de una norma negativa, de exclusión (de un tratamiento jurídico), establecida con univocidad no menor de la que se produciría si la exclusión fuese establecida con palabras expresas en un inciso del texto[46]. Por esta razón, una vez constatada la contradicción de esa norma negativa con la Constitución la sanción que corresponde no es sólo la declaración de su inconstitucionalidad sino también, y principalmente, la de su nulidad.

Pese a lo que pudiera parecer inicialmente esta discrepancia jurisprudencial tiene una importancia decisiva en cuanto a los efectos de la decisión constitucional. La mera declaración de incompatibilidad alemana deja, como es sabido, la posibilidad al legislador de colmar él la laguna, que podría devenir posteriormente más amplia si de la declaración de «Unvereinbarkeit» se pasa a una de «Nichtigkeit». Efectos totalmente diferentes tiene el pronunciamiento de anulación de la «exclusión implícita» utilizado por los Tribunales italiano y español, pues mediante dicho pronunciamiento se inserta en el Ordenamiento jurídico la regulación ausente, al convertir lo que antes era una norma negativa en otra positiva comprensiva también de los sujetos excluidos inicialmente de la situación subjetiva de ventaja. En realidad, pues, como advierte ELIA[47], sólo un pronunciamiento no meramente declarativo de inconstitucionalidad sino de anulación puede tener el efecto de introducir indirectamente la disciplina ausente[48].

43. Así se expresa ZEIDLER, citado por D'ORAZIO, G.: *Aspectos y problemas...*, op. cit., pág. 92.

44. Vid. BOCANEGRA SIERRA, R.: *Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional*, en la obra colectiva «Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría», vol. I, Madrid 1991, pág. 532.

45. Vid. D'ORAZIO, G.: *Aspectos y problemas...*, op. cit., pág. 87.

46. D'ORAZIO, G.: *Ibidem*, pág. 92. Claramente se advierte este *iter* argumental en la STC 222/1992, de 11 de diciembre, al afirmar el Tribunal: «El precepto, pues, se reputa de contrario a la Constitución en lo que tiene de *norma excluyente*, de tal modo que —de ser compartible este reproche— la norma habría incurrido, en el extremo dicho, en una inconstitucionalidad sobrevenida por defecto» (FJ 3).

C) *Las «sentencias desestimatorias con verificación de la inconstitucionalidad» italianas*

Las soluciones austriaca y alemana, tal y como han sido configuradas por sus respectivos Tribunales Constitucionales, no son extrapolables sin más al Ordenamiento jurídico italiano si no es mediante una explícita y problemática revisión constitucional[49]. Los contundentes términos en que se expresa el art. 136 de la Constitución, vinculando a la declaración de inconstitucionalidad la pérdida de eficacia de la ley impugnada, no parece permitir a la Corte Costituzionale diferir en el tiempo los efectos de la nulidad ni desvincular ésta de la declaración de inconstitucionalidad. Por este motivo, en aquellos casos en los que la ley sometida a control constitucional se opone claramente a la Constitución pero, ello no obstante, ni el uso de las sentencias aditivas es posible —dadas las distintas opciones existentes para restablecer la legalidad constitucional— ni la declaración de nulidad aconsejable —ante el peligroso vacío jurídico que provocaría— el Tribunal Constitucional italiano ha optado por crear un nuevo tipo de sentencia, que la doctrina ha dado en llamar de «rigetto con accertamento di incostituzionalità»[50] o «di transizione»[51].

Mediante este nuevo pronunciamiento el Tribunal reconoce en la

47. ELIA, L.: *Le sentenze additive...*, op. cit., págs. 303-304.

48. No obstante, no debe olvidarse que la disciplina que se incorpora con la decisión del Tribunal Constitucional no se extrae de la fantasía de éste sino, por analogía, de otras normas y principios constitucionales contenidos en el sistema (CRISAFULLI, V.: *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1970, vol. I, pág. 404). Por tanto, mediante las sentencias aditivas el Tribunal no crea nuevas normas sino que «extiende normas ya vigentes» (PALADIN, L.: *Corte Costituzionale...*, op. cit., pág. 660).

49. CARAVITA: *La modifica dell'efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale*, en «Giur. cost.», núm. 2/1988, pág. 2.455. En este sentido casi unánimemente la doctrina italiana; vid. al respecto PINARDI, R.: *La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia pro futuro delle sentenze di accoglimento*, en «Giur. cost.», 1991, págs. 824-825, not. 116, y los autores allí citados.

50. Denominación utilizada por PINARDI, R.: *La Corte e il legislatore...*, op. cit., pág. 789.

51. ZAGREBELSKY, G.: *La giustizia costituzionale*, cit., pág. 310 y ss., porque se dirigen a promover la adecuación a la Constitución, en primera instancia a través de una nueva ley, en segunda instancia a través de la declaración de inconstitucionalidad.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

motivación de la sentencia la inconstitucionalidad actual de la ley impugnada, pero no la declara en el fallo y, consecuentemente, tampoco su nulidad. La ley tachada de inconstitucionalidad continúa, pues, en vigor y desplegando todos los efectos que le son propios. No obstante, en la fundamentación de la sentencia el Tribunal advierte al legislador de la imperiosa necesidad de adecuar la disposición legal a la Constitución bajo la sanción de declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la ley en la próxima oportunidad que se le presente.

El mismo resultado obtenible con la «Fristsetzung» ha sido alcanzado en Italia, por tanto, mediante la técnica del doble pronunciamiento («doppia pronuncia»). El primero de ellos, desestimatorio, contiene una exhortación al legislador a fin de que intervenga prontamente para poner remedio a la situación de inconstitucionalidad detectada; el segundo, estimatorio, anula la ley inconstitucional con efectos *pro futuro,* una vez que se constata que el legislador no ha atendido las apelaciones del Tribunal[52].

La doctrina italiana no ha tardado, sin embargo, en reaccionar frente a este tipo de decisiones, poniendo de manifiesto la contradicción lógica en que las mismas incurren, ya que mientras la motivación se dirige a demostrar la inconstitucionalidad de la ley, el fallo es desestimatorio[53].

El «salto lógico» que acontece en las sentencias de «rigetto con accertamento di incostituzionalità» produce además ulteriores consecuencias contradictorias.

En primer lugar, en cuanto tales decisiones consienten la permanencia en vigor de una norma expresamente reconocida (aunque no declarada) inconstitucional, la Corte parece abdicar con su emanación de la función institucional que le es propia[54] —la eliminación de las normas inconstitucionales—, sacrificando el principio de legitimidad constitucional que constituye el fundamento mismo de un sistema normativo con Constitución rígida[55].

La segunda consecuencia contradictoria que produce este tipo de sentencias radica en que con su emanación la Corte olvida el origen incidental del juicio de constitucionalidad (y también su propia doctrina restrictiva en relación con el tema de la «relevancia»)[56]. De este modo, las sentencias desestimatorias con verificación de la inconstitucionalidad terminan por representar una especie de «burla» en las confrontaciones del proceso *a quo* —y, más precisamente, de la parte aventajada por la aplicación de la norma contraria a la Constitución— que podría lesionar incluso el derecho a la tutela judicial garantizado en el art. 24 de la Constitución[57].

Por último, la contradicción se vendría a reflejar también sobre la eficacia de la apelación dirigida al legislador en estos casos. Pese a lo que inicialmente pudiera parecer, la experiencia demuestra que la intimación es menor aquí que la que se produce en otras sentencias desestimatorias en las que la Corte manifiesta también un deseo de modificación legislativa[58], ya que la adopción de un pronunciamiento de «rigetto con accertamento di incostituzionalità» pone de manifiesto que una eventual estimación posterior comportaría consecuencias tan graves para el principio de continuidad del Ordenamiento jurídico que el Tribunal prefiere mantener en vigor la disposición impugnada pese a que su disconformidad respecto al parámetro constitucional resulte actual y manifiesta[59].

52. En este sentido POLITI, F.: *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento della corte Costituzionale nel recente dibattito dottrinale,* en «Giur. cost.», núm. 4/1991, pág. 3.024, not. 54, quien cita como ejemplos jurisprudenciales las Sentencias núm. 212 de 1986 y 226 de 1988.

53. Vid. PINARDI, R.: *La Corte e il legislatore...,* op. cit., págs. 803-804 y POLITI, F.: *Principio di continuità dell'ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali: «giusta preoccupazione» o «eccessivo timore» della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?,* en «Giur. cost.», núm. 4/1992, pág. 3.176.

54. De esta opinión, ZAGREBELSKY, G.: *La giustizia costituzionale,* cit., pág. 305.

55. PINARDI, R.: *La Corte e il legislatore...,* op. cit., págs. 804-805.

56. PINARDI, R.: *La Corte e il legislatore...,* op. cit., págs. 806-807 y POLITI, F.: *Principio di continuità...,* op. cit., pág. 3.177.

57. Sobre el respeto al art. 24 de la Constitución italiana y la incidencia que la limitación de los efectos de la nulidad sólo para el futuro puede producir en un sistema como el italiano articulado básicamente sobre el control incidental de constitucionalidad, vid. PACE: *La tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti,* en «Quad. cost.», núm. 1/1989, págs. 55 y ss.

58. Este es el caso de las denominadas sentencias «monitorie di rigetto», entre las que se encuadran los *auspici* de revisión legislativa y las decisiones de *costituzionalità provvisoria*. En el primer tipo de pronunciamiento el precepto impugnado es declarado constitucional pero mejorable a nivel constitucional, quedando por ello la reforma de la disciplina vigente a la «buena voluntad» del legislador ordinario. El segundo se utiliza en dos hipótesis distintas: aquella en que la norma es abstractamente inconstitucional, pero legítima por su temporaneidad, advirtiendo la Corte que si ésta se convierte en definitiva la declaración de inconstitucionalidad sería inevitable y, aquella otra en la que la norma es declarada constitucional en cuanto adoptada en condiciones extraordinarias o de emergencia, señalando el Tribunal que no obstante perderá su legitimidad constitucional si se prorroga injustificadamente en el tiempo. La diferencia con las decisiones arriba tratadas es clara, pues mientras en aquéllas existe una contradicción interna en la propia sentencia, en éstas la ley impugnada es considerada en la fundamentación jurídica de la sentencia conforme a la Constitución o «aún constitucional» y, consecuentemente con la motivación, el fallo es desestimatorio. Sobre todo ello vid. PINARDI, R.: *La Corte e il legislatore...,* op. cit., págs. 791 y ss. y POLITI, F.: *Principio di continuità...,* op. cit., págs. 3.175 y ss.

59. Vid. PINARDI, R.: *La corte e il legislatore...,* op. cit., págs. 812-819, quien apoya su conclusión en un análisis de la jurisprudencia de la Corte Costituzionale.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DESPACHO ORDINARIO

LOS TRIBUNALES HAN DICHO

Ch. Català Comas
F. Málaga Dieguez
B. Mora Capitán

I. EL JUEZ

Organo jurisdiccional competente para el conocimiento de las demandas de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados.

SAP (Logroño), 3 diciembre 1991

Fundamentos de Derecho

Primero: Es a todas luces evidente que en materia de competencia para el conocimiento de las demandas de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados, haya de estarse a lo dispuesto en la LOPJ y partirse de que en tal cuestión la LEC ha sido derogada por aquélla en todo lo que se le oponga, por disponerlo así expresamente la disp. derog. 1.ª último párr. Prevención, posibilidad y alcance de derogación de preceptos legales contemplado en el art. 2.2 CC.

Segundo: Supuesto lo anterior, el problema de competencia para el enjuiciamiento de pretensiones como la deducida por la parte actora en el escrito inicial de demanda, puede abordarse en búsqueda de la resolución correcta, bien por el cauce de entender que estamos ante una auténtica laguna legal que obligaría a integrar las normas de competencia con base, tanto en el precedente histórico-legislativo ofrecido por la LEC —art. 3.1 CC— como a través de la analogía apoyada en la misma normativa de la LOPJ —art. 4.1 CC— para, con

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

fundamentación en el criterio de jerarquía, atribuir la competencia para el conocimiento de las demandas de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados a la AP, al haber resultado demandada una Jueza que ejerció su cargo en un JPI Calahorra (La Rioja) o bien por el otro cauce de entender que no existe ningún tipo de laguna legal. Y es a través de esta última posibilidad, desde donde puede asentarse la plataforma que permita resolver la cuestión planteada, surgida de que el Juez pronunció sentencia estimando la excepción de incompetencia y sin entrar en el fondo de la cuestión absolvió en la instancia, resolución a la que ha de llegarse teniendo muy en cuenta que la normativa de la LOPJ, atributiva de competencias, es lo suficientemente específica y ha tenido evolución tan matizada —según expone el A 31 oct. 1989 de la AP Secc. 2.ª de Navarra— que permite sostener y afirmar que nada hay que integrar a la misma, dado que dicha LOPJ, cuando así lo ha estimado conveniente, ha realizado una atribución concreta de competencia a determinados Organos Judiciales, respecto del conocimiento de las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra ciertos Magistrados, de modo que, en los demás casos, a falta de atribución específica, ha dejado la competencia en los Juzgados de 1.ª Instancia. El Auto glosado de la AP Navarra que a su vez se hace eco del A 31 oct. 1986 dictado por la Sala 1.ª de lo Civil de Burgos, viene a poner de manifiesto el sintomático distinto tratamiento dado a la cuestión de competencias, que el art. 73 LOPJ atribuye al TSJ en su doble vertiente, es decir, como Sala de lo Civil, el conocimiento de las demandas de responsabilidad civil contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una AP o de cualquiera de sus Secciones, y como Sala de lo Penal, la instrucción y fallo de las causas penales contra Jueces y Magistrados con ejercicio en la Comunidad Autónoma, deduciéndose parecer claro que en materia civil pudo haberse establecido, de haberse estimado conveniente, norma de competencia equivalente de la de responsabilidad penal, lo que no hizo. Ante ello, y al socaire de la integración de una supuesta laguna legal —que ya se ha dicho no existe— no puede pretenderse modificar la propia LOPJ, atribuyendo a las AA.PP. una competencia que el art. 82 no les confiere en ninguno de sus diversos apartados, por cuanto que en materia civil sólo les corresponde el conocimiento de los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de 1.ª Instancia.

Tercero: Consecuentemente con lo expuesto, resulta lógico que la competencia objetiva para resolver una cuestión como la deducida haya de quedar residenciada en el JPI a virtud de lo que entendemos como competencia residual, porque no otra cosa permite deducirse del claro e inequívoco contenido del art. 85 LOPJ cuando al describir las atribuciones que corresponden a los Juzgados de 1.ª Instancia en orden civil, señala en el punto 1 que conocerán: «En primera instancia de los Juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados y Tribunales».

JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA JUECES Y MAGISTRADOS: EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS ORDINARIOS COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.

STS (Sala 1.ª), 15 abril 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto: Por el motivo tercero (único admitido), con sede procesal en el ordinal tercero del art. 1.692, se denuncia textualmente «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio o de las que rigen los actos y garantías procesales y haberse producido indefensión para la parte; todo ello en relación con los arts. 906 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y siendo también de citar el art. 24.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875)». En el alegato del motivo, de difícil comprensión, parece sostener la recurrente que como el art. 906 de la Ley procesal, al señalar el requisito condicionante de la procedibilidad del juicio de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados, emplea la redacción disyuntiva de que se «hayan utilizado a su tiempo los recursos legales contra la sentencia, auto o providencia en que se suponga causado el perjuicio o hubiere reclamado oportunamente durante el juicio, pudiendo hacerlo», esta segunda exigencia (reclamación oportuna), parece decir la recurrente, ya fue cumplida por ella mediante el escrito que dio origen al Auto de fecha 15-10-1987. El expresado motivo ha de ser rechazado, pues partiendo del elemental y básico principio procesal de que la forma normal y única de reclamar contra una resolución judicial es la utilización de los recursos que sean procedentes contra la misma, la disyuntiva (que no alternativa) que establece el citado precepto ha de ser entendida en el sentido de que la reclamación oportuna a que, en segundo lugar, se refiere el mismo (como, en término genérico y único, lo hace el art. 413.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) solamente es utilizable cuando contra la resolución de que se trate no quepa recurso ordinario alguno, supuesto que aquí no se da, pues el Auto de fecha 15-10-1987, en cuanto resolutorio de un recurso de reposición, era susceptible de recurso de apelación (art. 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que la Comunidad de Propietarios demandante no interpuso, pudiendo haberlo hecho, por lo que la sentencia recurrida ha interpretado correctamente los arts. 403.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 906 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al resolver que la Comunidad de Propietarios demandante no podía promover este juicio especial, al haber omitido el ineludible presupuesto o requisito de procedibilidad antes expresado. Pero es que, por otro lado, la sentencia aquí recurrida no se ha limitado a detenerse ante la existencia de dicho obstáculo procesal, sino que, franqueando el mismo y entrando a conocer del fondo, ha declarado que con la resolución dictada (Auto de 15-10-1987) el Magistrado-Juez demandado no ha obrado con dolo o culpa (según la terminología del art. 411

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ni con negligencia o ignorancia inexcusables (según expresa el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues «dicha resolución contiene una lógica interpretación sobre la pugna de derechos, el cauce procesal para dirimirlos (las tercerías) y aquel que deba promoverlo (quien primero alega la primacía del que le ampara)», aparte de que con dicha resolución acogió una petición subsidiaria formulada por la propia Comunidad demandante, además de no impedir que el procedimiento de apremio se siguiera contra otros bienes de la entidad demandada, cuya declaración que hace la sentencia recurrida, como fundamento de su pronunciamiento desestimatorio del fondo de la demanda, ha de ser aquí mantenida invariable, al no haber sido combatida en esta vía casacional por medio impugnatorio adecuado para ello.

EXCLUSIÓN DE LA SUMISIÓN TÁCITA EN FAVOR DEL FUERO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO EN DETERMINADAS VENTAS A PLAZOS.

STS (Sala 1.ª), 15 abril 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: En el motivo segundo se invoca la infracción, por inaplicación, del art. 62.1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor pudo la recurrente, y así lo hizo, elegir como Juez competente para el ejercicio de su acción el correspondiente al domicilio de la demandada, no estando sujeta a la especial norma del art. 14 de la Ley 50/1965, de la que se hace indebida aplicación, cuyo art., subsidiariamente, se considera infringido por errónea interpretación, en cuanto que su determinación no puede ir más allá de la nulidad de pactos en contrario, operando posteriormente el libre ejercicio de los derechos y acciones del comprador dentro de la normal operatividad procesal. Asimismo, se invocan como vulnerados el criterio jurisprudencial establecido en la S. 19-9-1986 (R. 1986, 4714); los arts. 51 y 53 de la Constitución (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-1985, 2875), 2.1 f), 2.3 y 10.1.c). 11 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (R. 1984, 1906 y Ap. 1975-1985, 2943), 3-1, 6.2, y 7 del Código Civil, y 56 y 58.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todos ellos, por inaplicación, y el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por errónea interpretación, al imponerse las costas a la recurrente cuando no fueron totalmente rechazadas sus pretensiones por no haberse entrado en el estudio de las mismas, al ser estimada la excepción de incompetencia. Verdaderamente, la cita y remisión a preceptos tan heterogéneos en un mismo motivo, es contraria a la mínima exigencia de claridad que, implícitamente, se establece en los arts. 1.692 y 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por otro lado, su formulación acogida al ordinal 5.º del primero de los indicados preceptos es absolutamente defectuosa, pues al versar sobre una cuestión competencial, tendría que haberse invocado el ordinal 2.º, pero, de cualquier forma, la inviabilidad del motivo es producto de las siguientes consideraciones: *1.ª)* La inaplicación de la regla primera del art. 62 del texto procesal es consecuencia obligada del contenido del art. 14 de la Ley 50/1965, de 17 julio, en cuanto que, de modo imperativo, establece la competencia en favor del domicilio del comprador, a la vez que sanciona la nulidad de cualquier pacto en contrario, lo que origina, por tanto, que dicho art. 14 no ha sido objeto de indebida aplicación, ni de errónea interpretación. *2.ª)* La aludida imperatividad del meritado precepto, provoca, en cadena, la inaplicabilidad de las disposiciones que acerca de la competencia, por vía de sumisión, se contienen en los arts. 56 y regla 2.ª del 58, también procesales. *3.ª)* La doctrina derivada de la S. 19-9-1986, con arreglo a la cual, la regulación específica de la venta a plazos de bienes muebles no sienta un «ius cogens» para todos los contratos así nominados, sino para los que reúnen los requisitos necesarios, no es de aplicación al supuesto de autos, puesto que las supuestas irregularidades de que se hace mención en el motivo, que son reiteración de las resaltadas en el anterior, no desvirtuarían la contratación de una venta a plazos de bienes muebles, dando lugar únicamente, y en su caso, como ya se dijo, a la producción de los efectos prevenidos en el art. 7 de la Ley 50/1965. *4.ª)* Por amplia que sea la interpretación que el Tribunal Supremo asigne al concepto de «reventa» que figura en el art. 4.1.º de la Ley 50/1965, en las SS. 16-6-1972 (R. 1972, 2744); 15-9-1980; 12 y 23-1-1982 (R. 1982, 1372 y 1.500) y 3-5-1985 (R. 1985, 2257), citadas en el motivo, en el sentido de comprender, incluso, aquello «que se consume o deprecia en el proceso de transformación o manipulación», es claro que no cabe incluir dentro de una operación de reventa la venta de la «prensa» del caso de que se trata, maquinaria calificada de «bienes de equipo» en los documentos 1 y 2 de la demanda. *5.ª)* La promulgación del Decreto de 12-5-1966 (R. 1966, 899 y N. Dicc. 30.355) trajo causa de lo dispuesto en el art. 20 de la Ley 50/1965, y fuese cual fuese la opinión que merezca su técnica jurídica, no es dable estimarle de carente de rango y viciado de nulidad, y su decisión de incluir «los bienes de equipo capital productivo» entre las susceptibles de ser objeto de los contratos sometidos a la Ley 50/1965, no cabe entenderla como un supuesto de contradicción respecto a la exclusión recogida en el supuesto 1.º del art. 4 de la misma. *6.ª)* Aún cuando los arts. 51 y 53 de la Constitución proclamen que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, y la Ley 26/1984, de 29 julio, en desarrollo del precepto constitucional, establezca como derechos básicos de los consumidores y usuarios, la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión, y la nulidad de la renuncia previa de los derechos reconocidos a los mismos, y preconice la observancia de buena fe y

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

justo equilibrio de las contraprestaciones [arts. 2.1.f), 2.3 y 10.1e)], ello no permite estimar vacía de contenido y eficacia la norma imperativa del artículo 14 de la Ley 50/1965, incluso, en aquellos casos concretos, como el de autos, en que la competencia territorial de que se hizo uso en la demanda por la sociedad recurrente, pudiera favorecer a la contraparte. *7.ª)* Al margen de lo acabado de exponer, resulta fuera de duda que a la sociedad recurrente, compradora, frente a la recurrida, vendedora, no pueda estimársela como «consumidora y usuaria» a los fines y efectos perseguidos en la Ley 26/1984, por lo que su aplicación al caso es sumamente discutible. *8.ª)* Las dos consideraciones que anteceden determinan la imposibilidad de entender infringidos los arts. 3.1, 6.2 y 7 del Código Civil, y *9.ª)* Finalmente, tampoco cabe apreciar infracción al art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que, en la práctica, las pretensiones de la sociedad-actora, actual recurrente, fueron objeto de desestimación.

CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA NO CONTRARIA A LOS USUARIOS.

STS (Sala 1.ª), 18 de junio de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Son presupuestos de los que debe partirse para decidir la cuestión de competencia por inhibitoria: a) que se ejercita una acción personal contra una comunidad de propietarios de Málaga y b) que la acción deriva de un contrato de mantenimiento de dos elevadores en el que una de sus cláusulas contiene la explícita sumisión de las partes contratantes a los Tribunales de Madrid y la expresa renuncia al propio fuero, para resolver las cuestiones litigiosas derivadas del contrato. La Ley de Enjuiciamiento Civil establece el criterio de la sumisión expresa como fórmula de distribución territorial de los asuntos en el art. 56 y a su tenor hay que estar. El razonamiento del Juzgado de Málaga, según el cual por tratarse de un arrendamiento de servicios repetidamente pactado con todos sus clientes se convierte en contrato de adhesión con cláusula contraria a los usuarios (art. 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984) porque incumple el deber de mantener el justo equilibrio de las prestaciones y perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, no es aplicable al caso de autos.

En el caso de autos no consta que sea la empresa de servicios la única que los presta en la ciudad, ni que sea de aplicación inevitable la cláusula (art. 10-2 de la Ley de 1984). Tampoco se alcanza la razón por la que su aplicación produzca desequilibrio a la parte Comunidad de Propietarios, antes al contrario, lo exiguo del precio mensual del servicio hace comprensible la sumisión propuesta por la empresa, no impuesta, que como dice el Ministerio Fiscal, resultaría la perjudicada si tuviera que mantener servicios jurídicos en todo el territorio de la nación.

II. LAS PARTES

DERECHO DE RETRACTO: NO CADUCA AUNQUE SE DIRIJA ERRÓNEAMENTE CONTRA UNA PERSONA QUE NO ES EL COMPRADOR Y LA SUBSANACIÓN DEL ERROR NO SE PRODUZCA HASTA DESPUÉS DE TRANSCURRIDO EL PLAZO LEGAL PARA EJERCITARLO.

STS (Sala 1.ª), 16 marzo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: El motivo primero, con la sede procesal ya dicha, acusa a la sentencia recurrida la infracción del párr. 2.º del art. 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al considerar caducada la acción de retracto, cuando lo cierto es, dice la recurrente, que la referida acción la ejercitó dentro del plazo que establece dicho precepto, si bien la demanda, por error, la dirigió contra quien en la escritura pública de compraventa había actuado como representante de la compradora, creyendo que él había sido el comprador. Para la resolución del único «thema decidendi» que plantea el presente recurso (caducidad o no de la acción ejercitada), ha de partirse de que tanto la caducidad, como la prescripción extintiva (salvadas las diferencias que, en otros aspectos, existen entre ambas instituciones) descansan sobre la presunción de abandono de un derecho que entraña el no ejercicio del mismo por su titular dentro del plazo establecido para ello por la Ley (o por la voluntad de los interesados), presunción de abandono que, lógicamente, queda desvirtuada e inoperante por el ejercicio del derecho dentro del plazo establecido, al ser conceptos ontológica y jurídicamente incompatibles los de caducidad y ejercicio temporáneo o cronológicamente oportuno (dentro del plazo) de la acción respectiva. Sobre la base de la anterior doctrina, el motivo ha de ser estimado, ya que la arrendataria del local litigioso, aquí recurrente, doña Nuria B. M. al serle notificada (en 18-5-1988) la compra que del referido local, por escritura pública de fecha 13-5-1988, había hecho doña Ana María P. G., representada en dicha escritura pública por su padre don Anastasio P. O., ejercitó la correspondiente acción de retracto mediante demanda presentada en el Juzgado el día 15-7-1988 y, por tanto, dentro de los sesenta días que para ello establece el párr. 2.º del art. 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuya demanda quedó plenamente identificado el local objeto del retracto y la causa determinante de éste (la referida compraventa instrumentada en la ya dicha escritura pública de fecha 13-5-1988), sin que el hecho de que, por haber entendido erróneamente que el comprador era don Anastasio P. O. (representante y padre de la compradora), dirigiera inicialmente su demanda contra éste y luego rectificara dicho error, dentro del mismo proceso, ampliando su demanda y dirigiéndola ya contra la verdadera compradora (doña Ana María P. G.), aunque esto último lo hiciera después de transcurridos los referidos sesenta días, pueda

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

entrañar la caducidad del derecho de retracto, como aquí equivocadamente ha entendido la sentencia recurrida (en contra del criterio de la de primera instancia), pues el expresado derecho, como ya se ha dicho, fue ejercitado dentro del plazo legal (lo que ya incompatibiliza la producción de la caducidad) con plena identificación del local retraído y de la enajenación determinante del retracto, que lógicamente había de entenderse dirigido contra la verdadera adquirente o compradora del mismo (única legitimada pasivamente para soportar la acción del retracto), aunque por el error ya dicho se dirigiera inicialmente la demanda contra quien en la compra actuó como representante de la compradora que, además, fue quien requirió al Notario para notificar a la arrendataria la compra efectuada, cuyo error, como también ya se ha dicho, quedó subsanado oportunamente, dentro del mismo proceso y antes de que don Anastasio P. O. (padre y representante de la compradora) evacuara el trámite de contestación, mediante la ampliación que la actora hizo de su demanda, dirigiéndola ya correctamente contra la verdadera compradora doña Ana María P. G., que se personó y defendió en el proceso, por lo que ha de entenderse que la acción de retracto fue ejercitada dentro del plazo y, por tanto, no producida la caducidad de la misma. La estimación del motivo primero, al que acabamos de referirnos, hace innecesario el examen de los motivos segundo y tercero, ya que éstos, por los que se denuncia la infracción, por no aplicación, del art. 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en el segundo) y del art. 11, párr. 3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375) en relación con el art. 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) (en el tercero), tienen el mismo objeto impugnatorio que aquél, cual es el de combatir, desde otras perspectivas jurídicas, la declaración que la sentencia recurrida ha hecho erróneamente de caducidad de la acción.

FRAUDE PROCESAL: ALEGACIÓN DE DEFECTOS EN UNA CITACIÓN A JUICIO QUE SÍ LLEGARON A CONOCER.

STS (Sala 1.ª), 27 marzo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: Así centrada la motivación, su rechazo casacional se produce por que los datos fácticos expuestos ponen de relieve dos extremos fundamentales: a) que la citación llegó a ambas demandadas de las cuales una, doña Encarnación V. L., es hoy recurrente; b) que lo pretendido por las mismas es, sobre la base de la alegada falta de un requisito esencial de carácter formal cual es la ausencia de citación adecuada a ambas demandadas, montar la revocación de la sentencia impugnada, llegándose a negar incluso la relación familiar de la persona firmante de los recibos de correos, lo que tampoco es cierto.

Y a tales efectos no puede por

menos de señalarse, a fin de corroborar el perecimiento de esta motivación, que si bien la finalidad de todo proceso civil es lograr en la medida de lo posible y a través del esquema o estructura procedimental adecuada, solucionar lo más justamente posible las discrepancias que puedan mediar entre los contendientes, es muy de resaltar a estos efectos que precisamente por su carácter jurisdiccional, los procesos deben acomodarse necesaria e ineludiblemente a unos formalismos de los que si bien algunos admiten ser aplicados con cierta flexibilidad, en general, por su carácter de *ius publicum,* no pueden ser alterados ni por las partes intervinientes, ni por sus asistentes técnicos ni tan siquiera, cuando son esenciales, por los Tribunales.

Pues bien, ello señalado y proyectando la atención sobre el tema que ofrece este motivo, ha de señalarse cómo en los últimos tiempos se viene observando un notable aumento de actos y conductas que aun cuando con una base jurídica de carácter normativo contienen patente exceso en lo que a su ejercicio atañe, lo que ha dado lugar a que ya ha tiempo la doctrina científica primero y después la jurisprudencial comenzaran a hacer uso del término «abuso de derecho», que aun cuando no en el CC, sí comenzó a apuntar en ciertas Leyes especiales como la LAU, no haciéndolo en aquel Cuerpo legal hasta la reforma del Título Preliminar en 1974 (RCL 1974, 1385 y NDL 18760); siendo a partir de ello más frecuente su estimación e incluso su proyección a otros órdenes normativos, tal como acontece por ejemplo con la LECiv, dando lugar a una figura en cierto sentido similar bien bien que no idéntica, también acogida en el art. 6.4 CC, cual es la del llamado «fraude legal» cuya proyección en el marco de los procesos recibe la denominación de «fraude procesal», que es precisamente lo pretendido por la recurrente cuando sobre la base de alegar indefensión al no haberle sido comunicada la citación a que se refieren los arts. 771 y 772 en relación con el 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretende ocultar a través de una conducta digna de reproche que ello había tenido lugar y que, en consecuencia, tanto ello como la otra demandada conocieron debidamente y en tiempo oportuno la existencia de la demanda contra ellas formulada.

LITISCONSORCIO PASIVO EN JUICIO DE RETRACTO: NO NECESARIO. INTERÉS Y LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR DEL VENDEDOR TENIDO POR PARTE.

STS (Sala 1.ª), 11 mayo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: El motivo primero, al amparo del art. 1.692.5.º LECiv, alega interpretación errónea del art. 1.522 del Código Civil, en relación con el art. 1.521 del mismo Código y con el art. 1.622 LECiv. En el desarrollo de su pertinencia, los recurrentes tratan de demostrar que la recta interpretación de los susodichos preceptos no conduce a la exclusión generalizada e indiscri-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

minada del vendedor en todo juicio de retracto de comuneros, pues puede tener interés en él.

El motivo no puede prosperar. La acción de retracto ha de dirigirse necesariamente contra el comprador, que es quien, si triunfa, va a sufrir la subrogación en su posición de parte en el contrato en favor del retrayente. De ahí que éste no necesite demandar al vendedor también para que la relación procesal se constituya debidamente, como tendría que suceder si el retracto supusiese la resolución del contrato de venta con recuperación del dominio por el enajenante siendo éste quien habría de transmitir al retrayente.

Ahora bien, nada obsta para que el vendedor intervenga si lo desea en el proceso de retracto. Esta Sala tiene declarado que «cuando los terceros no demandados tienen un interés legítimo en la cuestión litigiosa es admisible su intervención en el proceso» (S. 17-10-1961 [RJ 1961, 3604] y las que cita; S. 6-4-1988). Pero una cosa es que el vendedor esté facultado y otra —que haya que negar— es que de los preceptos que se dicen infringidos se derive la necesidad de su presencia en el proceso de retracto. También es cuestión diferente la que se suscita en este litigio, en el que el retrayente ha demandado a los vendedores y a la sociedad compradora, y el Juzgado de 1.ª instancia tuvo a aquéllos por partes, tramitándose el juicio de retracto como codemandados. Es esta última cuestión la que ha originado la problemática particular del litigio, y la que hay que resolver.

Tercero: El motivo segundo, al amparo del art. 1.692,3.º, inciso primero, LECiv, aduce infracción del art. 359 LECiv y del principio general de derecho «ne procedat iudex ex officio», por cuanto la sentencia recurrida incurre en oficiosidad rechazable al negar interés y legitimación para esta litis a los vendedores recurrentes, a los que la propia parte actora se lo ha reconocido y atribuido al dirigir la acción y la demanda también contra ellos, como codemandados.

El motivo combate el resultado a que llega la Sala «a quo» al controlar la legitimación para apelar la sentencia de primera instancia que en su momento procesal efectuaron los codemandados y ahora recurrentes, y ha de ser acogido —dados los términos en que se planteó la demanda y su tramitación en aquella instancia—, pues es absolutamente contradictorio que a los recurrentes se les diera la posición de partes en el pleito; se rechazasen sus peticiones de que se desestimase la demanda de retracto o que, subsidiariamente, se declarase que el precio que habría de pagar el actor retrayente fuese el real de 105 millones de pesetas y no el simulado en la escritura pública de venta de 35 millones; se les condenase en costas; se admitiese su comparecencia ante la Audiencia como apelantes; se tramitase toda la apelación con ellos en este concepto e incluso se les admitiesen y practicasen las pruebas que propusieron en esa segunda instancia, y declarar en la sentencia que carecían de interés para apelar. Esta Sala ha declarado que «la legitimación para interponer cualquier clase de recurso contra las resoluciones judiciales requiere la existencia de un interés de la parte en la revisión y modificación de la resolución recurrida fundado, a su vez, en la existencia de un gravamen para esa parte que resulte de la desestimación de las pretensiones por ella formuladas (S. 10-6-1991 [RJ 1991, 4434]), y tales circunstancias se daban en la situación de los recurrentes, pues habían articulado como partes codemandadas unas pretensiones íntimamente vinculadas con la acción de retracto, que son rechazadas por la sentencia que apelaron al acoger la tesis del actor y retrayente, lo que conduciría a una cuantiosa pérdida económica, sin olvidar tampoco la condena en costas que se les impuso. No es congruente, pues, que la Sala «a quo» apreciase inexistencia de interés, por lo que si bien a ella le corresponde el control de aquella legitimación de la que hemos hablado, su juicio ha de ser razonable y no arbitrario, en aras del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que ordena el art. 24.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875).

También debió considerar la Sala «a quo» que la admisión a trámite de la demanda que se formuló contra los hoy recurrentes les privó de la posibilidad que hubieran tenido en otro caso de haber intervenido en el proceso, «bien colaborando en la defensa del derecho ejercido o atacado, o utilizando por el principio de contradicción derecho opuesto, lo que implica el que esta intervención pueda ser con contenido propio contradictoria de las pretensiones del actor» (S. 17-10-1961 [RJ 1961, 3604]). Carece de lógica y es contrario a la tutela judicial efectiva que esta conducta que han observado como partes codemandadas no les valga jurídicamente, cuando sí les hubiera valido como intervinientes. Esta Sala, en la citada S. 17-10-1961, estimó correcta jurídicamente la dictada en apelación confirmatoria de otra de primera instancia en la que se había admitido la intervención de terceros —no demandados— que poseían un interés propio en el litigio, teniéndolos por parte y resolviendo conforme a sus peticiones. Declaró esta Sala en la antedicha sentencia, que desde el momento en que a los terceros intervinientes «se les tuvo por partes», la sentencia que resuelve de acuerdo con sus peticiones ni es nula ni es incongruente, a pesar del allanamiento del demandado.

Cumplimiento de acuerdos comunitarios no impugnados: no existe litis consorcio pasivo necesario.

STS (Sala 1.ª), 14 mayo 1992

Fundamentos de Derecho

Octavo: El submotivo E) señala como supuestamente infringida la jurisprudencia relativa al litis consorcio pasivo necesario, cuyas sentencias invoca, que no puede prosperar porque el alegato tiene como finalidad la de llevar a la convicción del Tribunal que ha debido convocarse al procedimiento a todos los copropietarios afectados por la modificación estatutaria.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Ello, aparte de que hace supuesto de la cuestión al entender que se ha omitido la citación de algunos copropietarios lo que es contrario a la proclamación de la Sala de instancia sobre tal hecho particular, es que finalísticamente la argumentación nos llevaría al absurdo de hacer inútil y frustrante la adopción de acuerdos por el órgano de expresión de la voluntad de la Comunidad como es la Junta General, pues si estos acuerdos se notifican a los disidentes o no asistentes y no se hace uso de la facultad de impugnación prevista en el art. 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, han de adquirir absoluta validez y eficacia (SS. 7-10-1965 [RJ 1966, 37] y 14-2-1986 [RJ 1986, 676]), sin que sea preciso promover acción judicial para su reconocimiento, salvo para aquellos que a pesar de tal validez y eficacia sean renuentes a su cumplimiento, que es el caso que aquí acontece, lo que hace innecesario ampliar la demanda a los demás copropietarios ya que ellos, individualmente, y conforme a la actitud que adopten respecto a tales acuerdos, serán o no convocados a juicio para obtener tal reconocimiento y obediencia a los mismos sin que apriorísticamente sea exigible tal demanda contra ellos, puesto que el litis consorcio proviene en estos casos no del mandamiento incorporado al acuerdo comunitario sino a la actitud individual del copropietario afectado frente a él, por todo lo cual se rechaza el submotivo.

SUBSANACIÓN DE LA FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN LA COMPARECENCIA PRELIMINAR. SU APRECIACIÓN DE OFICIO TARDÍA REQUIERE TRÁMITE DE AUDIENCIA. EFECTOS: REPOSICIÓN DE ACTUACIONES.

STS (Sala 1.ª), 14 mayo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: Como estableció la Sentencia de esta Sala de 22-7-1991 (RJ 1991, 5408), la defectuosa determinación de las partes litisconsortes «que según se dice, de manera simplificada, supone una defectuosa constitución de la relación jurídica procesal, en realidad, no afecta a la validez intrínseca de la expresada relación, sino a la inutilidad o infructuosidad de la misma para conseguir la resolución de la cuestión de fondo planteada; en este sentido, su carencia constituye la falta de un presupuesto preliminar al fondo; deriva, pues, de la constatación de una «quaestio iuris»; a saber la ineptitud jurídica del sujeto demandado para soportar, con la calidad que se le atribuye las consecuencias jurídicas que se pretenden; en otras palabras, su inidoneidad jurídica, pese a ser parte capaz procesalmente, para ser sujeto pasivo (exclusivamente) de la relación jurídico material deducida»; la pretensión de fondo convierte al litisconsorcio en necesario, «cuando por no tener el sujeto demandado el poder jurídico reconocido por la ley que le habilita para ello, no se le puede condenar a soportar declaraciones o realizar actos o prestaciones que están fuera de su disponibilidad, como ocurre con las vinculaciones jurídicas de carácter inescindible o indivisible». En el Derecho actual, según proclaman sentencias de esta Sala, el defecto litisconsorcial puede ser corregido, mediante el emplazamiento de los que debieron ser demandados, a cuyo efecto, puede utilizarse la comparecencia obligatoria del art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de donde se deduce que su apreciación tardía no puede llevar a una mera absolución de la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación. Resulta, además, sumamente dudoso, que, a la vista de los arts. 238 a 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375), conforme a una interpretación concorde con el espíritu del art. 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) que se pueda, en segunda instancia, introducir de oficio la «exceptio plurium consortium», sin dar oportunidad a las partes de que expongan lo conveniente a su derecho, por lo que parece, sumamente razonable, en supuestos de esta naturaleza, poner la posible causa, a revelar de oficio, de manifiesto a las partes, con suspensión del plazo para dictar sentencia, ofreciéndoles por plazo breve, audiencia para defenderse.

INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO CUANDO SE EJERCITAN ACCIONES REALES.

STS (Sala 1.ª), 30 de mayo de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Las acciones reivindicatoria y publiciana, conjunta y subsidiariamente ejercitadas por el Cabildo de la Santa Iglesia Catedral de Córdoba contra los demandados en sendas demandas que dieron origen a los procedimientos ordinarios de menor cuantía tramitados en el Juzgado número Cuatro de Córdoba —núms. 479/1987 y 660/1987—, que fueron acumulados, tienen como objeto la recuperación del edificio sito en la calle Velázquez Bosco núm. 3 de dicha Capital y la reclamación de sus frutos civiles desde 1987 en que en un expediente administrativo alegaron los demandados ser dueños del edificio, o en su defecto desde la interpelación judicial en que cesó su buena fe posesoria; a tal demanda se opusieron los demandados alegando como excepción la falta de litis consorcio pasivo necesario por existir, según la contestación dada a dicha demanda, otros ocupantes del edificio, a los que no se ha convocado en el proceso como tampoco a los titulares registrales —según inscripciones segunda y primera, respectivamente—, existentes en el Registro de la Propiedad con relación a dicha finca y en punto al fondo alegando la falta de legitimación activa en la parte actora y habiendo sido aceptada la excepción propuesta de defecto de litis consorcio pasivo necesario en ambas instancias sin conocer del

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

fondo se formuló el presente recurso de casación.

Tercero: El motivo primero, al amparo del núm. 3.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la violación de la doctrina jurisprudencial configuradora del litisconsorcio pasivo necesario, a cuyo propósito invoca distintas sentencias de esta Sala. El motivo ha de prosperar porque, siendo como es, esta figura de perfiles procesales una ajustada y razonada expresión del derecho fundamental, hoy sancionado por el art. 24 de la Constitución, de que nadie pueda ser vencido en juicio sin ser oído, es decir proscribiendo la indefensión de los que puedan estar interesados en cualquier pronunciamiento judicial, es evidente que en cada caso concreto habrá de examinarse la proyección y profundidad de la acción ejercitada para poder discernir si en efecto la resolución que, consecuente a ella se dicte, afectará o no a los que no han sido convocados al procedimiento en evitación, al propio tiempo, de eventuales fallos contradictorios en el caso de que los actuales ausentes puedan verse a su vez demandados en otro proceso; de ahí, que esa proyección y profundidad de la acción ejercitada que ha de ser reflejo del derecho que se ostente, tenga una conexión trascendente con la relación jurídico-material que pueda existir entre actores y demandados y entre estos últimos entre sí. Pues bien, las acciones ejercitadas, dimanantes del dominio o del presumible mejor derecho a la posesión frente a los demandados, por ser acciones reales, quiérese decir que precisan de un soporte físico que como tal, racionalmente, están delimitados en el espacio y ello en función asimismo de la vinculación, detentación o posesión que dichos demandados, individualmente, ostenten o digan ostentar sobre ese soporte físico. Por ello, es evidente que esas acciones aunque teóricamente operen «erga omnes», ciertamente que su eficacia no puede verse satisfecha más que en cada caso y frente, personalmente al que lo contradiga y así incluso en una comunidad posesoria o detentadora, cada sujeto de derecho puede ofrecer una postura y una actuación diferente ante la acción real que en su contra se esgrime lo que patentiza que en cuanto al actor en este caso, la vinculación que cada uno de los demandados tenga respecto a la cosa a reivindicar, es independiente de la que puedan tener los demás y por ende el vencimiento eventual de uno de los demandados no arrastra ni la de los restantes y menos aún a los que no han sido oídos en el procedimiento; es decir, cada demandado goza de una autonomía procesal respecto de los distintos sujetos que ostenten una vinculación justa o ilegítima con la cosa, por lo que a contradicción en los fallos, así como la santidad del supuesto juzgado es una pura quimera en estas lides judiciales y si ello es predicable respecto de los que tienen una efectiva y material posesión del inmueble, la razón expuesta sube de punto de quien como el Estado y el señor M. G. sólo mantiene con la finca una titularidad puramente registral y nominal, al menos en principio, por la anulación de la subasta por disposición oficial de que fue objeto, no debiéndose olvidar que es materia de expropiación por causa desamortizadora y sobre la que no cabe mayor análisis ni razonamiento por afectar a quienes no han sido parte en el proceso. Todo lo cual arguye en contra el pronunciamiento de las sentencias de instancia que yerran en orden a la aplicación al caso que nos ocupa de la figura procesal del litis consorcio pasivo necesario (SS. 17-9-1985, 4-7-1986 y 2-2-1991) pues como se dice en la S. 26-7-1990, la regla de libertad de elegir el actor a los que han de soportar la acción ejercitada sólo tiene como excepción los supuestos en que la resolución que se dicte haya de afectar a sujetos a la litis a causa de algún vínculo o nexo de carácter indisoluble que tengan con la relación jurídico-material controvertida, pues que ese nexo inseparable exige una resolución uniforme impidiendo decidir por separado, cuyo supuesto de excepción aquí no se da; no bastando que los posibles efectos hacia tercero de la resolución judicial se produzcan con carácter reflejo añade la S. 4-10-1989.

FINALIDAD DE LOS INCIDENTES DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO. ABSORCIÓN DE LA SOCIEDAD APODERADA: APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 9.7.ª LEC.

STS (Sala 1.ª), 4 de julio de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La entidad mercantil «Naarden International SA» (que fue demandada y luego apelante en el proceso a que este recurso se refiere) se ha personado ante esta Sala, en calidad de recurrente, en el presente recurso de casación, que oportunamente preparó contra la sentencia de apelación dictada en dicho proceso, y antes de formalizar el referido recurso de casación (para lo que ha pedido, y se le ha concedido, suspensión del plazo correspondiente), ha promovido este incidente de previo pronunciamiento, en el que, alegando que la entidad mercantil «Naarden International Holland BV» (que fue demandante y luego apelada en el referido proceso y que en este recurso de casación es recurrida) perdió su personalidad jurídica (al haber sido absorbida por la entidad «Queest International Nederland BV») durante la tramitación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia recaída en el referido proceso, postula (a través de este incidente de previo pronunciamiento) que se declare la nulidad de las actuaciones practicadas en el referido recurso de apelación, a partir del momento en que «Naarden International Holland BV» perdió su personalidad jurídica y se acuerde «la devolución de los autos a la Sala a quo para que se sustancie la apelación conforme a Derecho sin intervención de la actora-apelada, ni de su representación causídica».

Segundo: Como la reforma procesal llevada a cabo por Ley 34/1984, de 6 agosto, suprimió la posibilidad (que admitía el núm. 1.º del art. 745 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción anterior a dicha reforma) *de pedir nulidad de actuaciones a través del*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

llamado incidente de previo pronunciamiento, lo que actualmente se logra a través de los correspondientes recursos o de los medios que arbitran los arts. 238 a 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la finalidad de los referidos incidentes de previo pronunciamiento (con suspensión del trámite del proceso o recurso en que se promuevan) *ha quedado reducida a resolver aquellas cuestiones* (surgidas durante el trámite del proceso o recurso correspondiente) *que, por afectar a la personalidad de cualquiera de las partes o por cualquiera otra causa, impidan o hagan imposible la continuación del proceso o recurso en que surjan, pero lo que en modo alguno viabilizan*, como la parte recurrente pretende con el incidente de previo pronunciamiento que ha promovido en esta vía casacional, *es que se declare la nulidad de lo actuado en el recurso de apelación en el que fue dictada la sentencia objeto de este recurso de casación, cuando dicha petición ha de hacerla a través del recurso correspondiente*, como expresamente establece el art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo recurso, en el caso que nos ocupa, es, precisamente, el de casación (que la entidad promovedora de este incidente tiene preparado y pendiente de su formalización), dentro de cuyos motivos se encuentra el del inciso segundo del ordinal tercero del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales»), que de ser estimado por esta Sala, al resolver el referido recurso, llevará consigo la reposición de las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta (núm. 2.º del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero que indudablemente no puede acordarse a través de este insólito y sorprendente incidente de previo pronunciamiento que, por todo lo expuesto, ha de ser desestimado, debiendo alzarse la suspensión del plazo para formalización del recurso de casación, lo que la parte recurrente deberá hacer en el tiempo que, de los cuarenta días que le fueron concedidos al emplazarla, le resta desde que se acordó la suspensión de dicho plazo.

Tercero: Apreciada por esta Sala la evidente temeridad con que la parte recurrente ha procedido al promover este incidente de previo pronunciamiento con la finalidad antes expresada, procede imponerle expresamente las costas del mismo.

Cuarto: Habiendo esta Sala tenido conocimiento (sin que para proporcionarle el mismo fuera necesario promover y tramitar un incidente de previo pronunciamiento) de que la entidad «Naarden International Holland BV» (que se ha personado en este recurso de casación, en calidad de recurrida) ha dejado de tener personalidad jurídica, al haber sido absorbida por otra entidad, se la deja de tener por personada en este recurso y se concede a la entidad absorbente (por aplicación analógica del art. 9.7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) un plazo de veinte días para que, si conviene a su derecho, pueda personarse en este recurso, como recurrida, lo que se le hará saber por conducto del Procurador señor R. M., que ostenta la representación de la entidad absorbida.

JUICIO DE TESTAMENTARIAS: NO PUEDEN EJERCITAR LA ACCIÓN RESCISORIA QUIENES HABIENDO SIDO PARTE EN EL JUICIO UNIVERSAL NO UTILIZARON LA FACULTAD IMPUGNATORIA DEL ART. 1.079 LE.

STS (Sala 1.ª), 8 de julio de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto: El motivo tercero, al amparo del núm. 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del art. 1.076 del CC y jurisprudencia en su torno, cuyas sentencias cita. El motivo va enderezado a poner de manifiesto que habiéndose interpuesto con antelación al procedimiento a que se contrae este recurso otro con la misma finalidad que fue desestimado sólo en la instancia y que fue incoado el 29-5-1985 y concluyó por S. 2-10-1985, y por ello no habían transcurrido los cuatro años a que se refiere la norma sustantiva cuya vulneración se denuncia en el motivo, desde el Auto de 16-5-1983 de aprobación de las operaciones particionales efectuadas por el contador dirimente, hasta la fecha de la primera demanda en 29-5-1985, quiere decir que ha de descontarse el período transcurrido durante la sustanciación de ese primer procedimiento y por ello no ha incurrido en caducidad la acción que aquí se enjuicia. El motivo está íntimamente ligado con el cuarto motivo que se encauza por la misma vía procesal y con señalamiento de vulneración de la misma norma del CC y jurisprudencia, si bien en este motivo, haciendo hincapié en la falta de incursión en la caducidad de la demanda inicial del proceso que nos ocupa como declara la sentencia combatida, han de ser analizados conjuntamente y en este particular, ha de ponerse de relieve: A) La acción rescisoria del art. 1.076, como la más genérica del art. 1.299 ambas del CC, son plazos de caducidad, no de prescripción, y por ello no son susceptibles de interrupción, por lo que el procedimiento anterior rechazado en la instancia, no puede tener el efecto que en el motivo se postula; B) No obstante, como quiera que el Auto de aprobación de la partición de 16-5-1983, no pudo ser firme hasta transcurridos cinco días de su notificación por la eventual posibilidad de su recurso (art. 382 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como mínimo ha de computarse como «dies ad quem» ha de establecerse como mínimo en el día 20-5-1987, luego ello quiere decir, al haberse dictado la providencia de admisión de la demanda inicial de este proceso el 18-5-1987, que aun sin la interrupción del procedimiento anterior que no es jurídicamente estimable como tal, según se ha dicho anteriormente, la demanda de este proceso no está incursa en caducidad; y C) Ello da lugar a la estimación de los dos motivos aunque sin efecto revisorio casacional, y no porque *en puridad de doctrina* —rebatiendo con ello la más usual y unánime—, *las acciones rescisorias deberían estar vedadas a los que habiendo sido partes en el juicio universal de testamentaría no hicieron uso de la facultad impugnatoria que les proporcionba el art. 1.079 de la Ley de Enjuicia-*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

miento Civil en relación con los arts. 1.081, 1.083, 1.084, 1.085, 1.086, 1.087, 1.088 y 1.092 del mismo Texto legal, que da amplio margen a la manifestación de una voluntad de oposición, sin que ésta tenga que circunscribirse a eventuales irregularidades procesales, puesto que la literalidad legal no lo restringe y por ello amplio campo se le ofrece al oponente sin la menor constricción ni siquiera en cuanto al fondo y cuantía de las adjudicaciones, como se pone de pretexto por los que mantienen la tesis de que el juicio de testamentaría deja abierta la posibilidad de las acciones rescisorias del CC, pues esta tesis que es respetable dentro de la opinabilidad de la interpretación hermenéutica del Ordenamiento jurídico, comporta dentro de un grave quebranto de la economía procesal, un no menos grave del principio constitucional de la seguridad jurídica, puesto que hace tabla rasa de la irreversibilidad de la cosa juzgada material ante la posibilidad de haberse discutido el mismo problema de la lesión en las adjudicaciones en el seno del juicio universal de testamentaría abierto a las incidencias de todo tipo y con las garantías del procedimiento ordinario con la amplitud de enjuiciamiento que le es propia, según el art. 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero decimos que no es por este razonamiento por el que se rechaza el efecto revisorio del recurso de casación interpuesto, a pesar de la estimación de los dos últimos motivos, porque en efecto, la demanda inicial no estaba incursa en caducidad, sino porque, la parte actora que tenía a su cargo la demostración de la cuantificación lesiva económicamente no lo consiguió según se ha visto en los Fundamentos Jurídicos concernientes al examen de los dos primeros motivos y por ello la demanda no podía prosperar y la Sala «a quo» en sustancia aplicó correctamente el Ordenamiento Jurídico.

III. LA ACTIVIDAD ALEGATORIA

CONTENIDO DE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE: NO COMPRENDEN LOS PROBLEMAS PROCESALES REFERENTES A LA LICITUD, UTILIDAD, VALIDEZ O REGULARIDAD DEL PROCESO. APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA POR LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA E IMPROCEDENCIA DE SU IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN.

STS (Sala 1.ª), 25 febrero 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Inadmitidos los motivos primero y segundo del escrito de formalización del recurso, procede que se examine el tercero de los motivos alegados; éste, que carece, prácticamente, de desarrollo argumental, con apoyo erróneo en el art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, núm. 5.º, denuncia la infracción del principio de congruencia y dispositivo a que se refiere el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el también art. 533, 5.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto que la excepción de litispendencia —sostiene el recurrente— no puede ser apreciada de oficio por el Juzgador, como aconteció en el presente procedimiento «dada la imparcialidad que debe presidir todas las actuaciones de Jueces y Tribunales», limitándose aquél, simplemente, a añadir que «la parte recurrida no invocó la litispendencia». Sin embargo, esta última afirmación no es cierta, según resulta del «fundamento cuarto» de la sentencia impugnada que al analizar la excepción de litispendencia estimada por la sentencia de primera instancia, respecto de la demanda reconvencional (que es el punto al que se contrae la aplicación de la misma), señala, literalmente, «que la excepción alegada es perfectamente aplicable al caso de autos, pues tan sólo no coincide una de las personas demandantes en reconvención, señor J. T., pero al referirse la pretensión de su otro colitigante, señor I., a la totalidad del mencionado crédito, del cual son deudores solidarios, se está en el caso de mantener la sentencia recurrida en el particular para evitar la existencia de sentencias contradictorias en la misma materia». Las partes litigantes, en efecto, desde distintas posiciones procesales, ya sea como demandantes o demandados y, con diferentes combinaciones y alcance en los respectivos litisconsorcios facultativos sostienen o han sostenido, varias pugnas judiciales, de las que el asunto, base de este recurso casacional, es buena muestra como reunión de objetos litigiosos, en conexión, producida por acumulación de autos, decretada, en su momento, aunque el asunto litispendente, obviamente, no está acumulado, ni podía estarlo, por hallarse en su día en diferente instancia.

Segundo: La verdad es, respecto a la alegación de la excepción de litispendencia, que el actor reconvenido, por explicables razones que adujo relacionadas con el conocimiento de la providencia que otorgó plazo al efecto, dejó incontestada la reconvención y formuló aquella alegación, en fase de conclusiones. La cuestión, a decidir, se centra, pues, en la determinación de las consecuencias jurídicas de la propuesta tardía de esta excepción procesal. El principio dispositivo, cuya raíz justificativa son los derechos subjetivos, especialmente privados o aquellos que deben ser respetados en su libre ejercicio, necesariamente, por los poderes públicos, expresa el poder de disposición del sujeto legitimado sobre la pretensión jurídico material que deduce en juicio, pero los problemas procesales referentes a la licitud, utilidad, validez o regularidad del proceso caen fuera de su ámbito; porque afectan a materias, en buena lógica jurídica, indisponibles; cosa distinta es que, en función del principio de aportación de parte, reflejo habitual de aquél para la mejor conducencia del proceso, se confíe a los litigantes no sólo la iniciativa para incoarlo y producir pruebas (que aparecen en necesaria dependencia con la virtualidad del principio dispositivo, sin perjuicio de los poderes del juez que deban reconocerse en este campo), sino, también, por

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

razones prácticas, la denuncia y acreditamiento de vicios, óbices, o excepciones o presupuestos y requisitos procesales; a veces, como ocurre con nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, inspirada en el liberalismo decimonónico, con notable exageración, pues al carecer del contrapeso que representarían los poderes de oficio del juez, hacen a las partes dueños del proceso, incluso, en perjuicio del interés público. Pero Leyes posteriores, de modo fragmentario, vienen corrigiendo estos excesos, si bien requieren en esta materia de una interpretación explícita. Desde esta perspectiva, el principio de congruencia, recogido por el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exige adecuada correspondencia entre la respuesta judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, no se vería afectado en tanto en cuanto determinadas cuestiones pueden ser consideradas de oficio por el órgano jurisdiccional, pese a no ser tempestiva su introducción en el proceso.

Tercero: En efecto, la Ley 34/1984 (RCL 1984, 2040; RCL 1985, 39 y ApNDL 4257), que desplazó el eje de los tipos procesales, del juicio de mayor cuantía, al juicio de menor cuantía, ha regulado una comparecencia obligatoria, en este último modelo de proceso (arts. 692 y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la redacción que dio aquella Ley), con varias finalidades de carácter previo y sanatorio, en algunos supuestos, que, en lo que nos importa, se ciñen a la subsanación o corrección, si fuera posible, de los defectos de que pudieran adolecer los correspondientes escritos expositivos o salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez (art. 693.3.º); la mención, por primera vez, en la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los «presupuestos» o «requisitos» del proceso, junto con el concepto de «defectos», recoge, sin duda, la aspiración doctrinal de mejora del antiguo tratamiento como excepciones (que, sin embargo, coexisten en el sistema resultante), de cuestiones previas de índole procesal que pueden motivar de ser apreciadas, en su caso, una absolución en la instancia, a cuya evitación tiende la posibilidad del Auto de sobreseimiento del proceso que también menciona. La mayor novedad, empero, se manifiesta en el reconocimiento de poderes de oficio al Juez, al margen de lo que aduzcan las partes, para revelar estos obstáculos procesales y adoptar las medidas conducentes a su corrección o subsanación si su naturaleza lo permite, o, en otro caso, a ordenar sin más el sobreseimiento. Entre estos obstáculos con carácter de oponible a la lícita continuidad del proceso, no subsanable por definición, debe entenderse comprendida la situación de litispendencia, tratada como excepción por el art. 533.3.º, sin que haya de darse, contraposición excluyente (aunque en buena técnica procesal no sean estas soluciones de dispersión y yuxtaposición histórica deseables), entre lo que dispone el art. 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las posibilidades que otorga el art. 693. Es decir, que aún sin haber contestado a la reconvención, el demandante, ni haber hecho notar

en el acto de la comparecencia obligatoria la situación de litispendencia en lo concerniente a la reconvención, si el órgano jurisdiccional de primera instancia, hubiere estado advertido (lo que no era probable porque el asunto fue resuelto en el mismo Juzgado, pero por titular anterior) de la duplicidad de pretensiones, «sub judice», en distintos procedimientos e instancias, habría podido manifestarlo a sus efectos.

Cuarto: Así las cosas queda, por ver, si este poder del Juez se encuentra compelido en su ejercicio al solo momento de la comparecencia o cabe que se extienda, una vez que adquiere conocimiento de la cuestión, más allá de la referida secuencia procesal hasta el momento mismo de dictar sentencia. En este punto se hace necesario que se considere, específicamente, la litispendencia. Parece razonable en interés de la función judicial y del mejor cumplimiento de sus fines, cara al servicio que el Poder Judicial, presta a los ciudadanos, que no deba admitirse un uso abusivo del derecho a la jurisdicción, manifestado, en la reproducción de pretensiones idénticas, ante diferentes órganos judiciales o, sucesivamente, ante el mismo órgano; razones de seguridad y de respeto a los derechos de las partes contendientes, junto con la vinculación al órgano que crea el conocimiento del asunto, englobadas, bajo el común denominador de los efectos que genera la situación del litigio pendiente, obligan a estimar, que en la apreciación de la excepción cuestionada, en nuevo proceso que reproduzca el estado litigioso, pendiente de resolución en otro pleito, prevalece, sobre los intereses de los particulares, el interés público, y, por ello, resulta plenamente justificada la actuación «ex officio», una vez que el juez comprobó, mediante la denuncia de la parte, la existencia del otro litigio pendiente. Y ello es así, puesto que designio de la norma que autoriza la intervención oficial del juez, cuando la cuestión no es subsanable, como ocurre con la litispendencia (que existe o no existe) es que cuanto antes se evite la continuidad del proceso posterior, pero si así no acontece y el conocimiento del juez es posterior, parece razonable, que, al menos, en la sentencia, se resuelva sobre la cuestión, máxime, teniendo en cuenta que este poder de oficio, no debe ser de peor condición que el de las partes y éstas si mantienen, sus excepciones pueden llevar al juez a decidir sobre las mismas por sentencia. Ni siquiera, cabe ponderar, en el caso, una posible indefensión (no alegada, además, por el recurrente) por no haber tenido oportunidad de objetar sobre la litispendencia, pues, aparte, la limitación del punto litigioso que es fácilmente comprobable mediante la compulsa de los testimonios judiciales que acreditan la naturaleza y alcance de las pretensiones, el recurrente impugnó en segunda instancia, la apreciación de la litispendencia, y, por tanto alegó cuantas razones creyó le asistían al respecto, con el resultado denegatorio que consta en la sentencia recurrida. Estas consideraciones que justifican la actuación oficial del juez, tienen, además, apoyo en los aps. 1 y 2 del art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ApNDL 8375) por cuanto no responde a la buena fe procesal, el replanteamiento de un asunto que se sabía no había prosperado, en primera instancia y hay abuso manifiesto del derecho a la jurisdicción en la petición reconvencional que reproduce el litigio e incluso fraude procesal al mantener vivos dos procesos sobre la misma cuestión. Por todas las razones precedentes debe rechazarse el motivo.

Quinto: El cuarto y último motivo, segundo que se examina, no es más que una repetición del anterior y se funda, también erróneamente, en el núm. 5.º del art. 1.692, por violación del art. 533.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en conjunción con las exigencias del art. 1.252 del Código Civil, para sostener que no existía litispendencia, porque la Audiencia de Bilbao confirmó la sentencia dictada en el asunto pendiente y en la instancia quedó imprejuzgada la acción (en realidad se desestimó la demanda); alega, también, que no existía identidad de personas porque en aquel pleito no fue parte el señor J. Los argumentos reseñados no son de recibo: es misión de los tribunales de instancia la comprobación de las circunstancias fácticas que sirven para configurar las identidades precisas (subjetiva, objetiva y causal), que determinan la situación de litispendencia y, que, efectivamente, son trasunto en proyección anticipada de las que deben coincidir para que haya cosa juzgada; y éstos fueron establecidos y comprobados en dos sentencias, y, sobre todo, en la impugnada que es la que nos interesa, con suficiencia que no permite control casacional; y, en lo atinente al tema jurídico suscitado, se comparte el criterio sostenido por la Sala de instancia, pues claramente expresa el art. 1.252 del Código Civil que se entiende que hay identidad de personas, siempre que los litigantes del segundo pleito estén unidos a los del primero por vínculos de solidaridad, que es lo que ocurre en el presente asunto. Por ello, decae igualmente el motivo.

Sexto: La desestimación de los motivos, acarrea la declaración de no haber lugar al recurso de casación y por imperativo legal, conforme al art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición de las costas del recurso y la pérdida del depósito constituido.

COMPARECENCIA PRELIMINAR: LA RENUNCIA POR PARTE DEL DEMANDANTE A PRETENSIONES NO REQUIERE CONFORMIDAD DE LA PARTE CONTRARIA, QUEDANDO ÉSTA FUERA DEL PROCESO *OPE LEGIS,* SIN NECESIDAD DE UNA RESOLUCIÓN QUE ASÍ LO DECLARE.

STS (Sala 1.ª), 3 marzo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: A fines de decidir en orden a los motivos primero y segundo que sirven de fundamento al recurso de casación de que se trata, ejercitado por la Compañía Mercantil «Presa y del Campo SA» («Preca SA» o «Precasa»), es de tener en cuenta que si en principio la demanda iniciadora del juico en

cuestión fue dirigida contra dicha entidad recurrente y don José Luis D. A., que fue emplazado, compareció y contestó a dicha demanda, sin embargo también es de considerar que al llevarse a cabo la comparecencia prevenida en los arts. 691, 692 y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, retiró tal demanda con relación al referido don José Luis D. A., renunciando expresamente a la acción contra él inicialmente ejercitada, sin que a ello formulase en tal acto ninguna objeción el Procurador y Abogado de la precitada entidad «Presa y del Campo SA», o sea, «Preca SA» o «Precasa» también inicialmente demandada, como tampoco don Manuel P. del R. Presidente de la meritada entidad, presentes todos ellos en la indicada comparecencia, y a partir de la cual, y como consecuencia indudablemente de la referida renuncia formulada en relación con el precitado don José Luis D. A. dejó de seguirse contra el mismo dicha demanda, y en consecuencia el juicio que determinó, del que quedó apartado, con la consiguiente eficacia que tal renuncia depara, de conformidad con lo normado en el núm. 2 del art. 6 del Código Civil, al no revelarse como contrariadora del interés o el orden público, ni generar perjuicio a terceros, y puesto que esa *renuncia,* en contra de lo apreciado por la entidad recurrente, *viene autorizada por el precitado art. 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el momento que en el párrafo tercero de ese precepto tiene efecto la renuncia efectuada en la expresada comparecencia siempre y cuando,* como en el presente caso ocurre, *se ajuste a las normas aludidas reguladoras de la renuncia, o con capacidad para efectuarla o materia susceptible de ella.*

Segundo: Lo expuesto en el presente fundamento de derecho conduce a la solución desestimatoria de los indicados motivos primero y segundo, ambos formulados, al amparo del núm. 3.º del art. 1.692 de la LECiv, con fundamento, respectivamente, en pretendido quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por considerar infringido, por inaplicación, el art. 359, al considerar la entidad recurrente Compañía Mercantil «Presa y del Campo SA» («Preca SA» o «Precasa») que tanto la sentencia de la Sala sentenciadora de instancia como la del Juzgador «a quo» resultan incongruentes con las pretensiones deducidas en el pleito por la parte actora y no se produjeron con arreglo a los pedimentos del suplico en cuanto que instada la demanda formulada por don Miguel Angel C. V. contra don José Luis D. A. y la referida Mercantil «Presa y del Campo SA» («Preca SA» o «Precasa»), sin embargo, en el fallo de la sentencia recurrida sólo se condena y menciona a esta entidad no decidiendo sobre todos los puntos objeto del debate, que la tan citada recurrente entiende se tenía que haber hecho con la debida separación y pronunciamiento correspondiente sobre cada uno de los puntos litigiosos y en relación con cada una de las partes demandadas, e infracción del art. 260 de la mencionada Ley de Trámites Civil, por inaplicación, al no haberse dictado por el Juzgador de primera

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

instancia ninguna resolución en la que se tuviere por apartado a don José Luis D. A. de la relación procesal; en cuanto al primer aspecto considerado en el precitado motivo primero, debido a que al haberse producido la expresada renuncia, en la meritada comparecencia prevenida en los arts. 691, 692 y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la acción inicialmente dirigida contra el mencionado don José Luis D. A., retirando en consecuencia la invocada demanda inicialmente formulada contra él, indudablemente ha quedado fuera del proceso, sin posibilidad en consecuencia de pronunciamiento alguno que le afectara, y por tanto, en el principio instado en el pedimento 2.º de la súplica del escrito de demanda iniciador del juicio de que se trata, que quedó reducido a los únicos pronunciamientos que afectan a la entidad «Presa y del Campo SA» («Preca SA» o «Precasa») que quedó como única demandada en el proceso entablado, o sea, con limitación a los pedimentos 1.º y 3.º de la referida súplica de demanda que a ella exclusivamente afectaban, y sobre los que precisa y concretamente se pronunció la resolución impugnada, quedando en consecuencia adecuado acomodo al principio de congruencia establecido en el art. 359 de la LECiv, para cuya efectividad se requiere, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de 26-6-1987 (RJ 1987, 4822), 9 mayo y 12 noviembre 1988 (RJ 1988, 4046 y 9036) y 17-7-1989 (RJ 1989, 5623), *que entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes durante la fase expositiva y complementaria del pleito, exista la precisa concordancia y correlatividad en lo que afecte a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal* como en lo que estaría a las acciones en definitiva ejercitadas, y que, como queda dicho quedó limitado a lo afectante exclusivamente a don Miguel C. V. y la Compañía Mercantil «Presa y del Campo SA» («Preca SA» o «Precasa»), con absoluta exclusión de don José Luis D. A. y de las pretensiones que en principio quedaron contra él formuladas; y lo que se contrae al segundo aspecto, considerado en el motivo segundo, por la sencilla razón de que *la* tan meritada *comparecencia preliminar, regulada en los precitados arts. 691, 692 y 693 de la LECiv*, precisamente *tiene como esencial finalidad el esclarecer la posición de cada parte, determinando las cuestiones de hecho y dejar constancia de los términos en que, tanto subjetivamente como objetivamente, ha de quedar planteado el debate jurídico, determinando consiguientemente, a lo que debe alcanzar tanto en orden de las partes que en él han de intervenir como en el objeto a que ha de afectar;* y sin que al respecto sean de considerar con alcance y efectos viabilizadores las indicaciones que hace la entidad recurrente o que no se hubiera producido acuerdo entre las partes y a que, en su opinión, las reglas del art. 693 de la LECiv le hubieran facultado para excluir en el acto de la referida comparecencia a una de las partes inicialmente demandada, porque en contra de ello se alza para desvirtuar esas apreciaciones, que *siendo el demandante*

quien postula las pretensiones a que ha de alcanzar el debate jurídico planteado, la renuncia a algunas de ellas no requiere la conformidad de la parte contraria, que además ninguna objeción formuló en tal aspecto al llevarse a cabo dicha comparecencia con lo que produjo implícita conformidad, y que si es posible, según considera el párrafo tercero del art. 691 de la tan repetida Ley de Trámites Civil, *la renuncia,* ajustada a las normas que la regulan, evidentemente *conduce a que afectando esa renuncia,* como en el presente caso ocurre, *a pretensiones dirigidas contra un demandado* —en este caso las afectantes a don José Luis D. A.— *queda «ope legis», y por tanto sin necesidad de dictar resolución que así lo declare, eliminado del proceso ese demandado a que alcanzaban las pretensiones renunciadas, pues que esa eliminación subjetiva procesal ya se produce, sin más, por la renuncia aludida de pretensiones* que fuese desprovisto de todo alcance legitimador pasivamente al afectado por ella, si se considera que el resultado y alcance a efectos procesales de lo revelado en la mencionada comparecencia preliminar emana el propio contenido del acto que de ella ha de entenderse de conformidad con lo prevenido en el párrafo tercero de la regla 4.ª del art. 693 de la LECiv.

OMISIÓN DE LA RECLAMACIÓN PREVIA EN VÍA GUBERNATIVA: DEFECTO SUBSANABLE EN LA INSTANCIA E IRRELEVANTE EN CASACIÓN. ANTIFORMALISMO EN LA DESIGNACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DEMANDADA.

STS (Sala 1.ª), 27 marzo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Los tres primeros motivos del recurso, amparados en el art. 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, versan, desde distintas perspectivas, sobre «La falta de reclamación previa en la vía gubernativa» (art. 533-7.ª de dicha Ley), a cuyo respecto la sentencia impugnada entendió que «la reclamación previa no es propiamente una excepción sino expediente previo equiparable a la conciliación, lo que lleva a la conclusión efectiva de que la falta de reclamación previa en vía administrativa carece de relevancia, a efectos procesales, máxime cuando ya el acto de conciliación no es obligatorio en el actual procedimiento lo que hace perder a aquélla el carácter de preceptiva», mientras que la Administración recurrente sostiene que la actual vigencia del art. 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958, 1258, 1469, 1504; RCL 1959, 585 y NDL 24708) («La reclamación en vía administrativa será requisito previo al ejercicio de toda clase de acciones fundadas en el derecho privado laboral contra el Estado...»), no derogado (art. 2-2 del Código Civil), hace que deba aplicarse por los Tribunales en sus propios términos por cuanto aquéllos se hallan sometidos «al imperio de la Ley» (art. 117-1 de la Constitución

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

[RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875]), alegándose, además, que difícilmente puede admitirse que la reclamación previa haya de equipararse al acto de conciliación.

Segundo: Nada ha de objetarse a la vigencia del art. 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo que, en efecto, no ha sido expresamente derogado y, menos aún, al principio constitucional de sometimiento de los Tribunales al imperio de la Ley, pero ello no impide, obviamente, que aquel precepto deba ser interpretado conforme a los criterios contenidos en el art. 3-1 del Código Civil y, en esta línea, se tiene que: a) La asimilación, en cuanto a su finalidad, entre el acto de conciliación y la reclamación previa a la vía judicial tiene muy antiguo origen y ya la Real Orden de 9-6-1847 se refirió a que «la instrucción de expedientes gubernativos puede suplir en los negocios en que es parte el Estado las ventajas que en los privados producen los juicios de conciliación», lo que se reitera en la Ley de Bases 11-4-1868, sobre la unificación de fueros, y en el Decreto 9-7-1869, jugando entonces la similitud con el acto de conciliación para argumentar la conveniencia de exigir la reclamación previa, no obstante su carácter de privilegio de la Administración y, en alguna medida, contrario al libre ejercicio de la Jurisdicción; b) *La jurisprudencia ha venido declarando que, aun reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación, pueden asimilarse desde el momento que aquélla viene a sustituir a éste identificándose su finalidad y, consecuentemente, sus efectos* (SS. 20-6-1889, 20-5-1941 [RJ 1941, 635], 23-3-1961 [RJ 1961, 1221], 17-2-1972 [RJ 1972, 714], 20-3-1975 [RJ 1975, 1328], 27-2-1987 [RJ 1987, 741] y 26-5-1988 [RJ 1988, 4340] entre otras), *de donde se infiere que la falta de reclamación previa es un defecto subsanable;* c) Suprimida en 1984 la obligatoriedad, en algunos casos, del acto de conciliación, se ha debilitado todavía más cualquier interpretación radical de los efectos de la reclamación previa como requisito necesario para el ejercicio de determinadas acciones frente a la Administración; y d) Puede concluirse que, en definitiva, *no existe en nuestro Ordenamiento Jurídico actual base alguna para que la exigencia del art. 138 opere como condicionante absoluto del ejercicio de la acción* —su inutilidad práctica es, además, evidente, tanto más cuando la Administración, que se beneficia también de la suspensión del procedimiento para consulta a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, tiene más que suficientemente garantizados sus derechos de defensa— *y, lejos de ello, ha devenido un requisito puramente formalista sin fundamentación procesal alguna, que debe ser obviado en aras de la efectividad de la tutela judicial consagrada constitucionalmente (art. 24-1).*

Tercero: En el caso que nos ocupa, se ha objetado por el Sr. Abogado del Estado que la reclamación previa sería necesaria, aunque su falta se considere subsanable. Es cierto que el defecto debiera haber sido subsanado en la instancia, pero ya en este momento procesal la subsanación se revela

improcedente y su omisión, irrelevante. En efecto, cuando la Administración, previa consulta a la D. G. del Servicio Jurídico del Estado y consecuente suspensión del procedimiento, contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones ejercitadas por don Juan Antonio O. R. con razones de fondo que implican una clara negativa al abono de la indemnización solicitada, carecería de sentido demorar la resolución de este recurso extraordinario de casación para que se formule una reclamación más, que no sólo ha perdido su carácter de previa sino que sería absolutamente inútil y daría lugar a una dilación procesal indebida, que debe ser evitada (art. 24.2 de la Constitución).

Cuarto: En el cuarto motivo y asimismo con sede en el art. 1.692.5.º, se invoca infracción del art. 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (RCL 1957, 1058, 1178 y NDL 25852) alegándose que «la personificación del Poder Ejecutivo se produce en la Administración del Estado por la vía del otorgamiento de personalidad jurídica que es, por mandato legal, única», por lo que concurre «falta de personalidad de los destinatarios de la demanda (Ministerio del Interior y Dirección General de la Guardia Civil) que no son sino oficinas de la Administración del Estado, cualquiera sea su relevancia y complejidad».

Es cierto que la demanda se interpuso contra el Ministerio del Interior y la Dirección General de la Guardia Civil, entre otros, lo cual carece de rigor jurídico, según pone de manifiesto el Sr. Abogado del Estado, pero lo es también que, en la contestación a la demanda, el Letrado del Estado dijo ostentar la representación de aquellos dos organismos, con lo que incurrió en el mismo error, y opuso la excepción de falta de legitimación pasiva —por no tener dichos órganos «personalidad jurídica propia»—, con lo que desenfocó la cuestión, excepción que no fue acogida en primera instancia, y, apelada la sentencia por el actor, el Abogado del Estado solicitó «la confirmación de la sentencia de instancia íntegramente por estar de acuerdo con ella en todo su texto». Realmente, es bastante obvio que, abstracción hecha del error conceptual en que han incurrido las partes, la referencia en la demanda al Ministerio y la Dirección General equivale a dirigirla contra la Administración del Estado en que se hallan incardinados y así debe entenderse, con la consecuencia de que el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial ha de interpretarse en el mismo sentido —la Sala, en el Fundamento de Derecho primero, alude, con más precisión, a la «representación del Estado»—.

STS (Sala 1.ª), 14 mayo 1992

Fundamentos de Derecho

Quinto: Tampoco este motivo puede prevalecer, por las siguientes consideraciones: a) En primer lugar es conveniente poner de relieve a los meros efectos indicativos y orientadores, que como tiene declarado esta Sala entre otras Sentencias en la 29-3-1989 (RJ 1989,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2279), la falta de reclamación previa en vía administrativa sólo puede ser combatida por los cauces del ordinal 3.º del art. 1.692 y no por los del 5.º, como aquí se ha hecho; b) No se trata, sin embargo, de un rechazo de la motivación por inobservancia de un requisito formalista como es el indicado, ya que la razón de ser de esta desestimación es en realidad de fondo, si es que ello cabe en un supuesto que como éste viene referido al cumplimiento o incumplimiento de un requisito puramente formal, la reclamación previa en vía administrativa.

Se toma como base de la tesis mantenida por el Ayuntamiento recurrente la posición sustentada por las tres sentencias de esta Sala que cita y se han dejado indicadas en el precedente Fundamento en orden a rechazar la equiparación entre dicho requisito administrativo previo y el acto de conciliación y, consiguientemente, a que sean de aplicación a la falta de reclamación los supuestos de subsanación de dicha omisión que para los actos de conciliación están reconocidos.

Olvida al hacer tales afirmaciones la recurrente, que la tesis mantenida por la doctrina jurisprudencial es contraria en general a lo indicado en el motivo, cual acredita entre otras la S. 27-2-1987 (RJ 1987, 741), en la cual y entre otras cosas se declara a estos efectos reproduciendo la tesis sustentada por la 20-3-1975 (RJ 1975, 1328), que «la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, si bien en alguna ocasión sostuvo la disparidad entre el acto de conciliación y la falta de reclamación previa en la vía gubernativa, afirmando que la segunda era un vicio insubsanable al modo como aparece en las SS. 22-3-1963 y 26-4-1974 —últimas de las recaídas sobre el tema—, pero en su inmensa mayoría que constituye un auténtico cuerpo de doctrina homogénea que debe ser mantenida, se inclinó por la tesis de que los dos institutos —la reclamación previa y el acto conciliatorio— eran equiparables por su finalidad a que antes se hizo referencia, que no podía decirse alterada por el hecho de que en un caso interviniese la Administración Pública, justo porque al hacerlo en estos supuestos, de acuerdo con lo establecido en el art. 138 de la LPA, no lo hace con la potestad o imperio que les es característica, sino como una simple persona jurídica privada, actuando en su virtud no un verdadero interés público, sino privado...». Además de la citada deben señalarse como corroboradoras de dicho criterio equiparativo entre ambos institutos, el administrativo y el procesal civil —conciliación— la citada S. 20-3-1975 con las diez que en ella se citan como corroborativas y la 10-7-1985, que no obstante ser citada en el motivo en apoyo de su tesis, lo que hace es mantener la general de esta Sala.

INADMISIBILIDAD DE LA RECONVENCIÓN CONTRA UN CODEMANDADO.

STS (Sala 1.ª), 13 mayo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: El primero de los motivos de casación que formula la codemandada entidad mercantil aludida lo es «al amparo del núm. 3.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir —se dice— la sentencia recurrida en quebrantamiento de las normas esenciales del juicio, concretamente del párr. 2 del art. 542 de la misma Ley Procesal, en relación con el carácter de parte actora, que en el litigio tiene la sociedad de gananciales y no la demandante aisladamente considerada, al rechazar la posibilidad legal del traslado de la demanda reconvencional para su contestación al marido codemandado, produciendo con ello una clara indefensión para el demandado que reconviene». El motivo es plenamente rechazable por tergiversar los términos en que se ha planteado la litis. En primer lugar, siendo individualmente demandante la ahora recurrida doña María Agustina, es inadmisible que la recurrente estime que lo es la sociedad de gananciales, máxime cuando uno de los demandados es el esposo de dicha señora, vendedor en el contrato que se pretende anular. En segundo lugar *tampoco es admisible que un codemandado deba contestar a la reconvención que propone otro de los demandados,* ya que de aceptarse tal postura, el trámite procesal de contestar a la reconvención el demandante originario, demandado reconvencional, que es lo que la Ley únicamente prevé, implicaría dejar al arbitrio de las partes la vigencia del procedimiento y su regulación, con olvido del carácter de orden público de las normas procesales. Por último, tampoco es aceptable sostener que la pretendida contestación de un demandado a la reconvención que formula el otro, de no verificarse deje indefenso al reconviniente en caso de denegar el Juzgado tal contestación, cuando ha tenido a su disposición toda la amplitud alegatoria y probatoria que el juicio declarativo de menor cuantía facilita a los litigantes. Con criterio análogo al que ahora sigue esta Sala, la S. 31-5-1984 (RJ 1984, 2814), y otras, declaró que *la reconvención no es admisible cuando se dirige contra alguien más de las personas que forman la parte actora, pues conceptualmente la reconvención es siempre demanda contra el actor.* Por consiguiente, la posición procesal del codemandado señor G. no puede transformarse ni trastocarse en la de la parte actora para contestar a una reconvención contra esta parte formulada, *sin perjuicio de que en otro proceso, si lo estima oportuno la ahora recurrente, pueda dirigirse contra su codemandado ejercitando los derechos de que se crea asistido,* ni ha sido vulnerado el precepto legal que este motivo invoca, debiendo por lo tanto ser desestimado.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

CONCEPTO DE CUESTIÓN NUEVA. INEXISTENCIA DE ELLA EN LAS ALEGACIONES EN EL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE REBELDE EN LA INSTANCIA.

STS (Sala 1.ª), 22 abril 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: ... motivo éste que deberá ser desestimado en atención a las siguientes razones: Primera: Que si bien es cierto que una reiterada doctrina de esta Sala impide conocer en casación las cuestiones nuevas, no aducidas por las partes en los escritos alegatorios, también lo es que por cuestiones nuevas han de entenderse tan sólo la aportación extemporánea de hechos cuando la contraparte no tiene oportunidad procesal de hacer alegaciones o formular pruebas sobre los mismos, así como la de preceptos jurídicos tales que su aplicación altere la acción o la causa de pedir —ya que en otro caso el principio «iura novit curia» permite al Juez aplicarlos de oficio, sin precisar su alegación de las partes—, pero no pueden reputarse cuestiones nuevas las alegaciones que en cualquier momento procesal apto para ello puedan efectuar las partes cuando las mismas se funden sobre los hechos oportunamente alegados por las mismas o aduzcan formas más o menos especiales de aplicación o interpretación de los fundamentos jurídicos contenidos en los aludidos escritos alegatorios. Segunda: Que, por lo que al presente recurso se refiere, obvio es que comparecida tardíamente la parte demandada y hoy recurrida, y tenida como tal parte en el procedimiento de apelación, no introducía cuestión nueva alguna cuando, apoyándose en los hechos probados en la primera instancia y aplicando a los mismos la normativa aducida por la actora y tenida en cuenta de manera no muy acertada por la resolución del Juzgado, abogó en pro de una interpretación más racional y justa de tal normativa, a la que accedió la Sala de Apelación, pues si se le deniega a la apelante tal derecho, ello conduciría a condenar a cuantos permanecen en rebeldía en la primera instancia, a una completa indefensión, ya que cualquier alegación que pudieran hacer en la segunda y que comportara el éxito total o parcial de su postura procesal podría ser considerado como la introducción de una cuestión nueva no acogible por el órgano que conoce del recurso.

IV. LA PRUEBA

EN LA PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA QUEDA EXCLUIDA LA PARTICIPACIÓN DEL POTENCIAL DEMANDADO.

STS (Sala 1.ª), 9 de marzo de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto: Bajo en núm. 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusan los recurrentes, numerado como cuarto motivo, la infracción, otra vez, del art. 24 de la Constitución porque entienden que la *prueba testifical anticipada* consistente en la declaración que prestó doña Purificación, al realizarse sin intervención de la parte demandada y sin respetar el *principio de contradicción,* a su juicio, ha producido indefensión para aquéllos. En realidad, la declaración de la luego demandada se solicitó como prueba testifical y no como prueba de confesión, según la califican los recurrentes, pero este extremo no es básico a los efectos que se discuten, pues aun habiéndose admitido, según se pidió, como prueba testifical, *la naturaleza del acto excluye la participación de una parte demandada que todavía es sólo potencial dado que el art. 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, configura las pruebas anticipadas, como actos de prueba anteriores a la demanda, esto es como actos preparatorios que, necesariamente, no tienen que ir seguidos de la demanda,* pues el resultado de los mismos cabe que determine su no presentación; de aquí, que el referido precepto, emplee la expresión «informaciones de testigos», que es el mismo que se utiliza en otros lugares de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.636 y 1.653 v.g.) cuando todavía no hay intervención de parte contraria, ni, por tanto, contradicción. De todos modos, cuando los recurrentes-demandados conocieron la demanda presentaron las manifestaciones por escrito de la interesada, desdiciéndose de lo declarado, esto es, arguyeron cuanto pudieron en su defensa; pero lo más importante, con todo, es que la parte recurrente trata de fijar, exclusivamente, la atención en un punto que sólo adquiere interés dentro de las demás declaraciones prestadas y en razón de todos los elementos de prueba que han servido para formar la convicción judicial. Por tanto, el motivo decae.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LAS PROVIDENCIAS EN QUE SE OTORGUE ALGUNA DILIGENCIA DE PRUEBA SON IRRECURRIBLES, SALVO SI SE TRATA DE UNA PRUEBA ILÍCITA, SIN QUE ELLO PRODUZCA INDEFENSIÓN.

STS (Sala 1.ª), 15 abril 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: El motivo octavo (tercero de los admitidos), de manera asimismo errónea en cuanto al cobijo que utiliza (núm. 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), acusa infracción de normas procesales (578.5 y 611 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) al haberse admitido una prueba pericial caligráfica y subsidiaria en relación con el reconocimiento de determinados documentos privados. Conviene que se precise, en este punto, completando el razonamiento del motivo anterior, que, según establece la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 567) contra las providencias en que se otorgue alguna diligencia de prueba, no se dará recurso alguno, lo que equivale a reconocer que el juicio del Juez de primera instancia positivo acerca de la pertinencia y utilidad de la prueba, a diferencia del negativo, o sea, del que declara su impertinencia o inutilidad, está exento de control superior, pues, lógicamente, es por esta vía y, no por su contraria, por donde cabe vulnerar el derecho de litigante a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 de la Constitución Española) sin que se pueda invocar indefensión por el hecho de que la contraparte se considere perjudicada por la prueba o su resultado, salvo, en el supuesto, antes indicado (y ni siquiera alegado ahora) de que la prueba se obtuviera, directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales. Por tanto, el motivo, debió rechazarse «in limine», tanto más cuanto la interpretación que se propone limitativa del reconocimiento de los documentos privados que supone la exclusión de los «no extendidos por los confesantes» y «mucho menos sobre firmas de personas fallecidas», manifiesta un arbitrario cercenamiento del alcance de la prueba. En definitiva, procede, en este momento, su desestimación.

LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD NO CONSTITUYE *FICTA CONFESSIO*.

STS (Sala 1.ª), 30 abril 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: El segundo motivo con sede en el ordinal 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación del art. 14 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), así como su art. 39 también de dicha Ley Fundamental y art. 127 del Código Civil. Debido a la naturaleza propia de la paternidad, así como las pasiones que suscita su averiguación y la ausencia de preceptos más concretos y en armonía con la

contemporaneidad sociológica de los tiempos, tan lejanos de la negativa a la investigación de la paternidad consecuente al influjo del Código Napoleónico, es por lo que la jurisprudencia siguiendo una definida línea maestra, sin embargo, acusa una cierta duda en cada caso concreto en orden a la multiplicidad de situaciones que la vida moderna nos depara; por eso, ante la terminante prescripción del ordenamiento vigente (art. 39 de la Constitución y art. 127 del Código Civil), es patente que la investigación de la paternidad, si bien no puede imponerse a la fuerza, hoy día obligatoriamente, en punto al sometimiento a la práctica de pruebas biológicas, porque ello quizá vulneraría el art. 10-1 de la Constitución, por lo que actualmente pudiera reflejar una cierta vejación, es lo cierto que, aquellos preceptos son portadores de un mensaje legal enderezado al bien público —la primera célula de la sociedad es la familia y su átomo más irradiante es la relación paterno-filial—, cuyas exigencias merecen una mayor y más específica protección, sobre todo en su instrumentación Jurídica finalista y adecuada, como ya verificó el legislador en materia de no mayor trascendencia social y ética que la que nos ocupa, como es el caso del art. 12 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RCL 1990, 578 y 1653). Ahora bien, ante esa deficiencia y la consiguiente negativa a prestar su colaboración el hipotético padre biológico interesado por injustificadas causas, aunque las pruebas biológicas no son determinantes cuando son de carácter positivo, que es la tesis que mantienen los que se niegan a tal colaboración, pero sí lo son si son negativas, se ha tenido que perfilar una doctrina que en la medida de lo posible resuelva satisfactoriamente los derechos en pugna. Y de esta doctrina cabe extraer como esencia fundamental, que *tal negativa a la colaboración del presunto padre no puede considerarse como «ficta confessio» y por ello ha de estar relacionada con las demás pruebas para obtener la convicción indispensable en orden a la estimación de la demanda por la vía probatoria de los indicios obrantes en el litigio, pero ello lleva consigo, en la búsqueda de la verdad material, que ese indicio probatorio que comporta la negativa del demandado a prestarse a la práctica de las pruebas biológicas ha de estar acompañada en forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas, que conduzcan derechamente al juzgador al convencimiento de la paternidad,* como pueden ser cierta posesión de estado, relación epistolar que acredite ciertos sentimientos de relación afectiva, información testifical y de documentos gráficos, directos, personales y no ambiguos en su constatación de las relaciones extramatrimoniales existentes; en fin, un bagaje, definido, inequívoco, no susceptible de meras conjeturas, como es el caso de autos con la información Testifical ante Notario, que luego en el proceso se diluye en un conocimiento por referencias de la demandante (SS 26 junio, 20 julio y 26 noviembre 1990 [RJ 1990, 4899, 6121 y 9048]; 2 enero, 6 febrero, 25 abril, 14 mayo, 28 junio y 11 julio 1991

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

[RJ 1991, 103, 1147, 3030, 3666, 4639 y 5377]) o de las fotografías acompañadas a la demanda irrelevantes en sí mismas consideradas; y así lo expresa el Fundamento Tercero en su iniciación de la sentencia recurrida «Todo el material expuesto sería valorado como insuficiente para acreditar las pretensiones actoras si no fuese acompañado de la reiterada y contumaz negativa del demandado a la realización de la llamada prueba biológica». Y aquí es donde incurre en error la sentencia combatida, al interpretar el espíritu de la doctrina de esta Sala, porque precisamente dada la inocuidad de esas pruebas generales —testigos, fotografías, etc.—, es por lo que no puede prestar soporte probatorio bastante para la fundada y definitiva determinación de la paternidad del demandado, por haberse negado a tal colaboración. No debe interpretarse esta falta de práctica de prueba biológica, como lo hubieran sido de practicarse con resultado positivo, porque entonces —no ahora y aquí—, ese resultado biológico positivo, hubiera podido ensamblarse lógica y racionalmente con la mediocridad —más bien inane—, de esos pequeños indicios para la convicción de la paternidad más real y acertada, pero en el presente caso en que —sí, voluntaria y obstinadamente—, quiebra la posibilidad de una contrastación biológica, queda la demanda sin un soporte serio de prueba, para señalar con la exigible seguridad y certeza la paternidad del demandado. Consecuentemente el motivo prospera, así como el tercero relativo a la vulneración de la doctrina de esta Sala, haciendo innecesario el análisis del cuarto motivo, por lo que al haber lugar a la casación de la sentencia de apelación, se confirma la de primera instancia con desestimación de la demanda.

ESPECIALIDADES PROBATORIAS EN MATERIA DE USURA: LA PRUEBA DEBE APRECIARSE CON CRITERIOS MÁS PRÁCTICOS QUE JURÍDICOS.

STS (Sala 1.ª), 29 de septiembre 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: Por razones de técnica casacional, procede examinar con antelación los motivos que denuncian error en la apreciación de la prueba amparados en el núm. 4.º del art. 1.692 de la LECiv; son los motivos segundo y quinto. Aquél trata de combatir la afirmación de la Sala «a quo» de que no se probó la situación de angustiosa necesidad en que se encontraban los demandados-reconvenientes cual afirma el Juzgado; tiene que ser acogido, porque los documentos obrantes a los folios 76 a 80, 81, 82 a 84, 85 a 87, 88, 89, 90 y 91, 92 a 96, 97 a 100, 102, 103 a 110, 111, 112 a 127, 128 a 145, 146 y 147 a 166, no impugnados por el actor, acreditan una serie o cadena de préstamos en que se vieron envueltos los demandados desde el año 1969 hasta que entraron en contacto con el mismo, precisamente a través del Consejero Delegado de la «Caja de Crédito Hipotecario», última entidad

prestamista en dicha cadena, así como la concesión de unos préstamos para cancelar otros, aumentos de los tipos de interés, constitución de hipotecas, venta de fincas, concesión de poderes irrevocables para enajenar y utilización de los mismos, que no pueden ser ignorados por el juzgador, cual hace la Audiencia que, sin previo análisis, parte directamente del contrato de 16-8-1977. Y también ha de acogerse el motivo quinto, que impugna la aseveración de la Audiencia de que los demandados, hoy recurrentes, no satisficieron intereses ni capital alguno de los préstamos a que se refiere el proceso, pues, muy al contrario, los documentos 4, 5 y 6 de la contestación a la demanda, reconocidos por el actor, acreditan que se pagó a éste la cantidad de 600.000 ptas. para abono de las diez primeras letras, dos de ellas aún no vencidas, quedando un saldo a favor del actor de 695 ptas. que más adelante incluye en el cuadro de intereses retroactivos (documento 32 de la contestación) al dieciocho por ciento anual, pese a haber renunciado al cobro de intereses en el año 1973 (doc. núm. 1 de la contestación, folio 587, reconocido en confesión, folio 561), extremo objeto del subsidiario motivo sexto, que, ahora al amparo del núm. 5.º del art. 1.692 de la LECiv, denuncia violación del art. 1.225 del CC, en relación con el 1.218 del propio texto legal, ya que aquellos documentos, obrantes a los folios 588, 590 y 37, hacen prueba en su fecha, del hecho que motiva su otorgamiento y de las declaraciones que en ellos hacen los litigantes, razones que obligan igualmente a su acogimiento.

Tercero: El motivo tercero pretende, que, una vez probado el anterior, es decir la serie de préstamos que precedieron al concertado con el actor, ha de entenderse según las máximas de experiencia y para no violar el art. 1.253 del CC, que los demandados se encontraban en 1973 en situación de angustiosa necesidad, según enseña la realidad social a que alude el art. 3 del propio CC. Es cierto que la consecuencia natural de encontrarse inmerso en una cadena de préstamos es la situación de angustia y disminución de la voluntariedad del prestatario, pero no lo es menos que esta Sala tiene declarado con reiteración que la especial naturaleza de la prueba de presunciones, consistente en deducción personal del Juzgador, difícilmente puede ser exigida en su aplicación, siendo excepcional que pueda impugnarse en casación haberse omitido su empleo, sobre todo si no ha sido propuesta en tiempo procesal oportuno como medio probatorio; mas acogidos ya los motivos de casación examinados y recuperada por el Tribunal Supremo la facultad de actuar como Sala de Instancia máxime en materia en la que rige el art. 2.º de la Ley de 23-7-1908, que más adelante examinaremos, es llano concluir con criterios objetivos que la normalidad de las gentes vería afectadas sus facultades de decisión en situaciones semejantes, siquiera sea cierto que en el caso concreto resulta difícil determinar el grado de voluntariedad concurrente en el prestatario, del que se desconocen tanto su capacidad económica como su profesión y actividades, dado que en unos documentos se

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

autotitula empleado y en otros industrial, lo que tampoco puede hacer olvidar *la doctrina de esta Sala de que en materia de usura ha de procederse en la apreciación de las pruebas con criterios más prácticos que jurídicos, prescindiendo incluso de aquellas reglas que puedan limitar la libre apreciación (prueba tasada), para formar con libertad su conocimiento no sólo sobre la nulidad de los contratos, sino sobre todos los extremos discutidos en el litigio, lo que implica una valoración en conciencia que, es obvio, puede equipararse a la facultad otorgada a los juzgadores por el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al que alude la Audiencia, pero sin que pueda acogerse su postulado de que el art. 2 de la Ley de Usura, en cuanto dispone que «los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes», pugne con principios constitucionales, pues una cosa es fallar en un sentido sin prueba alguna que lo respalde y otra muy diferente la libre valoración en conciencia de la muy abundante que obra en los autos, superando así incluso el texto literal del precepto, que alude a las «alegaciones de las partes», para completarlo y entenderlo como alegaciones apoyadas por pruebas, que, eso sí, han de interpretarse y valorarse con amplia libertad de criterio y sin sujeción a reglas tasadas, por todo lo cual procede igualmente la estimación de los motivos tercero y primero, al buscarse en materia de usura más la verdad material que la puramente formal que rige como norma genérica el orden jurisdiccional civil;* mas incluso con ese rigorismo formal, tampoco puede prescindirse de que el documento que obra al folio 587 fue reconocido en confesión por el actor (folio 559), conteniéndose en el mismo (inicial de toda la trama y simulador de una deuda de los demandados aún no existente) la «renuncia a posibles intereses» por parte de don Julio H. A., pues ello infringiría las reglas contenidas en el art. 1.218 en relación con el 1.225 del CC, teniendo que acogerse el motivo cuarto.

Cuarto: Por último no puede afirmarse, después de cuanto antecede, que el dieciocho por ciento de intereses impuestos en liquidación de 1976, cuando en 1973 se había renunciado a ellos, no excedan del normal del dinero, apoyándose para ello en unos informes no obrantes en autos y en que por Orden de 23-7-1977 fueron liberalizados los intereses bancarios, estando superada la tasa de interés por Ley 24/1984, de 29 junio, pues, *como ya se dijo en las SS. 10-6-1940* (RJ 1940, 518), *6-7-1941 y 1-2-1957* (RJ 1957, 1938), *para calificar de usurario al préstamo ha de atenderse al momento de la perfección del contrato, por ser el en que otorgándose el consentimiento puede estimarse si éste estaba o no viciado, siendo la de ese momento la realidad social que ha de contemplarse y no la vigente cuando se pretende que el contrato tenga efectividad, aunque se hayan variado las circunstancias iniciales, pues otra cosa implica la infracción de los arts. 2.3 y 3.1 del CC,* no pudiendo modificarse los hechos iniciales, según convenga a

las circunstancias temporales, para que no resulte desproporcionado a las circunstancias del caso; y siendo así las cosas, ha de concluirse que se impuso un interés superior al normal del dinero y desproporcionado, de modo manifiesto, a las circunstancias del caso, suponiéndose recibida mayor cantidad que la realmente entregada, con acogimiento, pues, de los motivos séptimo y octavo, aplicando lo dispuesto en los arts. 6.4 y 1.275 del CC.

Quinto: Consecuencia de cuanto antecede es la casación de la sentencia dictada por la Audiencia y la confirmación de la dictada por el Juzgado, incluso por sus propios fundamentos, de forma que al acogerse la existencia de un préstamo usurario encubierto es imperativo aplicar lo dispuesto en el art. 3.º de la Ley 23-7-1908, en cuanto dispone que «declarada con arreglo a esta Ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida— y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado»; pero ocurre en el caso que nos ocupa que el Juez de Primera Instancia, cuya sentencia se confirma, dice que tal extremo no puede llevarse al fallo «al no haberse pedido alternativamente y so pena de tachar de incongruente la sentencia»; no es así, pues nunca puede tacharse de incongruente lo que es consecuencia necesaria de un pronunciamiento o declaración meramente complementaria, que va implícita en lo pedido al ser consecuencia ex lege, y por ello se viene repitiendo con reiteración que la congruencia no responde a una conformidad literal y rígida respecto a las alegaciones y pretensiones, sino, más bien, racional y flexible, por lo que el propio juzgado, aún después de hacer aquella declaración y recogida en el fallo la cualidad de las operaciones como incursas en la Ley de 23-7-1908, no puede menos que añadir lo siguiente: «debiendo, en su caso, producir los efectos del art. 3.º de dicha Ley», extremo que ha de entenderse en consonancia con el contexto de la sentencia, en la que, igualmente, se afirma en el penúltimo de sus considerandos que «procede estimar en parte la reconvención, pues la nulidad de la primitiva operación de descuento con 'Finur SA', no es en principio y 'per se' nula, sino las consecuencias u operaciones posteriores a la misma», lo que quiere decir que al aplicarse en ejecución de sentencia cuanto antecede ha de partirse, si otra cosa no se acredita, de que los demandados reconvenientes recibieron 1.315.000 ptas. (recuérdese que el descuento es válido) y sólo abonaron 600.000 ptas. única aclaración que ha de hacerse al fallo que se confirma, a más de que procederá la devolución de las letras correspondientes.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

V. LA SENTENCIA

NO SON COSTAS LOS GASTOS DE VIAJE Y ESTANCIA DEL LETRADO.

STS (Sala 1.ª), 6 abril 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En cuanto a la impugnación de honorarios por indebidos en lo referente a gastos de viaje y estancia en Madrid, debe concluirse que no pueden ser incluidos dentro del concepto de costas en sentido estricto, pues pertenecen al ámbito de la relación profesional entre letrado y su cliente. Y por ello deben ser declarados como indebidos.

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* NO PUEDE ALTERAR LA ACCIÓN POSTULADA.

STS (Sala 1.ª), 18 de junio de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: Reducido el recurso de casación a la resolución de la cuestión jurídica descrita en el precedente apartado de esta sentencia, es decisivo para la resolución del recurso resaltar que en la demanda, escrito rector del proceso y de la acción que se ejercita, en su hecho sexto se dice que se ejercitan en ella «las acciones derivadas, no precisamente del art. 1.902 del Código Civil, sino la acción del art. 1.092, es decir cual consecuencia de obligación civil nacida de delito», y en los fundamentos de derecho III y VI se ratifica tal criterio y repite que no se ejercita la acción del art. 1.902 del Código Civil y sí la del 1.092. Con esa premisa fáctico-jurídica, procede el examen del motivo primero del recurso, formulado al amparo del núm. 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se acusa la violación del art. 24.1 de la Constitución, en cuanto establece que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. El motivo debe ser desestimado por no detectarse indefensión alguna de la recurrente, a la que en ningún momento se ha negado la tutela jurídica que es procedente en este caso conforme a las leyes, es decir, al «resto del ordenamiento jurídico», a que se refiere el art. 9.1 de la Constitución, al que, lo mismo que a este Cuerpo legal fundamental, han de atenerse los ciudadanos y los poderes públicos, y entre ellos los Tribunales. Y de manera más concreta, tal desestimación proceda, además, por las siguientes consideraciones: a) En las acciones de condena nacidas, como la ahora debatida, del derecho de obligaciones, la acción se identifica con la alegación de la relación jurídica y del hecho jurídico del que la misma ha nacido, lo que se expresa en la demanda

con base en una infracción penal que no ha sido declarada, y no, según se reitera en ella, en un acto ilícito civil; el cual se intenta en este recurso extraordinario hacer figurar como base de la acción, alterando la «causa petendi» alegada. b) Esta Sala en Sentencia, entre otras 9-10-1971 (RJ 1971, 3824), faculta para ejercitar en estos casos la acción basada en los arts. 1.902 y siguientes pero «siempre que no se haya sustanciado la acción civil en proceso penal y que la demanda se base en el art. 1.093», cuyo caso no es el ahora contemplado. Y según S. 19-9-1988 (RJ 1988, 6835), confirmatoria de otras anteriores, *el principio «jura novit curia» sólo puede ser aplicado por los Tribunales cuando puestos en relación los hechos que sirven de fundamento a la demanda con los pedimentos que en el suplico de la misma se contienen, la norma jurídica cuya aplicación es permisible aflore con carácter indubitado, pero no cuando,* como en el supuesto «sub judice», *la elección de otra norma* (el art. 1.902), aparte de haber sido expresamente rechazada en la demanda, *implica una alteración de la acción originariamente postulada, con consecuencias evidentemente dispares.* c) Estas consecuencias se hacen bien patentes al considerar que el régimen jurídico de las obligaciones civiles que nazcan de los delitos y faltas se encuentra en el Código Penal; las normas a que se remite el art. 1.092 son los arts. 19 a 22 del Código Penal; los arts. 101 a 108 y 117 del mismo Código; normas completadas en el ámbito procesal con los arts. 100 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (sobre personas legitimadas activamente, forma de ejercicio de la acción y renuncia a la misma); normativa distinta de la aplicable cuando la acción se basa en los arts. 1.093 y 1.902 del Código Civil. Frente a todo ello son ineficaces las breves consideraciones que hace la sentencia de primera instancia, que no es evidentemente la recurrida en casación, y que el recurso alega en favor de su estimación. En definitiva, y abundando en lo ya indicado, la sentencia recurrida se atuvo al ordenamiento jurídico vigente y lo aplicó con precisión y acierto.

LA ADMISIÓN DE UNA PETICIÓN SUBSIDIARIA O ALTERNATIVA IMPLICA EN PRINCIPIO LA ADMISIÓN TOTAL DE LA DEMANDA.

STS (Sala 1.ª), 29 de octubre de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: Como se ha apuntado, se plantea en este motivo el problema de cuál pueda ser el juego procesal que respecto a la imposición o no de las costas pueda tener la petición en el suplico de las demandas de condenas alternativas o subsidiarias con vistas a lo dispuesto en el art. 523 de la Ley Rituaria Civil, aspecto que va a ser objeto de examen en este Fundamento.

A dichos efectos, es conveniente partir de que los conceptos de *alternatividad* y de *subsidiariedad*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

como manifestaciones de opción entre dos o más cosas u obligaciones la primera, y del «en sustitución de» o «del en lugar de» la segunda, cuando como aquí acontece se proyectan sobre un aspecto procesal, el relativo a la imposición de las costas; o uno u otro o ambos aparecen en el suplico de las demandas juntamente con una petición principal en los casos de alternatividad, o de sustitución en las de la subsidiariedad, es tema trascendente habida cuenta precisamente ese «totalmente rechazadas» que en el párrafo primero del art. 523 LECiv, se contiene.

Dado el alcance de referidos conceptos, la solución adecuada si se tiene en cuenta la «mens legislatoris», es la de estimar que *el hecho de admitir la petición principal, o la subsidiaria o cualquiera de las formuladas alternativamente implica en principio una admisión total de la demanda, ya que* a) *Cuando el actor formula peticiones alternativas, la sentencia que accede a una de las solicitudes conlleva una admisión total de lo pedido en cuanto no pueden en principio concederse las dos o más alternativas a la vez;* b) *Que cuando se contiene en el «petitum» de las demandas una petición subsidiaria lo que con ello se hace es ofrecer también al juzgador una posibilidad de opción entre las dos, con lo cual la decisión del mismo en uno u otro sentido lleva implícita una admisión total de la pretensión por la que opte, en cuanto tampoco pueden en términos generales la principal y la subsidiaria;* c) *Porque compendiando lo dicho, no pueden eliminarse de la idea del «victus victori» o vencimiento objetivo los supuestos de procesos en que formulándose las peticiones del actor con criterio de alternatividad o de subsidiariedad, la decisión del juzgador optando por una u otra petición elimine dicho vencimiento, en cuanto ello implicaría una interpretación en perjuicio del actor cuando dichas situaciones se presentaren.*

Pero es que, además, en este supuesto es de resaltar que independientemente del juego de dicho *victus victori* ha de tenerse en cuenta un aspecto fundamental en orden a la desestimación del motivo, cual es, la manifiesta temeridad de los demandados y aquí recurrentes, puesta de relieve por el juzgador de instancia y ratificado por el de apelación, con lo cual y por aplicación de lo dispuesto en el citado art. 523-II LECiv, dicha condena en Primera Instancia está acomodada a derecho.

Por último y en este orden de cosas, señalar que es doctrina reiterada de esta Sala la imposibilidad de revisar en casación lo relativo a la imposición de las costas cuando las mismas se han impuesto por estimación de la temeridad (por ejemplo las SS. 29 junio y 15 julio 1988 [RJ 1988, 5136 y 5721], 20-4-1989 [RJ 1989, 3244] y 25 enero y 30 abril 1991 [RJ 1991, 317 y 3113]).

VI. RECURSOS

Naturaleza y límite del recurso de apelación. Control del mismo en casación.

STS (Sala 1.ª), 19 noviembre 1991

Fundamentos de Derecho

Segundo: El motivo ha de caer, en primer término porque en él pretende hacerse un examen comparativo entre la sentencia de primera instancia y la de apelación para conseguir sustituir el fallo de ésta por el de aquélla, siendo así que ello no constituye el objeto del recurso de casación dirigido a comprobar si, dados unos determinados hechos que han resultado probados, la sentencia recurrida, es decir, la de apelación en este caso, hace correcta aplicación de las normas jurídicas aplicables para resolver la cuestión sometida al debate judicial; en segundo término, *el motivo desconoce en su planteamiento, la naturaleza del recurso de apelación en el que, como recurso ordinario que es, el órgano de segundo grado adquiera plena competencia, con idénticos poder y amplitud de conocimiento, para conocer y resolver todas las pretensiones de las partes, sin más límites que el impuesto por el principio prohibitivo de la reformatio in peius,* que aquí no entra en juego; en su virtud, el Tribunal de instancia no está vinculado por los pronunciamientos de la sentencia apelada en tanto no sean consentidos por las partes litigantes.

Vulneración del principio de congruencia por una sentencia dictada en apelación.

STS (Sala 1.ª), 9 enero 1992

Fundamentos de Derecho

Tercero: El motivo segundo del recurso, amparado en el ordinal 3.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción del art. 359 del mismo texto legal, tachando a la sentencia recurrida de incongruente. Expuestos en el fundamento de derecho primero de esta resolución los términos en que quedó planteado el debate litigioso así como el contenido de la parte dispositiva de la sentencia aquí combatida, ha de tenerse en cuenta que la impugnación por el demandado de la sentencia de primera instancia ante el Tribunal de apelación se limita a discutir el importe cuantitativo de la legítima de la actora y a combatir el pronunciamiento relativo a las costas de aquella instancia, siendo éstos, por tanto, los límites a que ha de ceñirse la actividad revisora del Tribunal de segundo grado, y es doctrina reiterada de esta Sala (Sentencias, entre otras, de 9-2, 30-3, 14-4 y 28-11-1989 [RJ 1989, 824, 2283, 3054 y 7914], 3-4 y 10-12-1990 [RJ 1990, 2690 y 9902]) la que veda la agravación del fallo en perjuicio del apelante,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cuando su oponente no recurre ni se adhiere a la apelación, sustrayéndose del recurso aquellos extremos que han sido aceptados por el apelado y que, por tanto, han adquirido firmeza, firmeza que alcanza igualmente a aquellos puntos litigiosos a los que no se extiende la impugnación del apelante, por lo que existirá «reformatio in peius» cuando la sentencia es revocada, no concediendo o negando lo pedido por el apelante, sino agravándola en su perjuicio, sin que esto sea pedido por otro apelante o adherido a la apelación; de otra parte, es doctrina de esta Sala que la congruencia ha de medirse por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la sentencia y los términos en que los litigantes han formulado sus pretensiones y peticiones, y si bien el Juzgador puede, en atención al principio «iura novit curia», en relación con el de «da mihi factum, dabo tibi ius», aplicar normas distintas e, incluso, no invocadas por los litigantes, a los hechos por ellos establecidos, lo cual tiene el límite de estar condicionado al componente fáctico esencial de la acción ejercitada, entendiéndose por tal los hechos alegados por las partes y que resulten probados, así como por la inalterabilidad de la «causa petendi»; doctrina que, aplicada al presente caso, determina la estimación de este motivo ya que al entender la Sala de instancia que la actora ejercitó una acción de suplemento de legítima ha alterado la causa petendi pues la actora fundó su acción de reclamación de legítima en el rechazo de la atribución de bienes concretos y determinados hecha por el causante en su testamento para pago de la legítima y en tales términos quedó establecido el debate, limitado a la determinación cuantitativa de los derechos legitimarios de la actora, incurrió en incongruencia, evidenciada, además, en la falta de respeto por el Tribunal de instancia a los límites en que se planteó la alzada ante ella, por todo lo cual procede la estimación de este motivo.

Falta de trascendencia constitucional de la pérdida del recurso de reposición por no subsanar a tiempo la carencia de firma de Procurador.

STC 41/1992, de 30 marzo

Fundamentos Jurídicos

5. A tal efecto resulta relevante destacar, en primer lugar, la existencia de un grave defecto procesal, debido a la negligencia profesional de la representación de la parte, como es *la falta de firma de la Procuradora en el escrito del recurso. Se trata de un defecto procesal indubitado sin que pueda defenderse una interpretación conforme a la Constitución que pudiera llevar a la inexigencia de dicha firma.* No se plantea aquí pues, tanto un problema de «formalismo enervante» en la exigencia del cumplimiento del requisito, sino que lo que se cuestiona es el no haber permitido la subsanación del defecto en un momento en que el órgano judicial lo estimó tardío.

En efecto, el órgano judicial ha reconocido la subsanabilidad del defecto e incluso ha tratado de dar ocasión para subsanarlo, pues consta en las actuaciones que se le envió una nota a la Procuradora para que se personase urgentemente en el Juzgado, que transcurrieron varios días antes de que se dictase la providencia inadmitiendo el recurso de reposición, aunque en la demanda se afirma apodícticamente, sin darse razones sobre ello, que no conoció personalmente de dicha nota, sino tardíamente.

El órgano judicial trató de que el defecto pudiera subsanarse, de modo que la demanda podría dirigirse más bien a impugnar la forma peculiar *mediante* la que se trató de lograr esa subsanación, *una nota de comparecencia urgente en el Juzgado en relación con dicho asunto. Como tal, la forma de dicha comunicación no puede por sí misma considerarse como un obstáculo para la subsanación* sin que se hayan expuesto las razones por las que esa comunicación llegó tardíamente a conocimiento «personal» de la Procuradora, lo que da a entender que ese retraso en el conocimiento no se imputa directamente a la negligencia u omisión del órgano judicial.

En todo caso, esa subsanación no tuvo lugar y se solicita precisamente en la vía del recurso frente a la providencia que inadmitió el recurso de reposición. El Auto aquí impugnado justifica la confirmación de la providencia invocando el principio de seguridad jurídica y la imposibilidad de subsanar ya tardíamente el defecto, una vez transcurrido el plazo legal para recurrir, y en perjuicio de las otras partes del proceso. No es pues la insubsanabilidad del defecto lo que sirve de justificación a la decisión del Juez, sino el no haberlo subsanado a tiempo.

Esta imputación del carácter tardío de la posible subsanación es lo que ha de enjuiciarse desde el punto de vista de su compatibilidad con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, *debiéndose recordar que la no subsanación del defecto procesal en el plazo conferido a tal efecto, convierte a aquél en firme e insubsanable, y no resulta contrario a la tutela judicial en este tipo de recursos interlocutorios hacer coincidir el plazo de subsanación con el plazo de recurso,* cuando dentro del mismo esa subsanación hubiera sido posible, como puede entenderse que ha ocurrido en el presente caso. Pero aún, de no entenderse así, y se aceptara la tesis de la recurrente, de que no se le dio ocasión para subsanar, tampoco ello bastaría para estimar lesionado el derecho fundamental, y estimar la demanda, en función de la proporcionalidad entre el defecto y las consecuencias que se derivan de la inadmisión del recurso de reposición.

6. A tal efecto, resulta especialmente relevante también en conexión con la naturaleza y el carácter subsidiario del recurso de amparo, el efectivo alcance de la supuesta infracción procesal denunciada en la demanda.

La jurisprudencia constitucional que invoca el recurrente y el Ministerio Fiscal en relación con el acceso a los recursos y su trascendencia constitucional, ha sido formulada en supuestos de acceso a

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

recursos de casación, suplicación, apelación a similares, de modo que *la constitucionalización del derecho al recurso debe conectarse con la protección constitucional del acceso «a las diversas instancias judiciales previstas en las leyes»* (STC 87/1986). *Esta doctrina no puede generalizarse y extenderse sin más a todas y cada una de las impugnaciones, remedios e incidentes que se den en el curso del procedimiento judicial, de forma que cualquier infracción eventual de una norma de procedimiento,* en relación a los mismos, *trascienda del ámbito de la legalidad ordinaria que corresponde aplicar en exclusiva al órgano judicial,* y alcance directamente trascendencia constitucional, bajo la cobertura genérica del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

No es necesario insistir, en que el Tribunal Constitucional no es una instancia de revisión que permita el control jurídico de las decisiones judiciales, en función de su corrección desde el punto de vista legal. El desarrollo del procedimiento, la fijación y valoración del supuesto de hecho, la interpretación de la legalidad ordinaria y su aplicación al caso concreto son competencia de los jueces ordinarios y su control y revisión no corresponde a este Tribunal, salvo la existencia de una violación de un derecho fundamental específico y en relación además con esa violación específica. *El trazado de las fronteras entre la legalidad ordinaria y el derecho fundamental, resulta menos claro en relación a las garantías sustanciales del procedimiento que para asegurar un juicio justo configura como derechos fundamentales el* art. 24, CE. *Ello implica que determinadas decisiones judiciales que aplican normas procesales puede tener trascendencia constitucional, y, en consecuencia, revisables en este proceso de amparo,* en cuanto que constituyan lesiones específicas de esas garantías constitucionalizadas, *pero estos «quebrantamientos de forma» con trascendencia constitucional han de considerarse como la excepción a la regla general de la competencia exclusiva de los Tribunales en la aplicación de la legislación material y procesal.*

Desde esta perspectiva, la trascendencia constitucional del derecho al recurso, ha de ponerse en conexión con las consecuencias que se derivan de la pérdida indebida del recurso, que son especialmente relevantes *cuando afectan al acceso a una superior instancia de revisión* como prestación judicial prevista por la Ley, *sin que pueda darse igual trascendencia a la pérdida de un remedio interlocutorio, como el recurso de reposición* contemplado en este supuesto.

No resulta en el presente caso desmesurada, de modo evidente y palmario, la pérdida de este recurso al no existir desproporción entre la gravedad del defecto y la consecuencia que se hace derivar del mismo.

La consecuencia vinculada al defecto procesal cuya subsanación tardía no fue posibilitada por el órgano judicial, sólo ha determinado que uno de los medios de prueba propuesto por el recurrente quedara definitivamente rechazado en la instancia, pero lo cierto es que con ello no se cerró la posibilidad de que idéntica pretensión pudiera ser

reproducida, en su caso, en la segunda instancia, tal como dispone el art. 567, párr. segundo, de la LECiv e, incluso, cabe añadir que esa denegación en el momento procesal mismo en el que se accedió al recurso de amparo, no podía considerarse ya como definitivamente constitutiva de una efectiva y real vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), pues las consecuencias anudadas al rechazo del recurso de reposición planteado no son autónomas, ni pueden desvincularse del sentido del fallo de la Sentencia final, por cuanto si éste fuera favorable a la pretensión actora no se habría producido, a pesar de la infracción procesal, lesión efectiva del derecho fundamental ahora invocado, y aun cuando no lo fuese, siempre cabría reproducir, como antes hemos dicho, la solicitud de prueba en la segunda instancia, parte de que el vicio procesal que aquí se denuncia, pudo haberse hecho valer también contra la Sentencia de instancia desestimatoria (STC 43/1988 [RTC 1988, 43]).

De este modo, *no puede imputarse al órgano judicial una infracción procesal de relevancia constitucional constitutiva de lesión del derecho consagrado en el art. 24.1 CE, al no poderse considerar como «desmesurada o desproporcionada en relación al defecto del escrito de la parte, la decisión de inadmisión del recurso por la falta de subsanación a tiempo del defecto de la falta de firma de la Procuradora,* en relación además a una eventual infracción procesal producida con ocasión de un recurso interlocutorio de las características ya vistas, que sólo potencialmente podría dar lugar a la lesión del derecho a la tutela judicial sin indefensión.

EL HECHO DE LA FALTA DE PAGO O CONSIGNACIÓN EXIGIDO POR EL ART. 148.2 LAU NO ES SUBSANABLE, SÍ SU ACREDITACIÓN. A PESAR DE SER DOCTRINA REITERADA, EL TC NO IMPONE COSTAS POR NO ESTIMAR MALA FE O TEMERIDAD EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.

STC 51/1992, de 2 abril

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. *Para resolver el recurso, es necesario tener en cuenta la doctrina elaborada al respecto por este Tribunal,* entre otras, en sus Sentencias 46 49 y 63 de 1989 (RTC 1989, 63). Decíamos en estas sentencias (recogiendo jurisprudencia constitucional anterior), *en relación con el art. 148.2 de la LAU, que antes de decidir la inadmisión de un recurso de apelación en razón del vicio advertido en la interposición del mismo, debe el órgano judicial interpretar conforme a la Constitución aquel precepto de la Ley arrendaticia, determinando el carácter subsanable o no del defecto apreciado en la consignación y otorgando, en el caso de que fuese posible la subsanación, oportunidad a la parte para llevar ésta a cabo. Y* proseguíamos manifestando que *debe prevalecer una*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

interpretación teleológica o finalista de dicha norma que tenga presente el sentido de las formas en el proceso y no convierta en obstáculo insalvable el incumplimiento involuntario y no malicioso de requisitos formales, siempre y cuando tales omisiones no impidan, la buena marcha del proceso ni afecten a la finalidad perseguida por el legislador, que es la de asegurar los intereses del arrendador que ha obtenido una sentencia favorable, evitando que el proceso arrendaticio —y el derecho del arrendatario a acceder al sistema de recursos legalmente establecido— sea instrumentalizado como una maniobra dilatoria, en claro perjuicio de la contraparte.

En este sentido y según la doctrina de este Tribunal, *ha de distinguirse entre el hecho de pago o consignación previa al recurso, de la acreditación de ese pago o consignación. Esta acreditación constituye un simple requisito formal, cuya omisión debe permitir al Juez que sea subsanada. Pero tal no es el caso con respecto del mismo hecho del pago o consignación.* En efecto, *éste no constituye un requisito formal, sino que viene a cumplir una finalidad cautelar y de legítima salvaguardia de los intereses del arrendador y se configura por tanto, según lo previsto en el art. 148.2 LAU* y como manifestó este Tribunal en las sentencias citadas, *como un requisito esencial para el acceso al recurso.* La *exigencia,* por tanto, *para la admisibilidad del recurso y la emisión de una resolución sobre el fondo del mismo,* de que efectivamente ese pago o consignación se haya efectuado, no resulta un formalismo desproporcionado, sino una vía razonable y adecuada para garantizar los intereses del arrendador.

3. Desde esta perspectiva, no cabe estimar que se haya producido la vulneración alegada del derecho a la tutela judicial efectiva. Pues resulta de las actuaciones (y no es negado por la recurrente), que cuando se interpuso el recurso de apelación, esto es, el día 24 de enero de 1989, no se había efectuado en ese momento el pago correspondiente a ese mes, aun cuando según el contrato de arrendamiento el pago debía efectuarse por meses adelantados. Tal pago, en efecto, se realizó únicamente en el mes siguiente, el 10 de febrero de 1989. En consecuencia, la Audiencia de Barcelona, al decidir no entrar en el fondo del recurso, por no haberse cumplido los requisitos necesarios para su planteamiento vino a efectuar una interpretación razonable y motivada del art. 148.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, estimando, de acuerdo con la finalidad de la Ley, la presencia de un obstáculo procesal, no desproporcionado ni arbitrario, para conocer del fondo del asunto.

No cabe apreciar, por tanto, que cuando la Audiencia, en esas circunstancias, consideró no presentado en forma el recurso de apelación, impidiera injustificadamente el acceso a un recurso previsto por la Ley, ni vulnerara el derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo que debe desestimarse el recurso de amparo. Sin que proceda, por otra parte, estimar que haya concurrido mala fe o temeridad en el planteamiento del recurso, ni, por ello, imponer las costas a la recurrente.

LA RECONVENCIÓN ES NUEVA PRETENSIÓN A VALORAR POR SEPARADO EN SU ACCESO A CASACIÓN. FALTA DE MOTIVACIÓN AL SOLO CITAR ARTÍCULOS.

STC 63/1992, de 29 abril

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La cuestión planteada en el presente recurso de amparo consiste en determinar si ha resultado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), con indefensión para la entidad recurrente como consecuencia de haber inadmitido la Sala Primera del Tribunal Supremo, de manera inmotivada y debido a un error en la determinación de la cuantía del litigio, el recurso de casación interpuesto. En este sentido, aunque en la demanda también se invoca la posible vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), en realidad esta infracción constitucional se confunde con la del derecho a obtener la tutela judicial efectiva y a la no indefensión, puesto que se basa en la inadmisión del recurso de casación y en todo caso, la denunciada falta de motivación en la resolución recurrida impide apreciar que la inadmisión del recurso se haya basado en razones discriminatorias para la entidad recurrente de amparo.

2. Es doctrina reiterada de este Tribunal que *el derecho a la tutela efectiva que garantiza el art. 24.1 de la Constitución comprende, en los casos y con los requisitos que la Ley establezca, la utilización de los recursos legalmente previstos contra las resoluciones de los órganos judiciales, incluido el recurso de casación. En consecuencia, infringe aquel derecho fundamental cualquier decisión de inadmisión de un recurso que no se funde en la aplicación razonada y razonable de una causa legal de inadmisibilidad, puesto que, si bien es cierto que corresponde al Tribunal Supremo la última decisión sobre la admisión de los recursos de casación y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que los mismos están sujetos, también lo es que si no está justificada o debidamente motivada la decisión, se funda en un manifiesto error, en una causa inexistente o en un rigor excesivo en la interpretación de los requisitos formales, puede el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, restablecer el derecho vulnerado y hacer efectiva la tutela judicial que garantiza el art. 24.1 de la Constitución* (entre otras SSTC 10/1987 [RTC 1987, 10], 214/1988 [RTC 1988, 214] y 50/1990 [RTC 1990, 50]). Más concretamente, y por lo que respecta a los límites que por razón de la cuantía condicionan la admisibilidad del recurso de casación civil (art. 1.710.2, en relación con los arts. 1.697 y 1.687.1 de la LECiv), este Tribunal ha afirmado —en la STC 50/1990, antes citada—, *que en los supuestos en los que, para determinar, a los efectos de la casación, la cuantía litigiosa sean posibles distintos criterios de interpretación, el Tribunal Supremo debe dar prevalencia a la interpretación más favorable para la viabilidad del recurso por imperativo*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

3. Por lo que se refiere al caso que nos ocupa, la Sala Primera del Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación por razón de la cuantía, de conformidad con lo dispuesto en la regla 2.ª del art. 1.710 de la LECiv, en relación con los arts. 1.697 y 1.687 de dicha Ley, razonando la inadmisión del recurso «por no cubrir la cuantía reclamada la legalmente establecida». Por contra, el examen de las actuaciones remitidas pone de manifiesto, tal como arguyen tanto la entidad recurrente como el Ministerio Fiscal, que la cuantía litigiosa superaba con creces el mínimo legalmente establecido (3.000.000 de pesetas: art. 1.687 de la LECiv) pues, aunque la cantidad inicialmente demandada por la entidad hoy recurrente era de 2.500.000 pesetas, la demanda reconvencional formulada en su contra por la parte demandada ascendía a 7.166.290 pesetas, y el importe de la condena fijado en la sentencia de apelación, como consecuencia de la estimación parcial de la demanda reconvencional, era de 4.566.523 pesetas.

Por ello auto del Tribunal Supremo ahora impugnado, que cierra el acceso al recurso de casación por entender que la cuantía litigiosa era inferior a la legalmente exigida, es contrario al derecho a obtener la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la CE. En efecto, en primer término, dicho auto carece de la necesaria motivación, pues la sola cita de los preceptos de la LECiv que apoyan la inadmisión del recurso no puede integrar la exigencia constitucional de motivación que el art. 24.1 de la CE impone, dado que nada se dice, ni sobre los criterios a través de los cuales pueda inferirse que no se alcanza la suma de gravamen, ni siquiera acerca de cuál es la cuantía que, para el Tribunal Supremo, tenía el pleito. En segundo término, si la demanda de reconvención formulada contra la hoy recurrente de amparo era por cuantía de 7.166.290 pesetas, y la condena fijada en la sentencia recurrida, en virtud de la demanda reconvencional, era de 4.566.523 pesetas, como antes se dijo, la afirmación del Tribunal Supremo de que el recurso no cubría la cuantía legalmente establecida para la casación ha sido consecuencia de una determinación de la cuantía, no razonada ni explicada, por lo que ha de concluirse que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al haberse inadmitido el recurso de casación en virtud de una decisión que aun cuando aparece formalmente motivada, adolece de un manifiesto error. En este sentido, tal y como hemos tenido recientemente ocasión de declarar en la STC de esta Sala Primera, de 8 de abril de 1992 (RTC 1992, 55), el hecho de que la condena de la entidad recurrente haya sido consecuencia de la estimación de la demanda reconvencional formulada en su contra, ninguna relevancia o incidencia puede tener en el régimen del recurso de casación, puesto que la reconvención tiene la consideración de una nueva pretensión que se acumula por el demandado a un proceso en curso o, lo que es lo mismo, una demanda nueva, que

se valorará por separado (art. 489, regla 17, de la LECiv), aunque se tramite en el mismo juicio de la demanda principal, y, de otra, el recurso de casación inadmitido se había interpuesto únicamente contra la condena derivada de la reconvención, no respecto de la demanda inicial de la recurrente que había sido parcialmente estimada, tanto en primera, como en segunda instancia.

NO VULNERA EL DERECHO A TUTELA JUDICIAL EFECTIVA QUE LA AUDIENCIA RESUELVA SOBRE EL FONDO TRAS NO APRECIAR LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA TERRITORIAL ESTIMADA POR LA INSTANCIA.

STS (Sala 1.ª), 13 mayo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El primer motivo del presente recurso de casación, amparado en el núm. 3.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, «violando, se dice, el art. 359 de la misma Ley Procesal Civil y la doctrina jurisprudencial sobre prohibición de la reformatio in peius» contenido en las sentencias que cita a continuación; tal infracción consiste, según la parte recurrente, en que, estimada por el Juzgado de Primera Instancia la excepción de incompetencia por razón del territorio lo que determinó que dictase una sentencia absolutoria en la instancia sin entrar en el fondo del asunto, y apelada tal sentencia por la actora hoy recurrente en casación, el Tribunal de apelación no se limitó, al estimar la apelación, a declarar la incorrecta estimación por el Juzgado de dicha excepción, sino que entró a conocer del fondo del asunto, excediéndose de los límites de la apelación. Es doctrina de esta Sala la de que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, aun concibiendo *el recurso de apelación* como simple revisión del procedimiento primitivo anterior, sin posibilidad de reiteración en todos sus trámites *permite,* sin embargo, *al Tribunal «ad quem» conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito* y consiguientemente si la parte actora ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y no ha concretado cuáles eran las pretensiones que excluía de tal recurso, resulta evidente que la Audiencia pudo valorar íntegramente el proceso en cuanto a todas las pretensiones que en él se habían actuado por dicha demandante —S. 6-7-1962 (RJ 1962, 3119)—, *pues cuando la apelación se formula sin limitaciones somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio, dentro de los límites de la obligada congruencia* —S. 23-3-1963 (RJ 1963, 1845)—; en el mismo sentido, la S. 12-6-1989 (RJ 1989, 4423) dice que «mediante el recurso de apelación, dada su naturaleza

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de recurso ordinario, el órgano de segundo grado adquiere plena competencia, con idénticos poder y amplitud de conocimiento, para conocer y resolver todas las pretensiones de las partes (sin más límite que el impuesto por el principio prohibitivo de la «reformatio in peius», que aquí no entra en juego), *por lo que si se entiende que ha de ser desestimada la única excepción procesal que llevó al órgano de primer grado a dictar una sentencia absolutoria, tiene no ya la facultad, sino el deber de entrar a conocer y resolver sobre el fondo de la cuestión litigiosa,* como así lo imponen los principios ordenadores de la segunda instancia, según ya tiene declarado esta Sala en caso similar al presente —S. 22-6-1983 (RJ 1983, 3650)—» doctrina que se reitera en S. 11-7-1990 (RJ 1990, 5853) al decir que «formulado por el actor recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que se abstuvo de conocer del fondo del asunto, por apreciar la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, y no constatado que en el escrito en que se promovió tal recurso se excluyera materia alguna del conocimiento del Tribunal de Apelación, obvio es que éste, en uso de las facultades que las normas de procedimiento le concedían, tenía la facultad y aun la obligación de conocer plenamente de cuantas cuestiones se hallaban planteadas en la litis, resolviendo según su criterio, dentro de los límites del principio de congruencia, y pudiendo, por ende, valorar cuantas probanzas se habían practicado ante el órgano de primera instancia, sin que ello pudiese provocar indefensión, máxime que el aludido actor estuvo personado en primera instancia, cuando las mismas se llevaron a cabo y pudo dejar constancia en la segunda instancia de cuanto entendía que podía favorecer a su derecho». Doctrina la expuesta que lleva necesariamente a la desestimación del motivo ya que no se ha producido agravamiento alguno de la sentencia apelada por virtud de la dictada en segunda instancia, habiendo ejercitado el Tribunal de Apelación sus facultades revisoras dentro de los límites que las normas procesales señalan a ese recurso; de lo dicho se desprende, igualmente, el rechazo del segundo motivo en que se alega infracción del art. 24-1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), ya que *no se ha privado a la actora aquí recurrente del derecho al doble enjuiciamiento de la cuestión litigiosa y, por tanto, no se ha vulnerado su derecho constitucional a obtener una tutela judicial efectiva.*

LA EXIGENCIA DE CONSIGNACIÓN PARA RECURRIR EN EL JUICIO VERBAL DEL AUTOMÓVIL (D.A. 4.ª LO 3/1989) NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

STC (Pleno) 84/92, de 28 de mayo

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La Disposición adicional primera, apartado 4.º, de la Ley Orgánica 3/1989 dispone que para interponer recurso de apelación contra la resolución que ponga fin a los procesos a que se refiere la presente disposición (procesos verbales civiles relativos a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos de motor), el condenado al pago de la indemnización deberá acreditar haber constituido depósito en el establecimiento destinado al efecto del importe de la condena que se hubiere impuesto, incrementado con los intereses y recargos exigibles.

A juicio de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia dicha norma puede resultar contraria al principio de igualdad, consagrado en el art. 14 de la Constitución, en cuanto sólo el condenado solvente gozaría de la garantía de la doble instancia; mientras que, por el contrario, el insolvente se vería privado de cualquier recurso y quedaría vinculado a una condena que pudiera no ser ajustada a derecho. Además, añade, la finalidad de la norma, de evitar recursos inmotivados y meramente dilatorios, puede ser obtenido perfectamente mediante la solicitud de ejecución provisional a que se refiere la Disposición adicional segunda de dicha Ley Orgánica y el art. 385 de la L.E.C.

2. El art. 14 C.E., que consagra el principio de igualdad ante la Ley, prohíbe la discriminación, entre otras causas, por cualquier condición o circunstancia personal o social. Pero como ya ha declarado este Tribunal en numerosas ocasiones anteriores, tal precepto no constitucionaliza un principio de igualdad en términos tan absolutos que impida tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal ni, mucho menos, que excluya la necesidad del establecimiento de un tratamiento desigual para supuestos de hecho que, en sí mismos, son desiguales y que tengan como misión contribuir precisamente al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya que, en tales casos, el régimen jurídico diferenciado vendría exigido por el propio principio de igualdad y sería un instrumento ineludible para su efectividad.

En supuestos análogos, al abordar el tema de las consignaciones en vía laboral para recurrir en suplicación y casación, este Tribunal ha tenido ocasión de declarar (SSTC 3/1983, 14/1983, 46/1983, 78/1983, 109/1983, 114/1983, 20/1984, 46/1984 y 16/1986) que la exigencia de consignación tiende a asegurar la posterior ejecución de la Sentencia, si es confirmada, evitando la eventual desaparición de medios económicos para pagar lo debido, así como tratar de que no

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

recaiga sobre el trabajador el peligro de la mora y el desplazamiento temporal del cobro, permitiendo a éste evitar la prohibida renuncia de sus derechos. «Desde el momento en que la diferencia de tratamiento en relación con la consignación se vincula a la finalidad compensadora del ordenamiento laboral, no constituye vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 C.E.» (STC 3/1983, fundamento jurídico 3.º *in fine*).

Asimismo, en materia de arrendamientos urbanos, otro sector en que el legislador ha sometido la viabilidad procesal del recurso de apelación a la acreditación de haber abonado las rentas vencidas al tiempo de la interposición del mismo o el haberlas consignado por parte del arrendatario vencido en primera instancia (arts. 1.566 y 1.567 de la L.E.C. y 148.2 de la L.A.U.), el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la cuestión (SSTC 59/1984, 29/1985, 90/1986, 113/1986, 46/1989 y 31/1992). La doctrina sentada en estas resoluciones viene a precisar que la exigencia de consignar las rentas para recurrir tiene la finalidad de asegurar los intereses del arrendador que ha recibido una Sentencia favorable, evitando que el proceso arrendaticio sea instrumentalizado por el locatario como una maniobra dilatoria en claro perjuicio del arrendador y de sus legítimos intereses a un pronto lanzamiento.

En consecuencia, la exigencia de consignación para recurrir, tanto en el proceso laboral, como en materia arrendaticia constituyen situaciones materiales de desigualdad o diferenciaciones que gozan de una justificación objetiva y razonable, que las adecuan plenamente a las exigencias del art. 14 C.E.

3. De la anterior doctrina de este Tribunal claramente se infiere que no toda desigualdad infringe el art. 14 C.E., por lo que se hace necesario precisar si, en el caso ahora considerado, la desigualdad carece de aquella justificación o, dicho en otros términos, hemos de comprobar si la finalidad perseguida por la Disposición adicional primera, apartado 4.º, de la Ley Orgánica 3/1989 legitima y se erige en una causa de justificación suficiente de cualquier hipotética limitación al principio de igualdad.

La finalidad del precepto legal, tal como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989, estriba en conseguir la agilización de los procesos civiles derivados de los daños y perjuicios ocasionados por vehículos a motor, tratando de evitar, en la medida de lo posible, el planteamiento de recursos infundados o meramente dilatorios que alarguen sin motivo el abono de las cantidades otorgadas en Sentencia en favor de quienes han sufrido las graves consecuencias de un accidente de tráfico, de manera que se disminuyan los efectos que en el tiempo ocasiona la tramitación de una segunda instancia sobre las indemnizaciones concedidas a los supuestos perjudicados. La necesidad de esta agilización es fruto de las actuales tendencias internacionales de protección a la víctima que, como la Declaración 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de la ONU o el Convenio Europeo 116 relativo a la indemnización de las víctimas de infracciones violentas, de 24 de

noviembre de 1983, instan a los Estados signatarios a la adopción de medidas tendentes a obtener una rápida reparación a las víctimas y a evitar demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o Sentencias que concedan indemnizaciones a los perjudicados.

Existe, pues, una justificación objetiva y razonable del precepto en cuanto que permite garantizar a la víctima de un accidente de circulación la percepción futura de la indemnización acordada a su favor, y la protege de recursos temerarios o meramente dilatorios que posterguen y perpetúen en el tiempo el perjuicio sufrido como consecuencia de los daños físicos o materiales derivados del accidente. De lo que se trata con la consignación previa es de proteger el derecho a una eficaz y rápida tutela del perjudicado, plasmada, tanto en la exigencia de garantizar a través del depósito el cobro puntual de la inemnización, como en proteger al mismo frente a recursos abusivos o dilatorios por parte del responsable civil, que podrían perpetuar en el tiempo el derecho de crédito de la víctima a ser resarcido, una vez que este derecho ha sido reconocido en una Sentencia de condena. Es precisamente ese derecho constitucional, el derecho a la tutela de la víctima, el que legitima al legislador a establecer la referida diferencia procesal de trato, y la que avala la exigencia del depósito para recurrir por ser dicha medida cautelar proporcionada al fin constitucional perseguido.

4. A los efectos anteriores, como bien afirma el Abogado del Estado, el art. 14 C.E. no faculta para exigir singularizaciones normativas o imponer discriminaciones de trato. Es decir, no existe un deber constitucional para que el legislador de la Ley Orgánica 3/1989 distinguiese expresamente entre condenados solventes e insolventes.

A este respecto es de considerar que en el fundamento jurídico 3.º de nuestra STC 9/1983 señalamos que «no existe diferencia de trato en la norma por el hecho de que los no pobres legalmente puedan encontrarse imposibilitados de constituir el depósito, por las circunstancias económicas en que se encuentren transitoriamente, pues la desigualdad se debe a ellos mismos. Por ello, el problema no es el de la desigualdad en la aplicación de la Ley entre unos y otros sujetos, sino el de la eventual imposibilidad extraordinaria de cumplimiento en debida forma del requisito legal, o lo que es igual, lo que se debe determinar no es en puridad si debe existir un trato diferenciado para personas que se encuentren en desiguales circunstancias, sino más sencillamente si la situación en que se encuentra el sujeto obliga a una inaplicación o aplicación matizada de la exigencia de la consignación».

Así, si el condenado al pago tiene reconocido en autos el beneficio de justicia gratuita nada impide que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 30.3 de la L.E.C., el órgano judicial le exima de la obligación de hacer el depósito necesario para la interposición del recurso. Es más, aun cuando el recurrente no hubiera obtenido el beneficio de justicia gratuita, pero pudiera encontrarse en una situa-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción de insolvencia provisional o de falta de liquidez, también es doctrina de este Tribunal —de conformidad con la exigencia de utilizar la alternativa menos gravosa al libre ejercicio de los derechos fundamentales— la de que puede ofrecerse a éste la posibilidad de eludir el depósito en metálico mediante la prestación de otras garantías que aseguren los fines de la caución, tales como el aval bancario, siempre que permitan la inmediata realización del ulterior derecho de crédito una vez que la Sentencia de condena sea firme (SSTC 9/1983, fundamento jurídico 4.º; 14/1983, fundamento jurídico 5.º; 46/1983, fundamento jurídico 8.º y 100/1983, fundamento jurídico 2.º, entre otras).

De todo lo hasta aquí expuesto, se deduce que la norma cuestionada en nada se opone al art. 14 C.E.

5. Nos resta por examinar la objeción que realiza la Audiencia proponente de la cuestión acerca de la innecesariedad de la disposición impugnada ante la existencia de la ejecución provisional de las Sentencias, a través de la cual puede alcanzarse la misma finalidad que la caución. La anterior objeción ha de decaer por varias razones: La primera, porque, como señala el Abogado del Estado, el depósito previo de la cantidad objeto de la condena evita acudir al proceso singular de ejecución sobre el patrimonio del condenado, pues es éste quien contribuye a afianzar la «liquidez» de la obligación; la segunda, porque, de conformidad con el párrafo 4.º del art. 385 de la L.E.C., le correspondería al apelado, esto es, al perjudicado por el accidente, la carga de satisfacer fianza o aval bancario para responder de los daños y perjuicios, lo que implicaría invertir el requisito y sobrecargar a la víctima con un gravamen añadido a los daños que ya ha sufrido en su esfera patrimonial o personal, lo que, en ocasiones, sí podrá producir la violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Tal posible violación no quedaría mitigada por la nueva redacción de la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/1989, que ha atenuado aquel rigor, porque, sin olvidar que bien puede suceder (como es el caso del proceso al que obedece la presente cuestión) que no exista «asegurador», en cuyo caso el perjudicado habrá de cubrir mediante su fianza el importe total de la indemnización, lo cierto es que la exención de fianza «se limitará a la parte de la condena de la que deba responder el asegurador», con lo que dicho gravamen adicional, aunque parcial, seguirá existiendo, sin que la ejecución provisional evite el planteamiento de recursos infundados y dilatorios.

En síntesis, la norma cuestionada es compatible con el principio de igualdad. Su concreción práctica, de manera que combine los fines legales a los hechos concretos de modo proporcional a los intereses en conflicto, es una cuestión que compete, en principio y en exclusiva, a los Jueces y Tribunales ordinarios, y no a esta sede constitucional.

LAS VISTAS ORALES DE LOS RECURSOS NO PUEDEN ACOGER DEBATES ABIERTOS.

STS (Sala 1.ª), 30 de mayo de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: El tercer motivo casacional, también aportado por la vía del núm. 3 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, refiere que en el acto de la vista oral del recurso de apelación no se dio posibilidad a la defensa letrada de los recurrentes en esta casación, para rebatir los argumentos expuestos por la contraparte, produciéndose situación de indefensión e infracción del art. 24.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875).

Lo expuesto no resulta determinante de la infracción denunciada. Las vistas orales de los recursos no pueden entenderse como instrumentos procesales plenamente abiertos, para acoger debates orales con las sucesivas réplicas y contrarréplicas. Su ordenación la determinan los arts. 330 y 334 en relación al 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —preceptos que no citan los recurrentes—, y en ningún caso consta se hubiera instado la subsanación de lo alegado, lo expuesto no puede causar indefensión, cuando el pleito se encuentra perfectamente definido en su proyección de postulación-actora y oposición. La sentencia atacada resolvió el litigio no utilizando argumentos distintos de los aportados y debatidos y, como expresa el motivo, se permitió en la vista oral que se censura, segundas intervenciones a los litigantes comparecientes, lo que produce que este argumento casacional haya de rechazarse.

LA EXIGENCIA DE RECIBO COMO ÚNICO MEDIO PARA ACREDITAR EL PAGO DE LAS RENTAS (ART. 148.2 LAU Y ART. 1.566 LEC) NO CONVIERTE A ESTE MEDIO DE PRUEBA EN REQUISITO ESENCIAL PARA EL ACCESO AL RECURSO.

STC (Sala 2.ª) 87/1992, de 8 de junio

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. La segunda infracción constitucional aducida es la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la C.E., en su vertiente de derecho a acceder al sistema de recursos, como consecuencia de la decisión de la Audiencia Provincial de tener por mal admitido el recurso de apelación y declarar la firmeza de la resolución recurrida, por no haber cumplido el demandante de amparo el requisito establecido en el art. 148.2 de la L.A.U., que exige al inquilino o arrendatario, para que puedan usar de los recursos que les reconoce la propia Ley, acreditar el pago de las rentas vencidas o consignarlas judicialmente cuando el proceso lleve aparejado

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el lanzamiento, al estimar la Audiencia que los resguardos aportados por el recurrente de los giros postales remitidos al arrendador carecían de virtualidad a los efectos de acreditar el pago de las rentas vencidas.

Cuestiones semejantes a ésta ya han sido planteadas y abordadas por este Tribunal en numerosas resoluciones, que conforman un cuerpo jurisprudencial consolidado, entre cuyas expresiones últimas cabe mencionar las SSTC 46/1989, 49/1989, 62/1989, 121/1990, 31/1992 y 51/1992. En las citadas Sentencias, partiendo de la doctrina de que el acceso a los recursos forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el art. 24.1 de la C.E., el cual no padece si se obtiene una resolución de inadmisión del recurso por incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos (SSTC 37/1982, 19/1983, 68/1983, 59/1988 y 36/1989), se ha sentado que, a la hora de interpretar y aplicar tales requisitos, los Tribunales están obligados a hacerlo en el sentido más favorable a la efectividad de este derecho, evitando formalismos contrarios al espíritu y finalidad de la norma y la conversión de cualquier irregularidad en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, de modo que al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales, los órganos judiciales están obligados a ponderar la entidad real del vicio advertido, en relación con la sanción del cierre del proceso y, además, a permitir en la medida de lo posible su subsanación. Más concretamente, por lo que se refiere a la necesidad de acreditar el pago o consignar las rentas vencidas para la válida interposición y sustanciación de los recursos planteados en los procesos arrendaticios, según exigen tanto la L.A.U. (art. 148.2) como la L.E.C. (art. 1.566), este Tribunal, en las citadas resoluciones, ha considerado justificadas dichas exigencias legales por su objeto consistente en evitar que el arrendatario se valga del pleito para dejar de satisfacer la renta durante la tramitación del mismo (por todas, STC 104/1984), pero también ha manifestado que debe prevalecer una interpretación finalista o teleológica de dichas normas que tenga presente el sentido de las formas en el proceso y no convierta en obstáculo insalvable el incumplimiento involuntario y no malicioso de requisitos formales, siempre y cuando tales omisiones no impidan la buena marcha del proceso ni afecten a la finalidad perseguida por el legislador, que es la de asegurar los intereses del arrendador que ha obtenido una Sentencia favorable, evitando que el proceso arrendaticio —y el derecho del arrendatario a acceder al sistema de recursos legalmente establecidos— sea instrumentalizado como una maniobra dilatoria en claro perjuicio de la contraparte (SSTC 46/1989, 31/1992 y 51/1992).

En este sentido, y según la referida doctrina de este Tribunal, aunque el tenor literal del art. 148.2 de la L.A.U., y lo mismo habría que decir del art. 1.566 de la L.E.C., permite una interpretación automática y rigurosa que lleve a considerar inescindibles la exigencia del pago o consignación de las rentas y la simple acreditación, una

interpretación teleológica y finalista de tales normas en el sentido antes apuntado obliga a distinguir entre el hecho del pago o consignación previa al recurso y la acreditación de ese pago o consignación (SSTC 46/1989, 49/1989, 62/1989, 121/1989, 31/1992 y 51/1992). En efecto, el hecho mismo del pago o consignación de las rentas vencidas previo a la interposición del recurso no constituye un mero requisito formal, sino que, en la medida en que viene a cumplir una finalidad cautelar y de legítima salvaguarda de los derechos del arrendador, se configura, por tanto, según lo previsto en el art. 148.2 de la L.A.U. y como manifestó este Tribunal en las Sentencias dictadas, como un requisito esencial para el acceso a recurso, de modo que la exigencia, para la admisibilidad del recurso y la emisión de una resolución sobre el fondo del mismo, de que efectivamente ese pago o consignación se haya efectuado, no resulta un formalismo desproporcionado, sino una vía razonable y adecuada para garantizar los intereses del arrendador (STC 51/1992). Pero una cosa es la realización del pago y otra la prueba de que éste se ha hecho, pues el modo de probarlo constituye un simple requisito formal cuyos eventuales defectos son susceptibles de subsanación (SSTC 120/1990 y 51/1992).

4. Hemos de examinar pues, a la luz de la doctrina constitucional expuesta, si en el presente supuesto la decisión de la Audiencia Provincial de tener por mal admitido el recurso de apelación y declarar la firmeza de la Sentencia apelada ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.). A tal efecto, dos datos es necesario destacar a la vista de las actuaciones judiciales. De un lado, que el arrendatario y ahora demandante de amparo al contestar a la demanda alegó expresamente que el arrendador había rehusado, desde antes del inicio del proceso, recibir la renta contractual, por lo que se vio precisado a enviársela por giros postales, adjuntando los resguardos a su escrito de contestación a la demanda, y, al interponer el recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de Distrito, compareció ante el Juzgado para entregar los resguardos de los giros postales efectuados con posterioridad a los efectos de acreditar el pago de las rentas vencidas, siendo admitido el recurso de apelación por el Juzgado sin oposición de la parte actora. De otro lado, durante la tramitación del recurso, y por haber rechazado el arrendador como forma de pago de la renta el giro postal, el demandante de amparo efectuó con regularidad la consignación, bien ante el Juzgado, bien ante la Sala de la Audiencia, del importe correspondiente a las rentas de las mensualidades vencidas, sin que en ningún momento por la Sala se cuestionara el pago de las mensualidades vencidas y no consignadas o la acreditación de ese pago, hasta que, celebrada la vista del recurso, dicta Sentencia, por la que sin entrar en el fondo de la cuestión litigiosa, tiene por mal admitido el recurso y declara la firmeza de la Sentencia apelada al estimar que los resguardos de los giros postales aportados por el demandante carecen de virtualidad a los efectos del art. 148.2 de la L.A.U.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Es evidente, por tanto, que la Sentencia ahora impugnada declaró mal admitido el recurso de apelación, no por falta de pago de las rentas vencidas y no consignadas, sino por considerar no debidamente acreditado el pago de las mismas, ya que, según el criterio de la Sala, los resguardos de giro postal que el demandante de amparo aportó al proceso no eran virtuales a los efectos del art. 148.2 de la L.A.U. Pues bien, con independencia de que el citado precepto de la Ley arrendaticia, único que se cita en la Sentencia recurrida, no limita los medios de prueba a fin de acreditar tener satisfechas las rentas vencidas al momento de interponer el recurso, sino que es el art. 1.566 de la L.E.C., en su párrafo tercero, quien establece esa limitación, al disponer que «el pago de las rentas se acreditará con el recibo del propietario o de su administrador o representante», la exigencia de este recibo como único modo de acreditar el pago no convierte a este medio de prueba en un requisito esencial para el acceso al recurso, ya que, conforme a la doctrina constitucional antes expuesta, la acreditación del pago o consignación es un simple requisito formal, cuya omisión o defectuoso cumplimiento debe permitir el Juez que sean subsanados. En consecuencia, si la Audiencia consideró que los resguardos de giros postales aportados por el demandante de amparo no acreditaban el hecho del pago, tal insuficiente acreditación, en cuanto defecto subsanable, debió determinar que el órgano judicial, en aplicación de la doctrina referida de este Tribunal, abriera un trámite de subsanación a fin de que aquél pudiera probar que en el momento de interponer el recurso se hallaba al corriente en el pago de las rentas vencidas, y no, como hizo, sancionar tal irregularidad formal con la sanción desproporcionada del cierre del recurso. Una interpretación *secundum Constitutionen* del art. 1.566 de la L.E.C., así lo exige, pues, de otro modo, la negativa del arrendador, su administrador o representante a dar recibo de las rentas pagadas impediría el acceso al recurso u obligaría para ello a una consignación que duplicaría lo ya pagado. Es por ello, también, por lo que la previsión del párrafo primero del art. 1.567 de la L.E.C. ha de entenderse referida al cumplimiento de los requisitos esenciales para el acceso al recurso, esto es, al hecho mismo del pago o consignación de las rentas vencidas, pero no a la acreditación de ese pago o consignación, cuya omisión o defectuoso cumplimiento son subsanables.

Resulta indudable, por tanto, que la decisión de la Audiencia Provincial de tener por mal admitido el recurso de apelación y declarar, en consecuencia, la firmeza de la Sentencia apelada por considerar que no había sido debidamente acreditado el pago de las mensualidades vencidas, sin haber dado al demandante de amparo la oportunidad de subsanar el cumplimiento del citado requisito formal, ha de estimarse contraria al derecho fundamental que según el art. 24.1 de la C.E. asiste al recurrente en amparo a obtener la tutela judicial efectiva, al responder a una interpretación excesivamente formalista y rigurosa de los arts. 148.2 de la L.A.U.

y 1.566 de la L.E.C. y no, a la luz de la Constitución, a la que favoreciera el ejercicio del mencionado derecho fundamental en su vertiente de acceso al sistema de recursos y, concretamente, al recurso de apelación. Finalmente, hemos de señalar que, a diferencia del supuesto contemplado en la STC 104/1984, citada en la Sentencia de la Audiencia Provincial para fundamentar su decisión, en el presente caso, lo que no aconteció entonces, el arrendatario y aquí demandante de amparo consignó bien ante el Juzgado o bien ante la Sala de la Audiencia la renta correspondiente a las mensualidades que el arrendador se negó a aceptar por giro postal, así como que en la Sentencia ahora impugnada no se ofrece razonamiento alguno por parte de la Audiencia sobre la insuficiencia de los resguardos de los giros postales como medio para acreditar el pago de las rentas vencidas, razonamiento que, por el contrario, sí ofreció el órgano jurisdiccional en la resolución judicial impugnada en el recurso de amparo objeto de la STC 104/1984.

VII. EJECUCION

La liquidez como requisito del título ejecutivo: Tratamiento procesal de la prueba en el supuesto del art. 1.435, P.º 4 LEC (pacto de liquidez). No merece la calificación de prueba privilegiada.

STC 10 febrero 1992

Fundamentos Jurídicos

1. El precepto cuestionado en el presente proceso constitucional, que se contiene en el artículo 1.435, párrafo cuarto, primera frase, según la redacción introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), establece lo siguiente:

> «Si en los contratos mercantiles otorgados por Entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6 del artículo 1.429 de esta Ley se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la (...).

B) Como puede advertirse, la finalidad perseguida por el párrafo cuarto del artículo 1.435 LEC, dentro del contexto normativo en que se regula el juicio ejecutivo y que sucintamente se acaba de describir, consiste en resolver el problema que plantean aquellos contratos mercantiles que, habiendo sido documentados en una forma que les permitiría obtener legalmente fuerza ejecutiva (ya en escritura pública, ya en póliza firmada por las partes e intervenida por un fedatario mercantil, con arreglo al art. 1.429.6.º LEC), las obliga-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ciones que de ellos dimanan tienen, sin embargo, un contenido que les impide desplegarla por falta de liquidez. El problema se resuelve mediante un singular procedimiento de determinación de la cantidad líquida o exigible que permite la ejecución de los títulos en que se documentan tales contratos mercantiles de préstamo con apertura de cuenta corriente al deudor. Los órganos judiciales que han promovido el presente proceso de inconstitucionalidad entienden que el precepto legal cuestionado podría ser contrario a los artículos 14, 24 y 51 de la Constitución, por los motivos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia. Ningún reparo oponen, en cambio, al citado artículo 1.429.6.º, del que en directa relación trae causa el precepto cuya constitucionalidad se discute.

2. Nada habrá de decirse aquí sobre la utilidad que tales modalidades de apertura de crédito en cuenta corriente ofrecen en el tráfico mercantil ni sobre las ventajas financieras y de disponibilidad que suponen para los comerciantes y clientes en general de las Entidades financieras. Y tampoco es tarea de este Tribunal censurar o combatir los posibles abusos o irregularidades que en la ejecución de tales contratos puedan eventualmente cometer las citadas Entidades en su condición de acreedoras. Pero sí debemos afirmar desde un principio que el llamado pacto de liquidez que se contempla en el artículo 1.435 LEC no determina en modo alguno las desmesuradas consecuencias probatorias que dan por supuestas los órganos judiciales que cuestionan su constitucionalidad. Su párrafo cuarto no dispone que la certificación expedida por la Entidad acreedora, en la que se especifica la cantidad exigible de acuerdo con el saldo que aparezca en la cuenta abierta al deudor, sea tenida por verdadera, sino que se limita a declarar que la cantidad exigible, una vez expecificada por la Entidad acreedora en la forma pactada en el título ejecutivo, «se tendrá por líquida». Que la Ley establezca que la cantidad reclamada es líquida para poder despachar la ejecución no significa que presuma que es cierta o verdadera, puesto que, como ya tuvimos ocasión de señalar en el ATC 541/1984, tanto en el juicio ejecutivo como en el juicio ordinario que a éste pueda suceder todas las pruebas documentales dimanantes de cualquiera de los sujetos del proceso tienen igual fuerza y no hay ninguna que merezca la calificación de prueba privilegiada.

Existe en este punto una evidente diferencia entre el precepto legal y su antecedente normativo, la Orden ministerial de 21 de abril de 1950, a la que aluden todos los partícipes en este proceso constitucional. Esta Orden, que extendió a la banca privada el privilegio otorgado dos años antes al Banco de España, contenía dos normas netamente diferentes. El actual artículo 1.435 LEC es heredero directo de la incluida en el artículo 2.º de la Orden de 1950; pero no recoge la norma de su artículo 1.º, que era la que permitía que se pactase que la determinación del saldo del crédito, por parte de la entidad acreedora, «hará fe en juicio y surtirá todos los efectos legales pertinentes, y a ella se someterán el deudor, los fiadores y los avalistas, si los hubiere».

En claro contraste con dicho precepto, nada hay en el precepto legal aquí cuestionado que excepcione la aplicación de las reglas generales sobre prueba de las obligaciones, incluidas las que reparten la carga de la prueba a partir del artículo 1.214 del Código Civil, o las que especifican el valor y fuerza probatorias que despliegan los documentos privados, tanto en general (art. 1.228 del Código Civil), como en relación con los libros y documentos contables de los empresarios (regulado antes por el art. 47 y concordantes del Código de Comercio, y en la actualidad por su art. 31 y concordantes, según la redacción de la Ley 19/1989, de 25 de julio). No cabe, por tanto, compartir la opinión, expresada en varios de los autos judiciales, de que el artículo 1.435 LEC viene a exigir al demandado una prueba imposible o diabólica, lo que, si así fuera, ciertamente le causaría indefensión por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (SSTC 4/1982, fundamento jurídico 5.º; 95/1991, fundamento jurídico 3.º, y 227/1991, *in toto*).

3. Es bien cierto que, como señalan los juzgadores civiles, la certificación emitida por la entidad financiera expresará el saldo que presente la cuenta el día en que haya sido cerrada, tras cancelar el crédito y resolver el contrato por considerarlo incumplido por parte del cliente. Dicho saldo resultará de una serie de operaciones matemáticas, efectuadas por la entidad de acuerdo con los datos que figuren en las partidas del «debe» y del «haber» de su propia contabilidad. Tales asientos contables reflejan las variaciones patrimoniales experimentadas por la entidad como consecuencia de operaciones sucesivas. Algunas de tales operaciones habrán sido realizadas por ella misma, como las entregas de dinero al cliente o a quien éste haya designado; mediante cheques, letras de cambio u otros documentos mercantiles, o también, el cargo o abono de los intereses por ella calculados en contra o a favor del titular de la cuenta corriente. Otras operaciones, aunque reflejadas en la contabilidad de la entidad de crédito, habrán sido llevadas a cabo por el cliente: señaladamente, la entrega de sumas de dinero u otros medios de pago para la amortización de las cantidades prestadas o el abono de los correspondientes intereses. Todas estas operaciones serán formalizadas en una pluralidad de documentos, distintos a los libros de contabilidad, por lo que en caso de controversia sobre la realidad, fecha, cuantía, o cualquier otro extremo relevante de las operaciones entrelazadas en la cuenta corriente, son susceptibles de prueba sin dificultades especiales. Prueba cuya carga recaerá, ora sobre la entidad financiera acreedora, otra sobre su cliente, de conformidad con las reglas comunes, las cuales, como admite expresamente el Abogado del Estado, hacen que incumba a aquélla la acreditación de los hechos constitutivos de su pretensión, cuyos antecedentes documentales y demás elementos probatorios obran en su poder, y al demandado la de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la obligación (art. 1.214 del Código Civil; STC 227/1991, fundamentos jurídicos 3.º y 5.º).

El párrafo cuarto del artículo 1.435 LEC no restringe la potestad judicial para recibir el pleito a prueba. Por el contrario, el artículo 1.469 de la propia Ley procesal fuerza a abrir período probatorio cuando cualquiera de las partes del juicio ejecutivo lo pidiera, coartando así, en favor de las posibilidades probatorias de demandante y demandado, las facultades ordinarias del Juez para acordar lo que proceda (art. 550 LEC). La norma cuestionada tampoco merma las facultades del Juez para valorar las pruebas practicadas, ni para apreciar a quién se le siguen las consecuencias desfavorables de no levantar la carga de probar lo que le incumbe. Tal y como afirma con razón el Abogado del Estado, si el cliente de la entidad niega con un mínimo de seriedad o verisimilitud la cuantía de la suma reclamada o incluso la existencia o la exigibilidad de la deuda, ni el artículo 1.435 ni ningún otro precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil obligan al juzgador a dar por probada la deuda reclamada por la entidad acreedora. Como declaramos en la STC 118/1989, el Juez deberá adoptar en Sentencia alguno de los fallos reseñados en el artículo 1.473 LEC, pero habrá de hacerlo con arreglo a los hechos que estime hayan quedado probados. De este modo, el Juez podrá fallar que siga la ejecución adelante, en los términos solicitados por el acreedor, si la oposición formulada por el deudor careciera de verosimilitud o si la entidad acreedora hubiera ofrecido una prueba suficiente de los hechos determinantes de su reclamación; pudiendo liberar del pago de las costas al demandado si la entidad de crédito hubiera incurrido en plus de petición, como dispone el artículo 1.474, párrafo primero, LEC, cuya dicción no permite entender alteradas las reglas generales sobre carga de la prueba. Por el contrario, si el Juez estima que la existencia de la deuda o su cuantía exacta no han quedado acreditadas, puede fallar que no ha lugar a pronunciar Sentencia de remate o bien declarar, en su caso, la nulidad de juicio, con las distintas consecuencias en materia de costas previstas por el artículo 1.474 LEC.

En consecuencia, la norma cuestionada no consagra un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito, que contraríe el artículo 14 de la Constitución, pues no invierte la carga de la prueba, ni otorga a la contabilidad de las mismas el carácter de documentos públicos. Y tampoco priva al deudor de un proceso con todas las garantías probatorias, ni lo sume en indefensión por exigirle una pretendida prueba diabólica o imposible, lo que, si ocurriera, sería sin duda contrario a los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la Constitución.

4. Las afirmaciones anteriores descansan sobre la hipótesis de que el demandado se persone en el procedimiento y formule oposición, pues si así no fuera los autos son traídos sin más trámite a la vista del Juez para Sentencia, y por consiguiente, sin recibir el proceso a prueba (arts. 1.462 y 1.463, *in fine*). Sobre esta posibilidad hacen hincapié varios de los autos judiciales que resaltan tanto la indefensión del demandado en esta circunstancia como el cierre jurisprudencial del posterior juicio declarativo que permite el artículo 1.479 LEC.

Desde la estricta perspectiva de la prueba en que ahora nos encontramos, la ausencia del deudor en el proceso, o su silencio, obliga a efectuar dos reflexiones sucesivas. Con carácter general, hay que decir, en primer término, que los principios que rigen esta situación no se apartan de los que son regla en los demás procesos, cuando en ellos se controvierten derechos disponibles por sus titulares, la dejación o el silencio por parte de éstos justifica que se produzcan consecuencias en el orden probatorio, las cuales pueden ser dispuestas directamente por la Ley bajo forma de *ficta confessio* (por ejemplo: art. 593 LEC; art. 1.236 CC; arts. 88.2, 83 y 87.1 LPL) o bien ser deducidas por el juzgador, primero cuando aprecia cuáles son los hechos controvertidos y cuáles, por el contrario, son aceptados por las partes, y luego cuando, al determinar los hechos probados, valora de acuerdo con la sana crítica las pruebas practicadas. En los juicios declarativos ordinarios, la rebeldía del demandado civil no impide su desarrollo, ni su culminación mediante la correspondiente Sentencia (SSTC 184/1989 y 43/1986).

Los Juzgados de Sevilla anotan, sin embargo, que en los mencionados procesos ordinarios dicha Sentencia puede ser estimatoria o desestimatoria según que el demandante haya acreditado o no efectivamente los hechos constitutivos de su derecho. Es ello cierto, pero no puede olvidarse que en tales supuestos la declaración surtirá siempre efectos de cosa juzgada, sólo susceptibles de rescisión si concurriere alguna causa que justificara la audiencia al rebelde o la revisión de la Sentencia. Por el contrario, las Sentencias de remate dictadas en el juicio ejecutivo «no producirán la excepción de cosa juzgada» (art. 1.479 LEC) y, en consecuencia, no impiden que en un posterior juicio declarativo puedan realizarse con plenitud pruebas sobre los hechos que no hubieran quedado probados en el juicio ejecutivo. Ello ofrece una justificación suficiente para que la Ley permita que el Juez falle favorablemente una demanda en la que se formulan pretensiones con apariencia de buen derecho, cuando el demandado no se toma siquiera la molestia de comparecer y de oponerse a aquélla. La veracidad de los hechos que no es controvertida por aquel a quien perjudican, atinentes a derechos sobre los que ostenta poder de disposición, no hay razón para que sea puesta en duda por los órganos jurisdiccionales al dispensar la tutela judicial que el artículo 24 de la Constitución exige.

Donde estriba el peligro que los órganos judiciales han advertido es, obviamente, en la brevedad del plazo que la regulación vigente del juicio ejecutivo prevé para la personación del deudor —tres días, como regla general— y en la posibilidad de que la citación se lleve a cabo por edictos. Estos dos aspectos problemáticos, pero colaterales al precepto cuya

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

constitucionalidad está aquí cuestionada, se entreveran con los que, referidos *stricto sensu* al objeto de este proceso, se analizarán más adelante desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías. Baste por ello ahora con concluir que la norma legal cuestionada no surte por sí sola efecto probatorio alguno, por lo que mal puede invertir las reglas que distribuyen la carga de la prueba entre las entidades de crédito y sus clientes, ni exigir de éstos la prueba de hechos negativos, ni sumirlos en indefensión por la brevedad del plazo de prueba, cuya preclusión sin que se hayan propuesto o practicado las pruebas precisas para acreditar los hechos litigiosos redundará en perjuicio de la parte ejecutada o de la ejecutante, según proceda.

Nuestro juicio de constitucionalidad ha de ceñirse, pues, al efecto propio del precepto: permitir a los bancos y otras entidades financieras que realicen sus créditos a través del juicio ejecutivo. Efecto no otorgado cuando se esgrime un título ejecutivo sin que en el mismo se exprese la cantidad exacta reclamada, obstáculo éste que el artículo 1.435 salva al autorizar que se pacte en el contrato que las certificaciones emitidas por dichas entidades de los saldos de las cuentas corrientes de sus deudores den lugar a la cantidad líquida exigible.

NO ES SUSCEPTIBLE DE CASACIÓN EL AUTO DE LA AUDIENCIA QUE EXPIDE MANDAMIENTO GENÉRICO DE CANCELACIÓN DE CARGAS NO PREFERENTES.

STS (Sala 1.ª), 14 mayo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Como se decía en los antecedentes, en el único motivo del recurso se denuncian como infringidas las siguientes normas: art. 44, en relación con el 42 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 342, 886 y NDL 18732), asimismo como el art. 133, 2.º, del mismo Cuerpo legal, art. 1.923 del Código Civil, y arts. 175, núm. 2.º, y 233 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476, 642 y NDL 18733). En síntesis, la argumentación de la parte recurrente se centra y concreta en las consideraciones que se exponen a continuación: —Los Autos dictados por el Juzgado y la Audiencia de fechas respectivas 31-7-1986 y 17-5-1988, interpretan de forma contradictoria la regla 2.ª del art. 175 del Reglamento Hipotecario, y ello surge por la diferenciación que el Juzgado hace entre el concepto de rango registral, como elemento formal, y la preferencia de los créditos anotados, de naturaleza sustantiva, diferenciación que es olvidada por el Tribunal de apelación, con lo cual, hay que pensar identificar el orden cronológico de anotación, rango registral, con preferencia de crédito anotado, privilegio, olvidando la constante doctrina del Tribunal Supremo, a cuyo tenor la naturaleza y preferencia de los créditos no se ve afectada por las anotaciones preventivas que, como medida de seguridad, pueda acordarse en la

ejecución de alguno o de todos aquéllos—. —Tan dispar interpretación del mismo artículo obliga a estudiar la totalidad de las normas que inciden, para determinar si existen o no créditos preferentes, cuáles son éstos y la autoridad que debe declarar esta preferencia—. —En el presente supuesto concurren diversos créditos de naturaleza hipotecaria con otros de diversa naturaleza anotados en el Registro de la Propiedad, sobre los que hay que determinar cuáles son los preferentes al crédito del actor, para proceder a la cancelación de las anotaciones e inscripciones como consecuencia de la venta judicial del inmueble—. —El Juzgado se negó a despachar el mandamiento de cancelación de cargas, por cuanto que desconocía cuáles eran las cargas no preferentes al crédito del actor. Doctrina que mantiene la Resolución de 20-3-1968 (RJ 1968, 3646), al decir que en ninguno de los diversos procesos de ejecución establecida para hacer efectivos los créditos, existen normas sobre la resolución del conflicto de posible preferencia entre ellos, en caso de concurrencia sobre una misma finca, ni se prevé la citación de los titulares de anotación preventiva de embargo practicada con anterioridad al asiento del ejecutante, y ni siquiera la tercería de mejor derecho provoca la suspensión del juicio ejecutivo, por todo lo cual no es función del Juez que entiende el apremio, decidir acerca de estas cuestiones pues, si lo hiciere, se podría llegar a cancelar los asientos sin que sus titulares hubiesen podido tener conocimiento de la situación planteada—. —Procedía, entonces, en la tercería de mejor derecho, determinar la preferencia de cada uno de los créditos y, como consecuencia de ello, los que debieran resultar cancelados— y —El Auto de la Audiencia adolece, por tanto, de los siguientes defectos: 1) Mandó cancelar las anotaciones e inscripciones no preferentes al crédito del actor de forma genérica, sin especificar aquellas que por haber sido practicadas con anterioridad a la expedición de la nota prevenida en el párr. 4.º de la regla 4.ª del art. 131 de la Ley Hipotecaria, debía cancelarse con la referencia expresa al número o letra, folio y tomo donde constasen, por cuanto que no era suficiente ordenar la cancelación de todas las posteriores a la hipotecada del actor. 2) Confunde el concepto de anotación e inscripción posterior, con la de anotación e inscripción preferente, aplicando el primer concepto, cuando tanto la Ley, como la doctrina y la jurisprudencia, determinan la preferencia de los créditos, conforme a su naturaleza y a su fecha de nacimiento y nunca bajo ningún concepto por el orden de ingreso del título en el Registro de la Propiedad. Por ello, el auto recurrido viola las normas establecidas para determinar el orden y prelación de créditos cuanto concurran varios de ellos sobre un mismo bien inmueble.

Segundo: A tenor de la exposición de antecedentes, la resolución recurrida en casación derivó de la fase de ejecución correspondiente a un declarativo de mayor cuantía, en la que, como consecuencia de un auto de adjudicación de las fincas embargadas por las dos terceras partes del precio que sirvió de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tipo a la segunda subasta y cesión de la misma a favor de la entidad mercantil «Isla Canela SA», se solicitó, de conformidad a la regla 2.ª del art. 175 del Reglamento Hipotecario, la expedición de mandamiento al Registro de la Propiedad para la cancelación de las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes que pesasen sobre los inmuebles embargados y adquiridos, petición que fue rechazada por auto del Juzgado, de 31-7-1986, por desconocerse cuáles de las anotaciones preventivas, cuya cancelación se instaba, tenían el carácter de «no preferentes», y acogida, por el contrario, por auto de la Audiencia, de 17-5-1988, que, revocando aquél acordó expedir el mandamiento, siendo la precitada resolución la recurrida en casación.

Tercero: Cuanto antecede, pone en evidencia que la pretensión articulada con sujeción al reglamentario precepto hipotecario antes indicado, se atenía y ajustaba al trámite propio y pertinente de la fase de ejecución consecuente a la adjudicación, por cesión, de bienes embargados, lo que evidencia, a su vez, que *el auto objeto de casación no puede comprenderse en el ap. 2.º del art. 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en ningún momento se resolvieron puntos sustanciales no contravertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o en contradicción con lo ejecutoriado.* En este orden de cosas y por lo que respecta al ap. 5.º del expresado art. 1.687, habrá que relacionarle, en razón a su contenido, con los también rituarios 402 a 404, quedando fuera de duda que *el auto cuestionado no cabe encajarle en los supuestos prevenidos en los arts. 402 y 404, ni, tampoco, en el art. 403, pues al requerir su aplicación que se tratase de un auto que pusiese término al juicio, tal condición no concurrió en el recurrido de 17-5-1988,* ya que, en modo alguno, impidió la continuación de la fase de ejecución, y es más, la parte recurrente viene a reconocerlo así, según se desprende de la propia argumentación del motivo, por consiguiente, cuantas consideraciones han sido hechas llevan a concluir que *el Auto 17-5-1988 no era susceptible de recurso de casación.*

Cuarto: La conclusión acabada de exponer, conduce, en definitiva, al fracaso del recurso, haciendo innecesario el estudio de la cuestión planteada en el mismo, ya que es doctrina consolidada de la Sala la relativa a que: *«los motivos legales en que puede fundarse la no admisión de un recurso son pertinentes, al resolver en el fondo, para desestimarle,* aun cuando se hubiese admitido, pues las razones de inadmisión son suficientes, si resulta demostrada su existencia, para que los recursos deban ser desestimados» (SS. 17-6-1919; 19-2-1921; 27-11-1922; 3 enero y 5 febrero 1934 [RJ 1934, 61 y 236], 21-2-1942 [RJ 1942, 179]; 14-12-1946 [RJ 1946, 1305]; 4-6-1947 [RJ 1947, 765], 14-6-1955 [RJ 1955, 2306]; 30-9-1985 [RJ 1985, 4488]; 20-2-1986 [RJ 1986, 690]; 5-10-1987 [RJ 1987, 6718]; 30-9-1989 [RJ 1989, 6394]; 21 marzo y 7 y 18 diciembre 1990 [RJ 1990, 1714, 9898 y 10284], y 8 marzo y 5 julio 1991 [RJ 1991, 2083 y 5329]), doctrina la reseñalada que puede aplicarse de oficio por afectar a

normas de contenido imperativo, siendo de decir, por último, que la desestimación del recurso, lleva consigo la imposición de costas a la parte recurrente, a tenor de lo establecido en el párrafo final del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La aprobación judicial de la subasta determina el nacimiento de la acción de retracto.

STS (Sala 1.ª), 11 de julio de 1992

Fundamentos de Derecho

Sexto: Aunque no se trata de cuestión pacífica y es cierto que una jurisprudencia relativamente remota (SS. 28-6-1949 [RJ 1949, 736], 17-2-1956 [RJ 1956, 1497], 29-2-1960 [RJ 1960, 943], 20-2-1975 [RJ 1975, 662]) ha venido sosteniendo que, en los casos de subasta judicial, el nacimiento de la acción de retracto no se produce hasta la consumación de la venta, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, *la más reciente doctrina de esta Sala* (Contenida en las SS. 30-10-1990 [RJ 1990, 8268] y 1-7-1991 [RJ 1991, 5311]) *ha venido a cambiar el anterior criterio jurisprudencial, en el sentido de que la aprobación judicial de la subasta, al entrañar la perfección del contrato* (como dice la primera de ellas) *o la consumación del mismo* (como afirma la segunda), *determina el nacimiento de la acción de retracto, a lo que puede agregarse, reforzando la argumentación de las expresadas sentencias, que con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o «ficta», al no ser «numerus clausus» la enumeración de formas espiritualizadas de tradición que hacen los arts. 1.462.2.º a 1.464 del CC* (SS. 31-10-1983 [RJ 1983, 5852] y 20-10-1989 [RJ 1989, 6945], entre otras), *con lo que, consumada ya la venta por la concurrencia de título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante de la finca subastada), el posterior otorgamiento de la escritura pública, aunque imprescindible para otros efectos trascendentes (entre otros, el acceso de la adquisición al Registro de la Propiedad), no será necesaria para que, a los efectos aquí estudiados, concurra el requisito de la tradición (la instrumental del art. 1.462.2.º del CC), al haberse producido ya la misma con anterioridad en la forma «ficta» o simbólica antes expresada,* por lo que con arreglo a dicha doctrina, que es la que mantiene esta Sala, la acción de retracto, en caso de subasta judicial, nace desde la celebración de dicha subasta, con aprobación del remate y adjudicación al rematante de la finca subastada (que es la tesis aquí mantenida por el recurrente), siempre, claro es, que el retrayente haya tenido conocimiento exacto de la subasta y de las condiciones de la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

misma, pero esto afecta ya a la posible caducidad de la acción, que es un tema totalmente distinto del aquí examinado y al que seguidamente nos referiremos. Por lo expuesto, procede la estimación de los motivos aquí tomados en consideración (segundo y tercero), lo que hace innecesario el examen de los otros dos (primero y cuarto) que, como ya se dijo, son meramente complementarios o subsidiarios de aquellos, pero la estimación de los referidos motivos no ha de comportar, por sí sola, la del presente recurso, por lo que seguidamente expondremos, en íntima conexión con lo que ya hemos dejado dicho en el Fundamento jurídico cuarto de esta resolución.

COMISIONES ROGATORIAS

LA EJECUCION PROVISIONAL LABORAL EN ITALIA DESPUES DE LA REFORMA DE 1990 [1]

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ FORTEA
Profesor Ayudante
Area de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO:

I. Introducción: 1. La ejecución provisional laboral en España. Breve referencia; 2. La ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353, De «medidas urgentes en el proceso civil»: su incidencia en el proceso laboral italiano. — II. Antecedentes y fundamento de la ejecución provisional *ex lege*. — III. La ejecución provisional de las sentencias de condena a favor del trabajador: 1. Ambito de aplicación de la norma contenida en el art. 431.1 c.p.c.; 2. La copia del fallo de la sentencia como título ejecutivo de la ejecución provisional ex lege; 3. El art. 430 c.p.c.; 4. La apelación con reserva de los motivos y suspensión de la ejecución provisional de la sentencia de condena a favor del trabajador; 5. Relación entre el nuevo art. 282 c.p.c. y el art. 431, apartados primero a cuarto, del *Codice*. — IV. La ejecución provisional de las sentencias de condena a favor del empresario. — V. Efectos que tiene la sentencia posterior sobre la que se ha ejecutado provisionalmente. — VI. Conclusión.

1. El presente trabajo de información es fruto de una estancia en el *Istituto di Diritto Processuale Civile* de la Universidad de Milán, durante los meses de noviembre y diciembre de 1992, con una beca de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia de la Comunidad Valenciana, para realizar un estudio, dirigido por los Profesores Giuseppe Tarzia y Achille Saletti, sobre el proceso laboral italiano.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia del proceso laboral español donde, según el art. 50 LPL, es potestativo pronunciar *in voce* la sentencia (bien de forma completa o bien sólo el fallo), en el proceso laboral italiano, al terminar el juicio oral y de acuerdo con el art. 429 del *Codice di procedura civile* (c.p.c.), el juez debe dictar oralmente la sentencia aunque sólo el fallo[2], mientras el texto completo de la misma se ha de depositar en la *cancelleria* en el plazo de quince días desde su pronunciamiento (art. 430 c.p.c.)[3]. Por otra parte, es importante resaltar que, según el art. 431 c.p.c., la sentencia tiene eficacia ejecutiva inmediata cuando es de condena y a favor del trabajador o del empresario. Por tanto, podemos afirmar que este art. 431 c.p.c. ha establecido, con carácter general, la ejecución provisional *ex lege* de las sentencias laborales italianas.

Dado que en nuestra Ley de Procedimiento Laboral (LPL) no existe una norma como la del art. 431 c.p.c. mencionado, y ya que siempre es interesante asomarse a una institución que el derecho comparado nos propone por lo que de aprovechable pudiera tener para nosotros, el presente trabajo de información pretende estudiar esta ejecución provisional diseñada por el art. 431 del *Codice* y que, recientemente, ha sido reformado por la ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353, de «Medidas urgentes en el proceso civil»[4].

2. Para más vid. GUARNIERI, G., *Sulla lettura del dispositivo in udienza nel processo del lavoro*, en Rivista di Diritto Processuale, 1983, pp. 481-520.

3. Según la *Corte di Cassazione*, a partir de la sentencia de 22 de junio de 1977, n. 2.632 (in *Foro italiano*, 1977, I, 1638), la lectura del fallo en la audiencia se considera un requisito esencial. Por tanto, la sentencia, cuyo fallo no haya sido leído al acabar la audiencia, es nula. Sin embargo, esta posición ha sido criticada por la doctrina, así GUARNIERI, G., *In tema di omessa lettura del dispositivo in udienza nel processo del lavoro*, en Rivista di Diritto Processuale, 1978, pp. 546-564.

4. El texto del art. 431 del *Codice di procedura civile*, tal como ha quedado redactado por la ley de 1990, es el siguiente:

«Las sentencias condenatorias a favor del trabajador por obligaciones derivadas de relaciones del art. 409 [que es donde se fija la competencia laboral genérica] son ejecutivas provisionalmente.

Se puede proceder a la ejecución de la sentencia con sólo la copia del fallo, pendiente el plazo para realizar el depósito de la sentencia.

El juez de apelación puede ordenar por auto no recurrible que la ejecución se suspenda cuando de la misma pueda derivarse un gravísimo daño a la otra parte.

La suspensión a la que se refiere el apartado anterior puede ser también parcial y, en todo caso, se procederá a la ejecución provisional cuando la cantidad a la que se condene sea de hasta 500.000 liras.

Las sentencias condenatorias a favor del empresario son provisionalmente ejecutivas y están sujetas a la disciplina de los artículos 282 y 283.

El juez de apelación puede disponer por auto no recurrible que la ejecución se suspenda en todo o en parte cuando se den motivos graves».

1. *La ejecución provisional laboral en España. Breve referencia.*

El hecho de que vayamos a estudiar la ejecución provisional italiana justifica que hagamos, siquiera una referencia breve, a cómo está regulada en la Ley de procedimiento laboral española de 1990[5].

Si la ejecución definitiva se da en relación con sentencias firmes, la ejecución provisional se da en relación con sentencias no firmes, es decir, sentencias recurridas dictadas en instancia por los Juzgados de lo Social, las Salas de lo Social de los TSJ o la Sala de Social de la AN así como las dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los TSJ. Por tanto, todas las sentencias recurridas en suplicación, casación o casación para la unificación de doctrina son susceptibles de ser ejecutadas provisionalmente. Es importante destacar que al hablar de sentencias se está excluyendo otro título: el acuerdo alcanzado por las partes bien en la conciliación extrajudicial (ante el SMAC), bien en la conciliación ante el juez el día del juicio oral. Este título ejecutivo es susceptible de ejecutarlo, pero no provisionalmente sino por los trámites de la ejecución definitiva de sentencias (arts. 67 y 84 LPL).

La normativa sobre la ejecución provisional se encuentra en el Título II del Libro IV de la LPL, en concreto en los artículos 287 a 303. Podemos distinguir:

1) Ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de cantidades de dinero (arts. 287 a 291, 293 y 299).

2) Ejecución provisional de sentencias en materia de Seguridad Social, debiendo distinguir, a su vez, según se trate de prestaciones de pago periódico (art. 292), pago único (art. 293) o de obligaciones de hacer y de no hacer (art. 294).

3) Ejecución provisional de sentencias de despido (arts. 295 a 300, excepto art. 299).

4) Ejecución provisional de sentencias de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales (art. 301).

5) De acuerdo con el art. 303, todas las sentencias favorables al trabajador y beneficiario que no puedan ser ejecutables provisionalmente por los trámites anteriores, lo serán a través de los trámites establecidos en la LEC (arts. 385 y 1.722).

5. Para ver de manera resumida la evolución histórica de la ejecución provisional en España: MONTERO AROCA, J. y otros, *Comentarios a la ley de procedimiento laboral*, II, Madrid, 1993, pp. 1.603-1.604.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Ahora bien, lo que realmente se regula en todas estas normas no es la ejecución propiamente dicha sino los momentos inicial (constitución del título ejecutivo) y final (revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente), por lo tanto para los actos ejecutivos deberemos ir a la regulación de la ejecución definitiva concreta (arts. 234 a 286)[6].

Por último, vamos a referirnos a cuatro aspectos característicos de la ejecución provisional española que tienen interés de cara a lo que explicaremos sobre la ejecución provisional italiana.

a) El primero es el que se refiere a la constitución del título; en efecto, frente al regulación prevista en el *Codice di procedura civile* (art. 431) por el que son ejecutables provisionalmente *ex lege* todas las sentencias de condena dictadas en primera instancia, según el profesor MONTERO[7], la LPL ha diseñado dos sistemas:

1.º) En los arts. 287.1, 288.1, 292.1, 293, 299 y 301, es la ley la que directamente crea el título ejecutivo, sin que sea necesaria la integración por parte del juez, de modo que el legitimado activamente puede pedir sin más la ejecución provisional que se realizará por los trámites de la ejecución definitiva que corresponda. En relación con esto lo que habría que plantearse es el papel del juez, ya que no parece adecuado que éste automáticamente conceda la ejecución provisional sin realizar siquiera un control formal y especialmente comprobar si el supuesto de hecho es uno de los previstos en la norma de aplicación.

2.º) En los arts. 294, 295, 296 y 303, lo que la ley hace es permitir que el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, cree el título ejecutivo, debiendo hacerlo caso por caso. La diferencia con el caso anterior es que, mientras en el primero es la ley la que lo crea sin intervención jurisdiccional, en el segundo es necesaria una actividad jurisdiccional de creación del título en cada caso.

b) El segundo aspecto que queríamos comentar es el referido a la fianza. En la ejecución provisional regulada en la LEC existen supuestos en los que es necesaria la fianza por el ejecutante para garantizar la reparación de los daños que se puedan producir en el caso de que la sentencia que resuelva el recurso revoque la ejecutada provisionalmente (arts. 385, 1.476 y 1.722). Pero también existen supuestos en los que no es necesaria la fianza como los artículos 1.615 y 1.685[8]. Sin embargo, en el proceso laboral, tradicionalmente, no se viene exigiendo y se ha afirmado por parte de la doctrina que carece de sentido[9]. Las razones son que en el supuesto de ejecución provisional de sentencias de despido al ejecutado no se le causa perjuicio económico alguno, en los supuestos de sentencias dictadas en materia de Seguridad Social el prestar la fianza supondría, la mayoría de las veces, la imposibilidad de realizar la ejecución provisional, y, en la ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de una cantidad de dinero (los antiguos «anticipos reintegrables») los problemas que pudieran surgir por la falta de fianza se han solucionado por el sistema establecido en los arts. 290 y 291.

c) El tercer aspecto al que queríamos referirnos, y que está de alguna manera relacionado con la fianza, es el de la inexistencia de una cláusula que permita la suspensión de la ejecución provisional para los casos en que se puedan producir perjuicios de difícil reparación. Así en relación con la ejecución provisional prevista en el art. 301 y en concreto en procesos de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales, SALINAS MOLINA[10], apunta la difícil solución a la cuestión, no prevista en la ley, de la procedencia o no de suspender la ejecución provisional en el caso de que se puedan producir perjuicios de difícil reparación si se revoca la sentencia que se ejecuta provisionalmente y su relación con la necesidad de evitar la subsistencia de la violación del derecho fundamental que se discute. Lo curioso es que este problema estaba resuelto expresamente en el Anteproyecto de la LPL, en concreto en su artículo 358[11] que no se incluyó en el texto definitivo y sí está, como veremos, en la legislación italiana en el art. 431 apartados cuarto y sexto del *Codice*.

6. En este sentido RÍOS SALMERÓN, B., en *La nueva Ley de Procedimiento Laboral*, de «Comentarios a las leyes laborales» (dir. Borrajo), XIII, 2.º, Madrid, 1990, p. 1.630 y MONTERO AROCA, J. y otros, *Comentarios a la ley de procedimiento laboral*, cit., p. 1.600.

7. MONTERO AROCA, J. y otros, *Comentarios a la ley de procedimiento laboral*, cit., pp. 1.599-1.600.

8. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 2.º (con Ortells, Colomer y Montón), Barcelona, 1991, pp. 50 y 54; ORTELLS RAMOS, M., *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Cortés), Madrid, 1985, pp. 289-290, y SERRA DOMÍNGUEZ, M. en los mismos *Comentarios*, pp. 936-937.

9. MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, II, Barcelona, 1981, p. 400.

10. SALINAS MOLINA, F., *Ley de Procedimiento Laboral* (con Campos Alonso y otros), Bilbao, 1990, p. 652.

11. El artículo 358 del Anteproyecto de la LPL, publicado en el suplemento al número 1.533 de 15 de febrero de 1990 del Boletín de Información del Ministerio de Justicia, decía:

«El Juzgado o Tribunal competentes podrán decretar la suspensión, total o parcial, de la ejecución provisional si de ella pudiera derivarse un perjuicio de difícil reparación, previa constitución de fianza suficiente, con exclusión de la personal».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

d) El cuarto aspecto que queríamos comentar, es el referido al problema de la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente por la sentencia dictada posteriormente. Si la sentencia ejecutada provisionalmente es confirmada por el Tribunal Superior de Justicia o el Tribunal Supremo no hay ningún problema ya que los actos ejecutivos que se han realizado se convierten en definitivos. Los problemas surgen cuando la sentencia que se dicta posteriormente, en suplicación o casación, revoca la dictada en la instancia. Sobre este tema, la jurisprudencia, en concreto la STS de 21 de diciembre de 1966 (RA 1.067/10), ha afirmado que se «produce la nulidad del fallo impugnado, que a todos los efectos deviene inexistente con la indeclinable consecuencia de que habrán de quedar sin efecto todos los actos realizados en la ejecución, restituyéndose las cosas al mismo ser y estado en que se encontraban con anterioridad». Pero esta sentencia, en palabras de ORTELLS y refiriéndose al proceso civil [12], «es sólo la formulación de un principio que debe informar dicha solución, lo difícil es determinar las deducciones que a partir de él deben hacerse». En este sentido, MONTERO [13], concretando en el proceso laboral ese volver las cosas al estado que tenían antes de la ejecución provisional y dada la existencia de normas específicas en la LPL, ha dicho que en unos casos se tratará solamente de cesar la actividad ejecutiva sin otras consecuencias (p. ej. en las prestaciones de pago periódico de la Seguridad Social del art. 292 o cuando el trabajador perciba su salario en los supuestos de los arts. 295 y ss.), y en otros casos no bastará con el cese de la actividad ejecutiva sino que se deberá devolver lo percibido (p. ej., de acuerdo con los arts. 290 y 291, cuando se hayan ejecutado provisionalmente sentencias condenatorias al pago de una cantidad).

Por último, hay que tener en cuenta que no es posible solicitar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, como en el proceso civil, porque éstos deberían ser atendidos con la fianza y en el proceso laboral no es preceptiva.

12. ORTELLS RAMOS, M., *Comentario al art. 385 LEC*, en Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (coord. V. Cortés), Madrid, 1985, pp. 292-294.

13. MONTERO AROCA, J. y otros, *Comentarios a la ley de procedimiento laboral*, cit., pp. 1.602-1.603.

2. *La ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353 de «Medidas urgentes en el proceso civil»: su incidencia en el proceso laboral italiano*

Antes de empezar a hablar de la reforma, es importante recordar que el proceso laboral italiano es un proceso civil especial [14] que se encuentra regulado en el *Codice di procedura civile*, en el Título IV del Libro II (artículos 409 a 447), y cuya configuración actual se debe a la ley núm. 533 de 11 de agosto de 1973. Se trata de un proceso oral y concentrado que por sus principios y funcionamiento en la práctica se le considera como el modelo a seguir (aunque con ciertas adaptaciones) en la reforma del proceso ordinario de cognición. De hecho, algunas de las reformas más importantes introducidas por la ley de 1990 en el proceso civil, provienen del proceso laboral como, por ejemplo, los nuevos arts. 282 y 283 c.p.c., que regulan la ejecución provisional *ex lege* de todas las sentencias civiles dictadas en primera instancia.

Centrándonos ya en la reforma, como reconoce la Exposición de Motivos de la ley de 26 de noviembre de 1990, el proceso civil italiano se encuentra en un estado de profunda crisis donde la dilación en el tiempo es sólo la manifestación de un defecto de funcionamiento más grave y general. La razón del caos de la justicia en Italia es un problema de estructuras, personas y medios.

Para remediar en lo posible esta situación, recientemente, se han iniciado dos tipos de reformas: unas que tienden a modificar la organización judicial y otras que tienden a reformar las normas procesales. En cuanto a las leyes que quieren reformar la organización judicial, sólo queremos dejar constancia de las mismas: la ley de 1 de febrero de 1989, núm. 30 y la de 11 de julio de 1989, núm. 251 referidas ambas a la demarcación judicial de las *preture*, y la Ley de 21 de noviembre de 1991, núm. 374, que ha creado la figura del «juez de paz» y suprimido, al mismo tiempo, el «juez conciliador» [15]. Respecto a las reformas procesales, éstas se han concretado en la Ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353 sobre, *Provvedimenti urgenti per il processo civile* y que cons-

14. TARZIA, G., *Manuale del Processo del Lavoro*, Milán, 1987, pp. 41-44.

15. La competencia civil del juez de paz, según el art. 7 c.p.c., se extiende, entre otras, a las causas relativas a bienes muebles hasta los 5 millones de liras y en indemnizaciones por los daños producidos con ocasión de la circulación hasta 30 millones. En cuanto a la competencia penal, la ley establece una delegación al Gobierno, el cual, todavía no ha aprobado el oportuno decreto.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tituye la tercera reforma importante que se ha hecho del *Codice di procedura civile* de 28 de octubre de 1940[16].

La primera reforma fue la que se llevó a cabo con la Ley de 14 de julio de 1950, núm. 581 que supuso, realmente, una «contrareforma» al atenuar y desnaturalizar los principios básicos del Código de 1940. En efecto, el proceso diseñado en 1940 se basaba en los principios de oralidad, concentración e inmediación inspirados por CHIOVENDA y que éste había tomado de la experiencia de Alemania y sobre todo de Austria. Pero este Código entró en vigor en el momento menos propicio por la grave crisis de personas y medios que acompañó y siguió a la segunda guerra mundial. El tratarse de un Código que exigía un esfuerzo considerable de jueces y abogados y necesitar de medios materiales que en ese momento se carecía, condujo a que los llamados «prácticos», en contra de la opinión casi unánime de la doctrina, aprobaran la mencionada ley de 1950[17].

La segunda reforma del *Codice* se produjo con la Ley de 11 de agosto de 1973, núm. 533 que reformó todo el Título IV del Libro II y que constituye el actual proceso laboral italiano. Este proceso, sin querer entrar en detalles, acoge plenamente los principios «chiovendianos» de la oralidad, la concentración y la inmediación y el balance que arroja de su puesta en práctica, a salvo de alguna cosa (p. ej. la lectura del fallo de la sentencia al terminar el juicio oral), es altamente positivo[18].

Por último, la tercera reforma del Código de 1940 se ha llevado a cabo con la ya mencionada ley de 1990 cuya finalidad era, básicamente, acortar la duración del proceso de cognición (que es el proceso-tipo en Italia y que está regulado en el Libro II del Código) y para ello se han

16. Respecto a la entrada en vigor de esta Ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353, según su art. 92, iba a ser el 1 de enero de 1992, pero la Ley de 21 de noviembre de 1991, núm. 374 sobre los jueces de paz, retrasó la entrada en vigor de la anterior ley hasta el 1 de enero de 1993 y de esta manera conseguir una aplicación coordinada de ambas leyes.

Sin embargo, el 7 octubre de 1992 la Comisión de Justicia del Senado italiano aprobó un proyecto de ley sobre «Prórroga de los términos de entrada en vigor de la ley de 21 de noviembre de 1991, núm. 374, que instituye los jueces de paz y de la ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353 de medidas urgentes en el proceso civil», que puede retrasar la entrada en vigor de algunos de los preceptos de estas leyes hasta 1994. De todos modos, la reforma del art. 431 c.p.c., objeto de este trabajo, estaba prevista que entrara en vigor en enero de 1993.

17. MANDRIOLI, C., *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. II, Turín, 1991, pp. 397-402.

18. TESORIERE, G., *Il processo del lavoro a dieci anni dalla riforma*, en Rivista di Diritto e Procedura Civile, 1984, pp. 251 y ss.

introducido profundas modificaciones. Estas modificaciones pueden resumirse en los siguientes puntos[19]:

1) Un sistema de preclusión más riguroso.
2) La introducción del sistema de juez único en la primera instancia, manteniéndose sólo para determinados casos el sistema de tribunal colegiado.
3) La imposibilidad de alegar nuevas excepciones y proponer nuevos medios de prueba en el recurso de apelación.
4) La atribución a la *Corte di cassazione* de jurisdicción positiva cuando conozca del recurso de casación.
5) La atribución generalizada de eficacia ejecutiva a la sentencia civil dictada en primera instancia (arts. 282 y 283 c.p.c.).
6) Regulación de un procedimiento uniforme y común para todas las medidas cautelares[20].

Para terminar, y centrándonos en el proceso laboral, la única modificación que ha introducido la ley de 1990 es que ha añadido dos párrafos, el quinto y el sexto, al art. 431 y que seguidamente tendremos ocasión de estudiar. El primero de ellos extiende la ejecución provisional *ex lege* a las sentencias de condena a favor de los empresarios por los trámites de los arts. 282 y 283 c.p.c. (que son los que regulan la ejecución provisional *ex lege* de las sentencias civiles) y el segundo establece la posibilidad de suspensión de la ejecución provisional por el tribunal de apelación cuando haya motivos graves.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL *EX LEGE*

El principio-base, en el *Codice di procedura civile*, en esta materia de la ejecución provisional, antes y después de la reforma de 1950, era que la apelación produce la suspensión de la eficacia de la sentencia que se impugna. Este principio, surgió en el derecho romano en la época postclásica, se mantuvo en la intermedia y pasó a las ordenanzas reales, después al Código napoleónico francés y de aquí a la legislación italia-

19. MANDRIOLI, C., *Corso di Diritto Processuale Civile*, cit., pp. 9-10.

20. Al respecto vid. CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Sobre una reciente reforma del proceso cautelar italiano. Su incidencia en el art. 700 CPC*, en Justicia, 1991, núm. IV, pp. 973-1.010.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

na[21]. Con todo, era posible que, a instancia de parte, el juez concediera la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, es decir, *ope iudicis* (así, antes de la reforma de 1990, era posible a través del procedimiento de los arts. 282 y 283 c.p.c.).

Recientemente, la ejecución provisional podía darse automáticamente, es decir, *ope legis,* en determinados casos establecidos en leyes especiales. Por ejemplo: en materia de daños producidos por la circulación (art. 5 de la ley de 26 de febrero de 1977, núm. 39), en materia de controversias agrarias (art. 47 de la ley de 3 de mayo de 1982, núm. 203), en materia de divorcio para las disposiciones de naturaleza económica (art. 4 de la ley de divorcio italiana), etc.

Respecto al proceso laboral, la regla de la no ejecución provisional inmediata de las sentencias de primera instancia, a menos que se cumplieran determinados requisitos, se derogó, por primera vez, en 1970 con el art. 18, 3.º del Estatuto de los trabajadores italiano, al establecer *ex lege* la ejecución provisional de la sentencia que ordena la reintegración en el puesto de trabajo. Después, en 1973, se estableció con carácter general en el art. 431 ya mencionado y en el art. 447 que se refiere a materia de seguridad social. Por último, el art. 28, 1.º y 2.º del Estatuto de los trabajadores italiano, modificado por la ley de 8 de noviembre de 1977, núm. 847, estableció la misma previsión para la sentencia que declare una conducta antisindical.

En cuanto al fundamento de la ejecución provisional *ex lege* de la sentencia laboral, la doctrina italiana no es pacífica. Por una parte, se ha dicho es el corolario necesario de la oralidad de la primera instancia y que constituye una potenciación de ésta frente a la apelación[22] así como una mayor confianza en la «justicia» de su resultado. En este sentido, se ha afirmado que las sentencias del *Pretor* (en la primera instancia)[23] son

21. Para un desarrollo histórico de esta institución en Italia, vid. CARPI, F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza,* Milán, 1979, pp. 23-42.

22. Sobre las críticas a la actual configuración de la apelación y la necesidad de estructurarla de modo coerente con los postulados de la oralidad, vid. VACCARELLA, R., *L'esecutività della sentenza di primo grado nel processo del lavoro ed il giudizio d'appello,* en Il processo del lavoro nell' esperienza della riforma, Milán, 1985, pp. 302 y ss.

23. La competencia en la instancia, según el art. 413 c.p.c., corresponde al *Pretor.* Tener en cuenta que el legislador no ha creado un tribunal especial en materia laboral (no podía hacerlo por prohibirlo expresamente la Constitución italiana en el art. 102), sino que ha atribuido las controversias laborales al juez ordinario. Así, los jueces competentes para conocer de las controversias laborales son: el *Pretor* (en la primera instancia), los *tribunali* (en apelación) y la *Corte di Cassazione* (en casación) (arts. 17, 18 y 19 de la ley de 11 de agosto de 1973, núm. 533 y el R.D. de 30 de enero de 1941, núm. 12 sobre el *Ordinamento Giudiziario*).

Para más sobre el *Pretor* vid. arts. 30 a 40 del R.D. de 30 de enero de 1941, núm. 12 sobre el *Ordinamento Giudiziario.*

más correctas y justas que las del Tribunal (en apelación) por la particular sensibilidad de aquél o por el mayor esfuerzo que invierte el juez único en las decisiones respecto a los magistrados que componen un Tribunal[24]. Por otra parte, se ha afirmado que la *ratio* de esta institución se encuentra en la exigencia de una tutela procesal reforzada de los derechos de los trabajadores, siguiendo la tendencia iniciada por el art. 18, 3.º del Estatuto de los trabajadores italiano en 1970[25]. De todos modos, este argumento quedaría hoy invalidado, en parte, por la reforma de 1990, puesto que ha extendido la ejecución provisional *ex lege* a la sentencia condenatoria a favor del empresario (art. 431 apartados 5.º y 6.º). Por último, el profesor VACCARELLA, centrándose en el reconocimiento como título ejecutivo del fallo de la sentencia (art. 431.2 c.p.c.), rechaza que el fundamento de la ejecución provisional sea consecuencia de la oralidad y ha dicho que, al contrario, constituye un claro indicio de la escasa confianza del legislador en el juez para que, en el plazo de quince días, deposite la sentencia en la secretaría (arts. 429 y 430 c.p.c.). De esta manera los perjuicios que podría ocasionar el retraso en el depósito de la sentencia recaen sobre el empresario y no sobre el trabajador[26].

III. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS DE CONDENA A FAVOR DEL TRABAJADOR

1. *Ambito de aplicación de la norma contenida en el art. 431.1 c.p.c.*

Ya hemos dicho que el art. 431 c.p.c. introdujo, por primera vez con carácter general, en el ordenamiento jurídico italiano la eficacia ejecutiva *ex lege* de las sentencias de primera instancia. Ahora bien, esto no significa que sean ejecutables provisionalmente *ex lege* todas las sentencias dictadas en la instancia por los órganos jurisdiccionales laborales

24. VACCARELLA, R., *L'esecutività della sentenza di primo grado nel processo del lavoro ed il giudizio d'appello,* cit., p. 306.

25. TARZIA, G., *L'esecutorietà della sentenza nel processo del lavoro,* en Rivista di Diritto e Procedura Civile, 1974, p. 467.

26. VACCARELLA, R., *L'esecutività della sentenza di primo grado nel processo del lavoro ed il giudizio d'appello,* cit., p. 295.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

italianos. En efecto, al decir el art. 431.1 c.p.c. que «las sentencias condenatorias a favor del trabajador por obligaciones derivadas de relaciones del art. 409 son ejecutivas provisionalmente», se hace necesario delimitar el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de esta norma.

En primer lugar, del mismo art. 431 se deduce que se ha de tratar de sentencias de condena y, por tanto, no de sentencias declarativas o constitutivas.

En segundo lugar, del tenor literal del art. 431, podemos afirmar que debe tratarse de obligaciones cuyo origen se encuentre en alguna de las relaciones contempladas en el art. 409, que es donde se fija la competencia laboral genérica. Tener en cuenta que por *crediti* debe entenderse no sólo el pago de sumas de dinero, salarios, indemnizaciones etc. sino también las obligaciones de dar (por ejemplo, según el art. 2.099 del *Codice civile*, la retribución del trabajador puede consistir en recibir una parte del producto). Sin embargo, lo que la doctrina se pregunta es si se pueden incluir las obligaciones de hacer o no hacer, siendo diversas las soluciones a las que se llega. Por una parte, hay autores que tajantemente afirman que no cabe la ejecución provisional de la sentencia que condene a un hacer o no hacer[27], y por otra, hay quien afirma que la expresión *crediti* del art. 431 c.p.c. comprende todas aquellas situaciones en las que existe una obligación de cumplimiento de una prestación sin especificar qué clase de prestación[28]. Con todo, la cuestión no parece que tenga una gran importancia práctica, puesto que las sentencias de condena a un «hacer» más relevantes, son las relativas a la reintegración en el puesto de trabajo y éstas son ejecutivas en virtud del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano y no por el art. 431 c.p.c.

En tercer lugar, el beneficiario es el sujeto que presta sus servicios en cualquiera de las relaciones jurídicas previstas en el art. 409. Es importante referirse a la posible contradicción entre lo dispuesto en la primera parte del art. 431.1, donde se habla de «trabajador» y la parte final del mismo, donde no se excluye ninguna relación. Así ha habido autores que han entendido que al hablar de «trabajador» se refería al «trabajador subordinado» y, por tanto, quedaban excluidos los sujetos a que se refieren los números 2.º y 3.º del art. 409 que no son trabajadores subordinados sino autónomos[29]. La razón de esta exclusión la fundamentan en que sólo los salarios de los trabajadores subordinados son los destinados a satisfacer las exigencias alimentarias a las que se refiere el art. 36 de la Constitución italiana, siendo estas exigencias las que justifican la ejecución provisional *ex lege*. Pero esta interpretación la rechaza la mayoría de la doctrina[30] al entender que es contraria a la letra de la ley y además no hay razones para afirmar que las retribuciones de los trabajadores autónomos no tengan la consideración de «alimenticios». Al contrario, según el profesor TARZIA, en los arts. 409 y 431 c.p.c. encuentra su expresión el principio de que la República italiana, fundada sobre el trabajo, tutela éste en todas sus formas y aplicaciones (arts. 1 a 35 de la Constitución italiana).

Por otra parte, antes de la reforma, se planteaba la doctrina y la jurisprudencia la constitucionalidad de esta norma por vulnerar el principio de igualdad basándose en los arts. 3 y 24 de la Constitución italiana, ya que la ejecutividad *ex lege*, prevista en el art. 431 c.p.c., era sólo para las sentencias de condena favorables al trabajador y no al empresario. Actualmente, después de que la ley de 1990 haya extendido la mencionada ejecutividad a las sentencias de condena a favor del empresario, no parece justificado que ahondemos en esta cuestión[31].

Por último, en cuarto lugar, según opinión unánime de la doctrina, la ejecución provisional se extiende a la condena en costas al empresario como consecuencia de haber perdido el pleito (art. 91 c.p.c.).

2. *La copia del fallo de la sentencia como título ejecutivo de la ejecución provisional ex lege*

De acuerdo con el art. 474.1 c.p.c., entre los títulos ejecutivos laborales italianos se encuentran las sentencias y aquellas disposiciones a las cuales la ley les atribuye expresamente eficacia ejecutiva. Entre esas disposiciones que tienen eficacia ejecutiva por atribución legal se encuentra

27. TARZIA, G., *Manuale del Processo del Lavoro*, cit., pp. 203-204. MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Nápoles, 1989, pp. 226-227.

28. PROTO PISANI, A., *Lavoro (Controversie individuali in materia di)*, en Novissimo Digesto Italiano, Apéndice IV, 1983, p. 664.

29. GARBAGNATI, E., *Il nuovo processo del lavoro e le controversie agrarie*, en Rivista di Diritto Processuale, 1974, p. 584. DENTI-SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, Milán, 1974, p. 165.

30. TARZIA, G., *Manuale del Processo del Lavoro*, cit., pp. 204-205. MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, cit., p. 226. CARPI, F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milán, 1979, pp. 196-197.

31. Para los términos de la discusión así como los argumentos para defender la constitucionalidad de la atribución en exclusiva al trabajador de la ejecución inmediata, vid. CARPI, F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, cit., pp. 197-198.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el fallo de la sentencia laboral en virtud del art. 431.2 c.p.c. En efecto, según este artículo, se puede proceder a la ejecución provisional con la sola copia del fallo de la sentencia que, como dijimos, y según el art. 429 c.p.c., se debe dictar inmediatamente al finalizar el juicio oral, disponiendo el juez de un plazo de quince días para depositar la sentencia completa en la secretaría (art. 430 c.p.c.). Por tanto, en el proceso laboral italiano son dos los títulos ejecutivos más importantes: la sentencia de condena completa y depositada y el fallo de la sentencia leído al finalizar el juicio oral.

El trabajador, después de la lectura del fallo de la sentencia en el juicio oral, si quiere ejecutar dicha sentencia de acuerdo con lo previsto en el art. 431.2 c.p.c., debe solicitar al *cancelliere* tantas copias del original del fallo unido a los autos como sean los sujetos a los que haya que notificarles el título ejecutivo. Después, el secretario, a esta copia o copias, les da la forma ejecutiva añadiéndoles la fórmula prevista en el art. 475 c.p.c. Por tanto, el título ejecutivo no es el original del fallo de la sentencia que permanece en poder del secretario sino la copia auténtica del mismo al que se le ha añadido la fórmula ejecutiva mencionada.

En relación con la formación del título ejecutivo, es de destacar que éste no se otorga automáticamente sino que se debe realizar un control sobre el mismo. Dicho control corresponde al secretario y no al juez[32]. En este sentido, según la doctrina[33], este control se ciñe a un examen puramente formal de la resolución sin entrar en el contenido. Concretamente, la ejecución provisional del fallo de la sentencia laboral, puesto que está prevista legalmente, no necesita de ninguna declaración del juez y el control por el secretario se reduce a la comprobación de los requisitos que ha de contener el fallo[34].

Una vez el trabajador dispone del título ejecutivo, de acuerdo con el

32. Lo cual es coherente con el sistema de ejecución de sentencias italiano. En efecto, al no existir en la Constitución italiana y en el resto de su ordenamiento jurídico una norma similar al art. 117.3 de nuestra Constitución, la ejecución se atribuye no a los Tribunales sino a la Administración que es quien tiene la «fuerza» para hacer cumplir las sentencias. De todos modos, en estos últimos años, esta concepción está cuestionada por parte de la doctrina, aunque sin apoyo legal, que considera más correcta la atribución de la ejecución a los órganos jurisdiccionales.

33. CASTORO, P., *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico,* Milán, 1970, p. 30.

34. Según BARONE, los requisitos que debe contener son: a) la indicación del juez que ha pronunciado la sentencia; b) la indicación de las partes; c) el pronunciamiento sobre el fondo de la causa; d) la fecha y la firma del juez (BARONE, C. y otros, *Le controversie in materia di lavoro,* Bolonia, 1974, p. 368).

art. 479.1 c.p.c., se debe notificar éste y el *precetto*[35] al empresario. Estos actos, que constituyen los actos preparatorios al proceso de ejecución, ofrecen la última oportunidad del empresario para cumplir voluntariamente así como la posibilidad de conocer todos los elementos de la acción ejecutiva para una posible futura oposición (arts. 615 a 622 c.p.c.). En el caso de que el empresario no cumpliera voluntariamente se pasaría a la ejecución forzosa (arts. 2.910 y 2.911 del Codice Civile y arts. 483 a 614 c.p.c.)[36]. Es importante destacar que, al igual que en el proceso laboral español, en ningún caso es necesaria fianza para proceder a la ejecución provisional, puesto que en el sistema del *Codice di procedura civile* (art. 478) sólo es exigible en los supuestos en que expresamente esté prevista (por ejemplo arts. 373, 642, 648 y 665 c.p.c.), y como el art. 431 c.p.c. no la menciona, no es preceptiva.

3. *El art. 430 del* Codice

Según el art. 430 c.p.c., el juez dispone de quince días a partir del pronunciamiento del fallo para depositar la sentencia completa en la secretaría. Pues bien, esta previsión plantea dos problemas en relación con la ejecución provisional del art. 431 c.p.c. Por un lado, qué ocurre cuando pasados los quince días no se haya realizado el depósito de la sentencia, y por otro, qué ocurre cuando, una vez depositada la sentencia completa, haya contradicción entre ésta y el fallo que se ha ejecutado de acuerdo con el art. 431 c.p.c.

En cuanto al primer problema la doctrina italiana no es unánime, siendo tres las posturas que se adoptan. La primera afirma que la eficacia ejecutiva del fallo se mantiene hasta el efectivo depósito de la sentencia, independientemente de lo que tarde el juez[37]. La segunda postura, defendida por TARZIA, entiende que la anterior es una interpretación «correctora» de la ley, ya que ésta no dice nada semejante y, por tanto, se debe entender que la eficacia ejecutiva del fallo tiene un límite temporal que coincide

35. Según el art. 480.1 c.p.c., el *precetto* consiste en la intimación a cumplir la obligación resultante del título ejecutivo en un plazo de diez días y con la advertencia de que en caso de incumplimiento se procederá a la ejecución forzosa.

36. Sobre el desarrollo de la ejecución, vid. BARONE, C., *Le controversie in materia di lavoro,* cit., pp. 380-383; MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile,* vol. III, Turín, 1991, pp. 37 y ss.

37. FABBRINI, G., *Diritto processuale del lavoro,* Milán, 1974, p. 191.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

con el depósito de la sentencia[38]. Una tercera postura es la mantenida por RICCI, el cual, parte de la anterior y argumenta además que, de adoptar la primera postura, se puede vulnerar el derecho de defensa de la parte condenada al someterla a un proceso ejecutivo *sine die* y al no poder recurrir en apelación hasta que se efectúe el depósito de la sentencia completa (art. 434 c.p.c.). Este autor, al comentar la sentencia de la *Corte d'appello* de Nápoles de 18 de abril de 1974[39], lo que defiende es que la ejecución legítimamente iniciada se suspenda, conservando los actos realizados, hasta el efectivo depósito de la sentencia, puesto que los plazos de extinción de la ejecución por inactividad, que prevee el *Codice di procedura civile* (art. 630), son suficientemente amplios[40]. Por último, y pese a las anteriores posturas doctrinales, la jurisprudencia ha acogido la tesis más amplia según la cual la ejecución puede ser iniciada y continuar después de transcurrido el plazo para el depósito de la sentencia e independientemente de que éste se haya realizado[41].

Respecto al problema de la contradicción entre el fallo leído al finalizar el juicio oral y la sentencia completa depositada posteriormente, se pueden plantear varias posibilidades:

a) Supuestos en que el error consiste en que la sentencia depositada ha consignado un fallo distinto al leído en el juicio oral pero la motivación sí es coherente con el fallo leído el día del juicio oral. En estos casos, basándose en la experiencia del proceso penal italiano anterior a la reforma de 1988, afirma PROTO PISANI[42], que se podría eliminar el error a través del procedimiento de corrección de errores materiales previsto en los artículos 287 y siguientes del *Codice*.

b) Supuestos de divergencia parcial entre el fallo leído en el juicio

38. TARZIA, G., *L'esecutorietà della sentenza nel processo del lavoro,* cit., 1974, pp. 475-480.

39. Esta sentencia, contrariamente a la doctrina mantenida por la *Corte di cassazione* como veremos, después de haber afirmado que el plazo para instar la ejecución provisional en base al fallo de la sentencia finaliza con el transcurso del plazo de quince días para el depósito de la sentencia, añade que la ejecución iniciada en tiempo y forma durante el período de eficacia ejecutiva del fallo, puede continuar también después de ese plazo aunque no se haya realizado el depósito.

40. RICCI, E., *Sul nuovo art. 431.2.º comma, cod. proc. civ.,* Comentario a la sentencia de la *Corte d'appello* de Nápoles de 18 de abril de 1974, en Rivista di Diritto Processuale, 1975, pp. 281-286.

41. Sentencia de la *Corte di cassazione* de 9 de marzo de 1979, n. 1.464, en Foro italiano, 1979, I, 2.657.

42. PROTO PISANI, A., *Lavoro (controversie individuali in materia di),* cit., 1983, pp. 663-664.

oral y el fallo de la sentencia depositada pero siendo coherente la motivación con el fallo leído en el juicio (por ejemplo: divergencias relativas a las costas o la determinación del objeto de la condena). En estos casos, según el autor mencionado, prevalecería el fallo leído en el juicio oral y la parte podría eliminar la divergencia a través, también, del procedimiento previsto en los artículos 287 y siguientes c.p.c.

c) El verdadero problema se plantea en los supuestos de contradicción absoluta entre el fallo leído en el juicio oral y la sentencia (fallo y motivación) depositada posteriormente, siendo diversas las soluciones a las que llega la doctrina italiana.

Según PROTO PISANI[43], excluida la posibilidad de aplicar los arts. 287 y ss. c.p.c., se debe llegar a la conclusión que «la sentencia depositada, en cuanto que acto posterior en la serie procedimental, prevalece sobre el fallo leído en el juicio oral». Por tanto, se privaría de toda eficacia al fallo leído en el juicio[44]. Ahora bien, este autor, aunque reconoce que sería eficaz, considera que la sentencia depositada estaría viciada por haber modificado ilegítimamente el fallo, ya que el fallo leído en el juicio oral es irrevocable e inmodificable por el juez que lo ha dictado[45], y podría impugnarse, basándonos en el principio general contenido en el art. 161 c.p.c., a través de la apelación o la casación.

Para VACCARELLA[46], la tesis anterior resulta inaceptable por dos motivos. El primer motivo sería la dificultad de llevarla a la práctica. Piénsese en los problemas para determinar la divergencia absoluta o la coherencia entre el fallo y la sentencia depositada posteriormente, así como la dificultad que conllevaría la revocación implícita de la eficacia ejecutiva del fallo. El segundo motivo está relacionado con la premisa de la que parte PROTO PISANI, es decir, que el fallo leído en el juicio oral es irrevocable e inmodificable por el juez que lo ha pronunciado. Según VACCARELLA, el fallo leído en el juicio es irrevocable e inmodificable porque el juez, en ese acto, ha ejercitado y agotado su poder decisiorio y, por consiguiente, en la «decisión» posterior (sentencia depositada) carecía de ese poder. Del mismo modo, que un juez, después de publicada

43. PROTO PISANI, A., *Lavoro (controversie individuali in materia di),* cit., p. 663.

44. En particular, la sentencia depositada privaría de eficacia ejecutiva al fallo leído en el juicio y dejaría sin objeto la eventual «apelación con reserva de motivos» del art. 433.2 c.p.c., que luego estudiaremos.

45. TARZIA, G., *Manuale del processo del lavoro,* cit., p. 193.

46. VACCARELLA, R., *L'esecutività della sentenza di primo grado nel processo del lavoro ed il giudizio d'appello,* cit., pp. 292-297.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

su sentencia, no puede dictar una nueva sobre la misma causa. En resumen, sostiene VACCARELLA, que si la escisión entre el fallo leído en el juicio oral y la sentencia depositada es coherente con el principio de la oralidad que permite juzgar bajo la impresión en la memoria de los hechos de la causa, parece contradictorio que prevalezca sobre el fallo la sentencia redactada posteriormente. Por tanto, en caso de contradicción entre el fallo y la sentencia depositada posteriormente, prevalece siempre el fallo sobre la sentencia y en ningún caso puede ésta revocar o anular al primero.

4. *La apelación con reserva de los motivos y suspensión de la ejecución provisional de la sentencia de condena a favor del trabajador*[47]

En el caso de que la ejecución provisional se haya iniciado sobre la base del fallo de la sentencia a favor del trabajador (art. 431.2 c.p.c.) antes de su depósito y por tanto de su notificación, la apelación, según el art. 433.2 c.p.c., puede ser interpuesta con reserva de los motivos, los cuales se presentarán posteriormente en el plazo previsto en el art. 434 c.p.c.[48]. La existencia de esta clase de apelación obedece a la necesidad de ofrecer al empresario que ha perdido en la primera instancia, y en los casos de ejecución provisional del art. 431.2 c.p.c., la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución prevista en el art. 431.3 y 4 c.p.c., ya que la apelación se ha de interponer en el plazo de treinta días desde la notificación de la sentencia (arts. 325 y 326 c.p.c.) y como no se ha notificado ésta y el que puede suspender la ejecución provisional es el

47. A diferencia del proceso laboral español donde sólo existen medios de impugnación extraordinarios contra las sentencias dictadas en la instancia (suplicación y casación), en el proceso laboral italiano existe apelación contra todas las sentencias dictadas por los *pretore* en la primera instancia, con excepción de las sentencias que hayan decidido cuestiones de valor no superior a 50.000 liras (art. 440 c.p.c.). Con respecto a la competencia, es competente el tribunal en cuya circunscripción se encuentre el pretor que ha pronunciado la sentencia que se quiere apelar (art. 443 en relación con el art. 341 c.p.c.).

48. Tener en cuenta que aunque se habla de «motivos», eso no significa que la apelación en el proceso laboral italiano se conciba como un recurso extraordinario, sino que, realmente, se trata de una segunda instancia, si bien, el art. 437 c.p.c. impide la introducción de nuevos hechos, excepciones y medios de prueba.

Sobre los motivos de la apelación vid. FAZZALARI, E., *Il processo ordinario di cognizione*, vol. 2, Turín, 1990, pp. 35-38.

tribunal de apelación, si no existiera esta forma de apelar sería imposible pedir la suspensión de la ejecución.

La apelación con reserva de los motivos consiste en una simple declaración de la parte de querer impugnar la sentencia con la explícita reserva de presentar en un momento posterior los motivos que sostienen la impugnación. Ahora bien, el recurso debe contener los mismos requisitos que la apelación «completa» (art. 434 c.p.c.), salvo, naturalmente, los motivos en los que se fundamenta la impugnación, que se deben presentar en el plazo de treinta días desde la notificación de la sentencia. En cuanto al plazo en que se ha de interponer esta clase de apelación, según la jurisprudencia y de acuerdo con la letra de la ley (art. 433.2 c.p.c.), es inadmisible si se interpone antes del inicio de la ejecución en sentido estricto (así, no es suficiente la notificación en forma ejecutiva del título y del *precetto*) o después de la notificación de la sentencia[49]. Por su parte, en relación con el plazo, la doctrina entiende compatible con la letra del art. 433.2 c.p.c. una interpretación que admita la interposición de la apelación antes del efectivo inicio de la ejecución y critica la postura de la jurisprudencia, tachándola de inconstitucional, porque restringe el derecho de defensa del empresario impidiéndole reaccionar hasta que el daño se haya producido[50].

Centrándonos en la suspensión de la ejecución provisional, ésta se resuelve en la audiencia de discusión de la apelación después de la relación oral de la causa realizada por el ponente (art. 437 c.p.c.). La cuestión de suspensión se estudiará bien sola, en el caso de apelación con reserva de los motivos (en este caso el tribunal sólo podrá decidir sobre la suspensión), bien junto con la petición de reforma, en el caso de apelación «completa».

En cuanto a la competencia para declarar la suspensión de la ejecución provisional, la ley, en el art. 431.3 c.p.c., se refiere al «juez de la apelación», planteándose la doctrina si corresponde al tribunal en su conjunto o al presidente del mismo. La duda surge porque en las normas que regulan el proceso laboral no se dice nada y hay que aplicar supletoriamente las normas del proceso civil. El problema está en determinar qué normas debemos aplicar. Las posibilidades son dos: o se aplica el art. 373 c.p.c. que se refiere a la suspensión de la sentencia de apelación

49. En este sentido la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 27 de enero de 1988, en Foro italiano, 1988, I, 3.672.

50. VACCARELLA, R., *L'esecutività della sentenza di primo grado nel processo del lavoro ed il giudizio d'appello*, cit., pp. 325 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pendiente el recurso de casación, o se aplican los arts. 283, 351 y 357 c.p.c. que se refieren a la suspensión de la sentencia de primera instancia declarada ejecutiva provisionalmente por el juez. La solución, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, es que se debe aplicar supletoriamente el art. 373 porque se trata de una institución que opera en relación con sentencias ejecutivas *ipso iure*[51]. Por tanto, de acuerdo con todo lo anterior, a la pregunta sobre quién es el competente para decidir sobre la suspensión de la ejecución, hay que concluir que el tribunal de forma colegiada.

El presupuesto de la suspensión, según el art. 431.3 c.p.c., es que la ejecución provisional pueda producir a la otra parte un «daño gravísimo». El problema estriba en determinar el contenido de esa expresión que deberá valorar el tribunal para otorgar o no la suspensión de la ejecución. En este sentido, la doctrina ha manifestado las dificultades para determinar qué se entiende por «daño gravísimo»[52], y ha sido la jurisprudencia la que ha afirmado que el daño ha de consistir en un perjuicio relevante objetiva o subjetivamente, actual o futuro, y que se debe tener en cuenta las dimensiones de la empresa y la dificultad de recuperar del trabajador las sumas de dinero pagadas[53]. Por su parte, la doctrina ha apuntado que, para suspender la ejecución provisional, es necesaria una comparación entre lo impuesto en la condena y el patrimonio del empresario[54], así como «valorar comparativamente los daños que sufriría el trabajador por el retardo en la ejecución con los daños que sufriría el empresario con la ejecución inmediata»[55].

Respecto a la forma, de acuerdo con el art. 431.3 c.p.c., el tribunal de apelación adoptará la suspensión de la ejecución provisional *ex lege* mediante auto no impugnable y aunque no lo dice la ley, debemos entender que, en caso de denegación de la suspensión, también se debe adoptar la misma forma. Tener en cuenta que la suspensión puede ser

51. En este sentido vid. TARZIA, G., *Manuale del Processo del Lavoro,* cit., p. 208; VACCARELLA-MONTESANO, *Manuale di diritto processuale del lavoro,* cit., p. 257; CARPI, F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza,* cit., pp. 305-306.

En contra, LUISO, F. P., *Il processo del lavoro,* Turín, 1992, pp. 259-260.

52. MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro,* cit., pp. 254 y ss.; LUISO, P., *Il processo del lavoro,* cit., pp. 261-262.

53. Sentencias del Trib. Chieti de 6 de julio de 1978, en Orient. giur. lav., 1981, 220; del Trib. Frosinone de 12 de septiembre de 1979, en Nuovo dir., 1980, 562 y del Trib. Torino del 23 de octubre de 1980, en Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1981, II, 240.

54. LUISO, F. P., *Il processo del lavoro,* cit., p. 261.

55. PISANI, P., *Lavoro (controversie individuali in materia di),* cit., p. 665.

parcial (art. 431.4 c.p.c.) en el sentido de reducir lo que el trabajador puede exigir que se ejecute provisionalmente, eliminándose de esta forma el daño gravísimo. Por último, también el art. 431.4, establece la regla de excluir la suspensión de la ejecución provisional *ex lege* de una sentencia que condena a una cantidad no superior a 500.000 liras. Con esta última disposición, según TARZIA, lo que el legislador ha pretendido tutelar ha sido el derecho alimenticio del trabajador[56], al entender que una sentencia que condene a esa cantidad no puede perjudicar gravemente al empresario.

5. *Relación entre el nuevo art. 282 c.p.c. y el art. 431, apartados primero a cuarto, del Codice*

El objeto de este apartado es estudiar si una sentencia a favor de un trabajador, que no pueda ejecutarse provisionalmente por los trámites del art. 431 (apartados primero a cuarto) del *Codice* porque se trata de una sentencia distinta en cuanto al objeto o al contenido de las previstas en este artículo, puede ejecutarse por la vía de los nuevos artículos 282 y 283 c.p.c., que son los que regulan la ejecución provisional *ex lege* de las sentencias civiles[57].

En primer lugar, dado que el art. 282 no se refiere a las sentencias de condena, debemos plantearnos si es posible ejecutar provisionalmente sentencias declarativas o constitutivas a favor del trabajador. Según CONSOLO[58], a pesar de que en los trabajos parlamentarios de la ley de 1990 se aludió a esta posibilidad, existen diversas razones para mantener el criterio restrictivo anterior de la reforma. En efecto, según este autor, teóricamente no existe ningún obstáculo para ejecutar provisionalmente una sentencia declarativa o constitutiva, ahora bien, siempre que se prevea expresamente en una ley material o procesal. Pero el argumento de-

56. TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro,* cit., p. 210.

57. Dice el art. 282 c.p.c., reformado por la ley de 26 de noviembre de 1990, n. 353:

«La sentencia de primera instancia es ejecutiva provisionalmente entre las partes».

En cuanto al contenido del art. 283 c.p.c., también reformado por la ley de 1990, es el siguiente:

«El juez de apelación, a instancia de parte propuesta con la impugnación principal o incidentalmente, cuando haya motivos graves, suspende total o parcialmente la eficacia ejecutiva o la ejecución de la sentencia impugnada».

58. CONSOLO-LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile,* Milán, 1991, pp. 191-193.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cisivo aducido por este autor es que el art. 283, que regula la suspensión de la ejecución provisional, prevee que esta suspensión se ciña exclusivamente a la «eficacia ejecutiva» de la sentencia de primera instancia. Por tanto, si se habla de «eficacia ejecutiva», ésta sólo se puede referir a las sentencias de condena puesto que las declarativas o constitutivas no necesitan de actividad ejecutiva para ser eficaces[59].

En segundo y último lugar, en cuanto a las sentencias de condena a favor del trabajador por obligaciones distintas de las previstas en el art. 409 c.p.c., dado el silencio del art. 431, serán ejecutivas por los trámites del art. 282 c.p.c. En concreto, las especialidades de esta ejecución provisional son, en primer lugar, que el título ejecutivo será la sentencia completa y depositada en la Secretaría y no el fallo de la sentencia y, en segundo lugar, que la suspensión de la eficacia ejecutiva se adoptará si concurren «motivos graves» (art. 283) y no «daño gravísimo» (art. 431.3).

IV. La ejecución provisional de las sentencias de condena a favor del empresario

Como hemos dicho más arriba, la única reforma que la Ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353 ha introducido en el proceso laboral son los párrafos quinto y sexto del art. 431 del *Codice di procedura civile* y que se refieren a la ejecución provisional de las sentencias de condena favorables al empresario[60]. A primera vista pudiera pensarse que la razón de esta modificación pudiera estar en las dudas que sobre su constitucionalidad planteaba, antes de 1990, el art. 431 c.p.c. Pero ya vimos que, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional, llegaron a la conclusión de que el hecho de que este artículo atribuyera en exclusiva a los trabajadores la posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias favorables de condena no vulneraba el principio de igualdad del art. 3 de la Constitución italiana[61]. Por tanto, no existiendo problemas de inconstitucionalidad, la razón de esta reforma hay que buscarla en la necesidad de adecuación del régimen especial laboral al nuevo régimen general civil (en concreto los arts. 282 y 283 c.p.c.), y que ya en los trabajos preparatorios de la reforma de 1990 apoyaba la doctrina[62]. Con todo, críticamente, esta reforma ha sido calificada de «pleonástica»[63], como «consecuencia del (infundado) temor de que el nuevo art. 282 c.p.c. no pudiera aplicarse a las hipótesis para las cuales el art. 431.1 c.p.c. no preveía la ejecución *ex lege* de la sentencia de primera instancia»[64].

Por otra parte, respecto a la técnica legislativa utilizada en la reforma del art. 431 c.p.c. no ha sido acertada puesto que el quinto apartado, después de declarar la ejecutividad de las sentencias de condena a favor del empresario, se remite a la normativa establecida en los artículos 282 y 283 c.p.c.[65] (que se refieren a la ejecución provisional *ex lege* de las sentencias civiles), y si comparamos lo dispuesto en el art. 431 apartados quinto y sexto y lo que preveen los artículos 282 y 283 veremos que se trata de lo mismo salvo pequeñas diferencias. Esto nos conduce a plantearnos cuál es el sentido de la remisión a los arts. 282 y 283 del *Codice*[66]. De una lectura detenida de estos tres artículos podemos llegar a la conclusión de que, salvo en una cuestión de procedimiento, la remisión a los preceptos del proceso civil era innecesaria, puesto que la remisión que una norma hace a otra sólo adquiere sentido para lo no previsto en la norma de remisión y a lo que se refieren los arts. 282 y 283 ya lo trata el art. 431 c.p.c. Por lo tanto deberemos estar a lo dispuesto en este art. 431, y solamente en lo no regulado en este artículo estaremos a lo previsto en los arts. 282 y 283[67].

59. Con todo, sobre la ejecución provisional de sentencias constitutivas, vid. Impagnatiello, G., *La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive*, en Rivista di Diritto e Procedura Civile, núm. 1, 1992, pp. 47 a 90.

60. El contenido de los apartados quinto y sexto del art. 431 c.p.c., se puede encontrar en la nota 4 de este mismo trabajo.

61. Al respecto vid. nota 31.

62. Carpi, F. *È sempre tempo di riforme urgenti*, Rivista di Diritto e Procedura Civile, 1989, p. 479.

63. Consolo-Luiso-Sassani, *La riforma del processo civile*, cit., p. 398.

64. Luiso, F. P., *Il processo del lavoro*, cit., pp. 262-263.

65. Para ver el texto de estos artículos, vid. la nota 57 de este mismo trabajo.

66. Sobre las alternativas que el Legislador tenía, vid. De Angelis, L., *L'esecutività delle sentenze di primo grado in materia di lavoro alla luce della riforma del 1990*, Giurisprudenza italiana, 1992, Disp. 8.ª-9.ª, Parte IV.

67. No cabe, por tanto, plantearse, como hace De Angelis (artículo *cit. supra*), el alcance de la remisión al art. 282 que, al no especificar, podría suponer una ampliación de la ejecución provisional *ex lege* de las sentencias de condena a favor del empresario a otro tipo de sentencias también favorables a éste. La razón de que no podamos planteárnoslo es clara, si el art. 431.5 c.p.c. está hablando de «sentencias de condena» esto excluye cualquier remisión al art. 282 para ver si es posible la ejecución provisional de otro tipo de sentencia que no sea la de condena.

Tampoco es posible, a nuestro juicio, plantearse, como hace el mencionado autor, si en la suspensión de la ejecución provisional, el juez de apelación lo que suspende es la eficacia ejecutiva de una sentencia (art. 283) o la ejecución efectivamente iniciada (art. 431.6), ya que si el art. 431.6 habla solamente de «suspensión de la ejecución», con in-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Teniendo en cuenta lo anterior podemos concluir lo siguiente en relación con la ejecución provisional de sentencias favorables al empresario:

a) Sólo son ejecutables provisionalmente *ex lege* las sentencias de condena favorables al empresario (art. 431.5).

b) La remisión que hace el art. 431.5 c.p.c. a los arts. 282 y 283 se ha de entender solamente para lo no previsto en el art. 431 apartados quinto y sexto.

c) La ejecución se ha de realizar con la sentencia completa y no, como en el caso de la ejecución provisional de sentencias de condena a favor del trabajador, con el fallo de la misma.

d) Consecuente con lo anterior, es que no se puede aplicar a este tipo de ejecución provisional la apelación con reserva de los motivos del art. 433 c.p.c.

e) La suspensión de la ejecución provisional sólo es posible sobre la base de «motivos graves» (art. 431.6) y no por la existencia de «gravísimo daño» como en el caso de las sentencias del art. 431.1 c.p.c. Según DE ANGELIS[68], la expresión «motivos graves» del art. 431.6 hace pensar en un juicio sobre el fondo más que sobre el *periculum* que expresa el «gravísimo daño» del art. 431.3. Y así, por ejemplo, sería motivo de suspensión de la ejecución provisional, el hecho de que la sentencia fuera manifiestamente infundada.

f) De acuerdo con el art. 431.6, el juez de apelación tiene una facultad discrecional para suspender o no la ejecución provisional, pero cuando lo hace han de concurrir motivos graves[69].

g) Al contrario que para la ejecución provisional *ex lege* de sentencias civiles (art. 283 c.p.c.) y según el art. 431.6, lo que el juez de apelación suspende es la ejecución provisional iniciada y no la eficacia ejecutiva de la sentencia[70].

dependencia de lo que diga el art. 283, debemos concluir que lo que se puede suspender es, solamente, la ejecución ya iniciada.

Por último, siguiendo la misma argumentación y al contrario de DE ANGELIS, la suspensión de la ejecución es una facultad discrecional del juez de acuerdo con el art. 431.6 c.p.c. (ya que dice «puede decretar que la ejecución sea suspendida») y no un poder-deber como dispone el art. 283 (que dice que «el juez..., cuando concurran motivos graves, suspende...»).

68. DE ANGELIS, L., *L'esecutività delle sentenze di primo grado in materia di lavoro alla luce della riforma del 1990*, cit.

69. En contra DE ANGELIS, L., *L'esecutività delle sentenze di primo grado in materia di lavoro alla luce della riforma del 1990*, cit.

70. En contra CONSOLO-LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, cit., pp. 404-405.

h) Al igual que con la ejecución provisional de sentencias de condena a favor del trabajador, la suspensión puede ser también parcial (art. 431.6 c.p.c.).

i) La suspensión se adopta por el juez de apelación a instancia de parte, propuesta con la impugnación principal o de forma incidental (art. 283 por remisión del art. 431.6).

j) Por último, al igual que hicimos con la ejecución provisional de las sentencias a favor del trabajador, debemos preguntarnos si las sentencias declarativas o constitutivas favorables al empresario son ejecutables provisionalmente. Como ya hemos dicho, según el art. 431.5 c.p.c., no cabe la ejecución provisional de este tipo de sentencias por los trámites del art. 431 pero ¿sería posible por los trámites previstos para la ejecución provisional *ex lege* de las sentencias civiles (arts. 282 y 283)? La respuesta a la pregunta anterior debe ser ejecución provisional *ex lege* de las sentencias constitutivas o declarativas favorables a los trabajadores.

V. EFECTOS QUE TIENE LA SENTENCIA POSTERIOR SOBRE LA QUE SE HA EJECUTADO PROVISIONALMENTE

Una vez ejecutada provisionalmente una sentencia laboral de primera instancia ésta puede ser confirmada o revocada por la sentencia que se dicte posteriormente en apelación o casación. Esto plantea el problema, que ya vimos para el ordenamiento jurídico español, de determinar los efectos que tiene esta sentencia posterior sobre la ejecutada provisionalmente. Si la sentencia que se dicta posteriormente confirma la de la instancia no se plantea ningún problema porque los actos ejecutivos realizados devienen firmes. Los problemas surgen cuando la sentencia dictada en apelación o casación revoca la ejecutada provisionalmente según el art. 431 c.p.c.

Sobre esta materia no encontramos en el *Codice di procedura civile* ningún precepto específicamente laboral que nos dé una solución a los problemas que se puedan plantear, por lo que debemos acudir al art. 336 c.p.c.[71]. En concreto es el apartado segundo de este artículo, reformado por la ley de 1990, el que fija una regla de carácter general al respecto

71. Dice el art. 336 c.p.c.:

«La reforma o casación parcial tiene efecto también sobre las partes de la sentencia dependientes de la parte reformada o casada.

La reforma o la casación extiende sus efectos a las disposiciones y a los actos dependientes de la sentencia reformada o casada».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

al prever que la revocación, en apelación o casación, de la sentencia ejecutada provisionalmente se extiende a los actos y disposiciones dependientes de dicha sentencia. Por tanto, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, el *Codice di procedura civile* ha establecido un principio de carácter general por el cual la sentencia posterior sustituye inmediatamente a la ejecutada provisionalmente[72] y los actos ejecutivos realizados pierden su eficacia, todo ello sin esperar a la firmeza de la sentencia de apelación[73]. Lo anterior significa que las cosas han de volver al estado en que se encontraban antes de la ejecución y así, por ejemplo, en el caso de haberse entregado sumas de dinero, deben devolverse. El problema es que, al ser un principio de carácter general habrá de concretarse para cada caso si bien, salvo lo que a continuación comentaremos, no se plantean problemas en la práctica.

Para terminar este apartado, debemos referirnos a la relación entre el apartado segundo del art. 336 del *Codice di procedura civile* y el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano, que establece la ejecución provisional de la sentencia que condena a la reintegración del trabajador despedido ilegalmente en su puesto de trabajo, y que, recientemente, ha sido reformado por la ley de 11 de mayo de 1990, núm. 108. La razón de que nos planteemos la relación entre uno y otro artículo es debida a que el apartado segundo del art. 336 c.p.c., al prever que la sentencia de reforma (apelación o casación) puede revocar los actos realizados en virtud de la ejecución provisional, puede modificar la suerte del trabajador reincorporado a su puesto de trabajo en virtud del art. 18 del *Statuto dei Lavoratori,* así como de las cantidades percibidas tanto en concepto de

72. Nótese que hemos dicho «inmediatamente», siendo la razón de utilizar esta expresión el hecho de que la sentencia de apelación, según el art. 337.1 c.p.c., es ejecutiva *ex lege* desde que se dicta.

73. Antes de la reforma de 1990, el art. 336.2 c.p.c. decía que sólo «la sentencia de apelación firme» extendía sus efectos sobre los actos dependientes de la sentencia apelada.

Esta previsión produjo una gran controversia doctrinal y jurisprudencial porque no se sabía cuál era la incidencia sobre la ejecución provisional *ex lege*. La discusión se centraba sobre si la sentencia de apelación sustituía inmediatamente o no a la sentencia apelada, y si extendía inmediatamente sus efectos a los actos dependientes de la sentencia apelada o había que esperar a la firmeza de la misma. Así las cosas, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia llegaron a la conclusión de que la sentencia de apelación extinguía la eficacia ejecutiva de la sentencia de primera instancia con efecto inmediato (en el sentido de no poder continuar o iniciar en ese momento el proceso ejecutivo), pero los actos ejecutivos realizados producían sus efectos hasta la firmeza de la sentencia de apelación.

Para un resumen de las posturas doctrinales apuntadas, vid. CARPI-COLESANTI-TARUFFO, *Commentario breve al Codice di procedura Civile,* Milán, 1984, pp. 471-472.

indemnización como de remuneración por el trabajo realizado. El tema es importante y ha suscitado una discusión doctrinal y diversos pronunciamientos jurisprudenciales[74].

Las conclusiones a las que ha llegado la doctrina para el caso de que la sentencia posterior revoque la que condenaba a la reintegración del trabajador en su puesto de trabajo y se haya ejecutado provisionalmente, se pueden resumir en las siguientes[75]:

a) Si la sentencia de apelación declara el despido ajustado a derecho y revoca la sentencia que condenaba a la reintegración del trabajador y ésta se había ejecutado provisionalmente, el trabajador reintegrado debe abandonar el puesto de trabajo.

b) Las cantidades percibidas como retribución por el trabajo realizado durante el tiempo comprendido entre la sentencia de primera instancia ejecutada provisionalmente y la de reforma, evidentemente no se pueden reclamar por el empresario.

c) La cantidad recibida como indemnización, según el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano, por el tiempo transcurrido entre el despido y la reintegración al puesto de trabajo en virtud de la sentencia de primera instancia, la podrá reclamar el empresario si la sentencia de apelación así lo reconoce.

d) En el caso de que no se haya producido la reintegración del trabajador en el puesto de trabajo pero se hayan abonado cantidades como sustitución de esa reintegración en virtud del art. 18 del *Statuto dei Lavoratori,* también deberán ser devueltas al empresario.

e) Por último, en el caso de que no se haya producido la reintegración del trabajador en el puesto de trabajo pero se haya pagado la indemnización correspondiente al tiempo entre el despido y la sentencia de primera instancia, esa cantidad ha de ser también devuelta al empresario.

VI. CONCLUSIÓN

Para terminar el presente trabajo y como conclusión del mismo, queremos destacar los siguientes puntos en los que resumimos las diferencias y semejanzas más sobresalientes entre la ejecución provisional italiana y la española:

74. Vid. al respecto la nota número 200 de LUISO, F. P., *Il processo del lavoro,* cit., p. 316.

75. CONSOLO-LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile,* cit., pp. 254-258.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Primero. — No existe en el ordenamiento jurídico español una norma como la del art. 431 del *Codice di procedura civile* en la que se prevea, con carácter general, la ejecución provisional *ex lege* de las sentencias laborales. Lo único que prevee la LPL es, que en algunos supuestos (arts. 287.1, 288.1, 292.1, 293, 299 y 301), sea la ley directamente y no el juez la que cree el título ejecutivo.

Segundo. — Respecto a la fianza o caución, que se podría exigir para otorgar la ejecución provisional de una sentencia laboral y garantizar así los posibles daños y perjuicios que se puedan causar al ejecutar provisionalmente una sentencia que puede ser revocada por el tribunal superior, no es preceptiva en el ordenamiento jurídico español ni en el italiano.

Tercero. — No existe en la LPL española la posibilidad de suspender la ejecución provisional para el caso de que se puedan producir perjuicios al recurrente, mientras que en Italia el art. 431 c.p.c. sí que lo prevee (aunque, exactamente, se trata de dos supuestos, uno para las sentencias favorables a los trabajadores y otro para las sentencias favorables a los empresarios).

Cuarto. — No es posible en España la ejecución provisional de sentencias favorables al empresario, mientras que en Italia sí que es posible en virtud del art. 431.5 c.p.c.

Quinto. — En relación con la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente por la sentencia dictada posteriormente en apelación o casación, a diferencia del proceso laboral español donde existen normas específicas (arts. 290, 291, 292.2, 298), el italiano, en el art. 336.2 c.p.c., ha establecido un principio de carácter general. Este principio consiste en que la sentencia posterior sustituye inmediatamente a la ejecutada provisionalmente y los actos ejecutivos realizados pierden su eficacia, todo ello sin esperar a la firmeza de la sentencia de apelación.

AUDIENCIA PUBLICA

De los periódicos

700 pleitos de faltas han prescrito por el colapso de un juzgado de Valls

JOSEP GARRIGA, **Tarragona**

700 procedimientos de faltas instruidos en el Juzgado de Instrucción número 2 de Valls (Alt Camp) han prescrito por el colapso que ha padecido esa oficina judicial en los últimos años al carecer de juez titular. Según la memoria de la fiscalía de la Audiencia de Tarragona, el juzgado de Valls acumuló desde 1987 más de 700 procedimientos judiciales por faltas.

El retraso se ha debido, principalmente, a la falta de jueces titulares para los juzgados de Valls y a las constantes peticiones de traslado de los que se incorporan. Los suplentes sólo atendían las causas urgentes o con el presunto autor en prisión.

La prescripción de las causas ha provocado una oleada de quejas en los colegios de abogados de la provincia por parte de los afectados. La mitad de los procedimientos eran por accidentes de circulación, lo que ha impedido a los implicados cobrar las cantidades de las pólizas de seguro de sus vehículos.

El País.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Aplazamiento del tercer juicio por la presa de Tous

Dilación culpable

Parece una broma de mal gusto que un procedimiento judicial llamado *de urgencia* pueda demorarse hasta 11 años. Pero éste es el retraso que lleva el caso del hundimiento de la presa de Tous. Y eso de momento, pues nadie sabe lo que puede durar aún. De hecho el tema no quedará cerrado hasta que los familiares de las víctimas y los damnificados materiales cobren las indemnizaciones que les correspondan, y para eso seguro que faltan años.

Hasta ahora el juicio ha sido convocado tres veces. En la primera –1987– se suspendió porque faltaban algunos presuntos culpables. Fue un error. En la segunda –febrero de 1989– llegó a concluirse, pero fue anulado posteriormente por el Supremo a causa de que un magistrado de la sala había formado parte de la instrucción de la causa, cuando eso está prohibido. Era perfectamente evitable. La tercera convocatoria, ahora, apenas ha durado cinco minutos por otra irregularidad formal que se debía haber previsto.

Debemos juzgar lo sucedido con la presa de Tous, pero luego haríamos bien en sentar en el banquillo y juzgar a los responsables de esos errores judiciales y a los que han hecho posible la demora. Mientras la Justicia española no sea capaz de eso, no creeremos en ella. Cerca de 32.000 damnificados están siendo burlados. No es de extrañar que 4.500 de ellos, asqueados, hayan renunciado a las posibles indemnizaciones. Lo dramático es que 27.500 estén aún pendientes de la sentencia una vez han visto como funcionan nuestros tribunales.

el Periódico

OPINION JUEVES 9 DE SEPTIEMBRE DE 1993 Expansión

Los tribunales españoles son bastante lentos. Esto es grave. Pero es más grave en un caso: el del Tribunal Constitucional.

IÑIGO COELLO DE PORTUGAL

La lentitud del Tribunal Constitucional

La justicia española, considerada como servicio público, no funciona del todo bien. De los diversos defectos de este servicio, yo diría que el principal es su lentitud, siempre amparada en la excusa de que "hay muchos asuntos". Nos hemos acostumbrado a que los órganos jurisdiccionales nunca cumplan los plazos procesales. Por lo que se ve, sólo las partes tienen que cumplir los plazos, pero no los jueces.

> *Teniendo en cuenta el retraso del TC, los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad deberían resolverse antes que los demás*

Si esto es grave en general, resulta difícil de aceptar para el caso del Tribunal Constitucional (TC). Este órgano jurisdiccional funciona lento, y no será por falta de dinero. Desde que existe (1980) hasta 1991, los presupuestos le han asignado 8.609.092.000 pesetas. Esta cantidad ha servido para que dicten 1.887 sentencias. O sea, que cada sentencia nos ha salido por más de siete millones de pesetas (concretamente 7.252.815 pesetas). Si tomamos en cuenta, además de las sentencias, todos los autos y providencias "definitivos" (en total se han dictado 15.638), el importe baja un poco, pero sigue siendo alto: a 550.523 pesetas la providencia. Un poco caro, ¿no?

Ley Corcuera

Precios aparte, los litigios que ante el TC se ventilan, y los derechos que ante él se alegan, hacen especialmente necesario que este órgano jurisdiccional resuelva rápido. Sobre todo, porque decide los pleitos que pretenden la anulación de una ley, y que, por tanto, tienen una importancia social extraordinaria, pues la leyes recurridas se están aplicando. Por ejemplo: en este momento, está recurrida, y no obstante se aplica, la "Ley Corcuera". Otro buen ejemplo de tardanza irritante puede ser éste; el IRPF que hemos pagado el pasado 21 de junio puede ser inconstitucional. Está recurrido. El recurso contra el Decreto-Ley se interpuso el 23 de octubre de 1992. Pero el TC... aún no ha resuelto. Así que, encima de costarnos un dineral cada sentencia, posiblemente hemos pagado de más a Hacienda, por causa de la lentitud del TC. El recurso contra la Ley llamada "de conversión" se interpuso el 25 de febrero de 1993. El tema era urgente –habla que pagar en mayo–. También está sin resolver.

El TC no difunde Memoria anual, ni estadísticas oficiales de su funcionamiento que se presenten anualmente al Congreso de los Diputados o al Senado, al contrario de lo que ocurre con el Consejo General del Poder Judicial. No sufre, por tanto, molestas auditorías. Así que no es posible examinar la lentitud del TC con cifras actualizadas. Lo último que hay publicado se refiere al periodo 15-VII-1980 al 31-XII-1991. Aunque los datos sólo numéricos no basten para valorar del todo la labor de la justicia, algo sí dicen. Resulta que el 1 de enero de 1992 estaban sin resolver dos recursos inconstitucionales interpuestos en... ¡1985! Pero además, también otros 15, interpuestos en 1986, 22 interpuestos en 1987, 32 interpuestos en 1988, 40 interpuestos en 1989, 25 de 1990, y 12 de 1991. O sea, 148 recursos de inconstitucionalidad pendientes. Y 115 cuestiones de inconstitucionalidad. Y 1.774 recursos de amparo.

> *El TC no difunde Memoria anual, ni estadísticas oficiales de su funcionamiento que se presenten anualmente al Congreso o al Senado*

Por qué tanto retraso

Es curioso, porque la Ley orgánica del Tribunal Constitucional obliga a éste a resolver los recursos de inconstitucionalidad en un plazo muy corto. ¡Ay, de recurrente que se pase un día del plazo! Pero, eso sí, el TC dictará sentencia cuando quiera.

¿Por qué estos retrasos? Justificaciones, no hay. Causa, puede haber alguna. Es como si nos preguntamos por el estado de las carreteras. Puede que haya alguna causa para tanto bache. Pero ello no excusa a la Administración Pública de su poca eficacia.

Algún remedio hay que poner. No nos acostumbramos a que el TC funcione lentamente. No tiene por qué ser así. Su Estatuto, contenido en una débil Ley orgánica, es muy maleable, y puede modificarse sin grandes problemas. La Constitución dice muy poco sobre el TC. Apenas nada. La mayoría de su regulación está en una Ley orgánica, que, de seguir así, convendrá adaptar a las circuntancias.

Como parche a corto plazo, yo propongo éste, sin perjuicio de otras posibles reformas: por el bien de los temas socialmente más importantes, y de la función política que corresponde al TC, éste debería ocuparse prioritariamente de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Los recursos de amparo, los conflictos de competencia y los demás rollos que se apilan en el TC, desde luego son muy importantes y hay que resolverlos bien. Es verdad. Pero, teniendo en cuenta el retraso del TC, me parece que los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad deberían resolverse antes que los demás, y con total preferencia, ya que afectan a todos los ciudadanos, y no sólo a lo recurrentes. Así es mucho mejor para la seguridad jurídica. De entre las necesarias reformas de la Ley orgánica del TC, esta es la primera: impedir que el TC resuelva amparos, mientras tenga recursos de inconstitucionalidad pendientes de sentenciar el plazo. Así, el año que viene, cuando paguemos la renta, sabremos si lo que estamos pagando es justo o no.

La justicia española, también la constitucional, tiene que funcionar mejor. Para que las cosas públicas funcionen bien, habrá que hacer las reformas legislativas que sean necesarias. También del Tribunal Constitucional. Y no creo que haga falta esperar a que nos condenen otra vez en Estrasburgo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

JUSTICIA 93

NUMERO IV

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JOSÉ V. GIMENO SENDRA
JUAN L. GÓMEZ COLOMER
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
JOSÉ S. MARTÍN OSTOS
JUAN MONTERO AROCA
VÍCTOR M. MORENO CATENA
MANUEL P. ORTELLS RAMOS
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO

1993

JOSÉ MARÍA BOSCH EDITOR, S. A. — BARCELONA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«JUSTICIA 93» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), José M.ª Bosch, editor, S. A., Rosselló, 22 08029 — Barcelona, Tel. (93) 419 77 50.

DIRECCION (originales, libros para recensiones), Dr. Francisco Ramos Méndez, Paseo de Gracia 92, 08008 Barcelona. Tel. (93) 487 11 12. Tx 59398 FRM. Fax (93) 487 35 62.

© 1993, José M.ª Bosch, editor, S. A.
Rosselló, 22 — 08029 Barcelona

Depósito legal: B. 19.117-87
ISSN (en trámite)

Printed in Spain/Impreso en España por
COMETA, S. A. — Ctra. Castellón, Km. 3,400 — Zaragoza

INDICE

DACIONES DE CUENTA

Los principios del proceso civil por José Luis Vázquez Sotelo 599

El principio de publicidad en el sumario por Mar Jimeno Bulnes .. 645

La prueba en los juicios verbal y de cognición tras la reforma procesal de 1992 por Javier Oraá González 719

DESPACHO ORDINARIO

Los Tribunales han dicho por C. Català Comas, F. Málaga Diéguez y B. Mora Capitán 729

COMISIONES ROGATORIAS

Perspectivas de armonización de las normas sobre la ejecución forzosa en la Comunidad Económica Europea por Giuseppe Tarzia. 805

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS 823

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DACIONES DE CUENTA

LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL

JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

I. Concepto y significación. — II. Clasificación. — III. Principios jurídico-naturales: 1. Imparcialidad del Juez; 2. Dualidad de partes o posiciones; 3. Audiencia de las partes o contradicción; 4. Igualdad de las partes. — IV. Principios constitutivos. Principio que rige la tutela: El principio dispositivo: 1. Introducción. La confusión tradicional; 2. El principio dispositivo. Concepto y fundamento; 3. El principio de aportación de parte. Concepto y fundamento; 4. Vieja y nueva terminología; 5. Distinta significación de uno y otro principio; 6. Manifestaciones del principio dispositivo: *a)* El principio de la demanda; *b)* El principio de la excepción; *c)* El principio de la congruencia; *d)* La impugnación particular de las sentencias; *e)* Transacción o convenio sobre el objeto litigioso; *f)* Ejecución de sentencias sólo a instancia de parte legítima. 7. Significación política del principio dispositivo. — V. Principio que rige la sustanciación del proceso: El principio de aportación de parte: 1. Concepto. Su reconocimiento en la LEC; 2. Fundamento; 3. El proceso civil no dispositivo. — VI. Principios relativos a la valoración de la prueba. La valoración legal y la libre valoración de la prueba: 1. Distinción; 2. El sistema de valoración legal de la prueba; 3. Tránsito a la libre valoración de la prueba; 4. Subsistencia de reglas legales sobre la prueba; 5. Las reglas de la «sana crítica». — VII. Principios del procedimiento (I). Impulso oficial y preclusión: 1. Principio de «impulso oficial»; 2. Preclusión procesal y «eventualidad». — VIII. Principios del procedimiento (II). Escritura y oralidad: 1. La forma escrita y la forma oral; 2. La oralidad en el proceso civil español y en reciente legislación. — IX. Consecuencias de la escritura y exigencias de la oralidad: 1. Consecuencias de la escritura; 2. Exigencias de la oralidad.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. Concepto y significación

1. Conviene ante todo distinguir entre principios y aforismos o reglas jurídicas. Debemos a Justiniano la inclusión en el *Digesto* de una colección de *regulae iuris* que han llegado hasta nuestros días y que constantemente se repiten en los trabajos doctrinales o en escritos forenses y de las que hace uso también la Jurisprudencia. Esto hace que sea fácil confundir esos aforismos con los principios procesales, creyendo que cada afirmación traduce un principio. Y se explica así que en algunas elaboraciones doctrinales se incluya una interminable lista de supuestos «principios» formada a base de múltiples aforismos o reglas jurídicas. Así se ha hablado vg. del «principio de adquisición» procesal, en materia de pruebas, o del «principio de no sugerencia» en los interrogatorios, llegándose a exposiciones hipertrofiadas con un frondosísimo elenco de supuestos principios.

Es necesario reaccionar contra esa confusión que es científicamente recusable porque, como se ha dicho, «la dogmática no debe ceder su sitio a la principiología». Y contra la rutinaria invocación de aforismos ya advirtió Enneccerus que algunas veces enuncian y traducen realmente un principio mientras que otras pueden ser manifestación de pereza mental.

2. El principio representa un criterio o *idea fundamental* que configura, inspira y domina una institución o materia. Y los principios procesales son (solo) los criterios básicos constitutivos o informadores del proceso (en este caso el proceso civil).

3. A través de los principios se puede observar la significación *artística, axiológica* y *técnica,* de la regulación procesal.

Los principios tienen esa múltiple significación. Además de suponer una técnica deben reflejar los valores reconocidos por el ordenamiento jurídico de acuerdo con las normas de cultura y de la convivencia política de cada época histórica. En este sentido podría hablarse de una «estimativa procesal» dentro de la «estimativa jurídica» que (siguiendo a Max Scheler) se ha elaborado en la Filosofía del Derecho. Así, por ejemplo, Couture presentó al Congreso de Derecho Procesal de Madrid de 1955 una comunicación sobre *Proposiciones lógicas y axiológicas* y Prieto-Castro formuló en aquel Congreso su Informe General sobre *Principios políticos y técnicos* para una proyectada Ley Procesal Civil Uniforme. Lo cual se explica porque el proceso es en sí mismo un producto cultural en el que se refleja (especialmente en el proceso penal) los valores de la constitución política de cada etapa histórica.

4. Aspecto muy importante es el valor vinculante que deba reconocerse a los principios jurídicos (en nuestro caso a los auténticos principios procesales).

Tradicionalmente se ha sostenido que los principios son sólo criterios inspiradores del ordenamiento que pueden ser tomados como directivas para la interpretación y aplicación de la ley pero sin valor normativo. Este es un punto de vista muy autorizado desde las obras más clásicas de Scialoja y Del Vecchio. Y así entre nosotros ha escrito Puig-Peña respecto de los principios jurídicos generales que «la incorporación de un principio al sistema jurídico sólo se realiza de dos modos: o bien si el legislador lo traduce en norma o bien si el órgano jurisdiccional que tiene el monopolio de la Jurisprudencia lo convierte en doctrina legal invocable».

Este punto de vista tradicional ha sido sometido a impugnación recientemente. Los constitucionalistas (Crisafulli) han puesto de relieve que en las Constituciones existen unas «declaraciones o disposiciones de principio» a las que se debe reconocer valor normativo, tanto por su origen (ya que son la generalización de normas particulares) como por su función, que no es distinta de la que corresponde a las normas.

Y desde la Teoría General del Derecho Bobbio (en sus estudios de Teoría General y al estudiar esta voz en el *Novissimo Digesto*) ha aportado un criterio muy clarificador al distinguir entre a) *principios informadores* o inspiradores y b) *principios normativos*. Una distinción parangonable a la que media entre las normas fundamentales «programáticas» o inspiradoras y normas «de aplicación directa». Mientras que las primeras deben esperar a su desarrollo en textos legales las segundas tienen aplicación directa o inmediata, derivada directamente de la Constitución o Ley Fundamental, ya que generalmente incorporan garantías. A este respecto en nuestra Constitución vigente tenemos buenos ejemplos: las previsiones del art. 24 son principios normativos, incorporan principios que están tomados como «garantías» y son normas de aplicación directa. En cambio la previsión del art. 125 en el sentido de que «habrá Jurado» o la del art. 120 disponiendo que el procedimiento será predominantemente oral, requieren que el legislador incorpore y refleje en las leyes esas previsiones de principios.

II. Clasificación

1. Una primera distinción puede hacerse, siguiendo a Carnelutti, distinguiendo entre «principios ontológicos», «lógicos» y «éticos» del pro-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ceso y contraponiendo lo que este autor llamaba «principios físicos» o constitutivos del proceso (los principios técnicos) con los «metafísicos».

Distinción similar puede hacerse, siguiendo a GUASP, entre principios «jurídico naturales» y principios «técnicos». Los primeros son como una supralegalidad natural, esté o no reconocida en las leyes positivas, sin la cual no puede haber proceso sino a lo sumo apariencia o simulacro de proceso (como la igualdad y audiencia de las partes), mientras que los principios técnicos contemplan los criterios según los cuales un determinado legislador ha construido y regulado el proceso (como los principios de oralidad o de escritura). A diferencia de los anteriores éstos pueden cambiar de un tiempo a otro y de una legislación a otra.

2. Ahora bien, nuestra Constitución ha elevado a garantías algunas exigencias procesales, otorgándoles la protección especial de las normas constitucionales directamente aplicables. Por ello una clasificación más actual y clarificadora puede consistir en distinguir entre

a) Principios jurídico-naturales, que afectan a la esencia y estructura del proceso.

b) Principios procesales constitucionalizados (tomados como «garantías»).

c) Principios técnicos del proceso, los cuales a su vez deben distinguirse en:

— Principios que rigen la tutela judicial

— Principios que regulan la aportación del material fáctico necesario para la cognición judicial

— Principios relativos a la valoración de la prueba

— Principios del procedimiento o formas procesales.

3. Conviene hacer todavía una precisión. Los principios procesales se estudian siempre referidos al proceso de cognición o declarativo, lo cual se comprende por ser tradicionalmente el más estudiado. Pero debe advertirse que el proceso de ejecución tiene a su vez sus propios criterios básicos o fundamentales, es decir, sus principios. (Sobre aplicación a la ejecución de los principios del proceso de cognición, LIEBMAN, *I presupposti dell'esecuzione forzate;* REDENTI, *Diritto processuale civile;* III; BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata,* Cap. I, 13-14; TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo;* MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*).

III. PRINCIPIOS JURÍDICO-NATURALES

Se refieren a la estructura del proceso. Son los principios de dualidad de partes o de posiciones, de audiencia de las partes o contradicción y de igualdad de las partes.

1. *Imparcialidad del Juez*

1. La imparcialidad del Juez es un presupuesto jurídico-natural de todo proceso. Es hoy también una garantía al venir exigida por el Código de derechos y garantías fundamentales del art. 24 de nuestra vigente CE.

El Juez en el proceso está en una posición «super-partes» y por eso se exige su imparcialidad. Ya la más antigua definición del juicio, atribuida a BÚLGARO, situaba al Juez en una posición equidistante de las dos partes *(iudice in medio cognoscendi)* es decir, en una posición de imparcialidad.

Frente a las partes el Juez es un tercero cuya imparcialidad deriva de no tener ninguna implicación personal con el caso a resolver. Esta verdad elemental que expresa el dicho popular que recuerda la incompatibilidad entre «ser Juez y parte» ha sido elevada a la categoría de nota definidora de la Jurisdicción a partir de CHIOVENDA *(Principii di diritto processuale civile)* caracterizando la actuación del Juez por la nota de su *alienitá* o *terzietá* respecto del caso a resolver (nota que consiste en hallarse el Juez «fuera de la relación jurídica sobre la cual se debe pronunciar»). Una nota que está gráficamente representada en el fiel de la balanza con la que suele representarse a la Justicia.

Y frente a los Defensores de las partes, como razonadores de pie forzado, el Juez, en esa posición super-partes, es un «razonador imparcial», que debe acercarse al caso a resolver con la exquisita asepsia mental propia de quien ha de resolver sobre un asunto en el que nada le va y al que es ajeno en todo lo que no sea determinar la solución jurídica que corresponde.

Gracias a su imparcialidad el Juez en el proceso no sólo tiene *potestas* sino también *auctoritas*. Se trata de una exigencia tan universalmente sentida que las legislaciones, a pesar de exigir Jueces juristas, buenos conocedores del Derecho que han de aplicar, suelen admitir algunos supuestos de Jueces legos, que juzgan sin saber Derecho (los Jueces de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Paz, a veces los Jueces suplentes y los que integran el Jurado). Pero lo que no se admitió nunca es que el Juez pueda ser de antemano parcial.

2. Para garantizar la imparcialidad judicial (de los Jueces y de todos los que integran los equipos humanos de los Juzgados y Tribunales) las leyes procesales establecen causas y mecanismos procesales de *abstención* y de *recusación,* a fin de que el Juez que se considere afectado por alguna circunstancia que afecte a su imparcialidad deba abstenerse de intervenir o pueda ser solicitado su apartamiento del proceso por la parte interesada. Históricamente respecto del *iudex suspectus* existía además en nuestra legislación una categoría de supuestos en los que la causa que ponía en entredicho la imparcialidad del Juez era tan profunda (vg. el parentesco muy próximo) que se consideraban como *causas de exclusión* del Juez de modo que el proceso y la sentencia dictada era radicalmente nula aún cuando la parte no hubiese hecho valer la circunstancia como causa de recusación.

Se ha objetado que también los funcionarios administrativos están sujetos a abstención y recusación y también tienen que ser imparciales. Ello es cierto. Pero no es de esencia que lo sean. Por ello la garantía última no la proporciona nunca la Administración sino la Jurisdicción, en la cual, en un Estado de Derecho, debe quedar residenciado siempre el control último de las actuaciones de la Administración, con muy contadas y cada día más limitadas excepciones. También se ha objetado que mientras un funcionario administrativo puede ser imparcial es posible que el Juez sea parcial y pese a ello su sentencia vale igual. El argumento no es aceptable porque toma la patología por la fisiología, lo que no debe ser por lo que alguna vez puede suceder. Es como si la teoría de la sentencia se levantase sobre la sentencia errónea o sobre la sentencia injusta.

3. Existen una serie de construcciones procesales al servicio de la imparcialidad, como cualidad suprema del Juez que conviene siempre preservar, tales como:

a) La jurisdicción se define como actividad reclamada. El principio de la demanda, que luego estudiaremos, está enunciado en la regla de oro del proceso civil: *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*. Sin demanda y demandante no puede haber Juez. Este no puede actuar de oficio en cuestiones de derecho privado porque de hacerlo así dispondría de derechos ajenos y se convertiría en Juez y parte.

b) El Juez debe estar preestablecido y predeterminado por la ley. El *iudex ex post,* nombrado después de haber surgido el conflicto, es

sospechoso de carecer de imparcialidad. *Por eso se exige que el Juez esté preestablecido y predeterminado por la ley.*

c) La construcción dialéctica del proceso, mediante las recíprocas alegaciones y pruebas y el principio de contradicción, salvaguarda la imparcialidad del Juez.

d) Como después veremos, los poderes que se reconocen al Juez en la dirección del proceso y en la aportación de pruebas, deben establecerse en términos que no menoscaben su imparcialidad, riesgo que se produce si el Juez tiene que descender de su pedestal y ocupar la posición de parte.

e) Incluso el proceso penal, a pesar de versar sobre ofensas que afectan a la comunidad, contra las cuales es necesario reaccionar mediante una actuación «de oficio», está construido artísticamente de modo que el Juez que deba juzgar no tenga que realizar actividades propias de la parte. Por eso el proceso penal moderno es «acusatorio», de modo que la función de acusar se mantenga alejada de la función de juzgar. Y por eso se prohíbe que el Juez que ha sido Instructor de la causa sea después Juez del juicio, para evitar que se sienta «contaminado» por el esfuerzo físico (e incluso psíquico) de la Instrucción. Fue ésta una sabia previsión de nuestra LECrim. ya en el pasado siglo que fue olvidada después con las reformas de los procedimientos «de urgencia» o acelerados (a partir de la L. 3/1967 y en la L.O. 10/1980) hasta que hubo de ser restablecida por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional aplicando los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, obligando finalmente al legislador a promulgar la nueva «Ley del Procedimiento Abreviado» (L.O. 7/1988, de 28 de diciembre) restableciendo aquella incompatibilidad natural entre instruir y juzgar.

4. La imparcialidad no debe confundirse con la neutralidad.

Consiste la neutralidad en convertir al Juez en un simple espectador de lo que pasa ante él en un proceso, sin poder tomar iniciativas. Es el Juez cruzado de brazos y con la boca cerrada. En un pasaje de la Exposición de Motivos de la LECrim. cuando se presenta a los jueces del plenario «pasivos, retraídos» como «jueces silenciosos del campo» se hace referencia al Juez neutral más que al Juez imparcial.

La neutralidad es una exasperación de la imparcialidad. Hoy, por el contrario, se defiende que el Juez, sin bajar a la arena del combate procesal, pueda tener en la dirección del proceso y en la práctica de la prueba todas las facultades necesarias para dictar sentencias justas. Así se le permite pedir explicaciones o aclaraciones a los testigos y a los peritos y ordenar la práctica de toda clase de pruebas como diligencias

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

probatorias «para mejor proveer» (art. 340 LEC. vigente). No puede realizar, en cambio, actividades de investigación o de pesquisa, impropias de la función judicial en el proceso civil.

5. La imparcialidad tampoco debe confundirse con la independencia del Juez. Los Jueces tienen que ser independientes para que puedan sentirse seguros en el ejercicio de su oficio. Por eso se les debe proteger de toda posible influencia de los poderes políticos, sociales o económicos y se les hace depender «sólo de la ley». Deben ejercitar su función «sin favor y sin temor» según dice una fórmula inglesa. Gráficamente expresó esta exigencia COUTURE en un bello texto: «el día que los jueces de un país tienen miedo los ciudadanos no pueden dormir tranquilos» (*La Justicia inglesa,* «Estudios», I, pág. 156). Por eso se tiende al «autogobierno de la Magistratura», por medio de órganos específicos, no políticos ni dependientes del Ejecutivo, como (en España) el Consejo General del Poder Judicial y por eso se afirma su *inamovilidad,* para que sólo puedan ser suspendidos en sus funciones o cesados o trasladados por causas y mediante procedimientos y órganos legalmente establecidos.

La diferencia entre independencia e imparcialidad se mantiene porque aquélla está al servicio de un correcto ejercicio de la función judicial y garantiza que el Juez pueda ser imparcial. Pero es evidente que un Juez puede ser independiente y sin embargo no ser imparcial. Y viceversa: siempre ha habido casos de Jueces que han sabido resistir las presiones que se ejercieron sobre ellos, a veces en situaciones de precaria independencia, y, pese a ello, más de una vez con su heroismo personal, se mantuvieron imparciales a la hora de juzgar.

6. Así como la imparcialidad es un presupuesto que se refiere al Juez hay tres principios jurídico-naturales que hacen referencia a las partes: la dualidad, la audiencia recíproca y la igualdad entre las partes.

2. *Dualidad de partes o posiciones*

1. Todo proceso requiere como mínimo dos partes o dos posiciones parciales, una la del actor y otra la del demandado. Esta exigencia ya la expresó BÚLGARO en su aludida definición del juicio como *actus ad minus triumpersonarum.* Todo juicio requiere como mínimo tres personas: el actor *(actore intendentis),* el demandado *(reus intentionem evitando)* y el juez *(iudice in medio cognoscendi).*

2. La dualidad de partes significa que no es admisible la figura del «autoproceso», que sería una trasposición al campo del proceso de la figura del autocontrato del Derecho Civil. Un juicio contra sí mismo o consigo mismo carece de sentido. No obstante a veces se defiende la posibilidad de que alguien litigue frente a sí mismo por ostentar dos cualidades distintas, cada una de las cuales haría valer en una posición de parte. Se interpreta entonces el principio de dualidad de partes como dualidad de posiciones.

3. La dualidad de partes no exige que en cada una exista una sola persona (un demandante y un demandado). Por el contrario, se admite que en cada posición de parte puedan concurrir múltiples personas (múltiples demandantes o múltiples demandado y ambas cosas a la vez). Se producen entonces las situaciones litisconsorciales que nuestra LEC. regula como acumulación de acciones (arts. 153 y 156 LEC).

4. La inexistencia de partes contrapuestas es una de las notas que mejor definen a la denominada Jurisdicción Voluntaria, en cuyos procedimientos se actúa *inter volentes.* Así resulta de la definición legal del art. 1.811 LEC. que caracteriza dichos procedimientos por no existir cuestión empeñada «entre partes conocidas y determinadas».

3. *Audiencia de las partes o contradicción*

1. El principio de contradicción alude a que el proceso tiene una construcción dialéctica y en el debate judicial las dos partes deben ser oídas. La expresión «audiencia», de tanto abolengo entre nosotros, hace referencia directa a esa necesidad de oír o escuchar a las dos partes en conflicto, resultando expresión más gráfica y expresiva que la de contradicción de partes. El aforismo latino *audiatur est altera pars* o el dicho castellano «nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio» (que en realidad exige sólo haber tenido la «posibilidad» de ser oído, se utilice o no) condensa este principio o exigencia jurídico-natural que hoy tiene apoyo constitucional en el art. 24 de la CE.

2. En efecto, la vulneración de esta exigencia si no es imputable a la propia parte conduce a la situación de *indefensión,* expresamente prohibida por el art. 24, 1, de la CE. La situación de indefensión debe ser reparada por medio de los recursos procedentes contra la resolución (art. 1.692, 3.º, LEC. y art. 240 LOPJ) y en su caso mediante demanda de amparo ante el TC. como órgano final de tutela de los derechos y garantías fundamentales. La consecuencia tiene que ser la nulidad del procedimiento en el que la indefensión se haya producido reponiéndolo al mo-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mento procesal correspondiente para que pueda ser seguido conforme a la ley y con respeto a las garantías constitucionales quebrantadas.

3. La «audiencia de la parte» no puede faltar nunca, en ningún tipo de juicio o actuación procesal. Pero es posible modificar su funcionamiento de modo que no impida que el proceso alcance su eficacia y utilidad práctica. Para ello se requiere que el legislador sepa proceder con buena técnica o, si se prefiere, con arte procesal.

En efecto, la fórmula más general y habitual es la *audiencia previa*. Ante una petición de parte debe oírse, antes de resolver, a la otra contraparte (así, la demanda va seguida de la contestación, la réplica de la dúplica, etc.). Pero a veces, por razón de eficacia, conviene invertir el funcionamiento del principio y es posible que la resolución de la petición antecede a la audiencia. Tenemos entonces la audiencia posterior que se articula como *oposición*.

Ejemplos en los que primero se dicta y ejecuta la resolución y sólo después cabe entablar la oposición contra ella son múltiples y muy importantes. Uno de los ejemplos más característicos es el de las medidas cautelares, que pueden acordarse por razones de eficacia *inaudita parte debitoris* (para impedir que el deudor pueda hacer desaparecer sus bienes) si bien inmediatamente de haberse ejecutado la medida asegurativa puede el afectado por ella iniciar la oposición a la misma (Cfr. art. 1.403 LEC.: «se llevará a efecto sin oír al deudor ni admitirle recurso alguno» y art. 1.416: «Hecho el embargo preventivo podrá oponerse el deudor pidiendo que se deje sin efecto, con indemnización de daños y perjuicios»).

Otro ejemplo nos lo suministra la regulación de nuestro juicio ejecutivo. Primero el Juez, examinando la demanda y el título, «despacha ejecución». Y sólo una vez hecho el embargo y citado el deudor de remate puede «oponerse» a la acción ejecutiva (art. 1.440, III, y 1.461 y 1.463 LEC.).

Otro ejemplo se encuentra en la apertura de la quiebra, que el Juez debe realizar «sin citación ni audiencia del quebrado» (art. 1.325, II, LEC.) el cual «puede oponerse» a continuación al auto de apertura de la quiebra (art. 1.326; I, LEC).

En varias legislaciones procesales extranjeras existe el «juicio monitorio» (del cual existen precedentes en nuestra antigua legislación). Se ha demostrado de gran utilidad frente a los deudores de mala fe que no pagan ni tienen razones serias que oponer. Su funcionamiento y utilidad se funda, como señaló CALAMANDREI, en una inversión del contradictorio, para que la carga de contradecir deba ser tomada por el deudor, al cual

se le saca de la cómoda posición en que lo coloca el funcionamiento ordinario de los mecanismos procesales propios del juicio declarativo (para ello con el emplazamiento se le formula un requerimiento conminatorio en el que se le dice: «pague o dé razones»).

4. La exigencia de audiencia procesal puede entrar en colisión con los poderes del Tribunal para aplicar de oficio el derecho que corresponda al supuesto de hecho de que se trate. El Tribunal puede aplicar ex oficio las normas jurídicas que correspondan, aunque no hayan sido invocadas correctamente por la parte: *Curia novit iura*.

Esta potestad del Tribunal puede suponer en algunos casos plantear una tesis jurídica distinta de la sostenida por ambas partes (la denominada «tercera opinión» o punto de vista jurídico del Tribunal). Para que el Tribunal pueda ejercer sus poderes sobre la aplicación correcta de las normas jurídicas sin que con ello se vean sorprendidas las partes es conveniente que antes de hacerlo someta la nueva tesis jurídica a debate de las partes. Es lo que ordena, aunque con regulación defectuosa que la doctrina ha señalado, el art. 733 de la LECrim. y con mejor técnica en el art. 43,2 de la Ley Jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo.

Una norma equivalente al art. 733 LECrim. o como la del art. 43,2 de la LJCA. no existe en la LEC. lo que puede dar lugar a que el Tribunal realice en la sentencia un planteamiento jurídico absolutamente distinto del sometido en la demanda y en la contestación. De ahí que en el trabajo de los Profesores de Derecho Procesal para actualizar la Ley de Enjuiciamiento Civil, recogiendo un criterio jurisprudencial que ya hacía muchos años había avanzado el antiguo Tribunal Supremo de Alemania, se hizo constar un precepto sobre «Limitaciones en la aplicación de la regla *«iura novit curia»* disponiendo: «I. Cuando el Tribunal, con sujección en todo caso al principio dispositivo y de congruencia, pretendiera fundar su decisión en argumentos jurídicos no aducidos por las partes que entrañen modificación de la calificación dada a los hechos en el debate, previa suspensión del plazo para dictar resolución, deberá oírles sobre aquéllos. II. A tal efecto, el Tribunal dictará providencia fijando el tema a discutir y concederá un plazo común de doce días a las partes para que aleguen por escrito lo que les conviniere» (art. 313 del Proyecto Profesoral titulado *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Madrid, Tecnos, 1972, pág. 306 y Exposición de Motivos en pág. 141).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4. *Igualdad de las partes*

1. Las partes en el proceso deben ser iguales. La exigencia debería comportar tanto la igualdad material como la igualdad formal o procesal. Pero en realidad se refiere sólo a la segunda, que es la única que las normas reguladoras del proceso pueden garantizar. También es ésa la «igualdad ante la ley» que garantiza el art. 14 de la CE.

El principio está condensado en un aforismo que dice: «No debe permitirse al actor lo que al demandado se prohíbe».

La igualdad de las partes en el proceso es lo que en la terminología alemana se denomina *igualdad de armas,* es decir, de posibilidades de alegar y de probar. Más exactamente, para decirlo con términos acuñados por el gran procesalista GOLDSCHMIDT (*Teoría general del Proceso,* 1936, pág. 43 y ss.; y *Derecho justicial material,* 1959) las dos partes deben poder intervenir en el proceso con igualdad de derechos, posibilidades, ocasiones, expectativas y cargas. Por eso el proceso está regulado con equilibrio de los derechos de ambas partes: idénticas posibilidades de alegación (demanda, contestación, réplica, dúplica), idénticas ocasiones para proponer y practicar pruebas y para concluir.

2. A la reciente doctrina preocupa hoy especialmente la igualdad real de las partes en el proceso. En el proceso penal se discuten los privilegios de que goza el Ministerio Fiscal, debido a su carácter de Magistratura y a su deber de actuación «imparcial». En el proceso civil, más allá de la igualdad formal, las desigualdades son a veces patentes por las diferencias sociales y económicas. Desde años se realiza en la Universidad de Stanford una completa investigación (dirigida por CAPPELLETTI) sobre las dificultades del acceso a la Justicia (Cfr. MORELLO, BERIZONCE, HITTERS, NOGUEIRA, *La Justicia entre dos épocas,* La Plata, 1983, pp. 57 y ss. y 111 y ss.).

Pero sería un error pretender corregir el reflejo en el proceso de las desigualdades entre los litigantes a base de conceder a la parte que se supone débil privilegios negados a la contraria y menos aún aumentando los poderes de oficio del Juez en favor del débil, con el peligro evidente de que el Juez perdiese su imparcialidad o al menos su credibilidad. Mas bien la solución debe buscarse a base de mejorar mucho el funcionamiento de la llamada «Justicia gratuita» y del «Turno de oficio», para ayudar a quienes no pueden costear una buena y eficaz defensa técnica por insuficiencia de medios económicos.

IV. PRINCIPIOS CONSTITUTIVOS. PRINCIPIO QUE RIGE LA TUTELA: EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

1. *Introducción. La confusión tradicional*

1. Entramos ahora en el estudio de dos *principios constitutivos* del proceso civil, llamados en la doctrina española principio dispositivo y principio de aportación de parte. Son principios técnicos del proceso pero tienen a su vez (sobre todo el primero) indudable significación política.

Entre nuestros autores y en nuestra antigua Jurisprudencia se han venido confundiendo dentro de lo que tradicionalmente se ha venido llamando *Justicia rogada* dos principios que la doctrina alemana había separado cuidadosamente ya desde principios de siglo. Uno es el principio o máxima dispositiva propiamente dicha: *Dispositionsprinzip* o *Dispositionsmaxime.*

Otro es un segundo principio denominado *Verhandlungsmaxime* o principio que regula (literalmente) «la negociación del proceso» o, con más precisión, «la sustanciación del proceso» (la *trattazione della causa*).

Una manifestación muy autorizada de este planteamiento doctrinal es el de PRIETO-CASTRO distinguiendo tres principios: a) de «iniciativa de parte» o *Justicia rogada;* b) de «controversia» o dualidad de partes y c) principio «dispositivo», con su manifestación material y procesal (*Tratado,* I).

La doctrina ha proyectado sobre esta materia fundamental la claridad necesaria para distinguir bien los principios y deslindar su ámbito respectivo.

La inicial confusión entre todos aquellos principios —en la que hoy ya no es admisible incurrir— se explica por el parentesco que entre sí guardan, derivados de lo que algunos autores construyen como principio de «oportunidad» del proceso civil (la facultad de reclamar o no la tutela judicial) frente a la «necesidad» que caracteriza al proceso penal (MONTERO *Introducción*).

La exasperación de dichos principios, con consecuencias ruinosas para la marcha del procedimiento, estuvo representada tradicionalmente por el *impulso de parte* que venía caracterizando al procedimiento civil español, imponiendo al actor la carga de «instar» el avance del curso del proceso sin que el Juez pudiese impulsarlo de oficio, hasta su acertada derogación (Cfr. actual art. 307 LEC. y art. 237 LOPJ).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2. *El principio dispositivo. Concepto y fundamento*

1. El principio dispositivo en sentido propio se funda en que los derechos e intereses legítimos de los particulares (art. 24, 1, CE.), como derivados del Derecho privado, tienen cada uno de ellos un *titular*, que es el único que puede solicitar la tutela judicial a través del proceso. De ahí arranca la consecuencia de que la jurisdicción sea una actividad reclamada (*nemo iudex sine actore*, art. 524 LEC). Y que sólo pueda concederse dentro de los límites en que ha sido solicitada en la demanda, de acuerdo con la exigencia de la congruencia (*ne procedat iudex ex officio*, art. 359 LEC). De ahí también el requisito de la legitimación para pedir la tutela (legitimación activa) y la de aquél frente al cual se pide (legitimación pasiva).

El fundamento del principio dispositivo se encuentra en el mismo derecho privado. En la esencia misma del derecho subjetivo, que consiste en pertenecer a un titular. Caracteriza a la titularidad de un derecho o interés legítimo que sólo ese titular puede deducirlo en juicio. Y el juicio y la sentencia sólo puede extenderse al ámbito dentro del cual el derecho ha sido deducido o ejercitado. Nadie puede ser obligado a promover demanda sobre sus propios y exclusivos derechos o intereses: *nemo invitus agere cogatur*. Ejercitar un derecho en el proceso es un modo de disponer de él. Y condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del titular es una consecuencia del reconocimiento de una esfera jurídica protegida, que define a los derechos subjetivos.

Como ha señalado agudamente GÓMEZ ORBANEJA (*El ejercicio de los derechos*, Discurso universitario, Valladolid), cuando se imagina un sistema jurídico dominado por la llamada «publicización del derecho» en el que el Juez actuase oficiosamente en las relaciones civiles con la pretensión de deshacer posibles injusticias, podría parecer que se nos concedía con la mayor sencillez todo lo que nos pertenece y, sin embargo, bajo la capa de esa aparente perfección se nos quitaba lo más importante y primario: disponer con carácter exclusivo de nuestros propios derechos e intereses. Por eso el Juez, en cuestiones de derecho privado, no puede ser una especie de Don Quijote lanzado a la aventura de «desfacedor de entuertos». De ser así el acreedor ya no podría perdonar o prorrogar el pago de la deuda que otro tiene con él ya que el incumplimiento del contrato se trataría como un asunto público, igual que un hecho delictivo o penal. Habríamos retrocedido miles de años de civilización jurídica, eliminando aquel acertado texto de ULPIANO cuando definía el derecho privado como aquél que *ad singulorum utilitatem pertinet*.

De ahí que el principio dispositivo no sea cuestionado y que tenga un valor político o ideológico más allá de su significación procesal. Allí donde se le ha derogado (en los regímenes comunistas) es que se ha suprimido previamente todo el derecho privado. Unicamente se reconocen como excepciones frente a él las «relaciones jurídicas privadas no disponibles», respecto de cuyas excepciones se habla de un *proceso civil inquisitivo* (o, mejor, sobre relaciones no disponibles) en el cual suele reclamarse la intervención institucional del Ministerio Fiscal. Pero son supuestos de excepción que confirman la regla general contraria.

3. *El principio de aportación de parte. Concepto y fundamento*

Este segundo principio *(Verhandlungsmaxime)* se refiere a que son las partes quienes deben aportar el material fáctico necesario para la cognición judicial.

Hay varias máximas que aluden a este principio que regula la sustanciación de la causa. Una de ellas dice *da mihi factum et dabo tibi ius*. Pero, sobre todo, la regla jurídica que mejor traduce este principio es la que advierte al Juez cuales deben ser los límites de su juicio: *iudex iudicare debet secundum iusta allegata et probata partium et non secundum conscientiam suam*. Es una máxima acuñada ya por los postglosadores y que generalizó el famoso tratadista DURANTE (en su obra *Speculum iudiciale*, parte II, capt. 3, § 5, núm. 1, edc. de Lyón, 1541, que tuvo una enorme difusión y autoridad en la práctica jurídica durante siglos).

Este principio se funda sobre todo en razones prácticas. Las relaciones jurídicas de Derecho privado generalmente son relaciones documentadas. Nadie mejor que los propios litigantes para saber donde se encuentran y cuales son los documentos y demás pruebas necesarias para justificar en el proceso el derecho reclamado. Por eso se le impone el deber de su aportación (propiamente, la «carga» de la aportación). En cambio, con el principio opuesto, de investigación de oficio, no sólo se confundiría lo civil con lo penal, lo privado con lo público, sino que el Juez tendría que realizar un enorme trabajo con el que causaría grandes trastornos a los propios litigantes.

4. *Vieja y nueva terminología*

En la doctrina procesal española, si bien hay alguna discrepancia sobre el ámbito de vigencia y los límites del principio de aportación de parte

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en el proceso civil, se mantiene la terminología clásica, acuñada por PRIETO-CASTRO (*Tratado de Derecho Procesal Civil,* I, pág. 518 y ss.), GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho Procesal Civil,* pág. 225 y ss.) y GUASP (*Derecho Procesal Civil,* pág. 23 y ss.). Más recientemente MONTERO *(Introducción);* SERRA *(Liberalización y socialización del proceso civil);* RAMOS *(Derecho Procesal Civil);* GIMENO SENDRA *(Fundamentos).*

Puede considerarse pacífica en nuestra doctrina la distinción entre *principio dispositivo* en sentido propio y principio de *aportación de parte* (aunque algunos autores los siguen considerando como «dos aspectos del mismo principio»).

Pero en los últimos años la doctrina europea (continuando las investigaciones de los procesalistas alemanes) ha profundizado notablemente sobre el diverso significado de uno y otro principio y utiliza la terminología con otro alcance. Deben recordarse especialmente los trabajos de LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo,* «Problemi del Processo Civile», pág. 3 y ss. y CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del proceso,* «Studi in onore di Redenti», II, pág. 695. A partir de esa renovación doctrinal (con el apoyo legal de textos del derecho positivo italiano) se reserva el nombre de «principio dispositivo» para el que nosotros llamamos «aportación de parte», mientras que lo que en nuestra doctrina se llama principio dispositivo se reconduce al «principio de la demanda», expresamente formulado en el Código procesal civil italiano (art. 99: «Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente»). Conviene tener bien presente esta advertencia para entender el alcance de los términos ya que, vg. cuando LIEBMAN se refiere al fundamento del principio dispositivo en realidad está tratando de nuestro principio de aportación de parte. No obstante, es preferible utilizar en esta ocasión la terminología que manejan nuestra doctrina y nuestra Jurisprudencia por ser la más conocida y estar arraigada entre nosotros.

5. *Distinta significación de uno y otro principio*

Corresponde a CARNACINI el mérito de haber puesto en claro la profunda diferencia existente entre los dos principios (dispositivo y de aportación de parte, según nuestra terminología) tradicionalmente confundidos. Como anticipa el mismo título de su notable aportación, el primero regula la *tutela jurisdiccional* mientras que el segundo es sólo *una técnica del proceso.* Así como el principio dispositivo tiene un valor absoluto

y una significación política, puesto que regula como dispensa la tutela jurisdiccional, el principio de aportación de parte tiene sólo una significación técnica y se refiere a como deben entrar en el proceso los materiales necesarios para la cognición judicial, definiendo los derechos, los deberes y las cargas de los litigantes y las atribuciones del Juez (Cfr. el prólogo de ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO y la monografía de RODRÍGUEZ, U., *Autoridad del Juez y principio dispositivo,* Valencia (Venezuela), 1968).

Ahora bien, puesto que tales principios operan en un plano normativo muy diferente con una significación política y técnica muy distinta, no es conveniente reunirlos o confundirlos bajo la misma denominación. Por ello se propone una terminología distinta para denominar y distinguir el principio que regula la tutela y el que regula la aportación de las pruebas al proceso.

6. *Manifestaciones del principio dispositivo*

El principio dispositivo, según nuestra acepción tradicional, tiene varias manifestaciones, todas ellas de suma importancia y de significación no sólo técnica sino política.

a) Principio de la demanda

La primera manifestación es el «principio de la demanda», que también podría denominarse *principio de la acción.* Expresamente formulado en el art. 99 del C.p.c. italiano («El que quiera hacer valer un derecho en juicio debe proponer demanda ante el Juez competente») domina igualmente nuestro sistema procesal civil pese a que no esté expresamente formulado (lo cual es lógico dada la fecha en que se elaboró nuestra LEC.). El principio se encuentra implícito en el fundamental art. 524 LEC. relativo a la demanda rectora del juicio declarativo de mayor cuantía, aplicable por igual a todas las demandas. «El juicio ordinario *principiará por demanda,* en la cual... se fijará con claridad y precisión lo que se pida y la persona contra quien se proponga la demanda». Se incorpora así a nuestro sistema procesal el aforismo que expresa dicho principio según el cual sin actor no puede haber Juez: *nemo iudex sine actore.*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

b) Principio de la excepción

El mismo principio, visto desde la perspectiva del demandado, tiene su correspondencia en el principio de la excepción, que sólo el demandado puede oponer.

Esta manifestación del principio no regula la «contrademanda» o reconvención que puede deducir el demandado frente al actor, porque el demandado que reconviene es actor (en cuanto a su reconvención) sin dejar de ser demandado (en cuanto a la demanda inicial). La manifestación de que se trata se refiere a la *excepción* como medio de oposición que sólo el demandado puede deducir.

A este respecto es fundamental recordar la clásica distinción entre la *exceptio iuris* o «propia» y la *exceptio facti* o «impropia». Se trata de una distinción milenaria, formulada con toda precisión por la doctrina de los postglosadores, que ha llegado hasta nosotros intacta, con indudable significación dogmática y utilidad práctica. Las verdaderas excepciones, que AZZO llamaba en su *Glosa «exceptio quae ponitur stricte, contra actionem competentem,* se caracteriza por ser un *contraderecho* cuyo titular es el demandado, que sólo él puede ejercitar frente a la demanda para anular o enervar la acción. De tal modo que si ese acto de ejercicio no se produce el Juez no puede tomar en cuenta de oficio ese contraderecho por falta de alegación tempestiva (aunque pueda hallarse acreditado). En esto se diferencian las excepciones «estrictas» o «propias» (la *Einrede* o *exceptio iuris*) de las que los postglosadores llamaban excepciones «largas» o «impropias» que AZZO definía como *omnis defensionis qui reo competit,* las cuales, como simples *defensas* (o «defensiones»), pueden ser tomadas en cuenta por el Juez si están probadas aunque falte el acto de ejercicio (ya que no se daban «contra *actionem competentem*»).

La distinción todavía se proyecta con más claridad si se acude a las varias categorías de hechos que se manejan en el proceso (porque las excepciones procesalmente contempladas son hechos). A partir sobre todo de CHIOVENDA, aunque la distinción ya estaba enunciada con claridad en la obra de BÜLOW, *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales,* 1964, pág. 8 y ss. se distingue entre hechos «constitutivos» de la acción y hechos «impeditivos» y «extintivos» de la misma. Tal distinción es fundamental también para establecer la carga de la prueba de los hechos. Así como los hechos constitutivos dan vida a la acción los hechos impeditivos la obstaculizan (vg. un error en el consentimiento contractual) y los hechos extintivos la cancelan (vg. el pago). Estos hechos impeditivos o extintivos fundan excepciones *in via facti* o

impropias (la *Einwendung,* según la distinción que suele aceptar la doctrina alemana). Pero existen otros hechos que tienen la peculiaridad de que no son sólo hechos sino que sus efectos están regulados de tal modo que atribuyen al demandado la titularidad de un derecho de signo contrario (un «contraderecho») que puede oponerse al derecho de acción anulando sus efectos. Al tratarse de derechos atribuidos a un solo titular si falta el acto de ejercicio el Juez no puede considerar deducida la excepción aunque conste su prueba. Es el efecto propio de las excepciones *iuris,* «estrictas» o «propias» (la *Einrede*), como se observa en los ejemplos de las excepciones de prescripción o de compensación, que necesariamente deben ser ejercitadas o «hechas valer» por su titular.

c) Principio de congruencia

La tercera manifestación del principio que gobierna la tutela jurisdiccional es la prohibición de que el Juez resuelva «fuera de lo pedido» por demanda, excepción o reconvención.

También en este punto el Código procesal italiano formula el principio expresamente en el art. 112: «Il giudice deve pronunciarse su tutta la domanda *e non oltre i limiti* di essa; *e non puó pronunciare d'ufficio su eccezioni que possono essere proposte soltanto dalle parti*». Con menor rigor doctrinal recoge el principio el art. 359 de nuestra LEC.: «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás *pretensiones deducidas oportunamente* en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los *puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate*». Precepto que se completa con la regulación de los motivos de casación en el art. 1.692 LEC. en cuya redacción inicial estaba expresamente prevista la casación contra las sentencias incongruentes que hoy puede conducirse por la vía del núm. 3.º del art. 1.692.

La exigencia de la congruencia en la sentencia venía enunciada ya por el viejo brocardo *ne eat iudex ultra* (o *extra*) *petita partium.* Si el Juez se pronuncia más allá de lo pedido o fuera de lo demandado resuelve sobre cosas no pedidas, actuando fuera del ámbito del juicio trazado por el titular de los derechos ejercitados. El fundamento de la congruencia está precisamente en el respeto que debe guardarse al principio dispositivo unido al de controversia o audiencia procesal, ambos vulnerados con una actuación jurisdiccional de oficio (PRIETO-CASTRO, *El principio*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de congruencia como limitación de las facultades de la Jurisdicción, «Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal», pág. 279 y ss.).

d) La impugnación particular de las sentencias

Otra manifestación del mismo principio la encontramos en la exigencia de que las sentencias puedan ser impugnadas sólo por los litigantes, nunca de oficio ni por un órgano público. De ahí la exigencia de la «legitimación» del recurrente (distinta de la exigencia del «interés» para recurrir). La sentencia sólo puede ser impugnada por quien ha sido parte en el pleito o por un tercero que ha podido alegar un interés jurídico protegible, afectado por la sentencia, que justifica su intervención en el proceso.

Esta manifestación del principio demuestra muy claramente su significación política. En los países dominados por los regímenes comunistas, de las llamadas «democracias populares», las sentencias en materia civil podían ser impugnadas no ya por los litigantes sino también por la «Prokuratura» o por un sindicato, como consecuencia de la desaparición del derecho privado.

El principio se completa todavía con la regla que obliga al órgano competente para resolver la impugnación (el órgano *ad quem*) a *resolver dentro de los límites de la impugnación* según recuerda el aforismo referido a la apelación *tantum devollutum quantum apellatum* el cual, unido a la prohibición de la *reformatio in peius* de la sentencia combatida, define la congruencia en la impugnación.

e) Posibilidad de transacción o convenio sobre el objeto litigioso

Otra manifestación del principio la encontramos en la admisión de la transacción o convenio sobre el objeto litigioso, con los únicos límites señalados por el Código Civil para la renuncia o transacción de los derechos (derechos no disponibles, prohibición de renuncia fraudulenta, arts. 6.3, art. 1.809 y ss. CC). Por la misma razón que sólo el titular puede ejercitar en juicio sus derechos y sólo él puede solicitar la tutela judicial, también puede posteriormente renunciar a la tutela solicitada o llegar con la contraparte a convenios o soluciones transaccionales, amistosas o negociadas sobre la *res in iudicium deductae.*

f) Ejecución de las sentencias sólo a instancia de parte legítima

Es la última manifestación del principio. El acto que otorga la tutela sólo se pone en práctica (sólo se ejecuta) si así lo solicita la parte legitimada para ello como vencedora en el litigio. No cabe que la ejecución sea promovida *ex officio* ni tampoco por un órgano público, vg. el Ministerio Público, salvo en las materias que aunque correspondan al Derecho civil son indisponibles y respecto de las cuales se atribuye una acción pública.

7. *Significación política del principio dispositivo*

Las manifestaciones del principio que rige la tutela jurisdiccional permiten comprender facilmente su significación política. No es sólo una técnica procesal para que la tutela judicial se dispense correctamente. Tiene raíces mucho más profundas.

Un ensayo sobre el proceso civil en todas las legislaciones europeas ha demostrado que allí donde este principio es derogado todo el sistema del derecho privado se viene abajo.

En Europa existen dos super-sistemas jurídicos que son creaciones formidables de la civilización jurídica. Uno es el sistema del *ius commune,* fundado en el *ius civile,* que se extendió por toda Europa impulsado por su enseñanza en las Universidades. El otro es el sistema inglés del *common law* que, por caprichos de la historia, resistió a la influencia del renacimiento y generalización del Derecho romano. Siendo ambos sistemas jurídicos de fundamento tan diverso el proceso civil está regido por principios fundamentales idénticos y las soluciones a que llega un Juez inglés en la protección del crédito o de la propiedad no son profundamente diversas de las de un Juez europeo. Lo cual permite la existencia de Tribunales Supranacionales de Justicia, como el T.E.D.H.

Por el contrario, era elocuente comparar la regulación procesal de la República Federal alemana con la existente en la extinguida República Democrática alemana. En ésta, como correspondía a un régimen comunista estatificado, la tutela jurisdiccional se regía por principios opuestos: a) el procedimiento podía ser incoado por demanda de la «Prokuratura» o del Fiscal («Staatsanwalt»); b) el juez podía sobrepasar los límites de la demanda, pronunciándose más allá de lo pedido; c) el Tribunal de apelación no estaba limitado por el ámbito señalado a la impugnación por el recurrente; d) además, el Tribunal tenía amplios poderes para no

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

aceptar la renuncia o los convenios o transacciones a que las partes pudiesen llegar en provecho de sus intereses; bastaba que el Tribunal lo pudiese considerar contrario a «otros intereses» públicos o a los «intereses generales». Estos principios venían apoyados por la tesis en su día formulada por LENIN (pese a su inicial condición de abogado): «No reconocemos nada privado; todo en el campo de la economía reviste el carácter de público».

Se advierte que la diferencia entre el proceso civil europeo del Continente y el de Inglaterra consiste en utilizar técnicas jurídicas diversas. Así como nosotros hablamos de un «proceso de partes» en las relaciones civiles, con muy contadas concesiones al «proceso civil inquisitivo» en Inglaterra existe el *adversary sistem litigation* y el *inquisitory sistem*. Las soluciones técnicas no son directamente trasladables. Pero obedeciendo ambos sistemas a principios jurídicos comunes las soluciones no son fundamentalmente divergentes.

Al contrario, en los países comunistas la técnica podría ser idéntica o muy similar, pero las diferencias estaban en los principios y por eso eran profundas. Hace años en un Congreso Internacional sobre esta cuestión los representantes de la ex-URSS y otros países comunistas quisieron demostrar la coincidencia existente entre su regulación procesal y la de los países europeos y americanos, pretendiendo demostrar que también su proceso civil era un «proceso de partes». Fue necesario precisar que cuando el proceso civil se define como un proceso de partes estamos haciendo referencia a que se trate de una cuestión entre «partes privadas» y no a que se pueda considerar como parte a la Fiscalía o a un Sindicato o a cualquier otro órgano oficial.

V. PRINCIPIO QUE RIGE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO: EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE

1. *Concepto. Su reconocimiento en la LEC*

El llamado entre nosotros «principio de aportación de parte» se corresponde con la *Verhandlungsmaxime* y con el «principio dispositivo» en la moderna terminología de la doctrina italiana. Regula los derechos, deberes y cargas de las partes y los poderes del Juez en orden a la aportación del material fáctico necesario para la cognición judicial.

El principio se enuncia mediante una máxima de gran abolengo en la tradición procesal europea: *iudex iudicare debet secundum iusta allegata et probata partium*. Dicha máxima atribuye claramente a las partes litigantes el deber de «alegar y probar» oportunamente los fundamentos de sus acciones y excepciones a la vez que obliga al Juez a «juzgar» de acuerdo con esas alegaciones y pruebas.

En nuestra LEC. este principio tiene una presencia constante e incluso excesiva. Elaborada y promulgada nuestra Ley Procesal en una época netamente liberal exasperó la noción de proceso como «cuestión entre partes» y queriendo salvaguardar la imparcialidad del Juez lo redujo a una posición excesivamente neutral (confundiendo imparcialidad con neutralidad). Es un buen ejemplo de ello que hasta la promulgación del R. D. de 1924 del Ministro GALO PONTE sobre términos judiciales, el procedimiento tenía que «ser instado por las partes» no pudiendo ser impulsado de oficio. Lo cual es una evidente exageración de la máxima dispositiva y de la de aportación de parte. Y en la regulación de la LEC. hasta el recibimiento del proceso a prueba necesita normalmente la petición al menos de alguna de las partes. No sin cierta concesión a la paradoja, mientras la LEC niega al Juez facultades que deberían serle reconocidas en la dirección del proceso y en la práctica de la prueba le atribuye al final una importante iniciativa probatoria por medio de las denominadas «Diligencias para mejor proveer» (art. 340 LEC) cuya iniciativa, si no se hace uso prudente, puede resultar peligrosa para la configuración del proceso civil dispositivo.

La vigencia, incluso exagerada, de este principio se refleja en múltiples preceptos de la LEC: arts. 550, 565, 569, etc. Incluso en la reciente reforma de nuestro enjuiciamiento civil, con la nueva regulación del juicio de menor cuantía se dispuso en el nuevo art. 693, 4.ª, que al finalizar la comparecencia «si interesa al derecho de las partes el recibimiento a prueba, habrá de solicitarlo», norma claramente retrógada que ha derogado la anterior a la reforma de 1984 que, acertadamente admitía el recibimiento a prueba acordado de oficio.

2. *Fundamento doctrinal*

1. El fundamento de la aportación de parte —en contra de lo que se venía afirmando tradicionalmente— no puede ser el mismo que se reconoce al principio de la demanda y demás manifestaciones del principio dispositivo. Mientras que el principio dispositivo está directamente vin-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

culado a la naturaleza misma de los derechos subjetivos y a su ejercicio, el de aportación de parte se refiere a algo distinto como es la relación jurídica procesal que se caracteriza por ser de derecho público y estar regida por normas imperativas y necesarias *(ius cogens)*. Luego el fundamento del principio dispositivo no puede aplicarse también para el de aportación de parte. No obstante esta verdad ha tardado mucho tiempo en abrirse paso. El problema ha sido profundizado en importantes trabajos de las últimas décadas que incluso han dado lugar a vivas polémicas tras las cuales se enfrentan los movimientos doctrinales partidarios de la «liberalización» del proceso y los defensores de su «socialización». Han sido muy valiosas las aportaciones de CALAMANDREI *(Linee fondamentali del processo civile inquisitorio)*, de CAPPELLETTI *(La testimonianza della parte nel sistema dell' oralità)* y de LIEBMAN *(Fondamento del principio dispositivo)*.

2. Tradicionalmente se creía que el fundamento de la aportación de parte coincide con la naturaleza disponible o indisponible de los derechos materiales. Así surgían el proceso civil dispositivo (si las relaciones son disponibles) y el proceso civil inquisitivo (si son indisponibles). En este sentido CALAMANDREI.

Pero este punto de vista ha sido impugnado con razones de peso por LIEBMAN aprovechando la original construcción del Código procesal italiano para el proceso por relaciones no disponibles. Consiste tal originalidad en no atribuir al Juez poderes de iniciativa de oficio para incoar el procedimiento sino en utilizar para ello a un órgano público, el Ministerio Público, al cual se le atribuye la iniciativa procesal, de modo que tanto en el proceso por relaciones disponibles como en el que versa sobre relaciones indisponibles el Juez queda situado siempre en la posición de imparcialidad, que es la que mejor conviene para el ejercicio de su oficio.

3. El principio de aportación de parte pretende preservar la imparcialidad del Juez frente a la confusión psicológica que deriva de tener que actuar como parte para después juzgar imparcialmente. Entre la proposición del tema a decidir y la decisión imparcial de la causa hay una insalvable incompatibilidad. De ahí la ventajosa construcción del nuevo proceso para relaciones de estado realizada en el Código italiano que permite al Juez continuar en su posición imparcial. Siendo la imparcialidad del Juez una cualidad suprema a preservar siempre, sólo se juzga con plena libertad de espíritu cuando se es «ajeno» al litigio (utilizando la gráfica expresión de CHIOVENDA de la *alienità*). Para ello es preciso que las alegaciones y las pruebas sean aportadas por otro.

La aportación de parte más que en argumentos dogmáticos se funda en poderosas razones de conveniencia práctica. No sólo protege y garantiza la imparcialidad del Juez sino que tiene una gran utilidad para los propios litigantes que han llevado al debate judicial una «cuestión privada». Son los propios interesados quienes mejor conocen como pueden probar sus derechos. En cambio, una investigación oficial resultaría perturbadora en muchos casos. Aparte de que con la investigación de oficio se echaría sobre el Juez una carga enorme que difícilmente podría realizar, se podrían causar graves e innecesarias perturbaciones a los interesados, confundiéndose las cuestiones civiles con las penales, lo privado con lo público.

No obstante, no puede decirse que la doctrina sea en este punto totalmente pacífica. Ha habido discrepancias notables, tanto respecto del fundamento del principio como respecto de sus límites.

4. GUASP impugnó el principio de aportación de parte en el que ve «una arcaica reminiscencia de ordenamientos primitivos». En su monografía de tesis *Juez y hechos en el proceso civil* sostiene que no existe incompatibilidad psicológica entre la aportación de los materiales necesarios para la cognición y la función de juzgar. Y en todo caso le parece mucho menos admisible la consecuencia a que puede conducir la aplicación del principio, a saber, que el Juez tenga que juzgar de modo contrario a lo que él conoce y considera como cosa cierta sólo porque alguna de las partes ha omitido aportar el dato decisivo. Nuestro ilustre procesalista GUASP ha insistido más tarde (*Derecho Procesal Civil*, 1966, pág. 340) en aquel punto de vista adelantado en aquella monografía publicada en circunstancias políticas muy distintas.

Ha resultado totalmente persuasiva la refutación que a este planteamiento realizó LIEBMAN: aceptando la tesis de GUASP habría que aceptar también que el Juez pudiese utilizar su «conocimiento privado», su información particular, para decidir, a fin de no tener que «juzgar por el resultado de los autos» en contra de lo que a él le consta. El aforismo que recoge correctamente este principio después de indicar que el Juez debe juzgar ateniéndose a lo legalmente *(iusta)* alegado y probado por las partes concluye amonestando al Juez para que no juzgue según su personal información *(et non secundum constientiam suam)*.

Al argumento de LIEBMAN puede añadirse todavía que de ese modo resucitaríamos aquéllos viejos *iudicia ex informata conscientiae* en los que la prueba contradictoriamente propuesta y practicada era sustituida por la información en conciencia del propio Juez. Una conclusión tan aberrante y tan incompatible con cualquier concepción aceptable del pro-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ceso y del Estado de Derecho resulta absolutamente indefendible e incluso impresentable.

5. Otra crítica al principio, lanzada esta vez por CAPPELLETTI, fue orientada en otra dirección, en la línea de la socialización o publicización del proceso civil. Para este autor la imparcialidad del Juez debe referirse a la acción, es decir, al derecho deducido en el juicio, a la demanda (y a la excepción) como actos de ejercicio del derecho subjetivo, pero no al «proceso» y menos al «juicio» respecto de cuyas actividades el Juez no debe estar vinculado ni limitado por la falta de iniciativa de las partes.

El pensamiento fundamental del que parte este autor puede resumirse así: el Derecho procesal es «derecho público» aunque sirva para la tutela de los derechos privados, sin que entre ambas afirmaciones deba verse antinomia. El proceso civil, aunque sea instrumento dirigido a la tutela de intereses privados, representa siempre una función pública del Estado. De esta premisa se sigue la siguiente consecuencia práctica: así como las partes son libres de disponer de sus derechos privados y de hacerlo en una u otra medida, no tienen esa misma disposición sobre el instrumento que necesariamente deben utilizar para obtener la tutela, porque el proceso no les pertenece sino que corresponde al Estado que lo regula prescindiendo de la voluntad de los interesados. CAPPELLETTI apoya su tesis con una excursión por el derecho comparado para encontrar las coordenadas del proceso civil concebido como «cuestión de partes».

6. Con motivo de una obra de CARNELUTTI se suscitó hace años una fundamental polémica en la doctrina italiana sobre el alcance de este principio. CAPPELLETTI creyó que CARNELUTTI había incurrido en una afirmación inexacta que sólo podía comprenderse como «un lapsus evidente». Replicó CARNELUTTI con su proverbial capacidad argumentativa y la originalidad de su pensamiento. Y tras la réplica y la dúplica doctrinal de dichos autores medió en la polémica LIEBMAN, que contribuyó a clarificar la discusión.

CAPPELLETTI sostuvo que dentro del aforismo con el que tradicionalmente se expresa la máxima de la aportación de parte —*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*— hay dos afirmaciones que deben distinguirse y separarse porque tienen distinto alcance. Una es la que vincula a Juez a «lo alegado» por las partes. Otra es la que pretende vincularlo también a «lo probado» por las partes. A base de esta distinción CAPPELLETTI sostiene la siguiente tesis: los únicos límites que el Juez no puede traspasar consisten en la prohibición de alterar la base fáctica constitutiva de la demanda, pudiendo en cambio tomar en cuenta

los hechos impeditivos o extintivos, incluso no alegados, que no pertenezcan a la categoría de contraderechos frente a la acción, que necesitan el acto de ejercicio por su titular.

Para CARNELUTTI la regla *iusta allegata et probata partium* impide al Juez tomar en cuenta hechos no alegados, aunque casual o circunstancialmente se encuentren probados. Y si se acepta reconocer al Juez poderes probatorios de oficio (tesis de CAPPELLETTI) surge el principio de investigación oficial, que se contrapone al de aportación de parte y que supone destruir la carga de la prueba que, lógicamente, exige la previa carga de la alegación.

LIEBMAN —que discrepa claramente de CAPPELLETTI sobre el alcance que deba darse al principio de prueba de parte— puso de relieve que el punto de vista de CARNELUTTI sin duda podría ser un criterio a seguir. Sólo que no es el criterio que siguen las legislaciones procesales europeas, que suelen permitir al Juez tomar en cuenta hechos que resulten probados (cualquiera que sea la parte que suministre la prueba) exigiendo sólo la alegación expresa para los hechos que entrañen genuinas excepciones.

La posición moderada de LIEBMAN es la que debe defenderse y la que, sin duda, se ajusta a nuestra tradición procesal y a la mejor doctrina (GÓMEZ ORBANEJA, PRIETO-CASTRO, ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO) y a la Jurisprudencia. Sería inquisitivo un proceso civil que no estuviese vinculado a la prueba de parte. Devendría inquisitivo el procedimiento civil en el que el Juez pudiese tomar toda clase de iniciativas probatorias de oficio como si de una cuestión penal o pública se tratase. Y convertir al Juez en una especie de pesquisidor de la prueba de los derechos particulares no sólo sería atribuirle un trabajo ímprobo que la jurisdicción civil no podría asumir sino que resultaría gravemente perturbador para los propios titulares de los derechos. Así si, vg. ante la reclamación de la devolución de un préstamo el Juez ante el silencio del demandado tendría que realizar una investigación exhaustiva para saber si aquella suma se devolvió o no. La consecuencia final es que acabaría desapareciendo la distinción entre lo público y lo privado convirtiéndose a todos los Jueces en pesquisidores.

En cuanto a los hechos en el proceso hay tres sistemas que teóricamente podrían seguirse sobre este punto: a) aplicar el principio de investigación de oficio, tratando el proceso civil como el proceso penal; b) exigir que todos los hechos deban ser alegados para que el Juez pueda tomarlos en consideración; c) un criterio intermedio a base de distinguir la distinta significación de los hechos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Este último sistema, intermedio, es el que con buen criterio siguen las legislaciones. Es, desde luego, el que se adapta a nuestra LEC. de acuerdo con nuestra tradición jurídico-procesal. Es también el criterio que debe defenderse para el futuro. De ahí que los Profesores de Derecho Procesal, al elaborar el proyecto para la «Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (1973-74) dijesen en el art. 307: «Los Jueces y Tribunales decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y peticiones de las partes, excepto cuando la ley disponga de otro modo en casos especiales». Con este criterio intermedio, prudente, se evita la pesquisición de oficio en relaciones jurídicas privadas y se evita también el inconveniente a que conduciría la aplicación exasperada del principio, obligando al Juez en algunos casos a tener que dictar sentencias injustas sólo porque una parte (o su patrocinador profesional) se haya olvidado de alegar un hecho impeditivo o extintivo que, no obstante, está probado en el proceso (ejemplo escolástico: el Juez tendría que mandar pagar una deuda ya realmente cancelada sólo porque el pago no fue alegado). Este prudente criterio salva la conciencia del Juez en favor de la justicia de la decisión (que es la preocupación aducida por los defensores de la prueba de oficio) sin caer en las peligrosas concesiones a las iniciativas alegatorias y probatorias oficiales, que representarían para el proceso civil un mal mucho mayor.

6. Bajo estas coordenadas es como debe plantearse también el problema, tan largamente discutido en la doctrina, de la conveniencia de aumentar las *facultades materiales de dirección* que deban atribuirse al Juez. La doctrina española suele considerar que el Juez, tal como está regulada su autoridad en el proceso civil, tiene suficientes facultades para poder dictar sentencias justas sin invadir el campo propio de la parte. Partiendo de la base de que si los Jueces actualmente no utilizan todas las facultades que la ley procesal le concede no se ve razón alguna para aumentarlas se ha sostenido incluso que «la intervención del Juez en el proceso es hoy superior incluso a la deseable, al menos en el plano teórico» (SERRA). Otros autores se han mostrado partidarios de aumentar los poderes del Juez (MONTERO). Pero siempre habrá de reconocerse como límite que el Juez no debe poder aportar hechos ni tampoco indagar fuentes de prueba y que la instrucción probatoria de oficio conocida como «Diligencias para mejor proveer» no debe ser utilizada para suplir totalmente la iniciativa probatoria, que corresponde y debe corresponder a las partes, sino sólo para suplir alguna omisión probatoria de las partes a fin de reunir el material necesario para mejor dictar sentencia.

Es distinto el aspecto de las *facultades procesales* de dirección, las

cuales no se proyectan sobre los derechos subjetivos ejercitados en el juicio sino sobre el procedimiento. La doctrina en general está conforme en la conveniencia de sustituir el viejo método de las excepciones procesales dilatorias por los procedimientos modernos concentrados en audiencias o comparecencias preliminares destinadas, entre otros cometidos, a subsanar, si es posible, las omisiones padecidas a fin de que el procedimiento continúe, en su caso, «sanado» de dichas deficiencias (caso de la «comparecencia previa» de nuestro actual juicio de menor cuantía: arts. 692-593 LEC. (ya los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas lo habían propuesto así en su citado trabajo de «Corrección y actualización de la LEC», permitiendo al Juez el control sobre los presupuestos procesales, aumentando sus actuales poderes en la dirección del proceso).

3. *El proceso civil no dispositivo*

La doctrina suele coincidir en que el diseño del procedimiento civil «dispositivo», válido para la inmensa mayoría de las relaciones jurídicas, no sirve en cambio para el tratamiento de las «relaciones no disponibles» (relaciones de estado y condición de las personas). En estos casos al estar afectado el interés público el proceso civil dispositivo debe modificarse. No hay que olvidar que el proceso, como instrumento que es, se adapta al derecho material que en él se ejercita o hace valer.

Para estos supuestos, que son muy importantes, caben dos soluciones. La primera es la solución tradicional, a base de un *proceso civil inquisitivo,* en el que se refuerzan los poderes de oficio del Juez. Es la solución seguida en nuestra vieja LEC. La denominación se presta a confusión por el eco que tiene de pasadas etapas de la historia del proceso, por lo que es muy acertada la propuesta de FAIRÉN de denominarlo «proceso por relaciones no disponibles» o proceso civil no dispositivo. La segunda solución, mucho más inteligente y moderna, es, como ya se ha dicho, la diseñada por el «Codice di procedura civile», a base de atribuir el ejercicio de la acción a un órgano que vela por los intereses públicos en el proceso (el Ministerio Público, nuestro MF.). Este era el método que debería haber seguido nuestro legislador al reformar el CC. y la LEC. para regular los procedimientos en materia matrimonial y de filiación así como los nuevos procesos de divorcio, en lugar de caer en la complicada, frondosa y a veces contradictoria regulación de múltiples

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

formas procesales añadiendo más confusión a la ya existente en nuestro caótico derecho positivo.

Ahora bien: es fundamental no olvidar la precisión de GÓMEZ ORBANEJA: incluso en estos procesos inquisitivos o no dispositivos se siguen distinguiendo con claridad los dos principios, el que gobierna la tutela y el que regula la entrada en los autos de los materiales de la cognición judicial. El primero conserva todo su valor. El Juez, ciertamente, no está vinculado por la admisión de hechos o la confesión ni por el allanamiento y tiene amplios poderes en la instrucción probatoria. Pero su decisión —y esto es lo decisivo— sigue estando doblemente condicionada: ni puede declarar más efecto que el pedido ni conceder lo pedido por causa distinta de la invocada en la demanda. Una lectura de los preceptos del CC.. y de la LEC. constata esta afirmación (causas para la anulación del matrimonio, para fundar el divorcio o la incapacitación etc.). Por ello en estos casos sigue vigente la prohibición de la *mutatio libelli* establecida con carácter general en el art. 548 LEC. y el objeto del proceso (a efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada) no se identifica por el *petitum* sino por la *causa petendi*, de modo que cada causa o «motivo legal» invocada en la demanda funda una acción distinta.

VI. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. LA VALORACIÓN LEGAL Y LA LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. *Distinción*

El destinatario de las pruebas es el Juez. La prueba procesal más que dirigida a demostrar «la verdad» de una afirmación va dirigida a lograr el «convencimiento judicial» acerca de la exactitud de las afirmaciones previamente realizadas. Dicha convicción no representa necesariamente una «verdad», como tantas veces se ha repetido (complicándose todavía la afirmación a base de distinguir dos supuestas verdades, la «verdad formal» y la «verdad material») sino a lo sumo una «certeza» o certidumbre jurídica. Como dijera en el siglo pasado el gran procesalista WACH «todas las pruebas judiciales en realidad no son más que pruebas (o grados) de verosimilitud».

La mayoría de los hechos afirmados por las partes (o, como matiza

SERRA, «las afirmaciones sobre hechos» que las partes realizan) están necesitados de prueba. A este fin han aparecido en la historia dos grandes sistemas probatorios: el del *valoración legal* de las pruebas (que suele llamarse con menos propiedad sistema de la «prueba legal») y el del *valoración judicial* de las pruebas.

Según el primer sistema las pruebas son valoradas de antemano por el legislador, que formula diversas o múltiples «reglas legales» sobre la valoración de las pruebas. De ahí que en estos casos se hable de *pruebas legales*, expresión que sólo puede entenderse referida a que ha sido la ley la que de antemano ha fijado el valor probatorio que corresponde (y de ahí la denominación de sistema de la *prueba tasada*). El Juez debe atenerse a esas reglas y está vinculado por ellas aún cuando no esté convencido del resultado a que deba llegar.

Según el segundo sistema el legislador deja que sea el Juez el que en cada caso concreto realice la valoración de las pruebas. Por eso en este caso se habla de pruebas de *libre valoración*, una denominación que puede resultar equívoca porque puede entenderse en el sentido de que entonces el legislador concede al Juez pleno arbitrio o «libertad» para que pueda obtener de las pruebas los resultados que le parezcan.

2. *El sistema de valoración legal de la prueba*

1. La prueba «legal» o «tasada» por el legislador convertía al Juez en un computador de las pruebas. El Juez venía obligado a establecer su convicción incluso con la mayor irracionalidad sólo porque así resultaba del juego de las reglas establecidas de antemano por el legislador. Este se guiaba por el conocimiento de la realidad, por las «máximas de la experiencia» correspondientes a las circunstancias de la vida de entonces. Y la tarea del Juez consistía precisamente en ir discriminando cuando aquellas reglas legales debían considerarse cumplidas y cuando no. El resultado probatorio que se alcanzase acaso atormentaba su conciencia. Pero tal era el resultado querido por el legislador que él debía tomar en consideración para decidir.

2. Nuestra histórica legislación procesal dedicó a las reglas legales de valoración de la prueba una particular atención.

El *Fuero Viejo de Castilla* regulaba el número de testigos necesarios para probar en los pleitos según se tratase de cosas muebles o inmuebles. El número de testigos «sin tacha» que eran necesarios para hacer prueba dependía de la clase social a la que pertenecieran. Y para

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

contrarrestar la prueba de un hidalgo podían ser necesarios tres testigos labradores o villanos (*Los Códigos españoles concordados,* I, Madrid, Rivadeneyra, 1847, pp. 279-280).

El *Fuero Real de España* regulaba especialmente el testimonio de la mujer («En qué cosas puede ser testigo la mujer») permitiendo que «Toda mujer vecina o hija de vecino puede atestiguar en cosas que fueren hechas o dichas en baño, en horno, o en molino, o en río o en fuente, o sobre hilamientos o tejimientos, o sobre partos, o en otros 'hechos mujeriles'» (Ley VIII, Tít. VIII, Libro II). Existían múltiples causas legales de tacha del testigo: «Qué personas no pueden testificar», excluyéndose «al que mató a hombre a tuerto, al traidor, al alevoso, al descomulgado, al hereje, al siervo, al que da hierbas a otro para hacerle mal, al que dijo falso testimonio, al hombre que no tiene memoria, al adivino, al alcahuete conocido, al hombre que anda en semejanza de mujer y al que tiene naturaleza de hombre y de mujer». Tampoco se admitía el testimonio «del enemigo contra el enemigo mientras dure la enemistad, ni al paniaguado, ni al hombre muy pobre si no fuere probado ser de buena vida y buen testimonio» (*Los Códigos españoles,* I, pág. 367).

La *Partida Tercera* dedica varias leyes del Tít. XVI a regular minuciosamente la prueba testimonial, siguiendo las pautas del Fuero Viejo. «Todo hombre de buena fama puede ser testigo» salvo las personas excluidas. En ellas se incluía una larga lista que recordaba la del Fuero Viejo según la cual no podían ser testigo «los que son conocidamente de mala fama», ni «el que ha incurrido en falso testimonio o ha falsificado cartas, documentos o moneda», ni «los que dan hierbas o ponzoña para matar a otro o hacerle algún mal o para hacer perder los hijos a las mujeres preñadas», ni «los que fuerzan a las mujeres o los que sacan a las mujeres que son en Orden», ni «los que tuviesen barraganas conocidamente», ni «el tafur, que anduviese por las tabernas y las tafurerias», «ni el hombre muy pobre y muy vil»... «E aun dezimos, que ome de otra Ley, así como Judio, o Moro, o hereje, que non puede atestiguar contra cristiano, fueras ende en pleyto de trayción» (*Los Códigos españoles,* III, pp. 157-158).

El mismo Código regula la «prueba aritmética» (Ley XXXII): cuántos testigos eran necesarios para probar. En general eran suficientes cinco testigos de buena fama. Pero si se trataba de pleitos sobre testamentos eran necesarios siete e incluso ocho testigos. El texto legal incorpora la vieja regla *testis unus testis nullus,* que se encuentra ya en el Antiguo Testamento: «Mas por un testigo dezimos que nungún pleyto non se puede provar», aunque fuese «ome bueno e honrado». Pero por excepción «si Emperador o Rey diese testimonio sobre alguna cosa, dezimos que abonda para provar todo pleyto». El número de testigos se limitaba a doce: «Otrosí dezimos, que el Judgador no deve consentir a ninguna de las partes que aduzga mas de doce testigos en juycio... Ca tenemos que assaz abondan estos a aquel que los aduze para provar su intención» (*Los Códigos españoles,* III, pág. 171).

El Espéculo (otra obra legislativa o «Fuero» de Alfonso X el Sabio, «el cual es llamado Espéculo, que quiere decir como espejo de todos los derechos») contiene múltiples reglas legales de prueba enunciadas en textos de gran belleza literaria que incorporan las normas que regían la vida social de entonces: «En quales pleytos puede atestiguar la muger, e en quales non», cuyo testimonio se excluía como norma a no ser «que acaesciese que el fecho se feziese en tal lugar que non podiese aver varones que atestiguasen».

El Fuero se cuida de orientar al Juez ante la dificultad que puede surgirle cuando unos testigos se contradicen con otros: «e firman los unos por ella e los otros contra ella, e quales deven ser mas creidos». En tales casos el juzgador «deve catar quales de ellos son mejores e que semeja que se acercan mas sus dichos a la verdad». El número de testigos influía (prueba aritmética). Pero si unos testigos eran de «mas calidad» que los otros su testimonio valía más aunque fuesen menos. Y si el número de testigos de una parte y de otra era igual «dezimos que deven ser creydos los mas onrados e los mejores antes que los otros».

La ley explica la razón por la que considera preferente a unos testigos sobre otros: «Otrosí dezimos que los ancianos deven ser mas creydos que los mancebos, porque vieron mas e pasaron mas por las cosas e deben saber mas en los fechos». «Mas deve ser creydo el fidalgo que el villano» porque parece que antes caería en falso testimonio el villano, por miedo o por premio, que el hidalgo, el cual parece que se guardaría en caer en mentira por vergüenza para sí y para su linaje. «E mas deven creer al rico que a pobre, porque bien semeja que el pobre mas ayna diría mentira por codicia o por promesa». «E más creido deve ser el varón que la mujer, porque (el varón) tiene el seso más cierto e más firme». Y más creído debe ser el que no es amigo que aquél que lo es... (*Los Códigos españoles,* VI, pág. 97).

3. Las normas legales sobre la prueba pudieron subsistir durante siglos porque se ajustaban a las reglas de la vida de entonces y porque encerraban un programa de seguridad jurídica (algo que se olvida cuando se acude a su fácil crítica hoy que la experiencia sobre la vida ha cambiado tan radicalmente). Algunos de aquellos criterios todavía perduran

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en nuestro Código Civil: así la presunción *iuris tantum* que establece el art. 1.584 en favor del «amo» o arrendador frente al «criado» sobre el importe del salario y sobre el pago de los salarios del año corriente.

3. *Tránsito a la libre valoración de la prueba*

Pero aquellas normas no pudieron resistir el soplo de la filosofía moderna, que se fue abriendo paso a partir del «Siglo de las Luces» y hubieron de ser suprimidas en el movimiento de renovación legislativa que en toda Europa cristalizó a partir del siglo XIX, que dio paso al sistema opuesto, al de la llamada *libre valoración*. Posiblemente el propio NAPOLEÓN tomó iniciativas personales para derogar en su Código la más arraigada de las máximas sobre prueba, la de que un testigo no podía probar nada (que permitía, vg. que un ciudadano honorable no pudiese hacer condenar a un delincuente con su sólo testimonio mientras que dos malhechores podían con el suyo hacer condenar a un buen ciudadano).

A partir de los Códigos de Napoleón se difundió por toda Europa (especialmente para el juicio penal) el nuevo sistema, de la «íntima convicción» (fórmula del Código francés), de la «apreciación en conciencia» (fórmula de la LECrim. española) y del «libre convencimiento del Juez» (fórmula del Código italiano).

Así se generalizó en todas las legislaciones europeas el nuevo sistema de la libertad en la apreciación de las pruebas. Un sistema que aunque responde a una adecuada base filosófica ha sido impugnado por los excesos a que ha podido conducir en su aplicación cuando la «libre valoración» se ha entendido como «libérrima» libertad judicial sin posible control (de ahí la referencia a la «soberanía» del Tribunal sentenciador). La impugnación ha surgido especialmente en el proceso penal a la sombra del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24, 2, CE) que prohíbe condenar sin pruebas objetivas legalmente establecidas en el proceso que permitan considerar mínimamente fundada la acusación.

4. *Subsistencia de reglas legales sobre la prueba*

Pero algunas reglas legales de prueba se han mantenido en los modernos Códigos procesales civiles. En nuestro sistema procesal subsisten como pruebas de valor legal, que en principio debe vincular al Juez, la prueba de confesión (art. 1.232) y la de documentos (art. 1.218 y ss.).

La doctrina se divide a la hora de justificar esa supervivencia.

En la doctrina extranjera CAPPELLETTI se ha esforzado por ver en las pruebas legales o tasadas una reminiscencia del procedimiento escrito mientras que la prueba de libre valoración judicial es propia de la oralidad. En nuestra doctrina PRIETO-CASTRO considera también que las pruebas de valor tasado por el legislador son «vestigios o reminiscencias del pasado» llamadas a desaparecer. Un punto de vista que ha defendido siempre GUASP, para el cual siendo finalidad de la prueba lograr la convicción psicológica del juzgador la supervivencia de pruebas de valor legal es un contrasentido. Por ello el invento jurisprudencial de la «apreciación conjunta» de las pruebas ha devuelto al juzgador la libertad de valoración probatoria que el valor legal de algunas pruebas le había retirado.

En contra, se ha defendido enérgicamente que las pruebas de valor legal son inseparables de la función del proceso civil. «Las reglas legales de prueba son un poderoso medio de desinfección del proceso contra los bacilos de las pruebas falaces». Tal ha sido la dirección emprendida en la doctrina extranjera por FURNO en su valiosa obra sobre la prueba legal, representada en nuestra doctrina por JIMÉNEZ CONDE. El más autorizado defensor de las pruebas de valor legal en nuestra doctrina es GÓMEZ ORBANEJA: «las normas legales de prueba existen al servicio de la seguridad jurídica» y «sin ellas el proceso civil no podría cumplir su misión». Cuando el Código Civil dice que los documentos «hacen prueba» se refiere a hacer prueba plena no obstante cualquier otra. Y al servicio de ese valor legal probatorio se estableció el motivo de casación fundado en el error de derecho en la apreciación de la prueba (núm. 7.º del primitivo art. 1.692 LEC. actualmente subsumido en el núm. 4.º según la redacción actual tras la Reforma Urgente de la L. 10/1992).

Una posición intermedia es la defendida por SERRA DOMÍNGUEZ *(Comentarios al Código Civil)*. Hay tres sistemas probatorios imaginables: a) prueba legal exclusiva; b) prueba libre y c) sistema mixto, a base de prueba de libre valoración pero con concesiones a la prueba de valor legal. El primer sistema ya no existe. De acuerdo con SERRA, de los otros dos sistemas es el tercero el que debe considerarse preferible, siendo también el seguido por nuestra legislación procesal civil.

5. *Las «reglas de la sana crítica»*

En relación con la prueba de libre valoración por el Juez surge la cuestión del papel que deba corresponder a las *reglas de la sana crítica*,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

a las que la LEC. se remite para la apreciación del valor de ciertas pruebas (testigos y peritos).

En el plano doctrinal se ha destacado la «juiciosa prescripción» de nuestra LEC. de 1881 que ordena que los Jueces aprecien la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las «reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran» (art. 659), prescripción que la LEC. reproduce con relación a los dictámenes periciales, los cuales se apreciarán también según las «reglas de la sana crítica» (art. 632).

GORPHE, un autor que estudió especialmente la valoración de la prueba, en relación con esta previsión de nuestra LEC. de que la prueba pericial y la testifical se aprecien conforme a las reglas de la sana crítica y de acuerdo con las circunstancias, dijo que «ese principio encierra todo un programa; y, si está bien trazado, vale lo que un gran número de normas legales» (GORPHE, *La appreciation des preuves en justice,* París, 1947). Y un procesalista como COUTURE expresó así su pensamiento: «El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. *La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia,* sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendentes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento» (COUTURE, *Estudios,* II, pág. 181 y ss.). Se comprende así que este sistema intermedio haya sido incorporado a proyectos legislativos como la mejor de las fórmulas de apreciación de la prueba (COUTURE, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil,* Montevideo y Buenos Aires, 1945).

Recordando el previo concepto de «libertad jurídica» decía COUTURE: «El sistema de libre convicción, llevado hasta sus últimos límites, no es sino un régimen voluntarista de apreciación de la prueba, paralelo con el del derecho libre preconizado para la interpretación de la ley». Este sistema de libre convicción «sólo es adaptable a ciertas materias muy especiales o al jurado popular. No parece aplicable al proceso civil». «La *sana crítica* que domina el común de nuestros Códigos es, sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que lleva muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del Juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en su sentido absoluto», «el método de la sana crítica *reúne las virtudes de ambos, atenuando sus demasías*» (*Fundamentos de Derecho Procesal,* pp. 275-276).

El prestigio doctrinal del sistema de la LEC. explica que *de lege ferenda* se haya defendido su incorporación a los futuros Códigos procesales civiles. Así, en el Proyecto de los Profesores de las Universidades españolas (*Corrección y actualización de la LEC,* Madrid, Tecnos, t. II, 1974, pp. 259 y 269) se incluyeron dos artículos con el siguiente texto: «Art. 505.— Los tribunales apreciarán el dictamen pericial según las reglas de la sana crítica». Art. 539.— Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran» (Cfr. justificación en la Exp. de Motv. en págs. 89 y 101 de la obra citada). De igual modo, en el Anteproyecto de *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* (elaborado en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988) se incorporó este sistema de las reglas de la sana crítica en el art. 130 en el que se dice: «Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, racionalmente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo el texto legal que establezca una regla de apreciación diversa».

Pero todo este «prestigio doctrinal» del método de la «sana crítica» ha quedado privado de utilidad y de sentido práctico por obra de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que, ya desde el pasado siglo, se negó sistemáticamente a concederle valor vinculante, negando que puedan servir para controlar en el trámite de casación el uso que de la libertad probatoria haya hecho el tribunal de instancia. Ya lo expusieron así en la Comisión de Codificación GUTIÉRREZ, YGÓN, MANRESA y ALONSO MARTÍNEZ al discutirse lo que pasaría a ser núm. 7.º del inicial art. 1.692 LEC. para permitir el control del «error de hecho» en la valoración de la prueba. Con el nuevo motivo de casación quisieron aquellos legisladores (casi todos Magistrados del TS) «avanzar un poco más» y, sin retroceder a la prueba legal, «retirar a las Audiencias, en alguna medida, el omnímodo poder en la apreciación de la prueba» de que, de hecho, gozaban. Ya antes lo había explicado así el MARQUÉS DE GERONA, con su autoridad de tratadista y de Presidente de la Sala Primera del TS., en sus estudios sobre el ámbito del control que por entonces tenía el recurso de casación.

El argumento del que se ha servido siempre la Jurisprudencia consiste en que «tales reglas (de la sana crítica) no están en la ley», de modo que al no estar escritas en ninguna ley no pueden ser infringidas. Pero este argumento no resiste una crítica seria. Tras él lo que hay en realidad es el temor (razonable) de que se fuese a abrir una vía de acceso a

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la casación que pudiera innundar a la Sala de recursos (un viejo y nunca bien resuelto problema que el TS. arrastra ya desde el pasado siglo).

Por lo demás, el argumento no es convincente. En primer lugar porque «está en la ley» la remisión imperativa a las reglas de la sana crítica (los citados arts. de la vigente LEC. están redactados en términos imperativos: «se apreciarán»). Y si lo que quiere decirse es que sería necesario que la ley contuviese expresamente esas reglas particulares de valoración crítica, entonces se regresaría de nuevo al viejo y definitivamente superado sistema de las pruebas legales. En segundo lugar, porque esas reglas de la sana crítica son las reglas de la lógica y de la experiencia, las que científicamente se estudian en la psicología aplicada, rama de la Psicología que suministra los criterios para la crítica experimental del testimonio y de la pericia. En tercer lugar porque el criterio jurisprudencial anulando el significado de las reglas de la sana crítica está en contra de la «cientificidad de la prueba» y seguido el argumento hasta sus últimas consecuencias llevaría a aceptar como válida una sentencia en la que, por ejemplo, se negasen los efectos de la ley de la gravedad aceptándose como razonable la imposibilidad de someter a control esa afirmación de la sentencia sólo porque dicha ley física no escrita en el Código civil ni conste en la Ley de Enjuiciamiento.

Por si ello no fuese suficiente, el citado criterio está en franca contradicción con el que sigue la misma Jurisprudencia en otras ocasiones análogas. Así, tampoco están en la ley los conceptos de «urgencia», «imposibilidad», «causa justa», «orden público», «vicio de la construcción», «disminución del valor», etc. que, en cambio, son conceptos de la experiencia que pueden ser sometidos al control de la casación. De igual modo que ese criterio jurisprudencial se contradice con el que permite el control de las presunciones atacando la inexistencia del «enlace preciso y directo» (exigido por el art. 1.253 CC.) entre el hecho base o indicio y el hecho deducido o presumido, en cuyo punto es firme la posición de la Jurisprudencia permitiendo la fiscalización. Finalmente, frente a la cerrada posición de la Jurisprudencia de la Sala Primera, la Sala de lo Social ha admitido en varias ocasiones el control de máximas de la experiencia o reglas de la sana crítica en procesos laborales.

Lo cierto es que el firme criterio jurisprudencial, con siglo y medio de vigencia, ha privado de toda utilidad a ese gran «programa de higiene mental» constituido por esa remisión a las reglas de la «sana crítica». El sistema tan alabado doctrinalmente por reunir las ventajas de los dos sistemas opuestos (el de la vinculación a previos criterios legales y el de la libertad absoluta) queda así privado de toda significación en la práctica.

La doctrina es unánime en cuanto a que la llamada «apreciación conjunta» de la prueba (para evitar tener que razonar sobre cada prueba) unida a la «falta de motivación de la valoración probatoria» es una corruptela que, legalizada en la práctica por la Jurisprudencia, debe desaparecer.

VII. Principios del procedimiento (I). Impulso oficial y preclusión

1. *Principio de «impulso oficial»*

El principio que regula el impulso procesal hace referencia a si el procedimiento debe avanzar de un trámite a otro por iniciativa y a petición expresa de las partes o si tal avance debe ser cometido del oficio jurisdiccional. En el primer caso se habla de *impulso de parte* y en el segundo de *impulso de oficio*.

Hasta el R.D. de 2 de abril de 1924 teníamos en España la *Justicia rogada*. La Justicia era «rogada» no sólo en el sentido genuino de que sin demanda no puede haber juicio sino en este otro sentido de que para que avanzase el procedimiento era necesario que el actor lo solicitase. Las actuaciones del procedimiento se llenaban de redundantes escritos en los que se «acusaba la rebeldía» o se solicitaba el avance del procedimiento. El retraso y entorpecimiento que ello suponía aconsejó modificar en este punto la inicial regulación de la LEC. dictándose para ello aquel Real Decreto «de términos judiciales» que, con una discretísima modificación de las «actuaciones judiciales» (arts. 307 y 308 LEC.), logró una modernización trascendental en nuestro procedimiento civil. Dispone ahora el art. 307 LEC. que el Juez o Tribunal «dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto los proveidos necesarios».

2. *Preclusión procesal y eventualidad*

1. La preclusión procesal es el efecto correspondiente a la división del procedimiento en etapas o «trámites», con sus respectivos «momentos procesales» (plazos o términos), a cada uno de los cuales corresponde la realización de un determinado acto. Las obras más antiguas sobre el procedimiento se denominaban «Tiempos de los pleitos» o «Reloj de pleitos» porque se estudiaba el juicio a base de los tiempos de que cons-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

taba: tiempo para comparecer, tiempo para contestar, tiempo para probar, tiempo para concluir...

El procedimiento es como un camino dividido en etapas (que con menor propiedad se acostumbran a llamar «fases»). Cada etapa supone un determinado lapso de tiempo (un «momento procesal») establecido para realizar la actividad correspondiente. Cada una de esas actividades, establecidas de antemano por el legislador, constituye un «trámite». Y el conjunto o sucesión de los diversos trámites, articulados entre sí, constituye el «procedimiento». El procedimiento avanza o evoluciona en un desarrollo que conduce desde la demanda hasta la sentencia. Si se deja transcurrir el momento preestablecido sin realizar la actividad o trámite previsto se pierde la posibilidad de su realización en otro momento, porque ya no corresponde a aquel trámite. Este efecto se denomina *preclusión procesal*. La actividad que dejó de realizarse en aquella oportunidad o momento procesal preestablecido se entiende «perdido» o *precluido* el trámite para la parte que no lo ha evacuado.

La preclusicón supone un efecto equivalente al de la «caducidad» o decadencia de los derechos procesales. Fue ésta una de las innovaciones fundamentales del RD. de 1924: «transcurrido un término se tendrá por caducado en derecho y por perdido el trámite o recurso que hubiera dejado de utilizarse» sin necesidad de los «escritos de apremio» que antes existían. El precepto dice ahora, en su nueva redacción: «Transcurrido un plazo procesal se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate» (art. 306 LEC).

2. La solución técnica para evitar los riesgos propios de la preclusión procesal es la *eventualidad* o «acumulación eventual» de varias posibilidades de actuar.

En el mismo momento o trámite procesal puede haber varias alegaciones que realizar, varias excepciones que oponer, varias pruebas que articular. Como la ocasión es única, los efectos consuntivos de la preclusión se evitan acumulando en el mismo trámite todas las posibilidades de actuación para que si alguna de las alegadas preferentemente no prospera puedan ser acogidas las siguientes, las cuales se aducen o articulan *secundum eventum litis*.

El contrapunto de la eventualidad se encuentra —como señaló GOLDSCHMIDT— en el principio de *concentración,* propio de los procedimientos que se sustancian según la oralidad que hasta ahora inspira a pocos tipos procedimentales (juicios verbales, nuevo juicio de menor cuantía). Frente a la concentración de alegaciones y pruebas, los procedi-

mientos acoplados al principio de la escritura se caracterizan por la *dispersión* de los actos procesales.

VIII. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO (II). ESCRITURA Y ORALIDAD

1. *Forma escrita y forma oral*

1. La opción fundamental de todo procedimiento es seguir la *forma escrita* o la *forma oral,* de cuya elección derivan a su vez varias consecuencias.

La historia universal del procedimiento civil enseña que el debate y la actividad procesal pueden desarrollarse o bien por medio de la palabra hablada o mediante la palabra escrita. Pero —como señaló CHIOVENDA— «todo proceso moderno es en parte oral y en parte escrito». Es difícil imaginar un procedimiento tan exclusivamente oral que no reserve alguna parte a la escritura y un sistema tan absolutamente escrito que no contenga algunos actos que se desarrollen de viva voz. De ahí que el procedimiento se defina como *oral* o *escrito* en función de cual sea la forma predominante y sobre todo —según la precisión chiovendiana— «según como actúe la oralidad».

2. El proceso civil romano de la época clásica fue oral, como demostró CHIOVENDA en su famoso ensayo (*Ensayos de Derecho Procesal Civil,* I, pp. 344 y ss., 2.155 y ss.) cuando inició su larga batalla en favor de la oralidad para el proceso moderno. El proceso escrito comenzó a abrirse paso a partir de Justiniano y alcanzó su dominio absoluto siglos después con la recepción del Derecho romano-canónico. La famosa Decretal del Papa Inocencio III, de 1216, señaló el triunfo de la escritura en toda Europa. Se veía en la forma escrita la protección contra la arbitrariedad de cuantos intervenían en el proceso, incluido el mismo Juez (la Decretal hace referencia a los «iniqui iudicis»), con la ventaja de permitir el control de lo resuelto en un recurso ulterior gracias a que *scripta manent*. Pero en la segunda mitad del pasado siglo se inicia un profundo movimiento en favor de la oralidad, cuya evolución todavía no está concluida. La *ZPO de Hannover,* de 1850, fue la primera en implantar los criterios de la oralidad, seguida por la *ZPO. alemana,* de 1877, y por la *ZPO. austríaca,* de 1895, a la que el gran legislador FRANZ KLEIN incorporó los planteamientos del proceso oral. Esos plan-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

teamientos de la entonces más reciente legislación procesal tenían el respaldo científico de los maś autorizados tratadistas: BENTHAN en Inglaterra, MARIO PAGANO en Italia, MITTERMAIER en Alemania, KLEIN en Austria y, sobre todo, la enorme autoridad de CHIOVENDA continuada por su discípulo CALAMANDREI.

2. *La oralidad en el proceso civil español y en la reciente legislación procesal*

Puede decirse que el principio de la oralidad es afortunado. Porque tratándose en sí de un principio del procedimiento se han librado en su nombre las más grandes batallas doctrinales y legislativas, hasta el punto de que se le acabó reconociendo una significación política más allá de la que técnicamente le corresponde (ALCALÁ ZAMORA y FAIRÉN). En este sentido la Constitución española ha contemplado a la oralidad como principio inspirador o «predominante» en toda actuación procesal «especialmente en materia penal» (art. 120, 3, CE). Pero es aleccionador señalar a continuación que, llegado el momento de dar ejemplo, el legislador lejos de seguir la pauta marcada por el precepto constitucional lo que ha hecho es desviarse cada vez más de dicha previsión. No sólo el procedimiento ante el Tribunal constitucional es todo él escrito, sin concesión alguna a la oralidad (que jamás se ha practicado), sino que con las «Medidas Urgentes» para la reforma procesal incorporadas a la Ley 10/1992, de 30 de abril, se ha producido una increíble involución (con supresión de las «vistas» de los recursos y tramitaciones de las apelaciones por escrito) que constituye un auténtico fraude al espíritu de la Constitución, por muy poderosas que sean las razones prácticas en que se haya fundado el legislador.

Sin duda el ejemplo de nuestro legislador es de una elocuencia insuperable. El principio de la oralidad es en sí irreprochable y permite un proceso más humano, más vivo, y una «Justicia de rostro humano». Y su rendimiento puede ser grande, sobre todo si se combina con el de la escritura, reservando éste para ciertos actos fundamentales de alegación que conviene sean reflexivos (vg. demanda, contestación).

El problema de la oralidad es el de su funcionamiento. Exige una Judicatura más numerosa. Y tanto la Judicatura como la Abogacía han de estar especialmente preparadas para el proceso oral, que obliga a improvisar sobre la marcha en los actos concentrados. Es preciso además disponer de los adecuados medios de documentación. Todo cuanto suce-

de en las sesiones o audiencias tiene que ser recogido por escrito *(documentado)* para dejar constancia a los efectos ulteriores *(verva volant!)* a fin de que pueda ejercitarse después el adecuado y eficaz control mediante los recursos que procedan.

La escritura suele suscitar simpatías entre los Jueces y los Abogados, porque permite una actuación reflexiva, meditada. Y no obliga a tres o a cinco Magistrados a escuchar reunidos el mismo informe. El rendimiento del órgano jurisdiccional puede ser notablemente superior (el ejemplo lo suministra la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). A cambio la escritura, aplicada en los órganos de apelación o de casación, fácilmente puede hacer perder al Tribunal la garantía propia de un «órgano colegiado». Cada Magistrado confiará en los proyectos de sentencia que avance el Ponente. Y si el Colegio judicial no «oye» a las partes no hay garantía de que los «lea».

El proceso civil español está fundamentalmente dominado por la escritura. La LEC. está tan convencida de que los actos del procedimiento son escritos que les llama *actuaciones*. Son escritos la demanda, la contestación, la réplica, la dúplica, las alegaciones finales. Incluso las pruebas son en gran parte escritas. La oralidad aparece en el juicio verbal civil y en algún procedimiento de más reciente diseño como el «juicio de cognición». Pero aún los actos que deben ser orales, como las comparecencias finales de resumen y crítica de pruebas, en la práctica se hacen muchas veces por escrito mediante las «notas» o «instructas» que se dejan en poder del Juez para que hacer memoria de lo que se debería haber dicho en aquel acto teóricamente oral.

IX. CONSECUENCIAS DE LA ESCRITURA Y EXIGENCIAS DE LA ORALIDAD

1. *Consecuencias de la escritura*

1. La escritura supone *mediación:* entre las partes y el Juez se interponen o «median» los Procuradores y Abogados y el Secretario Judicial o funcionarios de la Secretaría. Teóricamente es posible que el Juez siga todo el juicio y dicte sentencia sin haber visto nunca ni al demandante ni al demandado, a los que acaso podrá ver si comparecen ante él para rendir confesión judicial. La escritura no se aviene con una «Justicia de rostro humano».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2. La escritura supone también *dispersión de los actos*, que se van realizando procesionalmente, uno tras otro, en múltiples secuencias.

3. Si el procedimiento es escrito la *publicidad* tiene una significación distinta. La genuina publicidad sólo puede darse dentro de la oralidad, con las «audiencias públicas», donde los interesados y el público en general puede ver y oír el desarrollo del juicio.

2. *Exigencias de la oralidad*

Al contrario de la escritura la oralidad exige diálogo de viva voz, presencia del Juez (inmediación), permanencia o identidad del Juez, concentración y publicidad.

1. *Diálogo oral*. Sin perjuicio de que el acto del juicio sea preparado por escrito y sin perjuicio de que todo lo dicho se recoja por escrito en los documentos que son las actas procesales, todo el debate ha de desarrolarse oralmente, de viva voz.

2. *Inmediación*. La oralidad no significa nada si el Juez no está presenciando y dirigiendo personalmente los debates e interviniendo en los actos procesales (singularmente en la recepción de las pruebas). Sólo así es posible captar toda la riqueza psicológica derivada de la experiencia vivida directamente.

3. *Identidad del Juez*. El efecto de la inmediación se destruye si durante etapas fundamentales del proceso cambia la persona del Juez. En particular, un proceso oral exige que la sentencia sea dictada por el mismo Juez que recibió la prueba. Como señaló GÓMEZ ORBANEJA que un Juez presencie las pruebas y otro dicte sentencia es una increíble anomalía que se da, no obstante, con gran frecuencia en nuestro proceso civil. Con ello se pierde en gran medida lo que con la oralidad se persigue.

4. *Concentración*. Decir oralidad es decir también concentración. A diferencia de la dispersión propia del procedimiento civil con la oralidad los actos se concentran en una o varias sesiones o «audiencias», próximas entre sí en caso de ser varias. Y concluidas las sesiones debe dictarse la sentencia para evitar que aquellas impresiones o vivencias puedan borrarse y también para evitar el cambio en la persona del Juez. Con la concentración se reúnen en un mismo acto las cuestiones principales y las preliminares o incidentales que se puedan plantear (vg. en la audiencia preliminar o comparecencia previa actualmente regulada para el juicio de menor cuantía en los arts. 692 y ss.).

5. *Publicidad*. Oralidad significa publicidad. También en el proceso escrito hay publicidad (el secreto sólo es propio de la etapa sumarial del proceso penal). Pero en el enjuiciamiento oral la publicidad tiene un sentido mucho más profundo. No es igual que los Procuradores y Abogados de las partes intercambien escritos que presenciar una sesión de un juicio oral.

La lucha por la publicidad ha tenido un marcado carácter político. Bastaría recordar las conocidas palabras de MIRABEAU en la Asamblea de Francia: veía en la publicidad la mayor garantía de la Justicia («dadme el Juez más venal que queráis; nada le temo si tiene que juzgarme públicamente»). Desde nuestra actual perspectiva histórica bien puede decirse que MIRABEAU era en buena medida un ingenuo optimista. De todos modos, no puede negarse la *significación política* de la publicidad, siendo indudable la garantía y el control que supone actuar *coram populi*. La publicidad tiene además *significación cívica* porque permite al pueblo presenciar y opinar sobre su Justicia, contribuyendo a reforzar la confianza de los ciudadanos en sus Jueces y Tribunales. A esas razones deben sumarse las que derivan de su utilidad al servicio de una buena técnica procesal.

El doble fundamento técnico y político de la publicidad explica que además de figurar en las normas reguladoras del procedimiento (art. 186 de la LOPJ sobre actuación de los Juzgados y Tribunales en *audiencia pública*) se haya incorporado también al texto de la Constitución (art. 120, 1, y 2, CE) y a los Convenios Internacionales sobre derechos y libertades fundamentales.

6. A la oralidad se han señalado «peligros». Mas bien lo que tiene son «dificultades». Para superar esas dificultades conviene recordar con CALAMANDREI que oralidad no equivale a oratoria y que el proceso oral no tiene que ser una palestra para el ejercicio de la vacua retórica. Pero también hay que decir que si todo en el proceso son problemas de hombres, la oralidad es especialmente *«un problema humano»: de ahí sus dificultades históricas, sus fracasos y sus riesgos.*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN EL SUMARIO [1]

M.ª DEL MAR JIMENO BULNES
Prof.ª Titular de Derecho Procesal
Valladolid

SUMARIO:

I. Introducción. — II. La publicidad como principio procesal: 1. Antecedentes histórico-legales; 2. Regulación vigente en la legislación española; 3. Acepciones del término publicidad. Clases; 4. Excepciones y límites al principio de publicidad. — IV. El secreto del sumario en el proceso penal: 1. Perspectiva desde el Derecho comparado; 2. Examen desde nuestra LECrim. — IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de todo y en una primera aproximación al tema, se hace necesario delimitar la perspectiva desde la cuál va a ser abordada la publicidad. No en vano, el término de «público» puede entenderse, ya histórі-

1. Trabajo presentado como «lección magistral» en el segundo ejercicio de oposición a la plaza de Profesor Titular de Universidad (Facultad de Derecho de Burgos) y completado a partir de una posterior estancia en Estados Unidos *(University of Texas at Austin)*, a la que desde aquí —y en particular al Prof. Robert Dawson *(Full Professor)*— aprovecho a manifestar mi profundo agradecimiento.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

camente y como recuerda BOBBIO[2], desde dos perspectivas: la primera atendería a la «publicidad» como perteneciente a la esfera estatal, a la *res publica*, que es el significado original del término latino *publicum* y que nos llega de la distinción clásica entre *ius privatum* y *ius publicum*. Una segunda perspectiva hace referencia al significado de «público» como opuesto a «secreto». A esta última, es su incidencia procesal, es a la que dedicamos esencialmente nuestro presente estudio.

Esta antítesis publicidad-secreto ha sido ya reflejada desde antiguo y ha venido configurando el panorama político de cada época, dependiendo en sensible medida, pues, del grado de libertad social imperante en los diversos momentos[3]. El principio de publicidad ha venido siendo entendido desde la Ilustración como un elemento consustancial a las formas democráticas de gobierno mostrando así la complejidad que encierra y, en esta línea, si bien será predicable su carácter técnico-procesal, resultará prácticamente imposible desprender de su esencia un innegable matiz político-ideológico.

BECCARIA equiparaba «secreto» a tiranía en sus diatribas contra las acusaciones secretas y considerando en su tiempo a la República como forma más democráctica de gobierno, realizaba sus amonestaciones en pos de la formulación de acusaciones públicas[4]. El propio BOBBIO, emulando a Maurice JOLY en su *Dialogo agli inferi tra Macchiavelli e Montesquieu*, escribe que «la democracia es idealmente el gobierno del poder visible, o sea del gobierno cuyos actos se desarrollan en público bajo el control de la opinión pública» y que «las instituciones de un país libre no pueden durar largamente... sino actúan *au grand jour*»[5].

También en la ciencia del proceso es destacable la importancia de la publicidad y su papel como instrumento de control democráctico. Son célebres así las frases de COUTURE ensalzando la labor de la publicidad: «la publicidad del proceso es, a nuestro modo de ver, la esencia del sistema democrático de gobierno... La publicidad, con su consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores... En último término, el pueblo es el juez de jueces»[6]. De la misma forma y casi siglo medio antes, equiparaba BENTHAM a la publicidad como «el alma de la justicia», razón por la que «debe ser estensiva à todas las partes del procedimiento y à todas las causas»; para él la publicidad se presentaba como «la más eficaz de todas las salvaguardias del testimonio»[7].

Aparece así la publicidad, originariamente y en cuanto instrumento de control popular de la administración de la justicia[8], como una conquista de la Revolución francesa y hasta tal punto se hace imprescindible que MIRABEAU reclama: «dadme el juez que os plazca: parcial, venal, incluso mi enemigo; poco me importa con tal que no pueda hacer nada sino cara al público»[9]. No extraña así que la publicidad se perfile a modo de principio fundamental a lo largo del liberalismo político decimonónico; en concreto, se presenta como «ideal liberal de sustraer al individuo a los arbitrios de las prisiones secretas, a los arbitrios de las torturas, a los arbitrios de las inquisiciones, de las picotas»[10].

La «publicización» que del proceso tiene lugar durante el siglo XIX está íntimamente ligada con la oralidad[11]: proceso público y oral por oposición al anterior secreto y escrito. Tal conexión entre ambos principios no sólo es afirmada doctrinalmente[12], provocando el estudio conjunto de los mismos, sino que deriva de la propia regulación legal: gran parte de las Constituciones europeas de todos los tiempos recogen orali-

2. BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, Méjico 1984, esp. p. 69, nota 60. Este problema no se plantea en el idioma alemán donde los términos utilizados para cada caso son diferentes —*staatliches y öffentliches*—; así, HABERMAS, J. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 5.ª ed., Neuwied und Berlin 1971, esp. p. 13. Sobre el origen histórico de la distinción entre «público» y «privado», véase también PEDRAZ PENALVA, A., «Notas sobre publicidad y proceso», *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid 1990, pp. 203 y ss., esp. pp. 217 y ss.

3. Así, con mayor detalle, GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona 1935, esp. pp. 95 y ss.

4. BONESANA, C. (Marqués de Beccaria), *Tratado de los delitos y de las penas*, Buenos Aires 1978, esp. p. 86 y 87.

5. BOBBIO, N. *Ideologías y el poder en crisis*, Barcelona 1988, p. 175.

6. COUTURE, E.J. *Fundamentos de Derecho Procesal civil*, 3.ª ed., Buenos Aires 1972, p. 192 y 193.

7. BENTHAM, J. *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I, Madrid 1835, p. 109.

8. En esta línea, GIOSTRA, G. *Processo penale e informazione*, Milano 1989, para quien «per moltissimo tempo, la pubblicità inmediata è stata un baluardo contro l'esercizio dell'arbitrio in via giurisdizionale» (p. 13). Aludiendo a la pérdida de tal carácter, PEDRAZ, E. «Notas...», *op. cit.*, *passim*.

9. Referencia que pese a ser criticada por algunos por considerarla «ingenua» (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal civil*, t. I, Madrid 1990, esp. p. 119), todavía es ensalzada por muchos.

10. CAPPELLETTI, M. *Proceso, ideología y sociedad*, Buenos Aires 1974, esp. p. 25.

11. Así, SERRA DOMÍNGUEZ, M. «Liberalización y socialización del proceso civil (las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales)», RDProc. 1972, pp. 511 y ss., esp. 25; SERRA utiliza el término de «publicización» en lugar del de «publicitación».

12. Por todos, BONET NAVARRO, A. «Oralidad y Constitución», *Estudios sobre la jurisdicción y su actividad*, Zaragoza 1981, pp. 291 y ss, esp. p. 192.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dad y publicidad en el mismo precepto [13]. Es asímismo su previsión constitucional la que configura a la publicidad como una garantía fundamental del proceso [14].

Entendida entonces la publicidad como «accesibilidad» al proceso para todos, en la línea predicada por COLDSCHMIDT [15], y consecuencia en este sentido de la oralidad, parece hacerse con ello exclusiva referencia a la denominada publicidad inmediata y por ende, absoluta, en cuanto posibilita la asistencia del «pueblo» o terceros (público) al proceso [16]. No obstante —y aludiéndose también a una mal llamada «publicidad relativa» [17] de la que únicamente se benefician las partes del proceso—, cobra hoy cada vez más importancia aquella desarrollada a través de los medios de comunicación social (prensa, radio, televisión, etc.) o «publicidad mediata»; precisamente es con relación a esta última donde han tenido lugar los mayores problemas ante la limitación de la publicidad para determinadas actuaciones judiciales, entrando en ocasiones en conflicto con otra garantía constitucional como es la libertad de expresión en sus múltiples formas (derecho a la información, libertad a comunicar o recibir información, etc.) [18].

La publicidad no opera, pues, como principio absoluto sino que se ve afectada por unos límites que, en la práctica, corresponde determinar al legislador ordinario; constituyen estos las excepciones al principio de publicidad. Son casos en los que predomina el «secreto» de las actuaciones judiciales [19], pese a la resistencia a utilizar dicho término [20], evocador

13. Además de muchas de las actuales, por ejemplo, históricamente, la Constitución de Viena de 25 de noviembre de 1848, en cuyo art. 29.1 se afirma que «la administración de Justicia es ejercida por un procedimiento público oral»; de igual modo, la alemana de 28 de marzo de 1849, conocida como de *Paulskirche*.

14. Así, art. 24.2. Al respecto, STC 5/1981, 25/1981, etc.

15. *Principios generales del proceso*, t. II *(Problemas jurídicos y políticos del proceso penal)*, Buenos Aires 1961, esp. p. 155.

16. Optamos por el término de asistencia y no «participación», considerando que ésta sólo tiene lugar a través de las fórmulas del Jurado y la acción popular.

17. En puridad principio de contradicción o audiencia. En esta línea, MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional*, t. I, 3.ª ed., Valencia 1993, esp. p. 541.

18. Art. 20.1 CE, reconocido también en el art. 10.1 CEDH y cuya senda jurisprudencia será examinada en el apartado dedicado a tal efecto.

19. Dejamos a un lado la mención de momentos tales como la deliberación de la sentencia, cuya correspondiente discusión y votación se verifica tradicionalmente a «puerta cerrada» (art. 343.1 LEC y 150 LECr). No obstante, existen excepciones en otros paises; es el caso de Francia donde rige la publicidad de los debates judiciales del *Conseil d'État*, si bien el Decreto de 20 de julio de 1972 concede la facultad a su Presidente para privar de la misma a tales debates si se produjera vulneración del derecho de intimidad y así lo solicitaran las partes (al respecto, MENEU MONLEON, P. «La publicidad de los debates judiciales en el Consejo de Estado en Francia», RDProc. 1974, pp. 929 y ss.)

20. Así por ejemplo, BENTHAM prefiere hablar de «procedimiento privado», por cuanto «en estos casos de escepción se trata de limitar la publicidad más bien que de escluirla» (*Tratado de las pruebas judiciales*, t. I, *op. cit.*, p. 127).

21. De hecho algunos circunscriben la vigencia del principio de publicidad a este período, como es el caso de BENTHAM (*Tratado de las pruebas judiciales*, t. I, *op. cit.*, esp. pp. 111 y ss). esta línea parece seguir también GIMENO SENDRA al definir el proceso público como aquél en el que «la ejecución o práctica de la prueba se realiza con posibilidad de asistencia física, no sólo de las partes, sino de la sociedad en general» (*Derecho procesal*, t. II, *proceso penal*, 6.ª ed., Valencia 1992, p. 89).

22. FAIRÉN GUILLÉN, V. «Tendencias actuales del Derecho procesal penal», Justicia 1991, pp. 263 y ss, esp. p. 273.

23. Descrita en nuestro caso en el art. 299 LECr.

24. Véase HASSEMER, W. «La persecución penal: legalidad y oportunidad», Revista Jueces para la democracia 1988, n.º 4, pp. 8 y ss., esp. 1.ª pág.

25. Para todo tipo de procesos, el art. 232.2 LOPJ; para el proceso civil, art. 314 LEC, para el penal, 680.2 LECr, etc.

de negros tiempos pasados. Tal limitación de la publicidad, susceptible de presidir aún toda una fase procesal, no debe llevar a absolutizaciones en el sentido de calificar de secreto al proceso, al menos mientras subsista la publicidad en momentos decisivos como por ejemplo en la actividad probatoria [21].

Así es el caso de la fase de Instrucción o Sumario en el proceso penal declarativo ordinario por delitos más graves, donde la vigencia del «secreto» hace recordar las anteriores reminiscencias del sistema inquisitorial propio del Antiguo Régimen. En verdad, «el secreto es poco grato» pero, en justificación de FAIRÉN, se presenta como «inexcusable en ciertas ocasiones» a fin de evitar «fracasos procesales con perjuicio social» [22]. Así, aún cuando la fase sumarial se sustrae casi por completo a la publicidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, parece que no puede ser de otra manera si atendemos a la propia finalidad del sumario [23], de ahí que la amenaza que el principio de oportunidad provoca sobre el de publicidad se haya considerado a tal efecto necesaria y justificada [24].

Otras veces, en cambio, las limitaciones o excepciones al principio de publicidad afectan a aquellas actuaciones en las que de ordinario tiene lugar la publicidad como la propia fase probatoria; es decir, constituye una salvedad para un caso concreto por un motivo taxativamente determinado por la ley (moralidad, orden público, etc.). De este modo y sólo para ese proceso las tradicionales actuaciones públicas serán «secretas» si así lo acordaran los Jueces y Tribunales mediante resolución motivada [25].

En suma, tales limitaciones al principio de publicidad no hacen sino preservar la propia finalidad de ésta como garantía de la función juris-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diccional, en cuanto necesarias para asegurar el respeto al «debido proceso». Así COUTURE defiende el principio de publicidad como «preciosa garantía del individuo respecto de la obra de la jurisdicción». Aunque no en pocas ocasiones «los jueces..., las propias partes y los testigos son sometidos a graves excesos de publicidad que violan el derecho a la intimidad, a la disponibilidad de la propia persona, el llamado *the right of to be alone*, el derecho a que lo dejen a uno solo y en paz»[26].

Pues bien a todas y cada una de estas cuestiones pretendemos dirigir la atención de este trabajo, partiendo de la necesaria perpectiva legislativa; incluso, si fuera necesario, acudiendo de Derecho Comparado y sin olvidar jurisprudencia, con especial incidencia de la de nuestro Tribunal Constitucional además de la europea del Tribunal de Derechos Humanos.

II. LA PUBLICIDAD COMO PRINCIPIO PROCESAL

Hoy día la publicidad se presenta como principio indiscutible del proceso que en la mayoría de los casos lleva aparejada la oralidad; de este modo, todo proceso oral es, por lo general, también público. Esta estrecha vinculación entre ambos ha provocado no en pocas ocasiones el estudio conjunto de los mismos e incluso regulación legal en un único precepto, dada la necesaria vigencia de uno para que se dé el otro. Ha sido dicho así —entre otros por MONTERO— que «sólo un proceso oral y concentrado permite la publicidad y con ella la fiscalización popular del funcionamiento de la justicia»[27].

La visión complementaria de ambos principios con clara unión, llegado el caso, de otros como el enunciado de concentración o inmediación, provoca que se hable de una determinada «forma de la actividad procesal»; en este sentido, se ha dado tal calificativo a la publicidad en lugar de su correspondiente rango de principio, en cuanto entendido como una de las cualidades intrínsecas a la forma de proceso[28], y, en

26. COUTURE, E.G. *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 194, en clara referencia a la publicidad mediata.

27. MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional*, t. I, *op. cit.*, p. 542. Así también, ROMERO COLOMA, para quien «el instrumento idóneo para realizar el principio de publicidad es la oralidad del proceso» (*El artículo 24 de la Constitución española: análisis y valoración*, Barcelona 1993, p. 39).

28. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal civil*, t. I, *op. cit.*, esp. p. 107, argumentando que la consideración de la publicidad como garantía constitucional hace innecesaria su calificación como principio.

concreto, al proceso oral. Así, bien sea considerada la publicidad como una derivación de la oralidad o bien esta última como un instrumento de la primera[29], ambas cualidades configuran para algunos una unidad inescindible dentro de un único sistema; por ejemplo, para DE MIGUEL la publicidad no es sino «aquel principio integrante del sistema oral conforme al cual el desarrollo sucesivo de los actos del proceso ha de verificarse ante el público»[30]. El problema se plantea ahora para discernir qué tipo de sistema conforman ambos principios: ¿se trata de un sistema técnico-procesal o de un sistema político-procesal?

A nuestro juicio parece conveniente partir de una consideración autónoma del principio de publicidad al estimar que, si bien la publicidad en sentido estricto se mostrará en general coincidente con la oralidad, no siempre será así; más aún si se aboga por un concepto amplio de publicidad haciendo clara referencia a aquella servida por los medios de comunicación (publicidad mediata) o aquella otra que tiene lugar una vez realizada la concreta actuación judicial (publicidad pasiva). Ni siquiera podrá desligarse la publicidad de procesos desarrollados predominantemente a través de la escritura como, por ejemplo, del juicio de mayor cuantía en el orden civil, toda vez que se da cumplimiento a una publicidad general e inmediata mediante la vista pública[31]; así también a través de la dación en cuenta del art. 286.1 LOPJ y en último extremo, mediante la publicación de la sentencia (art. 364 LEC).

Reservando, si acaso, la denominación de «forma de la actividad procesal» para la oralidad, calificamos a la publicidad de *principio*. Si bien esta es la opinión doctrinal practicamente unánime, surge en cambio mayor número de discusiones acerca del tipo de principio: político para ALCALÁ-ZAMORA[32] y FAIRÉN[33] mientras que para PRIETO-CASTRO[34] y SERRA[35] constituye un principio técnico. También se presentan dudas so-

29. Así, DELGADO BARRIO, J. «Principio constitucional de predominio de la oralidad y Jurisdicción contencioso-administrativa», REDA 1983, pp. 365 y ss., esp. p. 375.

30. DE MIGUEL Y ALONSO, C. «Los sistemas sobre la forma de la actividad procesal», Revista de Estudios Procesales 1970, n.º 5, pp. 3 y ss.

31. Art. 313 LEC, en relación con el art. 186 LOPJ.

32. «Principios técnicos y políticos de una reforma procesal», *Teoría general e historia del proceso*, t. II, México 1974, pp. 83 y ss., esp. p. 108.

33. Entre otras obras, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia 1975, esp. pp. 415 y ss.

34. «Principios políticos y técnicos para una Ley uniforme», *Actas del I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal*, Madrid 1956, pp. 129 y ss., esp. p. 232.

35. «Liberalización...», *op. cit.* , esp. p. 525, si bien reconoce su anterior carácter político.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

bre su definición como principio de la forma de la actividad procesal para este último autor[36] o principio de procedimiento —así para MONTERO—[37] o bien, por el contrario, principio del proceso (PEDRAZ)[38]. Generalmente, ambas categorías coinciden, por cuanto los principios del proceso son fundamentalmente principios de carácter político mientras que los denominados de procedimiento son por el contrario técnicos, aunque también estos últimos puedan alcanzar una dimensión también política, máxime al encontrarse constitucionalizados[39].

Dado que los principios políticos —hoy constitucionales— aluden no sólo a un origen sino a un claro contenido político del texto mientras los técnicos atañen más bien a cuestiones de técnica legislativa[40], nos parece más adecuado encuadrar al principio de publicidad dentro de los *principios procesales constitucionales*; constitucionales en cuanto acogida en la Primera Norma y procesales dada su inmediata referencia al proceso. Dicho de otro modo, el principio de publicidad tiene un carácter más allá del puramente técnico[41]; además de su origen claramente revolucionario y su posterior significado como «conquista del pensamiento liberal»[42], es recogido por numerosas declaraciones internacionales de clara índole política y, aún más, constitucionalizado en la práctica totalidad de las Leyes Fundamentales europeas. Por ello y ahondando más en su naturaleza política, ha llegado a defenderse por autores de la talla de COUTURE su incardinación dentro de las llamadas «garantías constitucionales» y su consideración como principio constitucional[43].

En cuanto a los textos internacionales son fundamentalmente los tres

36. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. *Tratado de Derecho Procesal civil*, t. I, Pamplona 1985, pp. 547 y ss., esp. p. 547, considerando que su finalidad es «hacer efectivo el principio de dualidad de partes», además de permitir a los ciudadanos que conozcan el desarrollo de la actividad judicial.

37. *Introducción al Derecho Procesal*, 2.ª ed., Madrid 1979, esp. p. 268.

38. «Notas sobre publicidad y proceso», *op. cit.*, esp. p. 207.

39. Así, GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal* (con otros), t. II *(proceso penal)*, *op. cit.*, exp. p. 85. No obstante, cabría en alguna medida cuestionar esta afirmación por cuanto las exigencias constitucionales lo son del proceso y no del procedimiento; es decir, de esa estructura con carácter exclusivo y excluyente prevista constitucionalmente para el rogado desarrollo de la función jurisdiccional.

40. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «Principios técnicos y políticos...», *op. cit.*, esp. 108.

41. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «Los principios procesales de oralidad y publicidad general y su carácter técnico o político», RDProc.1975, pp. 309 y ss., esp. p. 315.

42. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal*, t. II, *op. cit.*, esp. p. 89.

43. «Las garantías constitucionales del proceso civil», *Estudios de Derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires 1978, pp. 17 y ss.

más importantes los que recogen en su articulado al principio de publicidad. En primer lugar, el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre[44] afirmando que «toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a que su causa sea vista, equitativa y *públicamente*, por un tribunal independiente e imparcial que decidirá, sea de sus derechos y obligaciones, sea de lo bien fundado de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella». Seguidamente, el art. 14.1 del PIDCP firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 declara que «toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y *públicamente* por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, que resolverá, sea de lo bien fundado de cualquier acusación penal dirigida contra ella, sea contra las controversias sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil». Por último pero no menos importante —si cabe al contrario—, el art. 6.1 del CEDH ratificado por España el 24 de noviembre de 1977 y en vigor desde el 4 de octubre de 1979 refiere en un sentido similar que «toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y *públicamente* por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, que resolverá, sea de lo bien fundado de cualquier acusación penal dirigida contra ella, sean las controversias sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil».

Por otra parte, casi la totalidad de las Constituciones europeas recogen, además de forma similar, el principio de publicidad. Así, el art. 90 de la Constitución austriaca de 1920, modificada por Ley constitucional n.º 4, de 1 de mayo de 1945; el art. 96 de la Constitución belga, de 7 de febrero de 1831; el art. 137.2 de la Constitución búlgara, de 18 de mayo de 1971; el art. 103.1 de la Constitución checoslovaca, de 11 de julio de 1960; el art. 65 de la Constitución danesa, modificada por Ley de 5 de junio de 1953; el art. 93.2 y 3 de la Constitución griega, de 9 de junio de 1975; el art. 175 de la Constitución holandesa, reformada en 1972; el art. 34.1 de la Constitución irlandesa de 1937; el art. 88 de la Constitución luxemburguesa, de 17 de octubre de 1868; el art. 63.1 de la Constitución polaca, de 22 de julio de 1952; el art. 209 de la Constitución portuguesa, recientemente modificada por la Ley constitucional 1/1989 de 1 de julio; el art. 110 de la Constitución rumana de 1952; el art. 135.1 de la Constitución turca, de 27 de mayo de 1961; el art. 157 de la Constitución todavía soviética, de 4 de octubre de 1977; etc.

En otras ocasiones, la regulación del proceso y, por ende, de sus

44. Aprobada por Resolución n.º 217 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

principios, se defiere a un tipo distinto de legislación; es el caso de los paises con estructura federal como Alemania o confederal como Suiza, en los que el principio de publicidad, pese a no aparecer expresamente señalado en la Constitución federal o confederal, sí se reconoce en la de los correspondientes *Ländern* o cantones: entre otros, el Estatuto de Baviera en su art. 90.1 así como el de Berna de 1893, en su art. 50. No obstante, hay veces en que sin venir este principio de publicidad taxativamente determinado en el texto constitucional es, con todo, deducible a partir de su contenido; por ejemplo, así ocurre en la Constitución de Liechtenstein de 5 de octubre de 1921, a partir de la referencia hecha en el art. 102 al principio acusatorio en el proceso penal.

Situación particular es también la de Italia. La Constitución de este país, de 22 de diciembre de 1947, no incluye de forma expresa la referencia a la publicidad procesal; por el contrario, se trata ésta de una cuestión de legalidad ordinaria como los restantes principios del proceso, con el riesgo de que en su determinación sean introducidos, en ocasiones, criterios de oportunidad[45]. No obstante dicha ausencia del texto constitucional, la *Corte Costituzionale* en sentencias como la n. 25, de 14 de abril[46], o n. 12, de 2 de febrero de 1971[47], reconoce al principio de publicidad como implícito en la regulación constitucional, por considerarlo imprescindible en cualquier ordenamiento jurídico que se precie de democrático.

Nuestra Norma Fundamental impone la publicidad de las actuaciones de forma expresa en el art. 120.1 CE, precepto en el que también aparece regulada la oralidad y en el 24.2, siguiendo así el planteamiento constitucional decimonónico como también lo previsto en la normativa procesal. Tampoco su inclusión supone una novedad en el panorama constitucional español, razón por la que creemos necesario remontarnos

45. En esta línea, TROCKER, N. *Processo civile e Costituzione*, Milano 1974, esp. p. 418.

46. Giurisprudenza costituzionale 1965, pp. 241 y ss., comentada por CAPPELLETTI, M. y VIGORITI, V. en la Rivista di diritto processuale 1971, pp. 619 y ss. Esta sentencia es además de interés por declarar la inconstitucionalidad del art. 164.3 del anterior *Codice di Procedura penale* de 1930, estimando que para llevar a cabo la limitación de un derecho fundamental como es el de libertad de expresión no basta alegar la existencia de un bien *legalmente* relevante en conflicto sino que éste habrá de ser también *constitucionalmente* relevante; así se pronuncia, entre otros, GIOSTRA, G. *Processo penale...*, *op. cit.*, esp. pp. 66 y ss. Recordamos que en dicho art. 164.3 CPP se disponía la prohibición de publicidad mediata respecto de aquellos actos relativos al juicio oral celebrado a puerta cerrada, posibilidad contemplada excepcionalmente por razones de orden público, seguridad del Estado, moral, etc. en el anterior art. 423 del mismo Código.

47. Giurisprudenza costituzionale 1971, pp. 103 y ss.

al exámen de los antecedentes legales en nuestro país, no sin antes hacer una breve referencia a la génesis histórica del principio de publicidad en el panorama europeo.

1. *Antecedentes histórico-legales*

Si, en principio, entendemos por publicidad la «percepción directa de las actuaciones desarrolladas por y ante el Tribunal por otras personas que no forman parte de éste»[48], hemos de decir que su implantación propiamente dicha no tiene lugar hasta la Revolución francesa, con la instauración del principio de separación de poderes y todo lo que ello implica en oposición pues al proceso del Antiguo Régimen que se caracterizaba por el predominio del secreto, lo que provocaba la consiguiente desconfianza del pueblo en la Justicia, desconocida y totalmente ajena a él.

En la Francia prerrevolucionaria, la regulación de los procesos civil y penal venía establecida respectivamente en las Ordenanzas de 1667 y 1670. Aunque la primera de ellas, distinguiendo dos tipos de procedimientos —sumario y ordinario, según la importancia de las causas— preveía la oralidad y publicidad en el sumario, ésta era más teórica que real[49]. Por lo que respecta al proceso penal, la ausencia era todavía mayor; pese a que la Ordenanza de 1670 diferenciaba el llamado rito ordinario, (donde era reconocido el derecho de defensa, la publicidad en la fase oral y la prohibición de la tortura), del extraordinario (de características opuestas), es este último al que se acude cada vez con mayor frecuencia. Como expone VIGORITI[50], la publicidad se presenta como una exigencia más imperativa en el proceso penal que para el proceso civil por tres motivos: una más directa involucración del pueblo en el proceso penal, su menor dificultad procedimental con respecto al civil y su importante significación como instrumento de represión.

48. FAIRÉN GUILLÉN, V. «Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso», *Temas del ordenamiento procesal*, t. I, Madrid 1969, pp. 565 y ss., esp. p. 571.

49. VIGORITI, V. «La pubblicità delle procedure giudiziarie», Rivista trimestralle di diritto e procedura civile 1973, pp. 1423 y ss., esp. pp. 1443 y ss.; en la mayoría de los casos, a pesar de que se disponía de un proceso civil sumario oral y público, la prueba testifical tenía lugar en secreto, además de la creciente importancia que van adquiriendo los actos escritos. A todo ello contribuía, sin lugar a dudas, el reducido interés que mostraba la sociedad respecto del proceso, aunque los *«cahiers de doléances»* solicitan cada vez con más insistencia la introducción de la publicidad para el proceso civil.

50. *Op. cit.*, p. 1446 y 1447.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Ya durante el primer período revolucionario, la Asamblea nacional constituyente francesa se preocupa de extender al proceso civil dos garantías importantes: la publicidad de las actuaciones judiciales y la obligación de motivar la sentencia[51]. Por lo que se refiere al proceso penal, en 1789 se introducen modificaciones a la Ordenanza de 1670 las que, además de asegurar el derecho de defensa del imputado y abolir la tortura, imponen el mismo deber de motivar las sentencias condenatorias así como el de promover el efectivo desarrollo de la publicidad durante el proceso[52]; claro está, no va a tardar mucho en circunscribirse la publicidad para el proceso penal exclusivamente a la fase del juicio oral, detrayéndose de la actividad instructoria[53].

También las Constituciones francesas se van a hacer eco del principio de publicidad y así, por primera vez, la carta constitucional de 3 de septiembre de 1791 (que denota la influencia de la Declaración de Derechos Humanos de 1789) lo incluirá en su art. 9, pero aplicado únicamente al proceso penal. En sentido similar se pronuncia el art. 96 de la Constitución de 24 de junio de 1793, aún cuando dicho texto ya incluye una referencia al proceso civil; en concreto, en su art. 94 se proponía la publicidad de la deliberación de las sentencias, deber que incumbía tanto a los jueces civiles como penales. Posteriormente, la Constitución del 5 de fructidor del año III (22 de agosto de 1795) establece la publicidad de las audiencias judiciales en su art. 208, si bien declara el secreto de la deliberación y votación de las resoluciones jurisdiccionales. A partir de este momento, las siguientes cartas constitucionales vendrán redactadas en términos semejantes por.lo que atañe a la publicidad procesal[54].

En cambio, a partir de la introducción de la publicidad procesal en los Códigos franceses, comienza a omitirse en las siguientes leyes fundamentales la mención del mismo; así ocurrió con la del 27 de octubre de 1946 y con la actual de 4 de octubre de 1958. De este modo, ya el *Code de procédure civile* de 1806[55] y el *Code d'instruction criminelle* de 1808[56] se preocupaban de proclamar la publicidad de los debates judiciales, al igual que los códigos vigentes en la actualidad[57].

Nos interesa también la evolución legislativa del principio de publicidad en Italia, cuyo paralelismo con el ejemplo francés es notable. Así, aunque las leyes dispuestas para el proceso civil en varios Estados italianos a finales del siglo XVIII todavía no mostraban indicios de preocupación por este tema, ya la unitaria de mediados del siglo XIX se ocupa de garantizar la publicidad de los debates judiciales en términos similares a los códigos franceses; tal similitud es apreciable en los Códigos de procedimiento civil de 1865[58] y el actual de 1940[59]. Para el proceso penal, la publicidad se prevé en los Códigos de 1865, 1913 y 1930; en todos ellos reina la distinción de un proceso penal en dos fases: una primera de instrucción que tiene lugar en secreto y una segunda oral y pública, cuyo desarrollo tiene lugar de forma similar al regulado hoy día en el reciente *Codice di procedure penale* de 1988.

Igualmente se trata de asegurar el principio de publicidad en los diferentes textos constitucionales. Así se recoge en todas las Constituciones de las diferentes repúblicas vigentes a lo largo de los años 1796 al 1799[60], tanto para el proceso civil como para el penal en su segunda

51. Así, la ley de 16-24 de agosto de 1790, título II, art. XIV sobre la publicidad y título V, art. XV sobre la motivación de las sentencias.

52. Decreto de 8-9 de octubre de 1789. La plena publicidad tendrá lugar para la fase del juicio oral, pero tampoco es completamente excluida de la instrucción; sobre ello, ESMEIN, A. *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'au nos jours*, Paris 1882, esp. pp. 410 y ss.

53. Ley de 16-29 de septiembre de 1791, títulos VI y IX, e instrucciones de 29 de septiembre y de 21 de octubre de 1791.

54. Si bien la Constitución del 22 de frimario del año VIII (13 de diciembre de 1799) no recoge expresamente el principio de publicidad, sí lo hace la Constitución senatorial de 6 de abril de 1814 en su art. 17 (al menos para el proceso penal); así también el art. 64 de la carta constitucional del 4 de junio de 1814, el 53 de la Constitución imperial del 22 de abril de 1815, el 55 de la Constitución de 14 de agosto de 1830, el 81 de la Constitución del 4 de noviembre de 1848, etc.

55. «Les plaidories seront publiques, excepté dans les cas où la loi ordonne qu'elle seront secrètes: pourra cependant le tribunal ordonner qu'elles se feront à huis clos, si la discussion publique devait entraîner ou scandale ou des inconvénients graves...» (art. 87). No obstante, en la práctica, tal publicidad raras veces tenía lugar; así, VIGORITI, V. «La pubblicità...», *op. cit.*, esp. p. 1468.

56. De sus art. 153, 171, 190 y 210 se deduce la imposición de un juicio oral, público y concentrado.

57. Por ejemplo, el actual *Code de Procédure pénale française* de 31 de diciembre de 1957 señala en su art. 306 que «les débats sont publics, à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les moeurs. Dans ce cas, la cour le déclare par un arrêt rendu en audience publique».

58. «Le udienze dell'autorià giudiziaria sono pubbliche, sotto pena di nullità. Quando la pubblicità possa riuscire pericolosa al buon ordine o al costume per l'indole della causa, e negli altri stabiliti dalla legge, l'autorità giudiziaria, sulla richiesta del Ministerio Pubblico o d'ufficio, ordina che la discussione abbia luogo a porte chiuse. Il provvedimento è pronunciato in udienza pubblica, ed inserito coi motivi nel processo verbale d'udienza» (art. 52).

59. Promulgado por RD de 28 de octubre de 1940, n.º 1443, declara en su art. 128 CPC que «l'udienza in cui si discute la causa è pubblica a pena di nullità, ma il giudice che la dirige può disporre che si svolga a porte chiuse, si ricorrono ragione di sicureza dello stato di ordine pubblico o di buon costume».

60. Por ejemplo, los art. 129 y 154 de la Constitución de la república de Bolonia

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

fase. También el Estatuto albertino de 1848 establece en su art. 72 la publicidad de los debates judiciales para las causas civiles y penales, remitiéndose a la ley para su concreta regulación en cada caso. En cambio, la actual Constitución de 1947 no incluye de forma explícita el principio de publicidad por aparecer, quizás, ya prevista en los ordenamientos procesales; de esta actitud no puede sino deducirse el escaso interés que muestran los constituyentes italianos por el tema[61].

En nuestro país, el principio de publicidad se muestra por vez primera en la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812: el art. 302, en relación con el proceso penal, disponía que «el proceso será público en el modo y forma que determinen las leyes». Sólo, con anterioridad, el Estatuto de Bayona de 8 de julio de 1808 había proclamado que «el proceso criminal será público» (art. 106). De ahora en adelante, además del art. 47 del Proyecto Isturiz de 1836 afirmando que «todo juicio se hará en público, excepto en los casos en que pueda padecer la moral», el principio de publicidad aparecerá descrito en todas los textos constitucionales con una fórmula más o menos similar: así, el art. 65 de la Constitución de 18 de junio de 1837[62] y en idéntico sentido, el art. 68 de la Constitución de 23 de mayo de 1845[63].

Por el contrario, la Constitución monárquica de 6 de junio de 1869 no incluía una expresa alusión al principio de publicidad; pudiera suceder, como en Italia, que su regulación ya hecha por la legislación procesal del momento creyera hacer innecesaria la mención constitucional. En efecto, se dice que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855 introduce el principio de «publicidad» en la prueba[64], de acuerdo

(1796), el art. 222 de la Constitución de la república de Liguria (1797), los art. 207 y 248 de la Constitución de la república romana, etc.

61. De esta opinión, VIGORITI, V. «La pubblicità...», *op. cit.*, esp. p. 1.488, pese a las disculpas expuestas en este sentido por el constituyente; así, por ejemplo, Paolo Rossi declara que «si possa rinunciare con tutta tranquillità a satibilire nella Costituzione il principio della pubblicità delle udienze», puesto que «è un principio così comune, così universalmente accettato che non sembra il caso di parlarne; come non abbiamo introdotto nella Costituzione il principio che nessuno può porre prezzo all'aria che si respira, così non deve porre il principio che il processi penali sono pubblici». Al menos, la *Corte Costituzionale* se ha preocupado en afirmar la constitucionalidad de este principio, por ejemplo, en dos ocasiones (*vid. supra*, p. 8 de nuestro trabajo).

62. «Los juicios en materias criminales serán públicos, en la forma que determinen las leyes».

63. Así también, el art. 69 de la Constitución de 1856, fruto de la Revolución Liberal pero que no llegó a ser promulgada.

64. Así, GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal civil*, t. I, Madrid 1979 (8.ª ed.), esp. p. 41; en cambio, para MANRESA, la introducción del principio de publicidad en la fase probatoria sólo tiene lugar a partir de la Ley de Bases de 21 de junio de 1880 (MANRESA Y NAVARRO, J.M. y GARCÍA VALDÉS, R. *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Civil (reformada)*, t. II, 6.ª ed., Madrid 1944, esp. pp. 10 y ss.

con las 8 bases promulgadas el 13 de mayo de 1855[65] y derogando la denominada Instrucción del marqués de Gerona[66]: pero tal publicidad a la que se alude en la base 4.ª solamente se refiere a los litigantes[67], por lo que habremos de esperar a la Ley de Bases según la cual es promulgada la legislación procesal vigente. Siguiendo adelante con los textos constitucionales, tampoco se hará referencia expresa al principio de publicidad en el Proyecto de Constitución de la República de 1873, Constitución que no llegó a promulgarse.

En cambio, una vez restaurada la monarquía borbónica, la Constitución de 30 de junio de 1876 sí advierte su interés por la publicidad de las actuaciones judiciales en su art. 79, cuya redacción transcribe la anterior fórmula utilizada por la Constitución de 1837[68]. En estas fechas se procede también a la confección de las vigentes Leyes de Enjuiciamiento civil y criminal: la primera de ellas, de 3 de febrero de 1881, con Ley de Bases de 21 de junio de 1880[69], cuya base 6.ª exige que «la prueba

65. Ley estableciendo las bases con arreglo a las cuales ha de proceder el Gobierno a la ordenación y compilación de las leyes de enjuiciamiento civil, firmada por don Joaquín Aguirre, entonces Ministro de Gracia y Justicia (Colección legislativa de España 1855, t. 65, p. 58).

66. Instrucción del Procedimiento Civil con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria, dada por José de Castro y Orozco, Marqués de Gerona y a la sazón Ministro de Justicia, el 30 de septiembre de 1853. En ella, si bien el art. 19 alude a la publicidad de la prueba testifical y el 29 a la de la vista, la referencia se entiende hecha en ambos casos a la mera publicidad relativa por cuanto el primero de los preceptos citados determina que «las partes podrán presenciar sus declaraciones...», mientras que el segundo determina que «la vista será pública si las partes en el acto de la notificación manifestaren que querían asistir a ella para hacer defensa oral o escrita». En el mismo sentido habrá de interpretarse, por tanto, la alusión recogida en la Exposición de Motivos que antecede al articulado de la citada Instrucción y en la que se pone de relieve la necesidad de «que sean públicas las pruebas, como deben serlo con arreglo al espíritu de nuestras instituciones políticas» (Colección legislativa de España 1853, t. 60, pp. 181 y ss, esp. p. 188 y 189).

67. «Que la prueba sea pública para los litigantes que tendrán el derecho de presentar contra interrogatorios» (Colección legislativa de España 1855, t. 65, p. 58).

68. Art. 65 (*vid. supra*, nota n.º 62).

69. Redactada por la Sección primera de la Comisión general de Codificación, bajo presidencia de Alonso Martinez y en la que figuraban Manresa, González Acevedo, Gutiérrez y Cárdenas, por encargo del entonces ministro de Gracia y Justicia, Calderón Collantes, por RD de 12 de septiembre de 1878. Se ha lamentado la ausencia de Exposición de Motivos de esta Ley que, si bien fué elaborada por Gómez de la Serna, nunca llegó a leerse este trabajo en la comisión, pues «se creyó que podría dar lugar a discusiones que alargaran la presentación de la ley tan vivamente deseada; y aún se temió

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se limite a los hechos impugnados y se practique toda ella con publicidad e intervención de los litigantes». No obstante, con anterioridad, la anterior Ley Provisional sobre Organización Judicial de 1870 había contemplado ya la publicidad, tanto del proceso civil como del penal[70].

Asimismo, tiene lugar bajo el imperio de esta Constitución la realización de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por RD de 14 de septiembre de 1882[71], de acuerdo con las seis bases establecidas por Ley de 11 de febrero de 1881: exactamente, la base 3.ª declara la «publicidad en los juicios criminales, a excepción de aquellos que no lo permita la moral». De la Exposición de Motivos, firmada por el ministro Alonso Martínez puede deducirse la propia constitucionalidad del principio de publicidad, lógica consecuencia de la introducción del principio acusatorio que a partir de entonces se impone; reconoce así que, aunque las anteriores «Leyes de 15 de septiembre de 1870 y 22 de diciembre de 1872, inspirándose en las ideas de libertad proclamadas por la revolución de 1868, realizaron una reforma radical en nuestro sistema de enjuiciar con el establecimiento del juicio oral y público», sin embargo «mantuvieron el 'principio inquisitivo' y el carácter 'secreto' del procedimiento en el período de instrucción, siguiendo el ejemplo de Francia, Bélgica y otras naciones del continente europeo»[72].

Con posterioridad, la Constitución republicana de 1931, pese a que recogía en su interior numerosas garantías procesales y, en particular, la del debido proceso legal ante juez competente (art. 29), no recogía expresamente la publicidad; cierto es que podría, sin embargo, entenderse implícita en este precepto. Tampoco reflejaba la verdadera publicidad el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, por cuanto la referencia era exclusivamente hecha al principio de contradicción o «publicidad para el sujeto a proceso penal»[73]. Habremos de llegar a la actual Constitución de 1978 para que vuelva a regir la publicidad de las actuaciones judiciales para todo tipo de procesos, si bien es cierto que su aplicación preferente tiene lugar para el proceso penal[74].

que pudiera en algunos casos ser citada la exposición como una interpretación auténtica de la voluntad del legislador, y que entonces se tropezaría con el inconveniente de tener que darle la extensión inusitada en esta clase de trabajos» (FAIRÉN GUILLÉN, V. «Ideas y textos...», *op. cit.*, esp. pp. 598 y ss).

70. «El despacho ordinario y la vista de los pleitos y causas se harán en audiencia pública» (art. 649).

71. Producto de una refundición llevada a cabo a partir de la Compilación general de 16 de octubre de 1879, razón por la que muchos preceptos emanan del «Reglamento provisional para la administración de justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria» (RD de 26 de junio de 1835) y otros del Código Penal de 1850; así, GÓMEZ ORBANEJA, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. I, Barcelona 1947, esp. p. XVI.

En ambas normas es ya contemplada la publicidad procesal. En efecto, el art. 10 del denominado Reglamento provisional para la administración de justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria —firmado por García Herreros—, relativo tanto al enjuiciamiento civil como criminal declara que «desde la confesión en adelante será público el proceso y ninguna pieza, documento o actuación en él se podrá nunca reservar a las partes». Si bien esta primera referencia ha de entenderse unicamente dirigida a las partes del proceso, se alude acto seguido a la publicidad en general o dirigida a los terceros, exigiendose que «todas las providencias y demás actos en el plenario, inclusa principalmente la celebración del juicio, será siempre en audiencia pública, excepto aquellas causas en que la decencia exija que se vean a puerta cerrada; pero en unas y otras podrán siempre asistir los interesados y sus defensores, si quieren» (Colección legislativa de España 1835, t. 20, pp. 396 y ss.).

Por su parte, la Compilación general de 16 de octubre de 1879 a cargo del entonces Ministro de Gracia y Justicia D. Pedro Nolasco Aurioles y reformadora de la LECrim. de 1872, dedica sendos preceptos a la publicidad procesal en general. Así, el art. 178 inserto en el título I relativo a la Justicia criminal dispone que «el despacho ordinario y la vista de las causas se hará en audiencia pública», mientras que en el título IV, regulador del plenario, es el art. 837 el que previene que «el acto de la vista será público, pudiendo asistir las partes, sus defensores y el Ministerio Fiscal...» (Colección legislativa de España 1879, t. 123, pp. 379 y ss.). Aún cuando este último párrafo parece defender una publicidad restringida a los participantes del proceso, la referencia ha de entenderse también dirigida a los terceros o publicidad en general; de lo contrario esta norma no haría sino retroceder en el concepto de publicidad propuesto por el anterior Reglamento provisional de 1835 que, como acabamos de decir, si llega a prever tal publicidad absoluta durante la celebración del juicio.

72. En efecto, ya el Proyecto de Ley de Bases de 4 de noviembre de 1863 para la Organización de Tribunales y Enjuiciamiento Criminal, firmado por Rafael Monares, declara en su base 25.ª, con relación a las causas criminales y correccionales que «el juicio será oral y público». Interesa la Exposición de Motivos y Fundamentos que acompaña a la misma y en la que la Comisión da su propia definición de publicidad deseada para el caso, en cuanto aquella «publicidad solemne en que se abren las puertas del Tribunal para que ante él y un público frecuentemente numeroso... comparezcan los acusados y sus defensores, el Ministerio fiscal, los acusadores privados y los testigos, y allí se oigan las declaraciones, se dirijan las repreguntas, se diluciden los hechos, se apure por todos los medios posibles la culpabilidad o la inocencia de los procesados, y sean, por último, escuchados los cargos y acusaciones, los descargos y defensas»; además justifica la introducción de la publicidad en cuanto que «los Jueces... obligados a actuar en público tienen un estímulo continuo que les recuerda la severidad de sus funciones, que les impide entrar en el camino de las arbitrariedades, que dá fortaleza á su espíritu en dias críticos y en circunstancias difíciles, y que es un antemural contra los apasionados ataques que, cuando las actuaciones son menos públicas, pueden asestarse contra su reputación» (RGLJ 1863, t. XXIII, pp. 309 y ss., esp. pp. 368 y ss.).

73. «Nadie podrá ser condenado, sino en virtud de ley anterior al delito, mediante sentencia de Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado» (art. 19)

74. En este sentido, ROMERO COLOMA, A. *EL Artículo 24..., op. cit.*, p. 41. No en vano, la redacción del art. 24.2 CE recibe influencias del art. 14.1 PIDCP, relativo exclusivamente al proceso penal.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2. *Regulación vigente en la legislación española*

Admitida hoy la publicidad de las diligencias de prueba y las vistas de las causas en el art. 313 LEC para el proceso civil y 680.1 LECrim. para el penal bajo pena de nulidad, rige además para todas las instancias y procesos a partir de la previsión general del art. 232.1 LOPJ[75]. Permanece, no obstante, su fundamento político constitucional[76] como se deduce de su categoría de derecho fundamental, a tenor del art. 24 que reconoce a todos el derecho «a un proceso público», gozando pues de la protección especial que le otorga el art. 53 del mismo texto. De este modo, la publicidad no sólo es un derecho subjetivo del individuo sino también un «elemento esencial del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional» (STC 25/1981)[77]; es además «permanente e imprescriptible» (STC 7/1983)[78] y de «aplicación directa» (STC 39/1983)[79], «sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido» (STC 144/1988)[80].

Según el TC, en su sentencia 96/1987, de 10 de junio, el principio de publicidad cumple una importante finalidad: «Por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y, por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho». Por todo ello, concluye, «la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia», siendo su «carácter eminentemente formal» el que hace posible «satisfacer las finalidades que se

75. Así también, el art. 84.1 LPL para el proceso laboral; para el proceso administrativo, aunque no existe previsión expresa, el art. 74.4 LJCA se remite para la fase probatoria a las reglas del proceso ordinario, entre los que debe entenderse incluido el art. 313 LEC.

76. Véase, SERRANO ALBERCA, J.M. «Comentarios al art. 120», *Comentarios a la Constitución* (obra colectiva coordinada por GARRIDO FALLA, F.), Madrid 1980, pp. 1.244 y ss., esp. p. 1.245. Sobre los antecedentes a la actual redacción constitucional puede consultarse ALZAGA VILLAAMIL, O. *La constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid 1978, esp. pp. 725 y ss., así como los *Trabajos parlamentarios de la Constitución española* editados por las Cortes Generales (Madrid 1980).

77. De 14 de julio, FJ 5.º, predicando el doble carácter de los Derechos Fundamentales.

78. De 14 de febrero, FJ 3.º. En el mismo sentido, STC 58/1984, de 9 de mayo, FJ 1.º.

79. De 16 de mayo, FJ 2.º.

80. De 14 de julio, FJ 5.º.

derivan de sus elementos esenciales: El control público de la justicia y la confianza en los Tribunales» (FJ 2.º). Por tanto, se presenta la publicidad como «garantía del justiciable y a la vez como vehículo de participación y control de la justicia por la comunidad» (ATC 123/1989)[81]; en definitiva, «la publicidad no sólo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental» (ATC 195/1991)[82].

Sin embargo, considera el TC que el principio de publicidad no ha de entenderse de una forma aislada en el ordenamiento jurídico sino que ha de ponerse en relación con otros principios, como es el de oralidad regulado constitucionalmente en el mismo precepto (art. 120.2); así se ha dicho que «la oralidad del procedimiento conlleva también la vigencia del principio de publicidad (art. 120.1 CE), puesto que, al acto de la vista, puede acudir cualquier miembro de la sociedad»[83]. Del mismo modo, se ha querido vincular la publicidad a la inmediación del órgano jurisdiccional respecto de las fuentes de prueba[84], pues, que duda cabe, la principal garantía que asegura el principio de publicidad se refiere a la fase probatoria; no en vano se expresa en estos términos el art. 229.2 LOPJ.

Sigue así el TC español la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en interpretación del art. 6.1 del Convenio. Precisamente, el Tribunal de Estrasburgo la contempla como integrante de un derecho subjetivo, aunque en reiterada jurisprudencia haya proclamado simultáneamente su renunciabilidad. Así, por ejemplo, en el caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyère*, estimando este Tribunal la vulneración del art. 6.1 CEDH[85], consideró que, teniendo los doctores citados «derecho a la publicidad de la instancia..., ni la letra ni el espíritu del artículo 6.1 les habría impedido renunciar voluntariamente, expresa o tácitamente»; en cambio, en este caso, «los demandantes deseaban y reclamaban manifiestamente un proceso público» (§ 59.3). De la misma forma y con relación a un procedimiento del mismo tipo, el

81. De 13 de marzo, FJ 2.º.

82. De 26 de junio, FJ 6.º.

83. Voto particular del magistrado V. GIMENO SENDRA en STC 156/1989, de 5 de octubre.

84. También voto particular del mismo magistrado en la STC 56/1990, de 29 de marzo.

85. Sentencia de 28 de junio de 1981, afirmándose que el procedimiento disciplinario previsto ante el Consejo de Apelación y regulado por el Real Decreto de 6 de febrero de 1970 «excluye de manera general y absoluta toda publicidad, tanto en lo que se refiere a las audiencias como en cuanto al pronunciamiento de la decisión» (§ 59.1).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Tribunal europeo confirmó en el caso *Albert y le Compte*[86] que «ni en la letra ni en el espíritu del artículo 6, párrafo 1.º, se impide a un médico renunciar a la publicidad de una forma plena y de manera inequívoca», razón por la que «un procedimiento disciplinario de este género, que se desarrolla de forma secreta, no vulnera este artículo si el derecho interno lo establece y el defensor lo consiente» (§ 35.1). Por lo tanto, es posible la renuncia voluntaria a la publicidad en el proceso, expresa o tácitamente, siempre, claro está, que no sea «equívoca ni contraria a ningun interés público importante»[87].

No obstante, el fundamento que conserva el principio de publicidad en el Convenio europeo parece identificarse con el manifestado por nuestra jurisprudencia constitucional. En efecto, declara el Tribunal europeo en el caso *Axen*[88] que, sin duda, «el carácter público de los procedimientos ante los Tribunales, previsto en el artículo 6.1, protege a los litigantes frente a una Administración de Justicia secreta y sin control por la opinión pública; constituye igualmente uno de los medios para preservar la confianza ante los Juzgados y Tribunales. Mediante la consecución de una Administración de Justicia transparente la publicidad contribuye a lograr la finalidad del artículo 6.1: el derecho a un juicio equitativo, cuya garantía constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática en el sentido del Convenio» (§ 25). Pese a lo dicho, para el supuesto concreto, el Tribunal no apreció la existencia de violación del art. 6.1 CEDH, aún cuando en el proceso alemán objeto de impugnación no se hubiera celebrado vista pública tras la oportuna consulta a las partes; para el Tribunal tal ausencia «parece justificada por las especiales características de los procedimientos seguidos, considerados éstos en su globalidad» (§ 28.2).

Ello se adecua a la propia flexibilidad de la que hace uso el Tribunal europeo, valorando la concreta violación del Convenio y, por lo que a nosotros nos importa, del principio de publicidad; un ejemplo concreto

86. Sentencia de 10 de febrero de 1983, donde el Tribunal si estima la vulneración del art. 6.1 CEDH, con motivo de que «lejos de establecer este acuerdo, el doctor Lecompte ha reclamado un proceso público» (§ 35.2).

87. Caso *Håkansson y Sturesson*, con sentencia de 21 de febrero de 1990, § 66. En este supuesto concreto, el Tribunal entendió que no se infringía el art. 6.1 CEDH en cuanto al requisito de la publicidad porque, si bien la renuncia a la vista pública no había sido expresa, había de entenderse hecha tácitamente, dado que los recurrentes no solicitaron su celebración en el procedimiento de apelación cuya ley sueca preveía la facultad de la misma pero no su obligatoria realización (es más, por lo general, no tenía lugar dicha vista pública para este procedimiento).

88. Sentencia de 8 de diciembre de 1983.

en este sentido y con relación a dicha publicidad, lo constituye la obligación de pronunciar la sentencia en audiencia pública. De este modo, aunque el medio tradicional de respetar la publicidad de la sentencia sea la lectura pública de la misma, reconoce el Tribunal que el instrumento utilizado puede ser distinto como en la práctica ocurre en muchos de los Estados miembros del Consejo de Europa; tal podría ser el depósito de la sentencia en un registro de acceso público. Por esta razón, el Tribunal estimó así a tenor del anterior caso *Axen* que no ha de seguirse una interpretación literal de dicho deber sino que «en cada caso la forma de publicidad que debe darse a una sentencia, según el ordenamiento interno del correspondiente Estado, debe ser valorada a la luz de las especiales características de los procedimientos aplicados y en relación con el ámbito y finalidad del artículo 6.1» (§ 31.2)[89].

Tampoco se muestra el Tribunal europeo muy estricto en la interpretación del principio de publicidad por lo que se refiere a su exigencia en todas las instancias de un mismo proceso. Concretamente, en el caso *Sutter*[90], impugnando el recurrente la celebración del procedimiento ante el Tribunal Militar de Casación suizo con completa inexistencia de audiencia pública, el Tribunal justifica dicha ausencia con base a que «el Tribunal de Casación no resolvió sobre el fondo de litigio», motivo por el cual, la exigencia de debate se entiende menor, dado que ha tenido lugar en las anteriores instancias del proceso; pese a todo, reconoce que, en atención a las especiales circunstancias del caso, «los debates en público ante el Tribunal Militar de Casación habrían asegurado mejores garantías de los principios fundamentales del artículo 6» (§ 30.1). Sin embargo, para el Tribunal la exigencia de publicidad ha de respetarse en mayor grado en apelación que en casación, puesto que en la primera el Tribunal *ad quem* sí conoce de los hechos[91].

89. En idéntico sentido, caso *Pretto y otros*, con sentencia de fecha de 8 de diciembre de 1983, esp. § 26.2. Ello pese a que la redacción del art. 6.1 CEDH —«la sentencia debe ser dada publicamente— parece dar la impresión de que establece que la sentencia se lea en voz alta, mostrándose este precepto, a primera vista, más estricto que el art. 14.I PIDCP según el cual la sentencia será pública» (§ 25).

90. Sentencia de 22 de febrero de 1984.

91. De este modo, el TEDH estimó la violación del art. 6.1 en el caso *Feldbrugge*, con sentencia de 29 de mayo de 1986, debido a que «el procedimiento referido ante la Presidencia de la Comisión de Apelaciones, en aplicación de la Ley holandesa, evidentemente no permitía una adecuada participación de las partes y, mucho menos en la fase final del proceso. Para comenzar, el Presidente ni prestó audiencia al demandante, ni le solicitó que remitiera alegaciones por escrito. En segundo lugar, tampoco dio la oportunidad a la demandante o su representante para conocer y criticar los dos informes, fundamento de la decisión, emitidos por los asesores médicos», concluyendo, en definiti-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Así por ejemplo, en el caso *Ekbatani*[92], llegó a estimar la lesión del art. 6.1 CEDH por el Estado sueco debido a la ausencia de publicidad en el recurso de apelación celebrado; para el Tribunal europeo, «el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad que impugnaba el señor Ekbatani exigía, por tanto, una nueva y total audiencia, en presencia de los dos interesados» (§ 32.2), razón por la que considera totalmente injustificada la denegación al demandante de una audiencia pública; solución distinta se daría de tratarse de un recurso de casación donde «no corresponde al Tribunal declarar los hechos probados, sino tan sólo interpretar los preceptos legales litigiosos». Aunque, anteriormente[93], el Tribunal había declarado en alguna ocasión que «la falta de una Vista pública en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se haya celebrado en la primera» (§ 31), cierto es que el Tribunal europeo se muestra más exigente con relación al cumplimiento del principio de publicidad en apelación que en casación; con todo, el Tribunal europeo ha permitido en ocasiones prescindir de la misma si el concreto Tribunal de apelación no conoce de nuevas cuestiones de hecho o de derecho[94].

De este modo, también el TEDH contempla a la publicidad como un principio fundamental que han de respetar todos los ordenamientos

va que «el proceso ante la Presidencia de la Comisión de Apelaciones no respetó en grado suficiente una de las garantías básicas del proceso judicial» (§ 44). Supuesto diferente es la previa autorización para apelar, cuya concesión, «por su alcance más limitado, no exigía en sí una audiencia pública ni la comparecencia personal de los dos interesados ante el Tribunal de apelación» (caso *Monnel y Morris*, sentencia de 2 de marzo de 1987, § 58).

92. Sentencia de 26 de mayo de 1988.

93. De hecho, en el caso *H.* contra *Bélgica* (sentencia de 30 de noviembre de 1987), había dado a entender que la manifestación del principio de publicidad en una sola instancia del proceso bastaba para considerar existente las garantías dispuestas por el art. 6.1 CEDH; así, argumentó que «a menos que (la publicidad) resulte corregida en una fase ulterior del procedimiento, esta laguna podría privar al interesado de una de las garantías que establece la primera frase del artículo 6.1 del Convenio» (§ 54.2), estimando presente para este supuesto la efectiva violación del art. 6.1 dado que el proceso desarrollado ante el Consejo del colegio de Abogados relativo a la reinscripción de éstos conforme a la correspondiente regulación, no preveía el exámen público de las cuestiones ni la publicidad de su decisión.

94. Caso *Fedje c. Suecia*, en cuya sentencia de 29 de octubre de 1991, estimó inexistente la violación del art. 6.1 CEDH por este motivo (vid. § 33.2). Además, considera el Tribunal europeo que «ciertamente, la publicidad constituye uno de los medios de preservar la confianza en los tribunales, pero que también entran en juego otras consideraciones, como el derecho a un proceso en un plazo razonable y la necesidad de agilizar la justicia, a la hora de considerar la publicidad de las actuaciones judiciales, siempre que no estemos ante una primera instancia» (§ 31.1, traducción personal).

jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa[95], dada su efectiva garantía por el art. 6.1 del Convenio.

3. *Acepciones del término «publicidad». Clases*

Su configuración jurídica fundamental con esencial incidencia en sede procesal no debe hacernos olvidar su diversidad hermeneútica, en cuanto extendida a facetas y aspectos diversos.

Podría distinguirse, en primer lugar, una publicidad constituida por la intervención de elementos directamente populares en los Tribunales de Justicia, a través de las figuras del jurado y escabinado; sin embargo, aquí, mejor que de publicidad ha de hablarse de «popularidad» para señalar esta participación directa del pueblo en la Justicia[96]. En segundo lugar, podría entenderse con respecto al lugar o «local»[97] en que el proceso se desarrolla; aún cuando tampoco es ésta, en verdad, la acepción que nosotros empleamos del término de publicidad sí creemos que influye en ella, por cuanto dicha «posibilidad de publicidad espacial es presupuesto necesario de la posibilidad de publicidad propia», ya que «si los locales no son suficientes, la publicidad propia o personal pasaría a ser ilusoria».

En tercer y último lugar, publicidad en sentido estricto, para nosotros, como aquella que toma como punto de referencia a las personas; es ésta a

95. Una situación particular es la mantenida por Austria que, excepcionalmente, carece de la exigencia de este principio, dada la reserva al mismo que formuló en su día para la adhesión al CEDH a fin de preservar la aplicación de las excepciones previstas a este principio por el art. 90 de la Constitución austriaca; la reserva fue formulada en los siguientes términos: «las disposiciones del art. 6 del Convenio serán aplicables en la medida que no atenten de forma alguna contra los principios relativos a la publicidad del procedimiento judicial *(im gerichtlichen Verfahren)* enunciados en el art. 90 de la Ley Federal Constitucional en su versión de 1929». En este sentido, pueden consultarse, por ejemplo, el caso *Ringesein*, con sentencia de 16 de julio de 1971 (esp. § 98); caso *Sramek*, sentencia de 22 de octubre de 1984 (esp. § 43); el caso EMI y otros, sentencia de 23 de abril de 1987 (esp. § 42); caso *Poiss*, sentencia de 23 de abril de 1987 y caso *Belilos*, sentencia de 29 de abril de 1988 (esp. § 59).

96. Al respecto, véase la posición crítica mantenida por PEDRAZ PENALVA, E. «Sobre el significado y vigencia del Jurado», *Constitución...*, *op. cit.*, pp. 59 y ss., *passim*.

97. Si bien históricamente se podía concebir al proceso desarrollado a pleno aire y en lugar no delimitado, hoy día casi todos los procesos se celebran en locales cerrados; no obstante, una excepción en este sentido la constituye justamente el proceso del Tribunal de las Aguas de Valencia cuya sede se halla en plena vía pública, concretamente, a la Puerta de los Apóstoles de la Catedral de Valencia, en la llamada actualmente «Plaza de la Virgen» y antiguamente, «Plaza de la Seu». Sobre ello, FAIRÉN GUILLÉN, V. *El Tribunal de las Aguas..., op. cit., passim.*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la que indudablemente alude nuestra legislación y la que determina la propia esencia de tal principio fundamental. Pero dicha publicidad entendida bajo este perfil subjetivo admite diferentes clasificaciones y subtipos, cuya creación es básicamente doctrinal y, en algun caso, jurisprudencial.

Así, aunque nosotros en el presente estudio hemos partido desde un inicio de aquella publicidad dirigida a los terceros ajenos al proceso o público en general, se ha venido tradicionalmente hablando también de una forma de publicidad referida exclusivamente a las partes del proceso. En este sentido, CHIOVENDA[98] señalaba el doble significado del principio de publicidad, en cuanto «admisión de terceros (público) a asistir a las actividades procesales» y en cuanto «necesidad entre las partes de que toda actividad procesal pueda ser presenciada por ambas»; a la primera se la denomina *publicidad para terceros, general, absoluta o erga omnes*[99] y a la segunda, *publicidad entre las partes o publicidad relativa*. Incluso ha querido distinguirse una publicidad intermedia en referencia a aquellas personas que, si bien participan y actúan en el proceso, no tienen el carácter de parte (testigos, peritos, etc.)[100].

Creemos, sin embargo, que la verdadera publicidad o en sentido estricto es la general; es decir, aquella publicidad extendida a los terceros o, mejor dicho, extraños ajenos al proceso (público)[101]. En cambio la llamada publicidad relativa no es tal sino que, a decir de ALCALÁ-ZAMORA, «encaja mejor como expresión del principio de bilateralidad, conforme al cual el proceso debe ofrecer a las partes idénticas oportunidades para la defensa de sus derechos»[102]. En efecto, no tiene justificación alguna la expresión «publicidad para las partes» porque ésta en puridad no existe, por cuanto se identifica con el principio de contradicción o audiencia bilateral; de esta forma y, en palabras de MONTERO AROCA, «si un acto procesal fuera secreto para las partes... se estaría colocando a aquéllas en situación de indefensión»[103].

98. *Principios de Derecho Procesal civil*, t. II, Madrid s.f., esp. pp. 171 y ss.

99. Esta última terminología procede de GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal*, t. II, *op. cit.*, esp. p. 90.

100. Así, FAIRÉN GUILLÉN, V. *El Tribunal de las Aguas...*, *op. cit.*, esp. p. 419.

101. No se incluiría así tampoco al testigo o perito porque, aún sin ser parte, tiene acceso al proceso por lo que no es extraño o ajeno al mismo. En este sentido, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «Principios técnicos y políticos...», *op. cit.*, esp. p. 108.

102. *Vid. supra*. En el mismo sentido, MONTERO AROCA, J. *Introducción...*, *op. cit.*, esp. p. 269.

103. MONTERO AROCA, J., con otros, *Derecho Jurisdiccional*, t. I *(parte general)*, *op. cit.*, p. 541.

Pero, a su vez, esta publicidad absoluta o general, verdadera publicidad, puede ser para algunos[104] *activa o pasiva*, según que los terceros intervengan en la realización del acto procesal o, por el contrario, se les dé cuenta de él una vez realizado. En clara conexión con la directa o indirecta percepción de las actuaciones judiciales, recordamos así otra de mucha mayor relevancia en la práctica y origen de no pocos problemas; la que diferencia entre *publicidad mediata o inmediata*. La inmediata, a la que hemos venido aludiendo, supone la asistencia de las personas físicas o público a las actuaciones judiciales y, por tanto, su directa percepción.

En sentido opuesto, la denominada *publicidad mediata* es en la que tiene lugar la interposición, entre el acto procesal y el público, de un medio de comunicación social[105] (prensa, televisión, radio, cine, video, etc.); aquí la percepción de las actuaciones judiciales se realiza a través de una vía indirecta, razón por la cual se le ha dado también el nombre de «publicidad diferida»[106]. Evidentemente, se trata ésta de una publicidad desligada del principio de inmediación, cuya inclusión dentro de nuestro principio o derecho fundamental regulado constitucionalmente se ha visto discutida[107]. Nuestro Tribunal Constitucional parece, no obstante, acogerla en sentencias como la 30/82, de 1 de junio, en la que es afirmado que «el principio de la publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (art. 120.1), implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitir a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc, están en la imposibilidad de hacerlos» (FJ 4.º)[108].

104. Así, entre todos, ALCALÁ-ZAMORA, N., *op. cit.*, esp. p. 109.

105. Así, GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal*, t. II, *op. cit.*, esp. p. 90.

106. PRIETO-CASTRO, L. *Tratado...*, t. I, *op. cit.*, esp. p. 548.

107. Véase, sobre este tema en particular, SCHMIDT, E. «Öffentlichkeit oder Publicity?», *Strafprozeß und Rechtsstaat*, Göttingen 1970, pp. 85 y ss. (esp. 1.ª pág.); sin lugar a dudas, también el lector de prensa u oyente radiofónico habrá de ser «soportado» por las partes del proceso, al igual que el público que accede a la sala. Y aún más; ha sido incluso que la publicidad no cumple sus objetivos sino es a través de la posibilidad de que los periodistas puedan libremente describir y comentar el desarrollo del proceso, por lo que hablar de publicidad supone hablar de publicidad indirecta y, por ende, de libertad de información. En esta línea, RIRGAUX, F. *La protección de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Paris 1990, esp. pp. 433 y ss., quien pone en relación este principio de publicidad con el respeto a la intimidad personal.

108. Es más, el TC en este mismo pronunciamiento califica de *preferente* a este

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4. *Excepciones y límites al principio de publicidad*

Sin embargo, el principio de publicidad no aparece regulado como un derecho absoluto sino que en la casi totalidad de los textos constitucionales europeos se admiten excepciones, con la exigencia de que estén legalmente previstas [109]. Así, nuestro art. 120.1. Las razones de tal excepcionalidad son de naturaleza diversa, apareciendo en las diferentes leyes procesales: «la moral o el decoro» (art. 314.1 LEC), «el orden público o el respecto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia» (art. 680.2 LECrim), «la protección de los derechos y libertades» (art. 232.2 LOPJ), etc. cumpliéndose siempre las garantías procedimentales indicadas para decretar el «secreto» de las actuaciones o su desarrollo «a puerta cerrada» [110]. En el mismo sentido, el art. 14.1 PIDCP [111] y el 6.1 CEDH [112].

Es abundante la jurisprudencia de origen constitucional en la que se permite el desconocimiento de la publicidad por los motivos citados. Así, por ejemplo, en aras de la moralidad, si bien este concepto «es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social» (STC 62/1982) [113] o del orden público; para la protección de este último, se ha considerado lícito, por ejemplo, el establecimiento de «medidas parciales de seguridad que pueden conducir a limitar el acceso a los juicios, debidas a la capacidad de la Sala... o a exigencias de orden en la misma»,

derecho de los representantes de los medios de comunicación social a salir al juicio oral «en virtud de la función que cumplen» (vid. FJ 4.º, párrafos siguientes).

109. Como recuerda el TC, «la publicidad del proceso no puede restringirse sino por los motivos expresos que la ley autorice y, en consecuencia, las facultades que las leyes procesales otorgan a los Tribunales no pueden desconocer el principio de publicidad, razón por la cual deben ser interpretadas de tal manera que dejen a salvo su vigencia» (STC 96/1987, *cit.*, FJ 2.º).

110. Entre ellas y de forma general según el art. 232.2 LOPJ, la motivación de la resolución jurisdiccional que decrete tal secreto de las actuaciones.

111. «El juicio a puerta cerrada, puede ser ordenado durante la totalidad o una parte del proceso, sea en interés de las buenas costumbres, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, sea inclusive en la medida en que el Tribunal lo estimara absolutamente necesario, cuando por la razón de las circunstancias particulares del asunto, la publicidad sería contraria a los intereses de la justicia».

112. «El acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o una parte del proceso, en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso lo exijan, o en la medida juzgada estrictamente necesaria por el Tribunal, cuando, por circunstancias especiales, la publicidad podría atentar contra los intereses de la Justicia».

113. De 15 de octubre, FJ 3.º.

incluso sin que las mismas significaran la vista del juicio a puerta cerrada ni desvirtuaran el carácter público del mismo (STC 30/1986) [114].

El TC entiende que no es aplicable el principio de publicidad con carácter general a determinado tipo de procesos; tal es el caso de los procedimientos administrativos disciplinarios, donde, en virtud de su especial objeto, puede justificarse «el carácter no abierto al público de las secciones de audiencia» (STC 2/1987) [115]. En alguna otra jurisprudencia va todavía más allá nuestro Tribunal pues argumenta que «el art. 24.2 de la CE no es aplicable en su integridad a los procedimientos administrativos disciplinarios ni puede decirse que necesariamente desde la perspectiva constitucional, tengan éstos que ser públicos», defendiendo una «adecuada y especial aplicación al régimen penitenciario, cuyas características de sistema de privación de libertad, regido por un principio de disciplina indispensable para el mantenimiento del orden dentro del establecimiento carcelario, justifican el carácter no abierto al público de las sesiones de audiencia que la Junta celebre en tramitación de los procedimientos sancionadores» (STC 192/1987) [116]. Y la misma postura con relación a este tipo de procedimientos adopta el TEDH por lo que se refiere a la exclusión del principio de publicidad también para ellos [117].

Caso particular de esta exclusión del principio de publicidad con carácter general lo constituye también aquellos procedimientos desarrollados ante la jurisdicción de Menores, por «la conveniencia de preservar... los intereses del menor y del entorno familiar que nada ganarían con una exteriorización de hechos y circunstancias que pertenecen normalmente a la intimidad personal y familiar y podrían en cambio resultar perjudicados por una publicidad innecesaria e incompatible con la protección que merecen los niños», remitiéndose para ello a la legislación de carácter internacional (STC 71/1990 [118]).

114. De 20 de febrero, esp. FJ 5.º.

115. De 21 de enero, FJ 6.º. En sentido idéntico, las sentencias 190/1987, de 1 de diciembre.

116. De 2 de diciembre, FJ 2.º.

117. Así, por ejemplo, el caso *Campbell y Fell*, con sentencia de 28 de junio de 1984, estimando tener en cuenta «las consideraciones de orden público y las cuestiones de seguridad que suscitarían las audiencias públicas en materia de disciplina penitenciaria»: es, además, «evidente la dificultad de admitir al público en el recinto de la prisión» y «si las sesiones se celebraran fuera, el traslado del preso y su presencia en los debates plantearían problemas análogos» (§ 87). Dado que el TEDH menciona el concepto de orden público dentro de las razones de exclusión de la publicidad para este tipo de procedimiento, es por lo que consideramos que será también el motivo utilizado por la jurisprudencia constitucional, si bien ésta es menos explícita en dicho sentido.

118. De 5 de abril, FJ 7.º. En idéntico sentido y más ampliamente, con relación a

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

A modo de resumen, pues, puede citarse la jurisprudencia emanada de la STC 65/1992, de 29 de abril, donde el TC reconoce que, si bien el principio de publicidad constituye un derecho recogido en el art. 24.2 que tiene por finalidad «proteger a las partes frente a una justicia sustraída al conocimiento público y mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, sin embargo, no se trata de un derecho absoluto». En efecto y según se desprende además de los preceptos internacionales citados cabe deducir que «el derecho a un juicio público y, en concreto, el acceso del público y de la prensa a la Sala de audiencia, durante la celebración del juicio oral, puede ser limitado o excluido, entre otras por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática, que estén previstas por las leyes» (FJ 2.º).

No obstante, los mayores problemas en lo que se refiere a esta limitación del principio de publicidad surgen con la denominada «publicidad mediata», es decir, aquella que se desarrolla a partir de los medios de comunicación social. Y ello por el conflicto que se suscita entre la prohibición para el caso concreto de dicha publicidad mediata o acceso de los medios de comunicación y otros derechos constitucionalmente protegibles, como el derecho a la libertad de expresión o de comunicación y la libertad de recibir información [119], todos ellos recogidos en el art. 20

los actuales Jueces de Menores, la STC 36/1991, de 14 de febrero, esp. FJ 6.º y ss. Sobre este conflicto de intereses, dentro de las publicaciones más recientes, véase FOLGUERA CESPO, J. «Protección del menor y libertad de información», Actualidad jurídica Aranzadi de 2 de diciembre de 1992, n.º 127 y ss., quien responsabiliza al Ministro Fiscal del ejercicio de las acciones pertinentes para la defensa de los menores.

No obstante, el TC, en esta última sentencia, pese a admitir la restricción del principio de publicidad para los procesos que afecten a menores —de conformidad con las normas internacionales, tales como el art. 8 de las Reglas de Beijing y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989—, declara la inconstitucionalidad del art. 15 de la anterior Ley de Tribunales Tutelares de Menores, de 11 de junio de 1948, precepto que con carácter general limitaba la publicidad de las sesiones celebradas ante tales Tribunales Tutelares de Menores. Con tal motivo es promulgada la LO de Juzgados de Menores, de 11 de junio de 1992, reformadora de la anterior y la que, por el contrario, establece —también con carácter general— el principio de publicidad para estos procesos de menores, aún cuando, el mismo art. 14.2 dispone que «el Juez podrá acordar en interés del menor, que las sesiones no sean públicas». Sin embargo, de mayor interés resulta ser la prohibición que seguidamente se realiza de la publicidad mediata por ser ésta la única referencia existente en la legislación procesal española; así se dice —recordamos— que «en ningun caso se permitirá que los medios de comunicación social contengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación» (art. 14.3).

119. El contenido de ambos derechos, si bien hasta la fecha ha sido en la práctica equiparado por la jurisprudencia constitucional, es hoy, en cambio, deslindado, en sentencias de fecha reciente como la STC 336/1993, de 15 de noviembre; en ella, nuestro más Alto Tribunal declara que «como se ha dicho en la STC 105/1990, FJ 4.º..., la li-

CE al igual que en el art. 10 CEDH. Es, por tanto, numerosa la jurisprudencia constitucional y europea en este sentido, tratando de equilibrar en cada caso el juego de ambos derechos y queriendo evitar, en última instancia, la conversión del proceso en un *Schauprozeß* [120].

El TC ha defendido que «la libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley» y «otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados»; por ello, «cualquier limitación de estas libertades sólo es válida en cuanto hecha por Ley... porque así lo impone la propia Constitución» (STC 6/1981) [121]. Describe también nuestro Tribunal cuál es el objeto de este «derecho doble... (de) comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz»; esto es, «el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos en los términos puntualizados anteriormente y (del que) es sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho» (STC 105/1983) [122].

Justamente por su posición jurídica fundamental [123] dentro de nuestra Carta Magna es por lo que el TC exige «una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio», de forma que cualquier restricción que a este derecho se imponga debe ser interpretada «de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte... desnaturalizado ni incorrectamente relativizado» (STC 159/1986) [124]. Y en todo caso —declara también— la libertad de información

bertad de expresión posee un campo de acción más amplio que la libertad de información «sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relaciones con las ideas u opiniones que se expongan» (FJ 6.ª A). En la misma decisión se recuerda además como «los derechos a la libre comunicación de información y a la libertad de expresión del art. 120.1 CE... constituyen no sólo libertades individuales sino también la «garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo democrático» (STC 240/1992, FJ 3.º)» (FJ 4.º).

120. SCHMIDT, E. «Öffentlichkeit...», *op. cit.*, esp. p. 89.

121. De 16 de marzo, FJ 4.º.

122. De 23 de noviembre, FJ 11.º.

123. No en vano garantiza un interés constitucional cual es «la formación y existencia de una opinión pública libre» como refiere el TC en esta y otras sentencias.

124. De 16 de diciembre, FJ 6.º; a esta misma necesidad de ponderación se refiere la STC 168/1986, de 22 de diciembre, esp. FJ 3.º. Dentro de la literatura, alude a esta necesidad de ponderación y al respeto de este «contenido sustancial» del derecho a la libertad de expresión, VIVES ANTÓN, T.S. «Sentido y límites de la libertad de expresión», Revista Tirant lo Blanch 1994, n.º 5, pp. 1 y ss., esp. p. 3 y 5.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

garantizada en el art. 20 CE «no puede ser limitada o entorpecida si no es en lo estrictamente necesario para salvaguardar el derecho ajeno o proteger otros bienes jurídicos cuya protección exija inexcusablemente esa limitación» (STC 144/1987) [125].

De este modo, aún cuando los únicos límites constitucionalmente previstos de forma expresa al doble derecho a la comunicación y/o libertad de información son «especialmente, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia» [126], el TC ha tomado también en consideración el interés a una «serena administración de Justicia». Así, en el ATC 195/1991, de 26 de junio, nuestro Tribunal, recurriendo para ello a la jurisprudencia europea dictada en este sentido incardina el derecho a un proceso con todas las garantías como límite previsible al ejercicio de la libertad de información; no en vano, según afirma el TC, «la regular administración de Justicia puede sufrir una pérdida de respeto y... la función de los Tribunales puede verse usurpada si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de Sentencia, o si las partes sufrieran un pseudo juicio en los medios de comunicación» (FJ 6.º).

El TEDH también ha mostrado su preocupación por los límites que deban imponerse a esta libertad de recibir o de comunicar informaciones garantizada en el art. 10 del Convenio europeo y que en atención a este precepto han de cumplir un doble requisito: previsión legal y tratarse de medidas (restrictivas) «necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o *para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*» [127]. De este modo, el Tribunal europeo, examina en cada caso concreto el cumplimiento de tales requisitos a la hora de establecer la necesaria limitación a la libertad

125. De 23 de septiembre, FJ 3.º.

126. Art. 20.4 CE. Recordamos que los tres primeros son derechos regulados en el art. 18.1 CE y su presumible colisión con los del art. 20 CE ha dado lugar a una abundante jurisprudencia constitucional, decidiéndose nuestro Tribunal por otorgar la primacía a uno u otro en función de la ponderación efectuada; así, además de la jurisprudencia inmediatamente mencionada, cabe citar, entre las más recientes la sentencia 20/1992, de 14 de febrero; 40/1992, de 30 de marzo; 85/1992, de 8 de junio; 209/1992, de 30 de noviembre; 223/1992, de 14 de diciembre; 227/1992, de 14 de diciembre; 240/1992, de 21 de diciembre; etc.

127. Art. 10.2 CEDH. El subrayado es nuestro.

de información; es así en el caso *Handyside* [128] el primer ejemplo donde el Tribunal europeo entra a valorar la proporcionalidad entre la limitación efectuada al derecho del art. 10 CEDH y el fín legítimo que la justifica (en este supuesto la protección de la moral en una sociedad democrática), criterios estos que van a ser también adoptados por nuestra jurisprudencia constitucional [129].

Aún cuando la jurisprudencia europea es también abundante en este sentido [130] y si cabe, menos estricta a la hora de permitir excepciones al derecho a la información [131], nos interesa destacar fundamentalmente el caso *Sunday Times* [132] por referirse a la «autoridad e imparcialidad del poder judicial» como fundamento a la limitación del derecho reconocido en el art. 10 del Convenio. En ella, el Tribunal europeo estima admisible la posibilidad de que la legislación británica del *Contempt of Court* (al amparo de la cual se realiza la concreta limitación del derecho a la información a fin de preservar el derecho a un proceso justo de los contendientes) sea una ley a los efectos del art. 10, si bien no se trate de derecho escrito; dicha legislación se dirige a evitar la formación de un «juicio prematuro» que inevitablemente tendría lugar de no establecerse restricciones a tal derecho a la información. Pero, pese a la finalidad legítima que dicha limitación perseguía (en suma, preservar la autoridad e imparcialidad del poder judicial), el Tribunal europeo estimó que la injerencia del poder público era desproporcionada para el supuesto concreto; por tanto sí había existido violación del art. 10 CEDH.

Esta jurisprudencia europea derivada del caso *Sunday Times* y el fundamento de la limitación del derecho a la información en aras de la «regular administración de justicia» es precisamente invocada por el TC en el auto

128. Sentencia de 7 de diciembre de 1976, estimando aquí el Tribunal europeo que la limitación del derecho del art. 10.1 CEDH fundada en la protección de la moral es legítima, entrando para ello a considerar muy especialmente el destino de la publicación «secuestrada» (niños y adolescentes de 12 a 18 años).

129. Así, por ejemplo, la STC 62/1982, *cit.*

130. Véanse los casos *Barthold*, con sentencia de 25 de marzo de 1985; *Lingens*, sentencia de 8 de julio de 1986; *Müller* y otros, sentencia de 24 de mayo de 1988; *Barford*, sentencia de 22 de febrero de 1989; *Markt Intern Verlag*, sentencia de 20 de noviembre de 1989; *Groppera Radio*, sentencia de 28 de marzo de 1990; *Autronic*, sentencia de 22 de mayo de 1990; *Oberschlik*, sentencia de 23 de mayo de 1991; *Observer y Guardian*, sentencia de 26 de noviembre de 1991; *Sunday Times*, sentencia de 26 de noviembre de 1991; *Schwabe*, sentencia de 28 de agosto de 1992; *Castells*, sentencia de 23 de abril de 1992; *Thorgeirson*, sentencia de 25 de junio de 1992; *Hodjanastassiou*, sentencia de 16 de diciembre de 1992; *Open Door y Dublin Well Woman*, sentencia de 29 de octubre de 1992; etc.

131. Así, LÓPEZ ORTEGA, J. «Libertad de información y proceso penal a la luz de la doctrina del TEDH», Justicia 1992, pp. 123 y ss., esp. p. 133.

132. Sentencia de 26 de abril de 1979.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

195/1991 citado. En este último, parece destacarse tal fundamento en atinencia a la importante limitación al principio de publicidad en la fase sumarial que domina la totalidad de la fase instructoria del proceso penal. De este modo, nuestro Tribunal justifica el límite constitucional impuesto al derecho de información —y, por tanto, principio de publicidad (mediata) en esta primera fase del proceso penal— en «la vigencia de la presunción de inocencia y el derecho al honor del imputado» pero también en «las exigencias del secreto instructorio en orden a obtener el éxito de la investigación» [133].

III. El secreto del sumario en el proceso penal

Como es sabido, liberalmente, desde la recepción francesa del código de instrucción criminal, el proceso penal se articula en dos fases de características totalmente opuestas, en atención a los dos grandes sistemas imperantes: una primera fase instructoria, en que rige la forma escrita y el secreto de las actuaciones a tenor del sistema inquisitivo y una segunda o «juicio oral» en la que se hallan presentes los principios de oralidad, publicidad, concentración, etc., conforme al sistema acusatorio [134].

La restricción sumarial de la publicidad atañe sobre todo a la denominada publicidad mediata, esto es, a la desarrollada a través de los medios de comunicación social; otro tipo de publicidad directa mediante la asistencia del público a la realización de las actuaciones judiciales sería inviable en la práctica, dada la propia finalidad y naturaleza del sumario [135]. Precisamente, esta prohibición de publicidad para los medios de

133. FJ 6.º.

134. Para el origen de ambos sistemas y la evolución hasta el actual sistema acusatorio formal, véase Manzini, V. *Tratado de Derecho Procesal penal*, t. I, Buenos Aires 1951, esp. pp. 3 y ss., en relación con Italia, así como Garraud, R. *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris 1912, esp. pp. 2 y ss., en relación con Francia. Con relación a nuestro país realiza una breve exposición, Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V. *Derecho Procesal penal*, 10.ª ed., Madrid 1986 esp. pp. 115 y ss.

135. En este sentido recuerda Rodríguez Ramos como el secreto sumarial consiste precisamente en «la prohibición de acceder a la investigación sumarial o de publicar sus resultados» («La publicidad del sumario», *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid 1985, pp. 155 y ss., esp. p. 158); por tanto, la única publicidad directa que contempla para la fase sumarial es la «relativa», en rigor, principio de audiencia bilateral. El mismo autor en la obra citada realiza una interesante clasificación de los tipos de secreto sumarial; entre ellos alude a la tradicional distintión entre secreto interno o procesal y el externo o extraprocesal, distinción característica de la literatura italiana (vid. esp. pp. 159 y ss). Sin embargo, Rodríguez Ramos emplea tal división con un significado diferente de la posición clasica, aplicada a la prohibición de «conocer» y de «publicar» respectivamente; por el contrario, aquí se la identifica con la ya mencionada de publicidad relativa y absoluta (vid.esp. pp. 163 y ss.).

comunicación social —en especial, para el proceso penal— se ha convertido en una cuestión muy debatida, llegando a ocasionar abundante literatura al respecto [136]. En conflicto con el derecho constitucional a la información, se han dirigido una serie de críticas al «poder judicial», exigiendo una más amplia y específica regulación del tema [137].

Tal limitación sumarial del principio de publicidad se ha venido amparando, tradicionalmente, en la propia finalidad de éste; dicho brevemente, en la investigación del delito. De este modo, evitando que las partes o terceros conozcan el resultado de las investigaciones sumariales, se posibilita el conocimiento de la verdad material en el proceso [138], y se garantiza, en definitiva, la segura represión del delito. Parece así preciso intentar paliar la inicial desigualdad de la que se parte en el proceso penal entre Estado represor e imputado (presunto delincuente); mediante el secreto, se da la necesaria ventaja al Estado para situarse en las mismas condiciones del ciudadano que «conoce» la comisión del delito [139].

Sin embargo, como recuerda Díez Picazo, «el secreto sumarial... no es un fin en sí mismo, sino que debe ser interpretada de conformidad con su *ratio* específica» [140]; esta no es otra que la descrita para nuestro

136. Entre muchos, Alberdi Alonso, C. «El Poder judicial como garante y sujeto del derecho a la información», PJ, n.º especial XI, pp. 175 y ss.; Belloch Julbe, J.A. «Los jueces y la libertad de información», PJ, n.º especial XI, pp. 221 y ss.; Berlanga Rivelles, E. «Los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales», PJ, n.º especial XIII, pp. 111 y ss.; Chinchilla Marin, C. «Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre», PJ 1986, n.º 3, pp. 61 y ss.; de Vega Ruiz, J.A. «El acceso de los medios de comunicación a los juicios penales», La Ley 1984, vol.2, pp. 1123 y ss.; Díez Picazo, L.M. «Parlamento, proceso y opinión pública (en torno a ciertos límites del principio de publicidad de los poderes públicos)», REDC 1986, n.º 18, pp. 83 y ss.; Espín Templado, E. «En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales», PJ, n.º especial XIII, pp. 123 y ss.; Muñoz Machado, S. *Libertad de prensa y proceso por difamación*, Barcelona 1988, esp. pp. 123 y ss.; Romero Coloma, A.M. *Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración al proceso penal*, Barcelona 1984, esp. pp. 23 y ss., y *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Madrid 1987, esp. pp. 99 y ss.

137. Así, de Vega Ruiz, J. «El acceso de los medios de comunicación...», *op. cit.*, esp. p. 1.130.

138. En esta línea, Concas, L. *La garanzia penale del segretto istruttorio*, Milano 1963, esp. p. 54, quien pone en relación dicho secreto de la fase sumarial con la propia garantía de la actividad probatoria. Del mismo modo, Alvarez Pérez, T. «La publicidad del sumario», *Libertad de expresión..., op. cit.* pp. 167 y ss., esp. p. 192, señalando esta función aseguradora de la actividad probatoria como tercer función del sumario, tras la de investigación y aseguramiento de personas y bienes (vid. esp. pp. 189 y ss.).

139. En este sentido parece pronunciarse nuestra LECrim. en su Exposición de Motivos al referirse a la «perfecta igualdad de condiciones entre acusador y acusado».

140. Díez Picazo, L.M. «Parlamento...», *op. cit.*, p. 102.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

proceso penal en el art. 299 LECrim. y que constituye el propio objeto del sumario, o sea, la realización de «actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos... y la culpabilidad de los delincuentes...». A la misma consecuencia se llega a partir de la lectura de la Exposición de Motivos de nuestra LECrim, al declarar que «subsiste... el secreto del sumario... sólo en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse...»; por tanto, no cabe una prohibición general de la publicidad del sumario sino únicamente en atención al cumplimiento de los fines de éste [141].

Acaso desde estos parámetros legales utilizados tradicionalmente para justificar el secreto del sumario, debía hoy buscarse un fundamento más amplio y siempre constitucional por la índole del bien jurídico protegido. Recordemos que el art. 20.4 CE reconoce como límite de la libertad de expresión y los derechos en ella enmarcados «el respeto a los derechos reconocidos en este Título» y, si bien sólo se hace mención expresa del derecho al honor, intimidad y a la propia imagen (art. 18) [142] consideramos que también ha de encontrarse recogido el derecho al «debido proceso» o, más exactamente, «proceso con todas las garantías» enunciado en el art. 24.2 de la Constitución [143]. No hay que olvidar, además, que el CEDH regula como límite a esta misma libertad de expresión la garantía de «la autoridad y la imparcialidad del poder judicial», referencia que habremos de entender implícitamente incluida en nuestro texto constitucional a partir del mandato del art. 10.2 [144] y que en la práctica ya ha gozado de empleo en nuestra jurisprudencia constitucional [145].

141. Así, MUÑOZ MACHADO, S. *Libertad de prensa..., op. cit.*, esp. pp. 165 y ss.

142. Tales derechos fundamentales configuran la única excepción constitucionalizada que, desde una perspectiva clásica, gran parte de la literatura española contempla como límite a la libertad de expresión; por todos, RODRÍGUEZ RAMOS, «La publicidad del sumario», *op. cit.*, esp. p. 165.

143. De esta opinión, BERLANGA RIBELLES, E. «Los llamados juicios paralelos...», *op. cit.*, esp. p. 113. Como enuncia VARELA CASTRO, son tres los límites al principio de publicidad en este sentido: la propia finalidad del proceso, razón por la que el principio de publicidad en absoluto ha de permitir que cumpla su cometido; la independencia judicial y la presunción de inocencia, para la que la publicidad y, en definitiva, la libertad de información, reportaría importantes consecuencias («Proceso penal y publicidad», Revista Jueces para la democracia 1990, n.º 11, pp. 37 y ss., esp. primeras págs.).

144. El mismo fundamento es utilizado por DÍEZ PICAZO para ampliar los límites del art. 20.4 CE («Parlamento...», *op. cit.*, esp. p. 100).

145. Recordemos el ATC 195/1991 en aplicación de la jurisprudencia europea derivada del caso *Sunday Times*.

De este modo, ha sido dicho en alguna ocasión que el pretendido derecho a la información en absoluto podría compensar las molestias que la misma causara, no sólo a los participantes del juicio, sino también al propio interés de la justicia [146]; lo contrario supondría hablar de propaganda *(publicity)* y no de publicidad procesal *(Öffentlichkeit)* [147]. De ahí deriva la limitación de este principio de forma especial durante la realización del sumario. Sólo de esta forma, prohibiendo el acceso de los medios de comunicación al sumario (publicidad mediata), es factible evitar la formación de «juicios paralelos» [148], resultantes justamente del ejercicio de la libertad de expresión, sin perjuicio además de tutelar la intimidad y dignidad del presunto delincuente que, todavía no culpable, unicamente deberá ver «aireada» su participación cuando el grado de convicción judicial acerca de ella sea suficientemente razonable.

Es justamente en el área de los paises anglosajones donde existe una mayor creación legislativa y jurisprudencial al respecto, en aras de impedir estos juicios paralelos a la tramitación del sumario en el proceso penal; su estudio nos va a servir también para realizar un resumen, por breve que sea, de la regulación de la fase sumarial en estos países así como en el entorno europeo más cercano. Tras esta visión del Derecho comparado, a buen seguro, podremos examinar con mejor perspectiva la regulación contenida en la nuestra LECrim al respecto.

1. *Perspectiva desde el Derecho comparado*

Iniciamos nuestro análisis de la perspectiva jurídica comparada con relación al desarrollo del seceto sumarial o, mejor dicho, su ausencia desde el Derecho anglosajón por ser, quizás, la más peculiar en este sentido y la más lejana a la contenida en nuestras leyes procesales. Es, por otro lado, la más estricta con relación al ejercicio de la libertad de expresión, en gran parte por establecer una clara y específica regulación al respecto que, aún dirigida de forma general a las conexiones entre el ju-

146. SCHMIDT, E. «Öffentlichkeit...», *op. cit.*, esp. p. 89.

147. *Vid. supra*, esp. p. 97, de ahí el nombre de su artículo.

148. En cuanto «conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un período de tiempo en los medios de comunicación sobre un asunto *sub iudice*... a través de las cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a dicha investigación judicial» (ESPÍN TEMPLADO, E. «En torno a los llamados juicios paralelos...», *op. cit.*, p. 123).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dicial y los medios de comunicación, nos sirve también y de especial modo, para entender las restricciones impuestas al principio de publicidad durante el desarrollo de la fase de sumario.

En este sentido, se ha dicho que el ordenamiento jurídico británico dispone de una peculiaridad importante, cual es la «publicidad» de la fase instructoria *(committal proceeding)*[149], si bien la Sección 4.ª de la *Magistrates' Courts Act de 1980*, atribuye al magistrado instructor la facultad de declarar el «secreto de sumario», siempre que se cumplan las condiciones allí establecidas[150]; sin embargo, se ha dicho que esta publicidad no es en puridad tal como ocurre en el posterior juicio *(trial of indictment)*, por cuanto se reduce a la llamada «publicidad relativa», en realidad, principio de contradicción o audiencia bilateral como exigencia contenida en la citada Acta de 1980[151]. Pero es que además, aún existiendo el principio de publicidad en el verdadero significado del término, este se vería restringida de una forma importante —al menos por lo que a publicidad mediata se refiere— a través de la estricta legislación existente para la actividad desplegada por los medios de comunicación; rigor que se justifica con base en la ausencia de previsión constitucional de la libertad de expresión[152].

149. Consúltese, CONCAS, L. *La garanzia penale..., op. cit.*, esp. pp. 61 y ss. Justifica este autor la razón de ser de esta «publicidad» sumarial, en tanto en cuanto, en el sistema inglés, la labor de investigación y recogida de datos se realiza por la policía judicial, labor que se desarrolla también en secreto; por tanto, la publicidad sólo afecta a la actividad instructoria judicial la que además no es imprescindible. En el mismo sentido y más ampliamente, ARGUILE, R. *Criminal Procedure*, London 1969, esp. pp. 20 y ss.

150. «(2) Examining justices shall it in open court except where any enactment contain an express provision to the contrary and except where it appears to them as respects the whole or any part of committal proceedings that the ends of justice would not be served by their sitting in open court». Precisamente, una excepción en el primero de los dos sentidos apuntados la constituye la *Official Secrets'* Act de 1920, en cuya Sección 8.ª (4) se determina la exclusión de la publicidad cuando con ello se corra el riesgo de perjudicar a la seguridad nacional; claro está, siempre que la instrucción afecte a causas relativas a los llamados secretos de Estado que es a fin de cuentas a los que hace referencia el Acta de 1920 y exigiendose en todo caso la lectura de la sentencia en audiencia pública. (Al respecto, *Stone's Justices' Manual*, vol.1 y 2, editado por RICHMAN, J. y DRAYCOTT, A.T., 124.ª ed., London 1991).

151. Así, ARGUILE, R. *Criminal Procedure, op. cit.*, esp. pp. 58 y ss., si bien en relación con la anterior *Magistrates' Court Act* de 1952. En el mismo sentido se pronuncia la legislación actual; así la Sección 4.ª del Acta de 1980 declara que «evidence given before examining justices shall be given in the presence of the accused», preveyendo no obstante restricciones a este principio de audiencia por motivos tales como el mal comportamiento del imputado o su enfermedad, supuesto este segundo en que si estará presente su abogado.

152. De ahí que la solución norteamericana sea muy diferente a la anglosajona,

Tales límites son previstos en la propia sección 8 de la mencionada Acta de 1980, cuyas normas se dirigen de forma especial a los medios de comunicación social estableciendo la prohibición de difundir artículos o emisiones sobre materias sujetas al secreto sumarial[153]. En la práctica se incluye una amplia regulación sobre la publicidad procesal indirecta que comprende, tanto las excepciones a la regla general[154] como las oportunas sanciones al responsable de aquellas publicaciones o reportajes infractores[155].

Este nuevo *Statute Law* deriva fundamentalmente de una legislación específica relativa a los medios de comunicación social y su incidencia en la actividad judicial que afecta también, por tanto, a la llamada publicidad mediata. Aludimos en concreto a la *Contempt of Court Act 1981*[156], que se ocupa básicamente de regular los «desacatos» cometidos

dado que la 1.ª Enmienda si garantiza el derecho a la información en todas sus vertientes (vid. infra, nota n.º 173).

153. «(1) Except as provided by subsections (2), (3) y (8) below, it shall not be lawful to publish in Great Britain a written report, or to include in a relevant programme for reception in Great Britain a report, of any committal proceedings in England and Wales containing any matter other than that permitted by subsection (4) below.»

154. «(4) The following matters may be contained in a report of committal proceedings published or included in a relevant programme without an order under subsection (2) above before the time authorised by subsection (3) above, that is to say: a) the identity of the court and the names of the examining justices; b) the names, addresses and occupations of the parties and witnesses and the ages of the accused and witnesses; c) the offence or offences, or a summary of them, with which the accused is or are charged; d) the names of the legal representatives engaged in the proceedings; e) any decision of the court to commit the accused or any of the accused for trial, and any decision of the court on the disposal of the case of any accused not committed; f) where the court commits the accused or any of the accused for trial, the charge or charges, or summary of them, on which he is committed and the court to which he is commited; g) where the committal proceedings are adjourned, the date and place to which they are adjourned; h) any arrangements as to bail on committal or adjournment; i) whether legal aid was granted to the accused or any of the accused».

155. «(5) If a report is published, or included in a relevant programme in contravention of this section, the following persons, that is to say: a) in the case of a publication of a written report as part of a newspaper or periodical, any proprietor, editor or publisher of the newspaper or periodical; b) in the case of a publication of a written report otherwise than as part of a newspaper or periodical, the person who publishes it; c) in the case of the inclusion of a report in a relevant programme, any body corporate who provides the service in which the programme is included and any person having functions in relation to the programme corresponding to those of an editor of a newspaper; shall be liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale».

156. Publicada el 27 de julio, convierte el anterior *common law* existente en esta materia en statute law. Sobre ello, más ampliamente, FAYOS GARDO, A. «La *contempt of Court Act* británica de 1981: el desacato al Tribunal cometido por los medios de comu-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

fuera del ámbito jurisdiccional *(contempt ex facie curiae)*; de este modo, se penaliza[157] la publicación de informaciones sobre procesos en curso por los medios de comunicación, en cuanto podría dificultar u obstaculizar su tramitación, amén de provocar prejuicios en el Tribunal. Esta legislación encontró su *leit-motiv* en la sentencia dictada por el TEDH[158],

nicación social», La Ley 1987, vol.3, pp. 911 y ss. y en la literatura comparada, VARANO, V. «Libertà di espressione e contempt of court: esperienze e prospettive degli ordinamienti inglese e americano», *Nuove dimensioe nei diritti di libertà (scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova 1990, pp. 707 y ss. Así también, en relación con este tema, SCOTT, Sir R. «La imparcialidad objetiva del juez y los medios de comunicación. Sistema anglosajón», PJ, n.º especial XI, pp. 197 y ss., esp. pp. 205 y ss.

No obstante, la institución del *contempt of court* ha sido objeto de diversos comentarios doctrinales en el área anglosajona; desde el estudio de sus orígenenes en la obra de FOX, J. *The history of contempt of court*, Oxford 1927 (hoy ed. de 1972), pasando por la de BORRIE, G. y LOWE, N. *The Law of Contempt*, London 1973, hasta llegar a las más modernas de ARLIDGE, A. y EADY, D. *The Law of contempt*, London 1982 y de MILLER, C.J. *Contempt of Court*, Oxford 1989. Precisamente este último autor plantea un problema interesante en relación con el trámite procedimental que observa las causas por *contempt ex facie curiae;* para las que tiene lugar un proceso sumario sin intervención alguna del Jurado; dicho autor se propone así demostrar el error en que se incurre mediante el empleo de tal procedimiento sumario para juzgar los delitos por desacato, error que sólo encuentra su justificación con base en una serie de antecedentes históricos determinados (vid.esp. pp. 45 y ss.). En esta línea crítica también cabe citar las recomendaciones del Informe elaborado por el Comité Phillimore (en adelante, Informe Phillimore), concretamente el § 21.

157. A pesar de que el § 169 del Informe Phillimore recomienda suprimir la tradicional distinción entre desacato *(contempt)* civil y penal por dar lugar a gran número de confusiones, ésta todavía persiste hoy día; así y en concreto, el Acta de 1981 contempla exclusivamente el desacato penal pues la publicación de informaciones perjudiciales (por ser «prejudiciales») relativas a un proceso determinado constituye un tipo delictivo. Más ampliamente, sobre uno y otro desacato, por todos, MILLER, C.J. *Contempt of court*, *op. cit.*, esp. pp. 25 y ss.

158. Aún cuando su origen deba también remontarse al citado Informe Phillimore, resultado del trabajo realizado por un Comité nombrado a tal efecto el 8 de junio de 1971 pero cuyas investigaciones no se dieron a conocer hasta Diciembre de 1974. Precisamente, la crítica que el mismo realiza a la resolución dictada por la *House of Lords* en el caso *Attorney General v. Times Newspapers Ltd.* (All England Reports 1973, vol. 3, pp. 54 y ss. B) determina en cierta manera el sentido de la posterior sentencia del Tribunal europeo en el caso *Sunday Times* citado, en la que se pone de manifiesto la inadecuación de la legislación británica entonces vigente al CEDH.

No en vano, el Informe Phillimore se muestra también partidario de exigir para la cualificación del desacato la existencia de un riesgo sustancial (grave) de prejuicio y no emplea el mero concepto técnico de desacato utilizado hasta entonces por la *House of Lords*. En palabras de ARLIDGE y EADY, «a contempt which produces a small likelihood of prejudice is not ordinarily worthy of the court's notice, or of a punishment. For this reason it is called a technical contempt. It only becomes worthy of punishment if it raises a serious risk of prejudice» (*op. cit.*, p. 42). Así también, la definición de *contempt* propuesta en el citado Informe Phillimore considera que el exámen para declarar la exis-

Sunday Times, que exige la concurrencia de cuatro elementos: a saber, la existencia de riesgo sustancial para la aplicación de la Justicia, la comisión de tal delito a través de un medio de comunicación social, que afecte a un proceso en concreto y que dicho proceso se halle *sub iudice*[159]; precisamente, estas son las novedades introducidas por el Acta de 1981 con relación al anterior *common law*.

No obstante, caben excepciones a esta rigurosa prohibición de la publicidad mediata establecida en el Acta de 1981; tal es el caso de aquellos reportajes o emisiones que aún referentes a procesos en curso han sido realizados de buena fé y con la debida diligencia. A dicha posibilidad alude tanto la Sección 3.ª, determinante de la responsabilidad del director o editor de los medios de comunicación[160], como la Sección 4.ª que ya afecta directamente al autor de la correspondiente publicación[161].

tencia del mismo consiste en determinar «whether the publications complained of create a risk that the course of justice will be seriously impeded or prejudiced».

159. Tal es el contenido de la Sección 2.ª de la *Contempt of Court Act 1981*: «(2) The strict liability rule applies only to a publication which creates a substantial risk that the course of justice in the proceedings in question will be seriously impeded or prejudiced. (3) The strict liability rule applies to a publication only if the proceedings in question are actice within the meaning of this section at the time of the publication.» Se añade además en la subseccion 1.ª lo que ha de entenderse a tal efecto por publicación: «any speech, writing, broadcast or other communication in whatever form, which is addressed to the public at large or any section of the public». Mayor problema se plantea a la hora de determinar que ha de entenderse por «riesgo sustancial»; mayoritariamente ha sido dicho que el término sustancial aquí equivale a «real» (ARLIDGE, A. y EADY, A. *The law of contempt*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.).

Se cuestiona en cambio, la exigencia de dolo en la producción del desacato. Para algunos éste se presenta como requisito imprescindible salvo para los casos contemplados en la Sección 2.ª (2); de esta opinión son ARLIDGE, A. y EADY, D. *The law of contempt*, *op. cit.*, esp. pp. 34 y ss., 80 y ss., y 166 y ss. A nuestro juicio, por el contrario, tal requisito no puede considerarse siempre necesario, máxime a tenor de la redacción de ciertas secciones del Acta de 1981; así, por ejemplo, la Sección 3.ª que contempla la responsabilidad del editor y propietario del medio de comunicación mediante el cual se ha cometido la publicación productora del riesgo sustancial de «prejuicio». Además, el Acta de 1981 no alude en ningun momento a la prueba de dicho supuesto dolo. En el mismo sentido, MILLER, C.J. *Contempt of court*, *op. cit.*, esp. pp. 6 y ss. y parece que también VARANO, V. «Libertà di espressione...», *op. cit.*, esp. 716.

160. «(1) A person is not guilty of contempt of court under the strict liability rule as the *publisher* of any matter to which that rule applies if at the time of publication (having taken all reasonable care) he does not know and has no reason to suspect that relevant proceedings are active. (2) A person is not guilty of contempt of court under the strict liability rule as the *distributor* of a publication containing any such matter if at the time of distribution (having taken all reasonable care) he does not know that it contains such matter and has no reason to suspect that it is likely to do so». El subrayado es nuestro.

Se diferencia por algun sector doctrinal, no obstante, la responsabilidad directa del

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Esta última previsión es la que entra de lleno en conflicto con el interés de evitar perjuicios irreparables a la administración de la justicia. Por tal razón, el juez o magistrado instructor tiene la facultad, no ya sólo de prohibir, sino también incluso de posponer la publicación de aquellas informaciones pendientes en tanto en cuanto las mismas sean perjudiciales (y prejudiciales) para la tramitación del proceso en curso [162]. Junto con ella, existen otras excepciones a la aplicación del Acta de 1981 respecto de publicaciones sobre materias de índole diversa; así, cuando la vinculación con el proceso pendiente sea meramente incidental [163], o la conducta penalizada no haya logrado su objetivo [164], o bien, por último, cuando la difusión de informaciones tenga lugar bajo el consentimiento de la Fiscalía General del Estado o del magistrado instructor correspondiente [165].

Esta normativa se orienta a procurar la garantía del derecho a una *fair justice* o justicia limpia [166], evitando la introducción de elementos extraños al proceso que incidan en la imparcialidad judicial; imparcialidad no tanto del Juez como especialmente del Jurado. Como expuso el Juez Parker —siendo sus palabras aún hoy día frecuentemente citadas—, a partir del Acta de 1981 sobre el *Contempt of Court*, «el interés público en la libertad de expresión debe ceder ante el interés público de no impedir o amenazar gravemente el curso de la justicia» [167].

editor de la indirecta del propietario, aún cuando ambas pueden ser obviadas mediante la buena fé, a tenor de lo prescrito en ambos apartados de dicha Sección 3.ª. Véase así también ARLIDGE, A. y EADY, D. *The Law of Contempt*, *op. cit.*, esp. pp. 124 y ss.

161. «(1) Subject to this section a person is not guilty of contempt of court under the strict liability rule in respect of a fair and accurate report of legal proceedings held in public, published contemporaneously and in good faith».

162. «In any such proceedings the court may, where it appears to be necessary for avoiding a substantial risk of prejudice to the administration of justice in those proceedings, or in any other proceedings pending or inminent, other that the publication of any report of the proceedings, or any part of the proceedings, be postponed for such period as the court thinks necessary for that purpose» (Sec. 4 (2)).

163. «A publication made as a part of a discussion in good faith of public affairs or other matters of general public interest is not to be treated as a contempt of court under the strict liability rule if the risk of impediment or prejudice to particular legal proceedings is merely incidental to the discussion» (Sec. 5).

164. «Nothing in the foregoing provisions of this Act... c) restricts liability for contempt of court in respect of conduct intended to impede or prejudice the administration of justice» (Sec. 6).

165. «Proceedings for a contempt of court under the strict liability rule... shall not be instituted except by or with the consent of the Attorney General or on the motion of a court having jurisdiction to deal with» (Sec. 7).

166. De este modo, ESPÍN TEMPLADO, E. «En torno a los juicios paralelos...», *op. cit.*, esp. p. 126.

167. *The Attorney General v. News Group Newspapers Limited 1987*, con sentencia de 30 de abril de 1986 (Law Reports, Queen's Bench Division 1987, pp. 1 y ss, esp. p. 18).

En consecuencia, se trata de dar preferencia en cada supuesto de conflicto surgido ante el desequilibrio de ambos derechos —libertad de expresión y la garantía de un juicio justo— a uno u otro [168] en función de distintas motivaciones. Así por ejemplo, en el caso citado *The Attorney General v. News Group Newspapers* [169] se ha propuesto tener en cuenta elementos como los siguientes: «la naturaleza de la conducta objeto de exámen, el riesgo de interferencia en el curso del proceso, la gravedad de dicha intromisión y el estado en que se halla el proceso respecto del cual pueda producirse prejuicios» [170]. Precisamente en relación a estas dos últimas consideraciones se plantean los mayores problemas a la hora de determinar la existencia de «desacatos»; se aplicará así la regulación del *contempt of court* en función del grado de riesgo sustancial [171] y de la proximidad del correspondiente reportaje o artículo en relación con la fase del juicio oral [172], momento a partir del cual destaca la

168. Por nuestra parte creemos que el conflicto se resuelve, por lo general, a favor de este último; no obstante, alguna opinión estima lo contrario, basándose para ello en la jurisprudencia del TEDH dictada en el caso *Sunday Times*; así, VARANO, V. «Libertà di esperessione...», *op. cit.*, esp. p. 718.

169. Vid. *supra*.

170. Curiosamente y respecto a este último punto —a partir de qué momento puede hablarse de pendencia con relación a un proceso— tampoco existe acuerdo unánime ni en la literatura ni en la jurisprudencia. Con relación al Tribunal que decide el caso citado, por ejemplo, mientras para Sir J. Donaldson la pendencia que exige la Sec. 2.ª (3) de la *Contempt of Court Act* de 1981 no tendría lugar hasta el momento de fijarse la audiencia pública, para el juez Parker esa regla sólo sería aplicable a las causas civiles; por el contrario, en su opinión, «criminal proceedings become active at the time of arrest without warrant for arrest, the issue of a summon to appear, the service of an indictment on oral charge whichever first occurs. This in relation to criminal proceedings the strict liability rule applies from the outset or initial step in the proceedings».

Parece obvio que nos decantamos por esta segunda postura pues sólo así es posible mantener la necesidad del secreto sumarial y con ello, la limitación de la publicidad mediata. Además, creemos que también es esta la previsión contenida en la propia *Contempt of Court Act* de 1981, a tenor de la concreta referencia realizada en la Sección 4.ª (3 b) al «report of committal proceedings of which publication is permitted» y, más concretamente, a tenor del anexo correspondiente *(Schedule 1)*.

171. A este tenor, Sir John Donaldson, para la resolución del caso arriba citado, indica que «a qualification of 'risk' does not have the meaning of 'weighty' but rather means 'not insubstantial' or 'not minimal'. The 'risk' part of the test will usually be of importance in the context of the width of the publication» (p. 15).

172. Así, para el caso comentado, la sociedad editora apelante propone como límite mínimo entre la aparición del reportaje o emisión y el posterior juicio oral el plazo de tres meses. Por su parte, el Tribunal en este supuesto, dió preferencia a la libertad de expresión anulando la sentencia apelada con base en que para este caso la fase del juicio oral no tendría lugar hasta diez u once meses a contar desde la fecha de publicación; sin

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

intervención del Jurado y con ello la probable adquisición de prejuicios por algunos de sus miembros.

Esta institución del *Contempt of Court* ha sido trasladada a Estados Unidos donde opera igualmente como límite al derecho de información y libertad de prensa establecido en la 1.ª Enmienda [173] en relación con la 6.ª, relativa a la publicidad procesal [174]. Es dictada así una considerable e importante jurisprudencia en este sentido que, siguiendo las líneas de un auténtico leading case como el de *Sheppard v. Maxwell* [175], defiende la «limpieza del proceso» *(fair trial)* frente al excesivo sensacionalismo de la prensa [176].

En efecto, en su sentencia de 6 de junio de 1966, el Tribunal Supremo, pese a alabar los importantes beneficios que para la Justicia procura la prensa en general [177] y el lugar primordial que ocupa la libertad

embargo, tampoco se atreve a fijar unos límites —máximo y mínimo— a este plazo sino que, por el contrario, considera que «each case must be decided on its own facts and a publication relatively close to trial may escape whereas another much further from trial will not do so by reason of the impact of its content on the reader, listener or viewer, as the case may be» (p. 18).

173. «El Congreso no hará ley ninguna que adopte el establecimiento de religión del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios».

174. «En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por ley; así como a que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, a que se le carée con los testigos que declaren en su contra, a que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y contar con la ayuda de un abogado que le defienda». En este caso y para Estados Unidos, utilizaremos la expresión de «limpieza del proceso» *(fair trial)* en lugar de la del «derecho al debido proceso», por cuanto, en sentido estricto, éste último aparece más bien contemplado en la Enmienda 5.ª.

175. 384 US 333 (1966). Sobre esta jurisprudencia y el tema en general, consúltese LAFAVE, W.R. e ISRAEL, J.H. *Criminal procedure*, 2.ª ed., St. Paul Minn.1992, esp. pp. 985 y ss.; MILLER, F.W., DAWSON, R.O., DIX, G.E. y PARNAS, R.I. *Criminal Justice Administration*, 4.ª ed., N.York 1991, esp. pp. 811 y ss.; WHITEBREAD, C.H. y SLOBOGIN, C. *Criminal procedure*, 3.ª ed., N.York 1993, esp. pp. 660 y ss.

176. A esta misma «limpieza del proceso» alude la regla 2.ª de las *Federal Rules of Criminal Procedure for the United States District Courts*: «These rules are intended to provide for the just determination of every criminal proceeding. They shall be construed to secure simplicity in procedure, fairness in administration and the elimination of unjustifiable expense and delay». Por lo demás, y dada la ausencia de sumario propiamente dicho o instrucción judicial, tampoco estas *Federal Rules* contienen mayor regulación al respecto; estas reglas, en cuanto dirigidas unicamente a determinar la tramitación del proceso penal ante los Tribunales norteamericanos *(Rule 1)*, para nada aluden al necesario secreto de las investigaciones policiales.

177. «The press does not simply publish information about trials but guards

de expresión dentro del ordenamiento jurídico [178], no obstante considera que, con relación al caso concreto, ha sido violado el derecho del imputado a disponer de un juicio justo. Ciertamente, la publicidad que precedió y rodeó a la tramitación de esta causa fué en todo momento excesiva llegándose a detectar incluso determinadas «presiones« sobre algunos miembros del Jurado, con el consiguiente riesgo de la formación de prejuicios a la hora de pronunciar estos su veredicto [179].

De nuevo se plantea la necesidad de establecer un control a la publicidad mediata; es este el principal error que el Tribunal Supremo imputa al Tribunal de Distrito cuya sentencia es ahora objeto de examen, criticando que entonces no se hubieran puesto en funcionamiento los remedios pertinentes para evitar el abuso de los medios de comunicación [180]. Dentro de tales remedios propuestos por la práctica forense norteamericana para evitar —o atenuar al menos— las consecuencias de tal publicidad mediata y con ello garantizar el respeto del derecho al debido proceso, pueden encontrarse los que a continuación pasamos a enumerar.

Un primer de grupo de soluciones podría venir constituido por todas aquellas técnicas que, de forma general, se preocupan por restringir con carácter previo el acceso de los medios de comunicación al juicio; es decir, a través de las mismas no se trata tanto de controlar la publicidad

against the miscarriage of justice» (p. 350); siempre, claro está, que se trate de una prensa responsable. Este y otros principios son extraidos de precedentes jurisprudenciales anteriores como, por ejemplo, In re Oliver, 33 US 257, 268 (1948).

178. Así y acudiendo a una jurisprudencia anterior —*Pennekamp v.Florida*, 328 US 331, 347 (1946)— se dice que «freedom of discussion should be given the widest range compatible with the essential requirement of the fair and orderly administration of justice».

179. Es claro que «the jury's verdict be based on evidence received in open court, not from outside sources» (p. 350). Dificilmente podían resistirse los miembros que formaron el Jurado en el presente caso a la involucración en el mismo cuando, además de la sucesión de artículos periodísticos y debates televisivos sobre su contenido, se publicó también la lista de sus nombres y direcciones, con la consecuencia de ser destinatarios de mensajes y llamadas telefónicas anónimas; por si fuera poco, fueron objeto de fotografías y, en algun caso, de entrevistas. Tal situación es calificada por el Tribunal Supremo de «total lack of consideration for the privacy of the jury»; de ella también participan ciertos testigos y miembros del Tribunal. Por ello, no hay duda de que «this deluge of publicity reached at least some of the jury» (p. 357).

180. «The court's fundamental error is compounded by the holding that it lacked power to control the publicity about the trial» (p. 357). Entre otros remedios, el Tribunal Supremo propone limitar la presencia de prensa, radio y televisión en la Sala, así como el control de su actividad (por ejemplo, mediante la prohibición de realizar determinadas fotografías); procurar el aislamiento de los testigos, evitando también sus posibles declaraciones a los medios de comunicación; censurar la información vertida por la policía, abogados y testigos; etc.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cuanto de evitarla. Tal sentido tendrían, por ejemplo, las denominadas *gag orders*, mediante las cuales se prohibe a los representantes de prensa, radio, televisión, etc. difundir información sobre el proceso en curso y, concretamente, sobre el imputado. No obstante, tales remedios son escasamente puestos en práctica dado su difícil amparo legal; como ha sido puesto de relieve por el TS norteamericano [181], se tropieza aquí con un derecho constitucionalmente reconocido como es la libertad de expresión prevista en la 1.ª Enmienda.

Surge así un segundo grupo de soluciones de carácter alternativo, ante esta imposibilidad —teórica y real— de evitar y limitar la publicidad desplegada por los diferentes medios de comunicación y que reune mecanismos como los siguientes: traslado de la competencia territorial *(change of venue)* [182] o, lo que es lo mismo, celebración del juicio en otra localidad distinta; selección de los miembros del Jurado *(voir dire)* [183], a fin de detectar aquellos que sufren «prejuicios» por efecto de la publicidad y los que serán eliminados mediante un procedimiento de recusación; e incluso secuestro de dicho Jurado [184], aún habiendo tenido

181. Por todos, el caso *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 US 539 (1976) en el que el TS falla a favor de la inconstitucionalidad de las mencionadas gag orders; esta misma línea va a ser seguida en posterior jurisprudencia del TS (Vid. WHITEBREAD, C.H. y SLOBOGIN, C. *Criminal procedure*, *op. cit.*, esp. p. 707.

182. Posibilidad legalmente prevista en la Regla 21 *(Federal Criminal Rules)*: «The court upon motion of the defendant shall transefer the proceeding as to that defendant to another district is specified in the defendant's motion if the court is satisfied that there exists in the district where the prosecution is pendign so great a prejudice against the defendant that the defendant cannot obtain a fair and impartial trial at any place fixed by law for holding court in that district». Por tanto, la solicitud del *change of venue* ha de provenir del imputado, dado que para que éste tenga lugar habrá habrá de renunciarse a otro derecho también fundamental del imputado —igualmente recogido en la 6.ª Enmienda— cual es derecho al juez legal.

La técnica del *change of venue* fue constitucionalmente admitida a partir del caso *Groppi v. Wisconsin*, 400 US 505 (1971); pero aún fue más acérrima su defensa en Rideau v.Louisiana 373 US 723 (1963).

183. Técnica contemplada por el TS en el caso *Irvin v.Dowd*, 366 US 717 (1961) para el que había tenido lugar la exclusión de 8 de los 12 miembros que componían el Jurado. En cambio, el mismo TS entendió que no era procedente dicho mecanismo en los casos *Murphy v. Florida*, 421 US 794 (1975) y *Patton v. Yount*, 467 US 1025 (1984), puesto que en ellos, la publicidad objeto de impugnación había tenido lugar con suficiente antelación al juicio *(trial)*; en concreto, 7 meses en primer caso y 4 años en el segundo.

184. Tal solución fue la propuesta en el caso comentado, *Sheppard v. Maxwell*, junto con otras como el aplazamiento o suspensión del juicio oral; no obstante, con relación a este último remedio, dada su mayor gravedad, ha sido sugerido que sea unicamente adoptado en circunstancias extremas y tras dar prioridad a otros mecanismos

lugar esta rigurosa selección en aras de evitar su parcialidad. Pese a que ninguno de estos remedios está exento de críticas [185], hemos de admitir que disfrutan de gran popularidad en Estados Unidos.

De mayor utilidad, desde una perspectiva de Derecho comparado, cabría calificar a una última serie de soluciones destinadas a evitar la realización de declaraciones públicas por parte de los participantes del proceso —léase imputado, defensa, testigos, peritos, funcionarios de la policía judicial y de la Justicia, etc.—, a todos los cuales es exigible el deber de guardar secreto profesional. A tal fin fueron precisamente dictadas en 1966 un conjunto de recomendaciones *(Standards relating to fair trial and free press)* por un Comité adscrito a la *American Bar Association (Advisory Committe on fair trial and free press)* y que fueron objeto de aprobación en 1968 por la *ABA House of Delegates;* a pesar de su procedencia, tales recomendaciones se dirigen a todos los aplicadores del derecho en general [186], como los citados.

Estas recomendaciones o *standards* colman, pues, una importante laguna legal en este sentido, dado que, salvo aisladas excepciones [187], no existen normas generales respecto de este deber de guardar secreto. Si bien es cierto la carencia de vinculación jurídica de dichas recomendaciones, ha de constarse que las mismas gozan de un profundo reconocimiento en la práctica forense norteamericana. Además, su contenido ha

como algunos de los propuestos (por ejemplo, la selección del Jurado o *voir dire*). En este sentido, LAFAVE, W.R. e ISRAEL, J.H. *Criminal procedure*, *op. cit.*, esp. p. 1.000.

185. Así, respecto del *change of venue* es obvio que no siempre es posible pues, además de su mayor coste económico y complejidad, cabe que no se encuentre la localidad idónea a una distancia razonable; estas críticas nos parecen más acertadas que otras como aquella que alega la inconveniencia psicológica que observa una determinada población para admitir la carencia de medios que puedan contrarrestar los efectos de una publicidad «prejudicial» (LAFAVE, W.R. e ISRAEL, J.H. *Criminal procedure*, *op. cit.*, esp. p. 999). Por lo que atañe al procedimiento de selección del Jurado o técnica del *voir dire*, es evidente su escaso margen de fiabilidad como medio de asegurar la imparcialidad de los miembros del Jurado; lo mismo cabría decir de su «secuestro», amén de la dificultad económica y práctica de llevar a cabo tal medida.

186. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el canon 20 del Código profesional ético (deontológico) que, redactado también por la ABA, se refiere exclusivamente al gremio de los profesionales de la abogacía; así declara que «newspaper publications by a lawyer as to pending or anticipated litigation may interfere with a fair trial in the Courts and otherwise prejudice the due adminsitration of justice». Además, tal norma, a pesar de reconocérsele su valor estatutario, plantea el problema de su excesiva generalidad.

187. Así, por ejemplo, el Código procesal criminal del Estado de Tejas de 1966, en cuya sección 2.03 b) se determina que «it is the duty of the trial court, the attorney representing the accused and all peace officers to do so conduct themselves as to insure to the defendant a fair trial upon the presumption of innocence and at the same time afford the public the benefits of a free press».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sido objeto de modificación en ulteriores ediciones, adecuándose en cada período a la jurisprudencia emanada por el TS; mientras la primera edición de 1968 sigue fielmente las directrices de la jurisprudencia *Sheppard*, primando el derecho del imputado a un juicio justo, en la segunda revisión de 1979 la balanza comienza a inclinarse a favor del derecho/libertad de información, a raíz del caso *Nebraska Press Association*, alcanzando todavía mayor grado de defensa en la tercera edición de 1982 tras el supuesto *Richmond Newspapers v. Virginia* [188], en el que el TS reconoce el derecho de la prensa al acceso del proceso.

De este modo, en la Sección primera de este conjunto de recomendaciones dictadas por la ABA se aconseja con carácter general a los abogados que no realicen en los medios de comunicación declaraciones públicas sobre causas penales que pudieran comprometer la «limpieza» *(fairness)* del ulterior juicio [189]. La misma advertencia es hecha a los funcionarios y auxiliares de la Justicia en la Sección segunda [190]. Pero, por el contrario, la Sección tercera declara que, de no existir tal riesgo de lesión al derecho a un proceso justo, no habrá de impedirse a los *mass-media* el acceso a la información sobre dicha causa en trámite [191]. Por último, los *standards* siguientes de esta misma sección no hacen sino describir la conducta que deberá observarse en el transcurso del proceso penal cuando se tema fundadamente el peligro de una publicidad molesta [192].

Así pues y en resumen, la experiencia norteamericana, al igual que la inglesa se preocupa también por evitar la perjudicial incidencia de tal publicidad indirecta en la administración de justicia con relación a un

188. 448 US 555 (1980).

189. Según la última redacción, aprobada en 1991 por la *ABA House of Delegates*, «a lawyer should not make or authorize the making of an extrajudicial statement that a reasonable person would expect to be diseeminated by means of public communication if the lawyer knows or reasonably should knbow that it will have a substantial likelihood of prejudicing a criminal proceeding» (Standard 1.1 a).

190. «Court personnel should not disclose to any unauthorized person information relating a pending riminal case that is not part of the public records of the court and that may be prejudicial to the right of the prosecution or the defense to a fair trial, particularly with reference to information covered by a closure order issued pursuant to Standard 3.2» (Standard 2.2).

191. «Absent a clear and present danger to the fairness of a trial or other compelling interest, no rule of court or judicial order should be promulgated that prohibits representatives of the news media from broadcasting or publishing any information in their possession relating to a criminal case» (Standard 3.1).

192. Alude para ello a mecanismos como los enunciados anteriormente: traslado de la competencia territorial *(change of venue)*, selección de los miembros del Jurado *(voir dire)*, etc.

proceso pendiente. Sin embargo, a diferencia de ella, no sólo se evita una regulación legal sobre la institución del *contempt*, dada la previsión constitucional de la libertad de expresión en general [193], sino que, además, la jurisprudencia de este último país se interesa más por la protección del ciudadano sometido al proceso (imputado) que por el respeto del Tribunal en sí. Prueba de ello son las constantes afirmaciones que en este sentido realiza el Tribunal Supremo —por ejemplo, en el caso *Sheppard* comentado— y que derivan de variada jurisprudencia; se dice así, entre otras que «no es mucho pedir que el imputado, con su vida pendiente de un hilo, sea rodeado de una atmósfera limpia fuera de la invasión de los medios de comunicación» [194].

En Alemania, el principio de publicidad rige unicamente en la fase del juicio oral en sentido amplio *(Hauptverfahren)* y, más concretamente, durante el desarrollo de los debates *(Hauptverhandlung)* [195] como ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos. Recordamos, además, que en el proceso alemán no existe propiamente fase sumarial sino que el inicio del proceso penal tiene lugar mediante el llamado «procedimiento preparatorio» *(Vorverfahren)* de cuya tramitación se en-

193. La solución para este conflicto entre el derecho a la «limpieza» del proceso y la libertad de expresión puede llegar a ser diferente en ambos paises; como pode de relieve VARANO, «Inghilterra e gli ordinamenti ad dessa più vicini continuano a risolvere sostanzialmente in favore del primo, in contrasto con il diverso indirizzo ormai da tempo consolidato negli Stati Uniti, che privilegia invece decisamente il valore della libertà di espressione» («Libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 7.089).

194. *Irvin v. Dowd*, *cit.*, p. 728. Concretamente, en el caso *Sheppard* el Tribunal Supremo declara que «due process requires that the accussed receive a trial by an impartial jury free from outside influences» (p. 362), concluyendo así que las relaciones sostenidas por el anterior Tribunal de Distrito y los medios de comunicación causaron a Sheppard un gran perjuicio; de hecho, el proceso sufrido y destinado a probar su inocencia o culpabilidad había estado desprovisto de la «judicial serenity and clam to which (he) was entitled». Este último principio procede del caso *Estes v. Texas* —381 US Rep. 532 (1965)—, jurisprudencia utilizada como término de comparación para este supuesto; en efecto, el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de junio de 1965 ya mantuvo la necesidad de preservar la «atmósfera» idónea para garantizar un juicio justo *(fair trial)*, calificando a tal derecho como «the most fundamental of all freedoms» (p. 540).

Sin embargo, de tal sentencia no puede deducirse —como han pretendido algunos— una prohibición con carácter general de la presencia de los medios de comunicación en el juicio *(trial)*, máxime cuando en ulterior jurisprudencia el TS adopta el punto de vista contrario; así, por ejemplo, en el caso *Chandler v. Florida* [449 US 560 (1981)] en el desarrollo de cuyo juicio oral fué admitido el acceso de los mass-media incluso con oposición del acusado. Al respecto, véase LAFAVE, W.R. e ISRAEL, J.H. *Criminal procedure*, *op. cit.*, esp. pp. 1.006 y ss.

195. Véase, GÓMEZ COLOMER, J.L. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*, Barcelona 1985, esp. p. 53.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

carga actualmente el Ministerio Fiscal; se incluye aquí la averiguación del delito *(Ermittlungsverfahren)*, dirigida a preparar el posterior ejercicio de la acción pública, según señala expresamente el art. 160.1 StPO [196].

En todo caso, tampoco en esta fase rige el principio de publicidad procesal sino que éste unicamente tendrá lugar para la vista principal; sin embargo, la previsión en este sentido no se encuentra especificamente recogida en la Ordenanza procesal penal alemana sino de forma general en el parágrafo 169.1 GVG [197]. Pero ha de destacarse que el precepto citado, en su conjunto, garantiza también la «publicidad mediata o indirecta» *(mittelbare Öffentlichkeit)* [198], por cuanto permite el acceso a los medios de comunicación a la sala de vistas; sin embargo, para este caso, los límites impuestos a dicha publicidad son mayores ya que el art. 169.2 GVG se apresura a determinar claramente la prohibición de realizar grabaciones (radiófonicas y televisivas) y la realización de fotografias en la misma sala de juicios [199]. Constituye ésta una singularidad del ordenamiento jurídico alemán, dado que, por lo general, en los sistemas legislativos impera el silencio por lo que se refiere a la publicidad a través de los medios de comunicación. La actual regulación, fruto de una reforma de la Ordenanza procesal penal y Ley orgánica de los Tribunales alemanas realizada en 1964 [200], pone así fin a la cuantiosa polémica —doctrinal y jurisprudencial— existente al respecto [201].

196. «Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erfoschen».

197. «Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht, einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse ist öffentlich».

198. Así, ROXIN, C. *Strafverfahrensrecht*, 22.ª ed., München 1991, esp. p. 313.

199. «Ton —und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton— und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhalts sind unzulässig». No obstante, ha sido entendido que tal prohibición no afecta a la actividad informativa habitual, en la que se precisa para ciertas ocasiones la inclusión de fotografías; así, PFEIFFER, G. *Karlsruher kommentar zur Strafprozeßordung*, München 1967, esp. p. 1.832.

200. Art. 11.5 de la StPÄG (Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetsez) de 19 de diciembre de 1964.

201. En esta línea se había decantado ya con anterioridad Eberhard SCHMIDT quien, además, había puesto de relieve la disparidad jurisprudencial a este respecto («Öffentlichkeit...», *op.*cit, esp. pp. 87 y ss.). Así, por ejemplo, una sentencia de 8 de febrero de 1957 dictada por el BGH (BGHE 10, 202) había procedido a la anulación de una decisión del *Bayerische Oberste Landesgericht* (Bay.OL) de 18 de enero de 1956 (NJW 1956, pp. 390 y ss.) con base al art. 169 GVG por contemplar ésta última la posibilidad de que se permitieran las emisiones radiofónicas en el juicio, siempre que constara la

No obstante, también en este país se ha planteado en algunas ocasiones el conflicto entre la necesidad de excepcionar el principio de publicidad —especialmente, la mediata— durante el desarrollo del juicio oral y la libertad de expresión contemplada en el art. 5.1 GG [202]. A tenor de la jurisprudencia constitucional —y así se pronunció el BVerfG en una sentencia de 6 de febrero de 1979— tal limitación sólo sería posible a fin de «garantizar la protección de bienes jurídico-públicos de primer rango, detrás de los cuales se debe situar la información pública y el interés en su difusión» [203], siempre y cuando, claro está, entre estos bienes

aprobación judicial y no se lesionaran los intereses parciales; para el BGH, el art. 169 GVG, aún sin ser todavía introducido este segundo párrafo, contemplaba exclusivamente la publicidad directa o inmediata.

La concepción de ambos Tribunales alemanes es, a todas luces, diferente. Así, para el Bay.OL la publicidad procesal mediata y, en concreto, la admisibilidad del acceso de los medios de comunicación a la Sala durante el desarrollo del juicio oral ha de determinarse caso por caso; es decir, no es una cuestión «nicht allgemein bejaht oder verneint werden darf, sondern von Fall zu Fall entschieden werden muß». Para ello, ha de dilucidarse el conflicto entre dos intereses contrapuestos, cuales son, por un lado, la libertad de prensa e información que ha de presidir todo Estado democrático y por otro, la necesaria y correcta investigación judicial y, en definitiva, el evitar cualquier perjuicio al imputado. En el supuesto objeto de exámen, el OLG se decidió así por dar primacía al primero de los dos intereses, esto es, a la libertad de expresión y con ello, la publicidad procesal.

Por el contrario, el BGH considera que la única publicidad que ha de entenderse incluida a tenor de la referencia hecha en el anterior parágrafo 169 GVG es la publicidad directa o inmediata y por tanto, nunca podría comprenderse dentro de la misma la actividad desplegada por los medios de comunicación. A juicio del BGH, no en vano dicha publicidad diferida, si bien puede considerarse un reflejo de la primera *(Reflexwirkung)*, en absoluto ha sido prevista por el legislador, de ahí que no pueda tenerse en cuenta dentro del precepto comentado porque tampoco el legislador ha tenido en cuenta en la redacción del parágrafo 169 GVG los peligros derivados de la misma.

También ROXIN parece alabar la introducción de este segundo párrafo al art. 169 GVG (*Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, esp. p. 313) y con ello la limitación de la publicidad procesal mediata.

202. «Cada uno tendrá derecho a expresar y difundir su opinión por la palabra, el escrito y la imagen, y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantiza la libertad de prensa *(Pressefreiheit)* y la libertad de información a través de la radiofonía del cinematógrafo. No se podrá establecer la censura». Si bien en el segundo párrafo de este mismo artículo se establece que «estos derechos no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de los menores y el derecho al honor personal».

203. BVerfGE 50, 234 (241). Sin embargo, en esta sentencia el objeto de discusión no radica precisamente en el conflicto entre el derecho a un juicio justo y la libertad de expresión, sino en la correcta aplcación de la «policía de vistas» prevista en los art. 176 y 177 GVG; el TC alemán, para este caso concreto, considera desmedida la expulsión del representante del medio de comunicación afectado, por cuanto no había tenido lugar alteración alguna del orden público como es exigido a partir del art. 172.1

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

primarios de relevancia constitucional se encuentre igualmente protegida la «correcta ejecución del juicio oral» o, en suma, el derecho al debido proceso.

Nos interesa también y de forma particular, el ordenamiento jurídico francés; no en vano es el Código de Instrucción criminal de 1808 el que introduce en la Europa continental el sistema acusatorio formal o mixto[204], atribuyéndose por vez primera el control de la instrucción del proceso penal a los órganos jurisdiccionales[205]. En cuanto a la garantía de la publicidad procesal, pese a haber sido aumentado su campo de actuación en dicho Código mediante la reforma efectuada por la ley de 8 de diciembre de 1897, su protección va a ser mayor a partir de la actual legislación procesal penal; además la reforma de 1897 había incidido realmente en la publicidad «relativa» o principio de contradicción más que en la verdadera publicidad[206].

El principio de publicidad rige en Francia en su totalidad para la fase del juicio oral *(débat contradictoire)*; así, en términos similares a nuestra legislación procesal, el art. 306 *Code de Procédure pénale* declara que la vista es pública salvo que se cause perjuicio al orden público o moral[207]. Sin embargo, en rigor, dicha «totalidad» sólo puede afirmarse con relación a la publicidad directa o inmediata dado que, posteriormente, el art. 308 CPP prohibe el empleo de determinados medios de comunicación en la sala, tales como la radio y televisión[208]; excepcionalmente

GVG, regulador de las causas que justifican la imposición de limitaciones al principio de publicidad durante la tramitación del juicio oral.

204. Tampoco la legislación francesa es original en este aspecto pues copia el sistema inglés de distinguir el *jury* de acusación y el *jury* de juicio. Además, por lo que respecta al procedimiento preliminar de instrucción, fue tomado de la Ordenanza criminal francesa de 1670.

205. Ello ha sido objeto de abundantes críticas por los inconvenientes que reporta —por ejemplo, dilaciones, debilitamiento de la responsabilidad del Ministerio Público, posterior influencia en el juicio oral, etc.—, de ahí que tal participación judicial en esta primera fase haya sido suprimida en otros Códigos (así, el alemán como acabamos de ver). Sobre todo ello, GARRAUD, R. *Traité théorique et pratique...*, *op. cit.*, esp. pp. 5 y ss.

206. GARRAUD, R., *op. cit.*, esp. pp. 10 y ss. Así, se ha reconocido que, si bien el principio de contradicción no es afirmado desde un inicio, ha de entenderse presente a partir de la posterior legislación y modificación del propio código de procedimiento penal (STEFANI, G. y LEVASSEUR, G. *Procédure pénale*, Paris 1977 (10.ª ed.).

207. En estos casos se exige que el Tribunal decrete el secreto de las actuaciones mediante resolución motivada y dictada en audiencia pública.

208. «Dès l'ouverture de l'audiencie, l'emploi de tout appareil d'enregistrement ou de diffusion sonore, de caméra de télévision ou de cinéma, d'appareils photographiques, est interdit sous peine d'une amande de 300 F à 120.000 F».

podrá hacerse uso de los mismos si así lo decide el correspondiente Presidente del Tribunal en aras de su potestad discrecional[209].

En cualquier caso, todo lo contrario rige para la fase de instrucción *(procédure d'enquête et d'instruction)*: el art. 11 del mismo Código impone el secreto del sumario a cuya exigencia están obligadas todas las personas que participen en el proceso[210]. Parece, con ello, hacerse exclusiva referencia a la denominada «publicidad absoluta», verdadera publicidad a fin de cuentas y nunca respecto del imputado, asegurando así el respeto del principio de contradicción y derecho de defensa[211]. El citado artículo 11, en su segundo párrafo, alude también al secreto profesional, exigible al juez instructor, policía judicial, fiscal, secretario judicial y personal auxiliar, peritos e incluso intérpretes y asistentes sociales si su concurrencia fuera necesaria para el caso concreto. En cambio, en atención al propio significado de este secreto profesional, se ha dicho que carecen de tal obligación el imputado mismo, el actor civil, el tercero civilmente responsable, los testigos y, es más, los periodistas[212]. Mayores dudas se presentan con relación a los defensores del imputado o actor civil, pues, si bien están sujetos también al secreto profesional en virtud del art. 378 CP[213], el art. 41 del Decreto de 10 de abril de 1954 les exime de la posibilidad de lesionar tal secreto sumarial; parece que a tenor de las mismas excepciones previstas a este secreto sumarial, es más defendible la primera postura[214].

209. «Toutefois, le présidente de la cour d'assisses peut ordonner que les débats feront l'objet sous son contrôle d'un enregistrement sonore».

210. «Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines de l'article 378 du Code pénal». Al respecto consúltese, entre otros, SEFANI, G. y LEVESSEUR, G. *Procédure pénale*, Paris 1972, esp. pp. 382 y ss., y, en especial, LARGIER, J. «Le secret de l'instruction et l'art. 11 du Code de Procédure pénale», Revue de Science criminelle et Droit pénal comparé 1959, pp. 313 y ss.

211. En este sentido, LARGUIER, J. «Le secret de l'instruction...», *op. cit.*, esp. p. 314.

212. *Vid. supra*, p. 316. Así también, STEFANI, G. y LEVASSEUR, G. *Procédure pénale*, *op. cit.*, esp. p. 382.

213. Aún cuando dicho precepto parece referirse de modo particular al secreto médico, prevé, no obstante, una cláusula dirigida a «toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonction temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige, ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à 6 mois et d'une amende». Es obvio que dentro de tales personas que por razón de su oficio están obligadas a guardar secreto profesional se encuentra también la figura del abogado.

214. Tal es el argumento utilizado por LARGUIER, en tanto en cuanto el mismo art.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

No obstante, esta obligación tampoco es absoluta sino que, según LARGUIER [215], caben excepciones a dicho deber de guardar secreto por las personas citadas durante el desarrollo del sumario. En primer lugar, la previsión legal en este sentido; así, se cita como ejemplo, la Ley de Prensa de 29 de julio de 1881, en sus art. 38, 39 bis y 39 ter, si bien establece como regla general la prohibición para los medios de comunicación de publicar los datos procedentes del proceso penal hasta que no se haya dictado sentencia [216], no obstante permite la aparición en prensa de hechos amparados en el secreto sumarial a fin de obtener mayores informaciones y debido a las necesidades de investigación (siempre previa autorización) [217]. En segundo lugar, también el estado de necesidad justificaría el desconocimiento del secreto sumarial, bien en interés de la víctima, del obligado al secreto profesional o de un tercero.

En último lugar y más discutible y peligrosa, sería la relevación de dicho secreto sumarial en atención a la propia costumbre, en la que se suelen apoyar los medios de comunicación social para hacer uso de su libertad de información. En opinión del autor, ha de ponerse límites al mismo pues da lugar a no pocos abusos. De este modo, aunque no ha de entenderse al art. 11 CPP como «un obstáculo brutal y ciego contra la libertad de información» [218], sí tiene su razón de ser y de ahí que haya de compatibilizarse con la legislación penal existente al respecto; cabrá así el ejercicio de la libertad de información siempre que no sea *contra legem* [219].

11.1 CPP recoge como excepción de dicho secreto el atentado a los derechos de la defensa («Le secret...», *op. cit.*, esp. p. 317).

215. *Op. cit.*, esp. pp. 319 y ss.

216. Art. 38.1 que expresamente prescribe: «Il es interdit de publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été ius en audence publique, et ce, sous peine d'une amende de 180 F à 15000 F». Aún más; el art. 38 ter. 1 señala que «dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appreil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit. Le president fait procéder à la saisie de tout appareil et du support de la parole ou de l'image utilisés en violation de cette interdiction». Por su parte, los artículos 39 bis y 39 ter prohiben de forma específica la publicidad mediata en determinados supuestos en que intervienen menores de 18 años.

217. Art. 39 ter. 3. Ello ha sido fuertemente criticado; entre otros, GARRAUD, R. *Traité théorique et pratique...*, *op. cit.*, esp. p. 17.

218. LARGUIER, J. «Le secret...», *op. cit.*, esp. p. 322.

219. *Vid. supra*, citándose como un ejemplo de publicidad contra *legem* aquella relativa a menores, dado que existe la prohibición expresa del art. 14 de la Ord. de 2 de febrero de 1945 (p. 323). Por esta razón, el periodista, si bien posee la libertad de investigar y publicar, está no obstante también sujeto a la ley penal en igualdad de condiciones a los demás ciudadanos; así, COUSTEAUX, G. y LÓPEZ TERRES, P. «Le droit à

Ha sido además previsto en este país la posibilidad de que la propia Fiscalía, a través del oportuno comunicado, haga cesar la propagación de rumores insuficientemente fundados; así ocurre a partir de la Circular interministerial (Ministerios de Justicia, Interior y Defensa) de fecha de 27 de noviembre de 1959, completada por otra de 22 de abril de 1985, esta vez dictada por la Dirección de Asuntos criminales dependiente del Ministerio de Justicia. Incluso se ha pretendido justificar legalmente esta práctica de origen reglamentario con base al art. 12 de la citada Ley de 29 de julio de 1881 que prevé el derecho de rectificación para cualquier autoridad pública cuyos actos hubieran sido incorrectamente reflejados por la prensa [220].

Así pues, ha de entenderse vigente la prohibición dirigida a los medios de comunicación de violar dicho secreto sumarial *contra legem*; por esta razón, y dado que carecen de la obligación de guardar secreto profesional, la publicidad de éstos estará permitida siempre que no sea ilícita, esto es, que tenga lugar a través de sus propios recursos [221] y siempre que respete los límites derivados de la ley de prensa de 29 de julio de 1881, descritos en el art. 38; en este precepto —recordamos— se establece con carácter general la prohibición de publicar «los actos de acusación y cualquier otro procedente de un proceso penal o disciplinario *(correctionnel)*» [222].

En el proceso penal italiano, la publicidad procesal se encuentra garantizada también en cuanto medio de control por la sociedad de la administración de la justicia [223], pero solo para la segunda fase o *dibattimento*: así, el art. 471 del nuevo *Codice di Procedura penale* [224] establece la publicidad para la *udienza*, bajo pena de nulidad, estando, no obstante, la mis-

l'information et le procès pénal en droit français», PJ, n.º especial XI, pp. 151 y ss., esp. p. 153.

220. «Le directeur de la publication est tenu d'insérer gratuitement en tête du plus prochain numéro du journal ou écrit périodique, toutes les rectifications qui lui seront adressées par un dépositaire de l'autorité publique, au sujet des actes de sa fonction qui auront été inexactement rapporté par ledit journal ou écrit périodique... En cas de contravention, le gérant sera puni d'une amende de 36.000 F à 360.000 F». Al respecto, COUSTEAUX, G. y LÓPEZ TERRES, P., *op. cit.*, esp. p. 157.

221. *Vid. supra*, esp. p. 153.

222. Véase el comentario a dicho precepto así como a los siguientes realizado por TOULEMON, A., GRELARD, M. y PATIN, J. *Code de la presse*, 2.ª ed., Paris 1964, esp. pp. 199 y ss.

223. Así, MARCONI, M. *Diritto processuale penale (Il nuovo rito penale)*, Napoli 1991, esp. p. 53.

224. Decreto Ley n.º 271, de 28 de julio de 1988, sin duda modelo fundamental para nuestro nuevo proceso penal.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ma sujeta a ciertas condiciones allí enumeradas[225]. En cambio la equivalente a nuestra fase sumarial, denominada de *indagini preliminari*[226], es secreta con base a la expresa declaración del art. 329, secreto además reforzado mediante la previsión del art. 114, ambos del mismo Código.

Tradicionalmente, en la doctrina italiana y a partir de PISAPIA[227], se ha venido distinguiendo el llamado «secreto interno» del «secreto externo»; mientras el primero, configurador del verdadero secreto sumarial[228], se traduce en la imposición de «límites a la cognoscibilidad de determinados actos procesales», el externo se concreta en la expresa «prohibición de publicación de determinados actos procesales»[229]. A esta definición responden así los mencionados art. 329 y 114: mientras el primero alude a este llamado secreto interno, por cuanto impone la obligación del secreto de los actos que constituyen la instrucción, el art. 114 atiende al «externo», excluyendo explícitamente cualquier tipo de publicidad mediante prensa u otro medio de difusión (publicidad mediata).

Así, el art. 329.1 CPP previene que «los actos de las investigaciones realizadas por el Ministerio Público y la policía judicial serán secretas, para el imputado y cualquier otro, hasta la conclusión de la fase sumarial». A tenor de lo dicho, ha de ponerse en relación, pues, el concepto de secreto interno con el de publicidad relativa, ya que también la publicidad se excluye para las partes del proceso durante este primer momento; no existe, pues, respeto del principio de contradicción tampoco aún cuando dicho secreto no podrá, claro está, excederse más allá de la conclusión de dichas investigaciones[230].

225. Por ejemplo, el art. 471.2 impide la entrada a la sala de los menores de 18 años y los que se encuentren en estado de embriaguez.

226. Tradicionalmente se ha distinguido entre la *istruttoria preliminare*, atribuida a la policía judicial, la *istruttoria formale*, a desarrollar por el Pretor o Ministerio Público y la *istruttoria sommaria* dependiente del órgano jurisdiccional instructor; a la naturaleza de cada una de ellas alude, por ejemplo, PISAPIA, G.D. «Premesse allo studio del segreto istruttorio nel processo penale», Rivista italiana di diritto e procedura penale 1959, pp. 1.148 y ss., esp. pp. 1.150 y ss. Sin embargo, en el nuevo Código y a partir de la redacción de los art. 326 y 327, el Ministerio Público se ha convertido en el verdadero «señor» de la investigación preliminar, en expresión de DE RUGGIERO, L. «La fase delle indagini preliminari», *Il nuovo processo penale*, Milano 1991, pp. 43 y ss., esp. p. 55.

227. Quien modifica no obstante su criterio a lo largo de su obra; véase esta evolución en CONCAS, L. *La garanzia penale...*, *op. cit.*, esp. pp. 67 y ss. Así también, SENTIS MELENDO, S. en su comentario a *Il secreto istruttorio nel processo penale* de G. Domenico Pisapia (Milano 1960), publicado en RDProc. 1965, pp. 171 y ss., esp. p. 172.

228. PISAPIA, G.D. *Il secretto istruttorio...*, *op. cit.*, esp. pp. 43 y ss.

229. PISAPIA, G.D. «Premesse...», *op. cit.*, esp. p. 1.173.

230. En este sentido, VARELA CASTRO, L. «Proceso penal...», *op. cit.*, esp. p. 39, quien también realiza un análisis comparado de los distintos ordenamientos jurídicos.

En lógica consecuencia, este precepto impone también la obligación de no difundir las actuaciones realizadas por el Ministerio fiscal o policía judicial hasta sean ya conocidas por el imputado o éste tenga el derecho a ello; pero en lugar de encontrarse una descripción detallada en función de las distintas categorías de sujetos obligados a este secreto, como se venía haciendo en el anterior art. 307 (al igual que en el actual Código francés), hoy día se parte de un criterio objetivo que impone tal deber a todos[231]. Por esta razón, no podrá ser aplicada en todos los supuestos la sanción recogida en el art. 326 CP, ya que ésta sólo se refiere al denominado *segreto d'ufficio*, que incumbe al funcionario público pero no, por ejemplo, al letrado[232].

En cambio, el mandato del art. 114.1 CPP impone la prohibición de publicar aquellos actos revestidos de secreto en general, especificando en el apartado siguiente que esta publicación también se dirige a las actuaciones integrantes de la fase de investigación preliminar[233]. Supone, pues, una novedad en este sentido la específica exclusión de dicha publicidad mediata cuando en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se omite tal referencia pese a su trascendencia; precisamente con ello se intenta evitar el inicio de una segunda instrucción (además «ilustrada»)[234]

231. Así, DUBOLINO, P., BAGLIONE, T. y BARTOLINI, F. *Il nuovo Codice di Procedura penale*, 2.ª ed., Piacenza 1990, esp. p. 598, con base en la directiva 71.3 de la Ley de Bases. No obstante, para un estudio comparado entre la regulación del secreto sumarial en ambos Códigos de Procedimiento penal italianos de 1930 y 1988, consúltese GIOSTRA, G. *Processo penale...*, *op. cit.*, esp. pp. 59 y ss.; precisamente, la segunda parte de su obra se dedica al examen independiente de cada uno de estos códigos, justificando el autor tal división en la existencia de un contexto procesal diferente para cada uno de ellos (mientras en la regulación de 1930 es mantenida como tal la fase de sumario, en el nuevo código de 1988 solamente puede hablarse, a lo sumo, de instrucción o investigación a cargo del Ministerio Público; vid. esp. p. 62).

232. *Vid. supra*, p. 599.

233. «1. E vietata la pubblicazione, anche parziale o per riassunto, con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, degli atti coperti dal segreto o anche solo del loro contenuto. 2. E vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari o'ero fino al termine dell'udienza preliminare». Precisamente, la redacción de este segundo apartado se nos hace un tanto incomprensible puesto que amplia esta prohibición de publicidad mediata también a los actos sumariales respecto de los cuales no se halla declarado el secreto, cuando, como acabamos de ver, el secreto se extiende a la totalidad de los actos de investigación preliminar.

234. Así, CARNELUTTI, F. «La pubblicità del processo penale», Rivista di diritto processuale 1955, pp. 1 y ss, esp. p. 6.

También en este país se ha planteado la pugna entre esta prohibición de publicar en aras del interés de la Justicia y la libertad de expresión contemplada en el art. 21 de la Constitución italiana, fundamentalmente durante la vigencia del anterior código de 1930

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

llevada a cabo por la prensa, televisión, radio, etc., o lo que antes hemos denominado «juicio paralelo».

Pero aún más extraña la regulación en un articulado distinto de esta publicidad absoluta, única alusión que además dedica este Código a la fase sumarial. Tal distinción se ha querido justificar en la diversa finalidad de uno y otro tipo de publicidad o, mejor dicho, secreto; así se ha defendido que, mientras el secreto interno del art. 329 CPP asegura el éxito de la investigación, el secreto externo del art. 114 persigue otros objetivos. Entre estos últimos, podrían encontrarse aquellos enunciadas por CARNELUTTI [235]: el respeto al imputado y, muy especialmente, al Juez, en aras de procurarle esa serenidad y tranquilidad ya mencionadas.

Por último y antes de entrar a estudiar el secreto sumarial en nuestra legislación vigente, queremos mencionar al menos la regulación del principio de publicidad procesal en el país vecino que podría además exponerse como modelo de especifidad y concisión. Así, el art. 86 del *Código de processo penal* [236] establece en su apartado primero que «el proceso penal será público, bajo pena de nulidad, a partir de la decisión instructoria y, si ésta no tuviera lugar, a partir del momento en que ya no pudiera instarse, rigiendo hasta entonces el secreto de la justicia». En armonía con los restantes sistemas jurídicos europeos, se consagra la regla general del secreto tanto para la fase de *inquerito* o investigación dirigida por el Ministerio Público como para la propiamente jurisdiccional o de *instruçao*.

En el apartado siguiente se indica el contenido de esta publicidad que incluye no sólo la asistencia del público en general a las actuaciones judiciales sino también la reproducción de dichas actuaciones por los medios de comunicación social, además de permitirse la consulta de los

(recuérdese, por ejemplo, la sentencia de la *Corte Costituzionale* n.º 25, de 14 de abril de 1965 y la n.º 18, de 10 de febrero de 1981, ambas citadas); de ahí, sin duda, la introducción de una norma de este tipo en el nuevo código de 1988. Sobre ello, más ampliamente, GIOSTRA, G. *Processo penale...*, *op. cit.*, esp. pp. 65 y ss., quien, precisamente, resuelve el conflicto entre la primacía del derecho a un juicio justo y la libertad de información aplicando una máxima de carácter económico como es la «utilidad marginal del sacrificio», proponiendo así que tenga lugar el menor sacrificio posible de esta última a cambio del mayor beneficio del primero; pese a todo, este autor considera que la tutela de este derecho al debido proceso en detrimento de la tradicional libertad de expresión es excesiva (vid. esp. p. 119).

235. *Vid. supra*, esp. pp. 7 y ss., entendiendo que si «il rispetto all'imputato e al condannato è cosa che interessa profondamente la giustizia... il rispetto al giudice importa assai più».

236. Promulgado por Decreto Ley 78/87, de 17 de febrero. Al respecto, una breve reseña de VARELA CASTRO, L. «Proceso penal...», *op. cit.*, esp. p. 40.

autos y la obtención de las copias y certificados oportunos [237]. Se alude de este modo a la publicidad en su conjunto, publicidad inmediata o directa y publicidad mediata o indirecta, dedicándose además a ambas los dos preceptos posteriores: el art. 87 prevé el derecho de asistencia de cualquier persona a las vistas —normalmente—, enumerándose a continuación los supuestos en que esta publicidad será excluida [238], mientras que el art. 88 se dirige a los medios de comunicación social, autorizándoles para reproducir, de forma general, cualquier acto procesal considerado como público, aún cuando se enumera una amplia serie de limitaciones [239] a esta publicidad cuya contravención se penaliza como «desobediencia simple» [240].

2. *Examen desde nuestra LECr*

En efecto, para nuestro proceso penal por delitos más graves también rige como regla general el secreto en la primera fase de «instrucción» o «sumario», a tenor de la prescripción hecha en los art. 301 y 302 LECrim. [241], mientras que obliga al principio de publicidad absoluta en la segunda o «juicio oral» con las excepciones del art. 680.

Haciendo un inciso, recordemos que en el proyecto constitucional se

237. Para este supuesto, tiene logicamente lugar la publicidad relativa pues, a tenor de los art. 89 y 90, la consulta de los autos sólo se autoriza a las partes del proceso y, en todo caso, a un tercero que justifique un interés legítimo.

238. Aquellos en los que intervengan «factos ou circunstâncias concretas que façam presumir que a publicidade causaria grave daño à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal decurso do acto» (art. 87.2) o «em caso de processo por crime sexual que tenha por ofendido um menor de dezasseis anos» (art. 87.3). En todo caso, tal exclusión de publicidad se refiere a la publicidad absoluta o con relación a terceros pero no para las partes o personas otras cuya asistencia se requera por motivos profesionales, consecuencia ésta que, si bien es lógica, se preocupa el Código portugués de precisarla.

239. Entre ellas se recoge, precisamente, la prohibición de reproducir actos o documentos procesales pertenecientes a procesos pendientes, salvo que conste autorización expresa para ello; suponemos que en absoluto se tratan de actos pertenecientes a la fase de investigación o sumario pues para ellos ya ha sido decretado, con carácter general y sin excepción alguna, el secreto según lo dispuesto en el art. 86.1.

240. El delito de desobediencia se encuentra tipificado en el art. 388 del Código penal portugués, como aquella conducta consistente en «faltar à obediência devida a ordem ou mandato legítimo que tenham sido regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente será punido com prisõ até un ano e multa até 30 días. A mesma pena será aplicada se uma outra disposição legal cominar a pena de desobediência simples».

241. Reproducidos —en lo esencial— en la Ley Procesal Militar, LO 2/1989, de 13 de abril (art. 147 y 154)

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pensó consagrar tal excepción en el inicial art. 110.2 CE («las actuaciones judiciales serán públicas, salvo el secreto de la investigación sumarial») [242], si bien la referencia fue posteriormente suprimida en el informe de la Ponencia que da nueva redacción al citado precepto aceptándose la enmienda n.º 779 propuesta por UCD y «al entender que las excepciones a la publicidad deben contenerse con carácter general en las leyes de procedimiento» [243].

Se ha criticado en nuestro país, no sin acierto, la escasez normativa existente así como la confusión en gran medida entre «publicidad» y «publicabilidad» [244], acaso más técnicamente reconducible a la ausencia de previsión de publicidad mediata. En verdad, se echa en falta una más específica regulación delimitando (o prohibiendo en este caso) el acceso de los medios de comunicación social a las causas penales que sólo ha sido objeto de ciertas Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Así, la Circular de 2 de enero de 1899, firmada por SÁNCHEZ ROMÁN [245], pese a reconocer los beneficios reportados por la prensa en cuanto «elemento de gobierno y baluarte de las libertades públicas», no duda en censurar la excesiva tolerancia en que se ha incurrido autorizando todo tipo de abusos por parte de ésta. Existe, pues, una determinada prensa interesada en instruir un «segundo sumario», «ya con datos que la infidelidad de algun funcionario proporciona, ya con rumores recogidos donde la suerte los depara, ó ya con referencias más o menos gratuitas que, hábilmente exornadas con los recursos de la imaginación y las galas de estilo, sirven de atractivo á la credulidad de las gentes, siquiera las más juiciosas y discretas admitan la posibilidad de que asisten a la lectura de una novela». En este sentido, poco importa que las noticias diferidas sean verdaderas o falsas: «si las noticias son verdaderas, se burlan las previsiones y desvelos de la justicia, proporcionando armas á los culpables para frustrar los más rectos propósitos de la investigación y esterilizar los procedimientos; si son falsas, se extravía la opinión en menoscabo de la moral y en posible desprestigio de los Tribunales». Enuncia así como comportamientos reprobables «que la prensa forme, con respecto a determinados delitos, un sumario al lado del que instruye el Juez; que dé referencias minuciosas de testigos y diligencias; anuncie las que se van a practicar; y adelante juicios acerca de las pruebas y de las personas que en la causa intervienen»; todos ellos provocan «un mal muy grave y de consecuencias deplorables: pero, además, constituye una evidente ilegalidad».

242. Anteproyecto de Constitución, BOC de 5 de enero de 1978.
243. *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, t. I, Cortes Generales, Madrid 1980, p. 568.
244. Véase, VARELA CASTRO, L. «Proceso penal...», *op. cit.*, esp. p. 40.
245. Gaceta de Madrid de 22 de enero de 1899, núm. 22.

También la circular de 28 de julio de 1928 [246], aunque de una forma bastante más breve, denuncia el daño que puede ocasionar el quebranto del secreto sumarial por la prensa, dada la enorme difusión que la caracteriza; igualmente expone que, no pocas veces, «la difusión por medio de la prensa de las actuaciones judiciales degenera en crítica de las mismas, en contiendas apasionadas sobre su utilidad y discusiones sobre su procedencia, con las que nada gana la instrucción sumarial, perdiéndose en cambio, mucha de la utilidad que ha de reportar a los fines de la Justicia la observancia de los preceptos legales». De ahí la especial labor que encomienda al Ministerio Fiscal para que, «en cumplimiento de la Ley,... vele con todo cuidado y diligencia porque el secreto del sumario no se quebrante».

Examinemos desde lo expuesto los dos preceptos que la LECrim dedica al secreto sumarial.

El art. 301 LECrim —cuyo contenido deriva íntegramente de la Compilación general de 16 de octubre de 1879— acoge una previsión general del secreto sumarial hasta la apertura del juicio oral en plena armonía con la vigencia del sistema inquisitivo para esta primera fase del proceso penal español; sin lugar a dudas, tal «reserva» al principio de publicidad en absoluto sería posible en un sistema acusatorio puro [247]. No obstante, se trata de una excepción legal que no impide la publicidad en nuestro proceso penal, pues, como ha sido dicho, entraría dentro del conjunto de aquellas «excepciones que prevean las leyes de procedimiento» (art. 120.1 CE).

En el mismo precepto se establece un régimen de responsabilidades en el que incurren aquellos que violen el secreto sumarial que abarca: al abogado o procurador de cualquiera de las partes, a cualquier otra persona distinta de las anteriores o a funcionario público. Mientras en los dos primeros casos estamos ante una corrección disciplinaria acordada por el mismo Juez, traducible en la imposición de una multa calificable de simbólica [248], en el último ya se trata de una pena declarada en forma, con-

246. Memoria de 1928, de la Fiscalía del Tribunal Supremo.
247. En esta línea, AGUILERA DE PAZ, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. III, Madrid 1924, esp. p. 236.
248. Las cuantías originales de 50 y 500 pts. fueron elevadas a 250 y 2.500 ptas. por Ley de 14 de abril de 1955. Lamentablemente, su actualización no ha sido prevista en la reciente LO 10/92, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

secuencia lógica dada la comisión de una falta de mayor gravedad en razón de su oficio[249].

De esta manera, si bien es clara la mayor penalización de la revelación del secreto sumarial efectuada por un funcionario público y de ahí que su falta incurra en el supuesto delictivo tipificado en el hoy art. 367 CP[250], en cambio resulta más extraña la comparación entre la infracción cometida por el abogado o procurador y aquella debida a un sujeto particular. Coincidimos así con AGUILERA[251] en señalar que en el primer caso el deber del secreto es tanto más vinculante cuanto se halla ligado a su profesión; no en vano estamos ante un supuesto del llamado secreto «profesional» que de modo alguno puede exigirse al ciudadano particular. De igual forma, aún cuando surgieron, en un inicio, opiniones que daban una interpretación distinta según se tratara de la defensa de la parte acusadora o de la del acusado, hay que decir que tal diferenciación carece de sentido pues los efectos de dicha revelación del secreto sumarial son idénticos en ambos casos[252]; además, la ley es bastante precisa en este punto, ya que alude al abogado o procurador de «cualquiera de las partes».

Tratándose de desconocimiento del secreto sumarial por funcionario, su aplicación se extiende, en palabras de la Circular de la Fiscalía del TS de 1928, ya citada a «todos aquellos funcionarios públicos que tengan conocimiento del secreto sumarial (y el que) debieran guardar por razón de su oficio, ya sea como Autoridad o funcionario auxiliar encargado de la instrucción del sumario o de alguna de sus diligencias, ya en concepto de Agente de la Policía judicial, o ya con cualquier otro carácter público, pues a todos ellos alcanza el concepto de funcionario público»[253].

249. Así lo recuerda también la Circular de 28 de julio de 1928 sobre el secreto sumarial, ya citada.

250. Anteriormente y en la fecha en que la mención al mismo fue hecha por la Circular arriba citada se trataba del art. 378 CP. No obstante, la anterior pena de suspensión de funciones en sus grados mínimo y medio además de la multa de 125 a 1.250 ptas. (caso de no producirse daño a la causa pública pues de existir el mismo tendría lugar la inhabilitación especial y prisión correcional en sus grados medio y máximo) recogida en el art. 378 CP no ha sufrido grandes cambios; hoy día —recordamos— el art. 367 CP impone igualmente la pena de suspensión, aunque no se especifica grado, así como multa de 100.000 a 200.000 ptas. o bien pena de prisión menor e inhabilitación especial cuando la revelación causara daño público.

251. *Comentarios...*, *op. cit.*, esp. p. 245.

252. *Vid. supra*, Idem, esp. p. 247.

253. Para el caso de la Policía Judicial dicha obligación de guardar secreto se entiende deducible a partir del art. 15 del RD 769/1987, de 19 de junio que impone a los miembros de la misma «la rigurosa reserva sobre la evolución y resultado de las concretas investigaciones que les hubieren sido encomendadas, así como de todas las informaciones que, a través de ellas, obtengan» y de forma general, del art. 5.5 LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, indicándose bajo la denominación de secreto profesional que «deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones». En esta línea, VARELA CASTRO, L. «Proceso penal...», *op. cit.*, esp. p. 41.

Cabe también incluir aquí —a juicio del mismo autor— al Ministerio Fiscal, dado el obligado respeto al secreto del sumario que le exige el art. 4.5 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal regulado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre. consideramos, por nuestra parte, que para éste la exigencia del respeto del secreto sumarial es aún mayor dada la misión que le encomienda la Circular de 1928 de «velar por el cumplimiento del art. 301 LECrim».

254. Sentencia de 22 de mayo de 1990.

255. Así, el art. 185 establece que también las partes del proceso, junto con sus abogados y auxiliares de éstos, además de los peritos y testigos, están obligados a respetar el secreto del sumario.

256. » Tenues par excellence au secret de l'instruction, les magistrats, les avocats et tous ceux qui se trouvent en pareil cas, indépendamment de sanctions pénales, à des mesures disciplinaires qui s'expliquent par leur profession. Les 'parties', elles, ne font que participer à la procédure en qualité de justiciables; elles se situent donc en dehors de la sphère disciplinaire de la justice. Comme l'article 185 concerne virtuellement la population tout entière, l'infraction qu'il definit, et qu'il assortit d'une sanction punitive, revêt un caractère 'pénal' au regard du deuxième critère» (§ 33).

257. Al menos sobre el concepto de revelación, se cuenta desde hace tiempo con

Ciertamente, en el art. 301 no existe previsión alguna acerca del incumplimiento del deber de guardar secreto por las partes del proceso; por esta razón pudiera llegarse a creer que estarían excluidas del conocimiento del mismo, deducción desechable a partir de la lectura del posterior art. 302 LECrim. De ahí que pueda configurarse al art. 301 como genuina norma del secreto sumarial, al excluirse el conocimiento de sus diligencias por cualquier tercero ajeno al proceso (público); esto es, excepciona la publicidad absoluta.

En este sentido, sólo hemos encontrado una mención interesante en la jurisprudencia del TEDH; concretamente en el caso *Weber*[254] en que se ataca la penalización de informaciones relativas al sumario por el propio encausado al abrigo del Código de procedimiento penal de *Vaduz*[255]. El Tribunal europeo interpreta la sanción penal impuesta al demandante como motivo suficiente para entender aplicable el art. 6.1 del Convenio, por tanto, revestida de carácter penal y no disciplinario[256]. De seguirse así esta jurisprudencia europea, las partes del proceso podrían ser en su caso sancionadas con una pena similar a la de los funcionarios públicos y no mediante meras correcciones disciplinarias como cualquier particular.

Lógicamente y a tenor de la prescripción legal hecha, ha de tratarse siempre de una «revelación indebida»[257], aún cuando el art. 301 LECrim

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

no determina qué ha de entenderse por tal. Desde el contexto normativo, cabría calificar de «indebida» toda revelación que perjudique la finalidad y objetivo del sumario[258] puesto que, precisamente, dicha prohibición de revelar el secreto sumarial —y, en esencia, la imposición del mismo— exigida a dichos sujetos jurídicos se ha hecho con motivo de evitar su frustración.

No es más explícito este precepto en cuanto a los medios de inobservancia del secreto o, mejor dicho, tipos de publicidad que resultan de esta conducta; se echa así en falta la mención, por ejemplo, de la llamada publicidad mediata o aquella que tiene lugar a través de los medios de comunicación social. Pese a la ausencia de previsión expresa en este sentido, ha de entenderse claramente incluida dentro de este art. 301, y ello en cuanto constituye el supuesto primordial de infracción del secreto sumarial respecto de terceros al ser dificilmente imaginable una publicidad inmediata o directa por la propia naturaleza de la fase sumarial; es más, ya se hizo expresa mención a ella desde un principio como se evidencia en las citadas Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899 y 1928 que recuerdan a la prensa su obligación también de prestar el debido respeto al secreto sumarial[259].

Pero además, la jurisprudencia constitucional más relevante dedicada a la interpretación de este art. 301 LECrim tiene como origen precisamente un conflicto entre el respeto del secreto sumarial y el derecho a la información: nos referimos, en concreto, a la STC 13/1985, de 31 de enero, objeto de varios comentarios doctrinales[260]. Se resuelve un recurso

la obra de MIQUELT Y RUBERT, I. «De la revelación», RGLJ 1855, t. VI, pp. 160 y ss., quien hace un comentario de la misma desde la perspectiva penal.

258. Según se deduce de la Exposición de Motivos de la LECrim, el sumario persigue, en suma, corregir la inicial desigualdad de la que parte el Estado acusador en la represión del delito con relación al imputado —presunto culpable— y el «secreto» en que cometió su delito; así, AGUILERA DE PAZ, E. *Comentarios..., op. cit.*, p. 246. Recordamos a este respecto la interpretación propuesta a partir del texto constitucional en conformidad con el del art. 6 CEDH, cual es la preservación de la independencia judicial y a la que más arriba hemos hecho referencia.

259. Así por ejemplo, la Circular de 1899 advierte a la prensa que «ni ha recibido del Estado la misión de formar sumarios, ni la de admitir pruebas, ni la de juzgar delitos ni delincuentes de modo anticipado durante la investigación sumarial, ni menos estimar las necesidades de la indagación distinguiendo lo que es indiferente o perjudicial que se divulgue, ya que sólo puede apreciarlo debidamene el Juez instructor; para todo lo cual, además de carecer la prensa de autorización, le faltan los medios adecuados y las demás garantías que ofrece la administración de justicia».

260. Entre ellos y de forma particular, DE LA OLIVA SANTOS, A. «Cuatro sentencias del Tribunal Constitucional sobre temas procesales: juez legal, pruebas obtenidas ilícitamente, legitimación en lo contencioso-administrativo y secreto de sumario», Boletín

de amparo interpuesto por una editorial de prensa contra las resoluciones judiciales que limitan el derecho de la entidad demandante a publicar cierto reportaje gráfico adquirido en el curso de una investigación sumarial, hecho que para la parte recurrente supone una vulneración del derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz» recogido por el art. 20.1 d) CE.

En su sentencia, el TC principia con la exigibilidad de motivar las resoluciones jurisdiccionales[261], garantía procesal básica que es tanto más precisa cuando se trata de la limitación o restricción de un derecho fundamental como en el caso concreto. A continuación, agrega otro requisito también aquí incumplido, cual es que la adopción de las medidas limitadoras se repute necesaria para el fin perseguido (proporcionalidad)[262]. A juicio del constitucional, aquí «se adoptaron sin haber considerado en ningun momento el objeto mismo sobre el que recayó la prohibición, no habiendo reclamado el Juez las fotografías de cuya publicación se seguirían, sin embargo, y según su razonamiento posterior, daños no especificados en el interés de la justicia»[263]. Por ello califica esta conducta del Juez instructor como lesiva del derecho de información afectado, que constituye un aspecto de la libertad de expresión; además rechazable por cuanto el afirmado interés de la justicia para vetar la publicación es dificilmente sostenible cuando el Juez instructor ni reclamó ni examinó las fotografías objeto de la prohibición[264].

Desde aquí el TC elabora su propia doctrina sobre el secreto sumarial del art. 301 LECrim que constituye una gran aportación a la doctrina general del secreto de sumario[265]. Pone así de relieve el Juez de las Leyes la excepcionalidad del secreto sumarial dentro de la vigencia del principio de publicidad (si bien el secreto para el sumario constituye

del Ilustre colegio de Abogados de Madrid 1985, pp. 17 y ss., esp. pp. 37 y ss.; ESPÍN TEMPLADO, E. «Secreto sumarial y libertad de información», RJC 1986, pp. 421 y ss.; y JIMÉNEZ AGUIRRE, J.M. «Libertad de información y secreto sumarial», RGD 1986, pp. 4.953 y ss. A ellos haremos oportuna referencia.

261. En este sentido, PEDRAZ PENALVA, E. «Motivación y Control de las Resoluciones Jurisdiccioales», Revista de Ciencias jurídicas (El Salvador) 1992, pp. 31 y ss., esp. pp. 57 y ss.

262. Requisitos ambos enunciados en la STC 62/1982, *cit.* , esp. FJ 2.º y 5.

263. FJ 2.º.

264. Así, ESPÍN TEMPLADO, E. «Secreto sumarial...», *op. cit.*, esp. p. 428.

265. En opinión de DE LA OLIVA SANTOS, el razonamiento aquí empleado poco aporta al caso concreto («Cuatro sentencias...», *op. cit.*, esp. p. 41). Curiosamente, ESPÍN TEMPLADO defiende la postura contraria, argumentando que la *ratio decidendi* de la sentencia comentada radica en este FJ 3.º mientras del anterior podría haberse prescindido («Secreto sumarial...», *op. cit.*, esp. pp. 429 y ss.).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

también la regla general), excepcionalidad que se justifica en la protección de «otro bien constitucionalmente relevante» pero desde «la congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho valor así garantizado»[266]. Afirma que el valor a alcanzar por medio del secreto del sumario es «una segura represión del delito». Considera igualmente que dado que el secreto sumarial no se encuentra previsto especificamente en el texto constitucional, ha de seguirse respecto de dicho concepto una interpretación estricta.

Peculiaridad de la sentencia comentada es también la distinción —a veces confusa— entre los hechos objeto de las diligencias e investigaciones sumariales y aquellas actuaciones judiciales que constituyen especificamente el sumario; así, respecto de los primeros el derecho de información es ilimitado. Pero este derecho ilimitado a la información —y aquí el TC relaciona el art. 301.1 con el art. 301.2 definiendo en parte el concepto de «revelación indebida»— no ha de implicar violación del secreto sumarial; en suma, ha de responder a un acceso legítimo a la información, «en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar (no) haya sido obtenido ilegitimamente, quebrando el secreto mismo del sumario, esto es, en la medida en que (no) se esté ante lo que llama la ley procesal misma (art. 301) una revelación indebida». Concluye así el Tribunal que no existió aquí vulneración del secreto sumarial y sí en cambio del derecho a la información por las resoluciones impugnadas, debido a que «las fotografías se realizaron antes de que dieran comienzo las actuaciones sumariales, se obtuvieron directamente sobre el lugar donde acaecieron los hechos sin transgredirse para obtener la información ninguna otra norma o derecho y, desde luego, no fueron extraidas del sumario, ni para su obtención se utilizó información alguna que constara en un sumario ni siquiera abierto en el momento de su realización».

En esta sentencia constitucional, más alabada que criticada por procesalistas y constitucionalistas[267], se echa en falta la mención a la jurisprudencia europea y en particular, al caso *Sunday Times*, máxime cuanto, además de ser introducida en las alegaciones de la parte demandante, el TC ha adoptado la misma postura. A nuestro juicio, es más desafortunado su recurso a la justificación legal de la LECrim (la segura represión

266. FJ 3.º y último.

267. Entre otros, por ejemplo, el propio DE LA OLIVA SANTOS, A. «Cuatro sentencias...», *op. cit.*, esp. p. 43, si bien reconoce al amparo ya «perfectamente inútil... en el plano material, pues las fotografías habían quedado sin publicar y... escaso interés tendría publicarlas al cabo de tanto tiempo» y JIMÉNEZ AGUIRRE, J.M. «Libertad de información...», *op. cit.*, esp. 4.953.

del delito) para fundar la limitación de la publicidad, desconociendo otro de mayor categoría, dada su procedencia constitucional, precisamente utilizado por el Tribunal europeo en la jurisprudencia citada: nos referimos a ese perjuicio a los intereses de la Justicia al que se alude el art. 6.1 CEDH.

Centrándonos ahora en el análisis del segundo de los preceptos reguladores del secreto sumarial, a la vista parece difícil de conciliar su primer apartado con el anterior art. 301 LECrim. Creemos que la compatibilidad entre ambos sólo es factible dese la perspectiva de la propia clasificación del principio de publicidad. Entendemos así que, mientras el art. 301 LECr atiende a la publicidad que hemos denominado absoluta y presupone el desconocimiento del secreto sumarial por terceros ajenos al proceso (público), el art. 302 LECrim. en cambio se dirige a la llamada publicidad relativa[268], por cuanto con posterioridad va a preocuparse de establecer las excepciones a este conocimiento del secreto sumarial por las partes del proceso. Así y en sentido estricto, sólo el primero de los dos preceptos restringe el principio de publicidad mientras que el segundo atiende en realidad al principio de contradicción o audiencia bilateral.

El art. 302 LECrim, en su redacción original —recordamos— excluía sin paliativos, como regla general, también esta publicidad (relativa) para las partes del proceso, rigiendo para ello como límite máximo el período de dos meses y permitiendo, no obstante, la excepcionalidad de dicho secreto para las partes acusadora y acusada mediante la oportuna autorización judicial; aún con todo, tal facultad de apertura del sumario para las partes del proceso suponía una novedad con relación a la legislación anterior donde el secreto del sumario era total y absoluto[269]. Pero ya desde un inicio se levantaron abundantes críticas contra estas restricciones al principio de contradicción o audiencia bilateral, de ahí que el Ministerio de Justicia dictara en esos años las ordenes oportunas a fin de intentar reducir, al menos, el margen temporal concedido y con ello atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la ausencia de dicha «publicidad relativa»; esta fué la intención de las Ordenes de 1906[270] y 1932[271].

268. De la misma opinión, PECES MORATE, J. «Publicidad...», *op. cit.*, esp. p. 52 y también, como inmediatamente veremos, la jurisprudencia del TC.

269. Así lo pone de relieve AGUILERA DE PAZ, E. *Comentarios...*, *op. cit.*, esp. p. 252, en referencia a las leyes de 15 de septiembre de 1870 y 22 de diciembre de 1872.

270. Real Orden de 10 de septiembre de 1906, encomendando al Ministerio Fiscal, entre otras misiones, que «transcurridos los dos meses después de dictado el auto de pro-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Por Ley 53/1978, de 4 de diciembre, de manera especial dirigida a potenciar el derecho de defensa, se modifica este art. 302 dándole la redacción actual. Para la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo n. 8/1978, de 30 de diciembre, «la orientación de la reforma se centra en la aproximación de nuestro proceso penal al sistema acusatorio puro mediante la implantación de un equilibrio de facultades entre las partes —acusadora y acusada— desde los momentos iniciales de la instrucción». Por ello y en relación con el secreto sumarial, éste «ha sido tan atenuado en la nueva redacción del artículo 302 que realmente, para las partes, lo excepcional es el secreto»[272]. Incide, pues, en la excepcionalidad del secreto sumarial para las partes del proceso recordando las condiciones en que podrá decretarse el mismo: la exigencia de que se trate de un delito público y de que no sobrepase el plazo de un mes.

Precisamente, este último extremo y la posibilidad de prorrogar el mismo ha sido y es el punto mas controvertido dentro de la interpretación del art. 302 LECrim. Para el intento de solucionar dicho extremo y para el análisis del conjunto de este precepto acudimos, una vez más, a la jurisprudencia de nuestro TC.

Es así la STC 176/88, de 4 de octubre, la más relevante en este sentido, por entrar de lleno en el exámen del art. 302; objeto de impugnación lo constituía, precisamente, la prórroga del secreto sumarial para las partes personadas. El TC, tras aducir la constitucionalidad de las limitaciones al principio de publicidad a alguna fase del proceso penal —posibilidad que reconoce también la jurisprudencia del TEDH y los textos internacionales ya mencionados—, declara que «el derecho que tienen las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es tan sólo manifes-

cesamiento, cuide de amparar y hacer efectivo, sino lo impidiere causa justificadísima, el derecho que asiste al procesado para conocer el sumario e instar su pronta terminación».

271. Real Orden de 21 de marzo de 1932 que, en el mismo sentido, encargaba a las Salas de Gobierno de las anteriores Audiencias Territoriales y las Juntas de Gobierno de las Audiencias Provinciales el exámen mensual de las causas que sufrían retrasos así como la adopción de «medidas generales necesarias para su pronta terminación». Con la misma finalidad y también en este año, el Ministerio de la Marina dicta la Orden n.º 68, de 14 de marzo de 1932, dirigida a los Jueces instructores de la Marina.

272. No obstante, y como recuerda la misma circular, se exceptúa de dicha intervención parcial la declaración de testigos que, en atención al art. 435 LECrim carente de modificación alguna, habrá de recibirse «separada y secretamente a presencia del Juez Instructor y del Secretario» pudiendo sólo *a posteriori* las partes tomar conocimiento del acta de la declaración (por tanto, publicidad sólo pasiva).

tación del derecho de defensa del justiciable»; en consecuencia, el secreto de sumario decretado en virtud del art. 302 «puede entrañar una vulneración del citado derecho de defensa, pero en nada afecta al derecho a un proceso público que al propio justiciable garantiza la Constitución» (FJ 2.º).

Considerando que, de forma general, el principio afectado por la facultad del art. 302 LECrim sería el de contradicción y/o audiencia bilateral[273], a ello se une que, en puridad, no existe violación del principio de publicidad alguna, cuyo concepto lo hemos reservado, en sentido estricto, para la publicidad absoluta, en cuanto relacionada con los terceros ajenos al proceso. De este modo, el TC examina la lesión aducida desde otra perspectiva distinta a la de la publicidad, si bien utiliza los mismos criterios que justifican la limitación de nuestro principio, criterios que justamente se echaron en falta en la anterior sentencia 13/1985. En efecto, aquí se menciona expresamente como motivo de la limitación legalmente prevista «la protección del valor constitucional de la justicia» y no, como en el caso anterior, la finalidad del sumario recogida en el art. 299 LECrim. Con base en este parámetro, el Tribunal considera que «el tiempo de duración del secreto del sumario no es dato relevante en orden a apreciar el resultado de indefensión, ya que éste depende no del plazo en que se mantenga el secreto, sino de la ausencia de justificación razonable del mismo» (FJ 3.º).

La solución, pues, a la que llega nuestro TC de permitir la prórroga del secreto sumarial «siempre que ello resulte estrictamente necesario a las exigencias de la instrucción» y a fin de proteger el valor contitucional del interés de la justicia que es el que justifica dicho secreto sumarial[274], ha sido profundamente criticada[275]. Con razón se ha dicho que el plazo máximo de un mes dispuesto por el legislador constituye un «tope

273. El derecho de defensa se encuentra, en cambio, expresamente previsto en el art. 118 LECrim.

274. FJ 4.º De este modo, «el secreto de sumario, inicalmente acordado por un mes, encuentra plena justificación constitucional en la necesidad de asegurar la investigación de la verdad de los hechos, exigida por el interés de la justicia penal, y que su prórroga por veinte días es igualmente conforme con la Constitución, y compatible con el derecho de defensa de la recurrente» (FJ 5.º).

275. También merece criticarse, ya desde otro punto de vista, la denominación que el TC emplea de «pruebas sumariales» (por ejemplo, en el FJ 2.º) en lugar de «diligencias sumariales», máxime cuando el propio Tribunal ha declarado desde su sentencia 31/1981, de 28 de julio, que «únicamente pueden considerarse auténticas pruebas... aquellas a las que se refiere el art. 741 LECrim, esto es, las practicadas en el juicio oral» (STC 137/88, de 7 de julio, FJ 2.º).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

infranqueable» y, pese a la justificación de la prórroga del mismo con base a la necesidad de garantía de un importante valor constitucional como puede ser la justicia, ha de ser en todo caso el mismo legislador el que decida con carácter general acerca de la posibilidad de esta prórroga[276], posibilidad hasta ahora ausente del actual art. 302; las restricciones a este principio de contradicción (o defensa para el TC) han de poseer una base legal y no jurisprudencial como pretende el constitucional, por muy justificada y motivada que se encuentre la sentencia[277].

La interpretación constitucional del contenido del art. 302 LECrim como configurador del derecho de defensa, se sucede en resoluciones posteriores; así, por ejemplo, en el ATC 860/1987, de 8 de julio, en que es igualmente objeto de impugnación la prórroga del secreto sumarial, aunque el TC inadmite el recurso de amparo por entender que no ha tenido lugar la exigida indefensión. También en la STC 66/1989, de 17 de abril, se alude a la constitucionalidad de esta restricción al derecho de defensa impuesta por el art. 302 LECrim y en el mismo sentido, el ATC 123/1989, de 13 de marzo, si bien en este caso el TC se refiere a la aplicación del principio de publicidad (entendemos, claro está, relativa).

En resumen, pues, dentro de nuestro ordenamiento procesal penal es el art. 301 LECrim el regulador del verdadero secreto sumarial entendido como limitación al principio de publicidad procesal; ello es lógico si consideramos también que la verdadera publicidad procesal es la absoluta, es decir aquella que impide a los terceros o público el acceso al proceso. Por tanto rige como regla general el secreto del sumario para los terceros (art. 301) y como supuesto excepcional este mismo secreto para las partes del proceso (art. 302), amparados en la protección de un bien constitucionalmente relevante como es la garantía de la justicia y su correcta impartición.

Por último, hemos de recordar que ambos preceptos, aún expresamente previstos para el proceso penal ordinario, encuentran también aplicación en el abreviado a tenor de la expresa remisión que efectúa el art. 789.4 LECrim; a fin de cuentas y así lo entiende el TC[278], la finalidad

276. En esta línea, GONZÁLEZ CUÉLLAR, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid 1990, esp. p. 96, concluyendo que la STC 176/1988 supone un ejemplo de la aplicación del principio de proporcionalidad en contraposición al de legalidad.

277. Así, PECES MORATE, J. «Publicidad...», *op. cit.*, esp. p. 53, si bien reconoce que habrá de respetarse la interpretación constitucional a tenor de lo prescrito en el art. 5.1 LOPJ.

278. STC 186/1990, de 15 de noviembre, esp. FJ 4.º A).

de las diligencias previas del art. 789.2 es la misma que las de las sumariales, siendo el art. 789.3 un reflejo del anterior art. 299, pese a que, a diferencia de estas últimas, no sean de obligatoria tramitación[279]. Con la nueva redacción del art. 789 se pretende, quizás, evitar las incertidumbres que la naturaleza secreta o no de tales diligencias provocaba con relación a los anteriores procedimientos de urgencia entonces vigente; ello motivó consultas a la Fiscalía del Tribunal Supremo, como la n. 3/1971, de 20 de abril, en la que ya se predicó la aplicación del art. 301 también para estos procedimientos[280].

IV. CONCLUSIÓN

Podemos decir, en conclusión, que la publicidad es necesaria al propio fin del proceso; sirve así como instrumento de control de la administración de la justicia por el pueblo. Mediante el acceso de los terceros al proceso, verdadero contenido del principio de publicidad, se pretende lograr la propia transparencia de éste. Lo contrario además, influyendo negativamente en la consideración del proceso, provocaría el desinterés del pueblo en la administración de la justicia. Finalidad no obstante cuestionada por PEDRAZ[281] desde el vigente esoterismo legal, desviada además por su corrupción en propaganda y en elemento de espectáculo con fines espúreos.

Sin embargo, desde su previsión como principio procesal de carácter político y constitucional ha de ponerse en equilibrio con otros bienes jurídica y constitucionalmente relevantes; por este motivo, deberá llevarse a cabo su proporcionada limitación aún respecto de toda una fase del proceso.

Así ocurre para el proceso penal con el secreto de sumario, secreto

279. Por razones de espacio y entendiendo que las referencias generales para ambos procesos ya han sido realizadas, no entramos en la consideración especial del principio de publicidad en el procedimiento abreviado remitiéndonos a otros estudios sobre ello realizados; así, por todos, ESCUSOL BARRA, E. *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento abreviado (LO 7/1989 de 28 de diciembre)*, Madrid 1990, esp. pp. 47 y ss.

280. Declara así la Fiscalía en la consulta citada que «las diligencias previas son secretas, porque las prescripciones del artículo 301, no han sido derogadas ni modificadas e integran la fase de instrucción del procedimiento penal, que es inquisitivo y secreto, hasta el juicio oral»; de lo contrario, «un criterio permisivo que facilite la publicidad de las actuaciones practicadas quebranta el secreto de la investigación del delito a practicar por estos distintos Juzgados».

281. «Notas...», *op. cit.*, esp. p. 220 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que, por oposición a publicidad, se convierte además en esta primera fase instructoria en regla general, dentro del más puro sistema inquisitivo. Pero el freno a la publicidad, en especial de la que tiene lugar a través de los medios de comunicación social (publicidad mediata), es singularmente exigible. Se trata, con este secreto, de proteger el éxito de las investigaciones sumariales en interés de una buena administración de la justicia y, en último extremo, la autoridad e imparcialidad (en suma, independencia) del órgano jurisdiccional en la línea descrita por el art. 6.1 CEDH; sin lugar a dudas, el juzgador precisa de un mínimo de tranquilidad y serenidad de espíritu al que dudosamente contribuye la publicidad mediata.

Más también es verdad que, en ocasiones, la conducta de los medios de comunicación ha servido para desenmascarar conductas ilícitas y delictivas; recuérdese, sin ir más lejos, el caso de los GAL o del síndrome tóxico. Es por esta razón que ha sido dicho, no sin acierto, que «la publicidad durante el sumario ha servido para mantener el temple de la actuación judicial» [282]. Pero no en pocas ocasiones, el periodista se ha interesado en mayor grado por la simple persecución de la noticia y la avidez del público, explotando el morbo de los lectores, que en ofrecer la veracidad de sus afirmaciones y la propia objetividad de la noticia. Por este motivo, ha sido propuesto que «los propios jueces ofreciesen la publicidad conveniente sobre hechos y actuaciones, no estricta ni necesariamente reservadas» [283].

Sin embargo, la línea totalmente contraria ha sido la mantenida por el Consejo General del Poder Judicial en cuyo Acuerdo de 5 de noviembre de 1986 critica «la actitud de diversos jueces y magistrados que, en medios de comunicación estatales y privados, realizan manifestaciones en relación con materias sometidas a su potestad jurisdiccional» y les recomienda «prudencia y discreción» así como «la eliminación de tales actitudes y manifestaciones públicas»; al mismo tiempo les impone el deber de «abstenerse de formular declaraciones públicas en relación con materias o asuntos sometidos a su decisión jurisdiccional». En su lugar, el Consejo busca la puesta en marcha de Servicios u Oficinas de Información [284] «con objeto de garantizar a todos los ciudadanos esa información veraz».

282. PECES MORATE, J. «Publicidad...», *op. cit.*, esp. p. 54.

283. *Vid. supra.*

284. Esta es también la propuesta efectuada desde la Oficina de Prensa del CGPJ; así ZURITA PINILLA, A. «Administración de Justicia y Oficinas de Prensa», Actualidad

Este acuerdo ha sufrido numerosas críticas hasta el punto de pasar a denominarse por los medios de comunicación «la ley del silencio» pero tiene a nuestro juicio el acierto de recordar a Jueces y Fiscales la obligación impuesta por el art. 301 LECrim de no revelar el secreto sumarial [285]. Creemos que tampoco una actitud de este tipo por parte de los órganos jurisdiccionales contradice la vigencia del principio de publicidad en el proceso, por cuanto ésta será posible para los medios de comunicación siempre que no derive del incumplimiento de los sujetos obligados por el anterior precepto a guardar el secreto sumarial; esta es además la jurisprudencia predicada por la STC 31/1985.

Precisamente, el actual Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se reforma la vigente LOPJ prevé como novedad la inclusión, dentro del régimen disciplinario de Jueces y Magistrados, de la revelación del secreto profesional, tipificada como falta muy grave (art. 417.11) o grave (art. 418.7) en función de que los hechos o datos revelados sean o no trascendentes y causen un perjuicio grave o no a la tramitación del proceso o a cualquier otra persona [286]. No obstante las críticas vertidas sobre la existencia o inexistencia de este deber de «secreto profesional» para Jueces y Magistrados, consideramos que éste sería un primer paso en la futura regulación de los límites a la publicidad procesal; pero también creemos que podría aprovecharse esta oportunidad para hacer referencia a este mismo deber de secreto por parte de otros sujetos jurídicos y profesionales [287].

jurídica Aranzadi de 23 de abril de 1992, n.º 50, p. 2. En otros países como en Estados Unidos, la canalización de la información judicial tiene lugar a partir de otros medios de comunicación social, por ejemplo a través de la televisión; tal cometido lo llevan a cabo las cadenas CBS mediante su programa *Veredict y la Courtroom Television Network* (noticia corroborada por el diario «El País» de 14 de julio de 1991).

285. A la misma solución parece haberse llegado últimamente en el acuerdo logrado por las tres asociaciones judiciales el 2 de noviembre de 1993 y cuyo texto figura en el anteproyecto de LOPJ presentado por el actual Ministerio de Justicia; de este modo, se incluye en el capítulo de faltas graves cometidas por jueces y magistrados «revelar hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones con *perjuicio para la tramitación del proceso o para cualquier persona*» (Noticia recogida por el diario El País, el 18 de noviembre de 1993).

286. Así, el futuro art. 417.11 tipifica como *falta muy grave* «el incumplimiento del deber de secreto profesional con la revelación de hechos o datos *trascendentes* relacionados con los asuntos de que conozcan los Jueces y Magistrados en el ejercicio de su función cuando con ello se cause un *grave* perjuicio a la tramitación del proceso o a cualquier persona», mientras que se tendrá por *falta grave* a tenor del art. 418.7 «el revelar hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones, con perjuicio para la tramitación del proceso o para cualquier persona» (El subrayado es nuestro).

287. Ambas críticas, junto con otras, se recogen en el voto particular discrepante

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Además y dentro de esta misma línea, el pleno del Consejo General del Poder Judicial, en un reciente Acuerdo de fecha de 14 de diciembre de 1993, si bien reconoce a los medios de comunicación social un interés legítimo de acceso a las resoluciones jurisdiccionales en los términos que previene el art. 266.1 LOPJ, declara que tal publicidad no ha de estar, sin embargo, exenta de condiciones. En efecto, el Consejo ya no sólo recuerda que el primer requisito de este derecho a la información se traduce en la exigencia de veracidad en los términos predicados por la jurisprudencia constitucional[288], sino que, aún cumplido éste, aconseja a los órganos jurisdiccionales la imposición de las limitaciones necesarias a tal «criterio general de publicidad de las actuaciones y resoluciones judiciales» en aras de preservar los derechos reconocidos en el art. 18 CE y haciendo aplicación del art.232.2 LOPJ[289].

Por ello, estimando adecuada la regulación del secreto sumarial vigente, echamos sin embargo en falta una especial incidencia de la misma en la denominada publicidad mediata[290] o acceso de los medios de comunicación a las fuentes del sumario por los motivos anteriormente expuestos. Si bien no pretendemos una específica legislación del *contempt of court* como en el área de los paises anglosajonas[291], si quizás sería aconsejable seguir el camino iniciado por el Código procesal penal portugués, diferenciando claramente la publicidad directa o inmediata de la indirecta o mediata, estableciendo los límites oportunos a ambas. Por último consideramos como única y última justificación de dichas limitaciones a la publicidad procesal, la exigencia de un juicio justo o *fair justice*, en aras de garantizar la independencia judicial, finalidad constitucionalizada a partir de la lectura de los textos constitucionales.

Es por este cúmulo de causas —y con ello concluimos nuestra exposición—, por lo que, junto con Eberhard SCHMIDT y también en este punto con PEDRAZ, defendemos para el proceso: publicidad, si pero propaganda no. De esta forma y en aras de esta regular impartición de la justicia es sólo justificable el todavía vigente secreto sumarial como «mal» necesario.

presentado el 16 de diciembre de 1993 por Diez Argal, W., Manzanares Samaniego, J.L., Mariscal de Gante y Mirón, M. y De la Oliva Santos, A. en relación con el Informe emitido por el CGPJ. Como pone de relieve PEDRAZ, «el secreto profesional de los informadores/comunicadores formaría parte del derecho constitucional del art. 20.1 d) CE» (PEDRAZ PENALVA, E. *Apuntes sobre la prueba pericial en el proceso penal. Particular consideración de la pericia psiquiátrica*, pendiente de publicación, nota n.º 167.

288. Por todas y recientemente, la sentencia 336/1993, *cit.*, en la que el TC declara que «a los profesionales de la información incumbe el 'deber de comprobación razonable de la veracidad de la información', pues al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia 'también asume personalmente su veracidad o inveracidad'», reconociendo además que «el derecho que corresponde a los lectores, en el caso de la prensa, a recibir una información veraz» (FJ 7.º B). Sin embargo, en este supuesto concreto objeto de la sentencia comentada, el recurrente en amparo no se trataba de un profesional de la información sino de un particular pero dada la «inveracidad» del contenido de su información se declara asímismo responsable al Director del diario; ello nos recuerda, pues, a la legislación británica sobre *contempt of court* (*vid. supra*, p. 31 *in fine*).

289. No obstante, este Acuerdo del pleno del Consejo ha tenido rápida respuesta por parte de los representantes de los medios de comunicación que, junto con cierto número de expertos juristas nacionales e internacionales, han firmado un comunicado en el que recuerdan que «es función y derecho de la prensa transmitir al público información y comentarios acerca de la Administración de justicia, lo que incluye información y comentarios acerca de asuntos antes, durante y después de la celebración del juicio sin vulnerar la presunción de inocencia» y sin estar sujetos a ninguna restricción especial (noticia obtenida del diario «El País» de 22 de enero de 1994). Dado que ya no se propone exclusivamente de la transmisión de información del *después* del juicio como prevé el Consejo, se hace más que nunca necesaria la imposición de límites a la publicidad con base ya no sólo en el art. 18 CE sino en el derecho al debido proceso o proceso «con todas las garantías» del art. 24 CE, justificación a la que dedicamos este trabajo.

290. Cuya única referencia actualmente se encuentra, con carácter particular, en el art. 15 de la citada LO de Juzgados de Menores de 11 de junio de 1992 (*vid. supra*, nota n.º 118).

291. No en vano, la institución del *contempt* es consustancial al «tipismo» del ordenamiento jurídico anglosajón y a la tradición de *common law*, en cuanto derivada del origen jurisdiccional de este país; además, dicha institución no sería sólo impensable en nuestro actual sistema jurídico sino asimismo peligrosa. En esta línea, VARANO, V. «Libertà di espressione...», *op. cit.*, esp. p. 724.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA PRUEBA EN LOS JUICIOS VERBAL Y DE COGNICION TRAS LA REFORMA PROCESAL DE 1992

JAVIER ORAÁ GONZÁLEZ
Magistrado Juez
Juzgado de Primera Instancia n.º 4
Valladolid

SUMARIO:

I. Introducción. Alcance de la reforma. — II. La prueba en la primera instancia. Los problemas del término extraordinario. — III: La prueba en la segunda instancia. Algunos aspectos dudosos: 1. ¿Quién puede proponer prueba en la segunda instancia?; 2. ¿Qué clase de diligencias probatorias cabe solicitar?; 3. ¿Cómo ha de articularse la ejecución de la prueba? — IV. Un último apunte.

I. INTRODUCCIÓN. ALCANCE DE LA REFORMA

Entre las numerosas novedades introducidas en el orden jurisdiccional civil por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, destacan particularmente las referidas al juicio verbal y al juicio de cognición. Y ello es así no sólo por la amplitud de la reforma en la regulación de uno y otro sino por la proyección que ambos tienen en el panorama procedimental español. Así, conviene recordar, pri-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mero, que el juicio verbal ha sido uno de los preferidos por el legislador en sus últimas reformas para la sustanciación de controversias de muy diversa índole [1]; en segundo término, no debe olvidarse que el nuevo régimen de la apelación establecido en los artículos 732 y ss. LEC es aplicable tanto a los juicios verbales en sentido estricto como a los procesos, distintos de los anteriores, que deban seguirse por los trámites del juicio verbal [2]. Por lo que respecta al juicio de cognición, aparte de la incidencia que pueda tener el nuevo límite cuantitativo —hoy se decidirán por él todas las cuestiones cuya cuantía exceda de 80.000 ptas. sin pasar de 800.000 ptas.—, ha pasado aquél a ser el juicio tipo en materia arrendaticia urbana, de suerte que se ha superado la situación, fuente en buena medida también de confusión, que determinaba el procedimiento a seguir en función del órgano judicial competente (fruto ello lógicamente de un momento histórico en el que eran dos las clases de juzgados con competencias para conocer, en primer grado, de asuntos litigiosos de esta naturaleza).

Como probablemente no podía ser de otro modo, mucha ha sido la atención despertada en la doctrina por la Ley 10/1992, unas veces con trabajos de carácter más o menos general y tono expositivo y otras con especial dedicación a aspectos muy concretos de la misma [3]. El propósito

1. Así, se ha optado por el juicio verbal en la L.O. 2/1984, de 26 de marzo, por la que se regula el ejercicio del derecho de rectificación (artículo 6), en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (artículo 39.3 para la formalización judicial del arbitraje) y en la L.O. 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, en lo referido al llamado juicio verbal del automóvil, es decir, el relativo a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos de motor (Disposición Adicional Primera, 1). El otro procedimiento que goza del favor del legislador es el juicio de menor cuantía, que es el seguido por la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes (artículo 125), la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas (artículo 40), la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (artículo 29 para las controversias derivadas de la publicidad ilícita), el Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (artículo 119, regulador de las acciones de impugnación de acuerdos sociales) y la Ley 2/1991, de 10 de enero, sobre competencia desleal (artículo 22).

2. A título de ejemplo, se sustancian en nuestro ordenamiento por los trámites del juicio verbal los desahucios de la legislación común y los desahucios por falta de pago de la renta, regulados en la legislación especial tanto urbana como rústica, los interdictos, la justicia gratuita o el juicio de alimentos provisionales.

3. Sin pretender exhaustividad alguna, cabe citar los trabajos de Manuel Serra Domínguez, *Notas en torno al anteproyecto de Ley de medidas urgentes de reforma procesal,* Justicia 92, número I, páginas 7 y ss.; Miguel Cid Cebrián, *La reforma del procedimiento civil,* Actualidad Jurídica Aranzadi, 6 agosto 1992, páginas 1 ss.; Francisco Javier Pérez-Olleros, *Reformas introducidas en el orden procesal civil por la Ley 10/92, de 30 de abril,* Boletín de Información del Ministerio de Justicia, número 1.636, páginas 153 y

de este trabajo, en línea con la segunda de las tendencias que se acaban de reflejar, es el de abordar algunos aspectos muy puntuales en torno a la prueba en los juicios verbal y de cognición.

II. La prueba en la primera instancia. Los problemas del término extraordinario

En lo tocante a la primera instancia, apenas hay que reseñar una novedad digna de interés. En efecto, en un intento de aumentar las garantías para practicar la prueba y flexibilizar la actuación de los juzgados, el grupo parlamentario de la Minoría Catalana introdujo una enmienda que, para el juicio de cognición, amplió de diez a veinte días el término ordinario de prueba. Así las cosas, cabe concluir que la situación normativa en la materia es la siguiente: en el juicio verbal, el término ordinario de prueba no podrá exceder de doce días (artículo 730.3 LEC), ajustándose el término extraordinario a lo dispuesto en los artículos 555 y ss. de la ley procesal, esto es, limitado a si hubiere de ejecutarse alguna diligencia probatoria «fuera del territorio nacional», supuesto éste en que la propia Ley 10/1992 ha ampliado los plazos a cuatro y seis meses según hayan de practicarse en Europa o en cualquier otra parte del mundo (artículo 556 LEC); en el juicio de cognición, por su parte, el plazo de duración del término ordinario se ha ampliado hasta un máximo de veinte días (artículo 55 del Decreto de noviembre de 1952), previéndose excepcionalmente, «sólo en casos muy justificados», un término extraordinario que no podrá rebasar los treinta días para llevar a cabo la prueba que haya de practicarse «fuera del lugar del juicio».

En suma, pues, y como datos llamativos cabe apuntar:

a) Pese a que en uno y otro caso se utiliza por el legislador la misma expresión «término extraordinario», ésta no tiene para el juicio verbal y para el de cognición igual significado, limitándose en el primero a

ss.; Jaime de Lamo, *El nuevo régimen de la apelación en los juicios verbal civil y de cognición,* Boletín de Información del Ministerio de Justicia, número 1.639, páginas 82 y ss.; María Pía Calderón, *El juicio de cognición tras la Ley de Medidas Urgentes de reforma Procesal,* Revista General de Derecho, números 577-578, páginas 9.925 y ss.; y Juan Montero Aroca, *Las medidas urgentes de reforma procesal civil en la Ley 10/1992, de 30 de abril,* Revista General de Derecho, número 582, páginas 1.673 y ss.; José Antonio Martín Martín, *Anotaciones relativas a las reformas introducidas en los procesos civiles por la Ley 10/1992 de 30 de abril,* Actualidad Civil, número 32 de 1993, páginas 555 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pruebas que hayan de practicarse «fuera de España» y refiriéndose el segundo a diligencias a ejecutar «fuera de la sede del órgano judicial».

b) En consecuencia, no es conforme a derecho, por más que resulte conveniente y a veces imprescindible, la práctica de algunos juzgados de otorgar en el juicio verbal un término extraordinario de treinta días para cumplimiento de exhortos y diligenciado de despachos. Aún cuando no satisfactoria y obviamente contraria a la agilidad que se pretende imprimir a este proceso, la única solución posible para el caso de que se hayan propuesto pruebas que deben ejecutarse fuera del lugar del juicio pero dentro de España es la utilización por parte del Juez de las facultades del artículo 340 LEC.

c) En la misma dirección, aunque en sentido opuesto, las normas procesales reguladoras de la prueba que ha de practicarse en el extranjero, es decir, los artículos 555 y ss. LEC, no son aplicables al juicio de cognición, y ello nuevamente pese a reputarse mejor, de lege ferenda, la solución contraria. Efectivamente, en base al conocido aforismo «ubi lex non distinguit nec nos debemus distinguire» no parece haber razones que justifiquen un entendimiento diferenciado de la expresión «fuera del lugar del juicio» a que se refiere el artículo 56 del Decreto de 1952 y que, en definitiva, permitan distinguir entre fuera de la sede del Juzgado pero dentro de España y fuera no sólo del lugar del juicio sino también del propio territorio nacional. De igual modo, hay que poner de manifiesto que el Decreto regulador del juicio de cognición, a diferencia de lo establecido para el menor cuantía (artículo 698 LEC) y para el verbal (artículo 730.3 LEC), no contiene una específica norma de remisión a los artículos 555 y ss. de la ley procesal.

Este caso, por lo demás, ofrece la singularidad de no poderse remediar por la vía de las diligencias para mejor proveer del artículo 340 LEC y ello porque el artículo 59 del Decreto, no afectado por la reforma, fija un plazo no superior a diez días para la ejecución de aquéllas, plazo claramente insuficiente según ha entendido el propio legislador de 1992 al ampliar en uno y dos meses, respectivamente, el término extraordinario de prueba —término que hasta entonces era de tres y cuatro meses—.

Con objeto de evitar los problemas expuestos y, al tiempo, de garantizar al máximo el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, hoy de rango constitucional, se postula como parecer puramente personal la introducción en el ámbito de los juicios verbales y de cognición del régimen procedimental probatorio del juicio de menor cuantía, es decir, de un término ordinario de veinte días para la práctica de la prueba

(artículo 696 LEC), susceptible de ampliación por diez días más si alguna de las pruebas no pudiese razonablemente ejecutarse dentro de aquél (artículo 697 LEC), y de un término extraordinario, reservándose esta denominación para él, en los mismos términos contemplados por los artículos 555 y ss. LEC.

III. La prueba en la segunda instancia. Algunos aspectos dudosos

Por lo que se refiere a la segunda instancia, el alcance de la reforma ha sido mucho mayor, pudiendo destacarse como rasgos principales el de haberse simplificado el sistema y el de haberse configurado un régimen único e igual, con algunos matices, para las dos clases de juicio que son objeto de consideración. Aun cuando no se trata lógicamente de exponer de forma detallada el sistema anterior, hoy ya no aplicable, sí resulta conveniente apuntar sus líneas básicas con objeto de captar la magnitud de la reforma. Empezando por el juicio verbal, hay que recordar que interpuesta la apelación, por escrito o por comparecencia, el juzgado a quo, una vez admitida aquélla, remitía los autos al órgano superior previo emplazamiento de las partes. Personado en tiempo el apelante, el órgano ad quem convocaba a las partes a una comparecencia, acto éste que representaba el único momento para que el apelado pudiera adherirse a la apelación y para que cualquiera de los litigantes pidiese una diligencia de prueba, diligencia que estaba sujeta a un doble límite: primero, tan sólo podían pedirse las no practicadas en la instancia por causa no imputable a quien la solicitare; segundo, su práctica venía condicionada a que el juez la acordara para mejor proveer (artículo 735.5 LEC), norma ésta dudosamente compatible con la razón de ser del artículo 340 LEC. En lo concerniente al juicio de cognición, el artículo 2 de la Ley de 20 de junio de 1968 remitía para la sustanciación del recurso a la sección tercera del título sexto del libro segundo de la ley procesal, es decir, a los artículos 887 y ss. LEC. En síntesis muy apretada, puede señalarse que recibidos los autos y personado en tiempo el apelante, el tribunal de apelación entregaba aquellos a las partes para instrucción. Al devolverlos, debían los litignates presentar escrito manifestando haber tomado instrucción, escrito que, en su caso y además, había de contener la adhesión a la apelación por parte del apelado y la solicitud de recibimiento a prueba por aquél a quien interesara. Los supuestos en que materialmente cabía deducir esta segunda pretensión

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

eran todos los previstos por el artículo 862 LEC. Acto seguido, tenían lugar la instrucción del Ponente, la celebración de la vista —sin posibilidad alguna de sustitución por escritos de alegaciones— y la sentencia.

Conforme ha sido ya puesto de relieve, la Ley 10/1992, de 30 de abril, ha establecido un mismo régimen para la tramitación de la segunda instancia en los juicios verbal y de cognición (artículos 732 y ss. LEC y, por remisión a ellos, artículo 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952). Sus dos notas fundamentales son las de tratarse de una apelación fundamentalmente escrita y la de haberse residenciado en el juzgado de instancia la fase de alegaciones o de instrucción del recurso, decisión que ha supuesto la supresión del emplazamiento de las partes y, con ello, la posibilidad misma de declarar desierto el recurso. De forma esquemática, cabe reseñar que el escrito de formalización del recurso, que en su caso debe contener la solicitud de diligencias probatorias, se presenta ante el órgano a quo, el cual debe dar traslado a las demás partes para que lo impugnen o se adhieran antes de elevar los autos originales al Tribunal ad quem, que dictará sentencia sin necesidad de celebrar vista, diligencia limitada a supuestos ciertamente excepcionales. Como rasgos diferenciadores hay que indicar que en el juicio de cognición el escrito de recurso debe llevar firma de Abogado, pues su intervención es preceptiva en esta clase de procedimiento, y que no es aplicable el artículo 737 LEC, de suerte que la decisión del recurso exige la constitución de la Audiencia con tres Magistrados.

Centrados en el campo estrictamente probatorio, la nueva regulación legal suscita problemas de interés en torno a tres aspectos concretos: 1. ¿Quién puede proponer prueba en la segunda instancia?; 2. ¿Qué tipo de diligencias probatorias cabe solicitar?; 3. ¿Cómo ha de articularse la práctica de la prueba? Apuntados, pues, los interrogantes anteriores, parece conveniente abordar separadamente cada uno de ellos.

1. *¿Quién puede proponer prueba en la segunda instancia?*

Esta pregunta tiene en principio una fácil y lógica respuesta: todas las partes personadas pueden hacerlo. El tenor literal de los artículos 733 y 734 LEC, sin embargo, arroja una cierta sombra de duda y ello porque así como expresamente se dice que el recurrente podrá pedir en el escrito de formalización la práctica de diligencias de prueba, nada se dice sobre el particular al regularse los escritos de impugnación o adhesión. En la misma línea, debe tenerse presente que el artículo 736.2 LEC, al contemplar la pertinencia de la prueba, únicamente se refiere a si «el recurso» contiene proposición de prueba, de suerte que podría defenderse la tesis que limitara la posibilidad de proponerla al apelante ya sea el inicial ya sea tal por vía adhesiva.

Entiendo, no obstante lo dicho, que no es admisible esta postura restrictiva y que la proposición de diligencias probatorias debe estar abierta a todos los litigantes personados, sea cual sea su posición procesal. En efecto, esta conclusión se ve avalada por los propios términos del artículo 736.1 LEC (que permite una sentencia inmediata «si no se hubiese» propuesto prueba) y fundamentalmente por la necesidad de asegurar un juicio justo, con respeto a los principios de contradicción e igualdad de partes.

2. *¿Qué clase de diligencias probatorias cabe solicitar?*

Según dispone el artículo 733.2 LEC el recurrente sólo podrá pedir la práctica de las diligencias de prueba que le hubiesen sido indebidamente denegadas, siempre que hubiese formulado en su momento la oportuna reserva, y de las admitidas que no hubiesen sido practicadas por causas que no le sean imputables. Como puede verse, este régimen es más amplio que el anterior por lo que respecta al juicio verbal —ahora se incluyen las pruebas indebidamente denegadas— y mucho más restrictivo por lo que se refiere al propio juicio de cognición —pues no van a ser aplicables los artículos 862 y 863 LEC—.

Pese a su aparente claridad, la nueva regulación legal no deja de suscitar serios problemas. Así, los primeros derivan de esta última afirmación que se acaba de hacer: el artículo 862 LEC no es susceptible de aplicación en el marco de la segunda instancia de los juicios verbal y de cognición, procedimientos éstos en que el legislador sólo parece preocupado por corregir los defectos de dirección procesal en que hubiera incurrido el juez en la actividad probatoria. Fruto de esta decisión, se va a privar a las partes de la posibilidad de articular prueba en dos hipótesis en que la misma es, como mínimo, tan necesaria como en los supuestos en que sí se admite. La primera atiende a los casos en que se pretenda probar nova reperta, esto es, hechos producidos o conocidos con posterioridad al momento de proposición de prueba, lo que obviamente supone un patente menosprecio por la verdad material. La segunda hipótesis es la referida al rebelde, tanto más grave cuanto en este caso podría la opción legislativa rayar en la inconstitucionalidad. En efecto, es evidente

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que en su condición de tal al rebelde ni se le denegaron indebidamente pruebas ni se le admitieron otras finalmente nò ejecutadas, de suerte que interpretado en sus estrictos términos, el artículo 733 LEC veda a aquél la posibilidad de interesar algún medio probatorio en la segunda instancia. Esta conclusión, sin embargo, debe ser puesta en entredicho en la medida en que pugna no sólo con la doctrina jurisprudencial que exige el respeto de los derechos fundamentales, y el de utilizar los medios pertinentes de prueba presente esta naturaleza, en todas las instancias de un proceso sino, en particular, con el especial trato que el Tribunal Constitucional dispensa al rebelde. Así, la STC 1/1992, de 13 de enero ha resaltado «el tratamiento favorable que la Ley otorga al rebelde comparecido, no sólo en general, sino en relación precisamente con el trámite probatorio» (F.J. cuarto). En este estado de cosas, la solución no puede ser otra que la de «completar» el artículo 733.2 LEC y en los juicios seguidos en rebeldía postular la aplicación del artículo 767 LEC, precepto que con un amplísimo criterio se limita a exigir que las cuestiones que se discutan en el pleito sean de hecho.

No son éstas, sin embargo, las únicas dificultades que genera el texto legal. Cabe poner de manifiesto, por ejemplo, las que surgen del requisito añadido a las pruebas indebidamente denegadas, cuya práctica se condiciona a que «se hubiese formulado en su momento la oportuna reserva». Esta mención, aparentemente inocua, olvida que el régimen probatorio en la primera instancia es diverso para el juicio verbal y para el juicio de cognición, por lo que precisa de algún tipo de matiz. Así, en el primero de ellos y en base al principio de concentración que lo informa, no cabe recurso independiente frente a la resolución denegatoria de alguna concreta diligencia de prueba, de suerte que basta con hacer constar la «oportuna reserva» para reproducir la misma pretensión en la segunda instancia. En el juicio de cognición, por el contrario, el sistema es diferente al exigirse recurso de reposición contra el acuerdo denegatorio de algún medio de prueba, recurso que ha de sustanciarse oyendo el juez en el acto a las partes. En el caso de que se ratifique el acuerdo recurrido, el artículo 55.2 del Decreto de 1952 impone a la parte proponente la obligación de «consignar su protesta» como requisito indispensable para hacer valer su derecho en la segunda instancia. Por si hubiera alguna duda al respecto, entiendo que debe quedar claro que el nuevo artículo 733 LEC no ha modificado el régimen previsto por el artículo 55 mencionado (cuyo primer párrafo, dicho sea de paso, se ha visto afectado por la reforma), por lo que aquél, en el marco propio del juicio de cognición, ha de ser interpretado en el sentido de no ser suficiente haber

formulado en su momento la oportuna reserva. Lejos de ello, el previo recurso de reposición —que constituye una excepción a la regla general contenida en el artículo 61— se muestra todavía como una exigencia indeclinable.

3. *¿Cómo ha de articularse la ejecución de la prueba?*

Aunque según se ha expuesto las limitaciones en torno a la prueba no son de índole sustantiva sino puramente procedimental, de manera que nada impide la posibilidad de solicitar cualquiera de los medios probatorios recogidos en el artículo 578 LEC, la regulación vigente en la materia parece limitar las pruebas a las de naturaleza personal y dentro de ellas a las que deban ser realizadas por residentes en el lugar del juicio. Efectivamente, dice el artículo 736.2 LEC que, en el caso de que se hubiera admitido la prueba propuesta, la vista se celebrará empezando por la práctica de la misma, resumiendo a continuación las partes su resultado y el fundamento de sus pretensiones. Se plantea así el problema de qué es lo que sucede con las pruebas documentales no realizadas o denegadas indebidamente y con los exhortos no cumplimentados en tiempo, supuestos que son justamente los que se dan con más frecuencia en la práctica. En una actitud nuevamente integradora, animada por el propósito de evitar efectos no deseados, resulta aconsejable considerar como período probatorio el plazo de quince días fijado para el señalamiento de la vista, de suerte que durante el mismo puedan las partes solicitar la reproducción de oficios y exhortos o, en su caso, aportar los que hubieran sido devueltos fuera de plazo en la primera instancia. Si se procediera en la forma indicada, ningún inconveniente habría, lógicamente, en incorporar «formalmente» estas diligencias sólo al inicio mismo del acto de la vista.

IV. Un último apunte

Antes de terminar este trabajo, considero oportuno llamar la atención sobre una posibilidad cuya incidencia práctica aún no ha podido ser constatada. Me refiero al posible aumento de recursos de amparo, basados en la vulneración del derecho a la prueba, derivado de la supresión del recurso de apelación, en determinados supuestos, contra las sentencias dictadas en los juicios verbales. Adelanto ya que esta decisión legis-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

lativa me parece acertada y corroboro, en lo tocante a la misma, los argumentos expuestos por el Consejo General del Poder Judicial en el informe que hizo en su día al Anteproyecto de Ley[4]. Quiero destacar, sin embargo, que esta novedad debe propiciar una actitud más cautelosa y abierta en los jueces de primera instancia a la hora de valorar la pertinencia y relevancia de los diversos medios probatorios. En efecto, sabido es que «el carácter subsidiario que, como medio de protección de los derechos fundamentales, tiene el recurso de amparo en relación con el procedimiento judicial ordinario, implica que debe darse previa oportunidad a los órganos judiciales a los que se imputa la supuesta vulneración de un derecho fundamental para remediarla por sí mismos» (STC 253/1993, de 20 de julio). Así las cosas, habida cuenta que el juicio verbal va a desarrollarse en única instancia en asuntos de ínfima cuantía y que, como se ha dicho, no existe en él apelación independiente contra las resoluciones interlocutorias de manera que va a faltar la posible revisión por un órgano superior de la jurisdicción ordinaria, es de temer que el recurso de amparo se convierta en la vía ordinaria para impugnar, so pretexto de inobservancia de un derecho fundamental, los acuerdos denegatorios de prueba, hipótesis ésta verdaderamente preocupante y a la que no puede hacerse frente sino con la prudencia sugerida.

4. Señalaba el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al que era artículo quinto del Anteproyecto, que nada tenía que objetar con carácter general a esta medida en base a una doble consideración. Ante todo, por el efecto disuasorio que en el justiciable supone la existencia de una doble instancia en reclamaciones de poca enjundia económica, a causa precisamente del excesivo coste que para el litigante de buena fe comporta la apelación. En segundo lugar, además, hacía mención al coste general del mantenimiento de la doble instancia, lo que suponía un verdadero uso pródigo de los escasos medios, tanto personales como materiales, de que dispone la Administración de Justicia. Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial, número 104, Madrid, febrero 1992, página 48.

DESPACHO ORDINARIO

LOS TRIBUNALES HAN DICHO

Ch. Català Comas
F. Málaga Dieguez
B. Mora Capitán

I. EL JUEZ

Actuaciones de un Juez en el sumario que le incapacitan para fallar.

STS (Sala 2.ª), 27 enero 1992

Fundamentos de Derecho

Tercero: Ahora bien, no toda actuación de un determinado Juez en la instrucción del sumario le incapacita para poder actuar después como Juez unipersonal o Magistrado del Tribunal que haya de sentenciar la correspondiente causa penal, pues hay actos de mero trámite que en este punto carecen de significación, porque en realidad no requieren un contacto en detalle con el contenido de las actuaciones (reclamación de antecedentes penales o informes de conducta, o señalamiento para el juicio, que son supuestos que contempla la STC 164/1988 antes citada); pero sí merman dicha imparcialidad el someter a interrogatorio a un imputado, o el acordar sobre su prisión o libertad (caso de la STC 106/1989, también aludida anteriormente), que es lo sucedido en el supuesto ahora examinado en el que el Magistrado que precisamente luego actuó como ponente en la Sentencia ahora recurrida, con fecha 8-4-1987 (folio 102 del sumario), acordó la libertad de dos de los imputados que se encontraban en prisión provisional, mientras que el

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

19 de mayo del mismo año (folio 148) recibió declaración a otro de los luegos procesados, a quien incluso formuló preguntas por propia iniciativa.

Tales actuaciones debieron ser consideradas por el mencionado Magistrado, desde el primer momento en que actuó como miembro del Tribunal que habría de sentenciar, como causa de abstención por lo dispuesto en el art. 55 de la LECrim y en los arts. 217 y ss. de la LOPJ (RCL 1985, 1.578, 2.635 y ApNDL 8.375), en relación con el núm. 12 del art. 54 de esa Ley Procesal y núm. 10 del 219 de la citada Ley Orgánica. Asimismo, correlativamente, pudieron servir de base para la correspondiente recusación de cualquiera de las partes, y ahora han de reputarse como origen de un defecto procesal que, como se ha dicho, implica ausencia de una de las garantías esenciales del proceso penal, la mencionada imparcialidad objetiva, que, previa audiencia de las partes, permite declarar de oficio la correspondiente nulidad de actuaciones por no haberse dictado aún sentencia definitiva y no ser posible otra forma de subsanación, todo ello conforme a lo dispuesto en el art. 240 de la LOPJ.

IMPARCIALIDAD DEL JUEZ: MOMENTO PROCESAL DE LA RECUSACIÓN. INCIDENCIA DE LAS INFLUENCIAS EXTERNAS.

STS (Sala 2.ª), 23 abril 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto: Alega, por último, este procesado que se han vulnerado los núms. 1 y 2 del art. 24 CE, pues dos de los miembros de la Sala sentenciadora habrían intervenido en la actuación sumarial, «al yugular el acceso a determinar pruebas esenciales y, al mismo tiempo, haber prolongado en vulneración reconocida por el Tribunal Constitucional de sus derechos la situación de prisión preventiva» (del recurrente). Asimismo, se habría «privado a las Defensas de la comparecencia de peritos y testigos considerados esenciales».

Concretamente se refiere el recurrente el Auto de la Audiencia manteniendo la prisión preventiva, que fue luego motivo de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (Recursos acumulados núms. 82/1984; 199/1984 y que el procesado no tomó ninguna medida que revelara algún esfuerzo por 256/1984 [RTC 1985, 28]) que reconoció el derecho del recurrente a que no le sea denegada la libertad «por los motivos en que se fundamentaron tales resoluciones judiciales» (Autos de 20-12-1983 y 5-1-1984, en los que intervino el Magistrado don Siro García Pérez).

Asimismo entiende el recurrente que ha restado imparcialidad al Tribunal de instancia el haber resuelto, por Auto de 14-12-1985, la apelación contra la denegación de la prueba constituida por «los albaranes referentes a la adquisición de determinadas hortalizas en albóndigas».

Alega además que el Tribunal celebró el juicio oral sometido a enormes presiones públicas, que

inclusive afectaron a la Defensa, dada la hostilidad del público hacia ciertos testigos y peritos.

También entiende vulnerado el recurrente el derecho a la igualdad, ya que el Estado asignó 100.000.000 de pesetas a las acusaciones particulares, mientras en forma tácita se denegó igual subvención solicitada por las Defensas.

Por último, se habría privado a las Defensas, alega el recurrente, del derecho a interrogar «en pie de igualdad» a determinados peritos y testigos (Dres. Last, Monson y Martín Samos) que no comparecieron «ante el exiguo atractivo económico que podían ofrecer los medios materiales con los que las Defensas contaban».

El motivo debe ser desestimado.

a) De acuerdo con lo establecido en la STC 138/1991 (RTC 1991, 138), las objeciones que pudieran dar lugar a la recusación de Magistrados del Tribunal por haber formado parte de la Sección del mismo que decidió recursos contra autos del Juez de Instrucción, se deben hacer valer por medio de la recusación y en la forma prevista por el art. 223 LOPJ (RCL 1985, 1.578, 2.635 y ApNDL 8.375), es decir, tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en la que se funde.

El recurrente no alega haber recusado en su momento a los Magistrados que ahora impugna como integrantes del Tribunal que lo juzgó. En su argumentación, por otra parte, tampoco alega causa alguna que le haya impedido tal recusación.

Por lo tanto, dicho en palabras de la citada STC 138/1991, se debe concluir que «la pasividad del recurrente, incumpliendo los requisitos procesales legalmente exigibles hace, en definitiva, inviable el enjuiciamiento de esta pretendida lesión del derecho a un Juez imparcial», en lo que se refiere a los Autos de 20-12-1983, 5-1-1984 y 14-12-1985.

b) En lo referente a las subvenciones recibidas por las Defensas de parte del Estado, se debe tener presente que un Tribunal deja de ser imparcial cuando realiza acciones que pueden implicar, desde un punto de vista objetivo, una toma de posición respecto de las cuestiones que le son sometidas a su decisión. Por ello, la pérdida de imparcialidad depende de las propias acciones de los Jueces. Es indudable entonces que el otorgamiento de la subvención no afectó a la imparcialidad del Tribunal, dado que es una acción que le resulta ajena a éste y que en modo alguno, como es claro, implica que aquél hubiera tomado parte en relación a alguna de las cuestiones de la misma antes de ver la causa.

Por otra parte, no surge de la causa que los peritos Dr. Martín Samos, Dr. Last y Dr. Monson no hayan comparecido por insatisfacción con la retribución que se les ofrecía, toda vez que el primero alegó como fundamento de su renuncia la falta de tiempo para realizar la pericia (folio 546), el segundo afirmó estar enfermo (folio 270) y el último no expuso sus motivos (folio 769), refiriéndose simplemente a «compromisos anteriores».

Tampoco es posible admitir que las subvenciones hayan sido motivo de la incomparecencia de testi-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gos. Sobre todo porque el recurrente, por lo demás, no ha expresado cuáles serían los testigos que habrían incomparecido por esta causa.

c) Lo mismo cabe decir respecto de las condiciones exteriores en las que se celebró el juicio. Básicamente no existe constancia alguna de que ello haya tenido incidencia en la imparcialidad del Tribunal. Más aún, la Defensa del procesado, en realidad, sólo hace referencia a la situación incómoda en la que se habría desarrollado el proceso como consecuencia del estado emocional del público. En este sentido al folio 2.729 la Defensa del recurrente manifestó, conjuntamente con la de otros acusados, que «se congratula del esfuerzo que la Sala viene desarrollando, en un marco tan poco propicio, para conseguir el desarrollo del proceso con las garantías necesarias».

Si se tiene en cuenta que el juicio había comenzado el 30-3-1987 y que el mencionado escrito fue presentado el 4 noviembre del mismo año, es decir, cuando prácticamente había transcurrido la mitad del proceso, se puede deducir de ello que las circunstancias exteriores no influyeron en el Tribunal de tal manera que éste no se haya podido apartar de la presión de ciertos sectores de opinión. Esta conclusión se ve respaldada por el hecho de que las Defensas no rectificaron durante el resto del proceso el juicio emitido en el citado escrito del folio 2.729.

Por otra parte, como lo ha destacado la doctrina en los últimos tiempos, en todo caso, la problemática de la imparcialidad de los Tribunales frente a las opiniones formadas en la sociedad sobre el hecho no se puede lograr excluyendo toda manifestación de opinión, ni introduciendo una condición especial de procebilidad que obligue al sobreseimiento de la causa cuando la homogeneidad de la opinión pública hiciera pensar en un peligro para la imparcialidad de los Tribunales competentes. Esto último, como es obvio, importaría —como lo ha destacado la doctrina— poner la continuación del proceso en las manos de la opinión pública y, en su caso, de los medios de comunicación, no sólo con respecto a una opinión condenatoria, sino también en relación a la que postula la absolución del o de los acusados.

Por lo tanto, una impugnación como la que estamos considerando sólo podría ser aceptada si se demostrara que el Tribunal ha abandonado, como consecuencia de la opinión creada en torno al caso, las formas objetivas que corresponden a un Tribunal imparcial. Ello excluye, paralelamente, que en esta materia se pudiera fundamentar una impugnación en la supuesta situación psicológica que la opinión del público presumiblemente pueda haber generado en el Tribunal, dado que —como los estudios más recientes en esta materia lo han subrayado— tanto los Jueces como las partes del proceso se enfrentan al mismo con determinadas actitudes y conceptos previos, que provienen de su educación y de su particular orientación. Pero, precisamente por ello, el esfuerzo de las ciencias jurídicas se dirige directamente a objetivizar los juicios de los Tribunales y neutralizar a la

vez, tales influencias individuales. Consecuentemente, mientras los juicios del Tribunal aparezcan como jurídicamente fundados de manera sostenible, no cabe pensar que éste haya abandonado las formas objetivas que corresponden a un Tribunal imparcial.

El recurrente, sin embargo, no ha señalado más que un clima de opinión, que se manifestó inclusive en la Sala de la vista, pero en modo alguno ha señalado comportamientos del Tribunal que pudieran poner en discusión su actuación como un Tribunal imparcial.

IMPARCIALIDAD DE LOS MAGISTRADOS QUE DECIDEN RECURSOS DE APELACIÓN Y DICTAN MEDIDAS DE ESTRICTA ORDENACIÓN DEL PROCESO, AL MARGEN DE TODA ACTIVIDAD MATERIAL DE INSTRUCCIÓN, SIN CONTACTO DIRECTO CON EL ACUSADO NI LAS PRUEBAS.

STC 85/1992, de 8 junio

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Con respecto a la primera de dichas denuncias, afirman los recurrentes que los Magistrados don Manuel Domínguez Viguera y don Juan Agustín Moro Benito, componentes de las Salas, intervinieron en la revocación de decisiones del Juez por las que había éste acordado el sobreseimiento provisional y la finalización del sumario con declaración de ser falta el hecho perseguido, y ordenaron, en su lugar, la continuación de las diligencias judiciales. Consideran dichos recurrentes que tal intervención en la fase instructora priva a los Magistrados citados de la condición de jueces imparciales, para sentenciar la causa en los términos exigidos por la STC 145/1988.

Este motivo del amparo debe ser rechazado, tanto por razones formales como de fondo.

En el aspecto procesal, se constata que los recurrentes, en ningún momento del procedimiento penal, ni siquiera en el acto de la vista de apelación, hicieron protesta alguna de esa supuesta parcialidad objetiva de los referidos Magistrados, omitiendo por lo tanto, todo planteamiento ante el propio Tribunal sentenciador para que pudiese éste tener conocimiento y enjuiciar el tema que ahora se suscita por primera vez en esta sede constitucional. Por consiguiente, *se ha incumplido el presupuesto procesal establecido en el art. 44.1, c), de la LOTC, incurriendo, de manera clara e inevitable, en la causa de inadmisibilidad que, en relación con este precepto, previene el art. 50.1, a), de la misma LOTC.*

Pero es que, además, en el aspecto sustantivo, también carece de fundamentación válida la pretensión formulada por los recurrentes en defensa de su derecho a un proceso con todas las garantías, puesto que, según dice la STC 145/1988, «no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción, ni permite recusar por la causa prevista en el art. 54.12 de la LECrim. Basta recordar que en el procedimiento penal ordinario, las Audiencias Provinciales conocen en apelación de los

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Autos dictados por el Juez Instructor e incluso decretan de oficio la práctica de nuevas diligencias al conocer del Auto de conclusión del sumario (art. 631 de LECrim.)».

En el caso concreto que aquí nos ocupa, la Audiencia Provincial ha conocido, por mandato legal, de un recurso de apelación atribuido a su competencia, en cuyo uso legítimo revoca la decisión del Juez Instructor, acordando la aportación de una prueba documental dirigida a acreditar la cualidad de funcionario público del querellante, con el fin de demostrar una circunstancia de decisiva relevancia en orden a la tipificación penal de los hechos objeto de la querella y disponiendo que se continúe el procedimiento de acuerdo con las distintas hipótesis de tipo delictual que hasta entonces se contemplaban en la investigación judicial.

No ha existido, por lo tanto, contacto directo con el acusado ni con las pruebas, que es lo que caracteriza la consideración de la actividad instructora como causa de exclusión del Tribunal sentenciador a aquellos Jueces o Magistrados que hubiesen intervenido en dicha actividad, de acuerdo con el respeto debido a la garantía de imparcialidad objetiva que protege el principio de que «el que instruye, no falla». *En síntesis, los Magistrados a que se refieren los recurrentes se han limitado a ejercer, conforme a Ley, la competencia que ostentan para conocer y decidir recursos de apelación y lo han hecho al margen de toda actividad material de instrucción, habiéndose limitado a adoptar medidas de estricta ordenación del proceso que, en modo alguno, puede comportar efectos o riesgos de contaminación inquisitiva, que es la referencia esencial que fundamenta la doctrina de dicha STC 145/1988.*

A) LA ACTUACIÓN JUDICIAL REGULADA EN EL ART. 87.2 LOPJ IMPLICA EL EJERCICIO DE UN PODER DE ENJUICIAMIENTO Y DE DECISIÓN Y, POR TANTO, EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN ESTÁ LEGITIMADO PARA EL PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD.

B) EL ART. 87.2 LOPJ NO ES INCOMPATIBLE CON EL ART. 117.3 CE NI VULNERA LAS GARANTÍAS DEL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

STC (Pleno) 76/1992, de 14 de mayo

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Con el fin de dejar claramente determinado el objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en este proceso, es necesario distinguir las normas legales cuestionadas en cada uno de los Autos que las proponen, y los preceptos constitucionales que, según los mismos, hacen surgir las dudas de constitucionalidad que en ellos se plantean.

Para el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Madrid que plantea la cuestión seguida con el

núm. 625/88, el precepto legal cuestionado es el art. 130 de la Ley General Tributaria (en adelante, L.G.T.), en la nueva redacción dada al mismo por el art. 110 de la Ley 33/1987 de Presupuestos Generales del Estado para 1988, que establece que «previa exhibición del documento individual o colectivo acreditativo de la deuda tributaria, los Jueces de Instrucción autorizarán dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud la entrada en el domicilio del deudor, siempre que se manifieste por los órganos de recaudación haber perseguido cuantos bienes sea posible trabar sin necesidad de aquella entrada». Los preceptos constitucionales que se estiman contrarios al mismo son los arts. 18.2, 53.1, 81.1 y 117.4, además de alegar lo inadecuado de introducir la reforma en una Ley de Presupuestos (art. 134.2 C.E.).

Para los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Alcalá de Henares que plantean las cuestiones núms. 765 y 766 de 1990, acumuladas ambas a la citada en el apartado anterior, el precepto cuestionado es el art. 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, L.O.P.J.), que atribuye a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en domicilio, «cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración», en relación con los arts. 24.2 y 117.3 de la Constitución que son los que originan la duda de constitucionalidad al Magistrado proponente.

Se cuestiona, pues, un precepto de carácter genérico —el art. 87.2 de la L.O.P.J.— y un artículo específico —el 130 de la L.G.T.—. Los problemas que se suscitan habrán de analizarse, por tanto, por el orden que dejamos indicado.

2. El Abogado del Estado ha suscitado diversas objeciones relativas a la falta de las condiciones procesales necesarias para el planteamiento de las cuestiones, objeciones que debemos resolver con carácter previo, ya que este Tribunal viene reiterando desde su STC 17/1981 que la posibilidad de declarar la inadmisibilidad en trámite previo no excluye, en modo alguno, la facultad del Tribunal para hacer mediante Sentencia un pronunciamiento de la misma naturaleza.

a) La primera objeción suscitada por el Abogado del Estado en las tres cuestiones de inconstitucionalidad, es que la actuación judicial regulada en los arts. 130 L.G.T. y 87.2 L.O.P.J. no es un proceso, única esfera donde los Jueces y Tribunales tienen reconocida la potestad para cuestionar la constitucionalidad de una norma según el art. 163 C.E., sino una actuación judicial en garantía de un derecho fundamental que se inserta en un procedimiento administrativo. Al respecto debe recordarse ahora que este Tribunal ha insistido desde sus primeras Sentencias en la importancia del control de admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad como medio de garantizar que esta vía procesal no resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, dada la extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional (STC

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

17/1981). Concretamente sobre el requisito de admisibilidad cuya inexistencia denuncia el Abogado del Estado hemos declarado en reiteradas ocasiones que «el constituyente ha colocado la vía de enjuiciamiento de la constitucionalidad que ahora nos ocupa en estrecha relación con un proceso en el que la aplicación de la norma sea necesaria» (AATC 945/1985, 107/1986, 723/1986 y 1.316/1988). Todo ello significa que, realmente, lo que ha de determinarse, sea o no un proceso en sentido técnico estricto la actuación judicial prevista en los arts. 87.2 de la L.O.P.J. y 130 de la L.G.T. es si los Jueces y Tribunales que han de aplicar dichos preceptos para decidir sobre la autorización que de ellos se solicita, están legitimados para cuestionar la constitucionalidad de los mismos.

De la misma manera en que este Tribunal ha trascendido de la literalidad de los términos «Sentencia» y «fallo» utilizados en los arts. 35.2 LOTC y 163 C.E., respectivamente (STC 76/1982, entre otras), hay que decir ahora que en aquella actividad judicial concurren las condiciones en presencia de las cuales puede afirmarse que se da la *ratio* de la cuestión de inconstitucionalidad. Pues si bien es cierto que nuestra Constitución ha condicionado la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad a la existencia de un proceso, no lo es menos que la doble obligación en que se encuentran los Jueces y Tribunales de actuar sometidos a la ley y a la Constitución, de un lado, y el principio de la seguridad jurídica (que las dudas de constitucionalidad ponen en evidencia), de otro, impiden que de la calificación dogmática de una actuación judicial como proceso pueda extraerse una consecuencia tan grave como la referente a la legitimación de aquéllos para plantear la cuestión de inconstitucionalidad. La *ratio* de este proceso constitucional —como instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación a la que se ha hecho referencia (STC 17/1981)— obliga a concluir que no puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley al Tribunal Constitucional, único órgano competente para resolverlas, a un Juez o Tribunal que ha de aplicar la Ley en unas actuaciones en que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios. No reconocerlo así llevaría a la grave conclusión de que en supuestos en los que el órgano judicial ejerza este tipo de potestad de carácter decisorio se vería obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional o de cuya constitucionalidad duda, posibilidad ésta que el constituyente ha preferido sustraer al juez ordinario para evitar el alto grado de inseguridad jurídica que ello podría implicar.

Debemos, pues, rechazar la objeción de inadmisibilidad hecha por el Abogado del Estado ya que en el presente caso concurren las circunstancias necesarias para poder afirmar que se da la *ratio* de la cuestión de inconstitucionalidad. Tal y como prevé el art. 117.4 de la Constitución, la Ley (arts. 130 L.G.T. y 87.2 L.O.P.J.) ha atribuido a los Jueces de Instrucción una función de garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del

domicilio frente a la Administración cuyo cumplimiento, según hemos dicho, «de algún modo cabría reputar que se inserta en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa», sin que ello signifique que su actuación pueda calificarse de «automática» (STC 137/1985). Antes bien, el Juez de Instrucción en estos casos ejerce un poder de enjuiciamiento y de decisión pues, como también hemos declarado, no se hallan ausentes en esa actuación «determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado» (STC 137/1985), según que el Juez verifique que el acto administrativo que se pretende ejecutar requiere efectivamente la entrada en el domicilio y aparece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquéllas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa (STC 144/1987). Así pues, como autoridad judicial que ha de aplicar la ley en garantía de un derecho fundamental de los ciudadanos frente a la Administración, ejerciendo un poder de decisión sobre el otorgamiento o denegación de lo instado, es claro que está legitimado para plantear ante este Tribunal las dudas de inconstitucionalidad que le plantee la aplicación de dicha ley siempre que, claro está, de su validez dependa la resolución judicial de que se trata.

[...]

3. Rechazadas las objeciones de inadmisibilidad propuestas por el Abogado del Estado y entrando en el fondo de las cuestiones planteadas, abordaremos su tratamiento comenzando por el art. 87.2 de la L.O.P.J. dado su carácter general. Entiende al respecto el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Alcalá de Henares, que el citado precepto infringe los arts. 117.3 y 24.2 de la Constitución. Concretamente, la supuesta violación del art. 117.3 C.E. radica, según los Autos proponentes de la cuestión, en que el automatismo de una actuación judicial no es una verdadera garantía sino un acto de soporte y auxilio para la ejecución de unos actos administrativos y que tal actuación así entendida es incompatible con las atribuciones que la Constitución confiere a los Jueces y Tribunales. Respecto del art. 24.2 el Juez a quo alega en primer lugar que el art. 87.2 de la L.O.P.J. es contrario al principio del Juez predeterminado por la Ley, por referir al Juez de Instrucción la calificación de la legalidad del acto administrativo en cuya ejecución se interesa la entrada en domicilio o en los restantes lugares a que se refiere dicho precepto; y en segundo lugar alega que la atribución a los Jueces de Instrucción de esta función quebranta la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

Como seguidamente veremos, el art. 87.2 de la L.O.P.J. no incide en ninguna de las supuestas vulneraciones constitucionales que se alegan en los Autos que proponen las cuestiones:

a) Como ponen de manifiesto en sus alegaciones el Abogado del

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Estado y el Fiscal General, el planteamiento de las cuestiones que examinamos descansa en un entendimiento erróneo de lo que supone la intervención judicial prevista en el art. 87.2 de la L.O.P.J. Como ha declarado este Tribunal en un supuesto en el que también se partía de un entendimiento erróneo del citado precepto —STC 144/1987—, el art. 87.2 de la L.O.P.J. no ha sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de legalidad de los actos de la Administración cuya ejecución requiera la entrada en domicilio para atribuirlo al Juez de Instrucción, sino que éste actúa en los supuestos del art. 87.2, como dice literalmente la citada Sentencia, «como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que *prima facie* parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquéllas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa».

De lo dicho se desprende que el Juez de Instrucción, al que se le solicita la autorización para entrar en domicilio o en los lugares indicados en el art. 87.2 de la L.O.P.J., no actúa de un modo automático. Así resulta de dicho precepto que exige resolución motivada y así lo declaramos en nuestra STC 137/1985, pronunciada en un recurso de amparo que versó sobre la autorización judicial para la entrada en domicilio de un procedimiento de apremio por deudas tributarias. Dijimos entonces y debemos reiterar ahora que en una actuación judicial de la naturaleza de la prevista en el art. 87.2 L.O.P.J. no están ausentes determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado. El Juez puede, en consecuencia, examinar, controlar y, en su caso, no autorizar la entrada en el domicilio sin el consentimiento del interesado (ATC 129/1990). Esta afirmación basta por sí sola para rechazar el razonamiento del Juez a quo cuando afirma que el art. 87.2 de la L.O.P.J. viola el art. 117.3 C.E. por que prevé una pseudogarantía, es decir, una intervención rituraria y de mero auxilio a la Administración para la ejecución de sus actos. Por el contrario, precisamente en virtud de lo dispuesto en dicho precepto constitucional, la ley ha atribuido al Juez de Instrucción la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución de los actos administrativos, por lo que antes que imponerle la obligación de autorizar mecánicamente esas entradas, que ninguna garantía ofrecería a los derechos fundamentales, le ha otorgado la potestad de controlar, además de que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización, la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, que éste sea dictado por la autoridad competente, que el acto aparezca fundado en Derecho y necesario para alcanzar el fin perseguido, y, en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto.

b) Lo que acaba de decirse nos conduce a analizar el reproche de inconstitucionalidad que el Juez *a quo* hace al art. 87.2 L.O.P.J. desde la perspectiva del derecho al Juez predeterminado por la ley (art. 24.2 C.E.). Razona el Magistrado-Juez proponente que si, como se ha visto, la actuación de los Jueces de Instrucción en estos casos no es puramente mecánica, ello significa que se les permite revisar la legalidad de los actos administrativos con lo cual estarán atropellando las competencias revisoras de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El argumento debe rechazarse por diversas razones, principalmente y en primer lugar, porque nos encontramos ante una atribución por ley de competencias a un Juez ordinario y es doctrina reiterada de este Tribunal que las cuestiones relativas a la atribución de competencias entre órganos jurisdiccionales, condición que tienen sin lugar a duda tanto los Jueces de Instrucción como los del orden contencioso-administrativo, no afectan al derecho al juez predeterminado por la ley (STC 49/1983 y ATC 1.112/1988).

Pero es que además no es cierto, como pretende sostener el Magistrado-Juez que ha planteado las cuestiones, que el art. 87.2 L.O.P.J. permita al Juez de Instrucción revisar la legalidad de los actos administrativos para cuya ejecución se solicita su autorización de entrada en domicilio. Por el contrario, este Tribunal declaró en su STC 144/1987, antes citada, que «el control de legalidad de estos actos, como de toda la actuación administrativa, sigue siendo competencia específica de esta jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración». Por tanto no se invaden en absoluto las competencias propias y exclusivas de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, bajo cuya competencia se sitúa todo lo referente a la legalidad del acto administrativo, su ejecutividad inmediata y su suspensión.

Ahora bien, no podemos ignorar que la duda de constitucionalidad que en realidad se nos está planteando es la relativa al contenido del juicio que los Jueces de Instrucción pueden y deben realizar para adoptar la decisión de autorizar o denegar lo instado al amparo del art. 87.2 L.O.P.J. El planteamiento del Juez *a quo* es el siguiente: o se entiende que la actuación judicial en estos casos es mecánica, y por tanto constitutiva de una pseudogarantía contraria al art. 117.3 C.E., o, por el contrario, se entiende que no es una actuación mecánica sino revisora de la legalidad del acto administrativo, contraria por ende al art. 24.2 C.E. en cuanto consagra el derecho al Juez predeterminado por la ley, *tertium non datur*. Sin embargo, este planteamiento desconoce la doctrina de este Tribunal sobre la materia y resulta, por ello, inaceptable. Como ha quedado dicho, el Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo cual significa que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

no es el Juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la Administración, sino el Juez de la legalidad de la entrada en domicilio y en los demás lugares enumerados en el art. 87.2 L.O.P.J., pues este precepto no se refiere sólo a la entrada en domicilio, garantizando la inviolabilidad del mismo, sino también a los «restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares» que es el supuesto de las autorizaciones para la entrada en fincas rústicas instadas en este caso del Juez proponente.

Los Tribunales que controlan la legalidad de los actos administrados y su ejecutividad —dejando ahora al margen conceptos que no vienen al caso, tales como la prejudicialidad penal, los interdictos u otros— son los del orden contencioso-administrativo. A su control se somete la legalidad del acto de la Administración y la ejecutividad del mismo, aspecto éste que, como hemos declarado en nuestra STC 66/1984, también forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Así pues, no siendo el Juez de la legalidad ni de la ejecutividad de los actos administrativos, como garante del derecho consagrado en el art. 18.2 C.E. tiene que efectuar —como ya hemos dicho— la correcta y debida individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa del acto administrativo (SSTC 137/1985 y 160/1991), verificar la apariencia de legalidad de dicho acto con el fin de evitar que se produzcan entradas arbitrarias, asegurarse de que la ejecución de ese acto requiere efectivamente la entrada en el domicilio o lugares asimilados a él por el art. 87.2 L.O.P.J. y, por último, garantizar que la irrupción en estos lugares se produzca sin más limitaciones a los derechos fundamentales que aquéllas que sean estrictamente necesarias.

Estas son las funciones y el alcance del control que corresponde hacer a los Jueces de Instrucción en el ejercicio de la misión que les confiere el art. 87.2 de la L.O.P.J., control que de ningún modo puede interferir la potestad exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos respecto de los actos administrativos y que se extiende, no sólo a la revisión de la legalidad de estos actos sino también a su ejecutividad y, en su caso, a su suspensión.

De todo ello se desprende una importante consecuencia y es la de que quedan excluidos, por tanto, del ámbito del art. 87.2 de la L.O.P.J., como se deduce de dicho precepto, las entradas en domicilio y lugares a los que se refiere el artículo citado que sean consecuencia de la ejecución de Sentencias o resoluciones judiciales (STC 160/1991). De no ser así, se podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que, según hemos dicho, comprende también el derecho a someter la ejecutividad del acto administrativo a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre la suspensión (STC 66/1984), así como la garantía de la potestad jurisdiccional del Juez o Tribunal que en ese momento esté juzgando la ejecutividad del acto administrativo (art. 117.3 C.E.), y que, como se ha visto, ha de ser un órgano del orden judicial contencioso-administrativo, pues sólo a éstos

compete el control de la legalidad del acto y de su ejecución o suspensión.

c) Debemos rechazar finalmente la alegación claramente improcedente del Juez *a quo* sobre la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Baste recordar que el concepto de presunción de inocencia alude estrictamente a la comisión o autoría de un ilícito en el ámbito sancionatorio (por todas STC 72/1991), y que, por lo tanto, no guarda relación alguna la garantía de ese derecho fundamental con que una ley encomiende al Juez de Instrucción la relativa al derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución forzosa de actos administrativos, sin que deba este Tribunal pronunciarse sobre el acierto o no de atribuir esa función precisamente al Juez de Instrucción. Opción que, por ser atributiva de competencias a los órganos judiciales, está dentro de las facultades del legislador.

Distribución de competencias entre el Juzgado de lo Penal y la audiencia Provincial: Cambio de criterio jurisprudencial.

A) Se determina por la pena en concreto que soliciten las acusaciones.

STS (Sala 2.ª), 14 de julio de 1992

Fundamentos de Derecho

Primero: El problema que plantea el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, de orden público procesal, pese a ciertas observaciones que desde la regularidad procesal pudieran hacerse y que se obvian en razón a la importancia y trascendencia del problema, viene referido a la competencia del Juzgado Penal respecto a aquellas acusaciones, oficial o pública y privada, que imputan a una determinada persona una determinada infracción penal a la que el código punitivo asocia una pena privativa de libertad que en alguno de los tramos, normalmente en el máximo de ellos, excede de seis años.

En el caso concreto que ahora se somete a nuestra consideración, se trata de un delito contra la salud pública, respecto a un tráfico con sustancia que causa grave daño a la salud pública, cuya pena se extiende, como es bien sabido, desde prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo, superando, por consiguiente, en su límite máximo los seis años a los que acaba de hacerse referencia, conforme al art. 344 bis en relación con el 344 bis a) que asocia a esta submodalidad delictiva la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a cien millones de pesetas. Por consiguiente el grado máximo queda fuera del ámbito competencial del Juez de lo Penal, conforme al art. 14 tercero de la Ley de Enjuicia-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

miento Criminal, pero esta pena no podrá ser impuesta por el Organo Judicial, en virtud del principio acusatorio, de acuerdo con lo que más adelante se dirá.

El tema se reconduce a la determinación de si la competencia se ha de fijar en función de la pena que se interesa en cada caso concreto o, por el contrario, en abstracto, en relación con la pena general asociada al delito en toda su extensión. El art. 14 tercero no es suficientemente explícito pues se refiere a delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años... y tanto puede entenderse en uno u otro sentido.

El problema ha de referirse al grado de perfeccionamiento del delito, a la modalidad de participación y a la existencia o no de subtipos penales y, desde luego, a la concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, a fin de lograr una solución armónica con el sistema.

Por supuesto, la situación jurídico-penal más grave será la que determina la competencia del Organo Judicial y, con toda obviedad, arrastrará a todos los delitos conexos que se enjuicien o puedan enjuiciarse en la misma causa.

Por ello, si en un caso concreto, en función del principio acusatorio, de acuerdo con la doctrina constante y reiterada de esta Sala, el Tribunal no puede imponer pena superior a la de seis años, «ese» delito lleva aparejada una pena respecto de una infracción penal en concreto, que es competencia del Juez penal, siempre que ninguna de las acusaciones solicite pena mayor. Naturalmente que, si concurre, a juicio de cualquiera de las referidas acusaciones, una agravante, pudiendo entonces ser impuesta la pena en su grado medio o máximo, o si concurren varias, en cuyo supuesto es preceptivo dicho grado máximo, la competencia vendría atribuida a la Audiencia.

Puede suceder, en efecto, que en el trámite correspondiente el Ministerio Fiscal y/o la acusación particular o popular modifiquen las conclusiones provisionales y entonces habrá que proceder como indica, respecto al procedimiento abreviado, el art. 793, lo que sería de aplicación en general en los casos de subtipos penales, en el robo, hurto, estafas, apropiaciones indebidas, delitos contra la salud pública, etc.

Se ofrecen así tres soluciones: 1) Entender que la referencia legal lo es al delito, considerado abstractamente, con independencia del grado de perfeccionamiento, formas de participación o circunstancias modificativas, con independencia de los subtipos penales agravados o privilegiados, que son figuras autónomas. En este caso, si alguno de los tramos excede de seis años de pena privativa de libertad, la competencia vendría atribuida a la Audiencia, aunque en virtud del principio acusatorio el Tribunal sólo podría imponer la pena hasta seis años, no más como en el caso del recurso. 2) Incorporando también la misma solución a los supuestos en que exista la posibilidad de transformarse la calificación respecto de un hecho penal y en el acto del juicio oral, en un subtipo penal, por ejemplo, en el de notoria cantidad o la pluralidad de perjudicados, en los delitos de tráfico de drogas o de estafa, respectivamente. 3) Entender que es la pena que, en concreto, se pide, con abstracción de cualquier otra consideración, que en la tesis que acoge la Sala.

Debe ser, por consiguiente, este último el criterio que prevalezca, esto es, el de la pena en concreto solicitada por la acusación más grave, si hubiera varias, sin ninguna otra consideración, la que determine la competencia, cualesquiera que sean las demás circunstancias concurrentes, porque esta solución parece la más conforme al espíritu de la Ley y porque con ella queda, como ya se indicó, a salvo el supuesto no frecuente en el que el Ministerio Fiscal y/o las acusaciones, en vista del resultado de la prueba, varíen instantáneamente las correspondientes calificaciones.

Procede, pues, declarar la competencia del Juzgado de lo Penal, interpretación que, por otra parte, parece la más ajustada al espíritu que anima la reforma penal última de 28-12-1988.

B) SE DETERMINA POR LA PENA TIPO SEÑALADA AL DELITO.

STS (Sala 2.ª), 11 de diciembre de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aunque los dos motivos del recurso se interponen por vías casacionales distintas, como son las respectivamente previstas, en los arts. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1.578, 2.635 y ApNDL 8.375) y distintos son los preceptos que en los motivos se señalan como infringidos, como son, respectivamente, el 14.3 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el 82.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y los arts. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 24.2 y 117.3 de la Constitución (RCL 1978, 2.836 y ApNDL 2.875), es lo cierto que la cuestión que se plantea por el Ministerio Fiscal en el recurso interpuesto contra el auto recurrido dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, es única y consta en la determinación de cuál sea el criterio a seguir en la interpretación de lo dispuesto en el art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la competencia, o sea, si ha de seguirse el criterio mantenido por el Tribunal de instancia, conforme al cual, para la determinación de la competencia ha de atenderse a la pena solicitada por las acusaciones en cada caso concreto, o, si por el contrario, como sostiene el Ministerio Fiscal la competencia ha de determinarse atendiendo a la pena tipo señalada para el delito de que se trate, con independencia de su grado de perfeccionamiento, del grado de participación y de las circunstancias concurrentes, de modo, que si la pena excede de seis años, la competencia para conocer corresponde a la Audiencia, siendo suficiente pues, para la determinación de la competencia, el constatar la relación entre delito y pena; habiendo sido éste el criterio adop-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tado por esta Sala en su Resolución de fecha 9-10-1992 rectificando la doctrina que había sido mantenida anteriormente, declarando esta Sala, al efecto, que no obstante la ortodoxia de los dos criterios anteriormente expuestos que se pueden seguir en la interpretación de lo dispuesto en el art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha optado por el último, no porque esta fórmula dejara en manos del Ministerio Fiscal o de las acusaciones la determinación de la competencia, ya que rigiendo el principio acusatorio, como rige, es siempre a las acusaciones a quienes corresponde el establecimiento de los hechos y las calificaciones determinantes de la actuación del juzgador, sino porque se entiende que con el criterio adoptado se obtiene una mayor certeza y seguridad desde el primer momento respecto a la competencia y, de alguna manera, puede entenderse reforzado el principio del juez ordinario predeterminado por la Ley, por lo que procede la estimación del recurso.

La vulneración del derecho a un juez imparcial en primera instancia no puede subsanarse mediante la revisión de la prueba en apelación.

STC (Sala 1.ª), 113/1992, de 14 de septiembre

Fundamentos Jurídicos

4. En el caso que nos ocupa, resultan acreditados los siguientes extremos que permiten precisar el verdadero objeto del presente recurso de amparo: que el Juez de Instrucción realizó actos de verdadera instrucción junto a su función de enjuiciamiento, como son la toma de declaraciones a los protagonistas de los hechos y la apreciación de un informe médico sobre las lesiones; que, en contra de lo que asevera el Ministerio Fiscal, el recurrente invocó en grado de apelación su derecho a un Juez imparcial según se desprendía de la doctrina expuesta en la STC 145/1988, como resulta en buena lógica evidente, pues la Audiencia ofrece una motivación de rechazo a la solicitud de nulidad de actuaciones que en aplicación de cuanto antecede se solicitó; que, sin embargo, la Sala resolvió que era constitucional y procesalmente adecuado efectuar directamente una nueva valoración del material probatorio de apelación, en vez de retrotraer el procedimiento al juicio oral de instancia, posición que, incluso, fue rechazada por el voto particular de un Magistrado de la propia Sala, donde además se reconoce (fundamento jurídico 1.º) que el recurrente solicitó por este motivo la nulidad de actuaciones en la vista oral del recurso.

La cuestión a resolver es, por tanto, determinar si la solución procesal ofrecida en apelación por la Audiencia, para subsanar la transgresión del derecho a un Juez imparcial acaecida en la instancia resulta constitucionalmente correcta, por restablecer al recurrente en la efectiva integridad de su derecho.

5. Así centrada la cuestión, acaso no sea ocioso recordar, en primer lugar, que disponer lo necesario para el cumplimiento de los efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de las potestades de ejecución que este Tribunal ostenta, es algo que normalmente corresponde a los poderes públicos vinculados por la misma y, en este caso concreto, relativo a la doctrina constitucional expuesta en la STC 145/1988, a los Tribunales ordinarios en cada juicio y al legislador procesal con carácter general. Ello no obstante, nada impide, obviamente, que pueda entenderse en vía de amparo que subsiste la lesión del derecho fundamental transgredido, si las medidas adoptadas por los Tribunales ordinarios y conducentes a restablecer al recurrente en la integridad de su derecho y a subsanar tal lesión constitucional se revelan inadecuadas o insuficientes. Desde este punto de vista, es claro que resulta perfectamente posible para este Tribunal enjuiciar la adecuación constitucional de la solución procesal seguida por la Audiencia.

Partiendo de cuanto antecede, podría incluso sostenerse —como hizo la Audiencia— que la Sentencia de apelación no vulnera directamente el derecho a un Juez imparcial del recurrente, pues el Tribunal superior enjuició nuevamente y libre de contaminación alguna un material probatorio que fue objeto de instrucción por el Juez inferior, deslinde de actividades que podría satisfacer las exigencias de imparcialidad objetiva y, además, de preservación de su apariencia que se deducen del artículo 54.12 de la LECrim y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de este Tribunal Constitucional. Ahora bien, esta actuación de la Audiencia acaba por vulnerar, en todo caso, otra de las garantías constitucionales en el proceso que el artículo 24.2 prescribe y que encuentra una clara expresión en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de Nueva York, es decir, el derecho no tanto a una doble instancia como a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean «sometidos a un Tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley». En efecto, este Tribunal ha sostenido (SSTC 42/1982, fundamento jurídico 3.º, 76/1982, fundamento jurídico 5.º, y 37/1988, fundamento jurídico 5.º, etc.), que ese mandato de sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal superior, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución y en el artículo 14.5 del Pacto de Nueva York, no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a interpretar conforme a la Constitución los recursos previstos por el legislador y, a la par, actúa como un límite infranqueable de la libertad de configuración normativa del legislador (con excepciones como puede ser la dispuesta para cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por la jurisdicción más alta, en el artículo 2.2 del Protocolo Adicional núm. 7 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, aún no ratificado por España, según se señaló en el ATC 450/1989, fundamento jurídico 2.º). Pero en el supuesto que aquí nos ocupa, el artículo 11.1 de la Ley

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Orgánica 10/1980 establecía con claridad que contra la Sentencia del Juez instructor procederá el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Por consiguiente, una interpretación conforme a la Constitución y favorable al ejercicio del derecho fundamental, que resultaba exigible en su día a la Audiencia, lleva a concluir que la solución procesal ofrecida por la Sala aminora, sin duda, las garantías constitucionales del recurrente en el proceso y le priva en la realidad de la posibilidad de que la causa penal sea revisada por un Tribunal superior, como consecuencia de transformarse el Tribunal que conoce del recurso en simple órgano juzgador en primera instancia, al no haber existido en modo alguno un juicio válido ante el Juez *a quo,* independientemente de cuál fuera su resultado; situación que, no es ocioso ponerlo de manifiesto, no puede equipararse a la mera revocación de una Sentencia absolutoria de un Juez inferior por otra condenatoria dictada por un Tribunal superior.

Es, por lo demás, doctrina reiterada de este Tribunal desde la STC 28/1981 (fundamento jurídico 3.º) y que resulta complementaria de cuanto precede, que los derechos fundamentales deben apreciarse en cada instancia —en el mismo sentido, la STC 48/1986, fundamento jurídico 1.º— y garantizarse no sólo en el juicio de primera instancia sino también en fase de recurso (SSTC 53/1987, fundamento jurídico 2.º).

6. En definitiva, la Audiencia debió retrotraer lo actuado al momento procesal en que se convocó el juicio oral de instancia, como se solicitó oportunamente por el recurrente, en vez de enjuiciar directamente lo instruido, pues al actuar de esa manera se priva al recurrente de su derecho fundamental a una segunda instancia en el proceso penal, garantía constitucional que se deduce del artículo 24.2 de la Constitución y del artículo 14.5 del Pacto de Nueva York, y que venía prescrita por el legislador, al desarrollar dicho derecho, en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 10/1980.

II. LAS PARTES

LAS ACUSACIONES PARTICULARES Y POPULAR CARECEN DE LEGITIMACION PARA INSTAR CONDENA EN COSTAS.

STS (Sala 2.ª), 12 marzo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vigesimoquinto: El *decimoprimer motivo,* último de la acusación popular, por los cauces igualmente del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega la inaplicación de los arts. 109 y 111 del Código Penal.

El motivo se debe desestimar, con ratificación de la doctrina y criterio asumido por la Audiencia.

Por razón de la *grave disparidad entre la postura mantenida por las acusaciones particulares y popular*

y lo aceptado en la sentencia, resulta evidente la exclusión de la condena en las costas de tales acusaciones (SS. 15-3-1990 [RJ 1990, 2.489] y 6 abril y 4 mayo 1989 [RJ 1989, 4.049]).

La intervención de las partes acusadoras no ha sido ni mucho menos inútil o perturbadora. Antes al contrario ha permitido conocer interesantes criterios y posturas jurídicas, en problemas muy controvertidos. Mas no se puede calificarlas sin embargo como relevantes, *como determinantes de la acción judicial, del proceso judicial o del fallo judicial.*

En cualquier caso, la acción popular carece aquí de legitimación para solicitar y pedir cosa distinta de lo que es la pura acción penal. Carece de legitimación para instar una especial condena en las costas, como erróneamente acontece ahora, problema este del que volverá a tratarse cuando se hable de la responsabilidad civil del Estado.

Sobre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado

Primero: Las diversas alegaciones de los recurrentes en lo que se refiere a la posible responsabilidad civil subsidiaria del Estado, todas ellas con fundamento sustantivo en haberse infringido por la Sala de instancia lo dispuesto en el art. 22 del Código Penal, pueden ser distribuidas en sus planteamientos del siguiente modo: la acusación particular, en nombre y representación de José G. O. y otros, se refiere a esta cuestión en el motivo 5.º de la formalización de su recurso; la acusación particular de José Luis E. y otros, centra esta pretensión en el motivo 3.º de su recurso; y, finalmente la acusación popular hace lo propio al formalizar y desarrollar su motivo 10.º.

Antes de entrar en el conocimiento, examen y resolución de esa problemática, hemos de indicar con carácter previo lo siguiente: a) Que la pretensión formalizada en este punto del recurso por la acusación popular no puede ser tenida en cuenta al carecer esa parte de legitimación activa para propugnar pretensiones civiles derivadas de un delito, ya que su intervención en un proceso penal sólo puede entenderse y aceptarse en función de la defensa que pueda hacerse del restablecimiento de un orden social genéricamente conculcado, pero de forma alguna la acción popular puede pretender, por no estar dentro de su área competencial, la defensa de unos intereses que a la sociedad en general o a un grupo social más o menos amplio le son totalmente ajenos, como han de entenderse las indemnizaciones económicas que sólo afecten a unas concretas e individualizadas personas, víctimas directas de la acción criminal. Entender lo contrario sería tanto como admitir, por ejemplo, la legitimación procesal activa en un proceso civil a personas distintas de los implicados en el negocio jurídico objeto de debate y sometido a decisión judicial. Y es que, en definitiva, la posibilidad de ser incluidas en el entramado de un proceso penal a personas o entidades distintas de las afectadas por la acción delictiva (con independencia lógica del Ministerio Fiscal), constituye una situación de carácter excepcional, proclamada

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

por el art. 125 de la Constitución, que se concede a toda la ciudadanía sin distinción alguna, pero que, precisamente por ello, debe ser aceptada e interpretada en sus justos términos y nunca con carácter expansivo a otras áreas diferentes a las puramente sociales y públicas. b) Tampoco puede ser tenido en cuenta el motivo 5.º de la acusación particular en nombre de José G. O. y otros dos más, ya que por lo expuesto anteriormente en esta sentencia no son afectados por la acción criminal, ni, por ende, pueden ser sujetos activos de la reclamación civil procedente de ella. c) En cambio, debe darse respuesta adecuada al motivo 3.º de la acusación particular de José Luis E. y nueve más, ya que, aun manteniendo los razonamientos contenidos en el apartado noveno de la sentencia, la realidad es que, como a continuación veremos, la pretensión formulada la hemos de basar en los hechos probados, sin modificación alguna de los mismos, ni incorporación a la narración fáctica de otros diferentes.

NO EXIGENCIA DE FIANZA CUANDO EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR SE REALIZA EN UN PROCESO EN CURSO Y DICTADO EL AUTO DE PROCESAMIENTO.

STS (Sala 2.ª), 12 marzo 1992

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: (...)

La común base argumental de los tres motivos del recurso ha provocado el examen conjunto de todos ellos, y sobre la primera alegación —inexistencia de querella en sentido formal— parece olvidarse que el Legislador —tratándose de delito público— no ha limitado la acción popular al derecho de pedir la incoacción del proceso penal mediante querella, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas personándose en los términos prevenidos en el art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir mostrándose parte como adhesión, en nombre de la ciudadanía, a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal a la formulación de querella.

La exigencia de fianza, impuesta por el art. 280 de la Ley Procesal citada, constituye requisito de admisibilidad de la querella cuando ésta es medio de iniciación del procedimiento penal, pero cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso y dictado el auto de procesamiento —supuesto contemplado en esta causa— la necesidad de tal requisito no parece ser razonable. Basta hacer referencia a su finalidad que es, de una parte, siguiendo el precedente histórico del llamado juramento de calumnia, la de constituir un freno a la acusación calumniosa, y, de otra, asegurar las posibles responsabilidades que pudiera contraer el querellante por desistimiento o renuncia de la querella o por las costas; razones, todas ellas, válidas cuando el procedimiento nace o se inicia como consecuencia exclusiva de la querella, no cuando está iniciado e indicadas las responsabilidades de un

sujeto a través del auto de procesamiento, en que los términos acusación calumniosa y conducta maliciosa o temeraria del querellante —en un proceso que no ha sido puesto en marcha por él— se muestran como carentes de sentido.

En definitiva, la acción popular carece de un vicio o irregularidad «ab origine» que se propague a la acusación que sirve de sostén al pronunciamiento condenatorio de la sentencia de instancia; y, consecuentemente, no ha existido infracción de los preceptos constitucionales invocados en los tres primeros motivos del recurso, que deban ser desestimados.

EL PERJUDICADO QUE NO SE CONSTITUYÓ COMO PARTE EN EL JUICIO ABREVIADO POR DESCONOCER EL CAMBIO DE PROCEDIMIENTO PUEDE APELAR LA SENTENCIA.

STS (Sala 1.ª), 66/1992, de 29 de abril

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto del presente recurso de amparo lo constituyen las resoluciones judiciales del Juzgado de Instrucción núm. 3 y de la Audiencia Provincial de Salamanca que vedaron el acceso del recurrente al recurso de apelación interpuesto frente a la Sentencia de 16 de junio de 1989, dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Salamanca en el procedimiento abreviado núm. 16/89. Frente a la alegación del recurrente de que en dicho procedimiento no le había sido realizado el preceptivo ofrecimiento de acciones previsto en los arts. 109 y 110 L.E.Crim., ni había sido citado al acto del juicio, las resoluciones impugnadas basaron la inadmisión del recurso de apelación, en el que el recurrente quería sostener la nulidad de la Sentencia citada, en el hecho de que el ofrecimiento de acciones —aun cuando el Juzgado de Instrucción no tuviera conocimiento de ello hasta después de dictar Sentencia y una vez presentado el recurso de apelación— sí había sido realizado, por lo que, en consecuencia, el recurrente no se personó en tiempo hábil, ya que el art. 110 L.E.Crim. impide al perjudicado mostrarse parte en la causa después del trámite de calificación. Por todo ello, el recurso de apelación debía considerarse extemporáneo y la Sentencia debía reputarse firme. En el fondo del recurso de amparo late, pues, una imputación de indefensión por privación del derecho al recurso legalmente establecido, causada por las resoluciones impugnadas al inadmitir el recurso de apelación presentado con base en un motivo arbitrario. De este modo, el presente recurso de amparo se contrae a determinar si la inadmisión del recurso por los órganos judiciales fue razonable, pues en caso contrario se habría conculcado el art. 24.1 C.E., ya que, como este Tribunal ha afirmado, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface mediante un pronunciamiento que resuelva motivadamente la cuestión litigiosa planteada o que decida su inadmisión a trámite como conse-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cuencia del incumplimiento de alguno de los requisitos procesales establecidos por el legislador para la válida interposición de los recursos, requisitos cuya apreciación corresponde a los órganos judiciales en el ejercicio de la función que tienen constitucionalmente asignada (SSTC 100/1988 y 168/1988, entre otras), si bien la interpretación de los mencionados requisitos ha de efectuarse por el órgano judicial en la norma que sea más favorable a la efectividad del derecho consagrado en el art. 24.1 C.E. (SSTC 1/1989, 20/1989 y 50/1990, entre otras), de modo que no basta para entender respetado dicho derecho fundamental una resolución que, aunque formalmente razonada, recoja un fundamento arbitrario o irrazonable (por todas, STC 199/1988).

2. En el presente caso, la cuestión no estriba en la existencia o inexistencia del ofrecimiento de acciones al recurrente; ni siquiera estriba en si el ofrecimiento, aun realizado, era desconocido por el juzgador en el momento de dictar Sentencia. Del examen de las actuaciones se deduce que el ofrecimiento, cuando el asunto se encontraba todavía en el Juzgado de Distrito de Alba de Tormes, fue realizado al recurrente por el Juzgado de Distrito núm. 3 de Salamanca en vía de auxilio judicial. Asimismo, también está claro que el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Salamanca sólo tuvo conocimiento de la efectiva realización de la diligencia de ofrecimiento de acciones con posterioridad a dictar Sentencia y una vez presentado el recurso de apelación. Los órganos judiciales razonan que, existiendo dicho ofrecimiento y no habiéndose personado el recurrente antes del trámite preclusivo de calificación señalado en el art. 110 L.E.Crim., se ha respetado el derecho del recurrente a tener la oportunidad de ser oído y que, por tanto, sólo a su inactividad es imputable la improcedencia del recurso de apelación al no haberse mostrado tempestivamente parte en la causa.

No puede ponerse en duda la corrección que dicha afirmación tiene con carácter general. Ahora bien, concurre en el presente caso una circunstancia que modifica radicalmente la razonabilidad del argumento utilizado en las resoluciones impugnadas. Dicha circunstancia es la de que el ofrecimiento de acciones efectivamente llevado a cabo, se realizó en un procedimiento que, por su propia naturaleza, pudo razonablemente inducir al recurrente a entender que no era necesaria su personación posterior en la causa de forma independiente y separada en su comparecencia en juicio. Dicho de otro modo, el ofrecimiento de acciones se hizo en un procedimiento de juicio de faltas, y en esta clase de juicio, a diferencia del procedimiento abreviado o del procedimiento ordinario, es facultativa la intervención de Abogado y Procurador, siendo el acto del juicio el momento procesal adecuado para que el perjudicado pueda mostrarse parte y ejercitar sus acciones, de modo que el Juez tiene la obligación de citarle al acto del juicio al no haber precluido la facultad de mostrarse parte. En este caso, como se ha dicho, el ofrecimiento de acciones se realizó en un momento en que se sustanciaba un juicio de faltas, pero con posterioridad —y sin comunicarlo al interesado— se remitieron las actuaciones al Juzgado de Instrucción en atención a la aparente gravedad de las lesiones y se produjo un cambio en el procedimiento, que pasó a tramitarse por los cauces del procedimiento abreviado. Es razonable pensar que el recurrente —que no renunció expresamente al ejercicio de la acción penal ni de la civil— confiara en ser citado al acto del juicio conforme a las normas del procedimiento que creía seguían rigiendo la tramitación de la causa. De este modo, la inadmisión del recurso de apelación con base en la forma preclusiva para mostrarse parte, cuya observancia al recurrente no le era exigible por desconocer el cambio de procedimiento efectuado, supone una aplicación contraria a la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su faceta en este caso del derecho a los recursos legalmente establecidos. Una interpretación de las normas sobre requisitos del recurso de apelación más acorde con el derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 C.E. debería haber conducido al Juzgado de Instrucción o a la Audiencia Provincial, ante la ausencia de un nuevo ofrecimiento de acciones y dada la falta de constancia de que el recurrente conociese el curso de los autos por otros medios, a admitir el recurso de apelación interpuesto con el fin de que, mediante la sustanciación del mismo, se pudiese analizar y resolver lo procedente sobre la nulidad de la Sentencia y la retroacción de actuaciones solicitada por el recurrente al presentar dicho recurso.

III. INSTRUCCION PENAL

La falta de intervención del secretario judicial en la diligencia de entrada y registro no es subsanable. Valor de las actuaciones de los funcionarios judiciales.

STS (Sala 2.ª), 24 marzo 1992

Fundamentos de Derecho

Segundo: Es constante, salvo alguna resolución aislada, la doctrina jurisprudencial de esta Sala expresiva de la irregularidad y consiguiente ineficacia probatoria de la diligencia de registro domiciliario practicada sin intervención del Secretario judicial ordenada en el párrafo cuarto del art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (entre otras, Sentencias, muy recientes, 4 octubre, 12 noviembre y 16 diciembre 1991 [RJ 1991, 7.270, 8.048 y 9.350] y 27 enero y 3 febrero 1992 [RJ 1992, 457 y 870]). Como señala la citada S. 16-12-1991, la ausencia en la práctica del Secretario judicial *«hace totalmente inválida e irregular tal diligencia conforme a lo prevenido en el art. 238.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio* (RCL 1985, 1.578, 2.635 y ApNDL 8.375), *del Poder*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Judicial». La también citada S. 3-2-1992, siguiendo la doctrina de las SS. 29 enero y 16 diciembre 1991, también declara literalmente que *«La falta de intervención del Secretario tara la diligencia, ofreciéndose como prueba irregular carente de operatividad,* motivando la pérdida de valor documental público de la misma, *con total falta de virtualidad a efectos probatorios de cuanto se relate en ella»*. La doctrina es, pues, inequívoca y por ello el único problema que fluye en trance resolutorio es el de determinar si esta carencia total de eficacia probatoria es o no convalidable o si, por el contrario, sólo sustituible para fundar la condena de pruebas de otro signo obrantes en la causa.

Tercero: Establecida la ineficacia absoluta de la diligencia de registro domiciliario y su resultado probatorio representado por el denominable de forma plástica «hallazgo» del «corpus delicti» es forzoso plantear el interrogante relativo a si tal sedicente prueba puede o no convalidarse. Varias son las notas que en una primera aproximación al tema pueden conducir a la conclusión negativa. Prescindiendo de antiguos brocardos medievales que en definitiva son reconducibles a la afirmación escolástica expresiva de que «ex nihilo nihil facit», lo cierto es que de ello resulta: a) Que una cosa es la convicción judicial obtenible con arreglo a la norma contenida en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otra —radicalmente distinta— es que en la hermenéutica del ordenamiento jurídico con arreglo a la Constitución que impone el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la valoración de la prueba no esté precisada de verificarse con cientificidad y atendiendo a las exigencias lógicas y de la común experiencia. Tras la promulgación y vigencia de la norma fundamental no cabe ya hablar de «arcanos de la conciencia» o imágenes similares. La motivación exigida por el art. 120.3 de la CE se proyecta básicamente, cuando de la sentencia penal se trata, en la justificativa del juicio de culpabilidad: entendido como existencia de un acaecimiento histórico o perteneciente al pasado al que se conecta la intervención, activa o pasiva en el mismo del inculpado o imputado. b) Naturalmente, esta premisa conduce a otra. Sólo la prueba obtenida de manera regular es apta para ser estimada como tal prueba de signo incriminatorio o de cargo. Si un medio de prueba no atiende a su producción a tal exigencia, obvio resulta que no sólo es contrario a la norma preceptiva conforme a lo con carácter general establecido en el art. 6.3 del Código Civil, sino que por el mismo efecto propio de la nulidad absoluta carece de la posibilidad abstracta de convalidación o sanación.

Cuarto: Atendiendo a lo expresado en los dos fundamentos que anteceden, es obvio que ciertas afirmaciones contenidas en las muy recientes y ya citadas SS. 27 enero y 3 febrero 1992, en cuanto su motivación pudiera hacer llevar a la conclusión de que la declaración testifical en el acto del plenario o juicio oral «convalidaba» o «sanaba» las irregularidades productoras de la nulidad de la diligencia de registro no pueden ser ratificadas,

como ya declaró por lo demás la Sentencia de esta Sala 16-12-1991. La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en su normativa tres grupos de actuaciones de los funcionarios policiales, a los que por lo demás impone el deber (párrafo tercero del art. 297) de *«observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen»*, que son:

1.ª) Manifestaciones que hicieren a consecuencia de las averiguaciones que hubieren practicado, que según lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 297 citado «se considerarán denuncias para los efectos legales».

2.ª) Las demás declaraciones, en cuanto *«se refieran a hechos de conocimiento propio»* (art. 297, segundo, citado). Con esta norma se conecta de manera obvia el ámbito posible de la testificación de tales funcionarios en el juicio oral que previene el art. 717 de la tantas veces citada Ley procesal.

3.ª) Actuaciones que no son propiamente policiales, sino sustitutivas por delegación (el término está expresamente utilizado por el art. 572 de la referida Ley); en las que no cabe duda que el representante actúa como podría hacerlo el representado: en este caso el juez de instrucción.

Quinto: Estas tres premisas desbrozan el interrogante contenido en el «thema decidendum» de éste o similares recursos. Las diligencias de averiguación simplemente emiten conclusiones derivadas de la investigación policial. Como tales carecen por propia naturaleza de sustancia probatoria y por ello la norma sólo les otorga el carácter de denuncia. Los hechos de «conocimiento propio» se insertan en la esfera propia ónticamente del testimonio. *Conocer es dar razón de algo que uno no protagoniza,* o del que uno no es actor. Trasladando esta idea central al tema de examen, el agente policial puede dar verificación de hechos que ve, o presencia. Por ejemplo: ve a un presunto delincuente arrojar una bolsa conteniendo sustancia tóxica por la ventanilla de un vehículo, es sujeto pasivo de un acometimiento con vehículo o en el registro de un vehículo halla escondido un paquete conteniendo armas de fuego o sustancias tóxicas. Tales casos no están provistos de la cobertura proporcionada por las «formalidades legales» y por tanto en ellos el agente policial actúa de manera propia de su específica misión pero no como protagonista del acto que da testimonio de ocurrencia.

Contrariamente, cuando el funcionario policial actúa como delegado del juez instructor, su actuación se transmuta en actividad judicial y la diligencia se convierte en sumarial. De igual modo que al juez afecta la norma general contenida en el art. 321 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, expresiva de que los jueces formarán el sumario ante sus Secretarios, la fiabilidad de la diligencia probatoria descansa en el cumplimiento de la exigencia apuntada de fe pública judicial. Y si no sería hipotéticamente concebible la sanación de una diligencia de inspección ocular practicada por el juez sin el concurso autorizante del secretario por la asistencia al plenario de aquél como testigo que otorgase eficacia al acto irregular, por la misma razón debe negarse de manera decidida la posibilidad de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sanación a una pretendida declaración testifical que no versase sobre hechos de conocimiento propio, sino para tratar de convalidar una actuación (no el conocimiento por el mismo de algo ajeno), aunque con carácter delegado de tipo judicial.

En consecuencia, al ser la prueba pretendidamente tomada en cuenta como de cargo ilegítima o ilegalmente obtenida, procede estimar el recurso al no ser posible estimar enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la Constitución.

NO PUEDEN TESTIFICAR LOS AGENTES QUE PRACTICARON LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO SIN INTERVENCIÓN DEL SECRETARIO JUDICIAL: ES NULA DE PLENO DERECHO. VALIDEZ DE LA PRUEBA POR INDICIOS: NECESIDAD DE QUE SEAN VARIOS, PROBADOS Y RAZONADOS.

STS (Sala 2.ª), 31 marzo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: La queja genérica que subyace en el recurso viene referida a la violación de derechos fundamentales, empezando por la presunción de inocencia y acabando con la alegación de vulneración del derecho a un proceso justo y, como enseguida se verá, a determinadas irregularidades en la práctica de las diligencias a las que más adelante se hará referencia.

No parece necesario insistir en que no sólo la prueba directa es apta para dar cobertura legítima a una condena en el orden penal, también la indirecta, circunstancial o por indicios puede serlo; a veces, incluso, con más fuerza de convicción, sobre todo cuando la primera se asienta en una única prueba testifical. La diferencia esencial no es, pues, de intensidad, sino que radica en el hecho de que en la segunda el juzgador debe razonar cuál sea el hilo conductor que, a partir de los indicios, que deben ser varios y absolutamente probados, lleva a la declaración de condena.

En este caso, la sentencia es digna de elogio. Veamos su apoyatura: testigos que vieron cambiar dinero por «algo pequeño» que el procesado entregaba después de ir a la huerta y a los terrenos próximos en una actitud de cautela y precaución, propias de quien realiza algo prohibido. Estas manifestaciones fueron absolutamente válidas y fueron asumidas por el juzgador, después de ver y oír a los testigos, de una manera inmediata y con posibilidad de ser interrogados por las partes en el proceso (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y no se puede decir con eficacia que destruya el indicio, que la distancia hacía difícil la observación, cuando se afirma, precisamente como hecho probado, que los testigos, Agentes de la Autoridad, estaban provistos de prismáticos. Otros testigos, que reconocen haberse pinchado después de haberse entrevistado con el procesado recurrente, fueron igualmente, piezas muy importantes en la construcción final de la sentencia condenatoria, como

lo fue el hallazgo de la heroína en el terreno colindante. Deducir de las manifestaciones de unos y otros testigos, con distinta significación y alcance, y del descubrimiento de la heroína, la realidad de la posesión de la droga preordenada al tráfico, es una operación intelectual que no puede de ninguna manera ser tildada de ilógica o de contraria a las reglas de la experiencia que, por desgracia, en este concreto campo del tráfico de drogas, son objeto de aplicación a diario.

Como suele ser frecuente, el hecho de que el Tribunal de instancia absolviera del delito de tenencia ilícita de armas, encontradas en esos mismos alrededores, lleva al recurrente a insistir en la especie de contradicción que, a su juicio, existe entre la condena por tenencia de drogas y la absolución por la posesión de armas. Pero el dato tiene otra lectura, como inteligentemente señaló el Ministerio Fiscal: la reflexión concienzuda del juzgador «a quo» se encuentra en unos indicios cuyo correlato pone de relieve, y nosotros hemos recordado, el camino correcto de declarar la tenencia preordenada al tráfico y aquellos otros indicios o circunstancia que, conectados a contraindicios, respecto a las armas, le llevan a la absolución, teniendo en cuenta, además que en el orden penal es siempre de aplicación el principio universal «in dubio pro reo».

Nada hay que destacar respecto a la irregularidad que el recurrente pretende encontrar respecto al registro de fincas colindantes, lugares que no están sujetos a las exigencias de entrada en un domicilio, cuya intimidad ha de salvaguardarse con todo rigor por ser el último y más definitivo reducto de la persona humana en sus más amplias y profundas dimensiones.

Por otra parte, ni la Constitución Española, ni los instrumentos internacionales más significativos, así los arts. 5 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 4-11-1950 (RCL 1979, 2.421 y ApNDL 3.627), ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19-12-1966 (RCL 1977, 893 y ApNDL 3.630), en sus arts. 9 y 14, contemplan la exigencia de asistencia letrada en este concreto supuesto, como parece afirmarse en el recurso.

Aunque expresamente no se cita en el recurso, implícitamente, en las invocaciones genéricas hay que entender comprendida con él la queja frente a las presuntas irregularidades de la entrada y registro en el domicilio del procesado, al no haber asistido a la diligencia el Secretario judicial y no haber estado presentes los testigos durante la realización de aquélla.

Ciertamente que una diligencia de entrada y registro en un domicilio sin la presencia del Secretario es nula de pleno derecho por ser éste el único funcionario competente en el orden judicial para dar fe con plenitud de efectos. De ahí la importancia y alta significación de las funciones del Secretario judicial, garantizador también del cumplimiento de las exigencias legales, aunque si hay mandamiento judicial, con toda obviedad, no se produce vulneración constitucional

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

alguna que puede incluso llevar aparejada, y ello dependerá, con toda obviedad, de las circunstancias concurrentes, la correspondiente responsabilidad penal (véase art. 18.2 de la Constitución y art. 281.1, entre otros, de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En estas circunstancias carece de relieve la presencia o no de los testigos durante la realización de la diligencia, a salvo lo que luego se dirá.

Existiendo mandamiento judicial, el tema ha de situarse, desde luego, en sede de legalidad ordinaria, de acuerdo con las correspondientes resoluciones del Tribunal Constitucional. Y de ello se deduce, por lo pronto, que de tal diligencia no pueden ya derivarse los efectos de prueba preconstituida que habiendo asistido el Secretario judicial tendría, lo que no es óbice a que el propio imputado o los imputados y los testigos puedan, en el acto del juicio oral, declarar respecto de lo que vieron y oyeron en aquella diligencia como en cualquier otro momento de sus vidas, sin que en esta fórmula general puedan entrar los Policías actuantes en tan anormal diligencia —aunque ninguna imputación haya de hacérseles por ser ajena a ellos la irregularidad— porque al haber actuado como delegados del Juez de Instrucción (Cfr. art. 572 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) intervinieron en un acto judicial nulo de pleno derecho, sin posibilidad de sanarse a través de sus propias declaraciones porque, de hacerlo, estarían tachados de parcialidad objetiva puesto que, cuando ellos mismos fueron los que protagonizaron un acto nulo, mal pueden con sus propias manifestaciones, que forman parte de la propia sustancia del acto, depurar el vicio radicalmente insubsanable por ser el acto nulo de pleno derecho, como ya se anticipó.

Es cierto que la doctrina de esta Sala no es absolutamente unánime. El punto de disidencia, más aparente que real, pues depende mucho del tema que se somete a su consideración y de cómo se somete, se ofrece precisamente en la posibilidad de que el Tribunal «a quo» pueda o no llegar a valorar como prueba el testimonio de los Policías que actuaron en la diligencia de entrada y registro, pues es general y unánime la afirmación de esta Sala de que los testigos, imputados y coimputados sí pueden comparecer y sus declaraciones ser válidas en el sentido tradicional de la expresión. Es decir, si el inculpado reconoce ante el Juez que en su domicilio, cuyo registro a efectos jurídicos se reputa nulo, como ya se ha dicho, tenía una balanza de precisión o un dinamómetro y tales y cuales sustancias, aunque afirme que eran para su propio consumo, es obvio que el Juzgador podrá inferir de tales manifestaciones el ánimo de traficar al unir lo que el acusado dice con la realidad que le rodea. Y otro tanto hay que decir de los testigos. No sucede lo mismo con los Agentes de Policía, no, por supuesto, por ninguna reserva especial frente a sus declaraciones, que sería contrario al mandato inequívoco del art. 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y contrario también al reconocimiento de la difícil tarea que tienen encomendada (Cfr. art. 104 de la Constitución), sino para preservarla de cualquier tipo de sospecha de parcialidad objetiva en parecidos términos, salvando las correspondientes distancias, a lo que sucede con la llamada contaminación procesal de los Jueces. El Juez, cuya resolución se declara nula por quebrantamiento de forma, no puede intervenir en el nuevo enjuiciamiento, si ha de celebrarse otra vez el juicio oral, no por recelo alguno frente a su rectitud y honorabilidad, sino porque, desde el punto de vista psicológico, es muy difícil que se encuentre en condiciones de realizar su tarea con la plenitud de objetividad deseada y deseable.

Salvando las diferencias, que sin duda existen, sería parecido a que se quisiera utilizar el sistema corrector de un vicio insubsanable frente a una declaración del imputado ante la Policía sin cumplimentación de las exigencias mínimas indispensables, a través de la declaración de los propios Policías que la recibieron (v. sentencias de esta Sala de 29 enero, 4 octubre, 12 noviembre, 3 y 16 diciembre 1991 [RJ 1991, 455, 7.270, 8.048, 8.968 y 9.350]).

En este sentido hay que citar la S. 29 enero, con cita de las SSTC 114/1984, de 29 noviembre (RTC 1984, 114) y la 64/1986, de 21 mayo (RTC 1986, 64), que se refiere a la vulneración de las garantías que obligatoriamente establece la Ley Procesal Penal para que la entrada y registro en el domicilio de un particular lo sea formalmente y de ella puedan derivarse consecuencias jurídicas, y la de 4 octubre que declara que la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige con claridad meridiana la presencia siempre del Secretario que no puede ser más que uno, el judicial.

También la de 12 noviembre advierte de los requisitos esenciales respecto del mandamiento y reflexiona sobre el valor probatorio que ha de tener la diligencia, desprovista de su autenticidad ante la no presencia del Secretario judicial.

La S. 3-12-1991 afirma que la actuación del Secretario es una exigencia esencial del procedimiento y que su falta dará lugar a la nulidad del acto, según se desprende del art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No nos encontramos, dice, ante una prueba irregularmente obtenida, sino ante un acto judicial viciado de nulidad, nulidad que afecta a todo el acto y a toda la realidad material que arroja el contenido del acta. La presencia a posteriori de los Agentes de Policía, que efectuaron el registro y entrada sin la presencia del Secretario judicial, consignado en las sesiones del juicio oral, no puede subsanar los defectos de nulidad ya producidos. Sería, se dice, un verdadero fraude de ley, consistente en la indefensión de la parte acusada, que la diligencia viciada subsanara su efectividad por medio de la declaración testifical de los que intervinieron en su práctica.

La de 16 diciembre destaca la idea de inviolabilidad que regula el art. 18.1 de la Constitución para el domicilio de las personas, expresión sólo utilizada con relación al Rey en el art. 56.3, a las Cortes Generales en el 66.3 y a los Diputados y Senadores en el art. 71, y recuerda el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ApNDL 3.626) y el 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, el 8.1 del Convenio para

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y nuestro propio Código Penal. En definitiva, los Autos del Tribunal Constitucional de 16-3-1988 y 11-3-1991 han conducido el problema a la legalidad ordinaria si el mandamiento judicial existe, debiendo precisamente esta Sala fijar las consecuencias de la ausencia del Secretario Judicial.

En resumen, la doctrina jurisprudencial de esta Sala es expresiva, en general, de la grave irregularidad y consiguiente ineficacia probatoria absoluta de la diligencia de registro domiciliario practicado sin intervención de Secretario judicial, ordenada en el párr. 4.º del art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como dice la sentencia de esta Sala de 26-3-1992, recordando otras recientes como las de 4 octubre, 12 noviembre y 16 diciembre 1991 y 27 enero y 3 febrero 1992 (RJ 1992, 457 y 870).

A esta S. 26 marzo nos remitimos íntegramente. Cuando el funcionario policial actúa como delegado del Juez Instructor, su actuación se transmuta, de alguna manera, en actividad judicial y la diligencia adquiere, por consiguiente, este carácter. Si el Juez debe de formar el sumario ante el Secretario, sería absurdo que una diligencia esencial, como la entrada y registro en un domicilio, pudiera tener validez con la sola asistencia de la Policía, como lo sería que sin ella, es decir, sin la presencia del Secretario, pudiera sanarse la deficiencia, que es, en definitiva, determinante de nulidad, por la declaración testifical de quienes la llevan a cabo.

Pero en este caso, cualquiera que sea la solución que se dé al tema, y ya han quedado fijadas las ideas esenciales, no existe problema alguno, tomando en consideración que las pruebas que el Tribunal utilizó para la condena se produjeron absolutamente extramuros de esa diligencia, como ya quedó explicado.

IV. ACTIVIDAD ALEGATORIA

PRINCIPIO ACUSATORIO Y HOMOGENEIDAD.

STS (Sala 2.ª), 10 junio 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: De lo antes expuesto se deduce la necesidad de rechazar también el motivo 2.º en el que se alega infracción de precepto constitucional, concretamente del art. 24 de la CE (RCL 1978, 2.836 y ApNDL 2.875) (derecho a ser informado de la acusación —párr. 2— con indefensión —párr. 1—), porque se acusó por atentado y se condenó por desacato, con lo que la defensa —se dice— no pudo articularse respecto de esta concreta imputación, pues dedicó todo su esfuerzo a descartar el delito concreto por el que fue acusado sin haber podido alegar nada contra la concurrencia de la infracción por la que luego se condenó.

El sistema acusatorio que informa el proceso penal español, particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, reforzado en nuestro país desde la vigencia del nuevo sistema democrático instaurado por la Constitución de 1978, la cual confiere rango de derechos fundamentales a las garantías procesales que recogen en su art. 24, exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga la oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado.

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

Pero esto no quiere decir que todos los elementos que ha de contener un escrito de calificación de la parte acusadora conforme a lo dispuesto en el art. 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o las modificaciones que pudieran introducirse después en el acto del juicio oral, sean igualmente vinculantes para el Juzgado o Tribunal que ha de sentenciar. De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso, y, en consecuencia, capacidad para vincular al juzgador en aras de la necesaria congruencia.

Por un lado, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo, y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa.

Esta base fáctica de la acusación vincula al Tribunal de modo que éste no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; pero no puede traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener trascendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

El otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación.

La clase de delito, si éste fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por Ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o de participación diferente, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación.

Estos dos componentes de la acusación, el *conjunto de elementos fácticos* y su *calificación jurídica,* conforman el *hecho punible* que constituye el objeto del proceso penal, el cual sirve para delimitar las facultades del Tribunal en orden a la determinación de la correspondiente responsabilidad criminal, porque, si se excediera de los límites así marcados, ocasionaría indefensión al imputado que no habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado.

Cuarto: En el caso presente no se ha suscitado problema alguno con relación al hecho en sí mismo considerado como elemento delimitador del objeto del proceso penal, y ello ha sido así porque con claridad aparece que la sentencia de la Audiencia no añadió ningún dato fáctico sustancial al relato de hechos que formularon las acusaciones en sus correspondientes calificaciones, las cuales sirvieron para concretar la imputación de la que después se pudo defender y defendió el acusado.

El recurso plantea su denuncia de violación del principio acusatorio en relación con la calificación jurídica, pues, efectivamente, se condenó por delito de desacato cuando se había acusado por el de atentado.

En este caso, como en otros muchos, no puede establecerse «a priori» una afirmación de homogeneidad entre ambas especies de delito cuando se acusa por el más grave, se condena por el más leve y hay identidad en el bien jurídico protegido entre ambos.

La homogeneidad viene determinada por la acusación en concreto formulada y la sentencia en concreto pronunciada, de tal modo que podrá afirmarse que concurre esa homogeneidad cuando la semejanza entre acusación y sentencia sea tal que pueda decirse que el imputado pudo defenderse de todo aquello por lo que se le condenó, porque de todo ello había sido antes acusado. En estos casos es la indefensión lo esencial para determinar si se ha producido o no lesión del derecho fundamental.

Así la doctrina de este Tribunal ha dicho que hay tal homogeneidad entre una acusación por receptación y una condena por encubrimiento del núm. 1.º del art. 17 (Sentencia de esta Sala de 11-5-1990 [RJ 1990, 3.907]), y entre robo y el hurto, supuesto al que también se refiere la sentencia antes citada, y en otros muchos casos en que el bien jurídico atacado es el mismo y se condena por un delito castigado con igual o inferior pena porque no concurre algún elemento exigido para aquel delito por el que se acusó (por ejemplo, la fuerza en el robo) y, sin embargo, sí están presentes los exigidos para aquel otro por el que se condenó (todos los del hurto), negándose reiteradamente tal homogeneidad entre el robo y la receptación, precisamente porque los hechos conformadores de una y otra infracción penal son diferentes (SS. 18 diciembre, 20 septiembre y 18 septiembre todas de 1991 [RJ 1991, 9.494, 6.502 y 6.431], entre otras muchas).

En el supuesto ahora examinado, en el hecho relatado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular en sus calificaciones respectivas, se imputa al ahora recurrente una conducta compleja que comprende hechos que aisladamente considerados podían integrar, unos el delito de desacato (los insultos que se detallan y las amenazas de muerte) y otros un atentado (el colocarse delante de la puerta impidiendo la salida del bar al Alcalde Pedáneo, y el zarandearle y empujarle).

Ante tal complejidad, el Ministerio Fiscal acusó sólo por el atentado, estimando, correctamente, que en estos concretos supuestos de progresión en el ataque a un mismo bien jurídico, cuando la acción es única, sólo debe calificarse por el delito más grave que absorbe a los otros de menos entidad.

Pero la Audiencia, como ya se ha dicho, entendió que los actos de agresión física que quedaron probados en el juicio oral carecían de significación suficiente para integrar el delito de atentado y condenó por desacato estimando que el hecho no sobrepasaba la gravedad propia de las ofensas injuriosas o intimidatorias, reputándolas además de carácter no grave y condenando por el inciso 2.º del párr. 2 del art. 240.

No hubo, por tanto, violación del principio acusatorio al realizar la Audiencia ese cambio de calificación jurídica respecto de aquello por lo que había acusado el Ministerio Fiscal, pues es claro que la acusación comprendía todos aquellos elementos de los cuales tenía que defenderse el imputado y de hecho éste se defendió, y con eficacia, por cierto, con tanta eficacia, que consiguió una condena notoriamente más leve que la solicitada por las acusaciones.

Hubo en el caso homogeneidad entre ambos delitos, al encontrarse los dos en la misma línea del bien jurídico protegido, y habiéndose condenado por una infracción más leve en base a los mismos hechos por los que se acusó, de modo semejante a lo que ocurre cuando se acusa por robo y se condena por hurto al no probarse la concurrencia de la violencia o intimidación en las personas o la fuerza en las cosas.

Por todo ello, ha de entenderse que fueron respetados los derechos fundamentales del art. 24 de la CE, y el motivo 2.º del presente recurso ha de rechazarse.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO ACUSATORIO EN TODAS LAS INSTANCIAS ALCANZA TAMBIÉN AL JUICIO DE FALTAS.

STC (Sala 1.ª), 100/1992, de 24 de julio

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El examen de las actuaciones muestra claramente que en el juicio de faltas no se formuló acusación alguna contra el hoy demandante de amparo, ya que el Ministerio Fiscal pidió la absolución de ambos denunciados y el Letrado de la señora Chico se mostró conforme con dicha petición. No cabe oponer frente a ello, como pretende la representación de la Compañía de Seguros en su escrito de alegaciones, que desde el primer momento hubo acusación por el hecho de que en dicho acto don Antonio Chico López, propietario del vehículo conducido por doña Nuria Chico Gómez, manifestara que reclamaba una indemnización por los daños causados al vehículo de su propiedad. Este Tribunal ha declarado en su STC 47/1991 que el debido respeto al principio acusatorio requiere que se exteriorice la pretensión punitiva, sin que sea posible admitir una acusación implícita (en el mismo sentido, SSTC 163/1986 y 168/1990). Y no otra cosa supondría la petición expresada por don Antonio Chico López, pues no cabe entender que se solicita expresamente una condena por la simple manifestación de que se reclama una cantidad económica (que no es sino una petición de reparación material del perjuicio sufrido) cuando la misma no se acompaña de imputación de infracción, de petición de sanción o de castigo, ni de reproche penal alguno (STC 47/1991). Por lo demás, así lo entendió correctamente la Sentencia de instancia al fundamentar la absolución del recurrente única y exclusivamente en el hecho de que contra él no se había formulado acusación.

2. Sentado, pues, que no hubo acusación contra el hoy demandante de amparo en el juicio de faltas, la cuestión esencial que se plantea en el presente recurso es la relativa a si la Sentencia dictada en apelación, por la que se le condenó como autor de una falta de imprudencia simple con resultado de daños del art. 600 del Código Penal a la pena de 5.000 pesetas de multa, ha supuesto o no una ruptura del principio acusatorio causante de indefensión.

Para resolver adecuadamente esta cuestión debemos recordar que, frente a lo mantenido por el Juez *ad quem,* este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones la plena vigencia del principio acusatorio en relación con el juicio verbal de faltas (entre otras muchas, SSTC 54/1985, 53/1987, 53/1989, 168/1990 y 47/1991). Dicho está con ello que no puede suscribirse la idea expresada en el primer fundamento jurídico de la Sentencia impugnada según la cual dicho principio no tendría la misma virtualidad en este tipo de procedimientos, pudiendo el Juez de instancia resolver con plenitud de jurisdicción sin vinculación a las peticiones de absolución o de condena formuladas por el Ministerio Fiscal. No cabe duda de que en el caso de autos, al fundar el Juez de Distrito la absolución del recurrente precisamente en el hecho de que contra él no se había formulado acusación alguna, respetó el principio acusatorio. Pero lo que importa saber es si la acusación formulada más tarde por doña Nuria Chico Gómez en su recurso de apelación es suficiente para entender subsanada la falta de acusación en la primera instancia. Dicho de otro modo, se trata de determinar si la admisión por el Juez de apelación de una acusación que no fue formulada en primera instancia —y la subsiguiente condena del hoy recurrente con base en dicha acusación tardía— ha vulnerado o no las exigencias propias del principio acusatorio.

Es obligado dar una respuesta afirmativa a la citada cuestión. Este Tribunal ha declarado que el principio acusatorio debe respetarse en cada instancia, lo que significa que así como no basta con la acusación formulada en primera instancia si no vuelve a formularse en la segunda, tampoco puede admitirse que una acusación introducida por primera vez en apelación venga a sustituir a una acusación no formulada en primera instancia. Y éste es precisamente el caso que ahora nos ocupa, por lo que ninguna duda ofrece que no se han respetado las exigencias propias del principio acusatorio.

V. LA PRUEBA

DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: MÍNIMA ACTIVIDAD PROBATORIA NECESARIA PARA DESVIRTUARLA.

STS (Sala 2.ª), 4 diciembre 1991

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: El derecho a la presunción de inocencia, si se quiere un correcto planteamiento ante este Tribunal Supremo, ha de canalizarse a través del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (R. 1985, 1.578, 2.635 y Ap. 1975-85, 8.375).

Es cuando menos anómalo denunciar la vulneración del derecho por la vía del error de hecho, sobre todo cuando, a la vez o separadamente, también se alega, como en este caso, la equivocación de los jueces al valorar la prueba según documentos no contradichos por otras diligencias, pues que resulta *totalmente contradictorio* denunciar la ausencia de prueba y conjuntamente el error en esa misma prueba.

En cualquier caso, y antes de cualquier consideración en orden a la presunción, hay que señalar *las circunstancias fácticas que evidentemente* sirvieron a los jueces de la instancia para concretar su íntima convicción.

Los encartados negaron en todo momento los hechos. Los *dos testigos,* drogodependientes, que *manifestaron ser habituales compradores en la vivienda de los dos primeros acusados en declaraciones ratificadas en el Juzgado* en

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

donde identificaron, uno a la mujer y el otro a la pareja, como vendedores indistintos de la heroína, *no comparecieron después en el juicio oral,* en el que las partes se limitaron a pedir que se tuvieran en cuenta y por reproducidas las anteriores declaraciones, *manifestación que en cierto modo podría interpretarse como una expresa renuncia si no a su contenido, sí al derecho para oírlos en el juicio.*

El derecho a que los propios testigos sean oídos en el plenario, si es que la propia parte así lo interesa, *no puede ser discutido.* Tal derecho, *aquí no reclamado ni ejercitado,* está suficientemente reconocido por los arts. 6.3 d) del Convenio de Roma (R. 1979, 2.421 y Ap. 1975-85, 3.627), y 14.3 e) del Pacto Internacional de Nueva York (R. 1977, 893 y Ap. 1975-85, 3.630). *Mas el problema de ahora es determinar si, prescindiendo de esos dos testigos, existe prueba suficiente como para mantener la tesis condenatoria.*

Las Sentencias de esta Sala de 20-9 y 21-10-1991 (R. 1991, 6.509 y 7.323) desarrollan, entre otras muchas, la doctrina sostenida ya de manera firme.

Las pruebas sumariales son *preparatorias del plenario* en el que las mismas han de ser ratificadas o reproducidas con la lectura en su caso de aquellas declaraciones testificales que por causa mayor no hayan podido practicarse «in situ», ante los jueces de la Audiencia. No basta con la frase rituaria, habitual y viciosa, de «tenerlas por reproducidas».

En este caso anómalo, porque insólita es la aquiescencia de las defensas ante la incomparecencia de los testigos de cargo, hay otras pruebas que suplen la ausencia dicha en el juicio oral, quizás en una situación que pudiera denominarse «límite», a la vista de la doctrina antes señalada.

Los funcionarios de Policía acudieron al plenario y ratificaron cuanto había sido dicho anteriormente, al margen de una diligencia de entrada y registro que no fue practicada con la correción procesal debida. Así señalaron la *vigilancia* que se venía ejerciendo sobre el domicilio de los dos primeros acusados, *la afluencia constante de consumidores* a su domicilio, y, finalmente, la llegada a éste de dos testigos (los ahora incomparecidos) *en busca de la droga.* Son datos concluyentes que refuerzan las manifestaciones de los demás testigos y que evidentemente nada tienen que ver con el contenido concreto de la diligencia de entrada y registro.

Por último están las declaraciones de estos mismos Agentes respecto del tercer acusado *cuando, portando heroína, llamaba a los primeros, a las puertas de su domicilio, con objeto de hacerles entrega de la cantidad al principio indicada.*

Se trata pues de una *mínima actividad probatoria* que, *valorada por la Audiencia* con base en las facultades del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento, *posibilita la sentencia condenatoria,* valoración en la que, *acreditado su desarrollo constitucional,* nada puede hacer el Tribunal de casación fuera de su función garantizadora de la legalidad, o «filtro de legalidad cumplida».

Los motivos, de unos y otro, íntimamente conectados entre sí, han de ser desestimados.

PRUEBAS ANTICIPADAS Y PRECONSTITUIDAS QUE NO SE REPRODUCEN EN EL JUICIO ORAL: CONDICIONES PARA SU VALIDEZ.

STC 16 enero 1992

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El recurrente en amparo aduce que no se practicó prueba alguna de cargo en el juicio oral que permitiera desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (art. 24.2 de la Norma fundamental), toda vez que la perjudicada no compareció en la vista para ratificar la identificación realizada en la diligencia de reconocimiento en rueda y, aunque la misma fue incorporada al juicio a petición del Ministerio Fiscal y mediante su lectura, este expediente de su transformación en una llamada prueba documental no satisface las garantías constitucionalmente exigibles; además, se denuncia que la práctica de dichos reconocimientos en rueda estuvo plagada de múltiples irregularidades; con carácter subsidiario y para el caso de que no se estimara el primer motivo de amparo, solicita el recurrente que se reconozca que tampoco ha sido probado que los hechos fueran realizados con la amenaza de una navaja, a los efectos de lo dispuesto para el empleo de armas u otros medios peligrosos en el artículo 501.5, párrafo último, del Código Penal.

2. Sentado el objeto del presente amparo constitucional, según se perfila en la demanda, es preciso recordar para la solución del caso que, ciertamente, este Tribunal ha venido afirmando, en una línea jurisprudencial ya muy consolidada e iniciada en la STC 31/1981, que sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, tal y como establece el artículo 741 de la LECr, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes.

Pero no es menos cierto que también se ha dicho por este Tribunal que esa idea no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Ello es claro en los supuestos en que, bien sea por la fugacidad de las fuentes de prueba, bien por su imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral mediante el correspondiente medio probatorio, sea necesario dotar al acto de investigación sumarial practicado con las debidas garantías del valor de la llamada prueba anticipada y la preconstituida, supuestos en los cuales el juzgador podrá fundar en tales actos la formación de su convicción, sin necesidad de que sean reproducidos en

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el juicio oral (SSTC 80/1986, 25/1988, 60/1988, 137/1988, 217/1989, 140/1991, etc.). En este mismo sentido, el artículo 730 de la LECr permite traer dichas actuaciones sumariales al juicio al disponer que puedan leerse, a instancia de cualquiera de las partes, las diligencias que, por causas independientes de su voluntad, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, pues estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción (SSTC 62/1985, 137/1988, etc.). Bien es cierto, que la constatación en el juicio de estas diligencias sumariales debe hacerse no como una simple fórmula retórica y de estilo, sino en condiciones que permitan a las partes someterlas a contradicción, evitando formalismos de frecuente uso forense (STC 22/1988); todo ello con el fin, precisamente, de permitir a la defensa del acusado someter las actuaciones sumariales a una efectiva contradicción en el acto de la vista.

3. En el presente caso, ya se ha dicho que la cuestión que principalmente se plantea en la demanda es si la constancia en el sumario de haberse practicado una identificación del delincuente por la perjudicada en una diligencia de reconocimiento en rueda —primeramente en las instalaciones policiales y posteriormente en presencia judicial, contándose en ambos casos con la presencia del Letrado del inculpado— puede estimarse, por sí solo, como un medio de prueba susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia, a pesar de no haber sido ratificado tal reconocimiento en la vista oral. La representación del recurrente alega, de un lado, que en la práctica del reconocimiento se produjeron irregularidades invalidantes que eliminan su fuerza probatoria y, de otro, que la no comparecencia en el juicio oral de la testigo hizo imposible su ratificación y convalidación. El Ministerio Fiscal manifiesta que, si se admite que el reconocimiento en rueda constituye una prueba preconstituida de imposible reproducción, que sólo se puede practicar en un momento procesal, y se constata en el juicio con las garantías procesales de audiencia y contradicción exigidas para la debida defensa del inculpado, tendrá virtualidad para enervar la presunción de inocencia; aunque acabe por afirmar que la incomparecencia de la testigo en el juicio oral debe llevar a estimar la queja del recurrente, relativa a la falta de prueba del subtipo previsto en el artículo 501.5, párrafo último, del Código Penal.

4. Reseñadas las posiciones de las partes y por lo que se refiere a las aducidas irregularidades en la práctica del reconocimiento, al examen de las actuaciones por esta Sala evidencia que no pueden estimarse constitucionalmente relevantes a la hora de salvaguardar derechos fundamentales. La rueda de identificación se realizó con la asistencia del Letrado del inculpado tanto en las dependencias policiales como posteriormente en presencia judicial, y aquél no formuló en ningún caso protesta alguna; se respetaron también las garantías formales legalmente exigibles, tal y como reconoce el Ministerio Público ante este Tribunal. No hay,

pues, motivos para dudar en sede constitucional de la corrección de la determinación del imputado practicada en rueda.

Por otro lado, es razonable pensar que, por la inmediatez con los hechos que el reconocimiento en rueda requiere, entre otras razones, se trata de una actividad que, debido a la publicidad del juicio y a su dilatado distanciamiento temporal de los hechos, presenta dificultades de realización en el acto del juicio oral, por su misma naturaleza; y así se reconoció en el ATC 909/1986, donde también se dijo que es una prueba personal «que no sufre transformación por el hecho de su constancia escrita» (fundamento jurídico segundo). Ahora bien, evaluar la capacidad de la identificación en rueda para integrar una prueba de cargo respecto de la culpabilidad del inculpado, y de naturaleza preconstituida, requiere tener forzosamente en cuenta el objeto sobre el que recae el reconocimiento. La Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que cuantos dirijan cargo a determinada persona, deberán reconocerlo judicialmente si se estima precisa la diligencia «a fin de que no ofrezca duda quién es la persona a que aquéllos se refieren» (art. 368 de la LECr). Y, prosigue la citada Ley, «el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda o grupo la persona a quien hubiere hecho referencia en sus declaraciones, designándole, en caso afirmativo, clara y determinantemente» (art. 369). De lo que se trata, por tanto, es de precisar con exactitud la persona frente a la que se realizan determinadas imputaciones. El fin de la diligencia del reconocimiento en rueda no es otro que permitir la determinación del inculpado, siendo éste un mero «objeto de la percepción visual de su observador» (ATC 494/1983, fundamento jurídico único).

Siendo ello así, para desvirtuar la presunción de inocencia será necesario que, aparte de la identificación y determinación del inculpado, se aporten medios de prueba, que, referentes a los hechos y actividades que se le imputan, se produzcan con las necesarias garantías de inmediación y contradicción en la vista oral, pues el juicio lógicamente no versa sobre la identificación del inculpado como objeto de la acusación, sino sobre su culpabilidad o inocencia.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, no consta que se haya practicado en el plenario actividad probatoria de cargo de ninguna clase sobre los hechos, ya que no concurrió testigo alguno, y el acusado negó su participación en los supuestos delitos que se le imputaban, tanto en fase sumarial como en el juicio oral, sin efectuar jamás una declaración autoinculpatoria.

La lectura del acta del juicio oral revela que el Ministerio Fiscal que ejercía la acusación, ante la incomparecencia de la perjudicada, en vez de instar la suspensión del juicio para la declaración de la testigo de cargo como procedía en una interpretación del artículo 801 de la LECr, solicitó de la Audiencia la lectura de ciertos folios del sumario. Y, en la posterior Sentencia condenatoria dictada por la Sala que enjuició los hechos (fundamento jurídico segundo), se funda la convicción sobre la autoría del acu-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sado en «el reconocimiento de su persona que verificó una de las víctimas del injusto en Comisaría con asistencia de Letrado (folio 11), después ratificado a presencia judicial (folio 33)». En consecuencia, puede afirmarse que hubo, sin duda, en el juicio oral una constatación de la identidad de la persona a quien se había hecho referencia en la declaración de la perjudicada, pero, en cambio, no se produjo una ratificación del contenido de dicha declaración testifical de una forma en la cual los hechos que la acusación imputaba al acusado y que éste negaba pudieran ser verdaderamente contrastados de manera contradictoria y con inmediación y oralidad, como las garantías constitucionales del proceso exigen.

Así vistas las cosas, la condena se fundó exclusivamente en la identificación del inculpado efectuada en una diligencia de reconocimiento, porque la posterior declaración de la víctima en fase sumarial ni fue ratificada convenientemente en el juicio oral ni, obviamente, pudo ser sometida por el procesado a contradicción con oralidad e inmediación. Y carece de sentido pensar que la declaración sumarial de la perjudicada, entendida como diligencia de investigación, configure una prueba anticipada y preconstituida de imposible reproducción en el juicio oral en virtud de su supuesto carácter irrepetible e imprevisible. Por el contrario, el artículo 6.3, letra *d),* del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce como regla general que todo acusado posee, entre sus mínimos derechos, el de «interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él...»; y de un tenor similar es el artículo 14.3.*e)* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El hipotético recurso a la lectura del acta de la declaración sumarial del perjudicado como prueba anticipada y preconstituida, para ser hecha valer como prueba de cargo, debe ser, por tanto, muy excepcional y venir en su caso fundado en alguna grave causa justificativa, de carácter absoluto u obstativo, causa que en este supuesto obviamente no se produjo; de no existir estos motivos, sino meras imposibilidades relativas, habrá que acudir a los mecanismos de suspensión dispuestos en el artículo 746.3 de la LECr, donde se ordena que procede la suspensión del juicio «cuando no comparezcan los testigos de cargo» ofrecidos por las partes. La prueba testifical es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el juicio oral, para su debido contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado; esa reproducción es si cabe más acuciante en las ocasiones en que conforma la única prueba de cargo posible, y si no se hiciera así —como acaba por señalar el Ministerio Fiscal— no es válida para enervar la presunción de inocencia, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta; un problema bien distinto, que no debe ser confundido con éste, es que las declaraciones sumariales, rectificadas en el juicio oral, puedan valorarse como prueba sin infracción alguna del principio de inmediación, cuando quien las ha prestado reconoce durante el juicio oral que tuvieron lugar (ATC 479/1986, entre otros).

5. Cuanto se ha dicho lleva a concluir que no hubo en el juicio oral realizado ante la Audiencia de procedencia prueba alguna de cargo practicada con las debidas garantías, lo que impide entender convenientemente desvirtuada la presunción constitucional de inocencia (art. 24.2) y obliga a reconocer el derecho fundamental que el solicitante de amparo invoca.

EL RECONOCIMIENTO EN RUEDA REQUIERE RATIFICACIÓN DEL TESTIGO EN EL JUICIO ORAL.

STS (Sala 2.ª), 15 abril 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: En el presente juicio, la vista oral se celebró con la sola comparecencia del acusado, sin que lo hicieran ninguno de los testigos de cargo propuestos por las partes que se limitaron en el plenario a hacer constar *«se tuvieran por reproducidas sus declaraciones».*

Es de advertir que aquéllos reconocieron a presencia judicial al acusado como autor de los hechos por los que después fue condenado, a través de la diligencia de reconocimiento en rueda realizada y desarrollada en conformidad con todas las prescripciones legales, conforme a todas las exigencias necesarias.

Las partes, *que sólo acudieron a la fórmula expresada, incorrecta desde el punto de vista del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* ni hicieron constar su protesta ante referida testifical, ni el contenido de las preguntas que en su caso harían a los testigos incomparecidos. Lógica omisión, por otra parte, desde el punto y hora en que *tampoco expresaron su deseo de solicitar, el menos, la suspensión de la vista oral dada esa incomparecencia.*

Frente al derecho innegable de llevarse a juicio a los propios testigos (arts. 6.3.d del Convenio de Roma [RCL 1979, 2.421 y ApNDL 3.627] y 14.3.e del Pacto Internacional de Nueva York [RCL 1977, 893 y ApNDL 3.630]), están aquellos requisitos necesarios en el encauzamiento adecuado de tal derecho, habida cuenta la facultad de los jueces para distinguir entre la *pertinencia* y la *necesidad* de las pruebas.

En tal sentido ha de consignarse: a) *que la protesta por la denegación de la suspensión del juicio dada la ausencia del testigo* (que sería el complemento del motivo aquí esgrimido o la causa determinante de la vulneración de la presunción denunciada) *ha de constar en acta como condicionante imprescindible,* que establecido en el art. 659 procedimental ha de hacerse extensivo al 746.3, cuestión no obstante sometida, cual acontece con la necesidad de formular las preguntas, sometida, se repite, a debate y criterios controvertidos; y b) que en última instancia se ha venido estimando *la existencia de una renuncia tácita al derecho de oír a los propios testigos cuando la parte que los propuso para el plenario se limita, como en este caso, a pedir se tengan en cuenta sus declaraciones, sin consignar*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ninguna otra protesta o manifestación una vez producida la tan repetida incongruencia (S. 4-12-1991 [RJ 1991, 8.976]).

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, el motivo ha de prosperar, porque el Tribunal Constitucional (S. 16-1-1992 [RTC 1992, 10]) en referencia al reconocimiento en rueda (única prueba de cargo que en este caso tendría verdadera naturaleza de tal) *tiene establecido que aunque esté hecha con todas las formalidades legales, no es prueba de cargo si no acude el identificador al acto del juicio oral para declarar como testigo.*

Fue la acusación la que debió, sobre todo, impedir la continuación del juicio formulando su pretensión en tal sentido. La defensa, en cambio, aun renunciando tácitamente a su derecho como ha quedado dicho, puede lícitamente apostar por una actitud pasiva si es consciente de que la continuación del proceso habría de resultarle finalmente favorable.

LA DENEGACIÓN DE PRUEBAS HA DE TENER MOTIVACIÓN RAZONABLE. LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL DEPENDE DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA A PRACTICAR. VALOR DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES PRESTADAS CON GARANTÍAS.

STC 65/1992, de 29 abril

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. En cuanto a la supuesta conculcación del derecho del recurrente a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, se atribuye, en primer lugar, al Auto de la Audiencia de Pontevedra, de 21 de abril de 1987, por el que se rechazan ciertas pruebas documentales propuestas por la representación del procesado, consistentes en requerir informes de ciertas Comandancias de la Guardia Civil, Comisarías de Policía y Juzgados sobre los antecedentes de la víctima y sentencias dictadas contra él. Según el recurrente, estas pruebas eran necesarias para demostrar la personalidad violenta de aquélla y, por tanto, la impresión de miedo insuperable que producía en el condenado.

No obstante, como ha declarado este Tribunal en múltiples decisiones (por ejemplo, en SSTC 51/1985 [RTC 1985, 51], 149/1987 [RTC 1987, 149], 9/1989 [RTC 1989, 9] y 52/1989 [RTC 1989, 52]), *el juicio sobre la pertinencia de la prueba propuesta,* pertinencia que condiciona o delimita el derecho a la utilización de los medios probatorios conforme al art. 24.2 CE, *corresponde a los órganos judiciales competentes en cada proceso, de modo que este Tribunal sólo puede revisar esa valoración si la decisión denegatoria de la prueba aparece carente de todo fundamento, o bien su fundamentación o motivación es incongruente, arbitraria o irrazonable.*

Por lo que al presente caso se refiere, *es cierto que el Auto de la Audiencia por el que se deniegan las referidas diligencias de prueba carece de motivación, lo que supone la inicial concurrencia del vicio de inconstitucionalidad denunciado. Pero, como declaró este Tribunal en STC* 50/1988 (RTC 1988, 50) (f. j. 4), *ese reproche inicial «no puede sostenerse ahora, tras el examen que el Tribunal Supremo hizo de la conformidad a Derecho de tal conducta judicial, objeto del recurso de casación por quebramiento de forma, examen en el que dicho Tribunal, expresamente se refirió a la posible pertinencia de la prueba no realizada, llegando a la conclusión fundada y no manifiestamente irrazonable de tal impertinencia».*

En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo, señala que la finalidad que se pretendía con la prueba inadmitida, esto es, poner de relieve la peligrosidad del fallecido, se había cumplido ya mediante otros medios probatorios, puesto que en la sentencia de instancia se declara que el «interfecto era de mala conducta, que tenía atemorizados a los dueños de cafeterías y barras americanas de la comarca...», lo que demuestra que la Sala ya se había formado una convicción sobre la personalidad de la víctima. Por esta razón, la decisión de denegar las referidas pruebas propuestas por impertinentes no aprece desprovista de una fundamentación lógica y razonable. Cosa distinta es que, pese a aquella convicción, la Sala no entendiera aplicable la eximente de miedo insuperable. Pero este resultado no es siquiera indicio de la pertinencia de la prueba denegada ni, por consiguiente, de la infracción del art. 24.2 CE.

4. Por último, hemos de examinar la queja relativa a no haberse practicado, en parte, la prueba testifical en la vista oral y a la no suspensión de la misma, solicitada por este motivo.

Nos encontramos aquí con una prueba admitida, previamente, como pertinente y que, en relación con cuatro testigos propuestos por la defensa, no se pudo llevar a cabo por su incomparecencia. Conviene decir, ante todo, que esta incomparecencia no es imputable al órgano judicial pues, contra lo que el recurrente pretende indicar, no existe dato alguno que permita aventurar que la Sala no adoptó las medidas oportunas que estuvieran a su alcance, para que los testigos pudieran deponer con garantías de seguridad personal. La citada incomparecencia no afecta, por tanto, al derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías.

Sí puede afectar, en cambio, al derecho a utilizar las pruebas pertinentes, derecho que los órganos judiciales tienen el deber de asegurar en la medida de lo posible. De ahí que el art. 746.3.º de la LECrim disponga la procedencia de suspender el juicio oral «cuando no comparezcan los testigos de cargo y descargo ofrecidos por las partes y el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos». Ahora bien, *la obligación de los Tribunales de suspender el juicio en estos supuestos, para hacer efectivo el derecho a la prueba, reconocido en el art. 24.2 CE, no es absoluta o automática, sino que depende de la necesariedad de la prueba testifical de que se trate. Esta necesariedad no puede identificarse con la pertinencia, ya declarada, de la prueba, «pues si el Tribunal se considera suficientemente informado con la prueba practicada para formar un juicio completo sobre*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

los hechos, no debe prescribir medidas que, como la suspensión, son dilaciones injustificadas del proceso» (STC 116/1983 [RTC 1983, 116]). En consecuencia, sólo si la prueba testifical no practicada por la incomparecencia de los testigos y por la negativa del Tribunal a suspender el juicio hubiera de considerarse necesaria, es decir, necesaria para la correcta valoración de los hechos y sus circunstancias, habría que entender que el órgano judicial actuó contraviniendo lo dispuesto en el art. 24.2 CE.

Según tiene declarado este Tribunal en supuestos semejantes, *para atender cualquier demanda de amparo frente a una negativa a suspender el juicio es preciso* (STC 51/1990 [RTC 1990, 51]) *que se hayan hecho constar en el acta, junto con la protesta, «cuáles eran los puntos que pretendían aclararse con el interrogatorio, pues sin ello este Tribunal carecería de los necesarios elementos de juicio», para analizar la necesidad de la declaración de los testigos.* Así se hizo en el presente caso, en el que el defensor del hoy demandante de amparo formuló protesta ante la decisión de la Sala de instancia de no suspender el juicio y, según el acta correspondiente, hizo constar su voluntad de haber interrogado a las testigos no comparecidas «sobre lo ocurrido en la sala de fiesta 'Sayma', en la noche de los hechos entre Bartolo y Luis Caldelas de la Iglesia». En la demanda de amparo se recalca que con la prueba testifical no practicada se pretendía ilustrar al Tribunal sobre la relación personal entre la víctima y el acusado, hoy demandante de amparo, sobre el estado de posible embriaguez en que se encontraba aquél y sobre su costumbre de portar armas, a efectos de poner de manifiesto el supuesto miedo insuperable de don Luis Caldelas.

Pero sobre todos estos extremos y, en particular, sobre lo sucedido la noche de los hechos en la sala «Sayma», podía el Tribunal, efectivamente, considerarse suficientemente informado. Primero, porque las declaraciones de los tres procesados, efectuadas en el juicio oral, respetando los principios de oralidad, inmediación y contradicción, se refieren también a esos extremos, siendo así que la sentencia recoge, en buena parte, la narración de hechos de don Luis Caldelas sobre lo sucedido en la sala «Sayma», tal como figura en el acta del juicio: es decir, que encontraron allí al llamado Bartolo y estuvieron hablando sobre los destrozos producidos en el local «La Nit»; y, en segundo lugar, porque las testigos no comparecidas habían declarado ya en el sumario y, como declara la STC 51/1990 en un caso semejante, *«cabe también* (STC 64/1986 [RTC 1986, 64]) *que se tomen en consideración, sobre todo, declaraciones sumariales cuando éstas se han prestado con las debidas garantías, habida cuenta de que, como dice esta última sentencia (...), tras las últimas modificaciones de la LECrim, el sumario ha perdido, en gran parte, el carácter puramente inquisitivo que antes tenía y se ha convertido en una preparación del juicio de la que no están ausentes la contradicción y las garantías procesales».* Finalmente, no puede dejar de considerarse que la muerte de

la víctima no se produjo en el lugar donde se encontraban las testigos no comparecidas, sino en otro distinto, y que la propia sentencia da por sentado, según se dijo, el temor que el referido Bartolo inspiraba a todos los propietarios de las barras americanas de la comarca, además de su estado de embriaguez.

Si la Audiencia de Pontevedra y, posteriormente, el Tribunal Supremo no aplicaron la eximente de miedo insuperable no fue, obviamente, en consideración de los sentimientos o impresiones que el interfecto podía causar en don Luis Caldelas de la Iglesia, sino en atención de las circunstancias en que se produjo la muerte de aquél, en el local «La Nit». Pero es evidente que la prueba testifical que no pudo practicarse en la vista oral, nada podía haber aportado sobre tales circunstancias. En consecuencia, la estimación de dicha prueba, como no necesaria por el Tribunal de instancia, ratificada por el Tribunal Supremo, a efectos de no suspender el proceso, constituye una decisión justificada y razonable, que no ha infringido lo dispuesto en el art. 24.2 CE.

LA NEGATIVA A SUSPENDER EL JUICIO ORAL ANTE LA INCOMPARECENCIA DE UN TESTIGO NO CITADO PUEDE HIPOTÉTICAMENTE ORIGINAR INDEFENSIÓN.

STS (Sala 2.ª), 26 mayo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto: Por el *tercer motivo,* también al amparo del art. 850.1 procesal, se protesta por la denegación de la suspensión del juicio solicitada ante la incomparecencia de un testigo de la defensa, cuestión que, como es sabido, sólo por una interpretación jurisprudencial puede acogerse extensivamente dentro de aquel precepto.

Es cuestión tratada con frecuencia desde la casación (ver SS. 21 octubre y 20 diciembre 1991 [RJ 1991, 7.323 y 9.580]), unida íntimamente al derecho de las partes para oír a sus propios testigos. Guarda tal problemática relación también directa con los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, a tener siempre en cuenta a la hora de decidir entre la necesidad y la pertinencia de las pruebas.

La facultad contenida en el art. 746.3 de la Ley Adjetiva, para denegar la suspensión, ha de ejercitarse con extremada prudencia porque *la declaración de innecesariedad puede encerrar un precipitado juicio con causación de indefensión a la parte.*

Se trata de dar valor a las pruebas del plenario, tanto más si en el presente caso no consta ni siquiera que se hiciera uso de lo dispuesto en el art. 730 procesal. Se trata de hacer efectiva la justicia haciendo comparecer en el juicio oral a los testigos propuestos, conforme a los postulados contenidos en los arts. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ApNDL 3.626), 6.3.d) del Convenio de Roma (RCL 1979, 2.421 y ApNDL 3.627), y 14.3.3) del Pacto Interna-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cional de Nueva York (RCL 1977, 893 y ApNDL 3.630).

El motivo se ha de estimar porque en el entorno de un juicio trascendente *han de agotarse las posibilidades de la defensa* que tiene derecho a que sus argumentaciones, sus métodos de defensa y la presencia del testigo propuesto, se escuchen y oigan antes de la decisión final. El testigo de descargo ni siquiera fue citado a juicio. *La continuación del juicio sin el testigo no citado y sin lectura de sus anteriores manifestaciones, cuando se ha protestado de la decisión judicial, comporta una resolución injusta porque hipotéticamente puede originar una indefensión irreparable.*

El principio de proporcionalidad como rector de la actividad probatoria.

STS (Sala 2.ª), 13 de julio de 1992

Fundamentos de Derecho

Segundo: Por quebrantamiento de forma del núm. 1 del art. 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la denegación de la prueba pericial consistente en la comparecencia de dos químicos especialistas de la Guardia Civil, del Gabinete de Criminalística de la Dirección General, para que analizasen la composición de diversos pelos procedentes de la cabeza de la interfecta (región occipital), pelos procedentes del suelo del vehículo perteneciente al procesado y, finalmente, las fibras de tapicería de este vehículo para que el resultado de dicho análisis fuera expuesto en el acto del juicio oral, denegación efectuada por la Sala sentenciadora, se dice, sin ningún tipo de motivación. Pero el problema ha de resolverse a través de la contemplación general de un procedimiento extensísimo en el que está presente una especial sensibilidad, dada la gravedad de los acontecimientos, por acumular toda la prueba razonablemente eficaz para descubrir la verdad real.

En otras ocasiones esta Sala ha tenido que resolver situaciones análogas, frente a un dictamen pericial se pretende otro y frente a los dos se pretende un tercero, y así sucesivamente. Es lógico. El problema que plantea el recurrente se resolvió a satisfacción por la Sala: la no constancia de filamentos de color azul en el primer examen que se realizó y que consta a los folios 90 y 91 del sumario, no supone que no existieran los pelos a los que se ha hecho referencia, sino que el informe respondía a lo que se preguntaba: si existía sangre humana, si ésta pertenecía a grupos distintos, a la existencia de semen y a la determinación, en lo posible, de las manchas observadas.

Cuando se examine el motivo referido a la presunción de inocencia todavía se verá más clara la situación. El primer análisis de la Guardia Civil no excluye la presencia de filamentos en el pañuelo, el informe de identificación del correspondiente Gabinete de la Jefatura Superior de Policía (folios 171 a 175) y el del Gabinete Central de Identificación (folios 199 a 202) lo ponen así de relieve.

Sucede entonces, y no hay en ello crítica alguna para nadie, que las Defensas o las Acusaciones por unas u otras razones, pretenden frente a un informe, otro u otros en los términos ya señalados. Ello es práctica diaria, respecto de testigos, a veces ilocalizables, de peritos, de documentos, etc.

El Juez o Tribunal ha de proceder con especial cautela en defensa siempre del cumplimiento del fin esencial del proceso penal que no es otro que, como tantas veces se ha dicho, el del descubrimiento de la verdad histórica o verdad real, con el límite de la legitimidad material y formal de la prueba. Una vez más hay que acudir al principio de proporcionalidad, inherente al valor justicia que da vida al proceso.

Con toda evidencia todo cuanto contribuya al esclarecimiento de la verdad, ha de ser incorporado al quehacer del instructor o de la Sala, pero, practicadas todas aquellas diligencias proporcionadas y proporcionales al tema perseguido, no es hacedero una continuación ilimitada de las mismas hasta el infinito. Siempre puede quedar, como ya se indicó, alguna diligencia en el número de testigos, en las pericias, en los reconocimientos, etc. Alguna vez hay que detener la investigación cuando el fin perseguido se alcanzó y ello ha de acontecer cuando en virtud de este principio se pueda decir razonablemente que la investigación está cerrada, aunque en este caso en Londres, en el Gabinete de Policía Científica, se pudiera practicar un análisis más completo y aunque varios Gabinetes, tantos como los existentes en España, pudieran informar. No hay en estas expresiones ninguna referencia crítica a las peticiones, como ya se ha dicho, sino la intención de razonar por qué cuando un problema está resuelto es conforme a derecho que el Tribunal sentenciador pueda decidir no dar lugar a nuevas pruebas en cumplimiento de exigencias constitucionales.

Procede la desestimación.

Sexto: Con idéntico apoyo procesal se denuncia denegación de la prueba pedida por la Defensa en su escrito de conclusiones provisionales consistente en la plasmación por escrito de las averiguaciones llevadas a cabo por el Servicio de Información de la Guardia Civil sobre un sospechoso identificado al folio 267 del Sumario.

Recientemente se viene insistiendo, como se ha recordado con anterioridad, en el principio de proporcionalidad como rector de la actividad probatoria del proceso penal.

La admisión de pruebas, ya se ha dicho y repetido, no puede tener un carácter ilimitado e incondicionado. Es verdad que todo cuanto contribuya al esclarecimiento de la verdad y desde luego con mayor motivo a evitar la condena de un inocente ha de ser asumido activamente, pero con los límites de la eficacia. Si la posible participación de un sujeto se descarta por evidencias prácticamente absolutas, no es ya procedente mantener una línea de investigación sobre el mismo porque hacerlo, no sólo puede ser absolutamente ineficaz, sino, lo que es más grave, atentatorio a la persona sobre la que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la investigación se mantiene innecesariamente, descartada que ha sido la participación en un determinado hecho delictivo.

Pero también el respeto a la intimidad de las personas y su respetabilidad en relación con la participación en un hecho penal, ha de ser considerada y valorada por los Jueces.

Pero es que, además, esa línea de investigación, se mantuvo el tiempo necesario y se profundizó en ella. Hay referencias en la declaración testifical del juicio oral (folios 5 y 5 vto. del acta del juicio) y en la propia sentencia en el ap. 20 de los hechos declarados probados a los que nos remitimos.

A través de la prueba descubierta —un calzoncillo— se investigó (folio 89 y siguientes) en el Gabinete Central de Investigación y Criminalística de la Guardia Civil y se obtuvieron las conclusiones que obran al folio 90. La muestra de sangre, una vez estudiada por el sistema que se reseña, no ofrece resultado fiable desde el punto de vista del grupo. En cuanto al sudor, de él, se obtiene la conclusión que corresponde al grupo sanguíneo 0, el grupo del semen resulta A y respecto del pelo no se hizo cotejo por no disponer de otros de la víctima, pero como se ve, el resultado ya obtenido era concluyente.

Capacidad para testificar de la víctima oligofrénica.

ATS (Sala 2.ª), 17 de julio de 1992

Fundamentos de Derecho

Unico: La sentencia impugnada formaliza un único motivo de oposición en el que al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia el error de hecho padecido en la apreciación de las pruebas. La sentencia que condena al recurrente por un delito de violación y un delito continuado de abusos deshonestos, hoy agresiones sexuales, motiva de forma extensa la actividad probatoria practicada y la convicción obtenida.

En el motivo el recurrente no niega la existencia de una actividad probatoria, sino que lo que realiza es una revaloración de la prueba, particularmente de las declaraciones de la perjudicada, una mujer que, según se declara probado, «padecía una oligrofenia media con un coeficiente intelectual total de 36 en la escala Wais, equivalente a una edad mental de 8 años conociendo tal circunstancia Joaquín D. I. —el condenado—...». Añade, en el mismo relato fáctico que «Dolores, debido a la deficiencia que padecía, aun conociendo el acto sexual, desconocía sus consecuencias y componente moral».

La presunción de inocencia, cuya violación denuncia el recurrente, supone la proclamación «ab initio» de la inocencia del procesado que podrá ser desvirtuada si se ha practicado en el juicio oral una actividad probatoria obtenida lícitamente, con observancia de los principios que informan el enjuiciamiento criminal de los delitos, de oralidad, inmediación, contradicción efectiva y publicidad, que produzca una actividad probatoria inequívocamente de cargo, es decir de la que puede deducirse de forma lógica y razonable la participación en los hechos delictivos del titular del derecho fundamental, correspondiente a esta Sala, a través del recurso de casación, constatar la existencia de una actividad probatoria, de cargo y practicada en condiciones de licitud que permitan su valoración por la Sala sentenciadora en los términos del art. 741 de la Ley Procesal (SS. 5-4-1988 [RJ 1988, 2.711] y 22-3-1988 [RJ 1988, 2.066]).

Para alcanzar esa convicción el Tribunal dispuso de la declaración de la perjudicada, su hermana y madre y la suegra del acusado. Se practicó una prueba pericial con dos médicos y abundante documental, de forma específica sobre la capacidad para testificar de la perjudicada, la posibilidad de fabulación en su narración y otros aspectos de la prueba testifical. La perjudicada narró, con intervención efectiva de las partes del enjuiciamiento, los hechos de conformidad con el escrito de acusación.

Tratándose del testimonio de oligofrénicos, esta Sala ha declarado, en S. 6-4-1992 (RJ 1992, 2.857) que las diferencias entre el testigo en el proceso divil y en el penal, dado que «mientras que con carácter general la percepción sensorial exige dentro del proceso civil un mayor grado de madurez en el sujeto informante, en el proceso penal —también en general y excepto en determinados tipos delictivos— basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales. El niño/niña objeto de una agresión natural no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que trasmite linealmente hechos. De igual modo, el deficiente mental es susceptible de transmitir similar información que es o puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho. En cada caso y en cada tipo delictivo será el Tribunal de instancia en base a la inmediación quien valore, sin que quepa proceder a un nuevo análisis de la prueba».

La declaración de la víctima, constituye una actividad probatoria, y así lo ha declarado reiteradamente esta Sala (SS. 21-1-1988 [RJ 1988, 408], 4-5-1990 [RJ 1990, 3.849], 11-7-1990 [RJ 1990, 6.293], por todas en sentido análogo) correspondiendo su valoración al Tribunal de instancia que en virtud de la inmediación oyó su testimonio, formando su convicción a través de la deducción ajustada al criterio racional o a las reglas de la lógica y principios de la experiencia (SS. 174/1985 y 175/1985 [RTC 1985, 174 y 175] del Tribunal Constitucional).

La valoración de la prueba testifical depende, como se ha dicho, de la credibilidad del testigo, que será sólo apreciable por el Tribunal de instancia, en virtud de la inmediación. Esa credibilidad surge de la ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de relaciones anteriores imputado/víctima, de las que pudiera deducirse un móvil de resentimiento o enemistad, de la verosimilitud del testimonio, debiendo existir una persistencia en la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

incriminación (S. 28-9-1988 [RJ 1988, 7.070]). En este caso concreto, como se acaba de decir, se ha practicado una abundante prueba pericial que ha suministrado al Tribunal conocimientos específicos que le han permitido valorar el testimonio de la perjudicada. Estas circunstancias concurren en el testimonio de la víctima y su valoración como prueba corresponde al Tribunal de la instrucción, en tanto que esta Sala debe constatar, como lo hace en el presente caso, la existencia de una actividad probatoria que hace que el motivo debe ser previsto en los arts. 884.6 y 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Fruto de la inmediación en la práctica de la prueba es la ponderación del testimonio de la víctima, desarrollado en los fundamentos jurídicos de la sentencia, en los que se motiva la convicción obtenida, con arreglo a la prueba practicada a presencia del Tribunal de instancia, obteniendo una convicción que esta Sala no puede variar, al carecer de los requisitos que presiden la valoración de la prueba.

VI. LA SENTENCIA

TUTELA EN AMPARO DEL PRINCIPIO ACUSATORIO, VULNERADO EN UN JUICIO DE FALTAS POR ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN.

STC 27 enero 1992

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El demandante de amparo sostiene que la Sentencia que recurre, dictada en apelación dimanante de un juicio de faltas por accidente de tráfico, ha vulnerado el principio acusatorio que consagra el artículo 24 de la Constitución, puesto que condena al demandante y otros dos conductores como responsables de una falta de imprudencia simple con resultado de lesiones, tipificada en el artículo 586.3.º del Código Penal, sin que en contra de ellos se hubiese formulado acusación ni en la primera instancia ni en la apelación.

Frente a dicha pretensión de amparo se plantean dos cuestiones: la de orden formal, consistente en determinar cuál es el ámbito subjetivo que procede reconocer al amparo, y la de contenido sustantivo, relativa a establecer si, tal y como sostienen el recurrente y el Ministerio Fiscal, la Sentencia impugnada ha efectivamente vulnerado el derecho fundamental que se invoca.

2. En el aspecto formal, alega el demandante que el amparo debe extenderse a los otros dos conductores condenados que se encuentran en la misma situación de falta de acusación y consiguiente indefensión que la del propio demandante, invocando a tal propósito que el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que la Sentencia estimatoria de la casación «aprovechará a los demás en lo que les fuera favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos

alegados por los que se declara la casación de la Sentencia».

Esta alegación no es aceptable, debiendo, por el contrario, reducir el ámbito subjetivo del amparo al condenado que lo ha promovido, aceptando en este punto la tesis del Ministerio Fiscal, puesto que el recurso de amparo, de acuerdo con la naturaleza de derechos de la personalidad que tienen los fundamentales garantizados por la Constitución, no es una nueva instancia jurisdiccional (STC 62/1982), ni se configura como un recurso de casación (STC 21/1982), sino que es un instrumento procesal dotado de sustantividad propia, para cuya utilización sólo vienen legitimadas las personas directamente afectadas, entendiendo como tales (STC 123/1989) aquéllas que sean titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado (STC 141/1985), que son las únicas autorizadas para impetrar la protección del propio derecho y no de derechos ajenos de los que no tengan la representación, ni hayan sido ejercidos por sus titulares; situación en la que se han colocado voluntariamente los otros dos condenados a los que el aquí demandante pretende tan indebidamente extender los efectos de la Sentencia resolutoria de este amparo, caso de ser estimatoria, ya que ni siquiera han respondido positivamente al emplazamiento que se les hizo de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.2 de la LOTC, aunque fuese para formular las alegaciones que estimaren pertinentes a favor del otorgamiento del amparo, supuesto en el que tampoco podrían beneficiarse de los efectos de nuestra Sentencia en atención a que esa cualidad de personalísimo que tienen los derechos fundamentales impide que la falta de interposición de recurso de amparo propio sea subsanable por la vía de coadyuvar con el demandante.

3. La resolución de la cuestión de fondo —violación del principio acusatorio en un juicio de faltas por accidente de tráfico— requiere recordar la constante doctrina que sobre la materia tiene declarado este Tribunal (entre otras, en las SSTC 54/1985, 84/1985, 41/1986, 163/1986, 57/1987, 17/1988, 168/1990, 47/1991 y 182/1991), y que en síntesis, se apoya en las siguientes líneas directrices: *a)* Los derechos de tutela judicial, sin resultado de indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el artículo 24 de la Constitución conducen, en su consideración conjunta, a establecer que este precepto constitucional consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, incluido el juicio de faltas, conforme al cual nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia (SSTC 17/1988, 168/1990 y 47/1991, entre otras); *b)* La pretensión punitiva o acusación debe constar exteriorizada, sin que sea admisible la acusación tácita, si bien debe tenerse es-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pecial cuidado en no confundir la inexistencia de la acusación con la clasificación jurídica errónea, que hayan efectuado el Ministerio Fiscal o las partes que intervienen en el proceso, puesto que el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o imputación que en ella se efectúe (SSTC 163/1986 y 47/1991), y *c)* Debe también distinguirse entre proceso por delito, en el que el principio acusatorio actúa más enérgicamente, imponiendo formas predeterminadas de acusación y proceso por falta, en el que tal principio debe compatibilizarse con los de oralidad, concentración y sumariedad, puesto que es un proceso en el que se pasa directamente de su iniciación al juicio oral, donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas de manera mínimamente formalizada, lo cual hace que sea una clase de proceso penal muy poco apropiado para ser sometido a formas concretas de acusación, especialmente cuando versa sobre hechos que por su propia naturaleza presuponen confluencia de distintas posibles responsabilidades para cualquiera de las personas que aparezcan en ellos, como ocurre en el caso de los accidentes de tráfico, en cuyo supuesto las responsabilidades posibles de los que han intervenido en el accidente se entrecruzan de tan íntima manera que cada uno de ellos ostenta la doble condición del acusador y acusado (SSTC 182/1991). Ello es así porque el juicio tiene por objeto decidir cuál ha sido el culpable del accidente, sin que ninguno de los implicados en el mismo pueda desconocer que, dejando a salvo los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, la absolución de unos conlleva normalmente la responsabilidad de alguno de los otros que hayan intervenido en el accidente.

La doctrina expuesta significa, por tanto, que para determinar si en un juicio de faltas por accidente de circulación se ha o no satisfecho el principio acusatorio es imprescindible ponderar las circunstancias concretas que concurran en cada caso, comprobando cuidadosamente cuáles han sido los términos en que se desarrolló el debate procesal, ya que, según se deja dicho, la identificación de las personas responsables del accidente formulada en el juicio no impide al Juez o Tribunal rechazar tal identificación y, en su lugar, atribuirla a otros de los que han intervenido en el hecho denunciado, si mediante una valoración jurídica distinta estima que ésta es más acorde con los hechos probados y la legalidad penal. Siempre que no exceda de los términos en que se ha producido el debate procesal y no supla manifiestos vacíos acusatorios.

Tales consideraciones nos conducen a entender que, al menos cuando se trate de juicio de faltas por accidente de tráfico, el concepto de ausencia de acusación y acusación implícita, que nuestra doctrina declara ineficaz para fundamentar una sentencia condenatoria, debe matizarse en el sentido de limitarlo a los supuestos en que la condena se produzca de manera inesperada y sorprendente para el condenado por no ser razonablemente previsible que pudiera suponer que él también venía implicado en esa responsabilidad, atendiendo siempre a la forma en

que se produce el debate sobre quién fue el responsable del accidente y cuáles fueron las circunstancias concurrentes en el hecho denunciado.

4. La aplicación de la anterior doctrina al caso aquí debatido conduce a estimar, tal y como se denuncia en la demanda de amparo y sostiene el Ministerio Fiscal, que la resolución judicial recurrida ha vulnerado el principio acusatorio.

En efecto, se trata de un supuesto en el que concurren dos accidentes relacionados entre sí, pero claramente diferenciables. La colisión sucesiva de tres vehículos que circulaban en la misma dirección, el primero de ellos conducido por el solicitante de amparo, y el choque frontal de una furgoneta con un turismo, que se produjo al invadir aquélla la parte izquierda de la calzada por estar ocupada la derecha por los tres vehículos del primer accidente, que habían quedado allí estacionados después de producirse éste.

En la primera instancia, según las respectivas alegaciones y peticiones formuladas en el acto del juicio por los conductores implicados en los dos accidentes y por sus respectivas compañías aseguradoras, se formularon tres acusaciones, dirigidas las dos primeras contra los conductores segundo y tercero del primer accidente, y la otra contra el conductor de la furgoneta, sin que en ningún momento, ni por ninguna de las partes intervinientes, se acusara o cuestionara, de algún modo, la responsabilidad del demandante de amparo.

La Sentencia de primera instancia absolvió al segundo de los conductores —don Santiago del Río Huerta— y condenó al tercer conductor —don Alejandro Agustín Calleja Lucas— y al de la furgoneta —don Francisco Javier Casanueva Villaro—. Contra esta Sentencia, aparte de una apelación interpuesta con fines de obtener una mayor indemnización, se promovió apelación por el condenado, don Francisco Javier Casanueva, que se limitó, en el orden penal, a pedir su absolución, sin que ninguna otra parte, incluido el otro condenado, don Alejandro Agustín Calleja, o el Ministerio Fiscal, formulara petición que no fuera la confirmación de la Sentencia apelada.

Por consiguiente, en ninguna de las dos instancias, no sólo no existió acusación contra el demandante, sino que ni siquiera, de los términos del debate procesal, cabe extraer o apreciar que existiera elemento incriminatorio de clase alguna dirigido contra el mismo, que permitiera al Juez de segunda instancia condenarle, ya que la apelación se configuró totalmente al margen de toda controversia expresa o implícita sobre la posible culpabilidad del aquí actor, de suerte que no era razonable prever que pudiera resultar condenado, produciéndose por tanto, su condena con clara vulneración del principio acusatorio que rige el proceso penal.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

NO SE PUEDE DESTRUIR EN CASACIÓN LO QUE FUE OBJETO DE CONFORMIDAD.

STS (Sala 2.ª), 7 mayo 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: ... La Ley procesal española contempla la conformidad en el procedimiento común ordinario (arts. 655 y 688-700) y también en el abreviado.

El instituto de la conformidad representa, sin duda, una manifestación de la libertad del imputado, debidamente asesorado por su Abogado que puede, incluso en contra del parecer de aquél, estimar conveniente la continuación del juicio pero, si conjuntamente se pide una sentencia de acuerdo con la tesis acusatoria, así ha de hacerse, dictando sentencia de condena dentro de unos límites estrictos, fuera de los cuales no cabe la conformidad y que permite al juzgador recorrer la pena en toda su extensión, dentro del margen legal, pudiendo, en las ocasiones en que haya lugar a ello, reducirla e incluso pudiendo absolver si el hecho objeto de acusación es atípico penalmente.

La conformidad, en trámite y en el juicio oral, es un acto procesal unilateral, sin intervención de las demás partes y, por consiguiente, del Ministerio Fiscal, y no hay nada en la conformidad que pueda asimilar a una especie de transacción penal, lo que se denomina en los Estados Unidos de Norteamérica el «plea bargaining», aunque produce unos efectos, como ya se ha visto, definitivamente importantes. Por ello la conformidad total o absoluta y la parcial o limitada impiden ya, si el Tribunal actuó correctamente, destruir en casación, o en cualquier otra vía impugnativa, lo que fue objeto de conformidad. Por esta razón, si el Ministerio Fiscal dice que el procesado entró por una ventana y la Defensa nada tiene que oponer a este relato, que hace suyo el Tribunal (aunque, sin duda por omisión mecanográfica, la sentencia omita que la penetración lo fue efectivamente por la ventana), no puede ahora alegar este vicio como si con su falta de incorporación al relato fáctico o narración histórica se hubiera producido una indefensión. Las reglas elementales del proceso penal lo impiden. Existe, si la expresión es bien entendida, un mínimo de lealtad procesal que obliga a cuantos intervienen en el proceso. En este caso, el Ministerio Fiscal renuncia al testigo propuesto, probablemente porque, manifestada ya la conformidad, su presencia era absolutamente innecesaria. No se puede ahora construir una especie de nuevo juicio oral con alteración sustancial de las posiciones procesales.

LA IMPOSICIÓN DE PENAS MÍNIMAS Y LA SOLICITUD DE INDULTO COMO MEDIOS PARA PALIAR LAS DILACIONES INDEBIDAS.

STS (Sala 2.ª), 6 de julio de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: El motivo —impugnado en fase instructoria por el Ministerio Fiscal— debe ser desestimado.

La cuestión planteada presenta dos aspectos diversos: el de si se ha producido la lesión jurídica denunciada y, supuesta la respuesta afirmativa, el de los efectos de la vulneración.

El término a partir del cual se debe comprobar si se ha dado cumplimiento al mandato constitucional de «juzgar sin dilaciones indebidas» (art. 24.2 de la Carta Magna), comienza con el momento de la inculpación de una persona, esto es el de dirigirse contra él una investigación criminal en forma de diligencias instructoras (sumario o similares), que pueden acabar con su sometimiento a juicio oral y público.

Llevado a cabo el primer acto depredatorio violento el 2-11-1983 y presentada policialmente la denuncia el día 3 siguiente (folio 2 de las actuaciones), el 4 por la Iltma. señora Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Bilbao, se dictó auto sobreseyendo provisionalmente el procedimiento y ordenando su archivo hasta ser conocido el autor del hecho (folio 3). Con referencia al segundo hecho, de similares características, que tuvo lugar el 4 de repetido mes noviembre, según denuncia presentada el mismo, dio lugar a resolución, del mismo contenido que el anterior auto referido, de fecha 5 noviembre (folios 5 y 6).

El 18-5-1984, fue detenido el presunto autor de los mismos, el hoy recurrente Victoriano C. F. (folio 7) y tras practicar diligencia de reconocimiento del mismo por una perjudicada y recibirle declaración policial (folios 8 y 9), fue presentado ante el Juzgado Instructor, el que el 21 del repetido mes de mayo, ordenó recibirle declaración (folio 14). Momento éste en que puede situarse el primer hito, inicio de las actuaciones instructorias o de investigación, antes referido.

La Sentencia impugnada hoy, es dictada el 22-12-1989. Desde el 21-5-1984 hasta dicho día de diciembre 1989, ha transcurrido un tiempo de 5 años 7 meses y 1 día. En dicho interregno la causa ha estado paralizada en dos ocasiones, la primera desde el 2-7-1984, fecha en que se lleva a cabo la valoración pericial de una pulsera sustraída a una de las perjudicadas (folio 49), hasta el 25-2-1986, en que se ordena la citación de la otra perjudicada con el fin de que de los datos precisos para la tasación de los objetos de que fue despojada en la depredación violenta (folio 52), y la segunda desde el 29-4-1986, en que se dictó el auto de incoacción del sumario (folio 61), hasta el 2-11-1988, en que se dictó el auto de procesamiento (folio 62).

Concluso el sumario el 17-1-1989 (folio 71), se dictó sentencia,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

como antes se dijo, el 22 diciembre del mismo año.

Las dos paralizaciones de las actuaciones comportan un total de 3 años y cerca de 2 meses. El resto desde el inicio de la instrucción hasta el dictado de la sentencia 2 años y unos 5 meses, plazo que aunque no modelo de celo y actividad, dado el poco contenido investigatorio, un solo procesado y dos perjudicadas, podría ser aceptable, nunca los más de 3 años de paralización de la causa sin aparente justificación.

Si en principio la garantía de la duración razonable del proceso, no debe depender de la protesta del procesado o de su defensor, ya que dado el interés social en la pronta aplicación de las penas, así como el interés del Estado en no someter al ciudadano a las inseguridades individuales que comporta un proceso criminal, determina que los Tribunales penales estén obligados directamente por la Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos a impulsar los procesos penales de tal forma que su duración no sufra dilaciones inadmisibles, no es desdeñable —como indica el juzgador «a quo» en la sentencia recurrida— la actitud pasiva observada al respecto por el acusado, no intentando en ningún momento hacer valer su derecho constitucional solicitando del órgano jurisdiccional la supresión de las dilaciones y la finalización del proceso, ya que —como se dice expresamente en el Fundamento Jurídico 4.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1989, de 17 julio (RTC 1989, 128)— «dicha actividad de parte resulta imprescindible para que el Tribunal Constitucional pueda entrar a apreciar si se han producido dilaciones indebidas».

De todas formas, se debe admitir que el proceso se ha desarrollado con dilaciones indebidas y consecuentemente vulnerado el art. 24.2 del Texto Fundamental.

Sin embargo y ya pasando al estudio de los efectos de la vulneración, la Sala no puede acceder en forma alguna a la anulación y casación de la sentencia de instancia, ya que la misma está ajustada a derecho, en ella —se aplican las «penas mínimas legalmente posibles», y ello «dado el enorme período de tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos»— como expresamente se dice en su Fundamento Jurídico 4.º, quedando así paliados, aunque lo sea parcialmente, los efectos de la vulneración —como dice el Ministerio Fiscal, en la impugnación del motivo que hizo en fase instructoria—, más la posibilidad —que apunta el sentenciador— del postulado de un indulto, en el que, indudablemente, puede tenerse en cuenta la circunstancia del excesivo período de tiempo transcurrido, indulto que, a juicio de esta Sala, puede pedirse «ex oficio» por el órgano jurisdiccional de primer grado.

Consecuentemente, y como al inicio del fundamento se indicó, procede el decaimiento del motivo y del recurso.

Fundamentos de Derecho (Voto Particular)

Primero: El Magistrado que suscribe, desea expresar, al inicio de su disidencia, el mayor respeto por la opinión de la mayoría de la Sección.

Segundo: Sin perjuicio de ello se siente asimismo obligado a exponer las razones de su discrepancia, toda vez que la cuestión debatida afecta de manera directa a los derechos fundamentales del recurrente.

La mayoría de la Sección entiende que «se debe admitir que el proceso se ha desarrollado con dilaciones indebidas y, consecuentemente vulnerado el art. 24.2 CE». A pesar de ello, estima que esta lesión de derechos fundamentales no es reparable totalmente por el Poder Judicial y remite el saldo de la reparación al ejercicio del derecho de gracia por S. M. el Rey. En opinión del Magistrado que suscribe, esta decisión vulnera, sin perjuicio de otras lesiones jurídicas, dos principios fundamentales del orden constitucional vigente: por un lado el principio de la supremacía de la Constitución como norma jurídica y, por otro, el principio de la separación de poderes, dado que remite a un poder diverso del judicial la reparación de una lesión jurídica.

Por el contrario, la reparación de una lesión de derechos fundamentales debe ser llevada a cabo por el Poder Judicial, pues así se lo imponen los arts. 9.1 y 117.1 CE y el art. 5.1 LOPJ. El reconocimiento por la mayoría de la Sección de que la aplicación de la pena en el mínimo legal posible, en este caso concreto, sólo constituye una reparación *parcial,* determina, por lo tanto, la obligación de esta Sala de arbitrar los medios para una reparación total. En este sentido la STS 21-4-1992 (RJ 1992, 3.171) (Rec. núm. 1.514/1988) estableció —en contra de lo que ahora decide la mayoría— que «sólo se debe recurrir al art. 2.2 CP cuando el Tribunal estimara que la pena aplicable debería ser inferior al mínimo previsto en la Ley Penal para mantener la adecuación entre la gravedad de la pena y la de la culpabilidad». La remisión de la cuestión al derecho de gracia constituye, por lo tanto, una vulneración manifiesta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del procesado.

En el presente caso, la Ley permitía que esta Sala hubiera podido fijar una pena que reparara completamente la lesión sufrida por el recurrente. En efecto, como se lo fundamentó y se lo decidió en la STS 11-12-1991 (RJ 1991, 9.139) en estos casos cabe la aplicación de una atenuante de análoga significación (art. 9, 10.ª CP), que, como es claro, puede ser apreciada como muy cualificada. Esto último, precisamente, hubiera permitido reducir la pena por debajo del mínimo establecido, en la forma prevista en función del art. 61, 5.ª CP. La mayoría de la Sala, sin embargo, parece haber puesto en duda la posibilidad de aplicar esta disposición, pero sin exponer ningún argumento que justifique su apartamiento del precedente citado. Ello impide al Magistrado que suscribe responder a las razones que podrían explicar la decisión de no aplicar el art. 9, 10.ª CP en el presente supuesto. Pero además, por las mismas razones, la sentencia de la que se disiente, incumple con la exigencia del art. 5.1 LOPJ, que impone a los Tribunales aplicar las

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

leyes y los reglamentos «conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional». En este sentido se debe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 103/1984 [RTC 1984, 103], 127/1984 [RTC 1984, 127], 14/1985 [RTC 1985, 14]; 49/1985 [RTC 1985, 49], 57/1985 [RTC 1985, 57]; 140/1985 [RTC 1985, 140]; 166/1985 [RTC 1985, 166]; 62/1986 [RTC 1986, 62]; 25/1987 [RTC 1987, 25]; 48/1987 [RTC 1987, 48], 101/1987 [RTC 1987, 101], 108/1988 [RTC 1988, 108], 185/1988 [RTC 1988, 185], 91/1990 [RTC 1990, 91]) ha establecido que un apartamiento no fundamentado de los precedentes jurisprudenciales importa la vulneración del art. 14 CE en perjuicio de la parte del proceso perjudicada. En tal sentido el Tribunal Constitucional ha decidido que «si bien puede (el órgano judicial) válidamente apartarse de sus precedentes y alterar la orientación de su propia jurisprudencia, es preciso que para ello aporte la correspondiente justificación, ofreciendo una argumentación suficiente y razonable o, que en ausencia de modificación expresa resulte patente que la diferencia de trato tiene su base en un efectivo cambio de criterio por desprenderse así de la propia resolución judicial». Es claro, por lo demás, que en el presente caso no se puede considerar que exista un cambio implícito, pues éste no se debe entender como un cambio sin fundamento alguno, sino que requiere —como lo subraya la STC 91/1990— que la modificación de la línea jurisprudencial tenga lugar «en virtud de los razonamientos que expliquen y justifiquen la decisión y que muestren los elementos lógicos en que la nueva orientación jurisprudencial se funda». Consecuentemente, la sentencia de la que se disiente, vulnera también el art. 14 CE.

La conformidad prevista en el art. 793.3 LECrim no veda la posibilidad de que el Juez imponga pena inferior.

STS (Sala 2.ª), 17 de julio de 1992

Fundamentos de Derecho

Primero: El Ministerio Fiscal en su único motivo de casación ha impugnado el fallo de la sentencia de instancia en cuanto a que el Tribunal impuso la pena de tres años (y multa de un millón de pesetas) de prisión menor en vez de la de tres años y seis meses (con la misma multa) que fue la solicitada en sus conclusiones y con la que se conformaron el acusado y su Defensa, considerándose innecesaria la continuación del juicio.

Alega el recurrente que al decir el núm. 3.º del art. 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en su redacción actual introducida por la LO 7/1988, de 28 diciembre [RCL 1988, 2.605]) que en estos casos de procedimiento abreviado, pena no superior a seis años y anuencia del acusado y su Defensor con la pena solicitada por la acusación (antes de pasar al período de prueba del juicio oral) que el Tribunal

dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes, ese término «estricta» vincula al juzgador a no apartarse en absoluto de la extensión solicitada por el Ministerio Público, por lo que, acentuada así la índole acusatoria del proceso, se ha incurrido en infracción de ley al imponer seis meses menos de prisión que la postulada por esta parte.

Al invocarse por el recurrente una infracción de ley, del núm. 1.º del art. 849 de la procesal, y no citarse como infringido ningún precepto sustantivo penal como exige dicho artículo, es de muy dudosa admisibilidad formal este motivo. No todas las infracciones de normas procesales pueden motivar la casación; el legislador ha seleccionado las que por esenciales pueden dar lugar a ella y las ha agrupado en los arts. 850 y 851 o sea por la vía del quebrantamiento de forma, que es la propia para accionar aquellas infracciones que no se refieren a normas sustantivas sino a normas de procedimiento. A esos casos tasados habría que añadir los de nulidad que regula la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (RCL 1985, 1.578, 2.635 y ApNDL 8.375) (arts. 238 y ss.). Y pueden admitirse como infracción sustantiva los casos en que se alegue vulneración de precepto constitucional aunque se refleje en infracción procesal.

El caso presente ni es por quebrantamiento de forma incluible en los previstos por los arts. 850 y 851, ni puede denunciar vulneración constitucional, aunque se invoquen los arts. 24 y 120.3 de la Constitución (RCL 1978, 2.836 y ApNDL 2.875) (como veremos después), ni se ha infringido ningún precepto penal sustantivo, pues la sentencia se ajusta al tipo penal aplicado (art. 344 del Código, como calificó el Ministerio Fiscal) y a las reglas de fijación de la pena (en este caso 4.ª y 7.ª del art. 61) y tampoco se pueden encuadrar ni por analogía en los supuestos del art. 238.

Segundo: Sin embargo, como se han citado esos dos artículos constitucionales y se hace hincapié en el principio acusatorio, adjetivándole de «acentuado», procede examinar esta temática con preferencia. Por lo que respecta al art. 24 hay que destacar su segundo párrafo puesto que dado el carácter del recurrente y el fundamento con que acciona no encajaría en ninguno de sus incisos. Por ello se tiene que referir al párrafo primero o sea vulneración de la tutela judicial efectiva e indefensión.

Ni con la mayor buena voluntad, que la acusación pública y su encomiable esfuerzo técnico para defender su recurso se merecen, puede extraerse de lo actuado que aquellos derechos hayan sido ignorados por la línea del Tribunal de instancia. Tuvo aquélla todas sus prerrogativas y se aceptó la innecesariedad de continuar el juicio, la calificación postulada y hasta el mismo grado de la pena solicitado el mínimo de la pena tipificada. La única «desviación» ha consistido en rebajar en seis meses la petición penológica; tanto la pena que pidió el Fiscal como la impuesta bordean aproximadamente el punto medio de extensión de aquel grado mínimo.

Pretender que tal «libertad» del Tribunal sentenciador ha vulnerado

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la tutela y ocasionado «indefensión» al Ministerio Fiscal, por haberse adoptado sin darle oportunidad de continuación del juicio oral hasta su final resulta una postura excesivamente rigorista y cicatera, lo mismo que la exigencia de proponer la tesis del art. 733 que sólo debe jugar en temas de calificación delictiva y circunstancias modificativas pero que no se exige para individualizar la extensión de la pena.

El principio acusatorio veda desde luego condenar por delito que no haya sido objeto de acusación, heterogéneo con éste y que apareje consecuencias penológicas más gravosas pero no cabe invocarlo como vulnerado si el delito es precisamente el mismo, no concurren circunstancias, y hasta la pena es no sólo la misma, sino el mismo grado y en extensión similar y la pequeña alteración de ésta lo es por disminución, favorable al reo.

No se encuentra atendible que sea «acentuación» del principio, como interpreta el recurrente en virtud del adjetivo «estricta conformidad» deba llevarse a extremos de rigidez matemática vinculante para el Tribunal hasta el punto de tener que atenerse a la exacta cuantificación concreta postulada por el Ministerio Fiscal que vendría así a constituirse de acusador en Juez, convirtiendo a éste en un mero autómata obediente al criterio modulador de la extensión punitiva, desdeñando no ya la soberanía del juzgador (dentro de los límites normales del principio acusatorio) sino su función individualizadora de la pena claramente atribuida en la regla 7.ª del art. 61 del Código Penal. Entonces casi sobraría el órgano decisor judicial pudiendo reunirse Fiscal y Defensor y convenir la pena al margen de aquél que sólo diría amén a la propuesta.

Y contrario sería a toda economía procesal el que por esa mínima discrepancia penológica el Tribunal tuviera que —desvelando anticipadamente su criterio sancionador—, oponerse a la prosecución del juicio oral y continuar su desarrollo rituario para llegar al mismo resultado esencial con una sentencia coincidente en todo con la acusación, salvo en fijar tres años en vez de tres años y seis meses de prisión menor. Tal interpretación chocaría frontalmente con la voluntad legislativa de la reforma del procedimiento y su finalidad de abreviar trámites (sin perjuicio de las garantías del inculpado, que aquí han restado intactas). Respecto al otro precepto constitucional esgrimido, el 120.3 tampoco se aprecia su vulneración. La sentencia ha motivado suficientemente esta cuestión baladí al remitirse al art. 61 del Código y sería impertinente exigir al juzgador que desmenuce minuciosamente por qué ha creído oportuno imponer esos seis meses menos de privación de libertad dentro del mismo grado de pena solicitado por el Fiscal.

¿Qué argumento esencial hubiera podido alegar éste en la prolongación del juicio oral para oponerse a tal posible rebaja de su petición de pena? sin contar con que al darse la misma oportunidad, por igualdad de las partes, a la Defensa también habría que admitir que hubiera postulado rebaja más sustancial.

No se observa ni infracción legal, ni utilidad práctica en haber

prescindido de esa ritualidad dilatoria. La postulación fiscal va contra el principio de proporcionalidad.

Tercero: Por corresponder a la extensa argumentación del Ministerio Fiscal y agotar el tema planteado, más allá del caso concreto y con proyección sobre la interpretación del art. 793.3 cabe oponer las razones siguientes:

1.º Las normas (obvio es decirlo), y más cuando ofrecen una serie de dudas muy fundadas, no pueden ser sometidas, como parece pretenderse, a una hermenéutica de simple semántica o literalidad, sino que deben ser interpretadas con la amplitud requerida por la lógica, la correlación preceptual, la finalidad querida por el legislador y por todos aquellos elementos de raciocinio que el conocimiento humano nos proporciona, de ahí que la palabra «estricta», que el precepto emplea no puede significar un «total» sometimiento a la petición fiscal, pues ello sería tanto como sustraer a los Tribunales de Justicia la misión más importante que les está encomendada, cual es la de juzgar los hechos, empleando el vehículo de las sentencias razonadas y motivadas de tal suerte que si se aceptase la interpretación literal, ese trámite decisorio desaparecería y para concluir el proceso bastaría con una simple providencia que, a guisa de ejemplo, podría decir así: «estese a lo pedido por el Ministerio Fiscal en su calificación»; o lo que es lo mismo, se convertiría al órgano acusador en órgano decisorio por motivo de una conformidad o «consenso» de la parte acusada, con olvido de que tal conformidad no puede nunca confundirse con la figura del «allanamiento» en el proceso civil, ya que la relación de la litis en éste se ciñe a cuestiones individualizadas entre las partes que no pueden coartar la libre voluntad del demandado de, por acto propio, someterse a las pretensiones contrarias, relación que no surge cuando un ciudadano es acusado de la comisión de un delito que si bien puede aceptar lo solicitado por la acusación, lo que no puede es provocar con su actitud una terminación anticipada y anormal del procedimiento, pues indefectible y necesariamente ha de dictarse la correspondiente sentencia, sentencia que no obstante el acuerdo previo, ha de ser medida y razonada con el equilibrio lógico que imponen los hechos cometidos, puestos en relación con la conformidad del acusado.

2.º La Circular núm. 1 de 1989 (RCL 1989, 965) de la Fiscalía General del Estado, referente a la mencionada Ley Orgánica de 1988, después de afirmar de manera tajante que por imperativo legal cuando se trate de penas no superiores a seis años, no cabe al Tribunal modificar la pena pedida, luego añade que «si la conformidad se manifiesta en relación con penas que excedan de seis años, «parece» que el Tribunal sí podrá imponer la pena inferior a la pedida». Es decir, esta misma interpretación de la Fiscalía está confirmando nuestros anteriores razonamientos, pues en cualquier caso sería absurdo considerar y admitir que el sujeto comisor de un delito grave sea acreedor a una sanción más leve de la pedida, mientras que el autor de una infracción de menor entidad no pue-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

da obtener ese beneficio. Además, dicha circular está aceptando, en una interpretación lógica de precepto, que la pena pueda ser rebajada, al decir textualmente que «la legalidad y la justicia deben impedir las condenas improcedentes aunque sean aceptadas por el acusado», refiriéndose a los casos (que la propia norma contempla) en que el Tribunal considere que proceda la absolución por no ser típico el hecho enjuiciado o cuando existan circunstancias atenuatorias de la responsabilidad criminal. Por tanto, aplicando la regla tópica y vulgar, pero acertada, de que quien pide lo más (absolución), pide lo menos (rebajar la pena), ha de llegarse a la conclusión de que no cabe negar a los Tribunales del orden penal la posibilidad de rebajar la pena solicitada por la acusación, aun en los supuestos de conformidad del acusado.

3.º En la formalización del recurso, que sigue las líneas maestras de la referida Circular, se alega también que el art. 793.3 de la Ley, en lo que aquí interesa, tiene entre otras finalidades potenciar el principio acusatorio al someter a los Tribunales a una decisión «absolutamente» conforme con la petición fiscal. Entendemos, sin embargo (y dicho sea con los máximos respetos), que una cosa es entender ese principio como garante absoluto de la posibilidad de las partes acusadas en el proceso de defenderse de las acusaciones bien públicas o privadas a que sean sometidas, y otra muy distinta es tratar de potenciar la figura del acusador, transformándolo en Juez y parte; o, lo que es lo mismo, ese principio tiene su motivo principal y por ello debe ser escrupulosamente respetado por los juzgadores, en la base esencial de no causar indefensión a la parte acusada, pero mal puede producirse esa indefensión cuando, o bien se tipifica un hecho como delito de menor importancia del calificado, siempre que exista homogeneidad entre ellos, o bien cuando se impone extensión de pena inferior a la solicitada como en el caso presente.

4.º También debe ponderarse respetar la «ratio legis» de la norma, al emplear la frase de que el Juez o Tribunal dictará sentencia de «estricta» conformidad con la aceptada por las partes, obedece a un principio de «oportunidad» o de «política judicial», ya que, de ese modo se evitará en muchos casos la continuación de los procedimientos de la fase, costosa y dilatoria del juicio oral. Sin embargo, consideramos que esta interpretación «pragmática» de la norma podría ser contraproducente en sus propios términos, pues desde el momento en que cualquier inculpado (o su Defensor) sepa que la conformidad le cierra las puertas a toda posible «disminución» de la pena solicitada, siempre preferirá someterse a la decisión final del juzgador, a sabiendas de que éste nunca podrá imponerle pena mayor y, sin embargo (y como puede ocurrir), sí ser más benévolo en su decisión punitiva.

VII. RECURSOS

ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA UN AUTO DEFINITIVO DE SOBRESEIMIENTO LIBRE DICTADO POR UNA AUDIENCIA.

STS (Sala 2.ª), 4 diciembre 1991

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El presente recurso ha sido interpuesto por la Acusación particular contra un auto de sobreseimiento libre dictado por la Audiencia Provincial de Madrid en un sumario, por apreciar la concurrencia inequívoca en la actuación del acusado de, al menos, una circunstancia eximente de justificación, la de legítima defensa completa.

La primera cuestión que es obligado analizar es la de procedibilidad del recurso de casación contra aquella resolución. El art. 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal admite la recurribilidad de autos pero con un criterio restrictivo, siendo la norma general que la casación sea accesible contra sentencias. Condiciona dicha norma la admisibilidad a trámite de este recurso a que la propia Ley lo tenga previsto expresamente en cada clase de auto. Y la jurisprudencia es acorde con esta orientación legal restrictiva.

Dice el artículo citado que tienen que cumplirse tres condiciones, la que acabamos de decir (que la Ley lo prevea como recurrible en esta vía), en cuanto al auto que sea definitivo y en cuanto a la clase de recurso tiene que ser exclusivamente por infracción de Ley. Añade precisamente para los autos de sobreseimiento que sólo tienen el carácter de definitivos si fuese libre el acordado —lo que nos remite al art. 636 en relación con el 637, y añade que la razón de lo acordado sea porque los hechos sumariales no sean constitutivos de delito y alguien se hallase procesado por ellos. Desde luego de entrada, con alcance abstracto general dadas las reformas que ha sufrido el procedimiento hay que interpretar extensivamente el adjetivo «sumariales» que debe incluir el procedimiento de urgencia y hoy el abreviado. Y, a su vez, al caber que existan inculpados no procesados, por no existir siempre esa forma de imputación indiciaria, habrá que asimilar a los acusados aun sin dictarse auto de procesamiento, para no privar en esos casos a las partes de la garantía del recurso, único que cabe contra el sobreseimiento (art. 636); aun antes de la reforma en el núm. 1.º del art. 637 normalmente tampoco habría procesamiento.

Queda por estudiar la motivación del sobreseimiento; no ofrece duda alguna que cabe la casación en los casos de los núms. 1.º y 2.º del art. 637 pero la doctrina se la ha planteado respecto al caso 3.º, causas de exención de responsabilidad criminal. Aunque hay alguna resolución de esta Sala en contra de la procedibilidad para los autos fundados en ese número (SS. 13-6-1959 [R. 1959, 2.261], Autos de 9-5-1958 [R. 1958, 1.631], 31-1-1961 [R. 1961, 248], 13-2-1985 [R. 1985, 955]), en cambio hay varias sentencias terminantes y

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

muy razonadas que la han admitido, desde luego, cuando el fundamento sea la concurrencia de una causa de justificación (ad exemplum SS. 16-4-1979 [R. 1979, 1.639], 7-6-1988 [R. 1988, 4.483] y 11-3-1989 [R. 1989, 2.609]). Solución lógica pues en tales casos tampoco hay antijuridicidad de la acción, con lo que se asimilan a los del núm. 2.º. Más cuestiones plantearían las exenciones por causa de disculpa o inimputabilidad pero prescinde esta Sala de entrar en ellas por no referirse el caso del recurso a tales supuestos.

Se afirma en las sentencias más recientes citadas que las causas de justificación equivalen al caso de atipicidad del hecho puesto que lo hacen legítimo, ajustado a Derecho. Y se dice también que, conforme a la interpretación orientada por los arts. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985 (R. 1985, 1.578, 2.635 y Ap. 1975-85, 8.375) y el 10.2 de la Constitución (R. 1978, 2.836 y Ap. 1975-85, 2.875), en relación también con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (R. 1977, 893 y Ap. 1975-85, 3.630), art. 10.2 sobre garantía de «recurso efectivo» y principio de tutela judicial efectiva, el recurso procede aun en los casos de no haber propiamente «procesado». Se da así la oportunidad de contradicción de la resolución del Tribunal de instancia, aunque por apreciarse la causa de justificación como manifiesta e inequívoca haga innecesario por economía procesal el período de plenario. Debiendo resolverse la posible duda pro actionis, es decir por la posibilidad del recurso.

En resumen, es admisible la procedencia del recurso de casación interpuesto contra el auto definitivo de sobreseimiento libre aquí sometido a la Sala.

LA ALEGACIÓN EN EL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL NO MENCIONADO PREVIAMENTE AL PREPARAR DICHO RECURSO NO PUEDE DAR LUGAR LA INADMISIÓN.

STC 12 diciembre 1991

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto del presente recurso de amparo consiste en determinar si el Auto dictado el 21 de abril de 1988 por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que inadmitió el recurso de casación interpuesto por los hoy demandantes, conculca o no el derecho a obtener la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución. Se incluye, por tanto, el presente dentro de una serie de recursos que han dado a este Tribunal oportunidad de pronunciarse sobre los requisitos constitucionales de la inadmisión del recurso de casación, y más concretamente, como se verá, sobre la aplicabilidad del principio de unidad de alegaciones cuando se invoca la vulneración de derechos fundamentales. En consecuencia, hemos de remitirnos a pronunciamientos ya efectuados en anteriores Sentencias, entre ellas las SSTC

185/1988, 69/1990, 98/1991 y 139/1991.

2. Manifestábamos en las Sentencias citadas que, con carácter general, este Tribunal ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la CE comprende el derecho a utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios, incluido el de casación, en los supuestos y con los requisitos legalmente previstos. Y, si bien, la decisión sobre el cumplimiento de dichos requisitos y la comprobación en cada caso de la concurrencia de las exigencias materiales y formales para la admisión del recurso es competencia jurisprudencial atribuida por el artículo 117.3 de la CE al correspondiente órgano judicial ordinario y, consecuentemente, a la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando se trata del recurso de casación penal, sin embargo, es propio de la jurisdicción constitucional, a través del recurso de amparo, preservar el indicado derecho fundamental evitando que la imposición de formalismos enervantes o una interpretación de las normas que regulan las exigencias formales del recurso, claramente desviada de su sentido y finalidad, impidan la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación suscitada (SSTC 19/1983, 57/1984, 60/1985, 36/1986, 3/1987 y 158/1988, entre otras muchas). Y más concretamente en lo que se refiere a los requisitos exigibles para invocar en casación la vulneración de los derechos fundamentales, es doctrina de este Tribunal; de una parte, la de que el denominado principio de unidad de alegaciones en la casación se orienta exclusivamente a hacer posible al Tribunal de instancia el ejercicio de la competencia que en orden a la preparación del recurso le confiere el artículo 858 de la LECr, teniendo sólo reflejo la distinción que contempla la propia Ley procesal en su artículo 847, esto es, recurso de casación por infracción de ley y recurso de casación por quebrantamiento de forma a los efectos de la observancia y examen del cumplimiento, en su caso, de los requisitos establecidos para esta última clase de recurso o para el que se funda en el número 2 del mencionado artículo 849 de la LECr, conforme previene el propio artículo 855 del mismo texto legal. Y, de otra parte, que la necesidad de invocar oportunamente en el proceso la eventual vulneración de los derechos fundamentales y la finalidad de claridad necesaria en el planteamiento de la pretensión casacional, se cumple suficientemente con la exposición razonada de su argumentación en el escrito de formalización del recurso (por todas, STC 185/1988 y 69/1990).

3. A la vista de lo expuesto, cabe comenzar manifestando que debe denegarse el amparo solicitado en lo que se refiere a la inadmisión de los motivos segundo, tercero y cuarto formulados por los hoy demandantes de amparo al formular el escrito de formalización de la casación. Los motivos segundo y tercero se formulaban al amparo del artículo 849.1 de la LECr, por vulneración de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 359 y 394.3 del Código Penal, por no resultar probados determinados hechos; el cuarto motivo, también al amparo del artículo 849.1 de la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LECr, se fundaba en la aplicación indebida del artículo 14 del Código Penal, por no deducirse de los hechos probados que los recurrentes hubieran sido autores de los delitos por los que fueron condenados. Pues bien, los tres motivos fueron rechazados por la Sala Segunda en ponderada y razonada aplicación de la Ley, de manera acorde con la propia finalidad de las causas 3.ª y 4.ª del artículo 884 de la LECr. En efecto, en la resolución impugnada, la Sala ha considerado, en aplicación de una constante y uniforme línea jurisprudencial de la propia Sala, de una parte, que no podían aceptarse los motivos segundo y tercero al no respetar la verdad formal de los hechos declarados probados en la Sentencia de la Audiencia Provincial; de otra, que también era inadmisible el motivo cuarto, al omitir la exposición de los fundamentos doctrinales y legales en que el motivo se apoya, como exige el artículo 874 de la LECr. Es clro, pues, que la inadmisión de los citados motivos de casación no se ha basado en formalismos injustificados que priven al recurrente de la tutela judicial, sino en el incumplimiento por el recurrente de determinados requisitos que afectan a la propia esencia del recurso de casación por infracción de Ley, por lo que la inadmisión del recurso así decretado no supone infracción constitucional alguna.

4. Otra es la situación en lo que se refiere al primer motivo de casación. Este, formulado al amparo del artículo 849.2 de la LECr, por falta de aplicación del artículo 24.2 de la Constitución —derecho a la presunción de inocencia— fue inadmitido en aplicación del artículo 884.4 de la LECr, por no utilizar la vía casacional abierta por el artículo 5.4 de la LOPJ, así como por quebrantar el principio de unidad de alegaciones al no haber mencionado el recurrente, al preparar el recurso, la infracción constitucional luego aducida en el escrito de inadmisión en los términos expuestos no se acomoda a las exigencias interpretativas de los requisitos procesales del recurso de casación penal impuestos por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En efecto, y como hemos expuesto en una larga serie de Sentencias (así, 185/1988, 69/1990 y 98/1991), el hecho de que en el artículo 5.4 de la LOPJ se consigne expresamente la infracción del precepto constitucional como fundamento del recurso de casación, no significa ni la sustanciación como categoría específica de un recurso de casación distinto, ni consiguientemente la incompatibilidad de la incorporación al ámbito de la casación penal de la vulneración de derechos fundamentales mediante los cauces previstos en los números 1 y 2 del artículo 849 de la LECr, de manera que (como también ha señalado repetidamente este Tribunal) la normativa existente sea interpretada en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial.

Por otro lado, la inadmisión del citado motivo de casación se ha basado en la aplicación del llamado principio jurisprudencial de unidad de alegaciones en las dos fases de preparación e interposición del recurso, lo que representa (cuando la casación se funda en la infracción de preceptos constitucionales) un obstáculo adicional e innecesario para el efectivo acceso al recurso, tal como ha afirmado este Tribunal constitucional en la doctrina antes citada. Al respecto, es preciso reiterar, una vez más, que resulta desproporcionada, en cualquier caso, la sanción de inadmisión del motivo aparejada a la falta de referencia específica en el escrito de preparación del derecho constitucional a la presunción de inocencia cuando en dicho escrito se había sin embargo manifestado por la intención de utilizar el recurso de casación por infracción de Ley al amparo de los números 1 y 2 del artículo 849 de la LECr y en el escrito de interposición se razonó suficientemente la pretensión casacional basada en la infracción de normas constitucionales (SSTC 185/1988 y 69/1990). En este sentido, la cita de preceptos constitucionales en el escrito de interposición del recurso —en este caso el del art. 24.2: derecho a la presunción de inocencia— no puede tener un efecto perjudicial sobre el derecho a recurrir (por todas, STC 57/1986).

Reformatio in peius e incongruencia en la sentencia dictada en apelación: anulación por el TC.

STC 14 febrero 1992

Fundamentos Jurídicos

1. El presente recurso de amparo tiene por objeto decidir si la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Madrid, en apelación de un juicio de faltas por accidente de tráfico en el que resultó muerto uno de los conductores, al afirmar en uno de sus fundamentos jurídicos que el accidente se produjo por culpa exclusiva de la víctima contradiciendo los hechos probados de la sentencia de instancia, que la de apelación ha admitido como válidos, y sin que tal extremo fuera pedido por la recurrente ni por ninguna de las partes del recurso, supone una *reformatio in peius* de la sentencia apelada que agrava la situación de la única recurrente, viuda del fallecido, quien ve cerrada de hecho la vía civil para poder resarcirse de los perjuicios sufridos por el siniestro.

2. Como ya ha tenido ocasión de poner de manifiesto con anterioridad este Tribunal (por todas, STC 17/1989) la prohibición de la *reformatio in peius* es una manifestación de la interdicción de indefensión que reconoce el artículo 24 CE y una proyección de la congruencia en la segunda instancia, la cual incluye la prohibición de que el órgano judicial *ad quem* exceda los límites en que viene formulada la apelación acordando una agravación de la sentencia recurrida que tenga origen exclusivo en la propia interposición del recurso. De esta manera, el recurso de apelación delimita la pretensión concreta de la segunda instancia, con la previsión de los temas o puntos que plantea, que enmarcan y predeterminan el alcance de la decisión del Juez superior, fuera de lo

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cual no puede actuar éste agravando la situación del apelante, salvo que frente a la pretensión del mismo se hayan sostenido otras pretensiones de la parte apelada (STC 15/1987), dentro de cuyos límites objetivos y subjetivos de las pretensiones de ambas partes, apelante y apelada, ha de quedar delimitada la actividad decisoria del órgano jurisdiccional *ad quem*, quien no podrá gravar más la situación del recurrente de lo que ya lo estaba en la primera instancia.

La vigencia de este principio y su aplicación a las apelaciones de los juicios de faltas, aunque sin un precepto legal ordinario que así lo disponga, ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de este Tribunal (entre otras, SSTC 54/1985, 84/1985, 115/1986 y 202/1988) que, además de otorgar efectividad al principio acusatorio en este tipo de procesos, ya declaró que el derecho a la tutela judicial efectiva puesto en relación, por un lado, con el deber de los Jueces y Tribunales de actuar con independencia e imparcialidad y, por otro, con la obligación de que exista en el proceso penal una acusación, determina la exigencia constitucional de evitar que el Juez actúe como parte en el proceso contradictorio. Sometido, además, el juicio de faltas a una doble instancia no puede el Juez superior actuar agravando la situación del apelante, con violación del axioma *tantum apellatum, tantum devolutu*, por todo lo cual no puede el Juez *ad quem*, de oficio, imponer superiores sanciones o mayor número de penas o crear o ampliar el contenido de las indemnizaciones establecidas por el Juez *a quo*, salvo si concurren otras partes apelantes que con sus peticiones permitieran efectuar una decisión de superior contenido, pues, aunque la apelación se considere un *novum iudicium*, la revisión que supone debe encuadrarse dentro de las pretensiones ejercitadas en la segunda instancia.

Por su parte, las SSTC 15/1987 y 202/1988 ya afirmaron que «también en lo que toca a las indemnizaciones por daños resultantes de delito o falta rige en el ámbito penal la regla prohibitiva de la *reformatio in peius*».

3. Se hace preciso, pues, a la luz de la anterior doctrina constitucional, examinar ahora si en el caso enjuiciado se ha producido en la sentencia de apelación una reforma peyorativa de la primera instancia al declararse en la misma que el accidente de circulación, en el que falleció el marido de la demandante, fue causado por culpa exclusiva de la víctima, ya que tal afirmación ni formaba parte del contenido de la sentencia de instancia —que, por el contrario, declaraba que el accidente fue producido por causas desconocidas— ni fue pedido por la recurrente, ni fue solicitado por las partes apeladas, quienes se limitaron a instar la confirmación en todos sus extremos de la sentencia apelada.

Argumenta la actora que dicha declaración agrava la situación de la única recurrente, que ve cerrada la vía civil para resarcirse de los perjuicios causados, y conlleva la inviabilidad del auto de responsabilidad civil objetiva, que el Juez de Distrito dispuso que se dictara una vez firme la sentencia. Por tal razón es conveniente determinar el

alcance de una y otra resolución —en primera instancia y apelación— para así poder concluir si la segunda sentencia agrava realmente la situación de la recurrente de manera tal que pueda suponer una reforma peyorativa de la dictada en primera instancia.

4. La prohibición de la *reformatio in peius* constituye, como se ha dicho, la manifestación del principio constitucional de congruencia (implícito en el derecho a la tutela) en la segunda instancia. Dicha prohibición se erige, pues, en una garantía procesal consistente en que los pronunciamientos de la sentencia apelada, no impugnados por ninguno de los litigantes, han de quedar fuera de la función revisora del órgano judicial de segunda intancia, de tal forma que el apelante queda a salvo de la posibilidad de que la sentencia de apelación exceda de los límites en que formula su recurso y, en consecuencia, que éste no servirá de cauce para que los pronunciamientos de la sentencia que le son favorables se revoquen en su perjuicio.

En el proceso penal son las conclusiones definitivas el acto procesal, a través del cual se determina «definitivamente» el objeto del proceso penal; en consecuencia, la sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes (STC 91/1989). Así, en el presente juicio de faltas que dio lugar al posterior recurso de apelación, el Ministerio Fiscal solicitó la absolución del conductor del camión y que se dictase auto de responsabilidad civil objetiva a favor de la demandante. La acusación particular, por su parte, interesó la condena de dicho conductor y pidió una indemnización a favor de la perjudicada de 8.661.299 pesetas más la de 60.000 pesetas por los daños y, en fin, la defensa de don Mariano Pacheco se mostró conforme con la calificación del Fiscal y pidió la absolución de su representado.

De dichas conclusiones se deduce, de un lado, que la acusación particular, en representación de la recurrente, ejercitó la acción penal y civil dentro del proceso en los términos previstos en los artículos 110 y 112 de la LECr, y de otro, que tanto el Ministerio Fiscal como la defensa pidieron la absolución del conductor del camión sin imputar responsabilidad alguna en el accidente al conductor fallecido. De aquí que la sentencia del Juzgado de Distrito, en consecuencia con las peticiones formuladas, pronunció una sentencia absolutoria ordenando que se dictase auto de responsabilidad civil objetiva por considerar que se desconocían las causas originadoras del siniestro.

No conforme con tal Sentencia, recurrió en apelación exclusivamente la acusación particular, sosteniendo su pretensión de condena penal y civil, a la que se opusieron las demás partes —ninguna de las cuales se adhirió a la apelación—, quienes pidieron la confirmación de la Sentencia. Por su parte, el Juez de Segunda Instancia, aunque confirma la Sentencia, introduce una declaración nueva y no pedida por ninguna de las partes: Que el accidente se produjo por «culpa exclusiva de la víctima». De tal manera que, aun cuando el Ministerio Fiscal y el acusado no habían apelado la parte civil dispositiva

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la primera instancia y habían solicitado, en la segunda, la conformidad de la misma y sin perjuicio de que la resolución, recaída en segunda instancia, declaraba que «se aceptan los hechos probados y los fundamentos de derecho de la Sentencia apelada»; dicha Sentencia vino a alterar los términos del debate procesal resolviendo un problema y una cuestión jurídica que no había sido planteado por ninguno de los litigantes. Por consiguiente, forzoso es concluir en que la Sentencia recurrida en amparo ha incurrido en incongruencia *extra petita* por cuanto el órgano de la apelación se ha pronunciado sobre algo distinto de lo que constituía el objeto del recurso, declaración que, además se efectúa sin razonamiento alguno e incluso en manifiesta contradicción con su propia afirmación de aceptar los hechos probados y fundamentos de derecho de la primera Sentencia.

5. Partiendo, pues, de la existencia de este vicio de incongruencia, preciso es examinar si la misma es generadora de alguna infracción constitucional, por cuanto sólo alcanza esta relevancia aquella incongruencia que además produce indefensión a las partes (SSTC 34/1985, 86/1986, 8/1988 y ATC 407/1989, entre otros).

El artículo 1.º del Decreto de 21 de marzo de 1968 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, disponía que el conductor de un vehículo que con motivo de la circulación cause daños a las personas o a las cosas estará obligado a reparar el mal causado, excepto cuando se pruebe que el hecho fuera debido a culpa o negligencia del perjudicado (dicho precepto fue derogado por el Real Decreto-ley 1.301/86). Para exigir el cumplimiento de tal obligación de indemnizar, el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño, hasta el límite del seguro obligatorio (art. 4.º) y, por su parte, el asegurado sólo quedará exento de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1.º (art. 5.º).

En el orden procesal, el texto refundido de la Ley de 24 de diciembre de 1962 prevé que cuando en un proceso penal, incoado por un hecho cubierto por el seguro obligatorio, se declare la rebeldía del acusado o recayere Sentencia absolutoria, si el perjudicado no hubiere renunciado a la acción civil ni la hubiere reservado para ejercitarla separadamente (tal como acontece en el caso ahora enjuiciado), antes de acordar el archivo de la causa, el Juez o Tribunal que hubiera conocido de la misma dictará Auto en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por el seguro obligatorio (art. 10). Dicho Auto, que tiene el carácter de título ejecutivo, es suficiente para instar la demanda que puede abrir el proceso sumario ejecutivo previsto en los artículos 1.440 y siguientes de la LEC, en el cual el asegurador puede oponerse a la ejecución, alegando, además de los motivos autorizados en los artículos 1.564 y 1.467 de

la LEC, los señalados en el artículo 1.º de esta Ley (arts. 15 y 18), entre los que se encuentra, como hemos dicho, la de haberse cometido el hecho mediante culpa o negligencia de la víctima.

En consecuencia, la declaración efectuada por el Juzgado de Instrucción, al resolver el recurso de apelación, relativa a que el accidente se produjo por culpa exclusiva de la víctima, no sólo puede suponer un obstáculo para que se dicte el Auto de responsabilidad civil objetiva —aun cuando aquí dicho extremo no se ha producido por cuanto consta de las actuaciones que el citado Auto fue emitido el 22 de noviembre de 1988—, sino que podría servir de base para fundar una oposición de la aseguradora en el juicio ejecutivo correspondiente, ya que la misma constituye una causa de exclusión de la cobertura del seguro obligatorio.

6. En definitiva, este Tribunal no puede sino constatar, desde el examen de la resolución impugnada y el de las actuaciones, la indefensión material que se le ha generado a la recurrente como consecuencia de la declaración de culpabilidad exclusiva de la víctima efectuada en la resolución recurrida, toda vez que, acumulada la acción civil a la penal, dimanante de delito y, efectuada dicha declaración, con manifiestos efectos prejudiciales en la jurisdicción civil, al faltar causa alguna de nacimiento de la obligación de resarcimiento (desterrada, incluso, la de la responsabilidad civil objetiva), se le vedan a la recurrente la posibilidad de ejercitar con éxito su derecho a la tutela judicial «efectiva» en el referido proceso sumario o en cualquier otro civil de carácter declarativo.

Por consiguiente, la Sentencia impugnada ha ocasionado a la recurrente una manifiesta situación material de indefensión, todo ello como consecuencia de la infracción de la prohibición constitucional de la *reformatio in peius*, puesto que, si bien es cierto que el órgano jurisdiccional de apelación es libre de valorar, tanto el resultado probatorio, como la aplicación del Derecho efectuado por el Juzgador de instancia, tampoco lo es menos que dicha revisión no es absoluta sino, antes bien, tiene como límite el principio de congruencia, trazado por las pretensiones de las partes en la segunda instancia, de entre las que no se encontraba la revisión de la declaración relativa al nacimiento de la acción civil, la que ha quedado enervada como consecuencia de aquel pronunciamiento, ocasionado *ex officio*, sin razonamiento o justificación alguna y en flagrante contradicción con la manifestación de conformidad con los hechos probados que efectúa la Sentencia impugnada, razones todas ellas que inexorablemente han de conducir a declarar la violación del derecho a la tutela del artículo 24 y a la estimación del presente recurso de amparo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ESTIMACIÓN DEL RECURSO A PESAR DE IRREGULARIDADES FORMALES.

STS (Sala 2.ª), 15 abril 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: El único motivo casacional viene interpuesto con base en el art. 849.2 procedimental al haberse infringido el derecho a la presunción de inocencia que en el art. 24.2 de la Constitución (RCL 1978, 2.836 y ApNDL 2.875) se contiene.

No es correcta ni la vía escogida para hacer valer el derecho esgrimido y alegado ahora ni tampoco su formalización procesal. En el primer caso porque, siendo el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1.578, 2.635 y ApNDL 8.375) el que establece el cauce adecuado, no es congruente mantener en derecho tanto la ausencia de prueba de cargo como el error padecido supuestamente en la valoración de la misma.

En el segundo porque el art. 855 obliga a señalar, cuando la preparación, el recurso que se va a interponer, en este supuesto con mayor razón al indicar el art. 44.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (RCL 1979, 2.382 y ApNDL 13.575) que la invocación del derecho presuntamente vulnerado ha de manifestarse tan pronto hubiera lugar para ello una vez conocida dicha violación, todo lo que podría originar la inadmisión del art. 884.4 también procedimental, que hoy sería causa de desestimación.

Sin embargo tales irregularidades no habrán de impedir el estudio de la denuncia casacional hecha, ya que de conformidad con un criterio constante (ver las SS. 24-4-1991 [RJ 1991, 2.933] y 24-2-1992 [RJ 1992, 1.364], entre otras muchas) hay que huir de rígidos formalismos dentro de lo posible, sobre todo si de la defensa de derechos fundamentales se trata (también STC 9-5-1991) (RTC 1991, 98). Ultimamente el Tribunal Constitucional expresamente devalúa, por ello, la importancia del denominado principio de unidad de alegaciones.

EL TS ADVIERTE DE LOS PELIGROS DE LA «INOBSERVANCIA PROCEDIMENTAL CON QUE QUIZÁS TAN ALEGREMENTE SE ESTA ACTUANDO».

STS (Sala 2.ª), 11 de septiembre de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Contra la sentencia de la Audiencia que condenó a las dos acusadas como autoras del delito relativo a la prostitución del art. 452 bis d) 2.º del Código Penal, viene interpuesto por las mismas el presente recurso de casación con base en dos motivos.

Por el segundo, de obligado estudio prioritario, y a través de la vía establecida en el art. 849.2 procedimental, en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1.578, 2.635 y ApNDL 8.375), se denuncia la vulneración del derecho a la

presunción de inocencia contenido en el art. 24.2 de la Constitución (RCL 1978, 2.836 y ApNDL 2.875). Por medio del segundo, esta vez por infracción de ley del art. 849.1 de la misma norma adjetiva, se alega la aplicación indebida del art. 452 bis d) 2.º referido, vía procesal que exige el respeto al hecho probado, razón por la cual el estudio preferente del segundo motivo puede, si se estimare convenientemente, modificar en lo preciso el «factum» de acuerdo con las pretensiones que aquí se gestionan.

Segundo: Como acaba de decir el Tribunal Constitucional (S. 12-12-1991 [RTC 1991, 240], también la de 30-4-1992 [RJ 1992, 3.347] de la Sala Segunda del Tribunal Supremo), *la unidad de alegaciones* como causa obstativa para la admisión del recurso, en referencia a la preparación y a la interposición del mismo, *representa un obstáculo adicional e innecesario cuando la casación se funda,* tal ahora acontece, *en la presunta infracción de preceptos constitucionales* (por lo que respecta, evidentemente, al segundo motivo ya indicado).

Resulta desproporcionado, en cualquier caso, *llegar a la inadmisión por falta de referencia específica del motivo cuando el escrito de preparación,* especialmente si, habiéndose manifestado la intención de recurrir al amparo del art. 849.1, se razonó después, ya en la interposición, sobre la posible vulneración de alguna norma o precepto asumido y acogido por la Constitución.

Fundamentalmente, desde las Sentencias del Tribunal Constitucional de 9-5-1991 (RTC 1991, 98) y del Tribunal Supremo de 2 de julio de igual año (RJ 1991, 5.502), se ha tratado de evitar que puros requisitos formales, más o menos consistentes, impidan conocer de los verdaderos problemas sometidos a debate.

En aras de la mejor justicia *han de soslayarse los impedimentos formales,* dentro de lo posible, *pues así lo exige la alegación de un derecho tan fundamental como lo es el que a la presunción de inocencia afecta.*

De ahí que a pesar de que no se hubiere cumplido con lo que se establece en el art. 855 de la Ley de Enjuiciamiento, en su párrafo primero, y aunque el art. 44.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3-10-1979 (RCL 1979, 2.383 y ApNDL 13.575), mantenga la necesidad de proclamar la violación de aquel derecho tan pronto ésta sea detectada, no procedería la inadmisión en el trámite que el art. 884.4 señala, en la línea de lo que se viene exponiendo.

Aun así y todo, también es indudable se trata de un problema, formal desde luego, que puede acarrear graves consecuencias si en algún momento no se le pone un límite. Por eso ya se dijo anteriormente (S. 15-7-1991 [RJ 1991, 5.904]) que habrá que establecer *frenos adecuados a la inobservancia procedimental con que quizás tan alegremente se está actuando, porque el debate jurídico impone obligatoriamente un orden, unas reglas y unos requisitos si queremos respetar la buena fe y la lealtad procesal, de un lado, si queremos facilitar, encauzándolos*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

adecuadamente, la solución y estudio de los distintos planteamientos, de otro.

Tales consideraciones obligan a rechazar las manifestaciones que por el Ministerio Fiscal se aducen para desestimar, por la vía de lo que en su caso debió ser inadmisión, el segundo motivo alegado sobre la presunción de inocencia.

VIII. MEDIDAS CAUTELARES

EN EL ART. 294.1 LOPJ DEBEN ENTENDERSE INCLUIDOS LOS SUPUESTOS DE ABSOLUCIÓN POR INEXISTENCIA OBJETIVA O SUBJETIVA DEL HECHO, PERO NO LOS CASOS DE FALTA DE PRUEBA.

STC (Sala 2.ª), 98/1992, de 22 de junio

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El supuesto de hecho que origina el presente recurso de amparo viene conformado, sustancialmente, por las dos siguientes circunstancias:

a) El demandante sufrió prisión preventiva en una causa criminal instruida por los delitos de hurto, tenencia ilícita de explosivos, evasión de presos y daños, concluida por Sentencia que le absuelve de los dos primeros y le condena por los dos últimos a penas de multa con arresto sustitutorio que, en el caso de tener que cumplirse, hubiese determinado privación de libertad por un tiempo muy inferior al que duró la prisión preventiva —en concreto, ochocientos veinticuatro días menos.

b) Las Resoluciones del Ministerio de Justicia y la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que son objeto del recurso de amparo, deniegan al demandante el derecho a que el Estado le indemnice por el daño que ha padecido a consecuencia de dicha prisión preventiva.

Con base en tales circunstancias fácticas, se formula la pretensión de amparo, razonando que las citadas Resoluciones administrativas y judicial han vulnerado los derechos a la igualdad en la aplicación de la Ley y a la tutela judicial efectiva, garantizados por los arts. 14 y 24.1 de la Constitución.

La primera se dirige conjuntamente contra las Resoluciones administrativas y la Sentencia, porque en ellas se acoge una interpretación del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.), que conduce a un resultado que el demandante califica de discriminatorio y, por ello, prohibido por el art. 14 de la Constitución.

La segunda se imputa tan sólo a la Sentencia, reprochándole haber dejado sin resolver el problema planteado en la demanda contenciosa sobre la concurrencia de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que pudiera determinar la responsabilidad patrimonial que se reclama al Estado.

2. El art. 294.1 de la L.O.P.J., al disponer que «tendrán derecho a indemnización quienes, después de

haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado Auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».

El demandante entiende que se produce vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley si dicho precepto legal se interpreta, tal como han hecho el Ministerio de Justicia y el Tribunal Supremo, en el sentido que excluya del derecho a indemnización el supuesto en el que se encuentra el demandante, pues tal decisión establece diferencia injustificada de trato entre «los inocentes absueltos o sobreseídos por inexistencia del hecho imputado y los absueltos o sobreseídos por no ser autores de los hechos realmente inexistentes» añadiendo, después de reconocer que la Sentencia recurrida amplía el sentido literal de la norma, que, en un procedimiento penal, «el inculpado no tiene por qué demostrar su inocencia (STC 174/1985), y por tanto, ni la prueba practicada va dirigida a ello, ni la Sentencia tiene por qué dar por demostrada la inocencia del acusado, sino simplemente, por no comprobada su culpabilidad».

Podría quizá tener razón el demandante, incluso en su reproche de que la interpretación realizada por la Sentencia es restrictiva y discriminatoria, si efectivamente el Tribunal Supremo hubiese aplicado literalmente el art. 294.1 de la L.O.P.J. y, en su consecuencia, hubiera, excluido de su ámbito normativo el supuesto de que habiéndose cometido los delitos imputados, se absolviera al acusado por haberse acreditado que él no había participado en su comisión.

Pero bien lejos de ello, la Sentencia recurrida, en un razonamiento sin duda irreprochable, bien claramente establece que el art. 294.1 de la L.O.P.J. incluye tanto la absolución por inexistencia del hecho (inexistencia objetiva) como la absolución por prueba de la no participación en el mismo (inexistencia subjetiva), «quedando solamente fuera de su singularidad, en consecuencia, los casos de falta de prueba, tanto del hecho como de la participación en él, de difícil comprensión en el mismo, y en los que la reclamación, de no encontrar fundamento en el dolo o en la culpa grave de Jueces y Magistrados, que tiene su propio procedimiento también, al igual que si el proceso hubiera terminado para el inculpado sin Sentencia o sin Auto de sobreseimiento libre fundado en la inexistencia del hecho o con Sentencia condenatoria a pena privativa de libertad por tiempo inferior al de prisión preventiva sufrida por el delito en razón del cual ésta se hubiera decretado, habrá de encauzarse por los otros supuestos, ya los generales del error judicial, si en virtud de él se hubiese decretado indebidamente la prisión, o de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, cuando, sin error alguno se haya decretado, se haya mantenido por causa de ese defectuoso funcionamiento y tenido una duración superior a la normal en una diligente tramitación del proceso o por tiempo mayor del legalmente establecido».

Tal doctrina es plenamente conforme con el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, puesto

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que, siendo indudable que, desde la finalidad de la norma, la inexistencia objetiva y la subjetiva del hecho imputado son esencialmente iguales y deben, por ello, recibir el tratamiento unitario que les reconoce la Sentencia recurrida; mientras que el supuesto de absolución por falta de pruebas es esencialmente diferente de los anteriores en cuanto que, en los primeros está probada la inocencia del acusado y, por consiguiente, que la prisión preventiva fue acordada con error judicial y esto no ocurre cuando la participación del acusado en el hecho perseguido no pudo probarse de manera convincente.

Y es que una cosa es que exista prueba positiva de un hecho negativo —no existencia del hecho o no participación del acusado— y cosa bien distinta la ausencia de prueba de un hecho positivo —existencia del hecho o participación del acusado—, pues esta última no es acreditativa del error judicial que contempla el art. 294.1 de la L.O.P.J. y, por lo tanto, es una situación sustancialmente diferente de aquélla, lo cual justifica la diferencia de trato normativo que le confiere dicho precepto legal, según la interpretación de la Sentencia recurrida que resulta, por ello, plenamente conforme con el principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución.

Sentado ello, el problema planteado en este extremo, en la demanda de amparo queda limitado a determinar en cuál de los tres supuestos anteriormente establecidos se encuentra el demandante y en este punto no puede asignarse duda alguna que la absolución de los delitos de hurto y de tenencia de explosivos, según explica el Tribunal Supremo, no estuvo en la inexistencia de los hechos ni en la prueba de su no participación en ellos del acusado, sino en «no constar suficientemente probado que los seis artefactos explosivos y los seis detonadores, de procedencia desconocida e intervenidos en el domicilio del otro procesado, hubiesen sido sustraídos en una casa de campo de Montesa (Valencia) por otro y el demandante y en no haberse demostrado la sustracción de efectos en el supuesto de hurto, refiriéndose a los explosivos».

Por otro lado, y a mayor abundamiento, la pretensión del actor de que, por imperativo del principio de igualdad, se incluya su caso en el ámbito normativo del art. 294.1 de la L.O.P.J., requiere, como primera condición necesaria, que la Sentencia que puso fin al proceso penal sea absolutoria y esta condición no se cumple, puesto que, aunque lo sea de manera parcial, es condenatoria y ello priva de todo fundamento dicha pretensión, a no ser que pudiera apreciarse que la prisión preventiva fue acordada, única y exclusivamente, en relación con los delitos por los que el recurrente es absuelto, excluidos, por consiguiente, aquellos por los cuales se le condena y ello es evidente que no ha sido así y, en su consecuencia, la prisión preventiva, desde la perspectiva del art. 294.1 de la L.O.P.J., en todo caso, encontrará justificación en esa condena, que excluye la concurrencia del específico error judicial que regula dicho precepto legal.

COMISIONES ROGATORIAS

PERSPECTIVAS DE ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE LA EJECUCIÓN FORZOSA EN LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA [1]

GIUSEPPE TARZIA
Catedrático de Derecho Procesal Civil
Universidad de Milán

SUMARIO:

I. 1993 el «año símbolo» en Europa y el problema no resuelto de la armonización de las leyes sobre el proceso civil. — II. La alternativa entre la unificación y la armonización legislativa: objetivos y método del trabajo desarrollado por el Grupo de Expertos que ha realizado un estudio por encargo de la CEE relativo al proceso civil. — III. Necesidad de la intervención de las Autoridades Comunitarias en la materia de la ejecución forzosa. — IV. Los problemas actuales de la ejecución en la relación de Carlos de Miguel. — V. El título ejecutivo europeo: la exigencia de una regla común sobre la eficacia de la sentencia de primer grado y de la introducción de un procedimiento monitorio uniforme, así como de la circulación de las decisiones monitorias en los países de la Comunidad; peculiaridad de la disposición de los títulos ejecutivos extrajudiciales en las leyes nacionales. — VI. Los medios para la individualización de los bienes a embargar. —

1. Traducción de la Conferencia pronunciada por GIUSSEPPE TARZIA, Catedrático de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Milán, en el marco de las VI JORNADAS PROCESALES, organizadas por el Iltre. Colegio de Procuradores de los Tribunales de Barcelona (17-18 de diciembre de 1993), realizada por el Becario de Investigación del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona: DAVID VALLESPÍN PÉREZ.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

VII. La evolución en el mercado financiero y monetario y la creación de nuevos bienes: consecuente necesidad de ampliar el ámbito de la ejecución sobre los créditos y derechos y el área de los operadores de la venta o de la cesión coactivas. — VII. La revalorización monetaria de la deuda por la duración del proceso ejecutivo y la introducción de la *astreinte* a nivel comunitario. — IX. La alternativa entre la regla de la *par condicio creditorum* y aquella de la prioridad del acreedor ejecutante y la dificultad de una deseable elección uniforme para Europa.

I. 1993 El «año símbolo» en Europa y el problema no resuelto de la armonización de las leyes sobre el proceso civil

El año 1993 bien puede ser considerado el año símbolo de la integración jurídica y económica de Europa, o al menos, de aquella parte de la misma que se encuentra ligada en la Comunidad Económica Europea y ahora también en la Unión Europea.

En efecto —es precisamente el momento de recordarlo— el Acta Unica Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, preveía para el pleno funcionamiento del Mercado Interno, la fecha del 1.º de enero de 1993. También el Tratado sobre la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, ha entrado en vigor el 1.º de noviembre de 1993.

Pero sabemos que los simbolismos no siempre se corresponden con la realidad. El proceso de integración jurídica y económica debía desarrollarse sobre todo mediante las Directivas previstas en el art. 100 A del Tratado de Roma, introducido en el art. 18 del Acta Unica Europea. Es un proceso que ha tenido un notable desarrollo, pero que todavía no ha cubierto todas las materias, para las que es necesaria u oportuna la intervención de la Comunidad con el fin de alcanzar el más correcto funcionamiento del Mercado único.

En particular, el Consejo de la Comunidad Económica Europea no ha ejercitado todavía los poderes que le son conferidos por el art. 100.A, para dictar reglas en el sector de la justicia civil.

El Tratado de Maastricht prevé solamente, en este sector, la cooperación judicial en materia civil y penal. Se queda en el nivel de la cooperación entre Gobiernos. El Tratado no representa, por lo tanto, en este ámbito, ningún progreso sobre la vía de la integración europea.

A pesar de todo, no obstante este acuerdo que puede parecer desconfortante, el problema de la armonización de las leyes sobre el proceso civil y, para aquél que hoy nos interesa de forma más específica, sobre la ejecución forzosa no puede ser desatendido.

Me parece ya largamente difundida entre los juristas europeos la convicción de que las divergencias entre las legislaciones procesales influyen sobre el juego de la competencia, alterando las reglas del mercado, de aquello que debe ser el mercado único europeo. Resulta la necesidad de introducir, en los países de la Comunidad, normas que aseguren una protección igual o equivalente del crédito, no sólo en la fase de la cognición sino también en aquella de ejecución.

Me gustaría tratar de forma rápida el problema en los términos más claros. Me parece necesario recordar brevemente: ¿qué debe entenderse por *armonización*?; ¿cuál puede ser el *método* para alcanzarla?; ¿cuáles los *temas*, los aspectos de la normativa sobre el proceso de ejecución que pueden ser objeto y, al mismo tiempo, cuáles los *límites*, que es razonable poner a una primera tentativa, como es la que puede desarrollarse al inicio del proceso de integración europea?

II. La alternativa entre la unificación y la armonización legislativa: objetivos y método del trabajo desarrollado por el Grupo de Expertos que ha realizado un estudio por encargo de la CEE relativo al proceso civil

La distinción entre unificación y armonización, o acercamiento[2], de los derechos nacionales aparece ya adquirida en el lenguaje europeo, también si a veces los dos términos parecen ser utilizados como sinónimos[3] y si puede ser difícil trazar en concreto la línea de sus confines. Otra cosa es, en efecto, establecer la disciplina común de una cierta materia destinada a sustituir las normas internas, distinto es imponer o sugerir a los Estados la obligación de adaptar los derechos nacionales a los principios o normas dictadas en una sede supranacional. La unificación puede alcanzarse por la vía de las convenciones internacionales y también directamente en el interior de la Comunidad Europea, por la vía del

2. Es esta la expresión empleada en el artículo 18 de la citada Acta Unica Europea.

3. Cfr. David, *The International unification of private law*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, cap. 5; Gorla, *Unificazione «legislativa» e «unificazione giurisprudenziale». L'esperienza del diritto comune*, en *Foro it.* 1977, v, 91 ss. y los posteriores y profundos estudios del mismo autor sobre los ordenamientos jurídicos abiertos y sus modos de producción de un derecho uniforme, entre los que me limito a señalar (también para ulteriores citas) *Tre colonne su «Ordinamenti giuridici aperti e diritto comune dei nostri tempi»*, en *Foro it.* 1983, v, 111 y *I pricipi generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile italiano del 1942*, ivi, 1992, v, 90.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Reglamento. La armonización, siempre en el ámbito de la Comunidad, presupone el recurso a los diversos instrumentos de la Directiva o de la Recomendación.

Esta rápida premisa muestra, creo, su utilidad también en nuestro argumento. El recurso a la Directiva para la actuación del Mercado Unico constituye la elección del instrumento más apropiado para un acercamiento de las legislaciones, que no se concrete en la superposición plena del derecho comunitario al derecho interno. Ella es, al menos hoy, la vía obligaba también para una normativa comunitaria sobre el proceso civil.

Se comprende, por consiguiente, que la perspectiva de la armonización, bastante más que la de la unificación, de las normas procesales nacionales haya sido considerada en los trabajos que un grupo de doce expertos, presidido por el prof. STORME, ha desarrollado, desde finales del año 1987, por cuenta de la Comisión de la Comunidad Económica Europea, en principio para valorar la «utilidad y la realizabilidad» de tal proyecto y después para elaborar propuestas (como la Comisión expresamente ha requerido), «for the approximation (not unification) of the national law of civil procedure... to eliminate the most important and serious procedural divergencies which exist in the various sets of national rules»[4].

El Grupo ha relatado no sólo la necesidad sino también la posibilidad de una armonización parcial en un sector, que presenta gravísimas dificultades de intervención, por la profunda diversidad entre los sistemas procesales de de *common law* y de *civil law* y, también con frecuencia entre los sistemas de los países continentales. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, y con el espíritu de prudencia que la situación impone, el Grupo ha redactado una relación conclusiva, que ha sido sometida a la Comisión de la Comunidad Europea en febrero de 1993.

Más que detenerse sobre las propuestas concretas allí formuladas, importa indicar cuál ha sido el método de trabajo y cuáles las preocupaciones que se ha entendido debían afrontarse.

El método, en primer lugar. El acercamiento de las legislaciones internas por obra de las Autoridades puede perseguirse por métodos *fuertes* o *débiles*, o en cualquier modo intermedios. Para quedarnos en nuestra materia, un método *débil* es ciertamente aquel empleado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa con la Recomendación N. (R) n.º 5 de 1984 sobre los principios del procedimiento civil[5]: pocas y generales prescripciones, son suficientes para trazar un primer esquema concreto del proceso civil común europeo. Entre otros aspectos, la ejecución forzosa no es ni siquiera considerada. Un método *fuerte* es, en cambio, el seguido por los autores del *Código Procesal civil modelo para Iberoamérica*, publicado en un Anteproyecto en Montevideo en el año 1988, que es un Código tendencialmente completo, destinado a abastecer el modelo, precisamente para la adopción de Códigos uniformes en el Continente sudamericano: un texto, que también en la materia de la ejecución forzosa traza en forma clara los principios generales y las reglas base para las diversas formas de ejecución (arts. 317-332).

Un proyecto de esta extensión —ya difícil para América Latina, por el encuentro de sistemas jurídicos de origen bien diverso, español o portugués —habría naturalmente causado resistencias de todo tipo en la Europa de los Doce. En el alba del tercer milenio —y en el alba de un proceso de unificación económica, jurídica y política, que tendrá ciertamente un desarrollo largo y fatigado— un trabajo de este tipo se habría colocado fuera de la realidad. Por otra parte, habría ido por el otro lado, al seguido por los fines que justifican la intervención de las Autoridades Comunitarias.

El Grupo no se ha empeñado, por lo tanto, en la redacción de un código de procedimiento civil propiamente. La relación contiene, en cambio un *corpus* de reglas comunes, que deberían abarcar no todas, sino sólo aquellas materias, para las que el acercamiento de las leyes nacionales sobre el proceso civil pueda aparecer como necesario para los fines del buen funcionamiento del Mercado único: aquellas solamente, esto es, en las que una Directiva pueda ser justificada en el sentido del art. 100 A del Tratado de Roma. Entre estas materias (si las propuestas fueren aceptadas) no podrá faltar la ejecución forzosa.

4. Sobre los objetos asumidos y sobre el modo seguido para alcanzarlos pueden consultarse los testimonios y las observaciones de algunos de los participantes en el grupo de expertos: cfr. DE MIGUEL Y ALONSO, *Hacia un proceso civil universal*, Valladolid, 1991; KERAMEUS, *Procedural Unification: the Need and the limitations*, en *International Perspectives on Civil Justice*, Essays in honour of Sir Jack J.H. Jacob, London, 1990, p. 47 ss.; PRÚTTING, *Die Entwicklung eines europäischen zivilprozessrechts*, Universität des Saarlandes, Europa-Institut, Rendiconta Istituto Lombardo Accadedmia di Zcienze e Lettere, Milano, 1991, p. 79.

5. Publicada en Estrasburgo, a cargo del Consejo de Europa, Sección de las Publicaciones ISBN 92-871-0333-X. Para cualquier mayor concreción Cfr. PICARDI, *Lavori per la Riforma del cod. proc. civ. I processi speciali*, en *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 900 ss., a p. 705 nota 20.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

III. Necesidad de la intervención de las Autoridades Comunitarias en la materia de ejecución forzosa

A este propósito, si está fuera de lugar proyectar una ley uniforme europea sobre la ejecución forzosa, que la regule en todos sus aspectos, igualmente irreal aparece la perspectiva de una convergencia espontánea entre las variadas legislaciones procesales de los países, que confluyen en la Unión Europea. Las experiencias legislativas, también las más recientes, muestran como las divergencias tienden más bien a profundizarse: en la valoración autónoma que cada país realiza de las mejores oportunidades para la reforma de un sistema, cuya ineficacia es en casi todas partes lamentada.

Son divergencias que se refieren, entre otras cosas, a la misma individualización de los títulos ejecutivos y su función en el desarrollo del proceso; las modalidades para la búsqueda y la determinación de los bienes a embargar; las vías a seguir para llegar a la venta de los bienes, con un recurso más difuso a las formas de venta alternativas y a la venta judicial; la determinación del crédito a los efectos de la satisfacción ejecutiva; el trato paritario de todos los acreedores o referencialmente para quien asume la iniciativa de la ejecución.

Dejo, por lo tanto, las notables diversidades que se encuentran en los distintos países para los procedimientos destinados a la realización forzosa de las obligaciones de dar (sobre todo, de la obligación del arrendador de liberar el inmueble alquilado) y de las obligaciones de hacer y de no hacer.

En esta situación no se puede ciertamente imaginar ni la recepción espontánea de un modelo nacional por parte de los otros países (como ha sucedido, en otros tiempos y circunstancias, para con los Códigos napoleónicos o para los códigos alemanes), ni un acercamiento para obra de los Parlamentos nacionales.

Establecida la necesidad de una Directiva, vinculante para todos los Estados miembros de la Comunidad, querría tratar de individualizar rápidamente, al menos, los más importantes sectores en los que debería y podría realizarse un derecho común europeo de la ejecución forzosa.

IV. Los problemas actuales de la ejecución en la relación de Carlos de Miguel

En la conclusión de su relación general sobre las *Ultimas evoluciones en materia de ejecución forzosa singular*, presentada en el Congreso

Internacional de derecho procesal celebrado en Würzburg en 1983[6], el Prof. Carlos de Miguel indicaba los problemas actuales de la ejecución, reducidos al mínimo, en los cuatro siguientes:

El reajuste de la deuda.
La coacción de la ejecución.
El descubrimiento del patrimonio del deudor.
La efectividad de las subastas.

Se trata de problemas graves. Y, sin embargo, a mí me parece que otros se deben añadir, y que una intervención de armonización debe implicar, ya sea la fase de la formación del título, ya sea aquélla más propiamente procesal. Por lo que hace referencia, en particular, a la ejecución para los créditos dinerarios, la conexión del proceso con el derecho sustancial y más ampliamente, con la evolución de la realidad económica debe ser tenida constantemente en cuenta.

V. El título ejecutivo europeo: La exigencia de una regla común sobre la eficacia de la sentencia de primer grado y de la introducción de un procedimiento monitorio uniforme, así como de la circulación de las decisiones monitorias en los países de la Comunidad; peculiaridad de la disposición de los títulos ejecutivos extrajudiciales en las leyes nacionales

El título ejecutivo, en primer lugar. *Nulla executio sine titulo*. ¿Pero qué título, y cómo formado?

En un coloquio internacional sobre *Les professionels du droit au sein du nouvel espace judiciare européen*, desarrollado en París, el mes de junio de 1993 (en el que ha participado como ponente también el Prof. Vázquez Sotelo), se ha indicado, como campo de una posible armonización, el «título ejecutivo europeo»[7].

Justamente se ha señalado que no se debe confundir la individualización de las decisiones comunitarias, idóneas para constituir título ejecutivo en los Estados miembros (en suma, el «título ejecutivo comunitario»),

6. En *Effektiver Rechtschutz und verfassungsmässige Ordnung*, y W. Habscheid, Bielefeld, 1983, p. 515 ss., spec., p. 566.

7. Cfr. Capponi, *Una prospettiva di armonizzazione: il titolo esecutivo europeo*, en Documenti Giustizia, 1993, p. 1.389 ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

con el acercamiento de las reglas que, en los diversos países, concurren para determinar los títulos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales.

Un trabajo de este género se hace necesario, en primer lugar, para los títulos judiciales, del dictado del art. 31, 1.º de la Convención de Bruselas, donde se establece que:

> «Las resoluciones dictadas en un Estado contratante que allí fueren ejecutorias se ejecutarán en otro Estado contratante cuando, a instancia de cualquier parte interesada se hubiere otorgado su ejecución en este último».

El problema del momento, en el que la sentencia de primer grado deviene ejecutiva, aparece, por lo tanto, de central importancia para un tratamiento de las partes en los diversos países, y está viva la exigencia de que se eliminen las disparidades actuales. Y, en efecto, en algunos países la sentencia de primer grado no es ejecutiva *de jure*, y la apelación tiene pleno efecto suspensivo, salvo que la decisión haya sido declarada provisionalmente ejecutable (así, en Alemania —par. 534, 704 ss. ZPO— y en Francia, arts. 514 ss., 524 y 539 del nuevo c.p.c.); en otros (como en Bélgica, arts. 1.397 y ss. y 1.414 del *Code Judiciare*) el régimen es fundamentalmente el mismo, pero la parte victoriosa en el primer grado, también si la sentencia no es provisionalmente ejecutable, puede obtener secuestro conservativo en garantía de la futura ejecución; en otros lugares (como España, art. 386 de la LEC), la ejecución provisional de las sentencias de primer grado apeladas está consentida dentro de los límites fijados en la ley y remitidos a la valoración del juez, sólo previa la constitución de una fianza. En Italia, la reciente ley de 26 de noviembre de 1990, n.º 353 de reforma del proceso civil ha subvertido la regla tradicional, derivada de la codificación napoleónica y ha introducido el principio de la eficacia inmediatamente ejecutiva de todas las sentencias de primer grado. El mismo principio vale en los países del *common law*[8].

Es evidente la necesidad de la introducción de una regla uniforme, para

8. Como observa justamente CAPPONI, *Una prospettiva di armonizzazione*, cit. «se trata de una medida que, presentada por el legislador italiano como factor de «aceleración» del proceso, desincentivadora de las apelaciones infundadas y dilatorias, aparece, desgraciadamente, aislada en el contexto europeo, al menos por lo que se refiere a los países del *civil law*». Se debe añadir que el reclamo a la necesidad de considerar las soluciones emergentes en los varios países comunitarios había sido hecha durante los trabajos preparatorios, pero ha estado del todo olvidada por el legislador: Cfr. TARZIA, *Il progetto Vassalli per il processo civile* en *Riv. dir. proc.* 1989, p. 120 ss.; a p. 128.

evitar una protección desigual del crédito y de los fenómenos posibles de *forum shopping* por parte del deudor: que, promoviendo una acción declarativa del crédito, daría lugar a la litispendencia, también para la sucesiva acción de condena del acreedor, en el sentido del art. 21 de la Convención de Bruselas y de la amplia noción de litispendencia internacional, acogida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas[9].

Pero la normativa comunitaria no debería limitarse a esto. Como ha indicado el Prof. RAMOS MÉNDEZ, en su intervención en el Congreso Internacional sobre el *Código procesal civil modelo para Iberoamérica*, celebrado en Roma en septiembre de 1988[10], sería necesario instituir un procedimiento monitorio para la creación rápida del título ejecutivo en todos los países de la Comunidad: para alcanzar, con modalidades análogas y en los mismos plazos, aquella orden o mandato de ejecución, que sirve y vale como decisión en el sentido del art. 25 de la Convención de Bruselas.

Aquí, no obstante, el legislador europeo deberá escoger entre dos modelos bien diversos, mejor dicho, contrapuestos. De un lado, el procedimiento monitorio puro *(Mahnverfahren)*, en el cual, sobre recurso escrito u oral del acreedor, y sin que sea necesaria ninguna prueba del crédito, el juez, sin haber escuchado a la otra parte, emana una orden condicionada de pago destinado, sin embargo, a no adquirir fuerza ejecutiva en caso de oposición *(widerspruch)* del deudor. Del otro lado, el procedimiento monitorio documental *(Mandatsverfahren)*, en el que el recurso del acreedor debe ser integrado por la prueba escrita de los hechos constitutivos del crédito y, por tales razones, la orden de pago no pierde efecto por las excepciones *(Einwendungen)* o la oposición del deudor, que abren el proceso en contradictorio. No falta soluciones en algún modo intermedias[11].

Es evidente, también aquí, que la diversidad de los modelos com-

9. Cfr. KERAMEUS, *Problemi attuali della litispendenza internazionale nel processo civile* en *mRiv. dir. proc.* 1990, p. 1.001 ss. y ahora, para un amplio estudio, DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella convenzione di Bruxelles*, Padova, 1993.

10. En el vol. *Un «codice tipo» di procedura civile per l'America Latina*, a cargo de SCHIPANI y VACCARELLA, Padova, 1990, p. 297 ss.

11. Para una investigación comparatística no reciente aunque siempre útil Cfr. HORSMANS, *La procédure d'injonction ou le recouvrement simplifié de certaines créances dans les Pays du Marché Commun*, Bruselas, 1964. Sobre las reformas francesas de 1957 y 1981, incorporadas en el nuevo c.p.c., cfr. PERROT, *Il procedimento per ingiunzione*, en *Riv. dir. proc.* 1986, p. 715 ss., y sobre la reforma alemana de 1976 BALBI, *Il procedimento per ingiunzione (dopo la Vareinfachungsnovelle della ZPO federale del 3 diciembre 1976)*, en *Riv. dir. civ.* 1978, I, p. 348 ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

porta una marcada diversidad de protección de los créditos en los varios países de la Comunidad. El sistema monitorio puro consiente un larguísimo empleo de este medio de recuperación, facilitado ulteriormente, en Alemania, por el tratamiento informático.

Es necesario, por lo tanto, hacer posible la ejecución de las disposiciones monitorias (para Italia, de los decretos ingiuntivos), en los otros Estados miembros. Aquí, me parece que no subsisten obstáculos en la normativa internacional y, en particular, que no forman obstáculos los arts. 25, 27, 30, 31 y 34 de la Convención de Bruselas.

No creo que un obstáculo pueda surgir del art. 27 n.º 2, aplicable a la ejecución de las decisiones extranjeras por el art. 34.2: la norma, esto es, que excluye el reconocimiento y la ejecución «si el acto introductivo de la instancia o un acto equivalente que no ha sido notificado al demandado rebelde, regularmente y en tiempo útil para que pueda defenderse».

Escrita para el procedimiento con contradictorio, pero aplicable también a las decisiones de las que me ocupo ahora, la norma conduce simplemente a excluir la posibilidad del reconocimiento y de la ejecución antes que el recurso y el mandato de pago, o de todos modos, las órdenes de pago que hayan sido notificadas al deudor y antes que haya transcurrido el plazo para proponer excepciones. Por otra parte, en el sentido del art. 30 de la Convención, el reconocimiento podría (pero en nuestro caso debería) ser suspendido si la decisión «forma objeto de un recurso ordinario» y, en el sentido del art. 31, solamente las decisiones ejecutivas en el país de origen pueden ser llevadas a ejecución en otro país.

El mandato de pago o las otras decisiones monitorias no pueden, por consiguiente, estar revestidas del *exequatur* en otro país de la Comunidad de haber sido notificadas y antes de que hayan sido declaradas provisional o definitivamente ejecutivas. Son éstas las únicas condiciones a nivel comunitario.

Pero en algunos países el derecho interno pone pesadas limitaciones a la circulación internacional de estas decisiones.

Así, según el derecho italiano, el «decreto ingiuntivo» no puede ser pronunciado si la notificación al deudor debe tener lugar fuera del territorio del Estado (art. 633.3, c.p.c.).

De forma análoga, en Bélgica el procedimiento sumario de mandato de pago es aplicable sólo si el deudor tiene domicilio o residencia en aquel país. (art. 1.344 del *Code Judiciaire*).

El único país, por lo que conozco, que ha manifestado sobre el punto un espíritu europeo, es Alemania. En dicho país, el procedimiento

monitorio está admitido, cuando la notificación de la orden de pago debe suceder en el exterior, solamente si la notificación debe tener lugar en uno de los países adherentes a la Convención de Bruselas (par. 688, n.º 3, ZPO).

Me parece clara la necesidad de acoger a nivel europeo, cuando menos, la regla alemana y la oportunidad, más en general, de establecer una disciplina europea uniforme del procedimiento monitorio, o cuando menos la disciplina de un procedimiento común, que flanquee eventualmente a los afines procedimientos nacionales.

Más difícil ciertamente es prever una armonización en la amplia serie de títulos ejecutivos extrajudiciales. El art. 50 de la Convención de Bruselas hace reenvío, para la fuerza ejecutiva del acto notarial, al derecho interno [12]; y, como ha sido indicado, casi todos los ordenamientos conocen varias especies de títulos ejecutivos (de formación administrativa, notarial, contractual, arbitral) «calificados como tales sobre la base de valoraciones fuertemente discrecionales del legislador nacional, orientadas a la tutela de aquellos particulares intereses que todo particular legislador elige para perseguir» [13].

No parece posible —y ni tan sólo, con estricto rigor, necesario, al menos en una primera obra de acercamiento— que el legislador europeo dicte reglas uniformes sobre los efectos, que el título ejecutivo tiene sobre el inicio de la ejecución: en palabras más claras, sobre la necesidad o no de una autorización del juez a la ejecución. No me parece este el momento para intentar superar las notables divergencias, que se encuentran, también en este punto, en los ordenamientos de los Estados miembros, y de construir un procedimiento ejecutivo europeo, que valga igualmente en todos los países de la Comunidad.

Se retorna al tema de fondo: armonización por sectores, no unificación legislativa.

VI. Los medios para la individualización de los bienes a embargar

Tomando en consideración los problemas más importantes del proceso de ejecución, la exigencia de efectividad de la ejecución forzosa reclama

12. Cfr. de Leval, *La force exécutoire de l'acte notarié*, en *L'execution en question*, Bruselas, 1993, p. 135 ss., a p. 153.

13. Capponi, *Una prospettiva* cit., p. 1.394.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

inmediatamente la atención sobre la individualización de los bienes a embargar. Reenviando a la amplia investigación, comparatística, por otros elaborada [14], creo también, por mi parte, que se debe imponer al deudor —como regla del derecho procesal europeo— un deber de colaboración y de información patrimonial. No pienso que este deber pueda ser asistido por sanciones penales, a lo más, por medidas coercitivas, como las *astreintes*, de las que es bastante dudosa, en el caso concreto su utilidad. Y, en efecto, si el deudor no revela en qué consiste su patrimonio y hace, por lo tanto, vanas las tentativas de embargar, la aplicación de la *astreinte* no hará más que aumentar su deuda permanecida incumplida.

Entiendo, en cambio, que se deba inspirar fundamentalmente en el derecho español (art. 1.455 LEC) y en la nueva ley francesa de 9 de julio de 1991 (arts. 39 ss.) y, por consiguiente, se deba prever el poder del órgano de la ejecución de reclamar, directa o indirectamente, las informaciones que las Administraciones Públicas u otros Entes públicos (como el Ente para la previsión social) o los bancos estarán llevados a suministrar. Es una exigencia, ésta, remarcada con particular fuerza por la movilidad del mercado de capitales.

VII. La evolución en el mercado financiero y monetario y la creación de nuevos bienes: consecuente necesidad de ampliar el ámbito de la ejecución sobre los créditos y derechos y el área de los operadores de la venta o de la cesión coactivas

Pero el discurso sobre el objeto de la ejecución no puede detenerse aquí. En una época de rápida transformación económica, en la cual a las categorías tradicionales de los bienes muebles corporales, de los inmuebles y de los créditos se añaden siempre otras, constituidas por nuevos bienes inmateriales, aparece como bastante viva la necesidad de que las normas sobre la ejecución forzosa sean idóneas para asegurar el embargo, la venta o la cesión también de estos nuevos bienes.

Se trata, en primer lugar, de crear formas de ejecución aptas para afectar, más allá de las cuotas sociales, la serie siempre más amplia de

14. Cfr. Comoglio, *L'individuazione dei beni da pignorare* en *Riv. dir. proc.* 1992, p. 83.

los valores mobiliarios [15] (como ha hecho la ley francesa de 9 de julio de 1991, art. 59 y sobre todo el derecho de aplicación de 31 de julio de 1992, arts. 178-184) y las utilidades derivadas de los nuevos contratos creados en el mercado financiero (como los *swaps* y los *futures*) [16]. Es necesario todavía introducir formas de ejecución adecuadas al nuevo orden del mercado monetario. Aludo solamente al fenómeno, imponente en Italia, de la *desmaterialización* de los títulos de la deuda pública —Bienes del Tesoro y Certificados de Crédito del Tesoro— que son objeto de contratos de venta y de prenda también cuando, como regularmente sucede, no vengan incorporados en documentos [17]. Quizás es necesario pensar también en la praxis del crédito bancario, que hace recurso frecuentemente —al menos, en Italia— como objeto de garantía, de documentos que no constituyen títulos de crédito: los recibos bancarios, que incorporan, a mi juicio, un mandato *in rem propriam* a la banca, para cobrar las sumas debidas [18], y para las cuales puede indicarse igualmente el problema de la embargalidad de la banca tercera mandataria y poseedora de los recibos cuando no tenga derecho (como es normal), a retener las sumas percibidas para realizar su crédito.

Se debe igualmente tener en consideración el desarrollo de las titulaciones fiduciarias, también mediante la concentración de los títulos representativos de las acciones de la sociedad de capitales en un único ente detentador (como en Italia la Sociedad Monte Titoli) [19].

El legislador europeo debería dar unas indicaciones precisas para la

15. Para la definición de esta noción en el derecho italiano, v. por ej. Carbonetti, *Che cos'è un valore mobiliare?* y Ferrarini, *I nuovi confini del valore mobiliare*, en *Giuris. comm. 1989, I, pp. 280 y 741.*

16. Cfr. al respecto y por todos Ferrero, *Profili civilistici dei nuovi strumenti finanziari*, en *Riv. dir. comm.* 1992, p. 629 ss.

17. Cfr. Oppo, *La dematerializzazione dei titoli del debito pubblico*, en *Nomos* 1988, p. 73 ss.; Colombo, *Problemi risolti e irrosilti nella giurisprudenza sul pegno*, en *Banche e banchieri* 1989, p. 99 ss.; Gabrielli, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, spec., p. 40 ss.

18. Sobre la controversia sobre el valor de estos documentos me place recordar aquí un reciente y dedicado análisis extranjero, rico por sus referencias jurisprudenciales y doctrinales: Hesbert, *Le reçu bancaire (La ricevuta bancaria)*, en *Revue des hussiers de justice*, 1992, p. 753 y ss. Sobre el valor de la garantía, que puede adquirir el *mandato in rem propriam*, me refiero a lo que he escrito en *Garanzie del credito bancario e procedure concorsuali*, en *Il fallimento* 1985, p. 276 ss.

19. Para el embargo de las acciones puestas a nombre de la Monte Titoli cfr. el art. 7 de la ley de 19 de junio de 1986 n.º 289 y en general, sobre el sistema así introducido, Partesotti, *Profili cartolari del sistema Monte Titoli*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1987, I, p. 601 ss.; Minervini, *Sistema montetitoli e pegno di titoli di credito*, en igual Revista. 1990, I, 145 ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

afección al embargo de estos nuevos bienes, y en particular, de aquellos bienes creados en el mercado financiero internacional. Esto valdrá no sólo para incrementar la masa de los bienes embargables, sino también para establecer que estos nuevos bienes pueden ser perseguidos en el ámbito de la ejecución por expropiación de los créditos o de los derechos. En vez que reproponer aquel orden de las formas de expropiación, tradicionales en algunos ordenamientos, que aún hace pocos años, ha sido reproducido en el *Código modelo para Iberoamérica*, y que pone los créditos y, genéricamente, los derechos y las acciones en el último puesto, después de los bienes muebles e inmuebles [20], es necesario reconocer qué exigencias primarias de nuestra sociedad deben llevar a limitar la ejecución sobre los bienes muebles en sentido estricto, en relación a la ampliación de la noción de los bienes inembargables en cuanto necesarios en la vida y el trabajo del deudor y de su familia, y consentir, a viceversa, el sometimiento a la ejecución de los nuevos bienes.

No obstante, junto a todo esto, es necesario también alargar el área de los operadores de la venta y de la cesión, introduciéndose —siempre bajo el control del juez, y eventualmente también del oficial de justicia encargado de la ejecución —los auxiliares que aparecen más idóneos, y éstos son, según los casos, los notorios, los agentes de cambio, y otros públicos y privados comisionados [21].

El derecho común deberá dar, bajo mi punto de vista, sólo una indicación de máxima. No concierne ciertamente a las Autoridades Comunitarias regular los poderes y las funciones de los diversos órganos de la ejecución o de los profesionales llamados a colaborar con ellos. Pero la necesidad de poner al día las normas internas en esta materia debería ser objeto de una Directiva, dirigida no sólo a la armonización, sino también a la eficacia de la tutela ejecutiva de los derechos. Es un aspecto, también este de la *efectividad de las subastas*, y más en general, de las cesiones de los bienes en la ejecución forzosa, que todos los legisladores nacionales deberían subsanar, evitando que ellas devenguen —como demasiado frecuentemente sucede y como tantas veces ha sido denunciado— una simple instrumento de especulación en perjuicio de los acreedores y del deudor [22].

Querría observar aún, en este aspecto, que la contraposición entre público y privado en la ejecución constituye un problema falso. La exigencia es aquí solamente la de asegurar la eficacia de la venta y la corrección de quien allí procede. Fijado por el juez, o de todos modos, por el órgano jurisdiccional de la ejecución el precio base, sobre la base de valoraciones imparciales, es interés de todas las partes del proceso de ejecución que la venta sea cumplida por quien está mejor cualificado para obtener el precio más alto, en la más absoluta transparencia de las operaciones relativas.

Más dudosa es, por el contrario, la oportunidad de facilitar, a nivel europeo, la venta voluntaria en el interior del proceso de ejecución, como tentativa preliminar a la venta coactiva, según los ejemplos suministrados por el derecho francés (arts. 743-748 *ancien* c.p.c., para los inmuebles, y art. 52.1 de 1991 cit., para los muebles) y del derecho holandés [23]. Aquí, me parece mejor dejar a los legisladores nacionales una valoración tan delicada, en la que debe tener un rol predominante el juicio sobre los ambientes sociales en los que la ejecución se actúa.

VIII. La revalorización monetaria de la deuda por la duración del proceso ejecutivo y la introducción de la astreinte a nivel comunitario

La exigencia de una determinación del crédito, a los fines de la satisfacción ejecutiva, y de un reforzamiento de los otros derechos tutelables por vía ejecutiva, que no creen disparidades irrazonables de trato entre los acreedores o los que tienen derecho en los varios países de la Comunidad, está por lo tanto, en la base de otras dos reglas, de las que es posible augurar que puedan ser introducidas como normas comunes europeas.

20. V. art. 324.1. La regla está, sin embargo, atenuada con varias excepciones, en el art. 380.2 del *Código general del proceso del Uruguay*, de 1989, fundamentalmente inspirado en el *Código modelo*.

21. Cfr. por ej. para el derecho francés Daigre, *Qui peut procéder a l'adjudication forcée des valeurs mobilières et des droits d'associés ayant fait l'objet d'una saisie?*, en *Revue des hussiers de justice*. 1993, p. 1.201 ss.; y para el derecho italiano (entre *jus conditum e jus condendum*) Proto Pisani, *Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nella expropiazione forzata immobiliare*, en *For. it.* 1992, v. 444 ss.; Capponi, *Vendite forzate immobiliare nei Paesi della CEE*, en *Documenti Giustizia*, 1993, 1.185 ss.

22. Envío para cualquier seña a mi relación en las Journées Françaises dell'Association Henry Capitant sobre *L'effectivité des decisions de Justice*, en el vol. homónimo, Ed. Economica, 1985, p. 121 ss. V. también Chiarloni, *Giurisdizione e amministrazione nell'espropiazione forzata*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1993, p. 83 ss. El relieve pertenece, por otro lado, a la doctrina internacional de la ejecución forzosa: cfr. la relación de Carlos de Miguel cit. anteriormente y las relaciones nacionales reasumidas.

23. Cfr. Capponi, *Vendite forzate immobiliari*, cit.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La primera es aquella, que consiente la revalorización monetaria de la deuda *(el reajuste de la deuda)* hasta el momento del pago al acreedor o de la distribución entre los acreedores del dinero recaudado de la venta o de la asignación de los bienes embargados.

En una Europa en la que la inflación opera en muy diversa manera en los particulares países, la seguridad del mercado exige que el crédito sea «actualizado» según parámetros, que conservan el efectivo valor, cualquiera que sea el país en el que vendrá extinguido. No se trata, naturalmente, de modificar el régimen sustancial de las obligaciones pecuniarias, transformándolas todas en deudas de valor, como tales sustraídas a la depreciación de la moneda. Es necesario, en cambio, aplicar, también bajo este aspecto, al proceso de ejecución la célebre regla por la que la duración del proceso no debe venir en perjuicio de la parte que tiene la razón. En la ejecución aquella parte está identificada *a priori* del título ejecutivo que establece el derecho del acreedor al pago, hasta que no venga eliminado con un juicio de oposición. Se debe, por consiguiente, fijar un índice de revalorización y aplicarlo desde el inicio del proceso de ejecución —diría mejor, de un acto bien individualizado en todas las legislaciones como el embargo («pignoramento», «saisie», «seizure», «Pfändung»)— hasta el momento en el que el acreedor viene satisfecho[24].

Es necesario, pues, que la medida de la *astreinte* —notable en Francia y los países del Benelux, pero extraña a los otros países de la Comunidad— sea introducida en modo uniforme, al menos, para asegurar la ejecución de una orden de hacer o de no hacer. No se nos puede esconder, también aquí, las dificultades que pueden nacer para los países que conocen medidas coercitivas diversas: las penas ejecutivas («Zwangstrafen»), a favor del Estado y no del acreedor, en el ordenamiento alemán (par. 888-890 ZPO), el *contempt of Court* en Gran Bretaña. Sería necesario, por lo tanto, que la institución de la *astreinte* a nivel comunitario fuese acompañada de la reserva de las diversas sanciones establecidas en las leyes internas para la inejecución de la condena. Se debería además, dejar a los legisladores nacionales el poder de invididualizar los casos en que la *astreinte* no puede ser aplicada (por ej. en materia de familia o de derechos de la persona).

24. Cfr. para una visión SALETTI, *Processo esecutivo e prescrizione*, Milán, 1992, pp. 283-284.

IX. LA ALTERNATIVA ENTRE LA REGLA DE LA PAR CONDICIO CREDITORUM Y AQUELLA DE LA PRIORIDAD DEL ACREEDOR EJECUTANTE Y LA DIFICULTAD DE UNA DESEABLE ELECCIÓN UNIFORME PARA EUROPA

Aquí debo detenerme, y no sólo porque creo haber largamente aprovechado vuestra paciencia. Debo detenerme también, ya que me parece que la armonización legislativa no puede hoy afectar otros muchos temas y sobre todo uno, que, sin embargo, es de fundamental importancia para una tutela uniforme o cuando menos equivalente de los derechos de crédito en los varios países de la Comunidad.

Me refiero a la regla de la *par condicio creditorum*, que pone a todos los acreedores —estén o no previstos de título ejecutivo— sobre el mismo plano en la fase de distribución, salvo las prelaciones que derivan de privilegios, prenda o hipoteca, y al opuesto «principio de prioridad» (o *Präventionsprinzip*) que asegura un derecho de preferencia al acreedor embargante. Se ha visto como este principio ha sido acogido en el ordenamiento alemán, que sanciona un derecho de prenda del embargo *(Pfändungspfandrecht)*[25] y en otros ordenamientos que se han inspirado en el mismo. Un *jus prioritatis* parece existir también en el ordenamiento español[26], y salva la tutela del acreedor que tiene título preferencial mediante la *tercería de mejor derecho* (art. 1.532 y 1.533 LEC) y salva también la posibilidad para los otros acreedores de promover para el *juicio concursal* (arts. 1.156 y ss. LEC).

La nueva ley francesa, por el contrario, ha acogido un sistema intermedio: concurso igual de los acreedores en la *saisie-vente* de los bienes muebles, preferencia absoluta para el primer embargante en la *saisie-attribution* de los créditos de dinero (arts. 43 y 55 de la ley de 1991, cit.)[27]. En Italia hay quien propone, *de jure condendo*, el reservar la po-

25. Cfr. por ej. HABSCHEID, *Guirisdizione civile e processo civile nella Republica Federale Tedesca*, en *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 924 ss., a p. 928-929, 932, 935. Para una investigación comparantística no reciente pero siempre útil, cfr. FRAGISTAS, *Das Präventionsprinzip in der Zwansvollstreckung*, Mannheim —Berlin— Leipzig, 1931.

26. Cfr. por ej. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil* III, 3.ª ed., Barcelona, 1986, n.º 70, p. 1.057; MONTERO AROCA, *El proceso de ejecución*, en Montero Aroca, Ortells Ramos, Gómez Colomer, Montón Redondo, *Derecho Jurisdiccional* (3.ª ed.), II, 2.º, Barcelona, 1993, p. 190 y ss.; TAPIA FERNÁNDEZ, intervención en el XVIII Convenio Nacional de la Asociación entre estudiosos del proceso civil, en el Vol. *L'effettività della tutela del creditore nell'espropiazione forzata*, Milán, 1992, p. 232 ss.

27. Cfr. PERROT, *La riforma francese delle procedure civili d'esecuzione (la prima legge)*, en *Riv. dir. proc.* 1992, p. 209 ss., espec. p. 227 ss.; VICENT-PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 17 ed., París, 1993, espec., p. 95 ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sibilidad de intervención en la ejecución sólo a los acreedores dotados de título ejecutivo[28].

La fuerza de las opuestas tradiciones legislativas y el acogimiento favorable, que a la introducción de la *saisie-attribution* ha sido dada en el gran país que la ha creado, hacen del todo irrealizable, en mi opinión, el propósito de la búsqueda de una regla europea en esta materia. Sin embargo, no creo poder silenciar las preocupaciones que el rechazo o el parcial abandono de la regla de la *par condicio creditorum*[29] debería hacer surgir entre los juristas europeos.

A mí me parece que una norma, que premia a quien ha procedido el primero, decide toda la ventaja a favor del acreedor «más cercano»: del acreedor nacional, esto es, que se encontrará normalmente en mejor situación que el acreedor extranjero para poder conocer en tiempo las condiciones financieras y los bienes embargables del deudor. Es una situación de disparidad a la que el acreedor de otro país de la Comunidad no puede encontrar remedio, si la regla del igual trato no puede ser restablecida con la quiebra del deudor (limitada en varios países a los emprendedores comerciales) o con otro procedimiento concursal, y de todos modos, sí como está establecido en el art. 43 de la ley francesa, la atribución del crédito embargado al primer embargante permanece eficaz también si el deudor está después sometido a un procedimiento de quiebra o equivalente (*redressement* o *liquidation judiciaire*).

Quizás, también en esta delicada materia, la perspectiva europea reclama a los legisladores nacionales una ulterior reflexión, fuera de las Directivas que pueden ser impartidas por las Instituciones Comunitarias: la búsqueda de un equilibrio, siempre difícil, entre eficacia y justicia, en el más amplio espacio jurídico europeo.

28. ORIANI, *La determinazione dei crediti ai fini del concorso*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1993, p. 131 ss.

29. Una regla, por lo tanto, que me parece a mantener en la base del proceso de ejecución por expropiación, fuera de los excesos de aplicaciones desviadas en los procedimientos concursales. Ver al respecto: COLESANTI, *Mito e realtà della «par condicio»*, JAEGER, *Par Condicio creditorum* y TARZIA, *Parità e discriminazione tra i creditori nelle procedure concorsuali*, en *Il Fallimento*, 1984, p. 32 ss., 51 ss. y 153 ss.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

KROPHOLLER, Jan, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVÜ*, 3.ª edición Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1991, 527 págs.

Se ha publicado la tercera edición de este comentario al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, obra que ya es un clásico entre los comentarios. Esta nueva edición se refiere al Convenio en su versión vigente en diez Estados europeos y recoge la literatura y jurisprudencia hasta finales de 1990 y, por primera vez también la inglesa. Tiene asimismo en cuenta el Convenio de San Sebastián-Donostia, del que son partes España y Portugal así como el Convenio paralelo de Lugano firmado por los países de la EFTA. Todo ello ha hecho necesario una considerable ampliación de la obra, manteniendo sin embargo la claridad de la exposición a que nos tiene acostumbrados el autor de esta obra imprescindible del Derecho procesal civil europeo.

de ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3.ª edición, Universidad de Deusto, Editorial Civitas, Madrid 1993, 1.090 págs.

Esta reciente 3.ª edición de la obra merece el nombre de Tratado, pues es más que una puesta al día de las dos anteriores. Contiene el tratamiento sistemático en nueve extensos capítulos del cada día más importante tema de la responsabilidad civil, completado con las novedades legislativas y la Jurisprudencia de los últimos años, sin olvidar la doctrina. Ofrece además una extensa bibliografía nacional y extranjera. De gran utilidad es el Indice final de sentencias, ordenadas cronológicamente por conceptos con indicación de las páginas del libro en que se citan.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La obra es de consulta obligada para todo jurista que quiere profundizar en el tema de la responsabilidad civil.

LLUIS CABALLOL ANGELATS, *La ejecución provisional en el proceso civil»*, José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1993, 406 pp.

El proceso civil, como método a través del cual los órganos jurisdiccionales pretenden hacer justicia resolviendo los conflictos *inter privatos*, deviene ineficaz cuando ésta se otorga tardíamente pues, tal y como reza el refrán florentino, *giustizia ritardata, giustizia denegata*. El proceso debe tener una duración razonable o, si se prefiere —en términos constitucionales— no debe sufrir dilaciones indebidas (art. 24 de nuestra *Norma Normarum*). Desgraciadamente, y ello lo sabemos todos los operadores jurídicos, la presente exigencia constitucional constituye en la actualidad un mero *desideratum*. Sin duda alguna, la ejecución provisional puede configurarse como un instrumento válido para lograr la tan deseada eficacia del proceso civil. Por esa razón, una de las novedades más relevantes introducidas en la reciente reforma procesal italiana lo constituye la implantación de la ejecución provisional *«ope legis»* de todas las sentencias dictadas en primera instancia (nuevo artículo 282 del *Codice di Procedura Civile*) [1].

En España —como observa el Profesor SERRA DOMÍNGUEZ en el prólogo de esta obra— pocas instituciones como la que constituye el objeto de estudio de CABALLOL ANGELATS, habían sido más reclamadas por los juristas, modificaba con la Reforma en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) mediante la Novela de 6 de agosto de 1984.

Antes de analizar el contenido de la obra del Dr. CABALLOL, es justo destacar las dos grandes dificultades que el autor, a nuestro entender, ha debido superar: en primer lugar, la escasez de estudios doctrinales. Tan sólo destacan las monografías del Profesor PÉREZ GORDO («La ejecución provisional en el proceso civil», Barcelona, 1973) en nuestro país, y la del Profesor Federico CARPI (*«La provvisoria esecutorietà della sentenza»*, Milano, 1979) en Italia; así como algunas publicaciones en revistas (*ad exemplum*, podemos mencionar los diversos ensayos del Profesor ORTELLS RAMOS). Y, en segundo lugar, la deficiente normativa reguladora de esta institución, reformada en 1984.

1. Sobre el particular, vid. CAPPONI, B.: *L'esecutività della sentenza di primo grado e l'efficacia espansiva esterna della sentenza di riforma nella legge n. 353/1990*, en «Documenti Giustizia», I-II/1993, págs. 94 y ss.; LASAGNO, G.: *Execuzione provvisoria*, en CHIARLONI (Coord.): «Le riforme del processo civile», Edit. Zanichelli, Bologna-Roma, 1993, págs. 338 y ss.; TOMMASEO, F.: *L'esecutorietà della sentenza*, en AAVV.: «La Riforma del processo civile», Edit. CEDAM, Padova, 1992, págs. 145 y ss.; CIARLONI, S.: *Provvedimenti urgenti per il processo civile (commento artt. 33, 34 y 69)*, en «Le nuove leggi civili commentate», I-II/1992, págs. 153 y ss.; TARZIA, G.: *Lineamenti del nuovo processo civile di cognizione*, Edit. Giuffrè, Milano, 1991, págs. 185 y ss.; PROTO PISANI, A.: *La nuova disciplina del processo civile*, Jovene editore, Napoli, 1991, págs. 193 y ss.; CONSOLO, C. (con LUISO, F.P. y SASSANI B.): *La riforma del processo civile*, Edit. Giuffrè, Milano, 1991, págs. 1287 y ss.; ATTARDI, A.: *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Edit. CEDAM, Padova, 1991, págs. 166 y ss.; o MONTESANO/ARIETA: *Il nuovo processo civile*, Jovene editore, Napoli, 1991, págs. 74 y ss.

Entrando ya en materia, la obra de CABALLOL ANGELATS se estructura en dos nítidas partes: una afronta lo que podríamos denominar «teoría general de la ejecución provisional», y la otra, las especialidades que la misma presenta en los diferentes procesos para los que expresamente se prevé la ejecución provisional.

Tras diversas reflexiones de índole terminológica acerca de la finalidad de la actividad jurisdiccional de declaración, de la eficacia y firmeza de la sentencia, del efecto suspensivo de los recursos, y del estudio de la condición jurídica de la sentencia sujeta a impugnación, el autor define a la ejecución provisional como la institución procesal por la que se atribuye eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo carente de firmeza, quedando subordinada la permanencia de los efectos producidos a lo que resulte del recurso.

Por último, y en el marco todavía de las consideraciones conceptuales, se procede al estudio de las diversas calificaciones añadidas al término ejecución para referirse a la institución objeto de estudio. Así, desde distintas ópticas, la doctrina habla de ejecución inmediata (RAMOS MÉNDEZ), anticipada (FENECH y LANCELOTTI), excepcional (ROCCO), *«ope judicis»* (CARNELUTTI y ANDRIOLI), o condicional (FERNÁNDEZ LÓPEZ). No obstante, como observa el autor, el término tradicional o clásico de ejecución provisional es el que se revela como más idóneo, pues sirve tanto para explicar el papel que desempeña la sentencia recurrida frente al proceso de ejecución (suple la falta de una resolución firme); y a su vez, explica la posibilidad de revocar sus efectos en caso de ser estimado al recurso, porque da razón de la situación actual sin pronunciarse sobre su corrección y posibilidad de permanencia.

Una vez realizado el necesario deslinde conceptual de los términos que serán continuadamente utilizados en la monografía, CABALLOL ANGELATS acomete el análisis del fundamento y de las funciones o finalidades de la ejecución provisional. Como bien observa el autor, el fundamento y límite constitucional del ámbito de actuación de esta institución,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

debe buscarse en el derecho a la tutela judicial efectiva. Si bien el art. 118 de la Constitución prevé la obligación estatal de ejecutar las resoluciones judiciales firmes, ello no impide que el Estado pueda imponer su poder de coacción para conseguir la eficacia provisional de las resoluciones impugnadas, tal y como por otro lado se prevé expresamente en el art. 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En los supuestos en que por razón del objeto que se somete a la decisión judicial no admita dilaciones sin comprometer la tutela que la resolución pretende otorgar, negar su ejecución supone tanto como negar la tutela judicial. Sin embargo, no podemos olvidar que también existe otra tutela judicial a proteger, nos referimos, obviamente, a la del recurrido, al cual se le puede causar con la ejecución un perjuicio irreparable determinable de indefensión, constitucionalmente proscrita en el art. 24.1 de nuestra Norma Fundamental.

El fundamento de la ejecución provisional no se encuentra en el *«periculum in mora»*, ni en el intento de compensar el apelante, ni en la presunción de permanencia de la misma, sino única y exclusivamente en la sentencia como acto jurisdiccional, a través del cual se resuelve un conflicto por parte de un tercero imparcial, el Juez, al que el Estado le reconoce esta potestad.

Con referencia a las funciones de esta institución, el autor las sistematiza en tres: la preventiva, la agilizadora y la satisfactiva. La función preventiva pretende evitar la utilización fraudulenta del sistema de recursos; la función agilizadora, como consecuencia refleja de la finalidad preventiva, supone la reducción de los litigios a conocer por los tribunales superiores, en la medida en que la posibilidad de despachar la ejecución provisional motiva a la parte gravada por la resolución a no recurrir. Por último, nos encontramos con la función más relevante: la satisfactiva. La ejecución provisional evita la espera del litigante que ve acogidas sus pretensiones en la resolución impugnada, así como los perjuicios derivados de la necesaria duración del recurso interpuesto.

Seguidamente, CABALLOL ANGELATS procede a delimitar el alcance de esta institución respecto a distintas figuras afines, tales como las medidas cautelares, la admisión del recurso en un solo efecto, y la ejecución definitiva. De igual modo, en esta obra nos encontramos con el estudio de los antecedentes históricos de nuestra ejecución provisional, así como una aproximación al derecho comparado, esto es, a *«l'exécution provisorie»* francesa, a la nueva *«esecuzione provvisoria»* italiana, a *«l'execuçao provisoria»* portuguesa, y a la *«vorläufige Vollstreckung»* alemana.

El autor, igualmente, efectúa un detallado estudio de las resoluciones y/o pronunciamientos ejecutables provisionalmente, para llegar a la conclusión de la viabilidad de la ejecución de las resoluciones definitivas, sobre el fondo, recurribles, siendo indiferente la forma que éste adopte (auto o sentencia), así como el órgano jurisdiccional del cual proviene la resolución, pudiendo ser éste tanto del orden civil (Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provisionales), como de otro orden jurisdiccional (penal, contencioso-administrativo, o laboral), o de un órgano jurisdiccional extranjero siempre que la resolución sea ejecutable provisionalmente en el extranjero conforme a las normas del exequatur, aún a falta de Tratado internacional, no siendo exigible que la resolución ejecutada sea firme (salvo que exista un convenio internacional que exija, expresamente, la mencionada firmeza para reconocer o ejecutar la resolución dictada en uno de los Estado contratantes, como por ejemplo sucede entre España y Austria, o entre España y Méjico). Por último, destacar que los laudos arbitrales pueden ser objeto de ejecución provisional, a pesar de que la literalidad de lo previsto en los arts. 50.2 y 55 de la Ley de Arbitraje de 1988 induzca a negar esta posibilidad.

Mención especial merecen las reflexiones que CABALLOL ANGELATS realiza acerca de dos aspectos de esencial relevancia para el tema objeto de estudio: el «perjuicio irreparable» como criterio básico para la concesión de la ejecución provisional; y la firmeza como presupuesto de la misma.

Como es sabido, el art. 385 LEC subordina el otorgamiento de la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia a la inexistencia de «perjuicio irreparable» como criterio básico para la concesión de la ejecución provisional; y la fianza como presupuesto de la misma. En consecuencia, era menester efectuar una precisa delimitación de este concepto jurídico indeterminado. De este modo, el autor afronta su análisis desde una doble perspectiva: la del ejecutante y la del ejecutado, pues mediante este concepto se alude a la valoración negativa de las consecuencias que producirá la ejecución o la suspensión de la eficacia de una resolución recurrida. Con referencia al beneficiado, deberá valorarse si como consecuencia de la interposición de un recurso con efecto suspensivo se le coloca en una situación que, frente a la evidencia de la tutela otorga por la resolución impugnada, resulta inaceptable. Como indica el autor, ello tiene lugar *«ex lege»* cuando la citada resolución ampara un interés considerado por el sistema normativo como fundamental o perentorio (así, la sentencia que reconoce el derecho a alimentos en el juicio de alimentos provisionales *ex* art. 1.615 LEC). Por otro lado, desde la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

óptica del perjudicado, el concepto de «perjuicio irreparable» puede adquirir distintos significados, a saber, como perjuicio no indemnizable, como imposibilidad de restituir lo percibido, como imposibilidad de alterar internamente el disfrute de intereses jurídicos dignos de tutela especial en nuestro ordenamiento, o como daño desproporcionado. En cualquiera de los casos —advierte acertadamente el autor— la configuración del «perjuicio irreparable» como concepto jurídico indeterminado, excluye la arbitrariedad judicial, y obliga al juzgador a concebir razonadamente (en forma de auto), caso por caso, su extensión, por lo que para otorgar o denegar la ejecución provisional debe, objetiva y motivadamente, sopesar si el perjuicio que se puede ocasionar será de fácil o difícil reparación, respectivamente.

De igual modo, la fianza como presupuesto eventual de la ejecución provisional, es objeto de un estudio reposado. Múltiples son las cuestiones que en torno a ella surgen, tanto en la dogmática como en la práctica forense (su función, su constitucionalidad, la obligación de constituirla, el momento de prestación, calidad, cuantía, etc...). Todas ellas reciben en esta obra una oportuna respuesta.

Después de analizar los sujetos que pueden instar la ejecución provisional (únicamente debemos indicar, en este punto, cómo el autor se muestra partidario de atribuir legitimación tanto a la parte activa como a la parte pasiva ante el recurso, proponiendo al legislador, con objeto de evitar equívocos, la sustitución de la expresión «parte apelada» por la de «parte interesada»), se efectúa un examen de las diversas problemáticas procedimentales que pueden suscitar en el *iter* que va desde la solicitud de la ejecución provisional hasta la suspensión de la resolución judicial en la que se concede o deniega. Sobre este particular, CABALLOL ANGELATS ha debido afrontar la difícil problemática relativa a los efectos de la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente, aspecto éste que al legislador no le merece interés alguno, según parece deducirse de la falta de regulación alguna en la LEC. Como observa el autor, la emisión de la sentencia cuestiona la legitimidad de la ejecución provisional en curso, impidiendo su continuación en caso de que aún no haya concluido. En consecuencia, deberá producirse la suspensión automática de la ejecución. Pero, además, ¿deberá efectuarse la restitución de lo conseguido con la ejecución? La respuesta —como manifiesta el autor— no puede ser unívoca: si estamos ante una sentencia revocatoria de fondo, podrá procederse a la restitución mediante los trámites y requisitos de la ejecución definitiva cuando sea firme, y si ha sido recurrida, la restitución deberá llevarse a efecto por medio de la ejecución provisional; en

cambio, si estamos frente a una sentencia revocatoria de contenido procesal, en principio, no podrá otorgarse al ejecutado provisionalmente derecho a ser restituido.

En la segunda parte de la presente monografía, se abordan las distintas especialidades que la ejecución provisional ofrece en los diversos procesos especiales (interdictos de retener y recobrar, interdicto de adquirir, interdictos de obra nueva y de obra ruinosa, juicios de alimentos provisionales, procesos referentes a propiedad industrial, juicio ejecutivo, juicios en materia de condena a la indemnización por los daños y perjuicios producidos con motivo de la circulación de vehículos a motor); en ejecución de la sentencia dictada en rebeldía; así como en el recurso de casación; y la suspensión de la ejecución de la sentencia objeto de un recurso de revisión.

Para concluir nuestro comentario a la obra de CABALLOL ANGELATS sobre la ejecución provisional, tan sólo nos queda destacar la valentía del autor por afrontar satisfactoriamente la presente temática, que suscita tanto en el mundo académico como en el foro un sinfín de polémicas, a las que ha sabido dar cumplidas respuestas. El acierto en el orden metodológico de las cuestiones debatidas, el manejo cuidadoso de la doctrina y jurisprudencia y la claridad expositiva de sus razonamientos, permiten una lectura crítica de la institución objeto de estudio.

Por último, nos permitimos efectuar una reflexión final para un debate abierto. El actual sistema o modelo de ejecución provisional previsto en la Reforma Procesal de 1984 ha suscitado, como bien se pone de manifiesto en la presente monografía, multitud de problemas y dudas tanto en el mundo de la Abogacía como en el de la Magistratura. En nuestra opinión, frente a esta situación el legislador no debiera permanecer impasible. Puede reconocer los errores de la actual normativa y buscar los oportunos remedios, o cambiar de modelo. Así, volviendo al inicio de nuestro comentario, destaca el nuevo sistema italiano de ejecución provisional *«ope legis»*, en el que se ha pretendido revalorizar el juicio de primer grado, atribuyendo una mayor relevancia al principio de la tutela jurisdiccional de los derechos declarados en la sentencia de instancia, por lo que se otorga al proceso una mayor celeridad en cuanto a la virtualidad de sus efectos. Quizás sea el modelo a seguir. Quizás no. En cualquier caso, la obra de CABALLOL ANGELATS constituye un excelente punto de referencia para cometer cualquier novedoso análisis de la institución.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ANGELO BONSIGNORI, *«Introduzione al diritto fallimentare»*, Edit. G. GIAPPICHELLI, Torino, 1993, 114 pp.

La monografía del Profesor Angelo BONSIGNORI, Catedrático de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Bolonia y Director de la Revista *«Il diritto fallimentare e delle società commerciali»*, constituye una síntesis meditada de sus múltiples trabajos en materia de derecho concursal, campo éste que ha cultivado durante muchos años y del que es un reconocido especialista. De entre sus obras destacan *«Diritto Fallimentare»* (Torino, 1992), *«L'amministrazione controllata»* (Padova, 1989), *«Il fallimento»* (Padova, 1986), *«L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi»* (Padova, 1980), o *«Profilo sistematico delle vendite fallimentari»* (Napoli, 1963). De igual modo, merecen ser citados sus comentarios a las leyes concursales dirigidos por Franco Bricola, Francesco Galgano y Gerardo Santini (Bologna-Roma) sobre los distintos procedimientos concursales ««*Amministrazione controllata*», 1992: *«Del concordato fallimentare»*, 1977; *«Liquidazione dell'attivo»*, 1976, *«Liquidazione coatta amministrativa»*, 1974; *«Disposizioni generali, Dichiarazione di fallimento»*, AAVV, 1974; y *«Concordato preventivo»*, 1969).

La *«Introduzione al diritto fallimentare»* se estructura en tres grandes capítulos. El primero examina el origen y evolución de las diversas instituciones dirigidas a resolver los problemas que plantean las crisis empresariales. El segundo analiza las fuentes y modos de interpretación del derecho concursal, su pretendida autonomía y especialidad científica, así como los intereses tutelados en los distintos procedimientos concursales. Finalmente, el tercero estudia los proyectos de reforma legislativa en materia de quiebra, con especial atención al Proyecto de Convenio y al Convenio de la CEE, aprobado por el Consejo de Europa el 12 de noviembre de 1989, sobre determinados Aspectos Internacionales de la quiebra (Convenio de Estambul), del cual se transcribe su texto, a modo de apéndice.

En el primer capítulo, el Profesor Angelo BONSIGNORI describe con admirable claridad expositiva la génesis y evolución histórica de las instituciones concursales, refiriéndose no sólo al ordenamiento jurídico italiano, sino también al de otros países europeos (Alemania, Austria, Francia, Gran Bretaña, y España), así como a los Estados Unidos. Tras el examen de los diversos expedientes que los sistemas normativos han previsto para resolver las crisis económicas de los empresarios, llega a la conclusión de que las legislaciones europeas del medievo en materia concursal, partiendo de las costumbres y usos comunes y mercantiles, se

caracterizan por la concepción publicista de los mismos (destaca, en este sentido, la experiencia española inspirada en la obra inmortal de Salgado de Somoza *«Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam»*, de mediados del siglo XVII). Ello, junto al carácter excesivamente garantista de las citadas legislaciones, comporta un doble efecto negativo: la desmesurada duración del procedimiento y la escasa intervención del órgano jurisdiccional.

Siguiendo en la investigación de los orígenes históricos de la quiebra, y en orden a determinar los posibles motivos de su fracaso, el autor destaca como ya en el siglo XVIII puede observarse en distintos ordenamientos europeos una de las causas relevantes que convierten en obsoleto al presente instituto: la gradual y progresiva burocratización de cada una de sus distintas etapas que comporta, paralelamente, la restricción o limitación de los poderes de los acreedores en la dirección del procedimiento.

El primer procedimiento concursal completo hay que buscarlo en el Libro III del *Code de Commerce* francés de 1807. Este se caracterizó por la especial tutela a los acreedores, la reforzada estructura procesal en la que se deja poco espacio a la actividad de los acreedores, y por una exagerada represión penal de los deudores. El carácter marcadamente severo y formal del sistema propició en Francia un vigoroso movimiento reformista del Libro III del *Code de Commerce*, que concluyó con la reforma de 1838 en la que, al margen de hacer intervenir más activamente a los acreedores, se matizó la responsabilidad criminal de los deudores. La difusión del modelo francés alcanzó a gran parte de los códigos mercantiles europeos de principios del siglo XIX. A lo largo de este siglo, y debido a las crisis cíclicas del incipiente capitalismo industrial y comercial, fueron surgiendo en Europa diversos modelos procedimentales destinados a solventar las anómalas situaciones patrimoniales de las empresas en crisis. Pero no fue hasta la gran depresión económica del viernes negro de *Wall Street* de 1929, cuando nos encontramos con un nuevo procedimiento, el previsto en el capítulo IV de la *Chanler Act* de 1938, que tiene por finalidad no tanto liquidar la sociedad por acciones, sino revitalizarla y reestructurla en base a las propuestas que realizan las distintas clases de acreedores, aprobadas por la *Securities and Exchange Commission* federal y por el tribunal competente que conoce del procedimiento.

Por último, y dentro todavía de la primera parte de la monografía, Angelo BONSIGNORI analiza los dos últimos instrumentos jurídicos que el legislador italiano ha previsto para garantizar la continuidad de las empresas en crisis: la *«società di gestioni»*, y la *«amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi»*. Pese a las novedades que incorpo-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ran se ha demostrado, después de más de quince años de funcionamiento, que los resultados no han sido todo lo eficaces que cabría esperar, en especial, con referencia a la administración extraordinaria de grandes empresas.

En la segunda parte de la obra el autor afronta el estudio de las fuentes del derecho concursal. Las más relevantes son el R.D.L. de 16 de marzo de 1942, n.º 267 (conocida como la *«legge fallimentare»*), y la Ley 3 de abril de 1979, n.º 95, sobre la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis. Al margen de las consideraciones que el Profesor Angelo BONSIGNORI realiza de estos textos normativos, resultan de interés las reflexiones que efectúa respecto a la costumbre y al precedente jurisprudencial. De este modo destaca, acerca de la costumbre, las numerosas reticencias doctrinales que encuentra su vigencia debido, sobre todo, al carácter administrativo y procesal de las normas reguladoras de los procedimientos concursales. Todo lo contrario sucede con el precedente jurisprudencial que, como fuente de derecho, merece una especial consideración merced a su valor interpretativo y al deseo de proteger el ordenamiento jurídico que el mismo incorpora, pues no debemos olvidar de tradicional función nomofiláctica del recurso ante la *Corte di Cassazione*.

Seguidamente, el autor procede al examen de la pretendida autonomía del derecho concursal y a su carácter especial.

En cuanto al primero de los aspectos, la ausencia de principios propios y normas jurídicas particulares en materia concursal ponen de manifiesto la falta de autonomía jurídica del mencionado derecho. Sin embargo, ello no es óbice para que pueda hablarse de una autonomía didáctica y de búsqueda científica de la disciplina concursal.

Acerca de su especialidad, el autor observa como la doctrina mayoritaria se pronuncia favorablemente a la misma, en la media en que las normas que lo integran se apartan de las del derecho común, sin duda, debido a las particularidades (sustantivas y procesales) de la materia que disciplinan. A pesar de la especialidad del derecho concursal, ello no debe llevar a configurarlo como excepcional o autónomo pues, como se acaba de indicar, la inexistencia de autonomía jurídica del derecho concursal es la tesis doctrinal más defendida. Esta especialidad —que no autonomía— permite la aplicación analógica de las normas y principios del código civil (y mercantil), así como de las leyes de enjuiciamiento procesales para llenar las eventuales lagunas legales que puedan existir en los distintos procedimientos concursales. Junto a la analogía existen otros instrumentos que se revelan válidos, subsidiariamente, para subsanar las

mencionadas lagunas normativas, tal y como sucede en los principios generales del ordenamiento jurídico, el argumento histórico y las *voluntas legislatoris*. Por último, el autor acomete el análisis de los criterios de interpretación de la ley concursal que los operadores jurídicos deben excluir al mostrarse totalmente inadecuados, a saber la argumentación *ad absurdum* por su extremo subjetivismo, y el teleológico, por el gran número de incertezas y dudas que se derivan de su concreta aplicación.

Para concluir esta segunda parte de la obra, el Profesor BONSIGNORI tras describir los diversos procedimientos concursales previstos en el ordenamiento jurídico italiano, efectúa el estudio de los diferentes intereses tutelados en tales procedimientos: el privado en la quiebra, el mixto (privado-público) en la administración extraordinaria de grandes empresas, en la administración controlada y en el concordato preventivo, y el público en el procedimiento denominado de liquidación coactivo-administrativa, recogida en leyes especiales para supuestos muy puntuales (*ad exemplum*, para la crisis de instituciones bancarias o de seguros).

Finalmente, en el tercer capítulo, el autor examina los diversos proyectos de reforma de la ley sobre quiebras de 1942. De su lectura se desprende una rápida conclusión: estamos en presencia de una ley inadecuada para dar cumplida respuesta a las necesidades que la realidad económica actual demanda. De entre otras razones, se le objeta la antinomia de fondo que en la misma tiene lugar, consistente en la imposibilidad de establecer un sistema de quiebra unitario, en la medida que algunas normas de la ley se inspiran en la tutela del interés privado de los acreedores, mientras otras buscan la protección del interés público.

El fracaso de los procedimientos concursales evidencia la necesidad de modernizarlos. Y en esta línea, se inscriben tres proyectos de reforma: uno privado, de finales de los años sesenta (Proyecto Bianchi d'Espinosa-Ferrara-Provinciali), otro público, fomentado por el Ministerio de Justicia, recientemente presentado en el Parlamento (Proyecto Pajardi) y el tercero, comunitario (Convenio europeo sobre determinados aspectos internacionales de las quiebras [Convenio de Estambul], aprobado por el Consejo de Europa el 12 de noviembre de 1989, ratificado por Italia en enero de 1991).

Vamos a referirnos, únicamente, a los mencionados Proyecto de Convenio y al Convenio de Estambul de 12 de noviembre de 1989. El primero, en aplicación de lo previsto en el art. 220 del Tratado CEE, tenía como objetivo fijar las competencias entre los varios órganos jurisdiccionales y administrativos en materia de procedimientos concursales, así como facilitar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ellos adoptados; todo ello partiendo de la base de salvaguardar, en la medida de lo posible, la unidad de procedimientos concursales (de este modo, por ejemplo, se establecía una competencia exclusiva en favor de los jueces del Estado en el cual se encontrara el centro de la actividad económica del deudor). El Convenio de Estambul sobre determinados Aspectos Internacionales de la quiebra pretende, según reza su Preámbulo, garantizar un mínimo de cooperación jurídica en materia de quiebras internacionales. Para ello, en sus cuarenta y cuatro artículos se regulan, de entre otros particulares, el órgano jurisdiccional competente para iniciar el procedimiento concursal y el poder de los síndicos de la quiebra para intervenir fuera del territorio estatal en el cual se esté sustanciando otro procedimiento concursal sobre el patrimonio del deudor. En España, una vez sea ratificado el Convenio de Estambul, deberá aplicarse al concurso de acreedores, a la quiebra, al beneficio de quita y espera, a la suspensión de pagos y a la administración judicial de empresas (art. 1 del Convenio). Sobre este particular, debemos poner de manifiesto el escaso interés que la Comisión de las Comunidades Europeas ha demostrado acerca del proceso de ratificación del Convenio de Estambul por parte de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Así, a través del comisario Sr. Bangemann, ha afirmado: «Aun reconociendo que el Convenio del Consejo de Europa constituye un paso importante en lo que se refiere a las quiebras internacionales, la Comisión no considera necesario alentar la firma o la ratificación del mismo» [1].

Para concluir, nos parece de interés significar la novedosa estructura y planteamiento didáctico de la monografía del Profesor Angelo BONSIGNORI, al incluir al final de cada uno de los múltiples epígrafes que componen la obra, y a modo de conclusión, un cuadro sinóptico de sus reflexiones.

Las consideraciones hasta ahora evidencian como la *«Introduzione al diritto fallimentare»* constituye un excelente punto de partida para quien pretenda iniciarse en el estudio de la disciplina concursal.

JOAN PICÓ I JUNOY

1. Diario Oficial de las Comunidades Europeas n.º C 141, de 3 de junio de 1992, pág. 38.

INDICE 1993

EN ESTRADOS

Diagnóstico sobre el estado de vigencia de los juicios concursales por Francisco Ramos Méndez 5

DACIONES DE CUENTA

La legitimación en el proceso de revisión penal por Silvia Barona Vilar 237

La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del poder judicial por Ignacio Borrajo Iniesta 81

Algunas reflexiones sobre el recurso de anulación en el procedimiento abreviado por Pía Calderón Cuadrado 253

Sobre la docencia del Derecho Procesal por Rosa Cobos Gavala .. 73

En torno a la creación por la Ley 10/1992 de un nuevo título ejecutivo (artículo 1.429 LEC) referido a los valores anotados en cuenta por Valentín Cortés Domínguez 17

Los derechos fundamentales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en la LECrim por Antonio Fayos Gardó 277

La policía judicial en España: Aspectos orgánicos y procesales penales por Juan-Luis Gómez Colomer 389

El principio de publicidad en el sumario por Mar Jimeno Bulnes .. 645

La prueba en los juicios verbal y de cognición tras la reforma procesal de 1992 por Javier Oraá González 719

Jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6 del CEDH en el proceso penal por Manuel Ortells Ramos 195

El reconocimiento judicial por Jaume Solé Riera 29

Los principios del proceso civil por José Luis Vázquez Sotelo 599

Las sentencias «aditivas» del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador por Javier Vecina Cifuentes 477

La incidencia de la sentencia en la nulidad procesal por Joan Verger Grau 417

DESPACHO ORDINARIO

Los Tribunales han dicho por C. Navarro 103

Los Tribunales han dicho por Ch. Català Comas, F. Málaga Diéguez y B. Mora Capitán 495

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Los Tribunales han dicho por Ch. Català Comas, F. Málaga Diéguez y B. Mora Capitán 729

COMISIONES ROGATORIAS
El abogado negociador por Roberto O. Berizonce 169
La acción de acusación pública por Raymond Dumas 159
Influencia del pacto de San José de Costa Rica en el Derecho interno por Juan Carlos Hitters 323
La ejecución provisional laboral en Italia después de la reforma de 1990 por Javier Jiménez Fortea 563
Perspectivas de armonización de las normas sobre la ejecución forzosa en la Comunidad Económica Europea por Giuseppe Tarzia. 805

AUDIENCIA PÚBLICA
De los periódicos 591

EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS 185
Revista de revistas y obras colectivas por Alvarez Alarcón y Sáenz González 349
Exequatur de títulos publicados 823

TERMINOS PERENTORIOS
XIV Jornadas ibero-americanas de Derecho Procesal 187

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez