JUSTICIA 97

NÚMERO III

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
JOSÉ M.ª ASENCIO MELLADO
M.ª DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ
MANUEL J. CACHÓN CADENAS
JUAN DAMIÁN MORENO
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JUST FRANCO ARIAS
JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT
JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA
JUAN L. GÓMEZ COLOMER
FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO
NICOLÁS GONZÁLEZ CUÉLLAR
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
ANTONIO M.ª LORCA NAVARRETE
JOSÉ S. MARTÍN OSTOS
JUAN MONTERO AROCA
VÍCTOR M. MORENO CATENA
MANUEL P. ORTELLS RAMOS
ERNESTO PEDRAZ PENALVA
PABLO SAAVEDRA GALLO
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO
JOAN VERGER GRAU

1997

JOSE MARIA BOSCH EDITOR — BARCELONA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«JUSTICIA 97»
ADMINISTRACIÓN (suscripciones), José M.ª Bosch, editor, Roselló, 22. 08029 Barcelona, Tel. 93 419 7750.
DIRECCIÓN (originales, libros para recensiones), Dr. Francisco Ramos Méndez, Paseo de Gracia, 92, 08008 Barcelona. Tel. 93 487 1112. Fax 93 487 3562
Todos los originales deben ser enviados con soporte informático.

© 1997, José M.ª Bosch, editor – Librería Bosch, S.L.
Roselló, 22 – 08029 Barcelona

Depósito Legal: B. 19.117-87
ISSN: 0211-7754

Printed in Spain / Impreso en España por
COMETA, S.A. — Ctra. Castellón, Km. 3,400 — 50013 Zaragoza

ÍNDICE

DACIONES DE CUENTA

La selección de los jurados por José Luis Vázquez Sotelo 813

Una primera aproximación a los aspectos procesales de la nueva consignación y regulación del seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor por Joan Verger Grau 839

Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas por Joan Picó i Junoy 881

Análisis crítico de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita por Cristina Riba Trepat 911

DESPACHO ORDINARIO

El nuevo ámbito de aplicación del Recurso de Audiencia al Rebelde a tenor de la STC 15/1996, de 30 de enero por Jaume Solé Riera 949

Sentencia penal absolutoria y posterior condena, en vía civil, a los daños y perjuicios derivados del ilícito penal por Jaume Solé Riera 957

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DACIONES DE CUENTA

LA SELECCIÓN DE LOS JURADOS

JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

I. Importancia de los criterios de selección de los jurados. — II. Requisitos, incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y excusas de los «Candidatos a jurados»: 1. Requisitos; 2. Incapacidades; 3. Incompatibilidades; 4. Prohibiciones; 5. Excusas; 6. Retribución, indemnización y efectos laborales. — III. Selección de los jurados. El triple y sucesivo sorteo: 1. Introducción; 2. Primer sorteo: «Lista provincial de candidatos a jurados»; 3. Segundo sorteo: selección de «36 candidatos a jurados para cada causa»; 4. Tercer sorteo: selección de los «11 jurados para el juicio» (Jurado de sesión); 5. Constitución del Tribunal y comienzo del Juicio Oral.

I. IMPORTANCIA DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS JURADOS

1. Pocas palabras son necesarias para comprender la extraordinaria importancia de que la selección de los nueve Jurados que deben integrar el Tribunal se realice con las mayores garantías de acierto.

Puede decirse que este trámite de selección de los jurados es equivalente a las exigencias que deben cumplirse para ejercer la función judicial en un Estado de Derecho. «Ser Juez» debe querer decir no sólo haber acreditado conocimientos jurídicos suficientes sino, ante todo, per-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tenecer a un cuerpo o «carrera» que garantice junto con aquellos conocimientos la necesaria «independencia» en el ejercicio del oficio de juzgar. Y para poder actuar como juez en el caso concreto se requiere además no estar afectado por causas o circunstancias que puedan poner en entredicho la necesaria «imparcialidad» en el cometido de juzgar. Sólo que tratándose de los jurados (y partiendo de la simple ciudadanía, unida a la exigencia de saber leer y escribir como causa habilitadora suficiente) el protagonismo de aquellos requisitos exigidos para ser juez se desplaza hacia la exigencia de imparcialidad de los ciudadanos que van a juzgar.

Teóricamente es muy fácil decir que la Justicia emana del pueblo y creer que el pueblo tiene saludables criterios de justicia porque no está contaminado por la insensibilidad que puede producir el ejercicio cotidiano del oficio de juzgar. Puede argumentarse además que los ciudadanos llamados a juzgar a otro conciudadano son el espejo donde mejor puede realizarse aquella admonición de «juzgar y ser juzgado» que debe traducirse en la exigencia de «juzgar bien, como quisiérais vosotros ser juzgados» porque esos ciudadanos llamados un día a juzgar saben que pueden ser otro día juzgados por sus semejantes y deben realizar su cometido con la misma escrupulosidad con la que desearían que ellos fuesen enjuiciados.

Todo esto resulta cautivador y sin duda aporta algunos de los argumentos psicológicos utilizados en defensa del Jurado. Pero la realidad nos avisa de que esos ciudadanos que un día se acercan a juzgar pueden acudir prevenidos con argumentos o criterios de actuación en favor o en contra del ciudadano pendiente de su juicio. Acaso estos años que estamos viviendo puedan suministrar ejemplos insuperables del peligro de parcialidad de los jurados. Sólo hace falta comentar con un taxista o con el tendero cualquiera de los acontecimientos de corrupción política que tanto están abundando estos años. El juicio de ese ciudadano es muy diferente según cual sea su adscripción ideológica o política o el partido al que conceda su voto y variará desde los que desearían los máximos castigos (incluso «sin juicio») hasta quienes se muestran indulgentes y comprensivos con los políticos corruptos, acaso porque consideran inevitable que el ejercicio de las funciones políticas tenga que ir fatalmente unido a la corrupción. Está claro que si esos casos se someten a un jurado la valoración de los hechos puede resultar muy diferente según quienes integran el Tribunal. Los mismos crímenes de terrorismo, con ser aquéllos ante los cuales la opinión pública tendría que estar más uniformada, vemos cómo hay personas militantes de partidos u organizaciones que «comprenden» a los terroristas y los disculpan o que incluso pretenden

colocarlos en un pedestal de héroes. El ejemplo de los delitos de contenido «sexista» puede ser también muy elocuente. Por todos puede recordarse, en Norteamérica, el «caso de Lorena Bobit», que fue tan noticioso, para ver las diferentes reacciones que produjo.

Por ello, puede discutirse la decisiva importancia de que la selección de los jurados se realice siguiendo criterios muy exigentes para garantizar la imparcialidad de su juicio.

2. Las legislaciones sobre el Jurado pueden contemplar diversas circunstancias personales, como la edad o el sexo, eventualmente la raza e incluso la extracción social, y toman medidas para evitar que pueda darse un «jurado homogéneo», integrado por personas todas de la misma condición, por ejemplo todos muy jóvenes o todos muy mayores, o todos hombres o todos mujeres. Para evitar esa coincidencia se distribuye el censo de ciudadanos seleccionables en varios grupos y se toman después precauciones para impedir que el sorteo permita que todos los elegidos puedan pertenecer a un mismo grupo.

La Ley del Jurado ha prescindido de este criterio del Derecho comparado y ha optado por un mecanismo de «recusación sin causa», que es muy dudoso que permita alcanzar el fin con el mismo resultado en orden a la imparcialidad de los jurados.

II. Requisitos, incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y excusas de los «candidatos a jurados»

1. *Requisitos*

El art. 8.º de la L.O. 5/1995, de 22 de mayo (no modificada en este punto por segunda ley sobre el Jurado, L.O. 8/1995, de 16 de noviembre) establece los cinco requisitos exigidos para desempeñar la función de Jurado:

1. Ciudadanía y mayoría de edad. Para ser jurado se requiere *ser español* y ser *mayor de edad.*

Este primer requisito significa que cualquier español o española que haya cumplido 18 años puede desempeñar las funciones de enjuiciamiento en un Tribunal de Jurado. Es esta una de las primeras críticas que cabe dirigir a la ley. En otras legislaciones se exige una mayoría de edad cualificada para procurar que los jurados tengan no sólo la plena

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

capacidad de obrar sino también una madurez psicológica, que sólo se alcanza con una indispensable experiencia de la vida.

A diferencia de otras legislaciones, que exigen una edad mínima superior (25 años en Alemania y Portugal, 30 en Italia y Bélgica, 23 en Francia), a nuestro legislador le parece que un joven o una joven de 18 añitos ya puede juzgar a sus convecinos aunque sean acusados de delitos muy graves. Acaso sería mucho más sensato exigir una edad mínima de 30 años y limitar la función de jurado a una edad máxima de 65 años (si bien la edad excesiva está prevista en la ley como «excusa»).

2. Pleno ejercicio de los derechos políticos. Es una exigencia que enlaza con la concepción de que ser jurado es una forma de participar en el ejercicio de derechos cívicos, tal como está reconocido por la Constitución, cuyo art. 125 concibe el jurado como una de las manifestaciones de la «participación popular o ciudadana en la Administración de Justicia». De acuerdo con esta exigencia no pueden ser jurados quienes sufran alguna interdicción de los derechos cívicos, vg. a consecuencia de una condena penal.

3. Saber leer y escribir. La ley exige el grado mínimo de instrucción para ser jurado. Teóricamente es una exigencia discutible porque es frecuente conocer personas rigurosamente analfabetas que demuestran poseer ese buen sentido que hace falta para juzgar y entender. A su vez, esta exigencia podría resultar realmente antidemocrática en países con un alto porcentaje de analfabetos. Pero la exigencia se comprende porque los jurados deben poder leer el cuestionario que le someta el Magistrado-Presidente y firmar el veredicto y demás actas o documentos que deban leer o suscribir en cumplimiento de su función. Por otra parte, hoy, en España, la exigencia no planteará problemas dado el elevado índice de escolarización.

4. Vecindad provincial. La ley exige que los jurados sean «vecinos, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido». Se trata de un requisito tradicionalmente incluido en la legislación sobre el Jurado. La exigencia de «Jueces del lugar» se consideraba que hacía que la Justicia fuese más ejemplar. Pero si esa puede ser su virtud, esta exigencia no deja de tener inconvenientes: cuanto mayor sea la vecindad, cuanto más se acerque la Justicia al justiciable, más posibilidades habrá de presiones o influencias sobre los jurados (¡como a veces sucede con los jueces profesionales!). A la Justicia suele convenirle, para su serenidad, una conveniente «distancia» con los protagonistas de la contienda. De otra parte el requisito de la vecindad podría dificultar sobremanera encontrar a las personas dispuestas a formar el Tribunal del Jurado para juzgar a un convecino. De ahí que la ley flexibilice este requisito limitándolo a la «vecindad dentro de la misma provincia»: «ser vecino de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido». En los casos en que, por razón de aforamiento del acusado, el Jurado deba constituirse en el Tribunal Supremo o en los Tribunales Superiores de Justicia la exigencia se mantiene: los jurados deberán proceder de los municipios de la provincia donde el delito se haya cometido.

5. No estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función. La L.O. 8/95 corrigió la anterior redacción de la exigencia según la L.O. 5/95 que hablaba de «discapacidad física o psíquica que impida el ejercicio de la función». Las causas del impedimento pueden ser múltiples: físicas, psíquicas o sensoriales. Algunas serán muy claras, vg. los sordos si no pueden oír las pruebas y los debates. Pero los casos dudosos serán muy frecuentes. Y lo importante para decidir (a salvo que la discapacidad se haga valer como excusa) será saber si el defecto físico, psíquico o sensorial realmente impide el correcto ejercicio de la función (posibilidad de ver, oír y seguir las sesiones, lo que obligará a permanecer sentados).

2. *Incapacidades*

Están incapacitados para ser jurado:

1. Los condenados por delito doloso, que no hayan obtenido la rehabilitación. No se comprende muy bien por qué se limita la incapacidad a los condenados por delito doloso y no a todos los condenados por cualquier delito mientras no hayan sido rehabilitados. Por la gran trascendencia social de su función conviene que los jurados la ejerzan con las manos completamente limpias y un delito de comisión culposa puede poner también en entredicho sus cualidades humanas y ciudadanas, sobre todo porque no siempre es fácil establecer con nitidez la línea fronteriza entre el dolo y la culpa (hay un espacio intermedio ocupado por el dolo eventual, la culpa con previsión, la culpa consciente, etc.). La cuestión es saber si existe suficiente número de ciudadanos dispuestos a desempeñar el cargo de jurado ya que, a) si no los hay es porque el Jurado no ha logrado arraigo social y entonces sería preferible prescindir de él, o, b) si los hay, entonces por razones de ejemplaridad pública es conve-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

niente que los seleccionados sean ciudadanos completamente limpios de todo antecedente penal.

2. *Los procesados y aquellos acusados respecto de los cuales se hubiere acordado la apertura de juicio oral y quienes estuvieren sufriendo detención, prisión provisional o cumpliendo pena por delito.* Se trata de una causa de incapacidad que en realidad comprende muchas y heterogéneas entre sí. La referencia a los *procesados* debería haberse hecho a los *inculpados o imputados* porque los formalmente procesados son cada vez menos debido a que tal figura no existe en las «Diligencias Previas» del Procedimiento Abreviado por el cual se sustancian la gran mayoría de procesos penales a partir de la L.O. 7/1988. Los argumentos que avalan este criterio son los mismos expuestos con relación al número anterior: la limpieza fuera de toda sospecha de los jurados. Pero la ley pasa de los «procesados» a los «acusados» como si quien no esté formalmente procesado (y son muy pocos los sujetos pasivos del proceso penal que hoy lo están) pudiera actuar como jurado a pesar de encontrarse expresamente inculpado por el Juez. El tenor literal de la causa permite esta interpretación, por muy extraña que resulte, porque las incapacidades son de interpretación taxativa y restrictiva.

Más criticable resulta la exigencia referida a los acusados «respecto de los cuales *se hubiere acordado la apertura de juicio oral*». En primer lugar no tiene el menor sentido establecer como incapacidad la circunstancia de estar *procesado* sin más, sin requerir que se haya abierto juicio oral porque entonces el procesado ya pasa a ser acusado, y que en cambio la incapacidad del *acusado* requiera que se haya acordado la apertura del juicio oral, con lo que podrá desempeñar el cargo de jurado un inculpado acusado en el trámite de calificación provisional de la causa mientras no haya recaído el auto de apertura del juicio oral.

De nuevo la crítica al precepto legal es muy fundada: ¿resulta ejemplar que un ciudadano contra el que se ha venido siguiendo durante meses un procedimiento penal, a veces convertido en noticia diaria en los medios de difusión social, en cuyo procedimiento ha podido acordarse incluso la prisión provisional, pese a ello pueda ser jurado si es designado en ese tiempo en que todavía no ha sido formalmente acusado o no se ha abierto el juicio oral? En estos años hemos podido abrir los periódicos cada mañana con noticias de la causa penal contra personajes tan famosos como los financieros Mario Conde y los demás implicados en el «Caso Banesto», o Javier de la Rosa. Ambas causas han llevado a prisión a sus protagonistas pero según la LJ. sería posible verlos convertidos en miembros de un Tribunal de Jurado para juzgar a acusados de delitos incomparablemente menos graves que aquéllos de los que son acusados. De hecho algún medio de comunicación ha dado como noticia que el famoso intermediario Navalón, tan citado por el empresario Ruiz Mateos respecto al «caso Rumasa» (por haber recibido setecientos millones de pesetas para evitar la investigación de los Inspectores del Banco de España y de Hacienda), había sido insaculado para integrar un Tribunal de Jurado. ¿Cabe imaginar a una persona con interdicción pública por soborno o corrupción juzgando a otro ciudadano un delito de cohecho?

Según el mismo precepto no pueden ser jurados quienes estuvieren sufriendo *detención, prisión provisional o cumpliendo pena por delito.* La incapacidad no se refiere a los que «hayan sufrido» sino a quienes «estuvieren sufriendo» la privación de libertad. La *detención* dura sólo unas horas, tanto si es policial como si es judicial, por lo que no tiene mucho sentido la referencia a ella. La *prisión provisional* es lógico que excluya de la función de jurado. Pero no ya porque se esté en prisión preventiva sino por el mero hecho de la sospecha ciudadana que ello supone y que debería ser causa que por sí sola alejase del ejercicio de la función judicial. La misma observación en cuanto a quienes estén cumpliendo «*pena por un delito*», con la singularidad de que ahora no se distingue que el delito por el que se está cumpliendo condena haya sido cometido dolosa o culposamente. La antinomia con el núm. 1.º es indudable: si se consiera que las condenas por delitos culposos no deben ser causa de incapacidad para ser jurado tampoco debería serlo el estar cumpliendo condena por delito culposo, que podría hacerse compatible con el eventual ejercicio de la función de jurado. Y si lo que excluye de ser jurado es la «pena por delito» no debe introducirse la distinción entre delito doloso y culposo por las razones antes indicadas.

3. *Los suspendidos*, en un procedimiento penal, *en su empleo o cargo público*, mientras dure dicha suspensión. Esta causa de incapacidad se relaciona con el requisito del art. 8.º, núm. 2. Es lógico que no pueda ser jurado quien está privado temporalmente del derecho a ocupar cargos o empleos públicos. El precepto limita la suspensión a que se haya acordado *en un procedimiento penal*, con lo que excluye la suspensión acordada en un procedimiento gubernativo o disciplinario, un criterio que es igualmente discutible por la razón ya indicada de que en los jurados debe resplandecer una ejecutoria ciudadana y profesional intachable. El

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

precepto limita temporalmente la incapacidad: *mientras dure dicha suspensión*.

Extrañamente la L.J. se refiere sólo a la *suspensión* pero no a la *inhabilitación*, absoluta o relativa, que con frecuencia establece el Código Penal como pena accesoria de mayor gravedad que la de suspensión. El nuevo Código Penal de 1995 no ha suprimido las penas de *inhabilitación absoluta* ni las de *inhabilitaciones especiales* sino que expresamente las contempla dentro de las penas graves en el art. 33, 2, por lo que existe una elemental desarmonía entre lo que establece el Código Penal y la Ley del Jurado, una discordancia que se explica por la deficiente técnica legislativa del legislador (el texto de la L.J. carecía de Exposición de Motivos, que aconsejó redactar el informe del Consejo General del Poder Judicial; su calidad literaria y su precisión técnica pueden compararse vg. con la de la LECrim).

3. *Incompatibilidades*

La función de jurado es incompatible con el desempeño de numerosos cargos o funciones públicas.

La redacción del art. 10, apartados 8 y 9, ha sido modificada por la L.O. 8/95. El citado art. 10 enumera en 12 apartados desde el Rey y demás miembros de la Familia Real española al Presidente del Gobierno, Ministros, Secretarios de Estado, Subsecretarios y Directores Generales, Delegados del Gobierno, Defensor del Pueblo y cargos similares en las Comunidades Autónomas. Y desde los Diputados y Senadores a los Magistrados, Jueces, Fiscales y personal en activo de las Carreras Judicial, Fiscal, Secretarios Judiciales, Médicos Forenses, Oficiales y Auxiliares de la Administración de Justicia. La incompatibilidad se extiende también a los miembros de las Fuerzas de Seguridad («Fuerzas y Cuerpos» de Seguridad) y a los funcionarios de Instituciones Penitenciarias y a los Jefes de Misiones Diplomáticas, Oficinas Consulares, etc.

Referencia especial hay que hacer a la incompatibilidad de los *Letrados en activo servicio* de las administraciones públicas o cualquier Tribunal y a la de los *Abogados y Procuradores en ejercicio*, junto con los *Profesores Universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal*.

La razón de la incompatibilidad no es siempre la misma. Respecto de las Autoridades se trata de preservar el aspecto institucional de los cargos y magistraturas más importantes del Estado. En cambio, tratándose de funcionarios la razón de la incompatibilidad no puede ser la mis-

ma y más bien parece que el legislador trata de mantener la imparcialidad de los candidatos a jurado evitando que por razón de su profesión se haya podido «contaminar» con el hecho delictivo o con la persona a juzgar. Respecto de los Letrados al servicio de la Administración, Abogados o Procuradores en ejercicio y Profesores Universitarios de disciplinas jurídicas o medicina legal la razón de su incompatibilidad parece estar en que no se quiere que un miembro del jurado, por su preparación jurídica, pueda influir en la opinión de los demás jurados. Pero si esta es la razón de la incompatibilidad el legislador se queda a mitad del camino ya que esa misma influencia podrá ejercerla un Miembro de la Carrera Judicial o Fiscal *que no esté en activo*, vg. un Juez, Magistrado o Fiscal jubilado, o un Abogado o Procurador entonces *no ejerciente* (¡hay Abogados no ejercientes competentísimos!). Y tanta o más capacidad de persuasión sobre los miembros del Jurado pueden ejercer determinadas personas, vg. un buen Periodista, un Psicólogo, un Sociólogo, y cualquier otra persona que posea buenas cualidades dialécticas.

4. *Prohibiciones*

No podrán formar parte del Tribunal como jurados quienes tengan determinadas vinculaciones con esa causa:

1. Sea *acusador particular o privado, actor civil, acusado o tercero responsable civil*. La alusión al acusador es incompleta ya que no comprende al *acusador popular*, al cual, no obstante, debe extenderse la misma prohibición. Es elemental que el ciudadano que se ha interesado en ejercer la acción penal por un determinado delito no puede integrar el Tribunal del Jurado porque entonces sería a la vez juez y parte. La referencia al acusado es ociosa ya que no se puede ser a la vez sujeto activo y pasivo en una causa penal y, aunque sólo fuese por razones topográficas, la misma persona no podría ocupar a la vez un puesto entre los jurados además del lugar que le corresponde entre los protagonistas del juicio penal (el «banquillo de los acusados» o lugar predispuesto en el juicio ante el Jurado).

2. Mantenga con quien sea parte alguna de las *relaciones* a que se refiere el art. 219, apartados 1 a 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determinan el *deber de abstención* de los Jueces y Magistrados.

3. Tenga con el Magistrado-Presidente del Tribunal, miembro del Ministerio Fiscal o Secretario Judicial que intervenga en la causa o con los Abogados o Procuradores el *vínculo de parentesco o relación*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

a que se refieren los apartados 1, 2, 3, 4, 7, 8 y 11 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (según la redacción establecida por la L.O. 8/95).

4. Haya intervenido en la causa como *testigo, perito, fiador o intérprete.* La expresión «haya intervenido» no es acertada, ya que la prohibición debe extenderse a quien sin haber intervenido «vaya a intervenir» en la causa, por haber sido propuesto como testigo, perito o intérprete. La redacción del precepto, de aplicarse literalmente, conduciría al absurdo de que los propuestos como testigos o como peritos para declarar por vez primera en el juicio oral podrían integrar el Jurado dado que «no han intervenido en la causa» aunque vayan a hacerlo después.

5. Tenga *interés, directo o indirecto*, en la causa.

El artículo 11 no contiene una remisión expresa a la posible existencia de *amistad o enemistad profunda* (las leyes suelen decir «manifiesta» que es tanto como notoria cuando lo importante no es esa circunstancia sino que la amistad o enemistad sean profundas o grandes y no meramente superficiales). Pero la remisión al art. 219 LOPJ donde está contemplada como causa de abstención deberá permitir cubrir la laguna.

5. *Excusas*

Podrán excusarse para actuar como jurado una serie de personas que se encuentren dentro de los siete casos o supuestos enumerados en el art. 12. A diferencia de las incapacidades, incompatibilidades o prohibiciones las excusas son causas cuya aplicación queda remitida al propio criterio de la persona en quien concurran, la cual debe alegarlas y justificarlas oportunamente. Las circunstancias contempladas por el art. 12 son las siguientes:

1. Los *mayores de 65 años*. La «edad excesiva» no se contempla como causa de incapacidad para ser jurado pero sí como causa de excusa para desempeñar el cargo. Se trata de una causa de excusa que debe operar automáticamente con sólo justificar la edad.

2. Los que *hayan desempeñado efectivamente funciones de jurado* dentro de los cuatro años precedentes al día de la nueva designación. Esta causa supone reconocer que el derecho a ser jurado es también una carga que no tiene que soportarse repetidamente dentro de un plazo de cuatro años. Requiere que se haya desempeñado «efectivamente» la función de Jurado, no la simple insaculación como «candidato a jurado».

Surge la duda de si los «jurados suplentes» podrán alegar la excusa fundándose sólo en su designación. La respuesta afirmativa parece la más acorde con la ley por cuanto los jurados suplentes tienen que estar pendientes del juicio.

3. Los que sufran *grave trastorno por razón de cargas familiares.* Será probablemente una excusa muy utilizada en la práctica: personas que tienen a su cuidado a familiares enfermos que necesitan especiales atenciones. En cambio los trastornos que el cargo pueda acarrear en el trabajo u ocupación que desempeñe el candidato no son causa de excusa a no ser que puedan reconducirse al supuesto del núm. 4 (trabajos de relevante interés general).

4. Los que desempeñen *trabajo de relevante interés general*, cuya sustitución originaría importantes perjuicios al mismo. La redacción de esta causa es defectuosa incluso gramaticalmente porque no se sabe si «el mismo» es el trabajo o la persona que lo desempeña. En todo caso la causa comprenderá los trabajos de «interés general» respecto de los cuales la sustitución de la persona que esté al frente de tales trabajos resulte difícil o «perjudicial».

5. Los que tengan su *residencia en el extranjero.*

6. Los *militares en activo* cuando concurran *razones de servicio.* La ley a los «militares profesionales» como si hubiese militares que no sean de tal profesión y estuviesen «en activo». Exige la causa legal que además de esa condición de «militar en activo» (*quid* los de la «reserva activa») concurran «razones de servicio» que impidan el desempeño del cargo del jurado (vg. maniobras convocadas para su realización en fechas posiblemente coincidentes con las del juicio, etc.).

7. Los que aleguen y acrediten suficientemente *cualquier otra causa* que *dificulte de forma grave* el desempeño de la función de jurado. Sin duda será ésta una de las causas más frecuentemente alegadas como excusa. Se trata de una cláusula abierta para comprender «cualquier otra causa» no enumerada en los anteriores párrafos del art. 12. Lo que quiere decir que esta causa es de aplicación subsidiaria respecto de las que han sido previamente tipificadas en los seis números anteriores del artículo. La circunstancia alegable puede ser cualquiera y lo que se requiere es que se justifique suficientemente que «dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado».

En relación con esta causa es preciso plantear la *objeción de conciencia a ser jurado.* La LJ. rechaza que los candidatos a jurados puedan excusarse alegando objeción de conciencia a juzgar. Para ello configura

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el desempeño de la función de jurado no sólo como un derecho sino también como un deber y contempla la imposición de sanciones a quienes sin causa justificada se nieguen a su desempeño.

La configuración de la función de jurado como un *derecho-deber* es inequívoca en la L.J. No sólo lo indica la Exposición de Motivos sino que en el art. 6.º expresamente se dice que la función de jurado «es un derecho» ejercitable por los ciudadanos en quienes no concurra un motivo que lo impida y su desempeño es «un deber» para quienes no estén incursos en causas de incapacidad, de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse conforme a la ley. El art. 7.º reitera esta configuración como derecho al regular la retribución de los jurados (núm. 1) y como deber que califica de «deber inexcusable, de carácter público y personal» (núm. 2). El aspecto del deber de ser jurado se observa en el establecimiento del deber de ser jurado se observa en el establecimiento de excusas tasadas y en la previsión de posibles sanciones para quienes se nieguen a desempeñar la función para la que resultaron seleccionados.

La configuración como derecho-deber suscita un primer problema de rango constitucional. La Constitución, en su art. 125, plantea la participación de los ciudadanos en los Tribunales de Jurado como un derecho cívico o político al igual que el otro derecho de participación ciudadana en las tareas de la Administración de Justicia que es el ejercicio de la acción popular, pero para nada alude a que tal derecho a participar sea también un deber. Es dudoso que posteriormente la ley pueda añadir la cualidad de deber a lo que la Ley Fundamental configura sólo como un derecho. En un plano más doctrinal la categoría de *derecho-deber* ha sido principalmente introducida por CARNELUTTI, con su permanente manía y genialidad innovadora, para incorporarla a la Teoría General del Derecho. Después de rechazar o cuestionar la categoría de los «derechos potestativos», que al ilustre autor le parecían derechos sin reverso y como tales difíciles de admitir, se pronunció en favor de esta figura híbrida de derechos que a la vez son también deberes, una de cuyas manifestaciones vendría a ser ésta de participar en el Tribunal como jurado (ya se exponía así en el Borrador de la Ley del Jurado elaborado por el Prof. GIMENO SENDRA).

Publicada la LJ. no han faltado autores que consideran constitucionalmente defendible que el desempeño de la función de jurado se configura también como un deber. En este sentido GÓMEZ COLOMER utiliza el argumento de que la CE. no ha regulado la objeción a ser jurado como ha hecho con la objeción al servicio militar (art. 30, 2) o con la cláusula de conciencia religiosa o el secreto profesional (art. 20, 1).

Siendo tales opiniones indudablemente valiosas entiendo que una cuestión tan decisiva no puede resolverse acudiendo sólo a argumentos constitucionales o de legislación ordinaria. El *horror a juzgar* está *a legibus solutus*. Se encuentra en la admonición evangélica del *nolite iudicare*, sobre la cual escribió páginas admirables CARNELUTTI. La incapacidad para juzgar a los semejantes es sentida por personas de conciencia escrupulosísima que no se consideran legitimados para ser juez de sus semejantes. Tal ha sido el gran tema de algunas obras famosas de la literatura: la gran novela *Resurrección* de LEÓN TOLSTOY así como *El jardín de Epicuro* y *Crainquevil* de ANATOLE FRANCE plantean con gran belleza literaria y en toda su profundidad humana (mucho más allá de lo que puedan decir las Constituciones o las leyes) el gran tema de los hombres que no se sienten capaces para ser jueces de los demás.

Que la Constitución no contenga regulación de la objeción a ser jurado no es argumento decisivo. En primer lugar porque la Ley Fundamental no tenía por qué regular la objeción a algo que sólo configura como un derecho. En segundo lugar, la Constitución tampoco excluye la objeción de conciencia a ser jurado y la razón anterior excluye la aplicación necesaria del argumento *inclusio unius exclusio alterius*.

Pero el verdadero argumento tiene que ser necesariamente supra-legal. No es exigible que un hombre tenga que enjuiciar a sus convecinos o conciudadanos si no se encuentra con fuerza moral para poder hacerlo. En algunos supuestos el argumento puede ponerse al límite: puede pensarse en un ciudadano designado jurado para enjuiciar a un vecino de su mismo edificio con el que se encuentra y saluda a diario y con el que tendrá que seguir conviviendo después del juicio. A los poderosos argumentos de que es lícito creer que a ningún hombre se le ha dado poder para juzgar a los demás cabe añadir argumentos prácticos, derivados de los inconvenientes que necesariamente tienen que seguirse de «ser juez a la fuerza». Si alguien no quiere ser jurado nadie le va a poder obligar a serlo realmente. Nadie le podrá obligar a prestar atención en las sesiones del juicio al desarrollo de las alegaciones y de la prueba. Al final podrá suceder que esa persona forzada a integrar el Tribunal «ha hecho de jurado» pero sin ser verdaderamente el jurado atento, perspicaz y preocupado por el ejemplar cumplimiento de su delicado cometido. Para el buen funcionamiento del Jurado no conviene que el Tribunal esté integrado por ciudadanos que lejos de mostrar disposición al cuidadoso cumplimiento de su misión quieran desentenderse de cumplir lo que la ley toma como un deber cívico.

Puede invocarse de nuevo el argumento ya utilizado: existiendo ciu-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dadanos bien dispuestos a ejercer como jurado no es conveniente obligar a nadie a juzgar en contra de sus deseos o de sus convicciones más personales. Y si, por el contrario, no existiesen ciudadanos dispuestos al desempeño de tal cometido estaríamos ante un irrefutable argumento de la falta de arraigo entre los ciudadanos de una institución pensada para que el pueblo participe en la Justicia Penal.

En la experiencia que ha seguido a la entrada en vigor de la L.J. y según las informaciones publicadas ha habido Jueces que han aceptado la objeción de conciencia frente a otros que, más apegados a la literalidad de la ley, la han rechazado como excusa válida.

Para que el Tribunal del Jurado se constituya de modo que garantice un veredicto imparcial hay dos actitudes que deben evitarse. De una parte la de quienes no quieren ser jurados. De otra parte la de quienes desmuestran un excesivo interés e incluso fruición en ser juez de sus convecinos. Ambas actitudes pueden resultar peligrosas. La primera debe tener solución aceptando la objeción de conciencia a juzgar. La segunda, en el sistema de la L.J., sólo puede tener solución utilizando la facultad de recusar sin causa a los candidatos seleccionados que en el interrogatorio previsto por la L.J., resulten sospechosos de parcialidad.

6. *Retribución, indemnización y efectos laborales*

El art. 7.º, 1, de la LJ. establece que el desempeño de la función de jurado será retribuido e indemnizado en la forma y cuantía que reglamentariamente se determine. El núm. 2 dispone que a los efectos laborales o funcionariales el desempeño de la función de jurado equivaldrá al «cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal».

La retribución se armoniza con el carácter de cumplimiento de un deber que la ley atribuye a la función de jurado. Dos conceptos utiliza a tal fin: la *retribución* y la *indemnización*. La retribución se realiza mediante el abono de las cantidades establecidas como dietas por cada día o sesión. La indemnización debería llevar a disponer de presupuesto adecuado para resarcir a cada jurado de los quebrantos que el ejercicio de su función le produzca, incluido tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto no resulten cubiertos por la retribución mediante dietas por la actuación.

Se trata de un problema presupuestario, como indica la propia ley al remitirse «a la forma y cuantía que reglamentariamente se determine». Uno de los inconvenientes señalados al Jurado es el de su coste económico: según noticias publicadas en los medios de comunicación, el primer juicio con jurado celebrado en Barcelona, siendo un juicio sencillo que ocupó pocas horas, costó 500.000 ptas., lo que permite hacer fácilmente un cálculo para toda España.

III. Selección de los jurados. El triple y sucesivo sorteo

1. *Introducción*

Para seleccionar a los jurados, partiendo de los candidatos a serlo, la L.J. ha dispuesto un mecanismo a base de tres sorteos. El primer sorteo se celebra para formar la *lista provincial de candidatos a jurados*. El segundo sorteo trata de seleccionar a los *36 candidatos a jurado para cada causa*. Finalmente, el tercer sorteo se dirige a seleccionar el *Jurado para el juicio oral*, llamado «Jurado de sesión» e integrado por 11 jurados (9 titulares y 2 suplentes).

2. *Primer sorteo: «Lista provincial de candidatos a jurados»*

Los arts. 13 a 17 de la L.J. regulan el modo de elaborar las *«listas de candidatos a jurados»*.

a) Lista bianual de candidatos. En cada Provincia las Oficinas del Censo Electoral efectuarán un sorteo entre los días 15 al 30 de septiembre de los años pares («dentro de los quince últimos días del mes de septiembre de los años pares»). Este sorteo entre los incluidos en el censo permite obtener la *lista bienal de candidatos a jurado* (art. 13, 1).

b) Determinación del número de candidatos necesarios. Para ello el respectivo Presidente de la Audiencia Provincial indicará al Delegado provincial del Censo (con una antelación mínima de tres días al de la fecha prevista para el sorteo) el *número de candidatos* a jurado que considere necesarios. Este número se calcula multiplicando por 50 el número de causas de las que se prevea va a conocer el Tribunal de Jurado. Para facilitar el cálculo se toma como cifra de referencia el número de causas enjuiciadas por el Jurado en años anteriores, añadiendo a dicho número el posible incremento que se pueda calcular (art. 13, 1, seg. párrf.).

c) Exposición pública de la lista del censo. La *lista del censo* vigente en la fecha del sorteo, deberá estar ordenada por municipios y dentro de éstos contendrá una relación alfabética con numeración correlativa dentro del conjunto de la provincia. La lista deberá haber sido

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

previamente remitida a los Ayuntamientos para su *anticipada exposición* al público durante siete días (art. 13, 2, prim. párrf.).

d) Sorteo público. El *sorteo* se celebrará en *sesión pública* y será *previamente anunciado* para ser celebrado en un *local habilitado al efecto* por la correspondiente Audiencia Provincial (desarrollándose en la forma que reglamentariamente se determine: art. 13, 2, seg. párrf., siendo el Reglamento dictado el del R.D. 1.398/95, de 4 de agosto). Inconveniente de la regulación legal es que será necesario desplazarse a la capital de la provincia para presenciar el sorteo.

d) Reclamaciones. Dentro de los siete días siguientes a la celebración del sorteo cualquier ciudadano podrá formular ante la Audiencia Provincial *reclamación contra el acto del sorteo* (art. 13, 3). Las reclamaciones son resueltas por un órgano integrado por el Presidente de la Audiencia y dos Magistrados, el más antiguo y el más moderno, actuando como Secretario el de dicho Tribunal o, en caso necesario, el de la Sección Primera. Previamente la Audiencia así constituida recabará informe del Delegado Provincial de la Oficina del Censo Electoral y practicará las diligencias pertinentes (art. 13, 3, seg. párrf.) y antes del 15 de octubre deberá haber resuelto la reclamación mediante resolución motivada y no susceptible de recurso. La resolución es comunicada a la Oficina del Censo Electoral la cual, si así se resuelve, reiterará el sorteo (art. 13, 3, tercer párrf.).

e) Exposición pública de las listas en los Ayuntamientos; publicación en el Boletín Oficial y notificación a los candidatos. La Oficina del Censo Electoral realizará el *envío de la lista de candidatos a jurado a la Audiencia.* Esta a su vez le remitirá *a los Ayuntamientos y al Boletín Oficial de la provincia* con la finalidad de que procedan a la *exposición o publicación* durante los últimos 15 días del mes de octubre. Entre tanto el Secretario de la Audiencia procede a *notificar a cada candidato* su inclusión en la lista de candidatos a jurados, notificación que practicará mediante oficio remitido por correo junto con la pertinente *documentación informativa* sobre causas de incapacidad, incompatibilidad, excusas y el procedimiento para su alegación (art. 13, 4 LJ).

f) Reclamaciones contra la inclusión en las listas. Del 1 al 15 de noviembre los candidatos a jurados pueden formular reclamación contra su inclusión en la lista ante el Juez Decano del Partido Judicial al que corresponda el Municipio de su vecindad, a fin de ser excluidos de la lista si no concurren los requisitos o media alguna causa de incapacidad, incompatibilidad o excusa (art. 14, 1).

La Ley admite también lo que podemos llamar «reclamación popular», ya que cualquier ciudadano puede alegar respecto de los candidatos incluidos en la lista la ausencia de requisitos del art. 8, o la existencia de causas de incapacidad o de incompatibilidad de los arts. 9 y 10.

A su vez los Secretarios de los Ayuntamientos remitirán al Juez Decano del respectivo Partido Judicial, una vez que concluya el período de exposición pública, la relación de los candidatos a jurado que pudieren estar incursos en la ausencia de requisitos o en las causas de incapacidad o incompatibilidad de los arts. 8, 9 y 10 de la Ley.

g) Resolución de las reclamaciones. Las reclamaciones se sustancian mediante una tramitación breve a base de alegaciones y justificaciones, en un plazo de tres días. Practicadas por el Juez Decano las diligencias informativas que le propongan y que estime imprescindibles, resolverá la reclamación mediante resolución motivada antes del día 30 de noviembre (art. 15, 1).

Si alguna reclamación es estimada, el Juez Decano ordenará hacer las rectificaciones o exclusiones que correspondan. La resolución se comunica a la Oficina del Censo Electoral y se notifica al interesado. Contra la resolución no cabe recurso alguno (art. 15, 2).

h) Lista definitiva de candidatos a jurados para cada provincia. Resueltas las reclamaciones queda ultimada la lista definitiva por cada provincia de candidatos a jurados. La Oficina del Censo Electoral la remitirá al Presidente de la Audiencia Provincial y éste enviará una copia al Presidente del TSJ y otra al Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Otra copia se remitirá a los Ayuntamientos de la provincia para su exposición pública durante los dos años de vigencia de cada lista (art. 16, 1).

Los incluidos en la lista definitiva podrán ser convocados para formar parte del Tribunal del Jurado en los dos años contados desde el 1 de enero siguiente. Para ello tendrán la obligación de comunicar a la Audiencia Provincial cualquier cambio de domicilio o cualquier circunstancia sobrevenida que influya en sus requisitos de aptitud o en su capacidad o compatibilidad para poder intervenir como jurado (art. 16, 2).

También «cualquier ciudadano» puede comunicar a la Audiencia las causas de incapacidad o incompatibilidad en que durante el indicado período pueda incurrir cualquier candidato a jurado. Igual comunicación pública deberá realizar el Alcalde del Ayuntamiento respectivo (art. 16,3).

La Audiencia Provincial (integrada por el Presidente, el Magistra-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

do más antiguo y el más moderno de los en ella destinados), practicará las diligencias informativas que estime oportunas y tras oír al interesado no reclamante resolverá motivadamente sobre tales alegaciones, sin ulterior recurso. La resolución se notifica al interesado y, en su caso, se realiza la exclusión correspondiente en la lista de candidatos a jurado (art. 16, 4).

3. *Segundo sorteo: selección de «36 candidatos para cada causa»*

a) Alardes de causas y períodos de sesiones. Las Audiencias Provinciales (así como la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ y la Sala Segunda del TS) efectuarán antes del cuadragésimo día anterior al período de sesiones un alarde de las causas señaladas para Juicio Oral en las que haya de intervenir el jurado (art. 17, 1).

Los períodos de sesiones serán cuatro cada año: 1.º (desde el 1 de enero al 20 de marzo); 2.º (desde el 21 de marzo al 10 de junio); 3.º (desde el 11 de junio al 30 de septiembre) y 4.º (desde el 1 de octubre al 31 de diciembre) (art. 17, 2).

b) Designación de candidatos para cada causa. Con una anticipación mínima de 30 días al del señalado para el Juicio Oral se procederá a celebrar el sorteo para designar 36 candidatos a jurados por cada una de las causas señaladas en el siguiente período de sesiones. Para ello el Magistrado designado para presidir el Tribunal de Jurado (según normas de reparto), dispondrá que el Secretario realice en audiencia pública el sorteo de los 36 candidatos extrayéndolos de la correspondiente lista provincial. Para la celebración del sorteo se citará a las partes, pero éste no se suspenderá por la inasistencia de cualquiera de ellas (art. 18).

c) Notificación y citación de los candidatos designados. El Secretario del Tribunal ordenará que se notifique a los candidatos su designación y se proceda a su citación para que comparezcan el día señalado para dar comienzo al Juicio Oral (art. 19, 1). Con la cédula de citación se enviará un *cuestionario* especificando los requisitos que deben concurrir y las eventuales causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibiciones para desempeñar la función de jurado. Los candidatos vienen obligados a manifestar si están afectados por dichas circunstancias (art. 19, 2). La cédula se acompañará también de una información a los candidatos designados sobre la función que están llamados a desempeñar, sus derechos y deberes y la retribución correspondiente (art. 19, 3).

d) Devolución del cuestionario. En los cinco días siguientes a la recepción del cuestionario los candidatos lo devolverán al Magistrado-Presidente por correo, con franqueo oficial, debidamente cumplimentado y acompañado, en su caso, de las justificaciones documentales que estimen oportunas (art. 20 según la redacción de la LO. 8/1995).

La necesidad de devolver el cuestionario cumplimentado debería tener una gran importancia suponiendo un cumplimiento muy escrupuloso del deber ciudadano. Si los candidatos a jurado contestan fielmente el cuestionario y no ocultan su parentesco, amistad, enemistad o intereses, se abriría fácilmente la puerta a la recusación fundada regulada en el art. 21 y de la que se trata tal como se expone a continuación.

e) Recusación (con causa). El cuestionario cumplimentado por los 36 candidatos a jurados será entregado al Ministerio Fiscal y a las demás partes, quienes podrán formular recusación en los cinco días siguientes al de dicha entrega, alegando la falta de algún requisito o cualquiera de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición previstas en la Ley y proponiendo la prueba correspondiente. El plazo para recusar es preclusivo respecto de cualquier causa conocida y no formulada, la cual no podrá alegarse posteriormente (art. 21, según la redacción de la L.O. 8/1995).

f) Resolución. El Magistrado-Presidente señalará día para la vista de la excusa, advertencia o recusación presentada, citando a las partes y a quienes hayan alegado la advertencia o excusa. Practica en el acto las diligencias y resuelve en los tres días siguientes (art. 22, modificado por la L.O. 8/1995).

g) Nuevo sorteo. Si con motivo de las recusaciones, advertencias o excusas, la lista de 36 candidatos se reduce a menos de 20, el Magistrado-Presidente dispondrá que el Secretario proceda de inmediato a un segundo sorteo, en la misma forma que el anterior, para completar el número de candidatos para el respectivo Juicio Oral. Realizado el sorteo se procede a notificar y citar a los candidatos para el acto del Juicio Oral, siendo de aplicación lo dispuesto en los arts. 19 a 22 de la Ley (Art. 23, 1 y 2, según la redacción de la L.O. 8/1995).

4. *Tercer sorteo: selección de los «11 jurados para el juicio»*

Parecería acorde con una buena sistemática de la Ley que después de regular los dos sorteos para insacular a los candidatos a jurados, se continuase con la del tercer sorteo para designar los 11 jurados para el Juicio Oral. Parece lógico que esa fuese la metodología de la ley ya que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en definitiva con los tres sorteos sucesivos se trata de llegar a componer el *Jurado de sesión* o Tribunal del Jurado en la causa correspondiente. Pero la L.J., da aquí muestra de su pobre técnica legislativa y salta del art. 23 al art. 38, para regular a partir de éste el tercer sorteo intercalando entre ambos la disciplina de la instrucción complementaria (arts. 24 a 28), el escrito de calificación (art. 29), la novedosa audiencia preliminar (arts. 30 y 31), el sobreseimiento o la apertura del Juicio Oral (arts. 32 y 33), y la no menos novedosa regulación de las cuestiones previas al Juicio (art. 36), junto con el auto de hechos justiciables, de prueba y señalamiento del Juicio (art. 37). En descargo del legislador puede decirse que todo este procedimiento anterior al Juicio se realiza exclusivamente ante el Magistrado-Presidente, sin que el Tribunal del Jurado tenga que haberse constituido (con la posibilidad de que no llegue a constituirse si se acuerda el sobreseimiento de la causa). Pero ello no obsta a que la sede más adecuada para la regulación del tercer sorteo fuese la ya indicada.

a) Constitución del Magistrado-Presidente y comparecencia de 20 candidatos a jurados. El día y hora señalados para el Juicio se constituirá el Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado, con la asistencia del Secretario y la presencia de las partes. Deberán concurrir al menos 20 de los 36 candidatos convocados para ser jurados en aquella causa. Si no concurriesen en ese número mínimo deberá procederse a un nuevo señalamiento en los quince días siguientes (arts. 38.1 y 39.1). Si comparecen en ese número el Magistrado-Presidente abre la sesión.

b) Interrogatorio a los candidatos. El Magistrado-Presidente interrogará a los candidatos a jurados por si en ellos concurre alguna causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición, o si carecen de algún requisito de aptitud para ser jurado. También podrán las partes, por sí o a través del Magistrado-Presidente interrogar a los jurados respecto a las mismas circunstancias (art. 38, 2, según la redacción de la L.O. 8/1995).

La Ley no establece la forma bajo la cual deberá realizarse el interrogatorio a los candidatos a jurado. En cuanto a la forma, el interrogatorio puede hacerse ante todos los presentes y con carácter general o bien individualmente, uno por uno, y de un modo más privado, ya que puede una de las partes desear plantear a algún candidato circunstancias que no sería propio exponer en grupo. Tampoco dispone la Ley el tiempo de duración del interrogatorio, que será muy distinto si se realiza genéricamente a todos, en grupo, o individualmente, uno por uno. Se trata de un trámite fundamental para intentar salvaguardar la imparcialidad de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

los candidatos y para sustituir el método de la clasificación previa de los candidatos en las listas de los censos electorales, seguido por algunas legislaciones extranjeras para evitar que el Tribunal pueda estar excesivamente formado por jurados homogéneos (todos muy jóvenes o todos mayores, todos hombres o todos mujeres). El interrogatorio debe servir también para tratar de descubrir las afinidades o inclinaciones ideológicas, políticas, culturales o sociales que puedan influir en el Juicio, o las relaciones de parentesco, interés, amistad o enemistad que puedan mediar con alguna de las partes, cuya consecuencia sería el planteamiento de la recusación con causa (arts. 38.2 y 3).

Es en este punto donde, por chocante que parezca, el Juicio por Jurado puede acentuar las diferencias entre pobres y económicamente acomodadas. Como la finalidad del interrogatorio es precisamente eliminar, antes de que se proceda a sortear los 11 jurados, a los candidatos sospechosos, sería fundamental que el Ministerio Fiscal y los Abogados de las partes pudiesen disponer de una información precisa y circunstanciada de cada uno de los 36 candidatos. Obtener esta información, especialmente en las grandes ciudades, será posible para quien pueda costear los servicios de los investigadores que podrían permitir disponer el día señalado de una ficha detallada de las relaciones de todo tipo de cada candidato. El Abogado cuyo cliente no cuente con esas posibilidades de información, únicamente podrá valerse de los datos que obtengan directamente en el interrogatorio.

c) Recusación con causa. Las partes podrán recusar (art. 38.3) a los candidatos respecto de quienes pueda afirmarse que concurre alguna causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición.

Las recusaciones se oirán y resolverán en el propio acto por el Magistrado-Presidente, ante la presencia de las partes y con audiencia del candidato afectado (art. 38.3, seg. párrf.).

No dice la Ley la forma en que deberá resolver el Juez la recusación. Habrá de ser una resolución motivada, al igual que se exige para las recusaciones en los sorteos anteriores, que o bien adoptará la forma de auto o la de acuerdo en la propia audiencia, aunque siempre motivado.

Contra la resolución del Magistrado-Presidente no cabe recurso alguno, pero sí es posible formular protesta a los efectos del recurso que posteriormente pueda interponerse contra la sentencia (art. 38, 4).

d) Nuevo señalamiento y nuevo sorteo para completar el número de candidatos. Si como consecuencia de la incomparecencia de algunos can-

didatos convocados o de las excusas o recusaciones formuladas no quedasen al menos veinte candidatos, se procederá a nuevo señalamiento dentro de los quince días siguientes, citándose otra vez a los comparecidos y a los ausentes y, se procederá a insacular a *ocho nuevos candidatos* designados en el acto de entre los integrantes de la «lista bienal» oportunamente confeccionada (art. 39).

Respecto a este nuevo y eventual sorteo de ocho nuevos candidatos la ley contempla una peculiar *recusación* ya que dispone que «si las partes alegasen alguna causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición, que fuese aceptada por el Magistrado-Presidente sin protesta de las demás partes no recusantes» se completará con un nuevo sorteo hasta obtener los ocho candidatos complementarios (art. 39.1, según redacción de la LO. 8/1995).

Si en la segunda convocatoria tampoco se obtuviese el número mínimo de candidatos a jurado comparecientes, se procederá de igual modo, con convocatorias y sorteos complementarios hasta obtener la concurrencia de candidatos mínimamente necesaria (art. 39, 3, según la L.O. 8/1995).

e) Sanciones. El Magistrado-Presidente impodrá la multa de 25.000 ptas. al candidato a jurado convocado que no hubiera comparecido a la primera citación sin justificar su ausencia. Si no compareciera a la segunda citación (se entiende sin justificar una causa que legítimamente se lo impida), la multa será de 100.000 a 250.000 ptas., para lo cual al tiempo de realizarse la segunda citación se advertirá a los candidatos de la sanción que les puede corresponder si no comparecen. Para determinar la cuantía de la segunda multa se tendrá en cuenta la situación económica del candidato a jurado (art. 39, 2, según redacción L.O. 8/1995).

f) Tutela de los medios de prueba. En todo caso se adoptarán las medidas necesarias respecto de los medios de prueba propuestos para hacer posible su práctica una vez que se constituya el Tribunal de Jurado (art. 39.4).

g) Insaculación de nueve jurados más dos suplentes. Si concurre el número suficiente de candidatos se procederá a un sorteo sucesivo para seleccionar los nueve jurados que formarán el Tribunal y otros dos más como suplentes (art. 40, 1, según L.O. 8/1995). Introducidos los nombres de los candidatos en una urna el Secretario procederá a extraerlos uno por uno, leyendo su nombre en alta voz (art. 40, 2, según L.O. 8/1995).

h) Interrogatorio y recusación sin causa. Las partes, después de formular a los jurados las preguntas que estimen oportunas y que el Ma-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gistrado-Presidente estime pertinentes, podrán recusar sin necesidad de alegar motivo o causa hasta cuatro de los seleccionados por parte de las acusaciones y otros cuatro por parte de las defensas. El actor civil y los terceros civilmente responsables no pueden recusar sin causa. En el caso de ser varios los acusadores y/o los acusados deberán actuar de mutuo acuerdo respecto de los candidatos que desean recusar sin causa. De no mediar el acuerdo se decidirá por sorteo el orden en que las partes acusadoras y/o acusadas pueden formular la recusación, hasta agotar el cupo de los recusables (art. 40, 3, según L.O. 8/1995).

A continuación se procederá de igual modo para la designación de los suplentes. Cuando sólo resten dos candidatos para ser designados suplentes no se admitirá recusación sin causa (art. 40, 4).

i) Acta del sorteo y constitución del Tribunal. Terminado el sorteo el Secretario extenderá acta acreditativa y a continuación se constituirá el Tribunal (art. 40, 5).

j) Juramento o promesa. Una vez constituido el Tribunal de Jurado se procederá a recibir juramento o promesa a los seleccionados. La fórmula del juramento que constaba en la L.O. 5/1995, fue corregida por la L.O. 8/1995, para evitar el «tuteo» a los jurados.

Puestos en pie el Magistrado-Presidente empleará la siguiente fórmula: (art. 41, 1) «¿Juran o prometen desempeñar bien y fielmente la función de jurado, con imparcialidad, sin odio ni afecto, examinando la acusación, apreciando las pruebas, y resolviendo si son culpables o no culpables de los delitos objeto del procedimiento los acusados..., así como guardar secreto de las deliberaciones?».

Los jurados se irán aproximando, de uno en uno, a la presencia del Magistrado-Presidente y, colocados frente a él, dirán: «sí juro» o «sí prometo», y tomarán asiento en el lugar destinado al efecto.

Nadie podrá ejercer las funciones de jurado sin prestar el juramento o promesa. Quienes se nieguen a prestarlo serán conminados con el pago de una multa de 50.000 ptas. que el Magistrado-Presidente impondrá en el acto. Si el llamado persiste en su negativa a jurar o prometer se deducirá el correspondiente tanto de culpa y en su lugar se llamará al suplente (art. 41, 4).

5. *Constitución del Tribunal y comienzo del Juicio Oral*

Tras el juramento o promesa el Magistrado-Presidente dará comienzo a la celebración de la sesión del Juicio Oral de acuerdo con lo dis-

puesto en los arts. 680 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 41, 3 y art. 42, 1).

El acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores (art. 42, 2).

La celebración del Juicio Oral requiere la asistencia del acusado y del Abogado defensor (art. 44, 1).

El Magistrado-Presidente, oídas las partes y previa consulta al Jurado, podrá acordar la celebración del juicio a puerta cerrada (art. 43).

Nota Bibliográfica

Para los antecedentes históricos del Jurado español, ALEJANDRE, *La Justicia Popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, (Madrid, 1981, Ed. Universidad Complutense) y GISBERT GISBERT, *El futuro Tribunal Popular español*, (Barcelona, 1990, PPU).

Para los aspectos sociológicos del Jurado, SORIANO, *El nuevo Jurado español*, (Barcelona, Ariel, 1985).

Para los aspectos críticos del Jurado, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *A propósito del Jurado*, (Boletín del Iltre. Colegio de Abogados de Madrid, núm. 3/1980); FAIRÉN GUILLÉN, *Los Tribunales de Jurados en la Constitución Española de 1978*, (Madrid, Civitas, 1979), *La participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia*, «Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional», (T. I, Madrid, Edersa, 1983, págs. 109 y ss.), y *El Jurado. Algunos problemas sobre el mismo* (Estudios citados, t. II, pág. 169); GIMENO SENDRA, *La acción popular, el Jurado y los Tribunales de escabinos* («Comentarios a la Legislación Penal, t. I, Madrid, Edersa, 1982, págs. 337 y ss.); *El Jurado en la Constitución*, (Madrid, «La Ley», 1985, t. II, págs. 1042 y ss.); MARTÍN OSTOS, *La consagración del escabinado en nuestro ordenamiento jurídico*, (Barcelona, «Justicia 89», núm. II, págs. 523 y ss.); PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *La participación popular en la Administración de Justicia: El Tribunal del Jurado* (Madrid, Ed. Montecorvo, 1992).

Sobre el Anteproyecto y la Ley vigente, FAIRÉN GUILLÉN, *Comentarios al «Anteproyecto de Ley del Jurado» de 11 de marzo de 1994*, (Revista de Derecho Procesal, 1994, núm. 2, págs. 431 y ss); y *Florilegio del —Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado—, de 11 de marzo de 1994*, (Madrid, Actualidad Penal, 1994, núm. 31); GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, (Madrid,

Civitas, 1996); GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal ante el Tribunal del Jurado*, (Oviedo, Ed. Forum, 1995); AA.VV. *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado*, (Granada, Comares, 1996, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria); LORCA NAVARRETE, *El Jurado español. La nueva Ley del Jurado*, (Madrid, Dykinson, 1995) y 2.ª edición, revisada y aumentada con modelos y formularios (Madrid, Dykinson, 1996); ESCUSOL BARRA, *El procedimiento penal para las causas ante el Tribunal del Jurado*, (Madrid, Colex, 1996); PEDRAZ PENALVA, *El Jurado como vía de participación popular,* (Madrid, «La Ley», 1994, núm. 3.509 y 3.510); VERGÉ GRAU, *Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 20 de abril de 1994*, (Barcelona, «Justicia 1994», núm. III, pág. 527); GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Por fin, el Jurado*, (Madrid, Actualidad Jurídica Aranzadi, 1994, núm. 151).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LOS ASPECTOS PROCESALES DE LA NUEVA CONSIGNACIÓN Y REGULACIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE VEHÍCULOS A MOTOR*

JOAN VERGER GRAU
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO:

I. La consignación liberatoria de la mora del asegurador: 1. Naturaleza y finalidades distintas en las diversas clases de consignación: 1.1. La consignación en pago (1.176 a 1.181 CC); 1.2. Otras consignaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1.2.1. La consignación de rentas en los juicios arrendaticios; 1.2.2. La consignación sustitutiva del embargo preventivo; 1.2.3. La fianza en metálico sustitutoria de la intervención judicial de bienes; 1.2.4. La consignación en el embargo ejecutivo; 1.2.5. La consignación del precio en la demanda de retracto; 2. La consignación en la D.A. de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro sobre la Circulación de vehículos a Motor (L.R.C.S.C.V.M.), modificada por la D.A. 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros privados; 2.1. La consignación del importe mínimo; 2.2. La consignación liberatoria de la mora del asegurador; 2.2.1. Concepto; 2.2.2. Procedimiento; 2.2.2.1. Competencia; 2.2.2.2. Postulación y defensa; 2.2.2.3. Solicitud; 2.2.2.4. Audiencia a los interesados; 2.2.2.5. Documentos y justificaciones; 2.2.2.6. Re-

* Artículo redactado en base a la Ponencia presentada en el programa de Formación Continuada para Jueces y Magistrados de la Comunidad Autónoma de Galicia sobre *Responsabilidad civil y seguro obligatorio automovilístico*, en Santiago, el 8 de octubre 1996.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

solución; 2.2.2.7. Irrecurribilidad del auto; 2.2.3. Devolución y nueva consignación; 2.2.3.1. Devolución por simple solicitud del consignante; 2.2.3.2. Devolución por inexistencia de pronunciamiento civil en la acción penal; 2.2.3.4. Ofrecimiento y aceptación de la consignación por el acreedor; 2.2.4. Efectos; 3. El depósito adicional a efectos de apelación; 4. La compensación y el art. 921 LEC; 5. La imposición de oficio de los intereses moratorios; 6. Conclusión crítica; II. El procedimiento en la acción de repetición. — III. Privilegios procesales del consorcio: 1. Requerimiento de pago previo a la admisibilidad de la demanda contra el Consorcio; 2. Título ejecutivo a favor del Consorcio.

I. La consignación liberatoria de la mora del asegurador

1. *Naturaleza y finalidades distintas en las diversas clases de consignación*

1.1. La consignación en pago (1.176 a 1.181 CC)

El Código Civil regula una institución, de naturaleza material y procesal, sólo esbozada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y desconocida en la de 1.855, que tiene por finalidad liberar de la obligación de pago al deudor cuando el acreedor no quiere recibir la cosa o el precio [1].

Cuando es aceptada por el acreedor o declarada bien hecha por el Juez, la consignación *cancela la obligación de pago, porque lo sustituye* [2], y si después el acreedor autoriza al deudor a retirarla, ya no resurge la antigua obligación, que se extingue, puesto que incluso los codeudores y fiadores quedan libres [3] (1.181 CC).

1. Bercovitz y Rodríguez Cano, R.: *Del ofrecimiento del pago y de la consignación*, en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XVI, col. I, p. 235. Madrid, 1980. «Es una forma de pago voluntaria para el deudor y eficaz para el acreedor», dice Cano Mata, A.: *La consignación*, en *Anuario de Derecho Civil*, T. XXII, oct-dic. 1969, p. 753. «Proceso de liberación», lo denomina De Diego Lora (p. 6) (...); «es un proceso liberatorio sustitutivo del pago, que produce efectos jurídicos análogos a los del mismo pago, respecto de la obligación (p. 8) (...); su finalidad es clara: obtener el deudor la liberación de su obligación mediante la entrega judicial de la cosa debida (p. 10)». De Diego Lora, C.: *La consignación judicial (estudio teórico práctico)*, Barcelona, 1952, pp. 6, 8 y 10.

2. Albaladejo, M.: *Derecho civil*, T. II, *Derecho de obligaciones* (vol. 1.º), Barcelona, 1983, p. 160. También Bercovitz y Rodríguez Cano: «La consignación produce la extinción de la obligación; es una forma de pago», ob. cit. p. 252.

3. «No se trata pues de una novación (...), puesto que la obligación anterior quedó extinguida (...). Si entonces el acreedor consiente que el deudor retire la cosa depositada, nace una nueva relación jurídica, por lo que habrá que atender a la causa de esa transmisión (...)». Bercovitz y Rodríguez Cano, ob. cit.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Su naturaleza **sustitutoria del pago** exige, lógicamente, que sea *incondicional, íntegra e idéntica* a la prestación objeto de la obligación [4] y ésta, por lo tanto, *líquida y vencida*.

Decía el Codex que *con el depósito efectuado solemnemente de la cantidad adeudada, se produce la liberación.* La *obsignatio* pública [5] extinguía, *ipso iure*, la obligación [6].

También en las Partidas la consignación tenía por finalidad sustituir el pago y permitir el cumplimiento de la obligación, *maguer el otro non se lo demande* o *non gelo quisiere tomar*. En tal caso, el acreedor tenía que *fazer afrenta ante omes buenos en logar e en tiempo guisado, mostrando los marauedís señalados en fidelidad de algund ome bueno o en la sacristía de alguna eglesia. E dende adelante,* ***es quito, del debdo, e non ha el otro demanda alguna contra él*** [7].

En los Anteproyectos de Código Civil de 1851 y de 1882-1888, la consignación *ante escribano público y dos testigos,* extinguía, también, la obligación y el deudor quedaba libre de la cosa debida (arts. 1.107 y 1.193, respectivamente).

Así pues, **la consignación** fue, desde siempre, un medio de **sustituir el pago o la entrega de la cosa**; del cumplimiento de la obligación, que nada tiene que ver con otras clases de consignación en *garantía o cautelar o, simplemente incentivadoras de la transacción extrajudicial* (para «evitar la provocación de un pleito», como dice el 1.809 CC) o *para facilitar el cumplimiento de la sentencia.* Esta no es la función de la consignación civil, pero sí la de otra clase de consignaciones o depósitos que que se hallan en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en otros textos sustantivos, como son los relativos a la modificación del seguro de responsabilidad civil objeto de nuestro estudio.

1.2. Las consignaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil

La LEC de 1881 (anterior, por tanto, al Código Civil) no recoge, con carácter general [8], la consignación sustitutoria del pago. Contempla,

4. Bercovitz y Rodríguez Cano, ob. cit. pp. 236 y 237 y SSTS. cits. en las notas.

5. Es decir, en lugar público y oficial.

6. Iglesias, J.: *Derecho Romano*, vol. 2.º, Barcelona 1953, p. 156 y Arias Ramos: *Derecho romano*, T. I, p. 581, Madrid, 1954.

7. Partida Quinta, Tít. XIV, Ley VIII.

8. La regula, en cambio, para el supuesto concreto de la consignación (en pago) de las rentas arrendaticias para recurrir, formular incidentes, cuestiones de competencia, etc, que se comenta más adelante.

sin embargo, diversas consignaciones que tienen finalidades distintas: garantizar el cumplimiento de la sentencia, sustituir una medida cautelar, liberar al consignante de la condena en costas y del embargo en el juicio ejecutivo, etc., salvo en alguna ocasión que es también sustitutoria del pago, como la requerida al arrendatario (configurada como un presupuesto procesal) para recurrir las sentencias de desahucio.

Es verdad que muchas de las anteriores funciones de garantía podrían conseguirse con la *fianza*, y así lo hace la Ley en otros casos, pero lo cierto es que la consignación ofrece el *plus* de la inmediata liquidez en los supuestos en que deba hacerse efectiva la garantía o ejecutarse la sentencia. Pues bien, en todos estos supuestos, con exclusión de la consignación de rentas arrendaticias, la que contempla la Ley procesal no es una consignación **sustitutoria del pago de una deuda vencida**, como sucedía en la consignación civil, sino que **la pérdida de lo consignado queda siempre sometido al cumplimiento de una condición**, a un determinado resultado procesal. De ahí su radical diferencia con la consignación que contempla el Código Civil. Veámos las más importantes:

1.2.1. La consignación de rentas en los juicios arrendaticios

La Ley de Enjuiciamiento Civil[9], en este caso, se anticipó al Código al esbozar la regulación de la consignación **sustitutoria del pago de las rentas adeudadas**, cuando el acreedor no las quiere recibir y su pago constituye un **presupuesto** de los recursos, incidentes, cuestiones de competencia y facultad enervatoria de la acción de desahucio. Es, ante todo, una consignación que tiene por finalidad **pagar las rentas adeudadas**[10] como **presupuesto procesal** de recursos e incidentes.

9. Reproduciendo los artículos 662 y 667 de la LEC 1855, reformados por la Ley de 25 de junio de 1867.

10. El que la Ley se refiera a las rentas *adeudadas, vencidas o las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas* (arts. 1.563, 1.566 y 1567 LEC) no altera el que, en todos los casos, se trate de una **obligación vencida**, aunque correspondan las rentas (*adelantadas*) a períodos futuros. La razón del precepto no es otra que la de condicionar el derecho al recurso (y a los incidentes) al puntual **pago** de las rentas y a la posibilidad del correlativo **cobro** de las mismas por el arrendador por mientras duren tales recursos e incidentes, con el fin de no perjudicarle. El precepto no existía en la anterior LEC de 1855 en la que, como dice MANRESA, «bastaba que el demandado no conviniera en los hechos para que se diera por terminado aquel acto (jucicio verbal) y se le confiriera (al arrendatario) traslado de la demanda, sustanciándose el juicio por los trámites del ordinario de mayor cuantía, (...) con los recursos de apelación en ambos efectos, y de casación en su caso, aparte de las excepciones dilatorias y de los incidentes que pueden promoverse en dicho juicio. Bien pronto comprendieron los inquilinos y

La consignación arrendatícia, según la doctrina[11], debe hacerse con los requisitos que exige el Código Civil, pero ya antes de que se publicara éste, la Ley de Enjuiciamiento Civil establecía el **procedimiento** que constituiría el núcleo que después desarrolló el Código. En efecto, en el art. 1.566 LEC (antes de la reforma del mismo por la D.A. 5.ª de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos) se decía que *no se admitirán al demandado los recursos (...) si no acredita al interponerlos tener* ***satisfechas*** las rentas vencidas (...) o si no las **consigna** *en el Juzgado o Tribunal.* Luego, en el siguiente párrafo, añadía: *En este caso* (consignación) ***se requerirá al demandante para que reciba dichas rentas, dando resguardo a favor del arrendatario, y si no quiere recibirlas, se depositarán en el establecimiento público correspondiente.*** En un sólo precepto se regulaba el *ofrecimiento* del art. 1.176 CC y la *consignación* propiamente dicha del 1.178 CC[12].

Naturalmente, aunque el arrendador rechace el pago, las rentas consignadas quedan a su disposición para pedir su entrega en cualquier momento[13]. También revela su finalidad de pago el que se tenga por desis-

arrendatarios de mala fe que esa disposición de la Ley les facilitaba el medio de seguir ocupando la finca por muchos meses, y aun por años, utilizándose de ella sin pagar la renta al propietario (...). MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil, reformada*, Madrid, 1921, T. VI, p. 6. La finalidad (de pago) de esta consignación es proclamada con toda claridad por el Tribunal Supremo: *La consignación constituye un modo de extinguir las obligaciones cuyas normas se establecen en nuestro Derecho Civil por las disposiciones contenidas en los artículos del 1.176 al 1.181, produciendo los efectos del pago, liberando de responsabilidad al obligado y haciendo efectivo el derecho del acreedor (...) El art. 1.566 LEC (...) lejos de contrariar la doctrina legal expuesta, la tiene presente en los preceptos que el mismo artículo contiene, ya que exige la necesidad de acreditar el demandado en juicio de desahucio tener satisfechas las rentas vencidas con el recibo del propietario, o la consignación de su importe (...) mandando además, si de consignación se trata, que se haga requerimiento al acreedor para que la reciba, dando resguardo a favor del arrendatario, sin autorizar su depósito en establecimiento público, más que en caso de que el interesado se negara a recibirla; de todo lo que se desprende con claridad* ***que la intención y el propósito del legislador fueron que el pago de la renta, llegado el plazo de exigirla, se hubiera realizado, extinguéndose, en su consecuencia, la obligación, a menos que el acreedor no la quiera recibir; todo acreditado en la forma indicada***». STS. 3 mayo 1929.

11. FENECH NAVARRO, M.: *Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo,* T. IV, p. 8.119, Madrid, 1957 y STS. 14 oct. 1914.

12. En el Código Civil se reproducen, casi literalmente, los artículos 1.257 a 1.264 del C. Civil francés de Napoleón, en el que bajo la rúbrica *Des offres de paiment et de la consignation*, se regula el «Ofrecimiento del pago y la consignación» de nuestro CC., texto, el francés, que naturalmente ya conocía el legislador de la LEC de 1881.

13. *«La consignación de las rentas debidas, realizada por un arrendatario, a los efectos de apelar de la sentencia que decretó su desahucio,* ***hace efectivo el derecho del arrendador a cobrar dichas rentas;*** y consiguientemente, la circunstancia de que la ape-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tido al arrendatario, durante la tramitación de los recursos o incidentes, si *«dejare de pagar los plazos que venzan o que deba adelantar»* (1.567 LEC, *in fine*).

La reforma de los artículos 1.566 y 1.567 LEC[14] (en el primero de los cuales se introduce la consignación *notarial como equivalente a la judicial*), no altera la finalidad de pago de la renta que motivó la primera reforma de 1.867.También es en pago, naturalmente, la consignación (*puesta a disposición en el Juzgado*, la llama el nuevo art. 1.563 LEC) para **enervar** la acción de desahucio.

1.2.2. La consignación sustitutoria del embargo preventivo (1.405 LEC)

No se llevará a efecto el embargo si, en el acto de hacerlo, la persona contra quien se haya decretado pagare, consignare o diere fianza a responder de las sumas que se le reclamen (1.405 LEC). En este caso la consignación, como la fianza, cumple la misma finalidad que el embargo preventivo; es, simplemente, una medida cautelar de una obligación dineraria que enerva el embargo por ser, a juicio del demandado, menos gravosa, pero que, en modo alguno extingue la obligación porque no es una consignación con finalidad de pago ni, desde luego, el importe consignado se entrega u ofrece al demandante[15]. Sólo si se cumple la condición de que recaiga sentencia firme estimatoria de la demanda, esta consignación dejaría de ser cautelar para convertirse en en un embargo ejecutivo de dinero que, si alcanzara el importe de la condena, obviaría cualquier otro acto de ejecución o de apremio salvo, en su caso, por las costas.

1.2.3. La fianza en metálico sustitutoria de la intervención judicial de bienes litigiosos (1.425 LEC)

La fianza en metálico o en valores se constituirá depositando, en el establecimiento público destinado al efecto, la cantidad efectiva que el Juez hubiere señalado (1.425). Se trata del llamado por la Ley *aseguramiento de bienes litigiosos*, medida cautelar para asegurar la efectividad

lación no fuese admitida no obliga a éste a devolver la cantidad que se consignó (STS. 3 mayo 1929).

14. Por la citada DA 5.ª de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos.

15. Vid. ORTELLS RAMOS, M.: *El Embargo Preventivo*, Barcelona 1984, pp. 168 a 171.

de las demandas reinvindicatorias de minas, montes, establecimientos industriales, etc. que autoriza al demandado a que, *en cualquier estado del juicio, pueda prestar fianza para que se alce la intervención* (1.423 I LEC). Naturalmente, el hecho de que la fianza sea *en metálico*, a elección del demandado, y se convierta, de hecho, en una *consignación judicial*, no quita su carácter cautelar[16] que descarta totalmente la finalidad de pago de la consignación civil.

1.2.4. La consignación en el embargo ejecutivo (1.446 LEC)

Cuando el deudor ***consignare*** *la cantidad reclamada (...) con el fin de evitar los gastos y molestias del embargo, reservándose el derecho de oponerse a la ejecución, se suspenderá el embargo y la cantidad se depositará en el establecimiento destinado para ello (...)* (1.446.I).

La consignación, además, tiene ahora la función de obviar una condena en costas que, sin élla, sería inevitable aun cuando prosperara la oposición por pluspetición. En efecto, dice el art. 1.474 LEC que: *En el primer caso del artículo anterior se impondrán las costas al ejecutado, a menos que habiendo alegado y probado alguna de las causas de oposición comprendidas en el art. 1.466, hubiere* ***consignado***, al tiempo de formularla, la cantidad adeudada (1.474.I).

Aquí, el legislador no permite sustituir el embargo por la *fianza*, sino sólo por la consignación, porque el embargo forma parte del proceso de ejecución, en el que ya no se trata de *garantizar*, sino de *pagar*. Ello no obstante, a la vista de la posible oposición del ejecutado, que inicia un incidente declarativo por las causas tasadas en la Ley[17], el importe de lo consignado no se entrega inmediatamente ni se ofrece al ejecutante; no tiene la finalidad incondicional de *pago,* sino sólo la de *embargo de dinero;* es decir, la consignación sustituye al embargo; la

16. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Teoría general de las medidas cautelares*, en *Las medidas cautelares en el proceso civil,* con RAMOS MÉNDEZ, Barcelona, 1974, p. 105 a 107.

17. Sobre la naturaleza del juicio ejecutivo y del embargo que en él se practica, vid. FENECH NAVARRO, M.: *Los procesos sumarios de ejecución*, en (con CARRERAS) *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pp. 497 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *El juicio ejecutivo*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 517 y ss., esp. p. 530. CARRERAS LLANSANA, J.: *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pp. 72 a 76. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: *Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, pp. 411 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ejecución queda en suspenso y si no prospera la oposición (he aquí la condición), la consignación podrá ser utilizada para el pago.

1.2.5. La consignación del precio en la demanda de retracto (1.618)

Para que pueda darse curso a las demandas de retracto se requiere: (...) 2.º Que se ***consigne*** el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo fuere. (...) (1.618 LEC).

La consignación del precio es, como dice SERRA, un *presupuesto inicial de procedibilidad*[18], aunque si se cumple la condición de dictarse sentencia firme estimatoria del retracto, se convierte en todo o en parte del precio a pagar. La consignación inicial se justifica, pues, por la *necesidad de evitar demandas temerarias*[19], pero no es con el fin de pagar de inmediato e incondicionalmente al propietario demandado, aunque, naturalmente, sirve a este propósito una vez alcanzada sentencia firme estimatoria. De ahí que, desestimada la demanda o desistido el actor sin oposición del demandado, se devuelva la consignación previo pago, en su caso, de las costas.

2. *La consignación en la Disposición Adicional de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (L.R.C.S.C.V.M.), modificada por la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados*

El problema fundamental que plantea esta consignación, y de cuya resolución depende el tratamiento procesal que ha de recibir, es el de su *naturaleza y funciones.*

Está claro que no es una consignación civil liberatoria del pago y mediante la cual el Juez puede cancelar la obligación porque, evidentemente, no se trata de una obligación líquida. Precisamente, la Disposición Adicional de la L.R.C.S.C.V.M. prevee un sistema de liquidación *provisional* para establecer la cuantía a consignar, pero que no prejuzga la cuantía real que resulte, finalmente, de los daños y perjuicios establecidos en definitiva. Por esta misma razón, no es preceptivo (ni lo ha previsto la norma) un ofrecimiento previo extrajudicial al perjudicado del

18. SERRA: *El juicio de retracto*, en *Estudios (...)*, ob. cit. p. 490.
19. SERRA: íd. p. 488.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

importe que se pretenda consignar, pues en muchos casos ese importe dependerá de la resolución judicial *provisional* prevista en la D.A. 2.º.

Por el contrario, parece evidente que una de las funciones principales de la carga de consignar es la de incentivar la composición entre asegurador y perjudicado. A cambio de la consignación, se libra al asegurador de los intereses moratorios al tiempo que se facilita, desde luego, la ejecución de la sentencia que en su día se dicte y, segun entiendo, también se facilita el pago inmediato (total o parcial), de lo que reclama o puede reclamar el perjudicado.

Este último punto —la entrega de la cantidad consignada— puede presentar dudas al intérprete. Ciertamente, sería absurdo pensar que esta entrega ha de ser en concepto de pago total y liberatorio de la obligación de la aseguradora cuando, fijada su cuantía provisionalmente a los tres meses de producido el siniestro, no ha concluído aun la curación o no se han determinado exactamente las secuelas invalidantes. Pero más absurdo podría ser pensar que no procede pago alguno al perjudicado, ni siquiera a cuenta y con reserva de los derechos a solicitar mayor cantidad, pues en tal caso, si bien la consignación habría sido útil al asegurador, liberándole de los intereses moratorios, resultaría perfectamente inútil —casi una burla— para el perjudicado el cual, a pesar de haber aceptado la aseguradora la responsabilidad del siniestro y haber hecho entrega de cierta suma, no podría beneficiarse de ella para paliar su estado de incapacidad temporal o definitiva hasta el término del proceso.

Aunque, como se explica en la conclusión crítica a este trabajo, la consignación diseñada por el legislador no parece la mejor de las medidas para incentivar la transacción y, al mismo tiempo, remediar la necesidad económica del accidentado durante el proceso, el despropósito sería excesivo si no se admitiera la posibilidad de que, al menos, el perjudicado pudiera optar por percibir la cantidad consignada a cuenta de lo que resultare en la sentencia.

Este posible pago parcial llevará, también, como consecuencia o contrapartida que el asegurador no consigne en aquellos casos en que pretenda defender su falta total de responsabilidad; o consignará menor cantidad de la prevista en el *sistema de valoración de daños* de la Ley cuando piense alegar la compensación de culpas pues, de otro modo, la percepción de la cantidad consignada por el perjudicado podría ser ya irreversible y frustrar la eficacia de la oposición.

Sin perjuicio de volver sobre alguno de estos temas en el curso de este trabajo, abordaremos ya, desde ahora, el tratamiento procesal de la consignación desde la perspectiva expuesta; es decir, de la posible per-

cepción de la suma consignada con reserva de los derechos a reclamar mayor cantidad, aun admitiendo distintas interpretaciones sustantivas a la norma pues, dada la parquedad del ropaje jurídico con que viene revestida, son legítimas y justificadas.

2.1. La consignación del importe mínimo

El párrafo primero de esta Disposición Adicional, que lleva por título *Mora del asegurador*, remite al artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) en todo lo relativo al contenido y determinación de la indemnización correspondiente por mora, con **«las siguientes peculiaridades»** que, a continuación, se exponen en la Disposición Adicional.

Los párrafos 2.º y 9.º tratan de la mora **en el pago** del importe mínimo, que es una de las obligaciones que tienen los aseguradores en general (art. 18 LCS). Algunos autores entienden aplicable al seguro de responsabilidad civil del automóvil el art. 20.2 LCS, que extiende las consecuencias de la mora del asegurador a la mora en el pago del importe mínimo[20] y, en principio, así es, puesto que el artículo 20 LCS forma parte del Título Primero y de la Sección Tercera, que se refiere a las obligaciones y deberes de las partes en toda clase de seguros. Sin embargo, el *dies a quo* de la mora no es ya el mismo. No rige en el seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor el plazo de cuarenta días que recoge el párrafo 3.º del repetido art. 20 LCS, sino el de tres meses que, especialmente para este seguro, establece la D.A. de la L.R.C.S.C.V.M. Así, es preciso concluir que esta D.A. *exonera de intereses por mora a todas las indemnizaciones, en general,* que procedan por el seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor (incluidas, por tanto, las del importe mínimo) si se **pagan o consignan** *dentro de los tres meses de la producción del siniestro*. La *lex specialis,* aplicable a este seguro, deroga la disposición general de la mora del importe mínimo que se produciría, según el art. 20.3 LCS, si no se satisfaciera dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración de siniestro. El plazo de tres meses que la D.A. autoriza para el pago o consignación de las indemnizaciones sin incurrir en mora es una de las **«peculiaridades»** que se imponen al art. 20 LCS.

20. SOTOMAYOR ANDUIZA, E.: *La nueva regulación de la mora del asegurador*, en *Revista Española de Seguros,* n.º 81, enero-marzo 1995, p. 88; GÓMEZ SEGADE, J. A.: *Apunte preliminar sobre o novo rexime de seguro de responsabilidade civil derivada da circulación automovilística*, en *Revista Xurídica Galega,* 3.º cuatrimestre 1995, n.º 11, p. 30.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En consecuencia, aun en los casos en que la responsabilidad no fuese discutida, aunque el asegurador no pagara ni consignara (en pago) dentro de los cuarenta días, tratándose de esta subespecie de seguro de responsabilidad civil (el de la circulación de vehículos a motor) que tiene una norma especial sobre la mora, aquélla sería la aplicable; es decir, quedaría exonerado de la mora (incluida la del pago del importe mínimo) si consignara antes de los tres meses[21].

La consignación comprenderá el importe de la totalidad de los daños o, al menos, el importe *aproximado* que, forzosamente, será *superior al mínimo*.

2.2. La consignación del importe de los daños liberatoria de la mora del asegurador[22]

A semejanza de la consignación regulada en el Código Civil, ésta, aun cuando sea declarada *bien hecha* por el Juez, puede ser de nuevo puesta en tela de juicio en un proceso contencioso, especialmente en los casos en que el *quantum* de la indemnización reparatoria es todavía de imposible determinación. En cambio, su cauce procedimental, teniendo en cuenta la aludida indeterminación de la cuantía a consignar, parece más propio de las disposiciones generales sobre jurisdicción voluntaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las reglas especiales de la Disposición Adicional de la L.R.C.S.C.V.M., que de los preceptos de los artículos 1.176 a 1.181 que se refieren, en todo caso, a deudas perfectamente líquidas.

Además, la norma que contiene la D.A. no tiene únicamente función sustitutoria del pago (remedio a la *mora accipiendi*), sino sobre todo liberatoria de la mora del posible deudor aun antes de que la obligación

21. Tampoco estiman aplicable esta mora de cuarenta días al seguro de responsabilidad civil del automóvil, TIRADO, F. J., en *La nueva ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*, en *Món Jurídic*, n.º 126, Marzo-Abril 1996, p. 38 y DURO VENTURA, c.: *Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Principales aspectos prácticos de la nueva regulación y problemática de su aplicación*, en *Revista General de Derecho*, Abril, 1996, que al referirse a la fijación por el juez de la cuantía aproximada de la indemnización, propone «extender en este sentido el concepto de cuantía mínima» y «que tal consignación sea sometida en su cuantía al control del Juez». p. 3.307.

22. De hecho, más que de *mora*, puede hablarse de un *recargo*; concepto más apropiado para referirnos a los intereses del art. 20 3.º de la L.C.S. Vid. MEDINA CRESPO, M.: *El recargo de intereses al asegurador en los juicios del automóvil*, Madrid 1990, p. 244.

sea líquida[23]. A nadie escapa —y así lo ha proclamado el legislador en alguna ocasión-[24] que, indirectamente, el recargo y la sanción por mora (pues excede de la mera función reparatoria)[25] tiene por finalidad disuadir al asegurador de los beneficios de la dilación (que también se consigue a través del proceso), propiciando, en cambio, la transacción extrajudicial, tanto más cuanto que los daños y perjuicios se hallan objetivamente cuantificados en la propia L.R.C.S.C.V.M. Es una norma que pretende incentivar la autocomposición y evitar el proceso, por el retardo y el trauma añadido que representa para el perjudicado, buscando por tanto mayor rapidez y cierto automatismo en el pago[26].

23. En el mismo sentido, DURO, ob. cit. p. 3308; PÉREZ YUSTE, M. A. : *La D.A. de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. El recargo del 20%*, en *Derecho de la Circulación*, C.G.P.J., Madrid, julio 1994, pp. 130 y 131.

24. La O. de 5 de marzo de 1991 (B.O.E. 11 de marzo) ya se refería específicamente a «la enorme litigiosidad», a la necesidad de «impulsar la utilización de criterios transaccionales» y de «agilizar al máximo los pagos» para así «reducir de forma significativa las actuaciones procesales», etc. Ya antes, la O.M. de 17 de marzo 1987 (B.O.E. 24 marzo) se propone también que «las víctimas de la circulación puedan obtener con la mayor rapidez posible la indemnización de los daños sufridos (...) celebrar acuerdos transaccionales, etc.» La doctrina, por su parte, ha recalcado esta función incentivadora de la consignación liberatoria de la mora, que ya tenía la D.A. 3.ª de la L.O. 3/1989, de 21 de junio, «cuyo fin es estimular a las compañías para que, cumpliendo con su obligación nacida del seguro (...) indemnizaran a los perjudicados a la mayor brevedad, fomentando la autocomposición, bajo la amenaza de castigarlas con un recargo que haría ilusorios los beneficios obtenidos con la demora, provocando de forma indirecta una disminución de la litigiosidad. (PÉREZ YUSTE, ob. cit. p. 111. y también la STC 5/1993, de 14 de enero (cuestiones de constitucionalidad acumuladas de la D.A. citada): *el efecto disuasorio que podría atribuirse al recargo como desproporcionado con el fin, en favor de las víctimas del siniestro, de dificultar el retraso en el resarcimiento del daño sufrido (...) Tampoco puede considerarse como injustificado aquel interés, según antes se dice, porque actúa (...) como estimulante de la diligencia del asegurador en la reparación de los daños (...) (FJ 2) frente al riesgo de negativas abusivas o dilatorias por parte del responsable civil* (FJ 4).

25. *(...) en esos intereses, en cuanto reparadores y represivos, se detecta que priman en aquéllos los aspectos punitivos sobre los resarcitorios, habida cuenta que la base sobre la que se aplican es deuda de valor y no deuda nominal (...) Por lo tanto, habida cuenta que el perjudicado ha de ser restaurado en el importe del valor que efectivamente tiene el daño sufrido en el momento de la liquidación y que esta indemnización ha de ser incrementada en un 20%* (se refiere el autos a la derogada D.A. 3.ª de la L.O. 3/1989, de 21 de junio) *anual a contar desde determinada fecha, que se quiere anterior a la de la propia liquidación, se llega a la conclusión de que este aumento no corresponde a un criterio estrictamente resarcitorio, sino a un criterio puramente punitivo (...).* MEDINA CRESPO: *El recargo (...)*, ob. cit. p. 28 y 29.

26. Comentando la repetida D.A. 3.ª de la L.O. 3/1989, decía MEDINA que *la cláusula penal tiene una finalidad coercitiva, intimidante, como medio de presión sobre el deudor para que cumpla la obligación (...) con frecuencia las cláusulas penales son de carácter mixto (...) con función reparadora (...) y represiva. El recargo (...)*, ob. cit. pp. 35 a 37.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Pero, sobre todo, la consignación facilita el pago, al menos *a cuenta*, o la inmediata ejecución de la sentencia en su caso. Por ello, una supuesta *fianza* del asegurador, con análogos efectos liberatorios de la mora, no hubiese tenido idénticas consecuencias. No sólo porque es menos costosa y, por tanto, menos disuasoria del litigio, sino porque, además, no puede servir de pago ni evita, en su caso, recurrir a la ejecución de la sentencia[27].

2.2.1. Concepto

La consignación liberatoria de la mora del asegurador es un acto de jurisdicción voluntaria, autónomo o incidental, consistente en el ingreso que realiza, en tiempo y forma, el asegurador de la responsabilidad civil, en la cuenta de consignaciones del Organo Jurisdiccional competente, del importe de la indemnización que por daños y perjuicios pueda corresponder al perjudicado del accidente de circulación de vehículos a motor, con el fin de facilitar el pago inmediato, total o parcial, al acreedor y evitar la indemnización por mora.

Es un «procedimiento jurisdiccional», pues es necesario que la consignación se efectúe ante el Organo jurisdiccional competente, no pudiendo ser sustituida por un acto extraprocesal equivalente (p.e. consignación u ofrecimiento a través de notario) que no sea la transacción o convenio con el perjudicado que, no sólo resuelve los intereses por demora, sino también el pago de la obligación principal. Tampoco puede sustituirse por un ofrecimiento intra-procesal (p.e., a través de un acto de conciliación), porque la ley exige la «consignación judicial» que posibilita la declaración judicial de su suficiencia o necesaria ampliación.

Es un procedimiento *autónomo* cuando no existe —o el asegurador lo desconoce— un proceso jurisdiccional iniciado en relación al accidente en el que pueda debatirse la responsabilidad civil. Por el contrario, si el proceso penal o civil está ya comenzado (aunque, en el primer caso, se trate sólo de diligencias previas), la consignación pasa a ser un *incidente* del mismo, por lo que ha de efectuarse ante el mismo órgano (art. 55 LEC), pues va a *incidir* en el contenido de la sentencia.

Consiste en el ingreso (sin ofrecimiento extrajudicial previo) en la cuenta de consignaciones del Juzgado o Tribunal del importe de la in-

27. Más propiamente, a la vía de apremio y siempre, naturalmente, que la sentencia no recoja una indemnización mayor. No obstante, aun en este caso, en la práctica la aseguradora satisface siempre el exceso sin necesidad de ejecución.

demnización calculada según el Anexo (sistema de valoración de daños) a la L.R.C.S.C.V.M., hecho que habrá de acreditarse ante el propio Organo con el escrito y resguardo correspondiente, manifestando también las bases que han servido para calcular el importe total, o *su importe aproximado* cuando se trate de daños a las personas de duración superior a tres meses o cuya patología no permita aún determinar su exacto alcance.

En todo caso la cuantía de la consignación, que ha de referirse, claro está, a un accidente de circulación cubierto por el art. 1..º de la L.R.C.S.C.V.M., es suceptible de control judicial.

2.2.2. Procedimiento

El procedimiento de la consignación es el de la jurisdicción voluntaria, con las especialidades de la Disposición Adicional y, cuando se produce dentro de un proceso principal es, al mismo tiempo, una cuestión incidental. Se asemeja a la consignación civil en cuanto que ambas nacen con independencia del proceso jurisdiccional; es más, puede que ni siquiera llegue a existir el proceso; que la consignación liberatoria de la mora sea aceptada por el acreedor en cumplido pago de lo debido o llegue a retirarse sin que se haya iniciado ningún proceso jurisdiccional. No es una consignación, como las previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, reguladas únicamente en función del proceso ya iniciado, sino con independencia del proceso e, incluso, sin proceso. De ahí que, respecto al procedimiento que debe seguir, valgan las mismas razones por las que la doctrina considera la consignación (civil) un acto de jurisdicción voluntaria.

La naturaleza de jurisdicción voluntaria que tiene la consignación[28] no se pierde cuando, además, es cuestión incidental de otro proceso. A falta de un procedimiento específico —que no ofrece la D.A. de la L.R.C.S.C.V.M.— tiene que seguir el general de los actos de jurisdicción voluntaria, regulado en los arts. 1.811 a 1.818 de la LEC, con las especialidades —pocas— de la D.A., entre ellas, la irrecurribilidad del auto en que se establece el importe aproximado de la indemnización que habrá de consignarse y la determinación de su suficiencia o necesaria ampliación.

Si a veces esta consignación se ha calificado de *cautelar*[29], ello ha de entenderse, a mi juicio, en la acepción ordinaria del término, no en la técnico-procesal de *medida cautelar*[30]. En el primer sentido, es cierto que la consignación es una «cautela» que toma la aseguradora; una «precaución» para evitar ser condenada a la indemnización por mora; pero no es una «medida cautelar» en el sentido del 1.428 LEC, pues, aparte de que el pago es definitivo, ni la ordena el Juez, ni se exige ningún *fumus boni iuris* para admitirla. Tampoco obedece directamente a ningún supuesto específico de *periculum in mora* ni, desde luego, se requiere prestar *fianza*. Indirectamente, es cierto, facilita el inmediato cumplimiento de la sentencia, pues evita los actos de ejecución y apremio hasta donde alcance su cuantía, pero no es tampoco ese aseguramiento su finalidad principal. Esta es, como se dijo antes, pagar total o parcialmente al perjudicado, disuadir del proceso, facilitar la transacción, liberar de indemnización por mora al asegurador que consigna y facilitar el rápido cumplimiento de la sentencia, pero no tanto para *asegurar su efectividad* (1.428 I LEC, pues se trata de una medida voluntaria) cuanto, simplemente, para *acelerar su cumplimiento.*

2.2.2.1. Competencia

Cuando la consignación liberatoria de la mora se efectúa al margen del proceso (por desconocerse su existencia) o antes de su inicio, parece indudable que el Organo jurisdiccional competente será el Juzgado de 1.ª Instancia del lugar en donde se causaron los daños, que también es competente territorialmente para conocer del juicio especial del automóvil, según la D.A. 1.ª.2.º de la L.O. 3/1989, de 21 de junio.

Las razones de esta determinación de la competencia territorial —ante el silencio de la D.A. de la L.R.C.S.C.V.M.— son, primero, que la consignación será, en su caso, una cuestión conexa al proceso principal de reclamación de daños y perjuicios —una cuestión incidental relativa a la indemnización por mora— y, en virtud de lo dispuesto en los arts. 55 y 63.3 LEC y art. 9 LECRIM, el fuero territorial de la acción

28. Vid., p.e.: GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Derecho Jurisdiccional* (con MONTERO, ORTELLS Y MONTÓN) T. II, vol. 2.º, Barcelona, 1989, p. 769. GONZÁLEZ POVEDA, B.: *La jurisdicción voluntaria: doctrina y formularios*, Pamplona, 1989, p. 265. CANO, ob. cit. p. 767. ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, ob. T y vol. cits, p. 161. BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO: ob. cit. p. 248.

29. P. e. GÓMEZ SEGADE, ob. cit. p. 37. «Consignación *precautoria*», la llama SOTOMAYOR, ob. cit. p. 91.

30. Sobre la teoría general de las medidas cautelares, Vid. la obra de SERRA Y RAMOS: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

principal absorbe el de las cuestiones incidentales, de garantía o complemento, como lo es la consignación de una cantidad *sometida a litigio*. En segundo lugar, porque en la eventualidad de que la cuantía de los daños y perjuicios no pueda determinarse con exactitud, el Juez tendrá que decidir sobre *la suficiencia o ampliación (...) previo informe del Médico Forense (...)* (D.A., párrafo 2..º) y, obviamente este Forense ha de ser el que tenga en su partido los elementos a valorar; es decir, el parte médico-hospitalario, la autopsia, los posibles atestados, el propio paciente lesionado, etc.

En los supuestos, cada vez más raros, en que el accidente de circulación dé lugar a un proceso penal, la atribución de la competencia territorial sigue siendo la misma: el lugar en que se hubieren cometido los hechos (art. 14 LECRIM), por lo que también son válidas las razones que abundan en atribuir la competencia territorial de la consignación al fuero del delito o del ilícito civil (cuasidelito).

Naturalmente, cuando ya existe un proceso —civil o penal— iniciado, estas razones se añaden a las disposiciones antes citadas (arts. 9 LECRIM y 55 y 63.3 LEC) que atribuyen la competencia para el conocimiento de las cuestiones incidentales al juez del asunto principal quien, en este caso, habrá de decidir sobre el pago de los daños y perjuicios y también sobre la indemnización por mora, siendo relevantes a este efecto todas las circunstancias de la consignación, su posible extemporaneidad, insuficiencia o, en definitiva, su devolución al asegurador. También, al tratar de este tema, el legislador de la D.A. de la L.R.C.S.C.V.M. da por supuesta la identidad competencial cuando se refiere a *un proceso penal en el que se haya acordado que la suma consignada fuere devuelta a la aseguradora*. Es decir, que el Juez penal decide sobre la devolución de la consignación porque obra en su poder.

En último término, hay que tener en cuenta la posibilidad de que, efectuada la consignación en el juzgado competente según el territorio, por tratarse de una capital y existir varios juzgados, aquélla haya ido a parar a uno distinto del que conoce del juicio principal. Lo mismo puede suceder cuando, erróneamente, se haya consignado en un juzgado que no sea territorialmente competente.

En estos casos es necesario, sin embargo, que el juez que conoce del pleito principal tenga en su poder los antecedentes y autos de la consignación para poder pronunciarse sobre los intereses moratorios. A falta de previsión legislativa (p.e., la reclamación de oficio), será necesaria la iniciativa de parte (al menos en el orden jurisdiccional civil). De modo que aquel que invoque la existencia de la consignación y sus efectos liberatorios de la mora (o del pago parcial, en su caso), habrá de probarlo mediante el testimonio de los particulares correspondientes designados ya en la demanda o en la contestación (504 LEC) y solicitar la práctica de la prueba en la fase correspondiente.

2.2.2.2. Postulación y defensa

Respecto al acto de jurisdicción voluntaria de consignación realizado fuera del proceso principal, es claro que han de seguirse las normas actualmente vigentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir; no se requiere la postulación del procurador (art. 4.º.5 LEC) ni tampoco la defensa de abogado cuando se trate de actos de cuantía determinada (la consignación siempre lo es) que no excedan de cuatrocientas mil pesetas (art. 10.3 LEC).

Cuando la consignación se efectúe en el mismo proceso penal o civil habrán de seguirse las normas de postulación y defensa que rijan en el mismo.

En el supuesto del controvertido *juicio especial del automóvil* pienso que, a pesar de que la ley lo denomine *juicio verbal*[31], es un juicio especial. Desde el punto de vista del derecho sustantivo, porque trata específicamente del seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor, con temas de cierta complejidad, como la consignación, el sistema de valoración de daños, la compensación de culpas o la excepción de culpa exclusiva, etc. Desde el punto de vista procesal, porque también tiene normas especiales sobre competencia, depósito para recurrir, ejecución provisional y, en fin, admite cuantía ilimitada.

Además, la postulación técnica esta dispensada en el juicio verbal, no porque no tenga complejidad sustantiva (puede tratarse en él cualquier materia)[32] y procesal (p.e. el derecho probatorio, que es el mismo que en los demás juicios), sino sólo porque la cuantía es mínima. Por ello, en todo caso, cuando su cuantía sobrepase la del verbal ordinario, debe exigirse la postulación y defensa correspondiente a la cuantía. Tampoco desde el punto de vista doctrinal es correcto dejar en manos del Juez el velar por la defensa del que está desprovisto de letrado, puesto que es función que, involuntariamente, empaña la imparcialidad.

31. D.A. 1.ª de la L.O. 3/1989, de 21 de junio.

32. Para poner un sólo ejemplo, piénsese en la alegación de prescripción, del plazo de la misma cuando depende de la naturaleza civil o mercantil del contrato, de las posibles causas de interrupción, etc.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En fin, sociológicamente, no cabe duda de que los ciudadanos lesionados en un accidente de circulación acuden, prácticamente siempre, a la defensa técnica, especialmente cuando han de recurrir a los Tribunales para obtener la indemnización. Lo hacen a través del seguro de defensa jurídica que, si son conductores, suelen tener suscrito; o acudiendo a un abogado del turno de oficio, si tienen derecho a la justicia gratuita o, en fin, mediante abogado de su elección. Es claro, en todo caso que, cualquiera que sea la interpretación del texto legal, en estos casos, el perjudicado *necesita* esa defensa. Buena prueba de ello es que el derecho constitucional a la tutela efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, se extiende al nombramiento de abogado de oficio aun en aquellos procesos en que la ley no lo exige, *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)[33].

De ahí que la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, en su art. 1.º establece que *las disposiciones de esta ley serán de aplicación general* ***en todo tipo de procesos judiciales***, incluidos los recursos de amparo jurisdiccional, así como ***el asesoramiento previo***, contemplado en el art. 6.1. Más adelante, para el supuesto de que el ciudadano acuda sin defensor en algún proceso en que la ley no exija la defensa técnica, dispone el art. 6.3 que también en tal caso podría ser la defensa técnica *expresamente requerida por el juzgado o Tribunal, mediante auto motivado, para garantizar* ***la igualdad de las partes*** en el proceso.

Así pues, siendo clara, jurídica y sociológicamente, la posible necesidad de defensa técnica, aun en los procesos que estén dispensados de ella por las normas procesales —necesidad que se producirá en la inmensa mayoría de casos en que la otra parte goce de esta defensa— el Juez o Tribunal, velando por el derecho constitucional de defensa, habrá de requerir a la parte la asistencia de Abogado. En ese supuesto la defensa se convierte en *preceptiva*, lo mismo que cuando la cuantía excede la del verbal ordinario, y es claro que, si existe condena en costas, procederá incluir los honorarios en la tasación[34].

33. Con citas a las SSTEDH 9 octubre 1975 (Airey) y 25 abril 1983 (Pakelli). De ahí que el art.1 de la Ley 1/1966, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita establece que *las disposiciones de esta ley serán de aplicación general* **en todo tipo de procesos judiciales**, incluidos los recursos de amparo jurisdiccional, así como **el asesoramiento previo**, contemplado en el art. 6.1.

34. El supuesto es claro, pienso, en los verbales del automóvil que sobrepasen la cuantía de 80.000 ptas. Así se pronuncia la doctrina mayoritaria, p.e.: GÓMEZ DE LIAÑO, F.: *La responsabilidad en el uso de vehículos de motor: aspectos procesales, juicio verbal*, Oviedo, 1992, pp. 265 y 266 (con citas de ÁLVAREZ DE BENITO y SOTO NIETO); GARBERI LLOBREGAT: *El recurso de apelación en el juicio verbal del automóvil*, en *Revista Vasca de Derecho procesal y Arbitraje*, T. VI, mayo 1994, cuaderno 2, p. 183. BARRÓN DE BENITO: *Delimitación del ámbito de aplicación y carácter de la intervención del abogado y procurador en el juicio verbal de tráfico*, en B.I.M.J., n.º 1616 de 1991, de 5 noviembre, p. 5407 y ss. En contra, ROBLES GARZÓN, J. A.: *El juicio verbal civil del automóvil*, en *Derecho de Circulación*, ob. cit. p. 18 y ss.

2.2.2.3. Solicitud

Así llama la Ley al escrito que inicia el acto de jurisdicción voluntaria (1.817 LEC).

A) Su **contenido** puede ser más o menos complejo según los casos. Además de designar el Juzgado al que se dirige, conviene motivar la competencia territorial y el desconocimiento de la existencia de algún proceso judicial sobre el siniestro. Si existe competencia funcional por conexión, hay que presentar la solicitud ante el Juzgado que conozca del juicio principal. Deben constar los datos de identificación de las partes o interesados y los de los implicados en el siniestro y explicar con detalle los daños conocidos, que son los elementos de hecho objetivos del sistema de valoración de daños y perjuicios incorporado como «Anexo» a la L.R.C.S.C.V.M. Por tanto, habrá que específicar la clase de daños, materiales o personales, y dentro de estos, si se trata de muerte, lesiones permanentes (con o sin incapacidaddes concurrentes), incapacidades temporales (con o sin estancia hospitalaria) etc. También es conveniente indicar, a juicio del asegurador, cuál es la tabla, grupo o capítulo del anexo en que se hallen tipificados los daños en cuestión, con los elementos correctores que correspondan, la posible compensación de culpas etc., para que el juez pueda pronunciarse sobre su suficiencia. Si se trata de daños en las cosas conviene expresar, asímismo, las investigaciones y peritaciones que se hayan realizado para determinar su importe (art. 8 LCS).

En fin, si los daños a las personas tuviesen una duración superior a tres meses o, aun cuando fuese inferior, su exacto alcance (gravedad) no pudiese ser determinado en el momento de la consignación (D.A. n.º 2), con mayor motivo también habría de ponerse de relieve y razonar el fundamento del cálculo del importe consignado, para que el Juez, en virtud de lo dispuesto en el n.º 2.º de la D.A., contase con esos datos para pronunciarse sobre la suficiencia de la cantidad consignada o su necesaria ampliación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

B) El **momento** de la consignación es relevante a los efectos liberatorios de la mora del asegurador, pues ha de realizarse *en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro*[35], como dice el párrafo primero de la Disposición Adicional y el art. 20 LCS[36].

Ahora bien, este último precepto, en la nueva redacción dada por la D.A. Sexta de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, añade que: *no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o pago del importe mínimo esté fundada en causa justificada que no le fuese imputable* (art. 20.8 LCS). En el n.º 6 se dice que *el término inicial del cómputo de dichos intereses* será la fecha del siniestro, pero, *no obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro.* Y, sigue diciendo el precepto: ***respecto al tercero perjudicado o sus herederos, lo dispuesto en el párrafo primero de este número*** (la fecha del siniestro como *dies a quo* del devengo de intereses) ***quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro*** con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa. (art. 20.6, último párrafo, LCS).

Por *reclamación o ejercicio de la acción directa* ha de entenderse el día que el asegurador **conoce** la reclamación o la acción directa; p.e., en el proceso civil no es la fecha de presentación de la demanda, sino la de la citación o emplazamiento (citación de remate en el ejecutivo) y, en el penal, si no ha conocido antes la reclamación civil, el día en que se le exija la fianza como responsable civil de los hechos (615, 785, regla 8.ª LECRIM) y, en el juicio de faltas, la citación del 962 LECRIM.

Poniendo en relación el art. 20, 3. 6. y 8. LCS y el párrafo 1.º de la D.A., puede deducirse: 1) que aun cuando hayan transcurrido más de tres meses desde la producción del siniestro, el asegurador no incurrirá

35. Entendiéndose por *siniestro* el propio accidente de circulación, pues el n.º 2 de la D.A. establece una previsión para calcular el importe de los daños y de la consignación cuanto *tengan una duración superior a tres meses (...)*, lo que implica partir del día del accidente. Vid., también, GÓMEZ SEGADE, ob. cit. p. 35.

36. *(...) la indemnización de daños y perjuicios debidos por el asegurador se regirá por lo dispuesto en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, con las* **siguientes peculiaridades:** (D.A., párrafo primero, *in fine*).

en mora si paga o consigna cuando conoce la existencia del siniestro y prueba no haberlo conocido antes[37]; y 2) que aun habiendo conocido el siniestro con anterioridad, el asegurador tampoco incurre en mora si la falta de pago o consignación es debida a una *causa justificada que no le es imputable*[38] (cuando, p.e., en el parte de siniestro se hace constar, erróneamente, que no se produjeron daños materiales ni personales)[39].

Por el contrario, cuando habiendo conocido en accidente y la existencia de daños o lesiones no se produce la consignación o el pago en el plazo señalado en la D.A. sin que exista causa justificada no imputabe al asegurador, la mora despliega todos sus efectos.

Se han producido algunas resoluciones contradictorias en supuestos en los que el asegurador había consignado con retraso sin alegar ni probar justa causa[40]. A veces, interpretando literalmente la ley, la consignación tardía no era tenida en cuenta y se condenaba a la indemnización del interés anual del 20% desde la fecha del siniestro hasta el día del pago, sin interrupción; otras, con una interpretación más favorable al asegurador y habida cuenta la posibilidad de que el perjudicado, si quiere, obtenga el importe consignado[41], producía sus efectos la consignación tardía, *interrumpiendo el devengo de intereses moratorios.* Con el nuevo texto del art. 20 LCS y con la expresa mención de los supuestos de exención de la indemnización por mora (n.º 8) o de un *dies a quo* posterior (n.º 6) por causas justificadas, tipificadas en la ley, parece que disminuye la inseguridad en este punto, pues el *retraso injustificado* en la consignación (después de tres meses de la producción del siniestro o del conocimiento del mismo por el asegurador y sin causa justificada no imputable que excuse la mora) no puede eximir al asegurador de la indemnización por mora, al menos, hasta la fecha de la consignación[42]. En los casos en que la consignación tardía esté justificada por causa no imputa-

37. La prueba del «desconocimiento», hecho negativo, es una *diabolica probatio*, que nunca puede aportar la plenitud de la convicción.

38. El art. 20.8. LCS, dice: *No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.*

39. Vid, también, GÓMEZ SEGADE, ob. cit. p. 30.

40. Vid. GÓMEZ SEGADE: ob. cit., p. 27 y nota (21).

41. También en base al texto de la derogada D.A. 3.ª de la L.O. 3/1989, podía el perjudicado pedir la inmediata entrega del importe consignado, sin perjuicio de proseguir la vía jurisdiccional por mayor cantidad.

42. Vid, sin embargo, en contra, DURO entiende que la consignación tardía no interrumpe los intereses moratorios: ob. cit. p. 3308.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ble al asegurador (art. 20.6 y 8 LCS), producirá, desde luego, el efecto de liberación total de los intereses moratorios.

C) A la solicitud se acompañará, naturalmente, el **resguardo** de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado, el importe de la consignación, señalando (en el ingreso y en el escrito) el número y datos del proceso si se consigna durante la pendencia de éste.

La cantidad consignada, una vez declarada suficiente, habría de ser ofrecida judicialmente al perjudicado para que pueda hacer uso de su derecho al cobro de la misma, aun en concepto de parcial, o a cuenta del total reclamado o a reclamar.

Esta necesaria declaración previa de suficiencia, especialmente cuando los daños corporales excedan de los tres meses o su cuantificación exacta no sea posible, impide el *ofrecimiento previo* a la consignación de la cantidad estimada por el propio asegurador que regula el Código Civil (arts. 1.177 y 1.178).

El ofrecimiento judicial supone, naturalmente, el derecho del perjudicado a percibir la cantidad ofrecida. De ahí que el asegurador, cuando quiera esgrimir la excepción de culpa exclusiva, lo natural es que no consigne pues, de hacerlo, el pago sería irreversible y, además, implicaría el reconocimiento de su responsabilidad. Asímismo, en los supuestos en que pretenda alegar la *compensación de culpas* (art. 1 de la L.R.C.S.C.V.M.) habrá de tenerlo en cuenta ya en el momento de consignar, ofreciendo una cantidad menor que la correspondiente según el Sistema de Valoración de Daños y justificando adecuadamente la deducción.

2.2.2.4. Audiencia a los demás interesados

Dice el art. 1.813 LEC que *si el que promoviere el acto pidiere que se oiga alguna otra persona, o lo solicitare el que tenga interés legítimo en él,* ***o el juez lo estimare conveniente,*** *se otorgará la audiencia, poniendo de manifiesto los autos en la Escribanía por un breve término, que fijará el juez según las circunstancias del caso*[43].

En los supuestos en que la consignación se produzca dentro del proceso principal, es claro que del escrito del consignante se dará traslado a las demás partes y, en el proceso penal, aunque aun no sea parte, al perjudicado, lo mismo que si se consigna antes de iniciarse el proceso civil o penal, pues *el perjudicado es siempre parte interesada y la consignación* (su cuantía y momento) *le afecta especialmente,* por lo que es obligado pensar que el Juez, en base al art. 1.813 LEC, habrá de darle siempre audiencia.

Las partes o interesados podrán intervenir, desde luego, y presentar las alegaciones que estimen convenientes[44], especialmente sobre la oportunidad de la consignación, la duración y el alcance de los daños, así como la valoración económica de los mismos según el Anexo. También podrán aportar *documentos y justificaciones* e intervenir en las diligencias que se acuerde practicar para determinar, en su caso, el *quantum* de la consignacion o cualquier otro extremo.

2.2.2.5. Documentos y justificaciones

Dice el art. 1.816 LEC que *se admitirán, sin necesidad de solicitud ni otra solemnidad alguna, los documentos y justificaciones que se ofrecieren.* Cabe, por tanto, acompañar a la demanda o a las alegaciones los documentos que justifiquen los elementos de hecho a tener en cuenta para determinar la corrección del importe o del momento de la consignación y también, señalar el lugar, archivo o protocolo en donde se hallen tales documentos, pidiendo al órgano jurisdiccional que reclame un testimonio cuando la parte no pudiera obtenerlo.

Dentro del término *justificaciones* se comprende cualquier tipo de diligencia que, en un proceso contencioso, constituiría un medio de prueba; puede pedirse declaración de testigos o del propio perjudicado, pericias, inspecciones oculares, etc., aunque sin la formalidad (1.816 LEC) de las normas probatorias generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a los procesos del Libro II.

A las demás partes en el procedimiento se les notificará, desde luego, la práctica de las diligencias para que puedan intervenir en ellas en respeto al derecho de audiencia y defensa que rige en todo proceso.

2.2.2.6. Resolución

En la consignación sustitutoria del pago, cuando el deudor lo pide, el Juez ha de pronunciarse sobre la cancelación de la obligación (1.180

43. Añade el art. 1.814: *En los casos en que la audiencia proceda podrá oirse también, en la forma prevenida en el artículo anterior, al que haya promovido el expediente.* Y el 1.815: *Se oirá, precisamente, al Ministerio Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la autoridad. El Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente.*

44. En el mismo sentido, DURO: ob. cit. p. 3308.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

CC). Sin embargo, cuando existe oposición, esta materia puede ser revisada en la sentencia definitiva que se dicte en la jurisdicción contenciosa (art. 1.817 LEC)[45].

En la consignación liberatoria de la mora del asegurador existe, también, cierta provisionalidad en la declaración judicial sobre la corrección y efectos liberatorios de la cuantía consignada que, asimismo, puede ser de nuevo discutida en el proceso contencioso, pendiente o subsiguiente; de modo que aun cuando se haya declarado cuantitativamente suficiente e incluso la haya percibido el acreedor con reserva de sus acciones para reclamar mayor cantidad, ello no asegura, no sólo la invariabilidad de la suma consignada (revisable en juicio contencioso), sino que incluso puede revisarse, excepcionalmente, el efecto liberatorio de la mora. Es posible que, habiendo alegado el perjudicado la incorrección de la consignación, con las pruebas practicadas en el proceso contencioso se llegue, excepcionalmente, a la conclusión de que la consignación se efectuó fuera del plazo liberatorio y no produce los efectos pretendidos o que el asegurador actuó de mala fe, ocultando datos, y la consignación no fue correcta, a pesar de la declaración judicial primera en un acto de jurisdicción voluntaria.

Cuando los daños a las personas hayan tenido una duración igual o inferior a tres meses y su exacto alcance puede ser determinado en la consignación (D.A. n.º 2, *a contrario sensu)*, el legislador no parece exigir, a primera vista, que el Juez haya de pronunciarse sobre su suficiencia. Basta consignar de acuerdo con el Anexo sobre el sistema de valoración de daños. Ahora bien, si a pesar de las manifestaciones de la aseguradora al consignar resulta, previa audiencia del perjudicado, que los daños son superiores a tres meses o su alcance no aparece aun claramente determinado, el Juez debería pronunciarse también sobre su suficiencia o ampliación.

Asimismo, en los supuestos de daños inferiores a tres meses o de clara determinación de su alcance, puede suceder que la consignación no se haya realizado según la cuantía que, para cada concepto, determina el Anexo de Valoración de Daños. En tal caso también el Juez, en su resolución, debería ponerlo de manifiesto para que se ampliara en la cuantía necesaria. Y ello porque, primero, es derecho del perjudicado percibir la cantidad que corresponda según el Sistema de Valoración de Daños y, en segundo lugar, porque de no hacerlo así supondría, o bien optar por

45. 1.817 LEC. Vid, también, CANO MATA: ob. cit. p. 770; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO: ob. cit. p. 252; DE DIEGO LORA: ob. cit. p. a 34.

sancionar en la sentencia a la aseguradora con los intereses moratorios, a pesar de la consignación y sin haberle advertido de la incorrección de la misma, o bien, dando la consignación por buena, aun siendo incorrecta, propiciar la picaresca en el cálculo de la cuantía y la incorrecta aplicación del Anexo.

Ello nos lleva a la conclusión que en la resolución que cierra el acto de la consignación, el Juez debería **pronunciarse siempre** sobre su suficiencia, con independencia de que, en la sentencia, se condenara a la suma que resultara de las pruebas practicadas, con libertad de criterio.

Con mayor razón, cuando se solicite la ampliación por el perjudicado[46], o los daños corporales tengan una duración superior a tres meses o, en fin, su exacto alcance no pueda ser determinado (D.A. 2.ª), el Juez habrá de pronunciarse siempre sobre la *suficiencia o ampliación* solicitada (D.A. n.º 2) y sin perjuicio de lo que se resuelva en sentencia definitiva. En Juez podrá ordenar un *previo informe del médico forense si fuera pertinente, atendiendo a la cuantía aproximada que pudiera corresponder y con arreglo a los criterios y límites indemnizatorios fijados en el Anexo de la presente Ley* (D.A. 2.ª). No señala la norma el plazo en el que el asegurador habrá de ampliar la consignación, por lo que tendrá que establecerlo prudentemente el juez en su resolución, salvo que aun no haya vencido el plazo de tres meses.

2.2.2.7. Irrecurribilidad del auto

Contra esta resolución, no cabrá recurso alguno, termina diciendo el párrafo 2.º de la D.A.

La resolución tendrá que ser un *auto*[47], pues cuando se consigna dentro del proceso no se trata, simplemente, de la *ordenación material del mismo* (art. 241.1.a. LOPJ), sino de un acto de jurisdicción voluntaria que es incidental (245.1.b.LOPJ y 369 LEC) de la sentencia que en su día se dicte, y cuando se consigna independientemente o antes del proceso, la resolución que pone fin al acto de jurisdicción voluntaria y que, en tal sentido, es definitiva, tiene que ser, también, un *auto* (art. 1.818.II LEC). En cualquier caso, este mismo artículo 1.818 de la LEC excluye la posibilidad de modificar de oficio este tipo de resoluciones fi-

46. Incluso si, *por el silencio del acreedor hubiere la autoridad judicial de declarar si está bien hecha o no la consignación, se habrá de abordar (...) un cierto juicio de valor respecto de la existencia de una cuantificación del daño (...).* MEDINA: *El recargo (...)*, ob. cit. p. 137.

47. En el mismo sentido, DURO: ob. cit. p. 3308 y GÓMEZ SEGADE: ob. cit. p. 36.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nales o definitivas, incluso cuando se dictan en actos de jurisdicción voluntaria.

Pues bien; el *auto* que declara la suficiencia o la necesaria ampliación de la consignación, no es recurrible por expreso mandato de la Ley. Ello no impide, claro está, que pueda declararse la *nulidad*, antes de sentencia definitiva, en base a los arts. 238 y 240 LOPJ o que pueda pedirse o darse de oficio *aclaración* del mismo (267 LOPJ). Tampoco significa que lo resuelto tenga fuerza de cosa juzgada material, pues aparte de que en el proceso contencioso puede condenarse a más o a menos de lo fijado en el auto de consignación o no atribuirle efectos liberatorios, también, antes de sentencia, puede dejarse sin efecto la consignación en los casos en que proceda, incluida la solicitud del asegurador.

No parece, en cambio, modificable el auto por posibles agravaciones de las secuelas, aun cuando medie previa solicitud del perjudicado, fundamentalmente porque la ley no lo autoriza y porque, además, la consignación no tiene función aseguratoria o cautelar del cumplimiento de la sentencia, sino sólo liberatoria de la mora e, indirectamente, incentivadora de la transacción. Proponer a la solución contraria significaría una constante cascada de peticiones del perjudicado a medida que transcurriera el tiempo y no hubiese obtenido todavía el alta, la curación sin secuelas o, en fin, la fijación definitiva de los efectos invalidantes de las mismas. *La Ley, claramente, circunscribe la posibilidad ampliatoria de la consignación al momento de realizarse la misma* (D.A. 2.º) y ésta parece la única ampliación con naturaleza de consignación liberatoria[48], dejando de lado el posible *depósito* ampliatorio de la cantidad ya consignada a los efectos del recurso de apelación (D.A. 1.ª.4. L.O. 3/1989).

2.2.3. Devolución y posible nueva consignación

2.2.3.1. Devolución por simple solicitud del consignante

En primer lugar, ha de contemplarse la viabilidad de la devolución de la cantidad consignada por simple solicitud del asegurador y con independencia de la existencia o no de un proceso pendiente siempre, claro está, que no haya recaído sentencia condenatoria para el asegurador.

La ley guarda silencio sobre este extremo, pero teniendo en cuenta la función de esta consignación y la solución dada al tema en la consignación liberatoria del pago por el Código Civil, antes de la aceptación

48. También para GÓMEZ SEGADE: ob. cit. p. 37.

del acreedor o de la declaración judicial de dar por extinguida la obligación (1.181 CC), pienso que no debe ofrecer dudas la procedencia de la devolución a petición del asegurador.

La consignación es *voluntaria*. Sus únicos efectos son los de *liberar del recargo por mora* al asegurador, a cambio de *facilitar*, al menos parcialmente, el cobro al acreedor. No puede decirse lo mismo de las consignaciones procesales con función cautelar. No sería admisible devolver la consignación liberatoria de la mora si fuese, p.e., embargada preventivamente la cantidad o si se hubiese dictado sentencia condenatoria. Tampoco la consignación civil sustitutoria del pago puede ser devuelta una vez aceptada por el acreedor o después de la declaración judicial de que está bien hecha (ambos momentos equivalen a la extinción de la obligación) salvo, naturalmente, si el acreedor acepta que se retire libremente (1.181 CC), pero *sí puede retirarse con anterioridad a esos dos momentos, pues la cantidad consignada sigue perteneciendo al deudor y su recuperación deja las cosas como estaban*[49].

Es claro que tampoco podrá retirar el asegurador la consignación una vez dictada sentencia condenatoria, pero sí puede hacerlo antes (tanto si acredita una transacción extrajudicial, como si no) pues lo único que sucede es, también en este caso, que quedan las cosas como estaban antes de la consignación, es decir, sin que el asegurador quede eximido del correspondiente recargo por mora en el supuesto de haber ya transcurrido el plazo de los tres meses.

Naturalmente, pueden existir motivos justificados, fáctica o jurídicamente, que expliquen la retirada de la consignación; el error sobre el siniestro en que se consigna, o sobre el vehículo asegurado, o sobre la propia existencia o vigencia del seguro; la transacción extrajudicial, etc. Pero pienso que, aun sin justificación alguna, ha de serle devuelta la consignación al asegurador que lo solicita si no ha recaído aún sentencia condenatoria. Dictada esta sentencia, aunque sea en primera instancia, la consignación no es ya reversible (al menos, hasta el importe de la condena), pues habrá de servir, en todo o en parte, como pago al perjudica-

49. En efecto, la consignación en pago puede retirarse, no sólo si el *acreedor lo autoriza* (1.181 CC) después de haber sido aceptada o declarada bien hecha por el Juez (en cuyo supuesto extingue igualmente la obligación), sino que que el Código (1.180 II CC) y la doctrina autorizan su *retirada discrecional e incondicional* antes de la aceptación o de la declaración judicial equivalente: *Mientras la consignación no sea aceptada por el acreedor o por el Juez, la obligación subsiste como antes y el acreedor no ha adquirido ningún derecho sobre los bienes depositados. Estos siguen siendo del deudor. Lógico es que éste pueda retirarlos en cualquier momento, dejando las cosas como estaban (art. 1.180, p.º 2.º).* BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO: ob. cit. p. 253.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

do, o habrá de quedar en depósito para el recurso de apelación, y éste tiene una función distinta y autónoma a la de la consignación; facilitar la inmediata *ejecución provisional* de la sentencia o, subsidiariamente, *el pago inmediato* en caso de confirmación aunque, indirectamente, también desincentive las apelaciones injustificadas.

Antes de acordar la devolución, siguiendo el mismo procedimiento que para efectuarla y respetando el derecho de audiencia de las partes o interesados, habrá de darseles traslado de la solicitud y audiencia y, en tal caso, si la retirada obedeciera a una situación de insolvencia de la aseguradora, el perjudicado podría pedir y obtener el embargo preventivo de la suma consignada.

2.2.3.2. Devolución por no aceptar el acreedor el cobro

Si los perjudicados ven con claridad que el cobro de la cantidad consignada y ofrecida no implica la renuncia a reclamar mayor suma en vía contenciosa (a cuyo fin quizás sería necesario informarles de ello en el ofrecimiento), no habría, pienso, muchos casos de negativa al cobro. Si, por el contrario, tienen la creencia de que el cobro supone la renuncia, lo probable es la no aceptación y, en ese caso, no creo que proceda devolver, de oficio, la cantidad consignada. En primer lugar, porque la Ley no parece autorizarlo cuando en el n.º 3 de la D.A. se refiere expresamente a los supuestos de devolución de oficio. En segundo lugar, porque a cambio del efecto liberatorio de la mora (que se mantiene a pesar de la no aceptación del pago) la suma consignada cumple la función de permitir aun su percepción por el perjudicado si cambia de criterio y, además, ha de facilitar en su día la inmediata ejecución de la sentencia.

En todo caso sería útil que, en el traslado al perjudicado del ofrecimiento de la suma consignada para que manifieste lo que estime oportuno al respecto (trámite de audiencia) se le informara de que el cobro puede ser a cuenta, reservándose los derechos a reclamar mayor cantidad y de que, en caso de no aceptación, podrá ser retirada la suma consignada por el asegurador, si lo solicita.

2.2.3.3. Devolución por inexistencia de pronunciamiento jurisdiccional sobre la responsabilidad civil

En el n.º 3 de la D.A. se prevé la devolución de la consignación *cuando se ponga fin, provisional o definitivamente, a un proceso penal* por sentencia absolutoria u otra resolución judicial. En tal caso, quedando sin resolver la responsabilidad civil, se mantiene la *carga* de *consignar de nuevo* para evitar la mora en el caso en que, según los términos de la D.A. 3.º, *se inicie un juicio ejecutivo o verbal*. En este supuesto, prosigue la D.A. *se impondrá el interés anual a que se refiere el artículo 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro, salvo que nuevamente fuere consignada la indemnización al atender al requerimiento de pago a que se refiere el artículo 1442 o al inicio de la comparecencia prevista en el artículo 730, respectivamente, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Existen lagunas en la norma a las que el intérprete habrá de dar solución.

Así, por ejemplo, cuando se produce el desistimiento en el proceso civil por un posible defecto procesal o se dicta en él, por igual causa, una sentencia absolutoria de la instancia, no mandándolo la norma, no sería adecuado devolver, de oficio, la consignación al asegurador, pues el proceso judicial de reclamación no está definitivamente terminado y es posible que, corregido el defecto, se interponga nueva demanda. Sí procede, en cambio devolverle la consignación si lo solicita expresamente, pues entonces la retirada es imputable al asegurador y produce los efectos expuestos anteriormente.

En el caso de la resolución que, provisionalmente, pone fin al proceso penal, es decir, el *sobreseimiento provisional* al que alude la norma, no parace lógico, en cambio, que se considere subsistente la carga del asegurador sólo en el supuesto de proseguirse la acción civil mediante el juicio verbal o ejecutivo; ¿y si el sobreseimiento se dictó al amparo del n.º 2 del art. 614 LECRIM o de la regla 1.ª del 785.5 LECRIM (por no haber autor conocido) y éste aparece, continuando entonces el proceso penal? ¿No había de haberse previsto para este caso una nueva consignación del asegurador? Sin embargo, no obstante la analogía entre los dos supuestos comentados, en éste la imprevisión del legislador no autoriza a extender la carga de la nueva consignación a casos no expresamente previstos en la norma. Más sencillo hubiese sido redactarla en términos generales; establecer la carga de una nueva consignación en los casos en que, devuelta por haberse interrumpido el ejercicio de la acción civil o el curso del proceso penal sin haberse reservado ni renunciado, fuese aquél reanudado, ya por la vía civil, ya por la penal.

El tratamiento de la nueva consignación, en los casos previstos por la norma, habrá de ser el mismo que el de la primera consignación. Las partes o interesados —en especial el perjudicado— tendrán oportunidad de alegar lo que estimen oportuno y el Juez habrá de declararla bien he-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cha o pedir su ampliación, de acuerdo con el estado patológico de la víctima en este momento.

2.2.4. Ofrecimiento y aceptación de la consignación por el perjudicado

Una vez dictada la resolución sobre la corrección o insuficiencia de la cantidad consignada y, transcurrido en su caso el plazo de ampliarla, tal cantidad (ampliada o no) debería ser **ofrecida judicialmente al perjudicado**. Aunque la Ley no lo diga expresamente, el ofrecimiento judicial es necesario para dar cumplimiento al principio de audiencia y a la tutela efectiva del perjudicado. Incluso cuando la consignación es tardía o cuantitativamente incorrecta, pienso que también ha de ofrecerse al perjudicado, pues éste tiene derecho a percibir, aunque sea a cuenta de su reclamación, la suma consignada, sin perjuicio de los intereses moratorios que procedan por el resto no consignado o por la tardanza.

Es claro que la aceptación del perjudicado cancelará la obligación en los términos y con el alcance en que se haya manifestado aquél. Ello plantea algunos problemas de derecho sustantivo que aquí sólo podemos esbozar:

La mera aceptación, sin otra manifestación ¿implica un finiquito; una *renuncia* a mayor cantidad por el mismo siniestro? Téngase presente que no ha de descartarse una posible recaída por el trauma recibido y la aparición de secuelas inexistentes en el momento de la aceptación. No parece posible, por tanto, interpretar la aceptación como renuncia a posibles nuevas reclamaciones por la aparición de nuevas secuelas, salvo si así se manifiesta expresamente por el perjudicado.

Es más, la aceptación no excluye tampoco que el acreedor se reserve el derecho a reclamar mayor suma por las mismas lesiones y secuelas contempladas ya en la resolución judicial declarando suficiente la consignación. Desde el punto de vista procesal, como ya se dijo, nada impide reclamar, en via contenciosa, el importe justo, pues el auto que declara suficiente la consignación no tiene fuerza de cosa juzgada material. Pero en tal caso será preciso que, en el juicio correspondiente, aparezcan elementos nuevos que no pudieron tenerse en cuenta al dictar aquel auto.

Desde el punto de vista del derecho sustantivo, en cambio, pienso que es necesario que el perjudicado que acepta la consignación manifieste, en su caso, si es *a cuenta* de mayor cantidad o como *pago parcial*, con reserva de las acciones correspondientes.

La posibilidad de aceptar el pago, a cuenta de mayor cantidad, resulta, no sólo la naturaleza misma de la obligación, en principio ilíquida

(al menos en los supuestos del n.º 2.º de la D.A.) y siempre de difícil determinación cuantitativa fuera de un proceso jurisdiccional (salvo, naturalmente, mediante acuerdo), sino también del tenor del **art. 1.169 CC**[50] **y la posición tomada en algún caso por la doctrina y la jurisprudencia**, así como la práctica judicial, ya antes de la reforma que comentamos[51], pues no se trata de *compeler* al acreedor, sino sólo de permitirle *usar de una facultad que le otorga el ordenamiento jurídico*, la de percibir determinada suma como cobro parcial. En efecto, el art. 1.169 CC protege el derecho a la *indivisibilidad del cumplimiento* que impide el fraccionamiento temporal, *salvo en la medida en que el mismo esté previsto en la obligación o si, claro está, el acreedor accede al mismo*[52]. Pues bien; o se considera que la iliquidez de la obligación impide la consignación y, por tanto, la condena de intereses moratorios o se arbitra, como se ha hecho con la indemnización de daños y perjuicios en accidentes de la circulación, un expediente de *liquidación provisional*, precisamente a los fines de eximir al asegurador de intereses moratorios si consigna. Liquidación provisional que, forzosamente, ha de permitir el cobro al perjudicado, aun cuando, al ser *provisional*, el cobro ha de ser a cuenta de la cantidad que, en definitiva, resulte en la sentencia. De ahí que el *fraccionamiento temporal del pago esté previsto en la misma obligación* por expreso precepto legal, al permitirse la liquidación y, obviamente, el *pago «provisional»* en la D.A. que comentamos.

La consignación de la L.R.C.S.C.V.M., como ya se expuso antes, **no es, por tanto, sustitutoria del pago total**, al contemplarse expresamente la indeterminación y la iliquidez de la obligación que necesita una

50. *A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación. Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda.* (1.169 CC).

51. *Declarada bien hecha la consignación o deducida oposición frente a la misma,* ***puede el acreedor aceptar la cantidad consignada, con la reserva de hacerlo en concepto de pago parcial y a cuenta de la totalidad de la cantidad reclamada****. Así lo declaró la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 28 de enero de 1969. Pero téngase en cuenta que se trata de una facultad de que puede hacer uso el acreedor, sin que se le pueda forzar a ello, pues el artículo 1.169 del CC. dispone (...)* MEDINA: *El recargo (...)*, ob. cit. p. 134 y 135. También ALBALADEJO entiende que, entre las excepciones a la necesidad de pagar la cantidad exacta de la prestación debida, está *«cuando lo autorice la fuente de la obligación* ***o la ley****»*, como es el caso que nos ocupa (*Derecho Civil*, ob. cit. T. II, vol, 1.º, p. 124).

52. BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO: *Comentarios (...)*, ob. y T. cits. p. 123.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

aproximada estimación provisional por el Juez (D.A. 2.ª) y por ello, nada impide esta reserva de derechos al cobrar la cantidad consignada.

En todo caso, la aceptación produce, si no lo hubiera hecho ya la resolución judicial, el efecto de liberar de intereses moratorios al asegurador.

2.2.5. Efectos

La consignación efectuada dentro del plazo previsto en la ley y en la cuantía adecuada al sistema de valoración de daños o, en los supuestos de indeterminación (D.A. n.º 2), en la que señale el Juez, es totalmente liberatoria de la mora, dure lo que dure el pleito. En otro caso, no. Sólo puede serlo *parcialmente,* en cuanto que sólo puede exonerar a partir de la fecha en que se realizó la consignación tardía y por la cuantía de la misma si ésta no es aceptada como suficiente por la resolución judicial. Es decir; sólo es liberatoria en cuanto, por tratarse de una consignación *en pago*, puede el acreedor recibirla a cuenta, aun cuando su cuantía sea inferior a la legal y se haya producido la consignación después de los tres meses desde el accidente.

Una cierta corriente interpretativa de la derogada D.A. 3.ª de la L.O. 3/1989 entendía, como se comentaba antes,[53] que el *dies ad quem* de los intereses moratorios era el de la consignación, aunque ésta hubiese sido extemporánea. En efecto, como la consignación tiene por finalidad el pago y éste está a disposición del perjudicado, la consignación no carece, en ningún caso, de efectos liberatorios, en mayor o menor extensión, según sean las circunstancias de tiempo y cuantía en que la misma se efectúe. El mismo efecto produce el depósito previo a la apelación, pues también en este caso puede el perjudicado obtener su importe, su «pago» mediante la ejecución provisional[54].

3. *El depósito adicional a efectos de apelación*

La D.A. 1.ª de la L.O. 3/1989, de 21 de junio introdujo, en el juicio especial del automóvil, un presupuesto de admisibilidad del recurso de apelación que no existe en los juicios ordinarios[55]. En efecto, dice

53. Vid. pp. 18 y 19.
54. Vid. MEDINA: *El recargo (...)*, ob. cit. p. 230.
55. Sí, en cambio, en los recursos de suplicación y casación en materia laboral.

que *para interponer el recurso de apelación contra la resolución que ponga fin a los procesos a que se refiere la presente disposición, el condenado al pago de la indemnización, deberá acreditar haber constituido* ***depósito*** *en establecimiento destinado al efecto del importe de la condena que se le hubiere impuesto, incrementado con los intereses y recargos exigibles.*

Cuando la consignación liberatoria efectuada con anterioridad no alcance la suma necesaria fijada en la sentencia condenatoria, el asegurador habrá de *depositar* la cantidad que falte para que se admita el recurso de apelación. Si, por el contrario, no hubiese consignado antes, habría de depositar el total importe de la sentencia más los intereses y recargos. Este *depósito* permite al perjudicado solicitar la ejecución provisional de la sentencia, según la doctrina general[56] e incluso la ejecución ordinaria cuando él mismo apele, según la Disposición Adicional 2.ª, n.º 2 de la L.O. 3/ 1989[57]. Es natural, por tanto, que el depósito del asegurador tenga los efectos liberatorios de la mora a partir de su constitución, si antes no los hubiera producido la consignación.

4. *La consignación y el art. 921 LEC*

Dice la regla 10.ª del art. 20 LCS que *en la determinación de la mora del asegurador no será de aplicación lo dispuesto en el art. 1108 del Código Civil, ni lo preceptuado en el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo las previsiones contenidas en este último precepto para la revocación total o parcial de la sentencia.*

Se ordena, en concreto, la no aplicación de la primera parte del 921.4 LEC: *cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará a favor del acreedor desde que aquélla fuese dictada en primera instancia hasta que sea totalmente ejecutada, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos (...) salvo que interpuesto recurso, la resolución fuese totalmente revocada.*

56. Vid., sobre la función satisfactiva y la legitimación del apelante para pedir la ejecución provisional CABALLOL ANGELATS, L.: *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, 1993, pp. 80, 228 y ss.
57. *El perjudicado podrá obtener la ejecución de la sentencia de primera instancia cuando fuese el mismo quien hubiere interpuesto el recurso de apelación* (D.A. 2.ª.2. L.O. 3/1989.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En consecuencia, pueden darse los siguientes supuestos:

A) Que la sentencia no condene a intereses moratorios por haberse consignado correctamente y en tiempo oportuno. Entonces, el art. 921.4 LEC despliega sus efectos ordinarios; es decir, se imponen los intereses procesales desde la sentencia hasta el pago o consignación, aunque ésta sea con el fin de apelar la sentencia, por las razones explicadas antes.

B) Que la sentencia condene a los intereses moratorios del art. 20.4 LCS., por no haberse consignado. En tal caso, el art. 921.4 LEC no entra en juego y se impondrán sólo los intereses moratorios, salvo que se consigne a efectos de recurrir, en cuyo caso y momento entrará en aplicación el 921.4 LEC y cesará la aplicación del 20.4 LCS.

Si la condena a los intereses moratorios es sólo parcial por haberse producido la consignación en algún momento más allá de los tres meses desde la producción del siniestro, la fecha de la consignación será el último día del cómputo de los moratorios y los intereses procesales del 921.4 LEC se aplicarán, como de ordinario, desde la sentencia.

En conclusión, se resuelve en esta regla que la imposición de intereses moratorios absorbe o excluye la de los procesales del 921.4[58].

5. *La imposición de oficio de los intereses moratorios del art. 20 LCS*

La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial (...), empieza diciendo la regla 4.ª del art. 20 LCS. Con ello parace zanjada la inseguridad reinante anteriormente en este punto. La imposición de oficio implica, según cierta doctrina, atribuir naturaleza *sancionadora* a los intereses. De hecho, creo que, como se dijo más arriba, se trata más bien de una función *disuasoria* del proceso e incentivadora de la transacción. Y ello sólo parcialmente, es decir, en la cuantía en que los intereses excedan de los ordinarios de demora (que quedan absorbidos). Por ello, los intereses moratorios son de naturaleza *mixta*, o sea; son parcialmente *reparatorios de la mora y en parte incentivadores de la transacción.*

Por otra parte, decir que *la indemnización por mora se impondrá de oficio* equivale a decir que *la mora se declarará de oficio* y, desde el punto de vista procesal, esta declaración de oficio podrían incidir en el derecho de defensa y audiencia del asegurador, pues existen casos justificados, como vimos más arriba, en que un retraso en la consignación o

58. Vid., también, PÉREZ YUSTE, ob. cit. p. 134 y GÓMEZ SEGADE: ob. cit. p. 29.

una consignación en cuantía inferior a la que resulte de la sentencia condenatoria no son, necesariamente, supuestos que merezcan la imposición de la indemnización por mora. Por ello, la norma obliga en todos estos casos, a que el asegurador, con independencia de lo alegado y pedido en la demanda, formule en su contestación las correspondientes alegaciones y proponga las pruebas pertinentes para, habiendo causa justificada, evitar los intereses por mora que, en todo caso, podrá imponer de oficio el Juez.

6. *Conclusión crítica*

Es posible que el art. 20 LCS y la D.A. de la L.R.C.S.C.V.M. consigan *disuadir* a las aseguradoras de dilatar el pago de las indemnizaciones a las víctimas de los accidentes de tráfico aunque, naturalmente, aun habiendo consignado, no se evitará el litigio cuando la pretensión del perjudicado sea excesiva[59], improcedente, o la consignación resulte insuficiente, a pesar de la declaración judicial.

Será especialmente difícil llegar a aceptar la consignación como suficiente para el total resarcimiento de daños y perjuicios cuando las consecuencias del siniestro no puedan conocerse con exactitud antes de los tres meses, lo cual no es nada infrecuente, p. e. en los traumatismos cráneo-encefálicos. En estos y muchos otros casos, sólo será posible aceptar el pago de lo consignado *a cuenta* de la cantidad que en su día proceda reclamar a la vista de las secuelas definitivas.

Quizá hubiese sido más oportuno ampliar el ámbito de aplicación de la **pensión provisional** prevista ya en la Ley del Automóvil de 1962.

Actualmente, si no hay un proceso penal, en curso[60] o terminado con el auto ejecutivo a que se refiere el art. 10 del D. 632/1968, de 21 de marzo[61] o, en fin, no se ha intentado el engorroso procedimiento para obtener el título ejecutivo en las diligencias preparatorias previstas en el

59. La distinta manera de valorar las secuelas, los factores correctores o de calcular los puntos (entre el mínimo y el máximo) puede seguir siendo un motivo de discrepancia y, por ende, de litigiosidad; especialmente por la difícil unificación jurisprudencial (la materia no accede a la casación).

60. Art. 785, regla 8.ª, apartado d) LECRIM y art. 6 III L.R.C.S.C.V.M.

61. Por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre. Su art. 10 estableció, imperativamente, el auto ejecutivo posterior al proceso penal terminado por sentencia absolutoria *u otra resolución que le ponga fin, principal o definitivamente, sin declaración de culpabilidad, si el perjudicado no hubiere renunciado a la acción civil ni se la hubiere reservado para ejercitarla separadamente.*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

art. 15 II del mismo texto legal[62] y, si con el auto ejecutivo no se ha presentado demanda, *no puede pedirse la pensión provisional*[63] y ello, precisamente, mientras dura la incapacidad para el trabajo y disminuyen los ingresos. Y es más de lamentar cuanto que el hecho de haberse producido una consignación supone claramente un *fumus boni iuris* de la aceptación de la responsabilidad por la aseguradora, con independencia de la posible discrepancia sobre la cuantía final de los daños.

La *pensión provisional* no es más que una *medida provisional*; tiene la misma finalidad que las pensiones alimenticias de las medidas provisionales en los procesos matrimoniales; solucionar o paliar la carencia económica mientras se tramita el proceso principal y se decide en definitiva. Forman parte de un género amplio, la tutela provisional, del que una especie determinada son las medidas cautelares[64], pero que en este caso, más que asegurar, satisfacen anticipadamente[65] y se encuentran reguladas, con carácter general para toda clase de procesos, en los ordenamientos vecinos[66].

62. Se trata del título ejecutivo que se obtiene mediante el dictamen fundado de los peritos, a traves de unas «diligencias preparatorias» a que aluden los arts. 11 y ss y *que no se ha llegado a utilizar en la práctica debido a su excesiva complicación. Procedimiento establecido en los arts. 47 y ss. de la Ley de 24 de diciembre 1962, que no tuvo eco entre los perjudicados por su complicada gestación* (MORENO CANO: *Seguro de responsabilidad civil de la circulación. Seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor de suscripción obligatoria. Título ejecutivo. Fondo Nacional de Garantía y Consorcio de Compensación de Seguros. —Proyecto de Ley sobre supervisión de los seguros privados,* en *Derecho de la Circulación*, Cuadernos del C.G.P.J., ob. cit. p. 255.

63. En efecto; *la pensión provisional está limitada a los casos anteriores:* proceso penal en curso (art. 785, regla 8.ª, d. LECRIM) o demanda ejecutiva (con alguno de los títulos ejecutivos expresados). El art. 52 de la L. de 24 diciembre 1962 (art. 17 II del T.R.) permite que en el juicio ejecutivo *el Juez de Primera Instancia, si no estuviese acordada con anterioridad, podrá fijar la pensión provisional a que se refiere el apartado d.) de la regla 8.ª del art. 785 de la LECRIM.*

64. Vid. RAMOS MÉNDEZ: *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Rev. *Justicia 85*, n.º 1, pp. 75 a 90.

65. Algun autor, como ORTELLS, las considera auténticas medidas cautelares. *Derecho jurisdiccional* (con MONTERO, GÓMEZ COLOMER Y MONTÓN), T. II, vol, 2.º, Barcelona 1989, p. 270.

66. *Ordonnances de référé*, en Francia, que son, según el art. 484 del Código de procedimiento Civil: *resoluciones provisionales dictadas a instancia de parte, con citación de contraria, que pronuncia un Juez distinto del competente para el proceso principal, al que la Ley confiere la potestad de ordenar inmediatamente las medidas que estime necesarias al caso*, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva. Vid. VINCENT, J. y GUINCHARD, S.: *Procédure Civile*, París 1987, pp. 175 a 191. En Italia, el art. 700 CPC., dentro de las medidas cautelares, regula las resoluciones de urgencia —*provvedimenti d'urgenza*—, que la doctrina extiende, no sólo al aseguramiento del derecho, sino también a su anticipación en los casos en que sea necesaria.

La pensión provisional ha quedado, prácticamente, sin aplicación, al haberse despenalizado progresivamente los accidentes de tráfico. Pienso que, sin aumentar la carga del asegurador, se hubiera podido salir al paso de las necesidades perentorias de los perjudicados mientras dura la sanidad y, luego, el proceso. A pesar de la cobertura de la Seguridad Social, existen aun muchos casos sin derecho a prestación por incapacidad laboral transitoria (autónomos, desempleados sin subsidio, familiares del perjudicado, los que prestan su trabajo en el hogar familiar, etc.). Hubiera bastado generalizar la pensión provisional durante la baja o incapacidad, previa o coetánea al juicio verbal, en los casos de aceptación del seguro por la aseguradora, con cargo a la consignación (voluntaria o impuesta por el órgano jurisdiccional), con el límite de su cuantía y, desde luego, deducible de la indemnización resultante en la sentencia.

II. El procedimiento en la acción de repetición

Dice el art. 7 de la L.R.C.S.C.V.M. que *el asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir: a) contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fue debido a la* ***conducta dolosa*** *de cualquiera de ellos o a la conducción* ***bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas****. b) contra el* ***tercero responsable de los daños****. c) contra el tomador del seguro o asegurado por causas derivadas del* ***contrato*** *de seguro. d) en cualquier otro supuesto en que pudiera proceder la repetición con arreglo a las leyes. La acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago al perjudicado.* Esta acción ya venía reconocida en el art. 44 de la Ley de 24 de diciembre de 1962 y en el art. 6 del T.R.

Dejando aparte la «repetición» contra el co-causante del accidente que, al mismo tiempo, es el perjudicado, y que se ejercita en el mismo proceso mediante la técnica de la *compensación de culpas*[67], en los demás casos se trata de una demanda autónoma del asegurador ejercitando la acción de repetición. Ahora bien, esta acción *no nace directamente* de un hecho ocurrido en la circulación de vehículos a motor que contempla

67. Puede consultarse la documentada exposición sobre el tema de MEDINA CRESPO: *Los límites intrínsecos del seguro obligatorio y la técnica compensatoria como necesidad derivada*, en *Derecho de la Circulación*, ob. cit. p. 375 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la D.A. 1.ª de la L. 3/1989, de 21 de junio y que reconduce al juicio verbal especial del automóvil, sino que el evento circulatorio es su causa remota; la directa es *la relación de seguro y el hecho tipificado* en el contrato, en el propio art. 7 o en otros supuestos «con arreglo a las leyes». Este hecho o negocio jurídico (contrato de seguro) ya no es «un riesgo creado por la conducción» de vehículos a motor que produce daños a las personas o a los bienes (art. 1.º L.R.C.S.C.V.M.) y que la ley remite al referido juicio especial del automóvil, sino que es el *dolo, la influencia de bebidas alcohólicas, las causas contractuales, la responsabilidad de un tercero, etc.*, lo que sobrepasa e interfiere en la simple responsabilidad por culpa o negligencia circulatoria.

En todos estos supuesos que pueden fundamentar la acción repetitoria y que se debate, por tanto, algo más que la simple culpa o culpa *quasi-objetiva*, el tratamiento procesal ya no es el especial de la D.A. 1.ª de la L.O. 3/1989; es decir, el verbal especial del automóvil, sino el *juicio ordinario que por la cuantía corresponda.*

A esta conclusión se llega, primero, porque la expresión del texto legal, cuando dice *daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación*, ha de interpretarse en sentido estricto: es *lex specialis*; tiene por finalidad facilitar el rápido y sencillo trámite procesal a *la víctima del accidente* y no puede convertirse en un cajón de sastre que autorizaría el juicio verbal irrazonablemente y con merma de garantías, siempre que la reclamación civil tuviera su causa, directa o indirecta, en un accidente de circulación[68].

Pero, en segundo lugar, ha de llegarse también a esta conclusión por la *inadecuación de las normas del juicio verbal especial* del automóvil a la acción de repetición o a otras que, teniendo también su origen más o menos remoto en los daños circulatorios, no sean la acción ejercitada por la víctima reclamando la indemnización por los daños y perjuicios causados en el accidente. Y no sólo por la inadecuación de la simplificación propia del juicio verbal, sino porque disposiciones tales como el *depósito de la indemnización* otorgada en primera instancia para que sea admisible el recurso de apelación, cuando es un tercero el apelante y es actor el asegurador, carecen totalmente de sentido; y lo mismo la disposición especial relativa a la *ejecución provisional* (D.A. 2.ª L.O. 3/1989). Aclara todavía más la no aplicación del juicio verbal especial cuando, para la ejecución provisional, la D.A. se refiere, concretamente al *perjudicado*, término equivalente al de víctima del accidente, y es claro que ésta, precisamente, no es parte en la acción de repetición. En fin, lo mismo se deduce de las disposiciones relativas a la *competencia territorial*, a la *reclamación de oficio del atestado* o a la *competencia funcional* que la D.T. 1.ª de dicha ley atribuía a los desaparecidos *Juzgados de distrito.*

68. Piénsese, p.e. cuando en el seguro de daños propios (causados en accidente de circulación en el camión y las mercancías) el asegurado tuviese que discutir el valor de los mismos con el asegurador a través, siempre, del juicio verbal; o la reclamación del lesionado al hospital y a los facultativos que le atendieron por negligencia médica en el tratamiento de los daños «causados con motivo de la circulación», y así hasta el absurdo.

III. Privilegios procesales del consorcio

1. *Requerimiento de pago previo a la admisibilidad de la demanda contra el Consorcio*

En la D.A. 9.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados se añade un segundo párrafo al n.º 2 del art. 20 del Estatuto Legal del Consorcio de Seguros[69], y se da nueva redacción al n.º 3.º del mismo artículo.

En el párrafo segundo se dice que *para ser admisible la demanda en el juicio regulado en la D.A. 1.ª de la L.O. 3/1989, de 21 de junio, deberá acreditarse fehacientemente que el Consorcio fue requerido judicialmente o extrajudicialmente de pago y que desde dicho requerimiento transcurrió un plazo de tres meses sin haber sido atendido.*

El requerimiento puede ser judicial o extrajudicial. En el primer caso, a pesar del tenor literal del precepto[70], no hay inconveniente en presentar directamente la demanda en la que, mediante otrosí se pida, como trámite previo, que se requiera al Consorcio de pago, en los términos del art. 20.2 de su Estatuto. Transcurridos tres meses, habrá de comunicarse al Juzgado si el requerimiento fue atendido o no y, en este caso, pedir que se de curso a la demanda. Naturalmente que el requerimiento, incluso judicial, puede ser independiente de la demanda, pero pienso que la información que el propio Consorcio recibe con el traslado de la demanda, al mismo tiempo que es requerido, ha de serle útil para facilitar su resolución.

69. Aprobado por el art. 4 de la ley 21/1990, de 19 de diciembre.

70. Más que a inadmisión del «escrito» de demanda, se refiere al «petitum», que no es admisible sin el requerimiento previo. Hubiera sido mejor decir *no se dará curso a la demanda (...).*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Si, por el contrario, se acude a otro requerimiento *fehaciente* (notarial, p.e.), luego habrá de acompañarse con la demanda, acreditando que se practicó, que transcurrieron tres meses, *manifestar* que no fue atendido[71] y acompañar, si la hay, la resolución correspondiente. La resolución denegatoria expresa recibida antes del transcurso de los tres meses no exige, en cambio, tener que agotar el plazo[72].

2. *Título ejecutivo a favor del Consorcio*

La nueva redacción que se da al n.º 3 del referido art. 20 del Estatuto dice que *en el ejercicio de la facultad de* ***repetición*** *por el Consorcio, será título ejecutivo a los efectos del art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la certificación del Presidente del Consorcio de Compensación de Seguros acreditativa del importe de la indemnización abonada por el Consorcio siempre que, habiendo sido requerido de pago el responsable, no lo haya realizado en el plazo de un mes.*

En los posibles supuestos de indemnización previstos en su ámbito funcional[73] se le dota, pues de un título ejecutivo que se suma a los enunciados en el 1.429 LEC. El título, sin embargo, ha de ser *integrado* con el testimonio del requerimiento practicado al responsable y la manifestación, transcurrido un mes, de su impago o, en caso de pago parcial, de la cuantía del mismo, ejecutando por el resto.

Ante el silencio del Estatuto sobre las posibles causas de oposición al ejecutivo, hay que remitirse a los arts. 1.464 a 1.467 de la LEC. El privilegio del título ejecutivo comportará múltiples problemas, puesto que por la naturaleza de este juicio y el número tasado de causas de oposición, no podrá discutirse en él la obligación causal que motivó el pago del Consorcio; ¿Fue procedente el pago a pesar de la culpa exclusiva de la víctima? ¿Se tuvo en cuenta la compensación de culpas antes de pagar? ¿Se trataba realmente de un vehículo no asegurado o su dueño poseía una póliza vigente? etc. Ciertamente que en algunos de estos supuestos quedará al ejecutado la posibilidad de *repetir*, pero en otros, no. ¿No hubiese sido más prudente ampliar las causas de oposición?[74].

71. Según el tenor literal del texto, el demandante también tendría que *acreditar* que no se atendió el requerimiento, lo cual, si no existe resolución denegatoria expresa, es imposible.

72. También DURO: ob. cit. p. 3304.

73. 1) Pago cuando el vehículo causante o el conductor sean desconocidos; 2) robo o hurto del vehículo; 3) vehículo no asegurado y, en general, cuando no pueda hacerse efectiva la prestación económica (art. 8 del R.D. Legislativo 130/1986, de 28 de junio). También, cuando pague por haber asumido las obligaciones de las Entidades aseguradoras que se hallen en una situación de suspensión de pagos, quiebra o liquidación intervenida (art. 17 D. 2641/1986, de 30 de diciembre) o, en fin, cuando pague como asegurador de la responsabilidad civil del Estado, Organismos autónomos u otros Organismos de la Administración Pública y proceda repetir contra el responsable.

74. En el juicio ejecutivo especial de la ley del Automóvil, de 24 dic. 1962, art. 1 (art. 18 del T.R.L.A.) se establecían, como *nuevas causas de oposición*, además de las de la LEC, *motivos de fondo, como la culpa o negligencia exclusiva del perjudicado y la fuerza mayor extrínseca a la conducción o funcionamiento del vehículo.* No parece que vayan a poder invocarse en el ejecutivo del Consorcio.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE EL ALCANCE ANULATORIO DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS*

JOAN PICÓ I JUNOY
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO:

1. Introducción. — 2. El derecho a la prueba y la prueba ilícita. — 3. La nulidad de la prueba ilícita. — 4. Imposibilidad de subsanación de la prueba ilícita. — 5. Análisis del alcance anulatorio de la prueba ilícita: 5.1. Discusión acerca del significado de la expresión «directa o indirectamente» *ex* art. 11.1 L.O.P.J.; 5.2. El problema de la *fruit of the poisonous tree doctrine* (doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita) y su falta de incorporación normativa en el art. 11.1 L.O.P.J.: a) Origen y evolución de la *fruit of the poisonous tree doctrine* en la jurisprudencia norteamericana; b) Su falta de incorporación normativa en el art. 11.1 L.O.P.J.; c) Alcance anulatorio de la prueba ilícita según la L.O.P.J. — 6. Estudio de un caso particular a modo de conclusión. — 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En un Estado Social Democrático y de Derecho debe rechazarse siempre toda actuación que implique un desprecio hacia los derechos bá-

* Este trabajo ha obtenido el I Premio «Antonio Maura» (1996) otorgado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid para conmemorar el IV Centenario de su fundación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sicos de las personas. En el marco procesal, y más concretamente en el ámbito probatorio, este rechazo se concreta en la imposibilidad de otorgar eficacia a las pruebas logradas con infracción de tales derechos.

Por ello, recientes Textos Fundamentales prohiben expresamente dicha eficacia, como sucede con las Constituciones rusa [1], colombiana [2], brasileña [3] y portuguesa [4].

En nuestro ordenamiento jurídico, esta prohibición la encontramos prevista en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.), que se expresa en los siguientes términos: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». En consecuencia, como tendremos ocasión de analizar, es nula toda prueba lograda con infracción de los citados derechos.

Sin embargo, uno de los problemas que todavía sigue sin resolverse es el referente al alcance de dicha nulidad, esto es, si tal nulidad incide también sobre todo lo logrado a partir de una prueba ilícita, como sostiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este estudio pretendemos analizar críticamente esta jurisprudencia y evidenciar su incorrecto planteamiento que ha conducido, en no pocas ocasiones, a consecuencias desproporcionadas mediante la aplicación ilimitada de la teoría norteamericana de la *fruit of the poisonous tree doctrine*. Para ello, tras constatar que la prueba ilícita constituye un límite a la eficacia del derecho fundamental a la prueba, reconocido en el art. 24.2 C.E., examinaremos el significado de los términos «directa o indirectamente» empleados en el art. 11.1 L.O.P.J., y finalmente expondremos el verdadero alcance anulatorio de la prueba ilícita según la L.O.P.J.

1. El art. 50.2 de la Constitución de la Federación Rusa de 12 de diciembre de 1993 establece: «En el ejercicio de la justicia no se permite la utilización de pruebas obtenidas con infracción de la ley federal».

2. El art. 29.V de la Constitución Política de la República de Colombia de 5 de julio de 1991, afirma: «Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso».

3. El apartado LVI del art. 5.º de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 5 de octubre de 1988 indica: «No serán admisibles en juicio las pruebas obtenidas por medios ilícitos».

4. El 32.6 de la Constitución de la República portuguesa de 2 de abril de 1976, refiriéndose a las garantías del procedimiento penal, ordena: «Serán nulas cualesquiera pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, atentado a la integridad física o moral de la persona, o intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2. El derecho a la prueba y la prueba ilícita

El art. 24.2 C.E. ha establecido como derecho fundamental de todo justiciable el «de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa» [5]. Ello comporta, entre otras consecuencias, la necesidad de realizar siempre una interpretación del mismo lo más amplia posible, al objeto de darle la máxima virtualidad y eficacia [6], lo cual exige realizar nuevas lecturas de las normas procesales, buscando y favoreciendo aquélla más acorde con el Texto Fundamental, así como concebir restrictivamente los límites del derecho a la prueba.

El derecho a la prueba, conjuntamente con otros consagrados también como fundamentales por nuestra Carta Magna [7], obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible, al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales [8]. Estos derechos constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico español, por lo que su vulneración tan sólo puede comportar, necesariamente, el rechazo más absoluto, esto es, en nuestro caso, la inadmisibilidad de dicha prueba. La interdicción de la admisión de la prueba ilícta por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entraña con el derecho

5. Para un estudio del contenido de este derecho a la prueba, vid. Picó i Junoy, J.: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Edit. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 13 y ss.; id.: *La protección del derecho a la prueba en el proceso penal*, «Revista Jurídica de Cataluña», 4/1993, págs. 147 y ss.

6. Es continua y constante la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) según la cual el ordenamiento jurídico debe ser interpretado judicialmente en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, por lo que han de ser especialmente tenidos en cuenta por todos los poderes públicos y muy especialmente por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las leyes. Así, *ad exemplum*, vid. las SSTC 1/1992, de 13 de enero (f.j. 4.º); o la 76/1987, de 25 de mayo (f.j. 2.º).

7. Así, por ejemplo, Pastor Borgoñón (*Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, «Justicia», 2/1986, pág. 356) destaca el derecho a la tutela judicial y el interés público en la averiguación de la verdad, conjuntamente con el derecho de las partes a la prueba . En similares términos, cfr. Muñoz Sabaté, Ll.: *Técnica probatoria (Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso)*, 4.ª ed., Edit. Praxis, Barcelona, 1993, pág. 80.

8. En este sentido se pronuncian Sáinz de Robles, F. C. y Albácar López, J. C.: *El derecho a la prueba*, «Primeras Jornadas de Derecho Judicial», Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983, pág. 600; y González Montes, J. L.: *La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales*, «Revista de Derecho Procesal», 1/1990, pág. 31.

a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 C.E.); y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 C.E.).

Este concepto restrictivo es el que ha sido acogido por nuestra jurisprudencia, que de manera reiterada mantiene la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales, de modo que los medios probatorios no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de tales derechos [9].

3. La nulidad de la prueba ilícita

La literalidad del art. 11.1 L.O.P.J., donde se establece que las pruebas ilícitas «no surtirán efecto», así como el debido respeto a los derechos fundamentales que dicha norma pretende proteger, nos conducen a mantener que la infracción del citado precepto comporta la ineficacia jurídica, por nulidad absoluta, de la resolución judicial que admita una prueba ilícita [10]. Como indica Serra Domínguez, la nulidad absoluta de un acto proceso se produce siempre que éste adolezca de una circunstancia esencial fijada en las leyes de procedimiento como absolutamente indispensables para que el acto produzca sus efectos normales [11]; y, en materia probatoria, la naturaleza imperativa del art. 11.1 L.O.P.J. trae como consecuencia la nulidad de los actos atentatorios contra la misma [12].

En este sentido se ha pronunciado el TC quien, en su Sentencia 85/1994, de 14 de marzo (f.j. 4.º), afirma: «todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial». De igual modo, la doctrina del TS también se orienta en esta dirección manifestando, por ejemplo, en la Sentencia de 2 de octubre de 1995 (Ar. 7588) que la prueba obtenida violentando un derecho fundamental es una «prueba radicalmente nula por lo dispuesto en el artículo 11.1 de la LOPJ» [13].

9. Acerca de esta jurisprudencia vid. las recientes SSTC 49/1996, de 26 de marzo (f.j. 2.º); 181/1995, de 11 de diciembre (f.j. 7.º); 126/1995, de 25 de julio (f.j. 5.º); 85/1994, de 14 de marzo (f.j. 4.º); y 384/1993, de 21 de diciembre (f.j. 4.º); así como la 37/1989, de 15 de febrero (ff.jj. 7.º y 8.º); 64/1986, de 21 de mayo (f.j. 2.º); y 114/1984, de 29 de noviembre (ff.jj. 4.º y 5.º). De igual modo, de forma muy expresiva, el ATS de 18 de junio de 1992, f.j. 4.º (Ar. 6102), establece: «Como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad (de su valoración), hay que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba *prohibida* (ilícita) cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales».

10. Si bien el art. 11.1 L.O.P.J. no prevé ninguna excepción en su ámbito de aplicación, entendemos que en supuestos muy excepcionales, atendiendo a la doctrina del TC sobre el principio de proporcionalidad o ponderación de intereses en conflicto, cabría admitir la eficacia de tales pruebas. Así, podemos pensar en el supuesto de que la prueba ilícita acredite la inocencia de una persona imputada, procesada o incluso condenada. En este caso, entendemos que la libertad, recogida en nuestra Constitución como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 C.E.) y como derecho fundamental de todo individuo (art. 17.1 C.E.), justificaría la admisión de la prueba ilícitamente obtenida». En este orden de ideas, vid. Picó i Junoy, J.: *La protección ...*, ob. cit., pág. 154 (nota 23); y Lozano-Higuero Pinto, M.: *Introducción al Derecho Procesal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág. 106; id. (con Marchena Gómez): *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Edit. Comares, Granada, 1994, pág. 120 (nota 97).

11. Serra Domínguez, M.: *Ineficacia de los actos procesales*, «Estudios de Derecho Procesal», Edit. Ariel, Barcelona, 1969, 461; id.: *El incidente de nulidad de actuaciones*, «Justicia», núm. especial, 1981, pág.48.

12. De igual modo, vid. Sáinz de Robles, F. C. y Albácar López, J. C.: ob. cit., pág. 598; De Marino, R.: *Los problemas probatorios como límite del Derecho a la prueba*, Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983, pág. 618; Pastor Borgoñón, B.: ob. cit., pág. 364; Martín Pallín, J. A.: *Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal*, «Poder Judicial», núm. especial, VI/1989, pág. 128; Fernández Entralgo, J.: *Prueba ilegítimamente obtenida*, «La Ley», 1/1990, pág. 1202; Álvarez Landete, J.: *El proceso debido y la nulidad de la prueba ilícita*, «Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante», junio, 1991, pág. 37; Ruiz Vadillo, E.: *La actividad probatoria en el proceso penal*, «La prueba en el proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1992, pág. 132; o Bayarri García, C. E.: *La prueba ilícita y sus efectos*, «La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993, págs. 240 y 247.

13. En este sentido, vid. la STC 181/1995, de 11 de diciembre (f.j. 6.º); así como también las recientes SSTS de 24 de marzo de 1995, f.j. 2.º (Ar. 2266); 4 de marzo de 1995, f.j. 5.º (Ar. 1801); 24 de enero de 1995, f.j. 9.º (Ar. 159); 16 de enero de 1995, f.j. 2.º (Ar. 31); 27 de junio de 1994, f.j. 1.º (Ar. 5034); y 18 de enero de 1994, f.j. 1.º (Ar. 29); así como las de 23 de octubre de 1991, f.j. 4.º (Ar. 7355); 2 de julio de 1993, f.j. único (Ar. 5703); 15 de julio de 1993, f.j. 3.º (Ar. 6086); o el ATS de 18 de junio de 1992 (ff.jj. 7.º y 9.º).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4. Imposibilidad de subsanación de la prueba ilícita

La nulidad absoluta de la prueba ilícita conlleva, necesariamente, su insubsanabilidad [14]. Si bien es cierto que en el actual marco normativo de la L.O.P.J. han desaparecido los elementos de distinción tradicionales entre las nulidades absolutas y las meras anulabilidades [15], entendemos que esta clásica distinción entre los distintos grados de ineficacia de los actos procesales resulta sumamente gráfica por cuanto a través de ella se pone de relieve la trascendental consecuencia de la insubsanabilidad del acto nulo.

En consecuencia, el principio de conservación de los actos jurídicos imperfectos, entendido como utilización de un acto imperfecto a los mismos efectos que el correspondiente acto perfecto [16], no despliega ningún tipo de virtualidad. Ello significa que la ilicitud de la prueba no puede convalidarse ofreciendo al litigante perjudicado por la misma la posibilidad de defenderse y contradecir su contenido [17]. A nuestro entender, y en

14. En este sentido, con carácter general, vid. Morón Palomino, M.: *La nulidad en el proceso civil*, Edit. Nereo, Barcelona, 1962, págs. 203-204; Serra Domínguez, M.: *Ineficacia ...*, ob. cit., págs. 461 y 466; o Vergé Grau, J.: *La nulidad de actuaciones*, Edit. Bosch, Barcelona, 1987, págs. 64-65; y en particular, acerca de la prueba ilícita, vid. Álvarez Landete, J.: ob. cit., pág. 37. De igual modo se pronuncia la jurisprudencia del TS; así, vid. las sentencias de 16 de enero de 1995, f.j. 2.º (Ar. 31); 15 de marzo de 1994, f.j. 1.º (Ar. 2162); 18 de febrero de 1994, f.j. 1.º (Ar. 2314); 18 de enero de 1994, f.j. 1.º (Ar. 29); 6 de julio de 1993, f.j. 1.º (Ar. 5887); 2 de julio de 1993, f.j. 2.º (Ar. 5705); 25 de junio de 1993, f.j. 1.º (Ar. 5218); 21 de junio de 1993, f.j. 1.º (Ar. 5278); 17 de febrero de 1993, f.j. 2.º (Ar. 1347); 31 de marzo de 1992, f.j. 2.º (Ar. 2537).

15. Ello es así, básicamente, por dos motivos: en primer lugar debido a que las categorías de ineficacia pueden ser invocadas tanto de oficio como a instancia de parte; y en segundo lugar porque ninguno de los defectos o vicios de los que según la L.O.P.J. provocan la nulidad absoluta o de pleno derecho, excepción hecha del motivo segundo del art. 238 L.O.P.J., tienen el carácter de imprescriptibles, ya que para las partes, la posibilidad de efectuar la denuncia de tales defectos, tanto los causantes de anulabilidad como los de nulidad absoluta, prescribe en el momento en que la sentencia adquiere firmeza (art. 240.1 L.O.P.J.); y para el órgano jurisdiccional, desaparece esta posibilidad al dictarse la sentencia definitiva (art. 240.2 L.O.P.J.). En este sentido, vid. Ramos Méndez, F.: *El sistema procesal español*, 2.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 381-382; y Martín de la Leona, J. M.: *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Edit. Colex, Madrid, 1991, págs. 131-132.

16. Acerca de este principio, vid. Conso, G.: *Il concetto e le specie d'invalidità*, Edit. Giuffrè, Milano, 1955, págs. 19 y ss.; Martín de la Leona, J. M.: ob. cit., págs. 289 y ss.; y recientemente Poli, R.: *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, «Rivista di Diritto Processuale», II/1995, págs. 472 y ss.

17. Por convalidación, siguiendo a Guasp Delgado, entendemos «aquella específica actividad que tiende a remediar la ineficacia de un acto originada por su invalidez»

contra de la opinión de algunos autores [18], es un error relacionar el tema objeto de estudio únicamente con la actividad probatoria en la que se ha infringido el derecho de defensa y contradicción, esto es, con independencia de que en la obtención del elemento probatorio haya sido vulnerado un derecho fundamental. Afortunadamente este planteamiento ha sido acogido por el TS, que reconociendo el valor del contradictorio en materia probatoria, lo limita a las pruebas susceptibles de ser valoradas por el juzgador, de las que se excluyen aquéllas obtenidas con infracción de los arts. 14 a 29 C.E. En otras palabras, no permite que un elemento probatorio ilícitamente logrado, por el mero hecho de someterse a contradicción en juicio, pueda ser «subsanado» y tomado en consideración por el órgano jurisdiccional. Así, la STS de 14 de marzo de 1991, f.j. 2.º (Ar. 2133) señala: «[...] Las pruebas, como tantas veces se ha dicho han de verse en el juicio oral y público para que contradictoriamente puedan las partes rebatirlas por los medios que estimen oportunos aunque después el Tribunal tenga plena libertad para valorarlas conforme al art. 741, siempre en todo caso sobre pruebas que cumplan las exigencias constitucionales más elementales —Sentencias de 4 y 18 de diciembre de 1990 (R. 9405 y 9557) entre otras— [...]» [19].

De igual modo, tampoco cabe ningún tipo de convalidación implícita derivada de la actitud pasiva del litigante que, perjudicado por la prueba ilícita, no denuncia su existencia, pues el carácter absoluto de la prohibición contenida en el artículo 11.1 L.O.P.J. comporta la plena ineficacia de la misma. Además, como destaca Cappelletti [20], las normas que disponen la inadmisibilidad, o fijan los límites objetivos y subjetivos

(Guasp Delgado, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, Edit. Aguilar, Madrid, 1943, pág. 693, nota 1).

18. En este sentido, por ejemplo, cfr. Bernal Cuéllar, J.: *Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal*, «Revista Universitaria de Derecho Procesal», n.º IV/1990, págs. 363 y 385-386.

19. En esta línea, resulta de interés destacar la SAP de Madrid (Sección 15.ª), de 12 de abril de 1994 («Actualidad Aranzadi», núm. 150, 1994, págs. 7 y ss.), cuyo f.j. 2.º afirma: «Ahora bien, el requisito que no se cumplimentó fue el de la adopción jurisdiccional de la medida, pues no se dictó ninguna resolución judicial, ni motivada ni sin motivar, que legitimara la limitación de los derechos fundamentales [...]. Ello genera, tal como ha establecido el TC en reciente sentencia 86/1994, de 14 de marzo, la ilicitud probatoria de las cintas de vídeo grabadas en el interior de las referidas dependencias (art. 11 de la LOPJ). Sin que, obviamente, la supervisión de las cintas *a posteriori* por el Juez de Instrucción y su unión a la causa pueda retrolegitimar la actuación policial».

20. Cappelletti, M.: *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, «Scritti in onore di A. C. Jemolo», T.II, Edit. Giuffré, Milano, 1963, págs. 181-182.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la admisión de pruebas, son normas de orden público, de *ius cogens*, por lo que la disponibilidad de las mismas por parte de los litigantes no despliega ninguna virtualidad, siendo su vulneración apreciable *ex officio* por el órgano jurisdiccional [21].

Finalmente, estimamos de interés formular dos últimas observaciones. En primer lugar, que la prueba ilícita sea insubsanable no significa que impida aportar al proceso aquel elemento probatorio, válidamente obtenido, que tenga por objeto acreditar los mismos hechos que pretendían justificarse a través de dicha prueba ilícita. De este modo, la STS de 28 de marzo de 1995, ff.jj. 4.º y 5.º (Ar. 2246), afirma: «En el caso que se estudia se produjeron vicios procesales que afectaban al valor probatorio de las escuchas, mas ello no impide, como se viene diciendo, que la evidencia se obtenga legítimamente por otros medios [...] no puede afirmarse que el hecho probado por una actividad procesal nula suponga la imposibilidad de probarlo por otras vías» [22].

21. En este sentido, se pronuncian DENTI, V.: *Nullità degli atti processuali civili*, «Novissimo Digesto Italiano», T. XI, Edit. UTET, Torino, 1965, pág. 473 (nota 7); DE MARINO, R.: ob. cit., pág. 618; PASTOR BORGOÑÓN, B.: ob. cit., pág. 363; id.: *La prueba ilegalmente obtenida*, en «La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993, pág. 210; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: ob. cit., pág. 1.205; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Pactos privados sobre la prueba*, en «Trabajos y orientaciones de derecho procesal», Edit. EDERSA, Madrid, 1954, págs. 270-271; y SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Ineficacia* ..., ob. cit., pág. 462; id.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, vol. 2.º (arts. 1214 a 1253), 2.ª ed., Edit. EDERSA, Madrid, 1991, págs. 31 a 34 y 103. En contra de la apreciación *ex officio*, vid. GIMÉNEZ PERICAS (*Sobre la prueba ilícitamente obtenida*, «La prueba en el proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1992, págs. 287-288), para quien los derechos fundamentales «son derechos individuales, subjetivos, que para su reconocimiento en cada caso concreto, deben ser esgrimidos [...] si no se alega ante el Tribunal la vulneración específica de un derecho fundamental lesionado por una actuación irregular o tajantemente ilegal en la obtención de la fuente de prueba la parte hipotéticamente lesionada ha aceptado tácitamente el resultado de la pesquisa, la aportación del material ocupado, etc. interviniendo en el debate contradictorio sobre los datos aportados». De igual modo, un sector de la doctrina italiana entiende que la ausencia de la oportuna protesta comporta la aceptación tácita y con ello la sanación de la inicial ilicitud, que se convierte así en un vicio inócuo. En estos términos, cfr. CORDERO, F.: *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, «Rivista italiana di diritto e procedura penales», 1961, pág. 699; y RICCI, G. F.: *Le prove illecite nel processo civile*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», I/1987, págs. 41-42, quien recogiendo cierta jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* sostiene la eficacia y validez de los documentos incorporados al proceso de manera irregular o extemporáneamente, en el supuesto de que la contraparte no formule oportunamente su oposición.

22. En este sentido, la STS de 25 de enero de 1995 (Ar. 159), en su f.j. 9.º indica: «[...] la nulidad antes señalada no empece para que existan otras pruebas legítimas a cuyo través quede acreditado lo que constituyera el objeto de la investigación, puesto

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Y en segundo lugar, la imposible subsanación o convalidación de la prueba ilícita no supone que el elemento probatorio logrado con infracción de un derecho fundamental no pueda volver a obtenerse, con posterioridad, mediante el procedimiento legal previsto. Al respecto, entendemos que es necesario distinguir dos supuestos, a saber, aquéllos en que existen las condiciones legales para efectuar válidamente el acto ilícito, y aquéllos en que no existen tales condiciones, pues en el primer caso podrá volverse a procurar (que no subsanar [23]), esta vez por los cauces legales, el elemento probatorio inicialmente logrado de forma ilícita, mientras que en la segunda hipótesis no será posible [24]. Para ilustrar este razonamiento nos parece oportuno formular varios ejemplos. Imaginemos un documento obtenido de un Registro Público, por un tercero, infringiéndose el derecho a la intimidad de la persona cuyos datos constan registrados [25]. En este caso la ilicitud producida en la obtención del documento [26] no impide que el juez, a instancia de parte, si lo estima

que señalar que el hecho probado mediante una actividad procesal nula arrastra la imposibilidad de probarlo por otras vías supondrá crear auténticas impunidades sin razón suficiente en qué apoyarlas». Es doctrina consolidada del TS que la nulidad de las pruebas logradas en una entrada y registro ilícitamente efectuado no impide la admisión y práctica de los medios probatorios que no provengan del acto ilícito, como por ejemplo el reconocimiento (confesión) del propio acusado. En este sentido, cfr. las SSTS de 19 de enero de 1996, f.j. 1.º (Ar. 3.º); 16 de enero de 1995, f.j. 3.º (ar. 31); 5 de diciembre de 1994, f.j. 2.º (Ar. 10065); 7 de octubre de 1994, f.j. 1.º (Ar. 7642); 27 de junio de 1994, f.j. 1.º (Ar. 5034); 20 de junio de 1994, f.j. 1.º (Ar. 5211); 5 de abril de 1994, f.j. 2.º (Ar. 2877); 1 de marzo de 1994, f.j. 2.º (Ar. 1765); 18 de febrero de 1994, f.j. 1.º (Ar. 2314); y 18 de enero de 1994, f.j. 1.º (Ar. 29); entre otras. Igualmente, vid. la STC 49/1996, de 26 de marzo (f.j. 2.º).

23. Estaremos en presencia de una prueba *ex novo* y no ante la subsanación o convalidación de un medio probatorio ilícitamente obtenido.

24. De igual modo se pronuncian ANGELONI, F.: *Le prove illecite*, en «I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale», Edit. CEDAM, Padova, 1992, pág. 121; y PAULÍ COLLADO, F. J.: *La prueba ilegalmente obtenida,* en «Recopilación de Ponencias y Comunicaciones, Planes Provinciales y Territoriales de Formación», C.G.P.J., Madrid, 1993, pág. 1269.

25. La protección del derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) aparece como el motivo *ex lege* que justifica la restricción del acceso a los Registros Públicos. Así, el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que «el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas [...]». De igual modo, los arts. 13, 14.2 y 19.2 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, y los arts. 6, 7, 9.1, 11 y 14 de la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, no permiten el acceso a los datos registrados sin consentimiento del titular de los mismos, precisamente, para preservar su derecho fundamental a la intimidad.

26. Estaremos en presencia de una prueba ilícita por existir una vulneración del derecho a la intimidad.

pertinente pueda requerir al Registro Público, posteriormente, la aportación de una copia o certificación de los datos que consten en él[27]. Por el contrario, unas fotografías, una cassette magnetofónica o una cinta de video efectuadas infringiéndose el derecho a la intimidad, esto es, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 7.º de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, serán de imposible repetición, al no existir para ello un cauce legal válido.

5. Analisis del alcance anulatorio de la prueba ilícita

5.1. *Discusión acerca del significado de la expresión «directa o indirectamente» ex art. 11.1 L.O.P.J.*

Para comprender en sus justos términos el alcance de la expresión «directa o indirectamente, se hace necesario partir de la doctrina fijada en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, de la cual trae causa inmediata y directa la redacción final del precepto objeto de estudio[28]. Conocer cuál ha sido el proceso de formación de las normas jurídicas es, en muchas ocasiones, el método idóneo para resolver las eventuales cuestiones que pueden surgir acerca de su alcance y contenido, máxime si tenemos en cuenta que el art. 3.1 C.C. configura la *voluntas legislatoris* como fuente esencial de interpretación de las normas, destacando que éstas se interpretarán atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

Del análisis del iter parlamentario del art. 11.1 L.O.P.J. se advierten dos relevantes consideraciones: en primer lugar, la progresiva regresión del alcance o ámbito de aplicación de la prueba ilícita y, en segundo lugar, la voluntad del legislador de recoger la doctrina que sobre dicha problemática había formulado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre[29]. A nuestro entender, son éstos dos datos que deben ser siempre tomados en consideración para resolver cualquier cuestión que pueda suscitarse en la aplicación de la mencionada norma.

Una de las ideas que constantemente se reproduce en dicha sentencia, en la que se discute la licitud y eficacia probatoria de una cinta

27. Ello sin perjuicio de exigir la correspondiente responsabilidad disciplinaria, civil o penal en la que, eventualmente, haya podido incurrir el infractor del derecho fundamental.

28. Al respecto, vid. ampliamente Picó i Junoy, J.: *El derecho a la prueba* ..., ob. cit., págs. 311 y ss.

29. Picó i Junoy, J.: *El derecho a la prueba* ..., ob. cit., pág. 313.

magnetofónica, es la de relacionar los conceptos de fuente de prueba e infracción directa de un derecho fundamental. De este modo, destaca que «la hipotética lesión de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución Española no podría imputarse —*con carácter directo e inmediato*— a las resoluciones judiciales, sino [...] a los actos extraprocesales [...] la lesión no podría referirse *directa e inmediatamente* a la actuación judicial» (f.j. 1.º). Igualmente señala que «el razonamiento del actor parece descansar en la equivocada tesis de que existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal podrá haber sido o no conforme a Derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, *de modo directo*, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución» (f.j. 1.º), para concluir indicando que «la pretendida lesión jurisdiccional de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución carece de fundamento en este caso y no es posible imputar a las resoluciones impugnadas una conculcación *directa e inmediata* del derecho del recurrente al secreto de sus comunicaciones» (f.j. 2.º *in fine*).

Tras este planteamiento, la citada resolución del TC sostiene que sólo en el supuesto de admitirse jurisdiccionalmente dicha fuente de prueba se da origen a la vulneración de otros derechos fundamentales distintos de los que han sido ya infringidos para la obtención de la fuente probatoria. Concretamente, pone de manifiesto que es otro problema el que «suscita el recurso a propósito del artículo 24.2 de la Constitución, puesto que en este punto posee una consistencia inicial el reproche dirigido a las actuaciones del juzgador y, específicamente, a la admisión por éste de una prueba tachada por la parte —en casación y ante este Tribunal— de ilegítima [ilícita], por atentatoria a los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución, pues si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución) [f.j. 3.º *ab initio*]»[30].

30. E insiste en el f.j. 5.º que «constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignoran-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En definitiva, de esta doctrina constitucional se desprende la siguiente conclusión: es nulo todo elemento probatorio logrado ***directamente*** con vulneración de derechos fundamentales[31], así como también lo es el medio de prueba mediante el cual pretende introducirse el citado elemento probatorio en el proceso, pues ello implica vulnerar ***indirectamente*** otros derechos fundamentales (en concreto, los referentes al proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes).

Como indicamos en su momento, el legislador de 1985 partió de esta doctrina para redactar el art. 11.1 L.O.P.J., en el cual se hace referencia a la ineficacia de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales.

Mediante la expresión «directa o indirectamente» se pretendió recoger, de manera poco afortunada, la doctrina constitucional anteriormente expuesta, destacando la ineficacia procesal de todo elemento probatorio para cuya obtención se haya infringido ***directamente*** un derecho fundamental (v. gr. la inviolabilidad del domicilio o la integridad física o psíquica de las personas), así como también la ineficacia del medio de prueba a través del cual se intenta dar entrada en el proceso a dicho elemento probatorio, ya que ello supone ***indirectamente*** conculcar otros derechos fundamentales (así, los referentes al proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes)[32].

No obstante esta interpretación del art. 11.1 L.O.P.J., debemos poner de manifiesto que gran parte de la doctrina y numerosa jurisprudencia han dado a los términos «directa o indirectamente» un significado muy distinto, entendiendo que con ellos tiene lugar la plasmación normativa de la *fruit of the poisonous tree doctrine* estadounidense (o doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita), razón por la cual resulta obligado exponer los motivos que evidencian el desacierto de este planteamiento.

cia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro».

31. El f.j. 4.º de la citada sentencia destaca la «nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución».

32. Si bien es cierto que la STC 64/1986, de 21 de mayo (f.j. 2.º), declara que la admisión o práctica de una prueba ilícita debe reconducirse a la regla de la interdicción de la indefensión, no lo es menos que esta resolución es posterior a la fecha de elaboración de la L.O.P.J., por lo que no sirve para interpretar la *voluntas legislatoris* del redactor del citado texto normativo.

5.2. *El problema de la **fruit of the poisonous tree doctrine** (doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita) y su falta de incorporación normativa en el art. 11.1 L.O.P.J.*

a) Origen y evolución de la *fruit of the poisonous tree doctrine* en la jurisprudencia norteamericana[33]

La doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita sostiene la ineficacia de todos aquellos elementos probatorios logrados de un modo lícito, pero que han sido descubiertos merced a los resultados obtenidos de pruebas ilícitas. De manera muy gráfica se refiere a ella la jurisprudencia norteamericana con la expresión *fruit of the poisonous tree doctrine* («doctrina de los frutos del árbol envenenado»).

La génesis de esta doctrina la hallamos en la jurisprudencia norteamericana del primer cuarto de siglo, con el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920)[34], en el que se establece la inadmisión de todo lo obtenido con base en procedimientos policiales ilícitos por contravenir los preceptos constitucionales de la IV Enmienda[35]. Con ella se intenta, básicamente, controlar los modos de investigación de la muy descentralizada policía norteamericana, estructurada en un gran número de pequeños departamentos autónomos, con un ámbito de actuación reducido, en la mayoría de las ocasiones, a nivel de distrito[36]. De este

33. Para un estudio de esta doctrina, vid. KAMISAR, Y.: *On the «fruits» of Miranda violations, coerced confessions, and compelled testimony*, «Michigan Law Review», March, 1995, págs. 936 y ss.; D'ELIA, Ch. M.:: *The exclusionary rule: who does it punish?*, «Seton Hall Constitutional Law Journal», Spring, 1995, págs. 563 y ss.; BLOCH, K. E.: *Fifth amendment compelled statements: modeling the contours of their protected scope*, «Washington University Law Quarterly», Winter 1994, págs. 1603 y ss.; FARACI, P.: *Criminal Procedure Survey: Search and Seizure*, «Denver University Law Review», n.º 71, 1994, págs. 929 y ss.; WOLLIN, D. A.: *Policing the Police: Should Miranda Violations Bear Fruit?*, «Ohio State Law Journal», vol. 53, III/1992, págs. 805 a 868; SALTZBURG, S. A., y CAPRA, D. J.: *American Criminal Procedure*, 4.ª ed., Edit. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1992, págs. 378 y ss. (con addendas de los años 1991 y 1993); y LAFAVE, W. R., e ISRAEL, J. H.: *Criminal Procedure*, vol. I, Edit. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1984, págs. 732 y ss.

34. En este sentido, WOLLIN, D. A.: ob. cit., pág. 807 (nota 8); SALTZBURG/CAPRA: ob. cit., pág. 378; y LAFAVE/ISRAEL: ob. cit., pág. 734.

35. La IV Enmienda dispone: «No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, domicilios, papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias, y no se expedirán mandamientos a dicho efecto, a menos que hubiere causa probable, apoyada por juramento o declaración que designe específicamente el lugar que haya de registrarse y las personas u objetos de los cuales haya de apoderarse».

36. Así, HERRMANN, J.: *Nuevas orientaciones en la administración de justicia penal norteamericana*, «Justicia», III/1987, pág. 712.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

modo el Tribunal Supremo, como instancia superior del sistema de justicia federal norteamericano y controlador de la necesaria adecuación de las resoluciones judiciales de cada Estado a la Constitución federal, se vió en la necesidad de verificar las actividades de investigación de la policía, señalando la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio logrado en su inicio bajo un proceder ilegal. Se pretendía —tal como indica GRANO— disuadir a la policía de eventuales actuaciones ilícitas en el curso de sus investigaciones[37].

La expresión *fruit of the poisonous tree* fue acuñada por el Magistrado Frankfurter en la sentencia del caso *Nardone v. United States* (1939)[38], en la que se destaca que «prohibir el uso directo de métodos ilícitos [...] y no poner ningún obstáculo a su pleno uso indirecto solamente incitaría a llevar a cabo tales métodos» que deben ser rechazados por «incompatibles con los standars éticos y perjudiciales para la libertad personal». De nuevo observamos la voluntad disuasoria en el actuar policial como objetivo final a alcanzar con la presente doctrina.

Sin embargo, en torno a ella se establecen dos considerables límites:

a) Esta doctrina no es aplicada a los supuestos en que la infracción provenga de particulares, e incluso, a los actos de agentes u oficiales de policías extranjeras pues, como hemos señalado, su primordial finalidad es controlar tan sólo los actos del aparato policial estadounidense. De modo muy expresivo se manifiesta la Sentencia del Caso *Elkins v. United States* (1960)[39], según la cual la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio era «the only effectively available way», esto es, para controlar a la policía; y

b) Para su aplicación se exige una relación de causalidad directa entre la prueba ilícita y el resultado probatorio obtenido, posteriormente, con base en ella. En el supuesto de faltar esta relación (*independent source*) no es aplicable la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita. Así, si la relación entre la prueba derivada y la inicialmente lograda de modo ilícito es indirecta, o el nexo entre ellas sólo puede efectuarse por medio de una argumentación rebuscada (*sophisticated argument)*, la exclusión de la prueba derivada resulta inapropiada pues, en tal caso, es muy improbable que la policía pudiera prever que de su actuar ilícito surgiera la prueba impugnada, por lo que desaparece el objetivo

37. GRANO, J. D.: *Fruit of the poisonous tree doctrine*, «The Guide to American Law», vol. 5, Edit. West Publishing Company, St. Paul, Minn., 1984, pág. 316.

38. En este sentido, cfr. WOLLIN, D. A.: ob. cit., pág. 807; y LAFAVE/ISRAEL: ob. cit., pág. 734, nota 1.

39. Recogida por HERRMANN, J.: ob. cit. pág. 712.

último de esta doctrina, esto es, inhibir a la policía de actuar ilícitamente[40].

Esta doctrina sufrió considerables restricciones a partir de los años setenta, coincidiendo con el fin de la Presidencia en el Tribunal Supremo norteamericano del Juez Earl Warren, lo que supuso el final definitivo de la linea liberal que mantenía el citado Tribunal, y el auge del conservadurismo ideológico bajo la batuta política del Presidente Richard Nixon. Estas orientaciones conservadoras se manifiestan, ya a inicios de la década, cuando se entienden fracasados los ideales del *New Deal* y las teorías resocializadoras existentes bajo el mandato del Presidente Johnson. El profundo viraje que se produjo en la política criminal norteamericana se concretó en el resurgimiento de la idea del *Law and Orden*, de los postulados retribucionistas penales, del endurecimiento del derecho penal, y la interpretación flexible de las normas procesales contrarias a tales postulados[41].

De este modo, la aplicación de la *fruit of the poisonous tree doctrine* ha sufrido una paulatina evolución tendente a restringir al máximo su vigencia:

a) Se empezó por dejar de aplicar, de manera excepcional, limitando su alcance de forma casuística, como por ejemplo en el caso *United States v. Havens* (1980), en el que se admite la aportación al proceso de un acta de confesión lograda sin la preceptiva instrucción por la policía de los derechos que le asistían al inculpado, si con ello se mostraba la evidencia de la falsedad en la declaración posterior. Va acrecentándose entre los Jueces del Tribunal Supremo la idea del alto precio que se pagaba «cuando notorios culpables no podían ser castigados»[42].

40. Como ejemplos ilustrativos podemos mencionar el Caso *Murray v. United States* (1988), en el que el Tribunal Supremo consideró válidos los elementos probatorios logrados a partir de un registro domiciliario ilegal ya que, posteriormente, se obtuvo una autorización judicial de registro basada en informaciones conseguidas al margen, completamente inconexas (*wholly unconneted*), de los datos adquiridos del registro ilegal (cfr. SALTZBURG/CAPRA: ob. cit., págs. 384 a 390). En el caso *United States v. Ceccolini* (1978), se admitió el testimonio de una persona que se presentó, voluntariamente, a colaborar con las investigaciones policiales a pesar de que su identidad fue conseguida irregularmente. Y en el caso *State v. O'Bremski* (1967), se aceptó la validez y eficacia de la declaración incriminatoria de una menor localizada durante una entrada y registro ilícitamente realizado, pues la noticia de su presencia en dicho domicilio se conocía ya con anterioridad al mencionado acto ilícito por otras fuentes de información. En términos siminales, vid. los casos *Wong Sun v. United States* (1963), *Rawling v. Kentucky* (1980); *Taylos v. Alabama* (1982); y *United States v. Carson* (1986), citados por SALTZBURG/CAPRA: ob. cit., pág. 378; y LAFAVE/ISRAEL: ob. cit., pág. 192.

41. HERRMANN, J.: ob. cit., págs. 696-697.

42. HERRMANN, J.: ob. cit. pág. 713. Esta doctrina la encontramos recogida, de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

b) De esta excepcionalidad casuística en la aplicación de la presente doctrina, pasan a establecerse verdaderas limitaciones con base en los que podríamos denominar criterios de la *good faith* (buena fe), y la *inevitable discovery* (descubrimiento inevitable).

A partir del criterio de la *good faith* se legitima y da validez a todo lo obtenido en actuaciones policiales ilícitas, así como a lo logrado a partir de las informaciones y datos derivados de tales actuaciones, si en ellas la policía ha actuado *in good faith*, pues los beneficios que presenta la exclusión probatoria no superan sus propios costos, a saber, que los culpables queden libres. Este criterio se recoge, por ejemplo, en los casos *United States v. Leon* (1984); y *Massachusetts v. Sheppard* (1984). En ambos nos encontramos ante objetos obtenidos en registros domiciliarios con mandamiento judicial, si bien el primero de ellos carecía de una razón suficiente que le motivara (*probable cause*); y en el segundo faltaba la especificación de los objetos a localizar. Sin embargo, el Tribunal Supremo les otorgó eficacia probatoria por considerar que los funcionarios policiales actuaron «de buena fe», con la creencia de estar legitimados por un mandamiento judicial.

Y mediante el criterio de la *inevitable discovery*, consagrado en 1984 por la Sentencia del Caso *Nix v. Williams*[43], deja de aplicarse la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita en los supuestos en que lo obtenido con los actos ilícitos se hubiese descubierto, inevitablemente, por otros medios de investigación legales en curso[44].

Finalmente, y como clara manifestación de la decadencia de esta doctrina, debemos destacar que en recientes resoluciones judiciales estadounidenses se está abriendo paso una orientación jurisprudencial tenden-

igual modo, en los casos *Bivens v. Six Unknown Federal Narcotics Officees* (1971); *Brown v. Illinois* (1975); y *Stone v. Powell* (1976), citadas por WOLLIN, D. A.: ob. cit., págs. 808 y 847; SALTZBURG/CAPRA: ob. cit., pág. 378; y LAFAVE/ISRAEL: ob. cit., págs. 736-737.

43. Citada y comentada por SALTZBURG/CAPRA: ob. cit., págs. 390-391. De igual modo, vid. la sentencia del caso *Oregon v. Elstad* (1985) comentada por WOLLIN, D. A.: ob. cit., págs. 810-811 y 830 a 835; así como por SALTZBURG/CAPRA: ob. cit., págs. 529-530.

44. Este criterio ha sido utilizado, recientemente, en el Caso *United States v. Thomas* (1992), si bien para negar valor probatorio a lo obtenido en el registro de la habitación de un hotel que, a pesar de efectuarse lícitamente, puesto que contaba con el consentimiento del titular de la citada habitación, su realización tan sólo fue posible a partir de unos datos cuyo conocimiento se logró de un modo ilícito, sin posibilidad alguna de adquirirlo por cualquier otro medio, razón por la cual el Tribunal entiende que no puede ser aplicable la excepción de la *inevitable discovery* (cfr. SALTZBURG/CAPRA: ob. cit., *supplement* 1993, págs. 22-23).

te a restringir, todavía más, la aplicación de la *fruit of the poisonous tree doctrine*. Así, empezamos a encontrar fallos en los que se afirman que las confesiones forzadas, esto es, logradas con engaño o incluso intimidación, pueden utilizarse, en ocasiones, como prueba en procesos penales aunque hayan sido obtenidas violando las garantías constitucionales del acusado, como sucedió en el Caso *Arizona v. Fulminante* (1991)[45]; o mediante confesiones realizadas ilícitamente, sin lectura al detenido de sus derechos constitucionales (*Miranda warnings*), como ocurrió en los Casos *United States v. González-Sandoval* (1990) y en *United States v. Carter* (1989)[46].

b. Su falta de incorporación normativa en el art. 11.1 L.O.P.J.

Esta doctrina estadounidense ha sido acogida en nuestro ordenamiento jurídico en opinión de un sector considerable de la doctrina española, al vincular al art. 11.1 L.O.P.J. la problemática de la prueba ilícita a la lograda «directa o indirectamente» violentando derechos fundamentales. Estos autores sostienen que con el término «directa» se quiere significar las pruebas logradas infringiendo un derecho fundamental, y con el de «indirectamente» todo elemento probatorio que se derive de aquélla[47], argumentando LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que la «*violación indirecta* se produce cuando entre el acto vulnerante del derecho o libertad fun-

45. Cfr. SALTZBURG/CAPRA: ob. cit., págs. 500 y 1287 a 1289.

46. Cfr. SALTZBURG/CAPRA: ob. cit., pág. 533.

47. En este sentido, cfr. ASENCIO MELLADO, J. M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Edit. Trivium, Madrid, 1989, pág. 89; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Edit. Akal, Madrid, 1989, pág. 147; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Edit. Colex, Madrid, 1990, pág. 334 (nota 59); LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. Colex, Madrid, 1991, pág. 98; id.: *Nulidad de las fuentes de prueba obtenidas mediante una intervención telefónica*, «Estudios de Jurisprudencia», núm. 2, septiembre 1992, pág. 36; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: ob. cit., pág. 1204; ÁLVAREZ LANDETE, J.: ob. cit., pág. 37; CLIMENT DURÁN, C.: *Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida*, «Revista General del Derecho», núm. 560, mayo, 1991, pág. 2552; DÍAZ CABIALE, J. A.: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del C.G.P.J., Madrid, 1991, pág. 122; PAZ RUBIO, J. M.: *La prueba en el proceso penal*, «La prueba en el proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1992, pág. 230; ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *La función de las garantías en la actividad probatoria*, «La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993, págs. 240-241; y GIMENO SENDRA, V.: *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, «La Ley», n.º 4024, 26 de abril de 1996, págs. 4-5.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

damental y la obtención de la prueba no media una relación directa e inmediata. Entre ambos momentos existe una relación indirecta ya que están unidos por el dato obtenido ilegalmente que conduce a la prueba, que ya es obtenida con arreglo a la legalidad. Esta prueba es obtenida indirectamente gracias a una violación de un derecho fundamental. Se encuentra, pues, a nuestro entender admitida en este precepto la teoría —anteriormente expuesta— del fruto del árbol envenenado» [48].

De igual modo la jurisprudencia del T.S. sostiene esta opinión. Así, la Sentencia de 23 de enero de 1995, f.j. 1.º (Ar. 157), destaca: «El reflejo invalidante de las pruebas obtenidas violentando los derechos o las libertades fundamentales, se extiende a todas aquellas que traigan su causa, directa o indirectamente, de la prueba contaminada. Así lo establece tajantemente el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sin dejar opciones a otras alternativas encaminadas a sanar los vicios originarios de la prueba matriz». Y la Sentencia de 17 de junio de 1994, f.j. 1.º (Ar. 5176), afirma: «como expresamente previene el artículo 11.1 de esta Ley (LOPJ), «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos y libertades fundamentales». En estos supuestos se produce el denominado «efecto dominó» en el sentido de que la nulidad de determinada diligencia o prueba judicial, por vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos, arrastra en cadena la invalidez y consiguiente ineficacia jurídica de todas las posteriores que puedan traer causa —directa o indirecta— de aquella primera» [49-50].

48. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: ob. cit., págs. 147-148.

49. Igualmente, vid. la STS de 6 de julio de 1993, f.j. 1.º (Ar. 5887), según la cual la prueba ilícita «al vulnerar un derecho fundamental [...] está afectada por el efecto irradiante sobre las pruebas posteriores que la doctrina y práctica anglosajonas conocen como *doctrina de los frutos del arbol envenenado*»; o la STS de 7 de febrero de 1992, f.j. 2.º (Ar. 1108), en la que se establece de una forma inequívoca que «la obtención ilegítima o ilícita de una prueba puede operar conforme al art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial violando o vulnerando directa o indirectamente un derecho fundamental. Esta condición refleja o indirecta establecida en la norma indicada no puede por menos que entenderse referida a los supuestos en que la prueba obtenida lícitamente lo es en base a otra actividad que de manera directa ha vulnerado un derecho fundamental». También, en esta línea, se pronuncian las SSTS de 4 de marzo de 1995, f.j. 5.º (Ar. 1801); 16 de enero de 1995, f.j. 3.º (ar. 31); 24 de enero de 1995, f.j. 9.º (Ar. 159); 27 de junio de 1994, f.j. 5.º (Ar. 5034); y la de 15 de julio de 1993, f.j. 3.º (Ar. 6086); así como el ATS 18 de junio de 1992, f.j. 9.º (Ar. 6102). Igualmente, vid. la STC 49/1996, de 26 de marzo (f.j. 2.º).

50. De manera más difusa se ha pronunciado el T.C. Así, en sus Sentencias 49/1996, de 26 de marzo (f.j. 2.º); y 85/1994, de 14 de marzo (f.j. 4.º), mantiene que la ineficacia probatoria de las escuchas telefónicas inconstitucionalmente obtenidas, con vulneración de los derechos fundamentales, arrastra también a las pruebas logradas a partir de las pruebas ilícitas.

A nuestro entender, el planteamiento efectuado por esta última doctrina y jurisprudencia resulta erróneo, básicamente, por tres razones.

En primer lugar, nos encontramos con el argumento de la *voluntas legislatoris*. Del análisis de los trabajos parlamentarios, así como de la STC 114/1984 (de la cual trae origen y causa inmediata el redactado final del art. 11.1 L.O.P.J.), hemos podido determinar que en ningún momento se hace referencia a esta teoría, por lo que el legislador de 1985 difícilmente pudo tomarla en consideración al formular el mencionado precepto.

En segundo lugar, porque como acertadamente observa PASTOR BORGOÑÓN [51], el art. 11.1 L.O.P.J. «priva de efectos a las pruebas obtenidas violentando los derechos fundamentales directa o indirectamente, pero parece claro que los actos de investigación, realizados conforme a la ley, aunque motivados por informaciones conseguidas como consecuencia de una conducta inconstitucional, no suponen una vulneración indirecta de un derecho o libertad fundamental, ya que no implican una restricción al mismo a través de otros actos interpuestos». Así por ejemplo —sigue destacando la autora [52]— «la labor de búsqueda e incautación del arma del crimen no significa ninguna restricción (vulneración) del derecho a la libertad de comunicaciones, ni siquiera indirecta».

Y en tercer lugar, porque la doctrina de los «frutos del arbol envenenado» supone un límite a la eficacia y virtualidad del derecho a la prueba, configurado como fundamental en nuestra *norma normarum* (art. 24.2 C.E.) lo que obliga, como reiteradamente destaca el Tribunal Constitucional, a efectuar una lectura restrictiva del mismo. En el presente caso, esta interpretación nos conduce a negar que el art. 11.1. L.O.P.J. suponga la consagración legal de los efectos reflejos de la prueba ilícita [53].

51. PASTOR BORGOÑÓN, B.: Eficacia ..., ob. cit., pág. 361. Opinión compartida por SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Prueba preconstituida y prueba ilícita*, Conferencia realizada en el *Curso sobre el derecho constitucional a la prueba*, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, el 4 de febrero de 1991.

52. PASTOR BORGOÑÓN, B.: Eficacia ..., ob. cit., pág. 361.

53. En este sentido, DE MARINO destaca que la aceptación de esta doctrina «limitaría el derecho a la prueba de manera inconveniente» (ob. cit., pág. 619). Por otro lado, algunos autores, si bien no se pronuncian al respecto, destacan la duda sobre la recepción en nuestro ordenamiento jurídico de la doctrina estadounidense aquí analizada. Así, por ejemplo, cfr. ORTELLS RAMOS, M. (en AAVV): *Derecho Jurisdiccional*, T. 3, Edit. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 325; y SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Prólogo* a la obra *El derecho a la prueba en el proceso civil* de PICÓ I JUNOY, Edit. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 8.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En función de todo la expuesto, entendemos que el verdadero alcance anulatorio de la prueba ilícita debe buscarse en otros preceptos normativos.

c) Alcance anulatorio de la prueba ilícita según la L.O.P.J.

En nuestra opinión, tan sólo existe un argumento legal en el que puede apoyarse la vigencia de ciertos efectos reflejos de la prueba ilícitamente obtenida, y éste no viene dado por el art. 11.1 L.O.P.J., como hemos analizado, sino por el art. 242 del mismo Texto Normativo, que declara inválidos los actos que se deriven y sean dependientes de otros declarados nulos[54]. Sin embargo, la aplicación de este precepto debe limitarse en la medida en que en él tiene su acomodo normativo, precisamente, el principio contrario a la expansión de las nulidades, esto es, el de conservación de los actos. Este principio, conjuntamente con la necesidad de no reducir la eficacia del derecho constitucional a la prueba, nos conduce a exigir la concurrencia de dos requisitos para que puedan tener lugar los mencionados efectos reflejos:

a) En primer lugar, la dependencia, es decir, debe existir una relación de causalidad directa e inmediata entre la ilicitud en la obtención de la prueba y el resultado logrado posteriormente merced a dicha ilicitud[55]; y

b) En segundo lugar la imposibilidad de su obtención por otros medios legales, razón por la cual estos efectos no entran en juego cuando el resultado logrado hubiese sido obtenido, igualmente, por otras vías diferentes a la utilizada[56]. Si bien es cierto que este segundo requisito

54. Art. 242 L.O.P.J.: «1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquélla».

55. En este sentido, la STC 86/1995, de 6 de junio (f.j. 3.º), al analizar la prohibición de valoración de los elementos probatorios ilícitamente obtenidos afirma que ésta alcanza a «cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, *siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios*». De igual modo, la STS de 9 de octubre de 1992, f.j. 3.º (Ar. 7956), destaca que «la prueba nula no arrastra la nulidad de toda la actividad probatoria: sólo de aquella que traiga causa directa de ella».

56. Como indicamos con anterioridad, en esta línea restrictiva se muestra la propia jurisprudencia estadounidense creadora de la *fruit of the poisonous tree doctrine*. En este sentido se pronuncia, entre nuestros autores, DE MARINO (ob. cit., pág. 619), para quien «podría reducirse la ineficacia, en estos casos, a los supuestos en que tales elementos de prueba no hubieran podido obtenerse por un procedimiento lícito. Restringiendo o am-

comporta la necesidad de efectuar juicios hipotéticos acerca de la probabilidad que existía de acceder a los datos e informaciones logrados a través de la mencionada prueba[57], no lo es menos que tales juicios deberán ser oportunamente razonados por el juzgador en su sentencia, siendo de este modo controlables mediante los correspondientes recursos[58-59].

En esta línea parece pronunciarse alguna reciente resolución del TS. Así, la Sentencia de 7 de julio de 1995, f.j. 1.º (Ar. 5436) destaca: «Ciertamente, que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos constitucionales no deben surtir efecto, pero también ha de tenerse en cuenta que sólo se pueden desestimar las pretensiones por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable, y que para que se dé la nulidad por infracción procesal se requieren 3 condiciones: A) que se trate de norma esencial de procedimiento; B) que se haya prescindido total y absolutamente de dichas normas y C) que efectivamente se haya producido por ello indefensión (LOPJ art. 238 núm. 3.º). La nulidad no afecta

pliando la validez, según se presumiera o no la obtenibilidad legítima». En parecidos términos SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Prueba preconstituida y prueba ilícita*, ob. cit.; y CLIMENT DURÁN, C.: ob. cit., págs. 2553-2554.

57. Este argumento es utilizado por algún autor para mantener la inadmisibilidad de la valoración judicial de la prueba lograda lícitamente pero a partir de un acto ilícito. Así, vid. GUARIGLIA, F.: *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, «Jueces para la democracia», n.º 26, julio/1996, págs. 79-80.

58. Además, especialmente en el orden penal, con ello se evitan eventuales actuaciones fraudulentas e injustas del presunto delincuente. Así —destaca PASTOR BORGOÑÓN (*Eficacia ...*, ob. cit., pág. 360)— «basta con inducir a la persona que está buscando y recogiendo las fuentes de prueba a que incumpla alguno de los requisitos legales, previstos para que la actuación restrictiva de un derecho fundamental sea admisible, para invalidar toda su labor posterior de investigación derivada, en mayor o menor medida, de las informaciones obtenidas con la conducta irregular». De igual modo, SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Prueba preconstituida y prueba ilícita*, ob. cit.; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: ob. cit., pág. 98; y CLIMENT DURÁN, C.: ob. cit., pág. 2554.

59. El presente razonamiento aparece recogido por el TS para dar validez a elementos probatorios logrados durante la práctica de una diligencia de entrada y registro y que acreditan la existencia de un delito distinto a aquél que es objeto de investigación judicial. De este modo, la STS de 18 de febrero de 1994 (Ar. 2314) afirma en el f.j. 1.º: «[...] carece de razón la Defensa cuando afirma que el hallazgo casual de pruebas de otro delito que el que ha motivado las diligencias sumariales quita a tales pruebas validez. *En efecto, si las pruebas casualmente halladas hubieran podido ser obtenidas mediante el procedimiento en el que se las encontró, nada impide que tales pruebas sean valoradas*. Por lo tanto, aunque el auto que autorizó la entrada y registro establezca que la misma se otorga «tan sólo al objeto de comprobar la existencia de estupefacientes», la valoración de pruebas obtenidas en dicha diligencia relativas a la tenencia ilícita de armas y demás delitos diversos por los que el recurrente fue finalmente condenado, *es ajustada a derecho, pues tales pruebas hubieran podido ser obtenidas por medio de una diligencia de entrada y registro*».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sino al acto ilegal y no se extiende a los independientes de aquél (independencial procesal se entiende) ni a aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariable, aun sin haberse cometido la infracción que motivó su nulidad; el número 2 del artículo 242 de la Ley Orgánica 6/1985 incluso contempla la posibilidad de que pueda ser nula parte de un acto y no es resto del mismo acto cuando no dependa de aquélla. Naturalmente, en el derecho procesal existe, mientras no sea incompatible con un principio superior, el de conservación del acto en caso de duda 'in dubio pro actis'». Y prosigue: «Ha de tenerse en cuenta, al aplicar la teoría de procedencia norteamericana «de los frutos del árbol envenenado» que tal doctrina no puede llegar, en contra de nuestra legalidad vigente, a que la contaminación viciosa imposibilite la investigación penal, en cuanto el descubrimiento de las pruebas objetivas de un hecho delictivo haya tenido lugar con un defecto puramente formal, estrictamente procesal de legalidad ordinaria, y sólo la vulneración propiamente constitucional puede hacer extensiva la inefectividad de las pruebas a las posteriores (art. 11.1) y eso cuando, repetimos, no haya posibilidad de apreciar la independencia de su juicio. No se puede privar a ninguna de las partes [...] de todo su acervo probatorio porque alguna de las pruebas fuera defectuosa por alguna incorrección procesal, aunque cronológicamente sea precedente a otras obtenidas con todos los requisitos formales. Otra tesis podría conducirnos al absurdo de que los presuntos implicados en un hecho pudieran provocar la nulidad de las pruebas inmediatas, procurando dar facilidades probatorias iniciales, en circunstancias formalmente viciosas, a sabiendas, con objeto de bloquear toda posible investigación ulterior acerca de aquel hecho» [60].

60. En similares términos, la STS de 1 de marzo de 1994, f.j. 2.º (Ar. 1765), omitiendo en todo momento el art. 11.1 L.O.P.J., afirma: «[...] si bien es cierto que el registro practicado sin la asistencia del Secretario judicial o del que haga sus veces incumple lo prevenido en el art. 569 LECrim y por ello constituye una diligencia procesalmente invalidada y carente de los efectos probatorios que de ella se derivarían de haberse cumplido las prescripciones que la ley de ritos prevé para su celebración, *no lo es menos que tal irregularidad afecta sólo a la diligencia concreta en la que concurre, pero ni se contagia al resto de las actuaciones procesales, si los ritos a ellas aplicables se han cumplido, los que, por el principio de conservación de los actos (art. 242 LOPJ) mantienen los efectos que les son propios*, ni impide que los datos que pretendían probarse por la diligencia de registro irregular y que ésta ya no puede acreditar al perder sus efectos, sean susceptibles de ser probados por otra actividad probatoria practicada en la causa». Igualmente, la STS de 18 de enero de 1994, f.j. 1.º (Ar. 29), sin mencionar el art. 11.1 L.O.P.J., sostiene: «[...] se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por entender que la prueba que sirvió de base a la condena fue consecuencia de un registro practicado en el bar que, a su vez, trajo causa de unas conversaciones

De igual modo, debemos destacar la reciente STC 85/1994, de 14 de marzo. En esta resolución, se declara el carácter ilícito de las presunciones utilizadas por el juzgador para condenar al recurrente, pues las mismas traían causa de una serie de datos que no podían lograrse al margen de la intervención telefónica ilícitamente practicada. Así, en el f.j. 4.º afirma: «[...] al no poderse valorar, dada su procedencia constitucionalmente ilícita, los indicios considerados como tales por el órgano judicial, es evidente que dicho razonamiento lógico [se refiere al utilizado para fundamentar la sentencia condenatoria] queda con ello afectado, pues, por sí sola, la ocupación de la droga en poder de la menor no puede estimarse prueba suficiente para acreditar el hecho de tráfico que se imputa a los recurrentes. Máxime cuando, como es el caso, dicho indicio no habría podido obtenerse sin saber previamente que la citada menor iba a realizar el recorrido indicado transportando «algo» desde el domicilio de los recurrentes al suyo propio, hecho éste del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida».

6. Estudio de un caso particular a modo de conclusión

A la vista de las consideraciones hasta ahora formuladas, podemos concluir que el alcance anulatorio de la prueba ilícita del art. 11.1 L.O.P.J. se extiende tan sólo a lo obtenido con infracción de los derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, también serán nulos todos los elementos probatorios conseguidos a partir de una prueba ilícita siempre que, como establece el art. 242.1 L.O.P.J., referente a las nuli-

telefónicas que el Tribunal declaró nulas, por lo que toda la prueba debe ser considerada como tal. Es un problema complejo, y no exento de dificultades, determinar cuál es el alcance de la declaración de nulidad de una prueba. Es evidente que, de una actividad que se declara radicalmente nula, nada puede obtenerse con vistas a una condena, pero también lo es que tampoco es aceptable afirmar que si una prueba se declara nula la absolución es ya irremediable. Se daría así el contrasentido de que todo acusado recibiría con alborozo la práctica de una prueba nula porque con ella estaría garantizada la imposibilidad de condena. Las pruebas no *contaminadas* son válidas y nada puede objetarse respecto de ellas. Así la propia declaración del imputado reconociendo sin precisión alguna el hecho, las declaraciones testificales autónomas, es decir, no asociadas a la prueba nula [...]».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dades procesales, concurran dos requisitos: la dependencia o relación de causalidad directa e inmediata entre la obtención de la prueba y el resultado logrado posteriormente merced a dicha ilicitud; y la imposibilidad de su obtención por medios legales, motivo por el cual los efectos reflejos de la prueba ilícita no entran en juego cuando el resultado logrado se hubiese obtenido, igualmente, por otras vías diferentes a la utilizada.

Creemos haber puesto de manifiesto que el legislador, mediante la expresión «directa o indirectamente» utilizada en el art. 11.1 L.O.P.J., pretendió recoger, de manera poco afortunada, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, destacando la ineficacia procesal de todo elemento probatorio para cuya obtención se haya infringido *directamente* un derecho fundamental, así como también la ineficacia del medio de prueba a través del cual se da entrada en el proceso a dicho elemento probatorio, ya que ello supone *indirectamente* conculcar otros derechos fundamentales (en concreto, los referentes al proceso con todas las garantías y a la igualdad de partes). En consecuencia, en dicha norma no tiene lugar la recepción legal de la doctrina norteamerica de los «frutos del arbol envenenado». Lo contrario supone mantener la vigencia absolutamente ilimitada de dicha doctrina, lo que en algunas ocasiones conduce a postulados excesivamente inflexibles, limitando la vigencia del derecho fundamental a la prueba del art. 24.2 C.E. que, como hemos analizado, debe ser siempre interpretado de manera amplia, al objeto de que alcance su máxima eficacia y virtualidad.

Sin ninguna duda, estamos en presencia de un tema con efectos prácticos de gran trascendencia, motivo por el cual parece oportuno introducir criterios de interpretación que, en función del caso concreto, permitan a los Tribunales resolver acerca de la validez o nulidad de un determinado elemento probatorio lícitamente obtenido. En nuestra opinión, el art. 242.1 L.O.P.J. aporta estos criterios, evitando así que apriorísticamente se aparten del proceso valiosas pruebas por el mero hecho de haber sido logradas a partir de una inicial actividad ilícita.

Finalmente, y al objeto de ilustrar la virtualidad práctica del alcance anulatorio de la prueba ilícita según el art. 11.1 L.O.P.J. o el art. 242.1 del mismo Texto Legal, procederemos a formular el siguiente supuesto:

Ante la desaparición de A.C.S., la policía sospecha que puede haber sido muerta por J.M.T. En consecuencia, dirige su investigación en una doble vía:

a) Por un lado, intenta localizar los posibles domicilios de J.M.T.

para, tras la correspondiente autorización judicial, poder efectuar su registro; y

b) Por otro lado, solicita autorización judicial para efectuar una interceptación en el teléfono de J.M.T. Fruto de la misma, la policía descubre que el cadáver y el arma pueden estar en una de propiedades de J.M.T, por lo que solicita autorización judicial de entrada y registro en dicha propiedad, descubriéndose el cadaver de A.C.S, así como el arma del delito.

Durante el proceso seguido contra J.M.T., el órgano jurisdiccional decreta la nulidad de la autorización judicial relativa a la intervención telefónica por no estar lo suficientemente motivada[61].

En el presente supuesto, la aplicación del art. 11.1 L.O.P.J., en su actual interpretación jurisprudencial, comporta la nulidad de todo lo obtenido con base en la intervención telefónica nula, esto es, supone la ineficacia probatoria de lo logrado mediante la entrada en el domicilio donde se descubrió el cadaver de A.C.S.. En consecuencia, a falta de otras pruebas, procederá la absolución de J.M.T.

Sin embargo, aplicando debidamente el art. 242.1 L.O.P.J. puede sostenerse la validez probatoria de lo descubierto en el citado registro domiciliar, pues si bien se parte de un acto nulo (la intervención telefónica), era posible y viable su realización válida a través de los cauces legales en curso, ya que la primera línea de actuación de la policía investigaba los domicilios de J.M.T. para proceder a su posterior registro. Por ello, al ser válidas las pruebas alcanzadas durante el citado registro, J.M.T. podrá ser condenado.

En definitiva, como podemos observar, la aplicación del art. 242.1 L.O.P.J. en detrimento del art. 11.1 de la misma Ley conduce a resultados prácticos muy diversos, evitando así las negativas consecuencias a que puede dar lugar una ilimitada introducción en nuestro ordenamiento de la teoría de los efectos reflejos de la prueba ilícita.

61. El requisito de la suficiente motivación se exige, reiteradamente, en la jurisprudencia tanto del TC como del T.S. Así, vid. las SSTC 49/1996, de 26 de marzo (f.j. 3.º); 181/1995, de 11 de diciembre (f.j. 5.º); 86/1995, de 6 de junio (f.j. 3.º); y 85/1994, de 143 de marzo (f.j. 3.º); así como las SSTS de 22 de enero de 1996, f.j. 1.º (Ar. 49); o la de 11 de diciembre de 1995, f.j. 2.º (Ar. 9235); entre otras muchas.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

7. Bibliografía

Álvarez Landete, J.: *El proceso debido y la nulidad de la prueba ilícita*, «Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante», junio, 1991, págs. 31 y ss.

Andrés Ibáñez, P.: *La función de las garantías en la actividad probatoria*, «La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993, págs. 215 y ss.

Angeloni, F.: *Le prove illecite*, en «I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale», Edit. CEDAM, Padova, 1992.

Asencio Mellado, J. M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Edit. Trivium, Madrid, 1989.

Bayarri García, C. E.: *La prueba ilícita y sus efectos*, «La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993, págs. 421 y ss.

Bernal Cuéllar, J.: *Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal*, «Revista Universitaria de Derecho Procesal», n.º IV/1990, págs. 361 y ss.

Bloch, K. E.: *Fifth amendment compelled statements: modeling the contours of their protected scope*, «Washington University Law Quarterly», Winter 1994, págs. 1603 y ss.

Cappelletti, M.: *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, «Scritti in onore di A. C. Jemolo», T. II, Edit. Giuffré, Milano, 1963, págs. 181 y ss.

Climent Durán, C.: *Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida*, «Revista General del Derecho», núm. 560, mayo, 1991, págs. 2547 y ss.

Conso, G.: *Il concetto e le specie d'invalidità*, Edit. Giuffrè, Milano, 1955.

Cordero, F.: *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, «Rivista italiana di diritto e procedura penales», 1961, págs. 680 y ss.

Damián Moreno, J.: *Sobre el derecho de defensa y prueba prohibida*, «Poder Judicial», núm. 16, 1990, págs. 150 y ss.

D'Elia, Ch. M.: *The exclusionary rule: who does it punish?*, «Seton Hall Constitutional Law Journal», Spring, 1995, págs. 563 y ss.

De Marino, R.: *Los problemas probatorios como límite del Derecho a la prueba*, «Primeras Jornadas de Derecho Judicial», Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983, págs. 607 y ss.

Denti, V.: *Nullità degli atti processuali civili*, «Novissimo Digesto Italiano», T.XI, Edit. UTET, Torino, 1965, págs. 467 y ss.

Díaz Cabiale, J. A.: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del C.G.P.J., Madrid, 1991.

Faraci, P.: *Criminal Procedure Survey: Search and Seizure*, «Denver University Law Review», n.º 71, 1994, págs. 929 y ss.

Fernández Entralgo, J.: *Prueba ilegítimamente obtenida*, «La Ley», 1/1990, págs. 1202 y ss.

Giménez Pericas (*Sobre la prueba ilícitamente obtenida*, «La prueba en el proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1992, págs. 279 y ss.

Gimeno Sendra, V.: *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, «La Ley», n.º 4024, 1996, págs. 1 y ss.

González-Cuéllar Serrano, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Edit. Colex, Madrid, 1990.

González Montes, J. L.: *La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales*, «Revista de Derecho Procesal», 1/1990, págs. 29 y ss.

Grano, J. D.: *Fruit of the poisonous tree doctrine*, «The Guide to American Law», vol. 5, Edit. West Publishing Company, St. Paul, Minn., 1984, págs. 316 y ss.

Guariglia, F.: *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, «Jueces para la democracia», n.º 26, julio, 1996, págs. 76 y ss.

Guasp Delgado, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, Edit. Aguilar, Madrid, 1943.

Herrmann, J.: *Nuevas orientaciones en la administración de justicia penal norteamericana*, «Justicia», III/1987, págs. 693 y ss.

Kamisar, Y.: *On the «fruits» of Miranda violations, coerced confessions, and compelled testimony*, «Michigan Law Review», March, 1995, págs. 936 y ss.

Lafave W. R., e Israel, J. H.: *Criminal Procedure*, vol. I, Edit. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1984, págs. 732 y ss.

López Barja de Quiroga, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Edit. Akal, MAdrid, 1989.

López-Fragoso Álvarez, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. Colex, Madrid, 1991.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.:*Nulidad de las fuentes de prueba obtenidas mediante una intervención telefónica*, «Estudios de Jurisprudencia», núm. 2, 1992, págs. 23 y ss.

LOZANO-HIGUERO PINTO, M.: *Introducción al Derecho Procesal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

LOZANO-HIGUERO PINTO, M., y MARCHENA GÓMEZ, M.: *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Edit. Comares, Granada, 1994

MARTÍN DE LA LEONA, J. M.: *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, 2.ª ed., Edit. Colex, Madrid, 1995.

MARTÍN PALLÍN, J. A.: *Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal*, «Poder Judicial», núm. especial, VI/1989, págs. 125 y ss.

MORÓN PALOMINO, M.: *La nulidad en el proceso civil*, Edit. Nereo, Barcelona, 1962.

MUÑOZ SABATÉ, Ll.: *Técnica probatoria (Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso)*, 4.ª ed., Edit. Praxis, Barcelona, 1993.

ORTELLS RAMOS, M. (en AA.VV.): *Derecho Jurisdiccional*, T. 3, Edit. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 325.

PASTOR BORGOÑÓN, B.: *La prueba ilegalmente obtenida*, en «La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993, págs. 183 y ss.

PASTOR BORGOÑÓN, B.: *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, «Justicia», 2/1986, págs. 350 y ss.

PAULÍ COLLADO, F. J.: *La prueba ilegalmente obtenida,* en «Recopilación de Ponencias y Comunicaciones, Planes Provinciales y Territoriales de Formación», C.G.P.J., Madrid, 1993, págs. 1265 y ss.

PAZ RUBIO, J. M.: *La prueba en el proceso penal*, «La prueba en el proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1992, pág. 93 y ss.

PICÓ I JUNOY, J.: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Edit. Bosch, Barcelona, 1996.

PICÓ I JUNOY, J.: *La protección del derecho a la prueba en el proceso penal*, «Revista Jurídica de Cataluña», 4/1993, págs. 147 y ss.

POLI, R.: *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, «Rivista di Diritto Processuale», II/1995, págs. 472 y ss.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Pactos privados sobre la prueba*, en «Trabajos y orientaciones de derecho procesal», Edit. EDERSA, Madrid, 1954, págs. 263 y ss.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *El sistema procesal español*, 2.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1995.

RICCI, G.F.: *Le prove illecite nel processo civile*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», I/1987, págs. 41 y ss.

RUIZ VADILLO, E.: *La actividad probatoria en el proceso penal*, «La prueba en el proceso penal», Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1992, págs. 99 y ss.

SÁINZ DE ROBLES, F. C. y ALBÁCAR LÓPEZ, J. C.: *El derecho a la prueba*, «Primeras Jornadas de Derecho Judicial», Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983, págs. 591 y ss.

SALTZBURG, S. A., y CAPRA, D. J.: *American Criminal Procedure*, 4.ª ed., Edit. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1992, págs. 378 y ss. (con *addendas* de los años 1991 y 1993).

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Prólogo* a la obra *El derecho a la prueba en el proceso civil* de PICÓ I JUNOY, Edit. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 7 y ss.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, vol. 2.º (arts. 1214 a 1253), 2.ª ed., Edit. EDERSA, Madrid, 1991.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Ineficacia de los actos procesales*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», T. XIII, Edit. Seix, Barcelona, 1965, págs. 455 y ss.; y en «Estudios de Derecho Procesal» (*Actos procesales ineficaces*), Edit. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 459 y ss.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *El incidente de nulidad de actuaciones*, «Justicia», núm. especial, 1981, pág. 43 y ss.

VEGA TORRES, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Edit. La Ley, Madrid, 1995.

VERGÉ GRAU, J.: *La nulidad de actuaciones*, Edit. Bosch, Barcelona, 1987

WOLLIN, D. A.: *Policing the Police: Should Miranda Violations Bear Fruit?*, «Ohio State Law Journal», vol. 53, III/1992, págs. 805 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

CRISTINA RIBA TREPAT
Profesora Ayudante del Área de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 1/1996 de 10 de enero unifica[1] el régimen de la asistencia jurídica gratuita para todos los órdenes jurisdiccionales[2], excepto en lo referente a los juicios de que conoce el Tribunal Constitucional que disponen de una normativa específica[3].

El desarrollo reglamentario de la ley se encuentra recogido en el RD 2103/1996, de 20 de septiembre[4], que debe completarse con las dis-

1. El beneficio de pobreza venía regulado en los artículos 13 a 50 y 1.708 de la LEC, 119 a 140 de la LECr, 25 y 26 de la LPL y 132 LJCA. Asimismo, en los artículos 788 y ss. de la LECr se contenía el régimen de asistencia letrada al detenido.
2. En el ámbito de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, rige en esta materia lo previsto en el ápendice al Reglamento interior de la Comisión Europea de Derechos Humanos y también el ápendice al Reglamento interior del TEDH.
3. Acuerdo del Pleno del TC de 18 de junio de 1996, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo Constitucional (BOE núm. 174 de 19 de julio de 1996).
4. Vid. al respecto BACHMAIER WINTER, L., *El Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita* en «Tribunales de Justicia», Enero, 1997, n.º 1, pp. 19-23.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

posiciones de las respectivas C.C.A.A. cuando tengan atribuidas competencias en esta materia[5].

En la Exposición de Motivos que precede al texto articulado se indica que el derecho a la asistencia jurídica gratuita es una consecuencia de la previsión recogida en el artículo 119 de la Constitución, que, a su vez, trae causa de las garantías reconocidas en los artículos 24 y 25 de la Norma fundamental, de modo que, con la aprobación de esta ley, se entiende cumplido el mandato del constituyente cuya primera concreción fue la Ley 25/1985 de supresión de las tasas judiciales.

Con carácter previo al análisis de las cuestiones que, a buen seguro, suscitará su aplicación, entendemos necesario dejar clara, desde el inicio, nuestra opinión acerca de la naturaleza del derecho a la asistencia jurídica gratuita[6].

En este sentido, consideramos que el precepto constitucional de obligada referencia no puede ser otro que el artículo 24 CE, ya sea atendiendo la exigencia de tutela judicial efectiva contenida en su apartado primero, ya sea a partir del elenco de garantías procesales contenidas en su apartado segundo, en particular, del derecho a la defensa y a la asistencia jurídica.

En cualquier caso, nos encontramos ante un derecho fundamental de la persona que concreta, en el ámbito del proceso, las exigencias derivadas tanto del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE como del respeto a la dignidad de la persona que impone el artículo 10 de la Carta Magna.

Si esto es así, y de acuerdo con lo previsto en los artículos 53 y 81 de la Constitución, el desarrollo legislativo debe contemplar dos imperativos básicos, como son la tutela jurisdiccional y la regulación mediante ley orgánica.

Respecto a la primera de ellas, a continuación se verá cómo la tutela judicial ha quedado notablemente reducida y, en todo caso, sujeta al cumplimiento de un complejo *iter* procedimental cuyo impulso queda

5. En este sentido puede verse el Decret 252/1996 de 5 de juliol, de la Generalitat de Catalunya, de creació de les Comissions d'assistència jurídica gratuita, de regulació del procediment per al reconeixement del dret d'assistència jurídica gratuïta i de la subvenció per a les actuacions professionals d'advocats y procuradors. (DOGC núm. 2.228, de 10 de juliol).

6. A mayor abundamiento puede verse CID CEBRIÁN, M., *La justicia gratuita. Realidad y perspectiva de un derecho constitucional*, Pamplona, 1995; VILABOY y LOIS y CASTILLEJO MANZANARES, R., *Comentario al Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita*, en «Dereito», vol. 1, 1992, pp. 109 y ss. y vol. 2, 1993, pp. 209 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

asignado al propio interesado. En relación a la segunda, es patente la opción formal escogida por el legislador, lo que evidencia la concepción del derecho a la asistencia jurídica gratuita que subyace a lo largo de todo el texto articulado.

Hechas estas salvedades, nos proponemos analizar, no las novedades que presenta esta nueva regulación —que ya han sido tratadas por uno de los especialistas en el tema[7]—, sino un conjunto de cuestiones que, sin duda, comportarán dificultades prácticas a cuya solución modestamente queremos contribuir[8].

2. SELECCIÓN DEL BENEFICIARIO

De entre los aspectos en los que se aprecia un mayor celo normativo, destaca la delimitación de las condiciones subjetivas y objetivas que debe reunir el destinatario de la prestación pública consistente en el otorgamiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

A esta finalidad se dedican los artículos 2 y 3 de la ley que deberán completarse con otros preceptos que, directa o indirectamente, contienen criterios para decidir su concesión.

A efectos expositivos, nosotros vamos a tratar esta cuestión diferenciando: los requisitos subjetivos, los requisitos objetivos, los requisitos de la pretensión, y finalmente el propio pronunciamiento judicial sobre las costas del proceso. De la combinación de todos ellos se obtendrá el perfil de peticionario que subyace en el espíritu de esta norma.

2.1. *Ámbito subjetivo de aplicación*

En relación a los requisitos subjetivos es preciso analizar detenidamente el contenido del artículo 2 de la ley. En particular, debe prestarse atención al régimen previsto para conceder este derecho a personas con nacionalidad distinta de la española y a las personas jurídicas.

La regla general respecto de las personas físicas o naturales viene contenida en el apartado a) del artículo precitado cuando señala que ten-

7. GÓMEZ COLOMER, J. L., *El nuevo régimen del beneficio de la asistencia jurídica gratuita* en «La Ley», de 22 de abril de 1996, núm. 4020, pp. 1 a 8.

8. Un exhaustivo análisis de la jurisprudencia relativa al beneficio de pobreza, según su anterior regulación, puede verse en *Ley y Reglamento de asistencia jurídica gratuita.* (Edición a cargo de GIMENO SENDRA, V., y GARBERÍ LLOBREGAT, J.), 1.ª ed., Madrid, 1996.

drán derecho a la asistencia jurídica gratuita: «*Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar*».

Por consiguiente, si obviamos el inciso referente a las circunstancias económicas —por cuanto será objeto de un tratamiento específico en el apartado siguiente—, se advierte que la nacionalidad es el criterio principal a tener en cuenta en orden a decidir la concesión de esta prestación pública, extendiéndose a aquellos extranjeros no comunitarios que hayan obtenido la residencia legal en nuestro país[9].

Si esto es así, la cuestión a resolver consiste en determinar cuál es la situación en que se encuentran las personas que ni tienen nacionalidad española ni residencia legal en España, pero que, no obstante, necesitan de la tutela de nuestros jueces y tribunales, y no disponen de medios económicos suficientes para hacer frente al costo ordinario que un proceso supone.

La respuesta del legislador se concreta en los apartados e) y f) del artículo 2 de la Ley, en los que se prevé el otorgamiento de este derecho:»[...] *aun cuando* [los extranjeros] *no residan legalmente en territorio español*». Sin embargo, la extensión del ámbito subjetivo a los extranjeros no residentes se limita al orden jurisdiccional penal[10] y al orden contencioso-administrativo cuando se trate de procesos relativos a la solicitud de asilo[11].

La valoración de este régimen jurídico nos conduce necesariamente a evidenciar lo que, en nuestra opinión, significa un claro quebranto de

9. Estas cuestiones se hallan reguladas en la LO 7/1985 de 1 de julio, desarrollada por el RD 155/1996 de 2 de febrero.

10. Mención aparte merece el tratamiento dado por la Ley a las costas devengadas por la asistencia letrada al detenido. En este sentido, en el apartado 2 del artículo 6 se incluye esta prestación dentro del ámbito material de la asistencia jurídica gratuita, a la vez que en el apartado 5 del artículo 3 se exonera la acreditación previa de insuficiencia de recursos para litigar. No obstante, la norma implícitamente exige la solicitud «a posteriori» del derecho indicando que, en caso de no lograrse su reconocimiento por la Comisión, el abono de los honorarios devengados recaerá en el interesado.

11. Naturalmente, sin perjuicio de lo previsto en los Tratados y Convenios suscritos por España en esta materia. En particular contienen previsiones relativa a la asistencia juridica gratuita: El Convenio Europeo relativo a la transmision de solicitudes de asistencia juridica gratuita de 27 de enero de 1977, hecho en Estrasburgo y el Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia de 25 de octubre de 1980, hecho en La Haya.

las garantías procesales mínimas a que toda persona tiene derecho[12], recogidas en el artículo 24 de nuestra Carta Magna, donde no se distingue entre españoles y extranjeros a la hora de reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva.

El texto actual restringe notablemente el ámbito subjetivo previsto en el artículo 14 LEC para gozar del beneficio de pobreza, estableciéndose una clara discriminación por motivos de orden público interior. Es decir, las cuestiones relativas a la residencia legal constituyen una materia propia del Derecho Público, pero en ningún caso pueden ser la excusa utilizada para privar a una persona de sus garantías procesales constitucionalmente reconocidas y situarla en una clara situación de indefensión. ¿O es que acaso una persona «sin papeles» no dispone de acción para oponerse a un acto administrativo nulo o para reclamar la resolución de un contrato civil o mercantil celebrado con un residente?

La respuesta únicamente puede ser afirmativa, por lo que no se explica el trato desigual que depara la ley por razones que no interfieren para nada en la validez de las situaciones jurídicas en las que un no residente puede hallarse. Así pues, resulta patente la contradicción que existe entre las reglas contenidas en el artículo 2 de la Ley 1/1996 y preceptos tan significativos como son los artículos 10, 13, 14 y 24 de la Constitución[13]; situación que debe resolverse mediante una interpretación extensiva de dichas reglas para dar cobijo a toda persona que necesite asistencia jurídica y no pueda recurrir al mercado de profesionales en la materia.

Evidenciada la inadecuación del criterio de la nacionalidad en orden a delimitar el ámbito de aplicación del beneficio de la asistencia jurídica gratuita, sorprende la regla contenida en el apartado d) del artículo 2 cuando señala que en el orden jurisdiccional social, gozarán de esta prestación: «[...] *los trabajadores y los beneficiarios del sistema de Seguridad Social*».

La interpretación literal del precepto lleva a la paradójica conclusión de que las personas sujetas por un vínculo de naturaleza laboral, o que resultan acreedoras de prestaciones a cargo de la Seguridad Social, quedan, en todo caso, incluidas en el ámbito subjetivo que permite obtener asistencia jurídica a cargo del Estado. Es decir, el punto de conexión es

12. En este sentido resulta de interés la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre contenida la sentencia del caso Pakelli de 25 de abril de 1983.

13. Por no hablar de la contradicción del art. 2 de la Ley 1/1996 con el criterio que inspira otras normas ordinarias como el art. 27 de CC.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

claramente funcional, pues atiende a una condición que se adquiere en el momento en que se perfecciona una relación de trabajo por cuenta ajena. En consecuencia, si contrastamos el texto de esta norma con el resto de reglas del precepto, sería plausible entender que en ella se prevé la concesión automática de este derecho con la simple acreditación de dicha circunstancia, de modo que, en el orden jurisdiccional social, la asistencia jurídica gratuita podría solicitarse por todo trabajador o beneficiario de la Seguridad Social, independientemente de su situación económica.

Así las cosas, se impone una interpretación sistemática de este precepto, lo que conduce a dos posibles conclusiones. Primera, que se trata de una derogación de la exigencia general de acreditación de la insuficiencia de recursos para litigar; y segunda, que se trata de una norma del tenor de las que la siguen, y por lo tanto, relativa a los ciudadanos extranjeros no residentes en España. Es decir, la norma no efectua ninguna distinción basada en la nacionalidad, ni tampoco en la residencia, de modo que ha de considerarse aplicable también a todas las personas de nacionalidad distinta a la española o de algún país de la Unión Europea, cuya residencia legal, o bien, no esté determinada, o bien, esté fijada en otro país.

En cualquier caso, debemos señalar que en la medida en que la defectuosa redacción del precepto redunda en una ampliación de las posibilidades de aplicación de la norma, su eventual restricción requerirá algo más que la simple denuncia de las confusiones que su texto provoca. Es decir, de optarse por la segunda de las posibles interpretaciones —que, en nuestra opinión, es la que se adecúa a la voluntad del legislador— no cabría diferenciar la nacionalidad de quienes acceden a la jurisdicción social, por lo que la eventual concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita únicamente vendrá condicionada al cumplimiento de los requisitos económicos previstos en el artículo 3 de la ley.

En cuanto a las personas jurídicas, en el apartado c) del artículo 2 se enumeran aquellas que, si acreditan carecer de los recursos económicos que constituyen el límite legalmente determinado, pueden acceder a la asistencia jurídica gratuita. Son las sigüientes: 1) Las asociaciones de utilidad pública, y b) Las fundaciones privadas.

Este precepto debe completarse con la previsión contenida en la Disposición Adicional Segunda donde se establece que la Cruz Roja Española y las Asociaciones de consumidores y usuarios tendrán reconocido este derecho sin necesidad de acreditar la insuficiencia de recursos

para litigar[14]. Es decir, se trata de una atribución directa de esta prestación que, de alguna forma significa extender a estas entidades el régimen jurídico propio de los entes públicos.

La primera objeción que se plantea hace referencia a la inexistencia de motivo alguno para excluir, del ámbito subjetivo de aplicación a las personas jurídicas con forma societaria —ya sea civil o mercantil—, pues en el régimen previsto en la LEC no quedaban excluidas del beneficio de pobreza las sociedades sujetas a procesos concursales; y el propio Tribunal Constitucional admite, sin reparos, el reconocimiento de derechos fundamentales predicables de las personas jurídicas en general y de las sociedades en particular[15]. En consecuencia, no se alcanza a comprender esta decisión legislativa que adopta como criterio decisorio la finalidad o interés al que presuntamente sirve la persona jurídica. Es decir, el mero ánimo de lucro constituye para el legislador actual razón suficiente para negar esta prestación, mientras que la existencia de un fin o interés general habilita su disfrute. Consideramos que se trata de un criterio francamente discutible mediante el que se proporciona un trato desigual sin aportar justificación alguna y se ignoran los efectos que para terceros significan las situaciones de insolvencia empresarial[16].

En segundo lugar, es preciso determinar cuál es el régimen jurídico actualmente aplicable a las asociaciones y fundaciones privadas que están legitimadas para solicitar la concesión de este beneficio; y, en este sentido, se impone la remisión a la Ley 30/1994 de 24 de noviembre, y a la Ley 191/1964 de 24 de diciembre, en las que se regulan sus características básicas. Es decir, únicamente aquellas entidades que cumplan con las exigencias de estas norma reunirán los requisitos legales para iniciar el procedimiento que debe llevar a la eventual concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En este orden de cosas, resulta de especial interés tratar de averiguar si las Cajas de Ahorro se encuentran, en la actualidad, dentro del

14. En el artículo 20 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, se establece que estas Asociaciones disfrutarán del beneficio de asistencia jurídica gratuita cuando actúen de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de dicho texto legal, es decir, cuando reclamen la tutela judicial para proteger los derechos de los consumidores y usuarios que guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

15. STC 53/1983, de 20 de junio.

16. Piénsese, por ejemplo, en la situación en la que se encuentran los acreedores de una sociedad sujeta a un procedimiento concursal que no dispone de medios financieros para reclamar judicialmente a sus deudores los créditos que le permitirían hacer frente a sus propias deudas.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ámbito de aplicación de esta Ley; ya que si bien, por una parte, son entes jurídicos de naturaleza fundacional que tradicionalmente han gozado de este beneficio por expresa atribución legal, por otra, desarrollan una actividad mercantil de intermediación financiera en régimem de libre competencia empresarial.

Esta cuestión ha sido abordada por GÓMEZ COLOMER [17], quien sostiene que, en virtud de lo previsto en el artículo 8 de la Ley de 29 de junio de 1880, las Cajas de Ahorro gozan del derecho a la asistencia jurídica gratuita sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar.

Para fundamentar un pronunciamiento en este tema, entendemos imprescindible repasar las distintas disposiciones que, a lo largo de los años, han contemplado la posibilidad de atribuir a dichas personas jurídicas el beneficio de pobreza, hasta llegar al régimen jurídico vigente hoy en día.

La Ley General de Beneficiencia, de 20 de junio de 1849 [18], en su artículo 17, atribuye expresamente este derecho a las instituciones benéficas. Por su parte, de los siete artículos que tiene la Ley de 29 de junio de 1880 [19], el único relevante a nuestros efectos es el art. 3, a cuyo tenor las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad tienen la condición de instituciones de beneficiencia. Por consiguiente, el beneficio de pobreza alcanzará a estos entes, no por expresa atribución de la Ley de 29 de junio de 1880 sino fundamentalmente por la actividad que desarrollan y por su propia configuración jurídica.

El artículo 3 del Decreto de 14 de marzo de 1933 [20] establece que las Cajas Generales de ahorro popular: «*Por su carácter, gozarán en dichas reclamaciones [....] del beneficio de pobreza sin necesidad de solicitarlo expresamente*». En este sentido, debe valorarse el efecto que supone, en la configuración de estas entidades, la aprobación del Decreto de 27 de agosto de 1977 [21], cuyo artículo 20 habilita a las Cajas de Ahorro para actuar en el sistema financiero. Es decir, desde el momento en que resultan autorizadas para ejercer la actividad bancaria, la dimensión social de las Cajas de ahorro queda en un segundo plano sin que, a los

17. GÓMEZ COLOMER, *El nuevo régimen del beneficio,...* cit., p. 4.
18. Colección legislativa de España, 1850, Primer cuatrimestre, p. 203, ref. 374.
19. Boletín de la Revista General de legislación y jurisprudencia, Periódico Oficial del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Tomo LXI, 2.º Tomo de 1880, pp. 332 y 333.
20. Gaceta de 17 de marzo de 1933, p. 284.
21. BOE núm.212 de 5 de septiembre de 1977, p. 2803.

efectos de la concesión del benficio de pobreza, proceda considerar que, en sus relaciones financieras, actuan como instituciones benéficas.

La siguiente norma —aunque la primera postconstitucional— que se ocupa de este tema es el Real D-Ley 18/1982 de 24 de septiembre [22], en cuyo artículo 6.3, segundo párrafo, se indica que: «*Los Bancos, Cajas de ahorro y Cooperativas de crédito que sean declarados en quiebra o incurran en sobreseimiento definitivo en expedientes de suspensión de pagos, gozarán, asimismo, del beneficio de pobreza salvo que una vez liquidado su patrimonio y pagados todos los acreedores resulten bienes suficientes para hacer efectivas las costas y gastos judiciales*».

La delimitación legal de las circunstancias objetivas que permiten a las entidades de crédito acceder a esta prestación pública encajan perfectamente con la moderna función de las Cajas de ahorro y con la posición del constituyente respecto de las garantías procesales de nuestro sistema, de modo que no cabe sino entender que dicho precepto deroga cualquier norma preconstitucional contraria a su tenor, y en especial el RD de 1933, fijando, desde su aprobación, las condiciones de acceso de dichas entidades al beneficio de pobreza.

Este escenario normativo es el que se encuentra el legislador en el momento de aprobar la Ley 30/1994 de 24 de noviembre, por lo que resulta significativa su Disposición Derogatoria única, en la que expresamente se deroga la Ley General de Beneficencia; de modo que, en la actualidad, no puede fundamentarse el derecho de las Cajas de Ahorro a gozar de asistencia jurídica gratuita en la Ley de 20 de junio de 1880, que, como hemos visto, se limita a incluirlas en el ámbito subjetivo de aplicación de una ley que perdió su vigencia en 1994.

Por último, en la Disposición Derogatoria única de la Ley 1/1996, además de considerar derogada toda norma anterior incompatible con ella, se deja expresamente sin efecto el artículo 6.3 del RD-Ley 18/1982 de 24 de septiembre.

Por todo ello, a nuestro modo de ver, las Cajas de ahorro no gozan de un régimen jurídico especial o privilegiado en esta materia, sino que, en todo caso, deben sujetarse a las exigencias predicables de toda fundación privada. Es decir, además de cumplir con las exigencias propias de la ley 30/1994, deberán acreditar todos los requisitos que la Ley 1/1996 establece en orden a conceder el derecho de asistencia jurídica gratuita.

22. BOE de 1 y 6 de octubre de 1982.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2.2. *Requisitos objetivos*

La Ley 1/1996 mediante los artículos 3, 4 y 5 trata de establecer unos criterios objetivos que permitan valorar la situación económica de quienes solicitan asistencia jurídica gratuita en orden a dar cumplimiento al mandato del artículo 119 de la CE, donde se prevé que la Justicia será gratuita para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar [23].

El análisis de estos preceptos no puede desconocer el carácter prestacional de este derecho, por cuanto, en último término, no es otra cosa que la financiación a cargo de los Presupuestos Generales del Estado de las necesidades económicas que un proceso supone para aquel ciudadano cuyo nivel de renta no le permite hacer frente a dicho coste por sí mismo. Por consiguiente, la aplicacion de tales parámetros debe atender siempre a los principios recogidos en el artículo 31.2 del texto constitucional donde se indica que: «*El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía*».
De ahí que, si bien es importante evitar situaciones de indebida obtención de asistencia jurídica gratuita, más importante es que la distribución de los fondos responda a criterios de equidad, de modo que efectivamente lleguen a quienes por sus propios medios no pueden hacer frente al coste de un proceso. Ello conduce, en nuestra opinión, a un criterio de aplicación en el que en caso de duda, se resuelva en favor del peticionario a quien no puede exigírsele una prueba de carácter negativo.

Planteada la cuestión en estos términos, la primera observación que cabe efectuar hace referencia a la utilización de conceptos importados del Derecho Tributario para configurar los requisitos económicos que condicionan la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita, lo que, como veremos a continuación, provocará serios problemas interpretativos [24].

23. En el voto particular a la STC 16/1994, de 20 de enero, los magistrados D. Rafael de Mendizábal Allende y D. Julio Diego González Campos, entienden que la insuficiencia de recursos para litigar no es una situación equivalente a la carestía económica objetivamente considerada, sino que hace referencia a la onerosidad que, de acuerdo con las condiciones de vida del solicitante, supone tener que hacer frente al coste de un proceso, de suerte que resulten seriamente comprometidas las bases de su economía doméstica. Aunque no sea este el momento de enjuiciar la adecuación constitucional del modelo adoptado en la ley que comentamos, no podemos sino adherirnos a esta concepción de lo que debe entenderse como insuficiencia de recursos «*para litigar*».

24. También comportará dificultades de tipo probatorio ya que, si bien el artículo

Además, debe significarse que la Ley establece parámetros distintos según se trate de personas físicas o jurídicas ya que, si bien en ambos casos se adopta como criterio objetivo el salario mínimo interprofesional —S.M.I.— [25], en un caso se compara con los ingresos obtenidos y en el otro con la base imponible declarada en el Impuesto de sociedades.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la Ley, cuando el solicitante sea persona física, esta exigencia pasa por no superar el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de presentar la solicitud [26]. Para determinar este límite, se tienen en cuenta no sólo los ingresos anuales del solicitante, sino también los obtenidos por los miembros de la unidad familiar en la que, en su caso, se integre.

Esta regla, aparentemente sencilla, plantea numerosos interrogantes y, en nuestra opinión, resulta claramente contradictoria con el principio de igualdad. En apoyo de esta afirmación vamos a estudiar sus principales elementos.

En primer lugar, la norma adopta como índice de capacidad económica el total anual de los recursos o ingresos obtenidos por el solicitante. Sin embargo, no indica cuál será el período a considerar, ni tampoco si se trata de ingresos brutos o netos.

Respecto a la primera cuestión, entendemos que el legislador está pensando en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior al año en que se solicita el derecho a la asistencia jurídica gratuita, pues en el anexo I del Reglamento se exige, como documentacion que debe acompañar a la solicitud, la aportación por el solicitante de las declaraciones del Impuesto sobre la renta de las personas físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio,

17 de la Ley permite reclamar el auxilio de la Agencia Tributaria en orden a comprobar la exactitud de los datos declarados por los solicitantes, se abre la puerta a todas las cuestiones de índole fiscal cuya conciliación con la gestión de este servicio resultará cuanto menos compleja. Piénsese, por ejemplo, que en el ámbito tributario las declaraciones presentadas por los sujetos pasivos, por una parte, se presumen ciertas (art.116 LGT) pero, por otra, tienen un carácter provisional (arts. 64 y 121 LGT), y están sujetas a comprobacion administrativa durante un período de 5 años, de modo que únicamente transcurrido este período o efectuada la comprobación se pueden considerar definitivas y hacer prueba de los hechos que contienen.

25. En la Sentencia de 20 de enero ya citada, el TC entiende que la elección del SMI como criterio de comparación se ajusta a las exigencias constitucionales y, en particular, al principio de igualdad.

26. La fijación del SMI para 1997 viene establecida en el RD 2656/1996, de 27 de diciembre (BOE núm. 313, de 28 de diciembre de 1996). En este sentido, debe señalarse que en esta norma se preveen distintas cantidades atendiendo a las diferentes relaciones laborales que pueden establecerse. Sin embargo, con carácter general, para trabajadores mayores de 18 años, el importe a considerar, en cómputo anual, son 932.820 pts.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

devengados en dicho período[27]. En este sentido, no pueden dejar de señalarse los inconvenientes que surgen cuando se advierte que las normas de gestión de estos tributos fijan el momento adecuado para la práctica de la autoliquidación a finales del primer semestre inmediato posterior al ejercicio en el que se devenga el tributo[28]. Por consiguiente, las personas que soliciten la asistencia jurídica gratuita antes del período voluntario de declaración únicamente dispondrán de los datos fiscales correspondientes al penúltimo ejercicio, es decir, los ingresos a considerar serán los verificados dos años antes de presentar la solicitud[29].

En relación al importe que deberá confrontarse con el módulo legalmente fijado, entendemos que la oscuridad de la norma debe subsanarse en vía interpretativa y considerar que dichos ingresos son netos, debiéndose descontar, por tanto, los gastos necesarios para obtenerlos pues, de este modo, se aproximan al concepto de renta que proporciona el artículo 2 de la Ley 18/1991 de 6 de junio, reguladora del IRPF. Una interpretación literal del precepto resultaría contraria, no sólo al principio de capacidad económica recogido en el artículo 31 de la Constitución, sino también al propio espíritu de la Ley que estamos analizando.

Decimos esto porque el prototipo de solicitante que subyace en el artículo 3 de la ley es una persona cuya renta proviene de las retribuciones derivadas del trabajo por cuenta ajena, de ahí que, la aplicación rigurosa de este precepto signifique vetar, a los profesionales y empresarios individuales, el acceso a esta prestación ya que, de no admitirse la minoración de los ingresos generados por el importe correspondiente a los gastos propios de su actividad, la cifra formal de renta a considerar será desproporcionadamente superior a los resultados realmente obtenidos. Por consiguiente, en esta sede propugnamos que, de mantenerse la aplicación de parámetros fiscales para delimitar los requisitos objetivos del otorgamiento de la asistencia jurídica gratuita, para evaluar la situación economica de las personas físicas se utilice la base imponible del IRPF como magnitud de comparación con el salario mínimo.

En lo que se refiere al régimen de acumulación de ingresos entre

27. Es decir, se comparan magnitudes económicas heterogéneas ya que el SMI será el del momento en que se solicita el derecho, mientras que los ingresos con los que se confronta serán, como mínimo, los correspondientes al año natural anterior.

28. Vid. artículos 38 y ss. del RD 1841/1991, de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, y 37 y ss. de la Ley 19/1991, de 6 de junio.

29. Una de las objeciones a los criterios fiscales utilizados por el legislador incide en la elección de la renta como indicador de capacidad económica, siendo la titularidad dominical tan sólo un factor a valorar en los términos del artículo 4.

los miembros de la unidad familiar[30], no podemos ocultar nuestro completo desacuerdo con la opción seguida por el legislador pues, entre otras razones, la propia doctrina del TC entiende que la sujeción obligatoria a este régimen constituye una vulneración del artículo 14 de la Constitución[31].

Por otra parte, la misma definición de unidad familiar que se contiene en el apartado 2 del artículo 3 resulta claramente discriminatoria respecto de las personas entre las que existe un vínculo matrimonial[32] y, por ello contraria al artículo 39 CE. Es decir, si lo que pretende el legislador, con un criterio ciertamente discutible, es introducir un elemento

30. En el párrafo tercero del artículo 12 de la Ley también se prevé la acumulación de rentas cuando se trate de litisconsorcio necesario y la magnitud a comparar será la suma de los ingresos de todas las personas que deban litigar bajo una misma dirección jurídica. En este caso, si bien se trata de una norma más exigente que el anterior artículo 18 de la LEC, entendemos que se trata de una regla adecuada por cuanto existe una comunidad de intereses susceptible de ser considerada como un único beneficiario en orden al otorgamiento de esta prestación, de modo que la eventual insuficiencia de medios de uno o varios de los litisconsortes puede suplirse por el resto de interesados, sin perjuicio de la aplicación, en el ámbito interno, de las normas generales sobre pluralidad de deudores.

31. En la Sentencia de 10 de noviembre de 1988, el TC considera que la obligatoriedad para los cónyuges de seguir las reglas de acumulación de rentas en orden a calcular la base imponible en el IRPF no se ajusta a las exigencias constitucionales, resultando especialmente significativo, y extrapolable al caso que nos ocupa, el razonamiento contenido en el FJ noveno, donde el Alto Tribunal señala que: «[...] Si lo que implica incremento de la capacidad económica y por consiguiente tributaria de los sujetos pasivos del impuesto integrados en una unidad familiar es la vida en común, esta circunstancia debería ser el supuesto de la norma reguladora del régimen en cuestión, y ciertamente no lo es. Y no lo es porque el único índice que para la asunción de su existencia ha tenido en cuenta el legislador es el mero hecho del matrimonio [...]».

32. Especial interés despierta la norma de excepción a la regla de acumulación de las rentas contenida en el apartado tercero del artículo 3, donde se contempla el caso de que existan intereses contrapuestos entre los miembros de la unidad familiar, pues señala que únicamente se considerarán los ingresos del peticionario que litiga en contra de su conyúge o descendientes. Sin embargo, esta regla debe ponerse en relación con el artículo 36.4 de la Ley, donde se habilita expresamente al abogado o procurador designado de oficio para reclamar el pago de sus honorarios o aranceles a quien una resolución judicial imponga la carga de satisfacer las «litis expensas», por cuanto indirectamente determina el mismo efecto económico. Es decir, la diferencia, entre considerar los ingresos del cónyuge con mayor capacidad de pago en el momento en el que la parte con insuficiencia de medios solicita el derecho de asistencia jurídica gratuita y hacerlo en relación a la fijación de las «litis expensas», solamente supone conceder un anticipo a cargo de fondos públicos que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 5 del artículo 36, deberán ser devueltos por el profesional que los percibió. Por consiguiente, también en caso de conflicto de intereses, la concesión definitiva de este derecho se condiciona no sólo a los recursos de los que dispone el solicitante, sino también a los ingresos que obtiene su cónyuge.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

valorativo en el que se tenga en cuenta los recursos de los que indirectamente puede disponer el solicitante sin ingresos propios, no sólo debe contemplar la convivencia entre cónyuges o por razón de filiación, sino toda situación equivalente que comporte una comunidad de gasto[33].

Por consiguiente, a la vista de la inadecuación de esta norma, pensamos que los ingresos que obtienen los miembros de la unidad familiar en la que se integra el solicitante, no pueden integrarse como criterio objetivo de acceso al derecho a la asistencia jurídica gratuita sino, en todo caso, considerarse como una de las circunstancias que determinan la exclusión en los términos previstos en el artículo 4 de la ley. De este modo, lo que ahora constituye un presupuesto vinculado a la capacidad económica, pasará a ser una presunción y consecuentemente admitirá prueba en contrario, constituyendo un elemento susceptible de revisión tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

En cualquier caso, señalar que incluso siguiendo una interpretación como la que aquí se propone, en estas reglas se aprecia una opción claramente restrictiva si la comparamos con el régimen previsto en la LEC pues, en dicha norma, las circunstancias familiares del peticionario únicamente podían comportar una ampliación del límite ecónomico establecido en orden al otorgamiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita; sin embargo, en el régimen actual, la técnica de acumulación de rentas en el seno de la unidad familiar determina justo el efecto contrario, abandonando a la discrecionalidad de la Comisión la eventual concesión de este derecho en base a las circunstancias personales del sujeto tal como previene el artículo 5.

Cuando el solicitante del derecho a la asistencia jurídica gratuita es una persona jurídica de entre las enumeradas en el apartado c) del artículo 2, la ley —art. 3.6— fija el criterio para determinar la capacidad económica en la base imponible del impuesto sobre sociedades[34].

En este sentido señalar: primero, que tampoco en este caso se especifica el ejercicio fiscal a considerar, de modo que damos por reproducidas las cuestiones que acabamos de plantear respecto a las personas físicas; y segundo, que, en esta sede, el recurso a la base imponible evidencia, aun más si cabe, una inadecuada remisión a los conceptos tributarios.

33. En este sentido cabría considerar las parejas de hecho con un sistema de vida equivalente al marital, pues en la actualidad existen diversas normas que contemplan este fenómeno social desde una perspectiva uniforme; y también toda clase de situación convivencial entre personas unidas por un vínculo distinto al matrimonio o la relación paterno-filial. En particular, entendemos que deberían aplicarse los criterios que se contienen en el artículo 16.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

34. Cfr. Título IV de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

Decimos esto porque, de acuerdo con el régimen jurídico que se desprende de los artículos 133 y ss. de la Ley del Impuesto de Sociedades, las fundaciones privadas gozan de un amplio sistema de exenciones en relación a los ingresos obtenidos en aquellas actividades vinculadas al fin social de carácter público que sustenta su condición jurídica, de suerte que únicamente se incluyen en la base imponible las rentas procedentes de aquellas actividades empresariales que obedecen a un inequívoco ánimo de lucro.

Si esto es así, resulta notorio, por una parte, que la base imponible en ningún caso puede ser un indicador de la eventual insuficiencia de recursos para litigar y, por otra, que la exclusión de las personas jurídicas con forma societaria del ámbito de aplicación del impuesto no tiene razón de ser.

En nuestra opinión, la coherencia con los propios postulados de la ley, exigiría que la magnitud a comparar con el salario mínimo interprofesional sea el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias correspondiente al ejercicio inmediato anterior a aquel en que se solicita la asistencia jurídica gratuita.

2.3. *Requisitos de la pretensión*

Junto a los requisitos subjetivos y objetivos, el acceso a la asistencia jurídica gratuita viene también condicionado a la existencia de una pretensión adecuada. Para acotar esta exigencia de tan difícil concreción, el artículo 3.4 de la Ley establece que esta prestación únicamente se concederá a quienes litiguen: «[...] *en defensa de derechos o intereses propios*»; y en el artículo 34 se prevé que: «*En caso de que el Colegio de Abogados y el Ministerio Fiscal estimaran indefendible la pretensión, la Comisión de Asistencia jurídica desestimará la solicitud*»[35].

2.3.1. Litigar por derechos propios

Según GÓMEZ COLOMER, litigar por derechos propios significa que el derecho que va a deducir en juicio ha nacido originariamente en la

35. En este sentido, cabe señalar que tales exigencias venían también previstas en la LEC (arts.19 y 38, respectivamente).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

esfera patrimonial de la persona que solicita la asistencia jurídica gratuita[36], de modo que indirectamente alude al régimen de legitimación ordinaria en el proceso para cuya participación se solicita esta clase de prestación.

En nuestra opinión, y considerando con RAMOS MÉNDEZ que el conjunto de cuestiones que se suelen agrupar bajo el concepto de legitimación se integran en el fondo del asunto a resolver por el órgano jurisdiccional[37], resulta excesivo atribuir a la Comisión de Asistencia jurídica competencias para pronunciarse, con carácter preliminar, respecto de los elementos que configuran el objeto procesal, pues, de suyo, significaría practicar un antejuicio sin sujeción a las garantías mínimas establecidas en la legislación vigente.

Por consiguiente, debe huirse de toda interpretación que asimile este requisito con la noción de legitimación, para resituarlo en la determinación del nexo existente entre la pretensión y el sujeto que reclama la tutela judicial. Es decir, cuando la persona que solicita el derecho a la asistencia jurídica gratuita ostenta la condición de parte demandada o acusada el vínculo lo prefigura el actor o acusador, de modo que, en ningún caso una eventual desestimación podrá fundamentarse en este requisito. Por el contrario, cuando el peticionario lo que pretende es iniciar el proceso esta exigencia debe relacionarse con la idea de interés legítimo que expresa la Constitución. Es decir, el énfasis debe recaer no en la pretensión en sí misma considerada, sino en el interés de la parte que pretende conducirla hasta el órgano jurisdiccional.

Si esto es así, cabe ahora plantearse cómo se concilia el régimen de concesión de este derecho con instituciones como la sustitución procesal o la sucesión procesal pues, no seria extraño que se suscitasen dudas acerca de la aplicación de la regla contenida en el artículo 3.4 de la ley a estas eventualidades del juicio.

En relación a la sustitución procesal no se advierte inconveniente alguno para que la persona que pretende actuar amparada en una habilitación de este género solicite y, si cumple con el resto de requistos legales, obtenga el derecho de asistencia jurídica gratuita, entre otras razones, porque, sin entrar en este momento a debatir si ejerce un derecho propio o ajeno[38], resulta indiscutible que su pretensión responde a un interés propio y directo.

36. GÓMEZ COLOMER, *El nuevo régimen...*, cit. p. 3.
37. RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, I, Barcelona, 1992, pp. 251 y ss.
38. RAMOS MÉNDEZ, op. cit. p. 264.

Respecto a la sucesión procesal son dos las cuestiones a resolver. Primero, conviene establecer en qué casos y bajo qué condiciones puede el sucesor aprovechar el derecho a la asistencia jurídica gratuita reconocido al causante. Y seguidamente es preciso determinar qué ocurre con los gastos ocasionados hasta el momento de la sucesión cuando al sucesor no se le concede el beneficio previamente reconocido al transmitente[39].

Dada la configuración actual del derecho que estamos analizando y la ausencia de una prohibición expresa en esta materia, entendemos que no cabe distinguir entre los supuestos en los que la sucesión trae causa de actos *intervivos* y aquellos que responden a una negocio *mortis causa*, ya que, en todo caso, el sucesor deberá cumplir con los requisitos objetivos de capacidad económica establecidos en el artículo 3 de la Ley.

En este orden de cosas, se nos plantean tres posibles situaciones:

a) En la primera de ellas tanto el sucesor como el sucedido reunen las condiciones previstas para considerar que no disponen de recursos suficientes para litigar. En este caso, la Comisión habrá concedido el derecho a quien inició el proceso, de modo que si el sucesor solicita que también a él se le reconozca, y siempre que acredite la insuficiencia de medios, entendemos que la decisión estimatoria determinará la subrogación del sucesor en la situación del sucedido. Es decir, en nuestra opinión, y atendiendo al principio de economía procesal, el sucesor aprovecha el derecho reconocido a su transmitente si continua con el abogado y procurador inicialmente designados.

b) En la segunda situación, el sucedido rebasa los límites objetivos fijados para el otorgamiento del derecho por lo que, en su momento, concertó libremente los servicios profesionales oportunos; mientras que las circunstancias económicas del sucesor le habilitan para solicitar el derecho de asistencia jurídica gratuita. En este caso, entendemos que procede aplicar la regla contenida en el artículo 8 de la ley relativa a la insuficiencia sobrevenida. Es decir, para los gastos ocasionados con posterioridad a la sucesión entendemos posible, si se cumplen las demás

39. A pesar de que en la normativa actual no se contempla expresamente esta vicisitud del proceso, entendemos que resultan de aplicación los criterios doctrinales y jurisprudenciales referentes a la aplicación del artículo 20 de la LEC antes de ser reformado por la L 34/84 de 6 de agosto. En este sentido, puede verse RAMOS MÉNDEZ, F., *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, Barcelona, 1974, pp. 255 a 253 y también GÓMEZ COLOMER, J.-L., *El beneficio de pobreza*, Barcelona, 1982, pp. 123 a 125.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

exigencias legales, otorgar este derecho, de modo que procederá la designación de abogado y procurador de oficio en sustitución de los inicialmente nombrados. Respecto a las costas anteriores entendemos que quedan sujetas a las reglas generales[40].

c) Por último, cabe la posibilidad de que los ingresos del sucesor sean superiores a los parámetros marcados por el artículo 3 de la Ley, mientras que, al iniciarse el juicio, se concedió al sucedido el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Este caso, si bien es inverso al anterior, entendemos que debe regirse por el mismo principio de separación de costas, de modo que las anteriores a la sucesión deben liquidarse y satisfacerse a cargo de los fondos públicos mediante los que se financia esta prestación, y el sucesor únicamente deviene responsable del pago de aquellas devengadas después de operada la sucesión procesal.

2.3.2. Sostenibilidad de la pretensión

El artículo 32 de la Ley habilita al abogado designado de oficio para que, si considera insostenible la pretensión que le es planteada por la persona a quien debe asistir por decision de la Comisión de Asistencia jurídica gratuita, exponga dicha circunstancia solicitando ser liberado de su obligación de asistencia.

Si esto sucede, en el artículo 33.2 se prevé que la Comisión reclame la evacuación de un dictamen al Colegio de Abogados y otro al Ministerio Fiscal donde se pronuncien acerca de la fundamentación alegada por el abogado; y en el último párrafo del artículo 34 se dispone que la Comisión desestimará la petición de asistencia jurídica cuando a la vista de dichos dictámenes entienda indefendible la pretensión del interesado. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 35 de la Ley cuando se solicita asistencia jurídica gratuita para interponer un recurso contra las resoluciones judiciales que pongan fin al proceso en la instancia correspondiente.

Ante dicho régimen jurídico, la primera cuestión interpretativa que se plantea es determinar qué se entiende por una pretensión insostenible. En este sentido vemos, por de pronto, que la Ley asimila esta circunstancia con la imposibilidad de desarrollar su defensa jurídica, ya que señala la desestimación de aquellas que se reputen *indefendibles*. Sea como fuere, se trata de un concepto jurídico indeterminado, que requiere ser precisado en orden a evitar un juicio paralelo al que, de suyo, corresponde al órgano jurisdiccional.

40. Ello significa que los profesionales que prestaron sus servicios en favor de quien resulta sucedido en el proceso, deberán liquidar los honorarios y aranceles devengados hasta la fecha que, salvo condena en costas a la otra parte, serán satisfechos por quien contrató con ellos, de suerte que, si se trata de una sucesión «mortis causa», deberán reclamar su crédito al heredero o a la herencia yacente.

En nuestra opinión, el aspecto fundamental a valorar es la propia configuración de la pretensión objetivamente considerada, sin que en ningún caso sea admisible proyectar el eventual resultado desfavorable del juicio jurisdiccional, ya que lo que se reclama del abogado únicamente es una actividad tendente a facilitar la tutela judicial a personas que por sus propios medios nunca podrían acceder a ella, por lo que no puede prejuzgar el caso cuya defensa se le encarga.

Por consiguiente, entendemos que, para emitir un dictamen que no resulte discrecional o suponga un enjuiciamiento previo, es preciso adoptar unas coordenadas que delimiten, en la medida de lo razonable, este ámbito de sostenibilidad.

En este sentido, pensamos que la pretensión debe confrontarse con los siguientes parámetros. Por una parte, y a modo de criterio decisorio, se impone que no concurra en ella ninguna de las causas que determinarían su inadmisibilidad; y, por otra, atendiendo a que la asistencia jurídica gratuita constituye un servicio público de mínimos, deberán rechazarse aquellas en las que se aprecie una clara finalidad especulativa.

Planteada la cuestión en estos términos, la primera conclusión a la que se llega es que no se puede hablar de insostenibilidad respecto del solicitante que resulte ser parte demandada o acusada, ya que la asistencia jurídica que reclama emana de la garantía constitucional a la defensa en juicio. En consecuencia, únicamente respecto del actor o acusador particular, es posible efectuar un examen acerca de la pretensión a deducir.

Si esto es así, la única situación a resolver vendría dada por aquella pretensión que inicialmente reúne los requisitos necesarios para ser admitida a trámite, pero que, no obstante, resulta indefendible por quien queda encargado de la asistencia jurídica.

Es decir, en nuestra opinión, puede hablarse de una insostenibilidad absoluta cuando la pretensión objetivamente examinada plantea problemas de admisibilidad, de modo que, por razones de economía procesal, es necesaria una valoración previa a cargo del abogado designado por la Comisión.

Sin embargo, cuando dicha circunstancia no concurre, se hace muy difícil efectuar un pronunciamiento en este sentido sin entrar en una valoración sobre el fondo del asunto. Por ello, pensamos que, a fin de evi-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tar la indebida utilización de recursos públicos para financiar juicios temerarios o meramente posibilistas, podrían utilizarse aquellos criterios legales que sustentan la bondad de una pretensión como, por ejemplo, el *fumus bonis iuris* o el principio de prueba. En cualquier caso, estas situaciones siempre supondrán una cierta subjetividad en la apreciación por parte de quienes deben valorar la pretensión, de modo que, en último término, la motivación de una eventual desestimación por causa de indefendibilidad es susceptible de revisión por parte del órgano jurisdiccional.

2.4. *Las costas del proceso*

Para completar el análisis de las exigencias legales que determinan la efectiva concesión de la prestación consistente en financiar el coste del proceso a cargo de fondos públicos, es preciso valorar los efectos del pronunciamiento judicial sobre las costas del proceso.

A tal efecto, en el artículo 36 de la Ley se contemplan tres casos de reintegro de los fondos públicos aplicados según sea el sentido del incidente de tasación.

1. Con arreglo al art. 36.1.º, si resulta condenada en costas la parte contraria a quien disfrutó de asistencia jurídica gratuita, los profesionales designados de oficio deberán reclamar el pago de sus honorarios y aranceles al litigante vencido con sujeción a las reglas generales, de suerte que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 5.º, en caso de obtener el cobro deberán devolver el importe de la subvención pública recibida.

Esta regla nos parece adecuada por cuanto de no establecerse una previsión en este sentido el verdadero beneficiario de la prestación resultaría ser una persona que no la solicitó y en quien probablemente no concurran los requisitos legalmente señalados para su otorgamiento. Es decir, la financiación pública es subsidiaria y, en estos casos, únicamente supone una provisión de fondos en favor de quienes vienen obligados a asistir a la parte con insuficiencia de recursos para litigar.

2. En el apartado 2.º del art. 36 se establece que si el beneficiario resulta condenado en costas queda obligado a satisfacer tanto las causadas en su defensa como las de la otra parte, si en el plazo de 3 años desde la terminación del proceso viene a mejor fortuna; entendiéndose que dicha circunstancia se produce cuando, o bien sus ingresos superen los límites fijados en el artículo 3, o bien se alteren las circunstancias que fueron consideradas en el momento de otorgar el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Los interrogantes que plantea esta regla son tan variados que nosotros nos limitaremos a exponer aquellos que, en nuestra opinión, resultan más preocupantes.

En primer lugar, se advierte una completa indeterminación respecto al momento inicial para el cómputo del plazo de los 3 años a los que debe extenderse la insuficiencia de recursos para litigar por cuanto resulta difícil establecer qué se entiende por la *terminación del proceso*. Por consiguiente, considerando las hipótesis previstas en el artículo 7 de la ley, entendemos que el *dies a quo* debe fijarse en la fecha de cada resolución judicial en la que exista un pronunciamiento sobre las costas causadas en las distintas instancias que se hayan seguido. De este modo se consigue aportar un mínimo de certidumbre en la aplicación de una norma que, de suyo, plantea una situación de evidente inseguridad jurídica.

La segunda cuestión, hace referencia a la situación en que se encuentran los profesionales que han asistido a la parte liberada de las costas del proceso ya que en el artículo 6 de la Ley no se incluye dentro del ámbito material del derecho a la asistencia jurídica gratuita la eventual satisfacción de los gastos en que incurrió el litigante vencedor.

En consecuencia, no alcanzamos a comprender el sentido de esta norma pues, si, como no podría ser de otro modo, no viene previsto en la Ley que se satisfagan las costas de la otra parte con cargo a fondos públicos, no tiene sentido condicionar su pago a la mejor fortuna del condenado y menos aún decretar la interrupción del plazo de prescripción previsto en el artículo 1.967 del CC. Es decir, la responsabilidad patrimonial de la parte por las costas judiciales no puede verse mediatizada por la eventual concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita, por lo que deben seguirse las normas generales sobre la materia.

Por último, también en relación a las costas generadas en la defensa del beneficiario se advierten significativas oscuridades. En particular, el eventual reintegro por modificación de las condiciones económicas del destinatario viene condicionado al ejercicio por el profesional designado en su día de la acción de reclamación de honorarios.

En nuestra opinión, el procedimiento previsto en la ley constituye una fuente permanente de conflictos, de modo que sería preferible que la fiscalización *a posteriori*, de las circunstancias económicas de quien recibió asistencia jurídica gratuita, quedase encargada a la Comisión, de suerte que al advertir el aumento de su capacidad de pago le reclame el importe de los fondos públicos que en su momento se entregaron a quienes le asistieron en juicio.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

3. Finalmente, en el apartado 3.º del art. 36 se previene que, en el caso de que no exista expreso pronunciamiento en costas o que habiéndolo cada parte resulte obligada a soportar las causadas a su instancia, si triunfa la pretensión de quien recibió asistencia jurídica gratuita y se traduce en un valor económico, una tercera parte de dicho importe quede sujeta al pago de las devengadas a su instancia. Es decir, se establece una *cuota litis* de la que la subvención pública resulta subsidiaria.

Aparte de la opinión que nos pueda merecer esta opción legislativa, entendemos que se impone concretar en qué momento se entiende que el beneficiario ha obtenido recursos suficientes para hacer frente a esta obligación de pago, ya que la efectiva disposición de los recursos dependerá del cumplimiento de la resolución judicial. Es decir, entendemos que únicamente puede exigirse la contribución del beneficiario a la financiación de las costas que su defensa ha ocasionado cuando haya recibido el equivalente económico del derecho de crédito judicialmente determinado. También en este caso, pensamos que es preferible que la actuación tendente al reintegro sea ejercida por la propia Comisión de Asistencia jurídica gratuita.

A la luz de este régimen jurídico, se observa que el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita tan sólo constituye un título provisional que habilita a la Comisión para anticipar los recursos necesarios a fin de que la parte con insuficiencia de medios económicos pueda disponer de la debida defensa y representación; provisión que únicamente devendrá definitiva cuando a la otra parte no se le impongan la totalidad de las costas y el beneficiario no vea mejorada su situación financiera a lo largo del proceso o durante los tres años siguientes si resulta expresamente condenado a soportarlas.

Llegados al final de este primer apartado, estamos en condiciones de diseñar el prototipo de solicitante que tiene fundadas expectativas de obtener una asistencia jurídica financiada a cargo de fondos públicos, pues, de acuerdo con lo dicho hasta ahora, deberá tratarse de una persona física de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, cuya situación económica actual y futura evidencie una inequívoca carestía de medios, que, litigando por derechos propios, conduzca una pretensión con fundadas posibilidades de éxito y que, a su vez, se vea obligada a soportar las costas del proceso.

Naturalmente, en la ley se contemplan diversas hipótesis, pero, en nuestra opinión, ésta que acabamos de describir refleja y explica muchas de las reglas mediante las cuales el legislador pretende lograr un doble objetivo. Primero, en un alarde de celo presupuestario, se quiere evitar la

concesión de esta prestación a aquellas personas que directa o indirectamente puedan llegar a disponer de recursos económicos presumiblemente suficientes como para hacer frente al precio que el mercado fija para los servicios de los profesionales del derecho. Y, segundo, se intenta evitar que los abogados o procuradores designados de oficio obtengan una retribución menor de la que libremente acordarían sin que exista una causa objetiva que justifique este carga deontológica.

3. Organización y procedimiento

Una vez analizadas algunas de las cuestiones que, a nuestro modo de ver, plantean significativos interrogantes a la hora de determinar cuáles son las condiciones de acceso a la asistencia jurídica gratuita, es el momento de abordar aquellos aspectos de la organización del servicio y del procedimiento previsto para encauzar las solicitudes de los ciudadanos que, de acuerdo con la naturaleza jurídica de esta prestación, entendemos más relevantes en orden al adecuado desarrollo del mandato constitucional al que esta Ley dice servir.

A tal efecto, a continuación trataremos de las reglas relativas a la designación de letrado, a las que seguirá el régimen jurídico del silencio administrativo y el análisis de las normas de coordinación entre los distintos órganos que participan en la estructura diseñada por el legislador, así como aquellas mediante las que se estructura el procedimiento de impugnación de las resoluciones de la Comisión, para terminar con el estudio del régimen de suspensión procesal motivada por una solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

3.1. *La designación de letrado*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la Ley, el primer pronunciamiento respecto a la idoneidad de la solicitud presentada corresponde al Colegio de Abogados. Este examen preliminar queda circunscrito a determinar: Primero, si el solicitante cumple con los requisitos subjetivos enumerados en el artículo 2, y, segundo, si la pretensión es aparentemente sostenible y con fundamento suficiente[41].

41 Esta regla contrasta con el régimen previsto en el artículo 32 de la Ley, pues, de suyo, supone que el Colegio de Abogados efectua una valoración de la sostenibilidad y del fundamento jurídico de la pretensión antes remitirla al abogado designado. Si esto

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Cuando de la documentación aportada resulten debidamente acreditados los extremos anteriores, el Colegio de Abogados procederá a la designación provisional de letrado de acuerdo con las reglas del Capítulo tercero de la Ley, remitiendo el expediente a la Comisión, que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 18, comprobará la concurrencia de los requisitos económicos fijados en el artículo 3 de la Ley, de modo que, de entenderse cumplidos, confirmará la designación provisional que devendrá definitiva[42].

Por el contrario, si el Colegio de Abogados considera que no se cumplen las circunstancias que habilitan para la designación provisional de letrado, se limitará a dar traslado del expediente a la Comisión para que efectúe una valoración de conjunto y resuelva sobre la petición formulada por el interesado.

Sin perjuicio de la complejidad formal de este procedimiento, entendemos que las situaciones susceptibles de producir mayores problemas de aplicación son aquellas en las que existe divergencia entre la decisión del Colegio de Abogados y la Comisión. Es decir, cabe plantearse qué ocurre cuando no se ha procedido a la designación provisional y, sin embargo, se otorga el derecho de asistencia jurídica gratuita; y, a la inversa, cómo se resuelve la relación nacida entre el abogado provisionalmente designado y el peticionario cuando la Comisión desestima la solicitud.

En el primer caso, entendemos que el único efecto relevante hace referencia al régimen de suspensión del curso del proceso por cuanto supone una demora en la determinación de los profesionales encargados de la defensa y representación en juicio. En el segundo, es preciso distinguir las gestiones realizadas al amparo de la designación provisional,frente a aquellas posteriores a la desestimación del derecho de asistencia jurídica gratuita.

es así, *a contrario sensu,* cabe concluir que todas aquellas que llegan al letrado no serán *manifiestamente* insostenibles, ya que necesariamente habrán superado este filtro inicial. De nuevo se aprecian importantes deficiencias técnicas en la regulación de los motivos de desestimación provocadas por un evidente exceso de celo en el control de viabilidad de la pretensión del solicitante, que, en el fondo, comportan una valoración discrecional del objeto del proceso para el que se solicita asistencia jurídica gratuita.

42. Esta regla general se ve, no obstante, excepcionada cuando se trata de la asistencia letrada al detenido, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.5 de la Ley, para la práctica de las diligencias y actuaciones indispensables para garantizar la observancia de las normas que contemplan esta situación, la designación de letrado es automática, sin perjuicio de la ulterior presentación de la solicitud de asistencia jurídica gratuita.

En el segundo párrafo del artículo 27 de la Ley, se establece que, si el derecho no fuera reconocido, los profesionales intervinientes podrán percibir de sus defendidos o representados los honorarios correspondientes a las actuaciones practicadas.

En nuestra opinión, esta regla debe concordarse con la contenida en el último párrafo del apartado 5 del artículo 36, donde se establece que, para el cálculo de los honorarios y aranceles devengados en situaciones que conllevan el reintegro económico de la prestación a cargo de quien inicialmente obtuvo asistencia jurídica gratuita, se atenderá a los que resulten vigentes de acuerdo con las normas dictadas por los respectivos Colegios profesionales. No obstante, debe significarse que la ley guarda silencio respecto del coste de las prestaciones recogidas en el artículo 6 de la Ley distintas de los servicios profesionales que un proceso requiere[43].

En cuanto a la relación posterior entre el peticionario y el letrado provisionalmente designado, entendemos que la desestimación del derecho de asistencia jurídica gratuita comporta la finalización del vínculo establecido; por lo que, si se mantiene, se regirá por las reglas generales de la postulación procesal.

Mención especial merece el régimen jurídico que se deriva de la previsión contenida en el artículo 21 de la Ley, donde se faculta al juez que esté conociendo del proceso para reclamar al Colegio de Abogados el nombramiento provisional de abogado y procurador, cuando las circunstancias o la urgencia del caso lo requieran, y alguna de las partes manifieste carecer de recursos económicos suficientes.

A nuestro modo de ver, se trata de una vía excepcional, respecto al procedimiento inicialmente previsto, cuya finalidad es evitar la paralización del juicio por motivos de postulación. Es decir, el juez, en tanto que director del proceso, viene facultado por la Ley para decidir cuál de entre las distintas alternativas previstas conviene adoptar según sean las circunstancias del caso que se le plantea, de modo que, para preservar las garantías constitucionales al proceso debido, dispone de un instrumento de intervención en el procedimiento de designación provisional de abogado y procurador[44].

43. También en este caso entendemos que la reclamación a quien en su día se benefició de dichas prestaciones corresponde a la propia Comisión, que puede delegar en el Colegio respectivo.

44. Este instrumento adopta la forma de requerimiento judicial, por lo que se trata de un acto de comunicación en virtud de cual el Colegio de Abogados viene obligado a cumplir el mandato en el mismo contenido.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Planteada una petición de acuerdo con la vía prevista en el artículo 21 de la Ley, y considerando que en dicho precepto se dispone que, de concurrir el presupuesto de hecho descrito, el órgano judicial *dictará* la resolución motivada que corresponda, entendemos que el juez que conoce de la misma viene obligado a resolverla mediante auto donde se contendrá una valoración de las circunstancias legalmente previstas en orden a la utilización de esta medida excepcional[45].

Sin embargo, si lo que esta ley pretende es *desjudicializar* la tramitación de las peticiones de asistencia jurídica gratuita, no se alcanza a comprender la indeterminación de esta norma, ya que a la parte únicamente se le exige una manifestación relativa a su carencia de recursos económicos sin que resulte necesario acreditar que ha solicitado dicha prestación de acuerdo con las reglas generales.

Es decir, la interpretación literal del precepto conduce a una situación en la que la decisión respecto a la concurrencia de las causas que habilitan para la designación provisional de abogado y procurador corresponde indistintamente[46], y a elección del solicitante, al Colegio de abogados o al juez que conozca del caso. Por consiguiente, para evitar distorsionar el modelo previsto por el legislador, se impone una aplicación sistemática de esta regla en conexión con las normas relativas a la suspensión del proceso y a la demora en la resolución de las peticiones de asistencia jurídica gratuita que se examinarán a continuación[47].

45. En este sentido, cabría interrogarse acerca de si dicha resolución es susceptible de recurso de apelación. No obstante, entendemos que se trata de una situación equivalente a la prevista en último párrafo del artículo 20 de la Ley.

46. Nótese que en el artículo 12 de la Ley se dispone que el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se *instará*, por los solicitantes, *ante* el Colegio de Abogados del lugar en que se halle el Juzgado o Tribunal que haya de conocer del proceso principal, por lo que, a nuestro modo de ver, la vía del artículo 21 no puede ser un procedimiento alternativo o paralelo al principal sino que, en todo caso, constituye una claúsula de cierre del sistema. Es decir, no pensamos que el juez pueda, de oficio, activar el procedimiento de concesión, sino que necesariamente debe iniciarse a instancia de la parte interesada y ante el Colegio de Abogados que resulte competente para resolver la petición. Asimismo en el articulo 16 se contempla la facultad del juez de decretar la suspensión o proceder a la designación provisional cuando en el curso del proceso del que conoce alguna de las partes presenta la solicitud de asistencia juridica gratuita.

47. Confrontando el artículo 21 con las opciones que se derivan del artículo 15, entendemos que la designación provisional a cargo del órgano jurisdiccional puede verificarse en tres situaciones, a saber: inmediatamente después de presentar la solicitud ante el Colegio de abogados; una vez rebasado el plazo previsto para que se proceda a la designación provisional; y, por último, en caso de que el Colegio deniege la designacion remitiendo el expediente a la Comisión. En todos ellos, se trata de cubrir la ausencia de letrado durante el tiempo invertido en resolver si existe o no derecho a obtener asistencia juridica gratuita.

En cualquier caso, cabe señalar que, en nuestra opinión, dicha designación provisional por requerimiento del órgano jurisdiccional no tiene sentido cuando el solicitante ostenta la condición de parte demandante ya que en este caso aún no se ha iniciado el proceso[48].

3.2. *La aplicación del silencio administrativo*

De entre todas las reglas de procedimiento[49] contenidas en el Capítulo segundo de la Ley, resulta de especial interés el tratamiento de los efectos jurídicos de la inobservancia del plazo establecido para resolver una petición de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

La primera previsión del legislador respecto a un eventual silencio administrativo en el curso de este procedimiento la encontramos en el artículo 15 *in fine* de la Ley, cuando establece que, transcurridos 15 días[50] desde la recepción de la solicitud o, en su caso, desde la subsanación de los defectos advertidos en la misma, sin que el Colegio de Abogados haya resuelto acerca de la designación provisional, el interesado podrá reiterar su solicitud ante la Comisión, en cuyo caso se ordenará, de inmediato, el nombramiento provisional de abogado y también de procurador si, atendiendo a la naturaleza del proceso, resulta necesario.

Se trata de una regla de naturaleza preclusiva, pues, en realidad, sustrae del ámbito de competencias del Colegio de Abogados el pronunciamiento acerca de la procedencia del reconocimiento del derecho cuando no lo hace dentro del plazo establecido por la norma, de suerte que una vez rebasado no podrá oponerse a la designación provisional ordenada por la Comisión. Sin embargo, pensamos que adolece de cierta imprecisión técnica cuando dicho efecto jurídico se condiciona al ejercicio por el interesado de una segunda solicitud —esta vez ante la Comisión— sin contemplar la inobservancia del plazo como una situación autónoma para

48. Cfr. art. 16 de la Ley.

49. De acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley, se aplicará, —entendemos que subsidiariamente—, la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, reguladora del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPA). En consecuencia, en materia de actos presuntos, es necesario atender al contenido de los artículos 43 y ss. de dicho texto legal.

50. De acuerdo con el artículo 48 de la LPA, únicamente se computarán los días hábiles.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la que debe establecerse una solución objetiva que no redunde en una mayor onerosidad procedimental para el solicitante[51].

Sea como fuere, la norma principal en caso de silencio ante una solicitud de asistencia jurídica gratuita viene contenida en el artículo 17[52]. En dicho precepto se contemplan dos situaciones. La primera atribuye el carácter de acto presunto de ratificación a la falta de resolución de la Comisión cuando previamente ha existido un pronunciamiento del Colegio de Abogados. En la segunda, la inobservancia del plazo para resolver se predica tanto del Colegio de Abogados como de la Comisión de asistencia jurídica. En este último caso se establece que el juez que esté conociendo del caso —o el Juez Decano si el proceso no se ha iniciado[53]— siempre a instancia del interesado, acordará el otorgamiento del derecho en su integridad, requiriendo a los Colegios profesionales la designación provisional de abogado y procurador.

En relación al acto presunto de ratificación de la decisión adoptada por el Colegio de Abogados, debe señalarse que, tal como ya hemos visto, el examen preliminar de la solicitud únicamente alcanza a verificar si quien solicita el derecho se encuentra incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley y a la apariencia de sostenibilidad y fundamento de la pretensión.

Si esto es así, todas aquellas solicitudes que hayan sustentado una designación provisional son susceptibles de quedar definitivamente reconocidas si la Comisión no se pronuncia acerca del resto de requisitos fijados por la Ley en el plazo de 30 días. Esta posibilidad resulta difícilmente conciliable con la previsión del artículo 43.2.b) *in fine* de la LPA cuando en la persona que presenta la petición no concurren las circunstancias económicas exigidas para gozar de esta prestación. Por consiguiente, se tratará de un acto administrativo presunto viciado de nulidad de pleno derecho en el sentido en que se pronuncia el artículo 62.1.f) LPA, para cuya revisión de oficio, al tener carácter declarativo de derechos, necesariamente deberá seguirse el procedimiento previsto en el artículo 102 de dicho texto legal.

51. No resulta ocioso recordar que en estas circunstancias, el interesado puede optar por seguir la vía del artículo 21.

52. La remisión al régimen general de actos presuntos plantea, entre otras muchas cuestiones, la necesidad de solicitar la certificación prevista en el artículo 44 de la LPA. En este sentido, en vía de impugnación, dicha exigencia puede entenderse implícitamente comprendida en el párrafo segundo del artículo 20.

53. Respecto a las funciones del Juez Decano, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 168 de la LOPJ, entendemos que la emisión de dicho requerimiento constituye uno de los supuestos en los que dicho órgano tiene competencias específicas.

Por el contrario, cuando la decisión del Colegio de Abogados sea contraria a la designación provisional, el silencio de la Comisión únicamente constituye una regla de carácter formal que habilita al interesado para instar un pronunciamiento jurisdiccional de carácter impugnatorio.

Respecto a la concurrencia de silencios, es decir cuando ni el Colegio competente ni la Comisión de Asistencia jurídica gratuita resuelven la solicitud en el plazo fijado por la Ley, no podemos sino evidenciar nuestra perplejidad ante la solución aportada por el legislador.

En primer lugar, de nuevo se impone al interesado la carga de reiterar su solicitud —y ya será la tercera—, esta vez ante el órgano jurisdiccional. Sin embargo, esta regla no es, ni de lejos, la más imaginativa. Las mayores cotas se alcanzan con la previsión relativa a la declaración del derecho *en su integridad* acompañada del requerimiento al Colegio respectivo para que proceda a la designación *provisional.*

Nuestra sorpresa es mayúscula cuando, después del penoso recorrido que se exige al solicitante, el legislador determina que esta designación a instancias del juez, fundamentada en la omisión de la actividad que resulta exigible del órgano administrativo, únicamente tendrá carácter provisional; pues no alcanzamos a comprender cómo se concilia un eventual reconocimiento del derecho mediante auto judicial con su ulterior desestimación por parte de la Comisión.

Es decir, la interpretación de esta norma admite dos conclusiones: o bien se trata de dar cobertura a la necesidad de postulación durante el curso del procedimiento administrativo, o bien se trata de atribuir un efecto jurídico a la falta de resolución en plazo. En el primer caso, resulta del todo innecesaria esta previsión, cuando en el artículo 21 se faculta expresamente al juez para que reclame al Colegio de Abogados dicha designación provisional sin exigir la inobservancia del plazo de que el Colegio dispone para resolver. En el segundo supuesto, la designación efectuada a instancias del órgano jurisdiccional no puede ser provisional sino definitiva, en cuyo caso, debe ser el juez quien valore si en la persona del solicitante concurren los requisitos legales para beneficiarse de este derecho[54]. Aunque ninguna de ellas resulta satisfactoria, en nuestra opinión, y dado el tenor de la Ley que estamos analizando, es la primera de las posibilidades planteadas la que, de suyo, constituye el presupuesto

54. A esta conclusión parece que apunta el último inciso del artículo 17 cuando se refiere a la «estimación presunta». Sin embargo, esta solución además de resultar incompatible con una designación provisional, supone que el órgano jurisdiccional ejecuta un acto administrativo presunto requiriendo a quien seria su autor para que cumpla con su contenido.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de esta regla, de modo que, efectuada dicha designación provisional la Comisión deberá pronunciarse acerca de la concurrencia de los requisitos objetivos; aunque la paradoja aumenta en el momento de interrogarse acerca de las consecuencias de un nuevo incumplimiento del plazo.

3.3. *La impugnación de las resoluciones de la Comisión*

En el artículo 20 de la Ley se contienen las reglas relativas al procedimiento previsto para la impugnación de las resoluciones de la Comisión que deciden acerca de las solicitudes de asistencia jurídica gratuita[55].

Para estudiar las múltiples cuestiones que dicho precepto suscita nos proponemos, a continuación, efectuar un somero repaso de los elementos configuradores de este singular proceso. Sin embargo, con carácter preliminar, interesa evidenciar que la Ley elude utilizar la denominación de *recurso* o *juicio* para referirse al proceso en virtud del cual el juez o Tribunal que resulte competente conocerá de la pretensión impugnadora, manteniéndose interesadamente en la indefinición propia del género *impugnación*, entendemos que para evitar su asimilación con alguno de los órdenes jurisdiccionales que integran el Poder Judicial.

a) En relación al acto impugnable, del texto de la norma se advierte que el legislador sólo contempla la posibilidad de impugnar actos expresos, ya que, por una parte exige que se trate de: «[...] *resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan o denieguen el derecho*[...]»; y, por otra, fija el plazo para la interposición del escrito de impugnacion a partir de la fecha en que la decisión de la Comisión se entiende notificada[56].

Por consiguiente, la interpretación literal del precepto supone una exclusión implícita de los actos presuntos que, como hemos visto, pueden producirse en este procedimiento. De modo que esta omisión debe completarse mediante una aplicación sistemática de la Ley que comporta ampliar el ámbito material de este proceso.

b) Respecto a la atribución de legitimación activa se observa una clara reproducción del régimen jurídico contenido en el artículo 31.1.a) de la LPA, pues la amplitud de la noción de *interés legítimo*, supone atribuir facultades impugnatorias a quienes no tienen la condición de parte[57].

c) Por lo que se refiere al plazo de presentación del escrito mediante el cual se ejerce esta vía impugnatoria[58], destaca la extrema rigurosidad de la Ley cuando, a tal efecto, fija un período preclusivo de 5 días. Es decir, se trata de un plazo muchísimo más breve que el ordinariamente previsto para la interposición de un recurso contencioso-administrativo y, a su vez, exige que en el escrito se contenga la fundamentación fáctica y jurídica de la impugnación sin que se prevea un trámite de alegaciones y puesta de manifiesto del expediente anterior a la resolución judicial.

Por otra parte, resulta novedosa la opción adoptada por el legislador cuando establece que el escrito de interposición de la impugnación debe presentarse ante el Secretario de la Comisión quien, a su vez, lo remitirá, junto con el expediente, al órgano judicial competente para resolverlo. En este sentido, únicamente podemos evidenciar nuestra extrañeza ante una regla que modifica el lugar ordinario de realización de este acto procesal, situando la iniciación del juicio en una instancia administrativa.

d) La determinación del órgano competente es, sin duda alguna, la cuestión que mayores interrogantes plantea. De acuerdo con el texto del artículo 20, si la solicitud de asistencia jurídica gratuita se verifica cuando el proceso ya se ha iniciado, el conocimiento de la impugnación contra la decisión de la Comisión corresponde al juez competente para resolver el juicio en curso. Por el contrario, cuando la petición se efectúa antes de ejercer la acción, el escrito de impugnación deberá presentarse ante el Juez Decano quien procederá a su reparto[59].

55. Para GÓMEZ COLOMER si bien el procedimiento hasta llegar al pronunciamiento de la Comisión tiene carácter estrictamente administrativo, en el momento en que el interesado reclama un pronunciamiento jurisdiccional respecto del acto mediante el que dicho procedimiento finaliza cesa la naturaleza administrativa de la institución. GÓMEZ COLOMER, J.-L., *El nuevo régimen del beneficio...*, cit., p. 6.

56. En este sentido, entendemos que deben aplicarse las normas sobre notificación de los actos administrativos contenidas en los artículos 58 y 59 de la LPA.

57. Es decir, cabría entender que disponen de esta particular acción, no sólo el solicitante, sino también el Colegio de Abogados, el abogado o procurador designado, la parte contraria, los parientes del beneficiado o incluso, como apunta GÓMEZ COLOMER, la propia Hacienda Pública, ya que todos ellos pueden aducir un interés legítimo vinculado a la decisión de la Comisión.

58. En este orden de cosas cabe señalar que la Ley excluye este proceso del ámbito material de las normas que determinan la postulación preceptiva. A primera vista, puede pensarse que se trata de una concesión al interesado, pues no viene obligado a proveerse de abogado y procurador para oponerse a una resolución de la Comisión de Asistencia jurídica gratuita. Sin embargo, en realidad, se trata de una regla que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la Ley, impide solicitar la designación de letrado y procurador de oficio para poder ejercitar la impugnación, lo cual, si bien resultaría paradójico, sitúa al interesado en una posición muy comprometida.

59. Para GÓMEZ COLOMER es el propio Juez Decano quien conoce de la impugnación. GÓMEZ COLOMER, *El nuevo régimen...*, cit., p. 6.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Sorprendentemente la Ley se preocupa de señalar el órgano destinatario de la documentación que remite el Secretario de la Comisión y, sin embargo, no fija los criterios para asignar la competencia para resolver las impugnaciones sustanciadas frente a las resoluciones de la Comisión previas al inicio del proceso. De modo que, ante el silencio de la Ley debe acudirse a las reglas generales en esta materia.

En nuestra opinión, son dos las posibles alternativas. En primer lugar atendiendo al criterio contenido en el artículo 9 de la LOPJ, dicha competencia cabría atribuirla al juez de 1.ª Instancia correspondiente al domicilio del solicitante, de acuerdo con el criterio residual que se predica de este orden jurisdiccional. En segundo lugar, atendiendo a la naturaleza del acto que se impugna, podría entenderse que el conocimiento de esta clase de impuganciones debe residenciarse en el orden contencioso-administrativo y, en particular, en el TSJ que en cada caso corresponda.

Por otra parte, debe considerarse hasta qué punto una Ley como la que estamos estudiando puede modificar el régimen de distribución de competencias entre órdenes jurisdiccionales contenido en la LOPJ y en las demás leyes procesales. Es decir, cuando el órgano competente viene determinado por el hecho de conocer del proceso para el que se solicita asistencia jurídica gratuita, nos encontraremos con un acto administrativo susceptible de ser revisado por una jurisdicción distinta a la que, de ordinario, dispone de competencia para ello. Además, en estos casos se planteará una evidente cuestión prejudicial cuando el fundamento de la oposición a la decisión que adopte la Comisión incida en los aspectos formales propios de todo acto administrativo.

Si esto es así, no podemos sino poner de manifiesto la absoluta indeterminacion de una Ley que no ha resuelto el debate acerca de la tutela judicial del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Lo que no es de extrañar si se observa que trata de contentar a todas las partes implicadas. Es decir, si se adopta el criterio, aunque discutible, de sustraer de la competencia del órgano *a quo* el conocimiento de las peticiones de justicia gratuita para residenciarlo en un órgano de naturaleza administrativa, debe de mantenerse una coherencia técnica a la hora de fijar el cauce procesal para la tutela judicial de las decisiones que en su seno se adopten. Por ello, no podemos compartir la opinión de GÓMEZ COLOMER[60] cuando afirma que dicha impugnación constituye un recurso contencioso-administrativo especial atribuido al órgano judicial, que está conociendo

60. GÓMEZ COLOMER, *El nuevo régimen...*, cit., p. 6.

del caso, por su función garantizadora de los derechos, pues, a nuestro modo de ver, no existen razones —mas allá de la patológica demora del orden contencioso-administrativo— para sustraer el conocimiento de estas cuestiones a la jurisdicción especializada en la revisión de los actos de la Administración. De modo que las piruetas y equilibrios del legislador para conciliar el modelo anterior con la pretendida *administrativización* de las cuestiones relativas a la asistencia jurídica gratuita únicamente conducen a la confusión que, en último término, redunda en un déficit de tutela judicial.

e) Finalmente, cabe señalar que, de acuerdo con lo que establece la norma que comentamos, la resolución —que adoptará la forma de auto— se limitará a mantener o revocar el acuerdo impugnado, sin que contra la misma pueda interponerse recurso alguno[61].

En este sentido, también cabe destacar que, dada la configuración del contenido del fallo, se plantean interrogantes acerca de su ejecución. Es decir, cuando el juez decide revocar la resolución de la Comisión pueden producirse dos situaciones. Si la decisión administrativa es favorable al otorgamiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, el auto judicial comportará la aplicación del régimen previsto en el artículo 19 de la Ley. Por el contrario, cuando se revoca un acto desestimatorio, la ejecución de la resolución judicial dependerá de su fundamentación. Es decir, si el juez considera que en el interesado concurren las circunstancias que le habilitan para gozar de esta prestación, entendemos que el Colegio de Abogados debe proceder a la designación de los profesionales que se encargarán de prestar la asistencia jurídica que resulte necesaria. Sin embargo, cuando la revocación obedezca a razones de carácter formal su ejecución únicamente puede determinar la retroacción del expediente hasta el momento anterior al que se verificó el defecto que motiva la anulación del acto.

En cualquier caso, pensamos que el sistema de tutela judicial de este derecho es claramente insuficiente pues se exige al interesado el constante impulso de su petición a lo largo de un procedimiento complejo y arduo donde al órgano jurisdiccional sólo se le atribuye la revisión, a instancia de parte, de la decisión administrativa.

En nuestra opinión, el rigor de este modelo se atemperaría si se exigiera a la Comisión que, de oficio, remitiera al juez todos los expedientes desfavorables a la petición formulada por el interesado, de modo que,

61. En todo caso cabría plantearse la posibilidad de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en último término, fuera el órgano judicial quien, ratificando, en su caso, la decisión de la Comisión, negara una prestación que incide directamente en la garantía constitucional a la asistencia jurídica. Es decir, cuando el derecho se concede indebidamente, únicamente puede causarse un quebranto patrimonial a la Hacienda pública, que, por otra parte, viene condicionado al cumplimiento de tan exigentes requisitos que difícilmente comportará una efectiva aplicación de recurso públicos si no está completamente justificada. Sin embargo, cuando no se atiende a la demanda de asistencia jurídica gratuita, se puede vulnerar un derecho fundamental y provocar una clara situación de indefensión a la parte que lo solicita, por lo que, se impone una tutela judicial más intensa e inmediata que no dependa exclusivamente del esfuerzo del interesado, que, en muchas ocasiones, desistirá ante la dificultad del procedimiento establecido para que pueda obtener una ayuda del Estado orientada a conseguir el acceso a la jurisdicción.

Asimismo, pensamos que la coherencia del sistema diseñado por el legislador exige asignar a la jurisdicción contencioso— administrativa el conocimiento de todas las cuestiones relativas a la asistencia jurídica gratuita. Otra cosa, es discutir la oportunidad de sustituir el modelo anterior de supervisión jurisdiccional por uno de corte administrativo. Es decir, la opción debe ser clara pues la mezcla que se advierte en el texto legal que estamos analizando es una fuente constante de problemas interpretativos. De ahí que, si se proclama el carácter administrativo de los órganos que intervienen en el reconocimiento de este derecho, del procedimiento que se sigue para su concesión y del acuerdo mediante el que se pone fin al mismo, debe mantenerse dicha naturaleza en sede procesal.

3.4. *Los efectos procesales de la solicitud de asistencia jurídica gratuita*

De conformidad con lo que dispone el artículo 16 de la Ley, la solicitud de asistencia jurídica gratuita no tiene, como regla general, efectos suspensivos del proceso. Sin embargo, en este mismo precepto se atribuye eficacia suspensiva a la iniciación del procedimiento administrativo para el reconocimiento de esta prestación, aunque distinguiendo entre las peticiones verificadas antes de iniciarse el proceso y las que se presentan una vez el juicio está en curso[62]. Asimismo, en el artículo 35

62. En este orden de cosas se impone confrontar esta norma con la previsión contenida en el artículo 8 de la ley, pues dicho precepto se encarga de establecer las reglas en virtud de las cuales se fija el momento en que se entiende presentada una solicitud del tenor de las que estamos examinando.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

también se prevén efectos semejantes en relación a los plazos de interposición de los recursos contra las resoluciones judiciales.

En este sentido, se presentan tres posibles situaciones: a) La interrupción del cómputo del plazo de prescripción cuando la solicitud se verifica antes de iniciarse el proceso; 2) La suspensión de los plazos de las actuaciones procesales cuando se presenta una vez iniciado el pleito; 3) Y finalmente la suspensión de los plazos previstos para recurrir las resoluciones que ponen fin a un proceso si la petición se presenta en dicho período.

La primera de ellas figura expresamente contemplada en el tercer párrafo del artículo 16, donde se prevé que la solicitud interrumpa el plazo de prescripción. Sin embargo, a continuación, la Ley señala que dicho plazo se reanudará a partir de la fecha en que se hubiere notificado la designación provisional o el reconocimiento o denegación del derecho y, en cualquier caso, transcurridos 2 meses desde que se inició el procedimiento administrativo.

En consecuencia, resulta evidente que dicha circunstancia no constituye una causa de interrupción de la prescripción, sino que, por los efectos legalmente previstos, supone un caso de suspensión de dicho cómputo[63].

De nuevo el legislador nos sorprende con una medida realmente revolucionaria, pues, entre otras cosas, significa remover los fundamentos de una institución tan singular como es la prescripción, que, como es sabido, trae causa del principio de seguridad jurídica.

En nuestra opinión, esta regla trata de conciliar dos necesidades contrapuestas como son atribuir algún efecto procesal a la iniciativa de quien solicita la asistencia jurídica gratuita y, a la vez, evitar que se utilice dicho procedimiento como una medida meramente dilatoria[64].

Por ello, si bien comprendemos la dificultad que entraña este objetivo, no podemos coincidir con el medio elegido para conseguirlo, ya que, de suyo, significa desnaturalizar la figura de la prescripción. Además, el presupuesto de hecho previsto por la norma únicamente puede darse cuando es un potencial demandante o acusador particular quien solicita la asistencia jurídica gratuita. De modo que la eventual utilización de

63. Respecto a la distinción entre suspensión e interrupción del proceso, nos remitimos a lo que exponemos en RIBA TREPAT, C., *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Barcelona, 1997, pp. 208 a 212.

64. A esta conclusión tambien conduce la regla contenida en el último párrafo del artículo 16 cuando faculta al juez para ignorar los efectos de las solicitudes claramente abusivas y también cuando se prevén multas para aquellas de carácter temerario.

este procedimiento con efectos meramente dilatorios del plazo de prescripción constituye, a nuestro modo de ver, una cuestión a valorar por el órgano judicial cuando deba resolver sobre la misma.

Si a ello añadimos que el efecto interruptivo se consigue también mediante otros medios (p.e. la reclamación extrajudicial) no se comprende la razón de tanta cautela legal al precio de alterar la propia configuración jurídica de la prescripción. Es decir, hubiera sido preferible que el efecto atribuido a la presentación de la solicitud de asistencia jurídica gratuita constituyera un supuesto incondicionado de interrupción de la prescripción, naturalmente, sin perjuicio de que aquellas que no obedecieran a la finalidad de obtener dicha prestación no fueran consideradas por el juez al valorar éste presupuesto procesal.

En la segunda situación, la norma faculta al juez que esté conociendo de un caso para que, si alguna de las partes decide solicitar la asistencia jurídica gratuita, decrete la suspensión del plazo correspondiente a la actuación procesal pendiente de realización en dicho momento o bien requiera la designación provisional de letrado o procurador en los términos establecidos en el artículo 21 de la Ley.

Esta regla sí que da una respuesta adecuada al problema que se plantea cuando se inicia el procedimiento de reconocimiento de este derecho en el curso del proceso, y entendemos que en ella se establecen las únicas alternativas de que dispone el órgano *a quo*. Es decir, o bien acuerda la suspensión del proceso, o bien requiere a los Colegios respectivos para que designen a los profesionales encargados de asistir al peticionario. Por consiguiente, en ningún caso podrá continuarse el proceso sin que la parte disponga de la debida defensa y representación. De ahí que la suspensión eventualmente acordada se mantenga durante toda la tramitación del procedimiento —incluso en caso de impugnación de la decisión de la Comisión—, salvo que el juez decida sustituirla por la vía del artículo 21. Se trata, por consiguiente, de medidas intercambiables, de suerte que, si el juez considera que la suspensión provoca una indebida prolongación del juicio, debe levantarla y requerir la designación provisional [65].

Por último, en relación a los efectos de la solicitud respecto a los plazos previstos para interponer los recursos que en cada caso procedan

65. Es decir, cuando la duración del procedimiento administrativo resulte contraria a la garantía constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas recogida en el artículo 24 de la Constitución, entendemos que el juez viene obligado a continuar las actuaciones requiriendo la designacion provisional de abogado y procurador, ya que así lo exige la eficacia temporal del proceso.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

contra las resoluciones judiciales, únicamente cabe señalar que se trata de un caso de suspensión inmediata, por ministerio de la ley, cuya finalidad es evitar la preclusión en caso de que el recurrente pretenda obtener el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita para reclamar la tutela judicial en vía de recurso.

4. Conclusiones

Como corolario de todo lo expuesto hasta ahora entendemos que, desde una perspectiva de política legislativa, la Ley 1/1996, de 10 de enero, supone un claro retroceso respecto del régimen previsto en la legislación procesal anterior, pues, no sólo restringe considerablemente su ámbito subjetivo de aplicación sino que, a la vez que introduce mayores dosis de discrecionalidad, dificulta notablemente la tutela judicial de un derecho que, en nuestra opinión, constituye una garantía constitucional. Además, y sin perjuicio de la discutible adecuación constitucional de alguno de sus preceptos, desde una perspectiva de técnica legislativa, en esta Ley destaca la mezcla, no siempre acertada, de preceptos fiscales y administrativos con otros propiamente procesales, edificándose una auténtica Torre de Babel normativa de difícil inteligencia.

Por ello, si bien celebramos la redacción de un texto articulado que unifica la regulación de la asistencia jurídica gratuita, debemos manifestar, no obstante, nuestra decepción respecto al modelo que finalmente ha sido adoptado. En nuestra opinión, la racionalización del anterior beneficio de pobreza no exigía necesariamente administrativizarlo, pero la opción en favor de dicha alternativa tampoco justifica el déficit de tutela judicial que se aprecia en la Ley vigente.

DESPACHO ORDINARIO

EL NUEVO ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL *RECURSO DE AUDIENCIA AL REBELDE* A TENOR DE LA STC 15/1996, DE 30 DE ENERO

J. SOLÉ RIERA
Universidad Pompeu Fabra
Barcelona

Con la STC 15/1996, de 30 de enero (BOE n.º 54, de 2 de marzo de 1996), el Alto Tribunal pone fin a un proceso de amparo en el que se suscitan una serie de importantes y novedosos problemas en torno al llamado recurso de audiencia al rebelde. Especial tratamiento merecen, como a continuación se desarrollará en este comentario, cuáles sean los supuestos idóneos para el ejercicio del citado recurso, el agotamiento de recursos en la vía judicial previa a la demanda de amparo, y, por último, la concesión del plazo para la interposición de la referida acción autónoma de impugnación.

Para analizar estos contenidos es preciso, con carácter previo, conocer los antecedentes que dieron origen a la sentencia aquí analizada:

A. La recurrente en amparo fue condenada en autos sobre reclamación de cantidad, seguidos ante el Juzgado de lo Social de Málaga, al pago de 180.545 pts., correspondientes a salarios devengados, respecto de la actora, como empleada de hogar. En los citados autos, los actos de conciliación y juicio se celebraron sin la asistencia de la demandada,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

alegando ésta que no fue citada a juicio. Sobre este particular, tras un primer intento de notificación por correo certificado con acuse de recibo, la citación fue devuelta sin que hubiera sido posible su notificación, ante lo cual el Juzgado decretó que se librase «nueva cédula que se entregará al señor Agente judicial de este Juzgado para que se persone en el domicilio de la demandada y se le haga la citación en su persona, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 de la LPL». Ello no obstante, en autos consta que un Agente judicial expidió la siguiente «DILIGENCIA. ...para hacer constar que en el día de la fecha me puse al habla telefónicamente con la demandada en autos (...) a la que informé del tenor literal de la anterior demanda, quedando citada para el acto del juicio, lo que certifico». Por su parte, la demandante en amparo afirma no recordar la conversación telefónica referida. La sentencia fue notificada personalmente, previo intento fallido de notificación por correo con acuse de recibo, que fue devuelto, constando en el sobre la palabra ausente.

B. A tenor de los hechos relacionados, la demanda de amparo considera que se ha vulnerado el art. 24.1 CE, privándose a la demandante de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto el Juzgado no ha realizado la actividad exigible para notificarle en legal forma la citación para el acto del juicio, lo que ha producido que «no ha podido asistir a un juicio donde se han realizado alegaciones y presentado pruebas contra ella, respecto de las cuales no ha podido defenderse, y se ha visto sorprendida, finalmente, por una sentencia donde se le condena al pago de una determinada cantidad».

C. La nueva doctrina jurisprudencial que aporta la STC 15/1996 se fundamenta en el tratamiento que dispensa a cuestiones verdaderamente relevantes respecto del llamado recurso de audiencia al litigante rebelde, a saber:

a) *Supuestos idóneos para el ejercicio del recurso de audiencia al rebelde.*

Si nos atenemos a la vigente regulación que efectua la Ley de Enjuiciamiento Civil, únicamente cabe acudir a ese recurso extraordinario en cuatro supuestos concretos. En primer lugar, cuando habiendo sido el demandado emplazado personalmente acreditare que, en todo el tiempo transcurrido desde el emplazamiento hasta la citación para la sentencia que hubiere causado ejecutoria, estuvo impedido de comparecer en el juicio por una fuerza mayor no interrumpida (art. 774.2 LEC). En segundo término, cuando habiendo sido emplazado por cédula entregada a parientes, familiares, criados o vecinos acredite que una causa no imputable al mismo haya impedido que la cédula de emplazamiento le haya sido entregada (art. 776 LEC). También, para el caso del demandado emplazado por edictos, que acredite haber estado ausente constantemente del lugar en que se ha seguido el juicio, así como de su última residencia (art. 777 LEC). En cuarto lugar, y para los juicios verbales seguidos ante los Jueces de Paz, que la citación para la comparecencia a juicio haya sido hecha por edictos o cédula y acredite no haberle sido entregada la cédula, por haberlo impedido una causa no imputable al mismo, o que cuando se publicaron los edictos se hallaba ausente (art. 785 LEC).

Se trata, en definitiva, como punta el FJ 2.º de la propia STC 15/1996, de «atender a la solución de los supuestos de indefensión producidos por deficientes emplazamientos o imposibilidad material de personación, así como a las derivadas de la seguridad jurídica, que excluye una extensión desordenada de su ámbito, que pudiese poner en peligro la confianza en la cosa juzgada más allá de los casos en que sea estrictamente necesario a fin de remediar aquellas situaciones reales de indefensión y, en cualquier caso, dentro de unos plazos razonables. La solución que la Ley de Enjuiciamiento Civil da a esta doble exigencia parte de establecer una serie expresa de casos en los que procede dicha audiencia, señalando sus respectivos plazos. Tales casos se refieren a supuestos en los que, si bien se han producido emplazamientos legalmente correctos, por diversas circunstancias que en ellos se describen, no han llegado a producir sus efectos en orden a la personación del demandado».

En esos supuestos concretos regulados en el texto de la LEC, la vía del recurso de audiencia al rebelde aparece como necesaria e imprescindible para denunciar las situaciones de posible indefensión en que hubiera podido encontrarse el demandado rebelde. Esta exigencia trae causa de la previsión que efectúa el art. 44.1.a) LOTC, a los efectos de la viabilidad del ulterior amparo constitucional. Ese criterio dominante en la jurisprudencia del TC ha tenido fiel reflejo en numerosas sentencias, de entre las que cabe destacar las 81/1985, 30/1990, 188/1990, 97/1991, 126/1991 y 9/1993.

Pero, añade la sentencia que aquí se comenta, que «de esta accidentada regulación no existe razón alguna por la que sólo se pueda hacer una interpretación literal, la cual llevaría a la conclusión de que la audiencia al rebelde supone necesariamente un emplazamiento previo y válido y la no comparecencia por parte de los emplazados. Esta afirmación, hecha sin ninguna matización, podría conducir a resultados arbitrarios, y aun absurdos, pues las infracciones más graves tendrán me-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nor posibilidad de ser corregidas que aquellas otras situaciones de indefensión que, al menos, han sido precedidas de un emplazamiento válido. En este sentido conviene distinguir entre los efectos de la rebeldía en el seno del proceso y la audiencia al rebelde en sí misma considerada».

La novedad que introduce la STC 15/1996 es que «una interpretación conforme a la Constitución de la regulación de la audiencia al rebelde conduce a aceptar su viabilidad para atender las pretensiones de rescisión de Sentencias firmes por haberse desarrollado el proceso sin intervención del demandado, siempre que ello constituya un supuesto de indefensión (...), *si la indefensión está causada directamente por la irregularidad del emplazamiento realizado por el Juzgado o Tribunal*». Se produce, pues, una ampliación de los supuestos idóneos para el ejercicio del citado recurso, que sobrepasa, como se ha indicado en el punto anterior, la regulación que del mismo efectúa la LEC.

Sin duda, es destacable, amén de la criticable, por desfasada, regulación legal que efectúa la LEC respecto de los casos en que es procedente la audiencia al rebelde, dada la limitación de los supuestos en que cabe su ejercicio, la innovación que supone extender el recurso de audiencia a los casos de indefensión que tienen su origen en resoluciones judiciales dictadas *inaudita parte,* ya sea por una defectuosa realización de los actos de comunicación, o por la propia inexistencia de tal comunicación.

b) *El agotamiento de recursos en la vía judicial previa a la demanda de amparo.*

Como consecuencia de ello, si la audiencia al rebelde ha de ser posible en esos casos de irregularidad del emplazamiento realizado por el órgano judicial, esto debe implicar que es necesario el ejercicio de esa acción autónoma de impugnación a los efectos de tener por agotada la vía judicial previa, según preceptúa el art. 44.1.a) LOTC.

Este razonamiento toma su base en la propia última doctrina del TC, especialmente, en sus Sentencias 310/1993 y 134/1995. Según la primera, «exigencias derivadas tanto del cumplimiento del principio de subsidiariedad (art. 53.2 CE), como de los principios de inmediación y celeridad, han de obligar a las partes a agotar la vía judicial ordinaria mediante la interposición, cuando se trate de remediar situaciones de indefensión provocadas por el incumplimiento de las garatías procesales exigibles en los emplazamientos, del denominado recurso de audiencia al rebelde». Esta doctrina constitucional ha sido reiterada por la reciente STC 134/1995, que ha declarado que el llamado recurso de audiencia al

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rebelde constituye «un instrumento procesal previo al amparo», tras recordar que «entre los requisitos que se exigen para poder acudir a esta sede jurisdiccional, y como el primero de ellos, figura el agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 44.1.b) LOTC), exigencia que es causa o efecto, según se mire, de la función subsidiaria de este proceso constitucional. No se trata de que antes de intentarlo se interponga cualquier recurso imaginable sino sólo aquellos que, siendo procedente según las normas procesales concretamente aplicables, permitan una reparación adecuada de la sedicente lesión del derecho fundamental en juego. No se olvide al respecto que el principio de subsidiariedad de la jurisdicción constitucional en este tipo de procesos sirve también para deslindar adecuadamente el ámbito del Poder Judicial, en prevención a interferencias perturbadoras».

La novedad estriba en que, a tenor de la comentada STC 15/1996, es necesario agotar la vía judicial previa mediante la interposición del recurso de audiencia al rebelde, inclusive fuera de los casos expresamente previstos en al LEC, como sucede cuando la rebeldía es producto de una actuación judicial irregular, contra el criterio jurisprudencial dominante hasta el momento[1].

c) *El plazo para la interposición del recurso de audiencia al rebelde.*

De los anteriores razonamientos se infiere la necesidad de inadmitir la demanda de amparo en el supuesto de referencia, al darse el defecto no subsanable previsto en el art. 44.1.a) LOTC. Sin embargo, sigue razonando la citada sentencia, «dado que aquella interpretación en el sentido más favorable de las normas procesales que integran alguna vía rescisoria de las sentencias firmes (STC 185/1990), ha venido subrayándose de forma progresiva por la doctrina legal del Tribunal Supremo respecto de la audiencia al rebelde[2], así como por éste mismo Tribunal, muy en particular a partir de la STC 310/1993, pero sin que hasta el presente hubiese llevado a apreciar, por medio de Sentencia, el incumplimiento del requisito de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judi-

1. Basta citar la STC 8/1993, en la que se dice: «... el recurso de audiencia en rebeldía no se encuentra incluido entre aquellos que, con carácter general son exigibles para entender agotada la vía judicial, por las especiales características y condiciones de viabilidad con que se encuentra regulado el mismo en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y que, a tenor de la anterior doctrina, hacen de tal recurso un medio de impugnación que no cabe calificar de normal o razonable previsión para la parte».

2. STS de 5 de octubre de 1983, 5 de junio de 1990, 14 de mayo de 1993, 19 de febrero de 1994, 4 de marzo de 1994 y 30 de septiembre de 1994, entre otras.

cial, como ahora se hace, procede apreciar que, en el presente caso, el plazo previsto para plantear la audiencia al rebelde deberá ser computado a partir de la fecha en que se notifique a la actora la presente resolución» [3].

Con ello, en la medida en que la LEC distingue distintos plazos de interposición de la audiencia al rebelde, la situación de indefensión que se cause a la parte, producto de la actuación irregular del propio órgano judicial, deberá estar directamente relacionada, para el cómputo del ejercicio de la acción, con el tipo de emplazamiento que se haya efectuado. Así, será de aplicación el plazo de cuatro meses, para el emplazamiento personal (art. 775 LEC), el de ocho meses, para el emplazamiento por cédula entregada a tercera persona (art. 776.1 LEC), el de un año, en el emplazamiento por edictos (art. 777.1 LEC) y el de tres meses, para el emplazamiento en el juicio verbal (art. 785 LEC). Sin embargo, como acertadamente ha puesto de relieve GARBERI LLOBREGAT [4], difícil solución presenta el supuesto, por lo demás, no infrecuente en la práctica, en el se produce una omisión del emplazamiento. Dado que, como se acaba de apuntar, la LEC prevé distintos plazos de interposición del recurso de audiencia al rebelde según cómo se haya efectuado el emplazamiento, si no hay emplazamiento, ¿qué plazo debe computarse para el ejercicio de la acción impugnatoria? Quizás, la postura más respetuosa con la situación en que se encuentra aquél que no ha sido emplazado sea aplicar el plazo más amplio de los previstos en la Ley, que aparece respecto del emplazamiento por edictos, es decir, el de un año (*ex* art. 777.1 LEC), pero, a contar desde que el demandado preterido hubiera tenido conocimiento de la sentencia firme.

Un último aspecto a destacar, para finalizar el comentario a la presente sentencia del TC, resulta, a nuestro entender, del hecho, extraño por incomprensible, de que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, que dio origen a la posterior demanda de amparo, fuese *notificada personalmente* a la demandada. Al respecto, el artículo 771 LEC es claro y no genera dudas de interpretación: «El litigante rebelde a quien haya sido notificada personalmente la sentencia definitiva sólo podrá utilizar contra ella el recurso de apelación, y el de casación cuando proceda, si lo interpone dentro del término legal». De ahí que, quizás quepa pensar más en un error del Tribunal Constitucional, que no en una nueva vía hermenéutica sobre este particular, por la dificultad que supone su conocimiento. En todo caso, como resulta pacífico en la doctrina, el acceso a la vía de recurso, si bien es un derecho integrante del contenido de la tutela judicial efectiva, lo es sólo en tanto que derecho de *previsión legislativa*, es decir, en la medida en que se cumplan los requisitos que el legislador haya querido introducir en el marco acantonado de la constitucionalidad.

3. Es obvio que la solución ofrecida por el TC resulta, en todo caso, contraria al más elemental criterio de economía procesal, ya que obliga a devolver las actuaciones al Juzgado de lo Social para tramitar la audiencia, cuya resolución, en su caso, será susceptible de los recursos legalmente previstos. La solución menos gravosa para el particular afectado hubiera sido admitir la demanda de amparo y entrar a resolver sobre el fondo del asunto.

4. *La nueva (y polémica) doctrina del Tribunal Constitucional sobre el «recurso de audiencia al rebelde». A propósito de la STC 15/1996, de 30 de enero*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 240, 4 de abril de 1996, pp. 1 a 5. Considera este autor necesario que «esta nueva doctrina del TC, para evitar todo tipo de inseguridades, sea urgentemente acogida por el legislador ordinario y se proceda a reformar la actual regulación del Título IV del Libro II de la LEC».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA Y POSTERIOR CONDENA, EN VÍA CIVIL, A LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL ILÍCITO PENAL

J. SOLÉ RIERA
Universidad Pompeu Fabra
Barcelona

La excepción de cosa juzgada y la determinación de su alcance en el ámbito de un proceso civil instado con posterioridad a la finalización de una causa penal constituyen las pretensiones de la demanda de amparo resuelta mediante la sentencia del Tribunal Constitucional, 59/1996, de 15 de abril (BOE n.º 123, de 21 de mayo de 1996).

A. *Los hechos relevantes*

Por sentencia del Juzgado de lo Penal se absolvió de un delito de lesiones al recurrente en amparo, entonces acusado en aquel proceso penal. Del relato de hechos probados se desprende que no quedó acreditada la participación del acusado en los hechos objeto de denuncia, siendo, por ende, de directa aplicación el principio de *in dubio pro reo*, ya que si bien quedó probada la existencia de lesiones en la persona del denunciante, a través de los correspondientes informes médico-forenses, no así la forma en que dichas lesiones fueron producidas, y mucho menos la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

participación, como autor del acusado. Esa sentencia fue recurrida en apelación, aunque sin éxito para el denunciante.

Una vez concluida la vía penal, el denunciante interpuso demanda civil, por los mismos hechos, en reclamación de daños y perjuicios. Esa demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia al apreciar la excepción de cosa juzgada, pero la Audiencia Provincial, al resolver la apelación, atendió la reclamación y condenó al recurrente en amparo al pago de 2.690.000 pesetas por los días de incapacidad y las secuelas que produjeron las lesiones.

La demanda de amparo se estructura en torno a dos motivos principales: en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que habría generado la sentencia impugnada al considerar como autor en vía civil a quien fue absuelto y, por lo tanto, no considerado como tal en vía penal y, en consecuencia, a juicio del recurrente, «a todos los efectos legales». Además, se da la circunstancia de que el denunciante «en el juicio criminal ejerció ambas acciones sin reserva alguna por lo que agotó las posibilidades de ejercicio tanto de la acción penal como de la acción civil». En segundo término, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues el Tribunal de apelación de lo civil habría concedido credibilidad a testimonios que no la tuvieron en la vía penal y a dos nuevos testimonios de personas que no presenciaron los hechos. Además, habría otorgado eficacia probatoria a una declaración no sometida a contradicción en ninguna de las vías jurisdiccionales.

B. *Los Fundamentos Jurídicos del TC*

Según la jurisprudencia consolidada del TC, la circunstancia de producirse sobre un mismo material probatorio «dos simultáneas y dispares apreciaciones conducentes a otras tantas resoluciones judiciales no es, sin más, un evento anómalo (...) ni mucho menos contrario a la Constitución (STC 24/1984)». *Ex abundantia*, para la STC 30/1996, «carece de relevancia constitucional que puedan alcanzarse resultados contradictorios entre decisiones provenientes de órganos judiciales integrados en distintos órdenes jurisdiccionales, cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado bajo ópticas distintas unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues, en estos casos, los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevada a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales», con cita de las SSTC 158/1985, 70/1989 y 116/1989.

Esta línea jurisprudencial debe completarse con la que delimita los «supuestos excepcionales en los que la contradicción entre resoluciones judiciales tiene relevancia constitucional por su afectación al derecho a la tutela judicial efectiva». En ese sentido, resultará contrario a lo previsto en el artículo 24.1 CE «cuando fuera de los supuestos legales extraordinarios que lo permiten, un Tribunal se pronuncia sobre una situación jurídica que ya había sido resuelta mediante resolución judicial firme». Como se apuntó en la STC 135/1994, «una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia otorgada por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos como el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, aun sin perjuicio, naturalmente de su revisión o modificación a través de los cauces extraordinarios legalmente reconocidos. En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material —reconocido básicamente en el artículo 1252 CC— se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes (SSTC 77/1983, 159/87, 58/1988, 119/1988, 12/1989, 189/1990, 1/1991, 242/1992, 92/1993)».

Es más, «la garantía del art. 24.1 CE relativa a la obtención de una respuesta jurídica «fundada, motivada y razonable» (por todas, STC 324/1994), podría quebrar, por una parte, si una resolución judicial contradice en el objeto procesal coincidente, lo dispuesto por otra que ha alcanzado firmeza, y la hace debido a la inaplicación arbitraria, patentemente errónea o manifiestamente irrazonable de una norma del ordenamiento jurídico que imponía la primacía de la competencia específica de la primera jurisdicción (STC 30/1988).

Añade que, «el derecho a la obtención de una respuesta judicial constitutiva de efectiva tutela podría quedar asimismo vulnerado si, con independencia de lo ya indicado en relación con la infracción de las normas que imponen la denominada *prejudicialidad devolutiva*, una resolución judicial constata unos hechos que para otra eran inexistentes de un modo tal que, de nuevo, con otras palabras, «repugne a los más elementales criterios de la razón jurídica (STC 62/1984, STC 24/1984 y STC 158/1985)».

En definitiva, la consecuencia de la eventual contradicción judicial, por dos pronunciamientos, penal y civil, dispares e incongruentes, sólo se produciría con una incorrecta aplicación del artículo 116 LECr. Este

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

precepto establece expresamente que «la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer». De ahí que, en la sentencia impugnada que dio origen al presente proceso de amparo, «la desestimación de la excepción de cosa juzgada se fundó jurídicamente en una intepretación del art. 116 LECr y en un entendimiento del relato de hechos probados de la sentencia penal previa que no pueden tildarse de arbitrarios, patentemente erróneos o manifiestamente irrazonables. Dicho precepto cerraría la vía civil cuando en la penal se declarara la inexistencia del hecho que pudiera dar lugar a aquella acción, pero no cuando la absolución se dictara por la inexistencia de material probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, que es lo que habría sucedido en este caso (...). Esta argumentación da pie asimismo a la negación de una contradicción fáctica de la resolución impugnada con la dictada en vía penal, pues aquella sólo afirmaría, desde la perspectiva que le es propia y con nueva actividad probatoria, lo que en esta sería objeto de duda».

Frente a la alegación de que en el proceso penal se ejercitó la acción civil «debe advertirse que justamente por cuanto esa acción se sustanció en él, su examen se hallaba condicionado a la existencia de delito, por lo que al haberse negado ésta, la cuestión civil planteada no llegó a ser enjuiciada por lo que mal puede afirmarse que haya cosa juzgada».

Por último, respecto a la segunda pretensión de la demanda de amparo, relativa al derecho a la presunción de inocencia, su inviabilidad se deriva de no ser aplicable «a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de un ilícito civil (art. 1089 CC)» SSTC 367/1993, 72/1991 y 257/1993.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

JUSTICIA 97

NÚMERO IV

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
JOSÉ M.ª ASENCIO MELLADO
M.ª DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ
MANUEL J. CACHÓN CADENAS
JUAN DAMIÁN MORENO
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JUST FRANCO ARIAS
JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT
JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA
JUAN L. GÓMEZ COLOMER
FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO
NICOLÁS GONZÁLEZ CUÉLLAR
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
ANTONIO M.ª LORCA NAVARRETE
JOSÉ S. MARTÍN OSTOS
JUAN MONTERO AROCA
VÍCTOR M. MORENO CATENA
MANUEL P. ORTELLS RAMOS
ERNESTO PEDRAZ PENALVA
PABLO SAAVEDRA GALLO
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO
JOAN VERGER GRAU

1997

JOSE MARIA BOSCH EDITOR — BARCELONA

«JUSTICIA 97»

ADMINISTRACIÓN (suscripciones), José M.ª Bosch, editor, Roselló, 22. 08029 Barcelona, Tel. 93 419 7750.

DIRECCIÓN (originales, libros para recensiones), Dr. Francisco Ramos Méndez, Paseo de Gracia, 92, 08008 Barcelona. Tel. 93 487 1112. Fax 93 487 3562

Todos los originales deben ser enviados con soporte informático.

© 1997, José M.ª Bosch, editor – Librería Bosch, S.L.
Roselló, 22 – 08029 Barcelona

Depósito Legal: B. 19.117-87
ISSN: 0211-7754

Printed in Spain / Impreso en España por
COMETA, S.A. — Ctra. Castellón, Km. 3,400 — 50013 Zaragoza

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ÍNDICE

EN ESTRADOS

La Función de Jurado, por Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi 965

DACIONES DE CUENTA

Breve apunte sobre los intereses del Art. 921 de la LEC, por Juan Damián Moreno 977

La unidad jurisdiccional y la llamada «jurisdicción militar», por Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell 989

Perspectivas del abogado español en la nueva Europa comunitaria, por Mar Jimeno Bulnes 1043

La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil tras su reforma por Ley 1/96, por David Vallespín Pérez 1075

Metafísica terminológico-visionaria de un nuevo sistema jurisdiccional y aplicación de la lógica palaéstrica al mismo, por José Francisco Escudero Moratalla y José Antonio Soria Casao 1101

La institución del Jurado en España: delimitación constitucional y legal, por Juan Burgos Ladrón de Guevara 1127

DESPACHO ORDINARIO

Algunas consideraciones sobre el reenvío: comentario al asunto «T. J. Denny», sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 11 de julio de 1995, por Amparo del Río Pascual 1141

La inversión de la carga de la prueba: una solución discutible. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996, por Christian Herrera Petrus 1165

COMISIONES ROGATORIAS

La nueva regulación italiana de la litispendencia internacional (El artículo 7 de la Ley de 31 de mayo de 1995), por Francisco Málaga Diéguez 1171

TÉRMINOS PERENTORIOS
I Jornades sobre «Reforma del Procés Penal», por Francisco Ortego Pérez 1207
Congreso internacional «La persona y el Derecho en el fin de siglo» 1996, por Francisco Carlos Cecchini 1221
Noticias. Estancia del Prof. Bertolino en Barcelona, por María José Moraga Llop 1229

EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS
Recensión por M.ª Jesús Puga García (...) 1231

EN ESTRADOS

LA FUNCIÓN DEL JURADO *

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. De «derecho potestativo» a «derecho-deber» pasando por «obligación». — 2. Consideraciones jurídico-críticas. — 3. ... y de sentido común. — 4. Educación ciudadana y participación libre y responsable.

1. DE «DERECHO POTESTATIVO» A «DERECHO-DEBER» PASANDO POR «OBLIGACIÓN»

La relevante función que nuestra Constitución de 1978 encomienda a los ciudadanos en su art.125 es que «podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine».

En efecto, poder participar en la Administración de Justicia, sintetiza exactamente la esencia y la función de esta polémica institución. La dicción legal «podrán participar» parece argüir además, que ese derecho

* Intervención el día 15 de noviembre de 1996 en el Congreso de Derecho Penal y Procesal, en Sevilla, «El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ciudadano participativo es de carácter potestativo, facultativo disponible, es decir, que se les deja a su arbitrio ejercitarlo o no. Por tanto, que no se le impone jurídicamente como una obligación o un deber. Es una interpretación gramatical, lógica y casi de buen sentido común. Repugna pensar que el legislador constitucional quisiera «obligar o imponer» a los ciudadanos el «participar en la Administración de Justicia».

Esta participación popular se circunscribe también legalmente, como se dijo antes, «a aquellos procesos penales que la ley determine». Evidentemente, la ley anunciada sería la futura «Ley del Jurado».

El breve enunciado constitucional descrito estaba en sintonía con la historia jurídica y tradición de la mejor ideología político liberal de la que la institución del Jurado es fiel exponente.

En 1985 cuando se promulga la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio, su art. 83 enuncia por lo que atañe al Jurado diversas prescripciones. Nos interesa resaltar la que figuraba en el n.º 2 a): «La función del jurado será obligatoria y deberá estar remunerada durante su desempeño. La Ley regulará los supuestos de incompatibilidad, recusación y abstención». Novedad importante: la función deviene «obligatoria». Pero, el propio legislador como si tuviera mala conciencia de su desatino frente al dictado constitucional establece en la letra b) del mismo artículo; «La intervención del ciudadano en el Jurado deberá satisfacer plenamente su derecho a participar en la administración de Justicia reconocido en el art. 125 de la Constitución».

O sea, la función se reputa ahora «obligatoria», y, al mismo tiempo se quiere que «deberá satisfacer plenamente su derecho a participar». Mas ¿siendo ya «obligatoria» que «satisfacción» jurídica cabe buscar?

Estas desviaciones apuntado a un nuevo soporte legal y doctrinal no pasaron desapercibidas a un sector de autores y ya los relaté en otro lugar, aunque aludiré a ellos más adelante.

¿Qué dice ahora al respecto, la muy reciente Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado? La Exposición del Motivos, invoca en su parágrafo I: «dos derechos fundamentales de forma indiscutible: La participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, del artículo 23.1 de la Constitución Española, y el derecho al Juez Ordinario predeterminado por la Ley del art. 24.2 de nuestro texto fundamental». Y, añade, «en efecto nos encontramos, de una parte ante una modalidad del ejercicio del derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos, perteneciente a la esfera del «status activae civitatis», cuyo ejercicio no se lleva a cabo a través de representantes, sino que se ejercita directamente al acceder el ciudadano personalmente a la condición

de jurado. De ahí que deba descartarse el carácter representativo de la Institución y deba reconocerse exclusivamente su carácter participativo y directo. «Por ello, puede predicarse que el Instituto que se regula difiere de otros modelos por la forma en que se articula el derecho-deber del ciudadano a participar de forma directa en un poder real del estado; nos encontramos ante un derecho-deber, lo que tiene reflejo en el texto legal al adoptar medidas coercitivas que aseguren el cumplimiento de la obligación...».

De este largo párrafo conviene retener las siguientes pautas ideológicas: «el derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos»; el «carácter participativo y directo»; el encontrarnos ante «un derecho-deber»; y, consecuentemente, ante una «obligación» que puede imponerse mediante «medidas coercitivas», conducentes, como también se apunta, a «establecer unas normas procedimentales que satisfagan al mismo tiempo y en paralelo todas las exigencias de los procesos penales con el derecho-deber de los ciudadanos a participar directamente en la función constitucional de juzgar».

Esta peculiar obligación de participar directamente en la función constitucional de juzgar, se impone coherentemente en el articulado legal. Veamos algunos ejemplos.

Art. 39.2 (Constitución del Tribunal del Jurado).

«El Magistrado-Presidente impondrá la multa de 25.000 pesetas al candidato a jurado convocado que no hubiera comparecido a la primera citación ni justificado su ausencia. Si no compareciera a la segunda citación, la multa será de 100.000 a 250.000 pesetas.

Al tiempo de la segunda citación, el Magistrado-Presidente acordará que se les advierta de la sanción que les puede corresponder si no comparecen.

En la determinación de la cuantía de la segunda multa se tendrá en cuenta la situación económica del jurado que no ha comparecido».

Art. 41 (Juramento o promesa de los designados.)

4. «Nadie podrá ejercer las funciones de jurado sin prestar el juramento o promesa indicadas. Quien se negase a prestarlo será conminado con el pago de una multa de 50.000 pesetas que el Magistrado-Presidente impondrá en el acto. Si el llamado persiste en su negativa se deduciría el oportuno tanto de culpa y en su lugar será llamado el suplente».

Art. 58 (Deliberación y Veredicto)

«Ninguno de los jurados podrá abstenerse de votar. Si alguno insistiera en abstenerse, después de requerido por el portavoz, se hará constar en acta y, en su momento, será sancionado por el Magistrado-Presidente con 75.000 pesetas de multa. Si hecha la constancia y reiterado el requerimiento, persistiera la negativa del voto, se dejará nueva constancia en acta de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la que se deducirá el testimonio correspondiente para exacción de la derivada responsabilidad penal».

(Disposiciones Adicionales). Segunda: Infracciones Penales. 1. «Los jurados que abandonen sus funciones sin causa legítima, o incumplan las obligaciones que les imponen los artículos 41.4 y 58.2 de esta ley incurrirán en la pena de multa de 100.000 a 500.000 pesetas».

2. «Los jurados que incumplan las obligaciones impuestas en el apartado 3 del art. 55, [carácter secreto de la deliberación], incurrirán en la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas».

Disposiciones intimidatorias y conminatorias pues, para constituir el tribunal; para efectuar la promesa o juramento; e incluso para ¡¡obligar a votar¡¡. Parece evidente que nos encontramos ya muy lejos del libre ejercicio de un derecho de participación.

El Prof. Gimeno Sendra ya había auspiciado y defendido premonitoriamente, hace años, la actual situación legal: «... de derecho el Jurado es un derecho subjetivo cívico y *activo* (perteneciente a la esfera del «status activae civitatis», conforme a la clásica categoría de JELLINECK)...» «...cuando se instaure el Jurado, este órgano jurisdiccional pasará a formar parte del juez legal del art. 24.2 CE...», «...porque la Constitución establece la obligación que todos los ciudadanos tienen de prestar su colaboración en el curso del proceso, el art. 83.2 de la LOPJ determina como *obligatoria* la función de Jurado, y por la misma, la futura ley, junto con un criterio generoso de causas de excusas, destinadas a prevenir las inasistencias legitimamente justificadas, habrá de arbitrar un realista cuadro de sanciones, tendentes a prevenir el absentismo en el oficio de jurado» [1].

1. Así en su manual con MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal, tomo II, vol. I. El proceso penal (1), 1.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, pp. 43 y 45; Últimamente, en «El art. 125 de la Constitución española», en I Jornadas sobre el Jurado, Director-Coordinador Juan Burgos, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995, pp. 154 y 155, negando expresamente que pueda tratarse de «un derecho potestativo», pag. 159.

GABERI LLOBREGAT aún va más lejos en esta misma orientación, cuando indica... «el derecho de los ciudadanos a ejercitar la potestad jurisdiccional en el marco del Tribunal del Jurado (art. 6 LOTJ) constituye, un *derecho público, subjetivo y constitucional de carácter fundamental y de configuración legal*», en «Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Comentarios Prácticos», con GIMENO SENDRA, Colex, Madrid, 1996, p. 99, (cursiva del autor). Y más adelante...» nos encontramos, así, ante una *verdadera obligación jurídica prescrita por la ley,* de manera que lo proclamado solemnemente como un derecho de los cuidadanos se constituye al mismo tiempo en una obligación que pesa sobre los mismos, o se convierte para ellos, utilizando otro léxico, en una auténtica obligación de ejercitar un derecho reconocido por la ley...», p. 102. (Cursiva del autor).

La Ley del Tribunal del Jurado, ha dado nueva redacción al art. 83.2 de la LOPJ (Disposición Final Primera 2) suprimiendo el carácter de «función obligatoria» antes mencionado, y fundamentarlo ahora en las razones doctrinales y legales aducidas en la Exposición de motivos. En consecuencia, el art. 6, lleva por epígrafe «Derecho y deber del jurado», y reza: «La función de jurado es un derecho ejercitable por aquellos ciudadanos en los que no concurra motivo que lo impida y su desempeño un deber para quienes no estén incursos en causas de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse conforme a esta ley».

2. CONSIDERACIONES JURÍDICO-CRÍTICAS

Diversas consideraciones jurídicas estimamos permiten sostener una opinión discrepante, aunque se acate la normativa legal.

La invocación al art. 118 C.E.: «Es obligado... prestar la colaboración requerida por [Jueces y Tribunales] en el curso del proceso...», no creemos que tenga nada que ver con la participación de los ciudadanos para *ejercer ellos mismos* la función jurisdiccional. Son los jurados *titulares* y no colaboradores de la actividad jurisdiccional. El art. 118 está previsto para regular los supuestos e incidencias judiciales en él claramente descritos.

El que en el art. 23.1 C.E. (en sede de los derechos fundamentales) como derecho de los ciudadanos a participar directamente en los asuntos públicos se pretenda encontrar otro anclaje legal para la participación, también nos parece fuera de lugar: ¿por qué ha situado entonces expresamente el legislador el derecho a participar en el art. 125 dentro del título VI, en sede puramente de organización judicial? Pues porque la participación afecta solo a un modelo de organización de la actividad judicial penal. Del mismo modo que también en el propio art. 125 se habla que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular», es decir la acción penal pública. Ambos aspectos son derechos potestativos para el ciudadano en el marco funcional de la justicia y proceso penal.

Por esta razón tampoco nos convence la pretendida justificación de la participación que se predica como «derecho-deber», en la Ley del Jurado. Ya el profesor PEDRAZ había advertido que... «la figura del derecho-deber es de difícil aplicación en el ámbito de los derechos públicos subjetivos... Parece difícil situar al mismo nivel el derecho constitucional

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

y la obligación legal»[2]. También el prof. CORTÉS DOMÍNGUEZ planteaba nítidamente el problema desde un punto de vista general: «Una de dos: o ser jurado es un derecho o un deber. Si ser jurado es un derecho, a mí me parece que hay que arbitrar todo un sistema de excusas para participar en los jurados; esa es la consecuencia de ejercitar un derecho. Por lo tanto, hay que potenciar una serie de medidas que permitan a las personas no participar dentro del Jurado, porque, en definitiva, se está ejercitando un derecho que se tiene». Y más adelante: «...El Estado no puede imponerle el deber de participar en la Administración de Justicia a sabiendas que esa imposición nos puede llevar a una decisión equivocada y sin fundamento»[3].

En otra ocasión, nos permitimos efectuar la interrogación de si el derecho de sufragio y el derecho al Jurado comportaban también obligaciones[4]. Como es sabido, el derecho al sufragio, regulado en el art. 23 C.E. es un derecho tipificado de fundamental para todos los ciudadanos, lo que, ya sabemos no acontece con el derecho potestativo a la participación en el jurado, expresivo sólo de pura organización de la justicia penal como se indica en el art. 125. C.E. Pues bien, si ni siquiera el derecho fundamental al sufragio impone el deber o la obligación de votar, siendo este el más típico de los de carácter participativo en los asuntos públicos de un sistema democrático, ¿porqué se ha de imponer para el Jurado?

Un argumento muy ilustrativo lo encontramos desarrollado en la sentencia de 9 de mayo de 1990, Tribunal Supremo, (Sala 3.ª Ponente Sr. Fuentes Lojo), en su fundamento jurídico sexto:

«No puede ponerse en duda que el derecho de sufragio constituye no sólo un derecho que corresponde a todos los españoles mayores de edad, por imperativo de lo dispuesto en el art. 23 C.E., que lo configura, además, como un derecho fundamental de las personas, y en el art. 2 LO 5/1985, de 19 de julio, sobre Régimen Electoral General; sino también como un derecho que genera deberes sociales que imponen la participación para expresar la conciencia social y la voluntad colectiva, pues-

2. PEDRAZ PENALVA: «Sobre el significado y la vigencia del Jurado», en Jornadas sobre el Jurado. Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 1989, p. 131; y también muy criticamente del mismo autor: «El Jurado como vía de participación popular», en La Ley de 29 de abril de 1994, n.º 3509.

3. CORTÉS DOMÍNGUEZ: «Jurado y Constitución», en Jornadas sobre el Jurado, cit. pp. 31-32.

4. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI; «Derecho al sufragio y derecho al jurado ¿también obligaciones?», en Justicia 1991, n.º I, p. 7 y ss.

to que —como recuerda la S. de 4 de junio de 1986 de este Alto Tribunal— la soberanía radica en el pueblo y a esa formación del sentir han de contribuir el titular del voto con su aportación básica y los restantes elementos de su entorno social que puedan condicionar la posibilidad de aquél, siendo los dos factores indicados indispensables para hacer explícita la voluntad política ciudadana, en lo que radica la esencia de la democracia y del sistema parlamentario. Pero que esto sea así, no quiere decir que nuestra C.E. configure tal derecho como un deber «inexcusable» desde el punto de vista legal, ya que es indudable que el ciudadano no está obligado a emitir su voto, ni puede el Gobierno imponerle dicha obligación porque se vulneran los principios consagrados de los arts. 16 y 23 CE, y se infringiría lo dispuesto en el art. 5 LO 5/1985, en cuanto proclama que «nadie puede ser obligado o coaccionado bajo ningún pretexto en el ejercicio de su derecho de sufragio».

Si como señala esta sentencia con gran lucidez y énfasis, aún tratándose de un derecho fundamental, de carácter participativo, ... «el ciudadano no está obligado a emitir su voto, ni puede el gobierno imponerle dicha obligación porque se vulneran los arts. 16 y 23 CE...» y los específicos de la legislación electoral, también podemos extraer un argumento más en favor de la tesis que no cabe hablar tampoco de la obligación o del deber de participar en la institución del jurado, cuando tal intervención sólo se conceptúa constitucionalmente como un simple derecho potestativo.

3. ... Y DE SENTIDO COMÚN

Pero es que también pensamos que el propio sentido común abona una conclusión similar.

Desaparecidas las razones históricas que alumbraron el derecho del inculpado a ser juzgado por sus iguales o vecinos (nisi per legale iuditium parium suorum), como se decía en la Carta Magna Inglesa de 1215, frente a una justicia señorial o real de la que se desconfiaba por su arbitrariedad y sometimiento al poder y habiéndose consolidado tras la época de la Ilustración en Europa unos tribunales, independientes y permanentes con jueces profesionales, la institución del Jurado cambió radicalmente de sentido. El jurado pasaba a ser ya sólo un derecho facultativo del ciudadano a participar en la administración de la justicia penal. Y así se configuró legalmente también en los países de nuestro entorno cultural, en los que, además, la ideología política liberal lo alzaría al rango de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

una institución paradigmática del sistema democrático. La historia del Jurado se involucra entonces inevitablemente a los vaivenes de las luchas políticas partidistas con resultados jurídicos nada halagüeños [5].

Con este nuevo planteamiento histórico y político, la función de juzgar que se le atribuye al juez-lego o ciudadano-jurado no resulta indispensable o necesaria para la administración de la justicia. Debería ser solo un derecho facultativo a ejercitar (participando) libremente por los ciudadanos tras una toma de conciencia serena y responsable, puesto que tal participación no se reduce a «presenciar» un proceso penal como mero espectador cualificado sino que debe juzgar a una persona a la que se le imputa la comisión de un delito para absolverla o condenarla.

Siempre han existido personas que no hacen uso activo o adecuado de sus derechos o facultades cívicas, políticos o de la clase que sean, y las razones que los interesados puedan aducir serían numerosas y aquí no conciernen. Pero es elemental y evidente para muchos, que el juzgar, por esencia, es una decisión libre de la persona, y como tal no puede imponerse como una obligación o un derecho-deber. Y si por los motivos que fuesen, el ciudadano no se sintiere capaz anímica o intelectualmente de juzgar a un semejante para absolverle o condenarle, en modo alguno debe el legislador obligarle a juzgar [6].

El escritor Javier MARÍAS exponía recientemente con brillantez y rotundidad parecidos comentarios y juicios: «... Se nos *obligará* a ser jurados, lo queramos o no. Me imagino que todo ello será legal y constitucional, porque si no no se haría. No por ello dejaría de parecerme una imposición injustificable, un abuso de autoridad, un atentado contra la libertad de las personas, una conminación. La actividad de juzgar es siempre algo elegido, que depende de la voluntad. Hay gente que prefiere abstenerse de hacerlo incluso en su vida particular, o que lo hace sólo para sus adentros, en la seguridad de que su juicio subjetivo no va a afectar a nadie, ni va a tener consecuencias... Ante la posibilidad de tener que juzgar si alguien es o no culpable de un asesinato, con todas las repercusiones de su voto o su decisión, esas personas se sentirán brutalmente violentadas. Yo me pregunto según qué principio se puede obligar

5. FAIRÉN GUILLÉN: «Los tribunales de jurados en la Constitución española de 1987», Civitas, Madrid, 1979; ALEJANDRE: «La justicia popular en España», Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1981; PÉREZ-CRUZ MARTÍN: «La participación popular en la administración de justicia: El Tribunal del Jurado», Montecorvo, Madrid, 1992.

6. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI: «La instrucción del jurado o juez lego», en Jornadas sobre el Jurado, cit. pp. 75, 79.

a nadie a ejercer una actividad que le repugna, para la que no se siente preparado o en la que debe regirse por unos criterios que en modo alguno le convencen»... «Si la implantación del sistema de jurados es un hecho y a éstos se los va a designar por sorteo, lo menos que debe admitir el proyecto o modelo es que los «beneficiados» puedan rechazar el honor si va contra sus principios, su carácter, sus costumbres o su voluntad. De otro modo, pronto tendremos una nueva figura que irritará a nuestros Gobiernos, el presente y los por venir; el objetor de conciencia al jurado. Y habrá que ir pensando en solicitar un nuevo derecho fundamental de las personas: el derecho a no juzgar» [7].

Pero el texto legal aprobado va todavía más lejos desgraciadamente, como ya sabemos, al imponer lisa y llanamente multas o sanciones ante determinadas situaciones. Esto realmente nos parece aberrante y un despropósito. Sencillamente una intimidación y una conminación intolerable. La propia Exposición de Motivos (parágrafo I) de la Ley trata de justificarlas diciendo... «nos encontramos ante un derecho-deber, lo que tiene reflejo en el texto legal al adoptar medidas coercitivas que aseguren el cumplimiento de la obligación»... [8].

Contra este propósito ya se había manifestado también hace tiempo, el Prof. MONTERO AROCA de manera meridiana y muy acertadamente: «He sacado la impresión de que cuanto más partidario se afirma la persona del Jurado más duro es a la hora de calificar la incomparecencia y de señalar la sanción oportuna. Ello supone, pura y simplemente, desconfianza; supone la creencia en esas personas de que el ciudadano español no tiene deseos de participar y de que hay que imponérselo como fuere.

7. JAVIER MARÍAS: «El derecho a no juzgar», en El País, de 15 de julio de 1995, p. 9. El autor ironizaba y ponía en solfa las afirmaciones de la Sra. Fernández de la Vega, ex Secretaria de Estado de Justicia, que había declarado a la Prensa: «Cualquier ciudadano está en condiciones de juzgar»... «ser jurado es un honor y como tal hay que vivirlo, al poder participar en un poder real».

8. GIMENO SENDRA ya se mostró partidario de esta línea dura en un trabajo anterior a la ley,... «el ordenamiento procesal debe contemplar medidas coercitivas (las *astreintes* o multas progresivas) para asegurar el cumplimiento de esta obligación de hacer»; en «El Jurado», ahora recogido en su libro Constitución y Proceso, Tecnos, Madrid, 1988, p. 17.

Ahora también GARBERI LLOBREGAT, en el mismo sentido, señala que... «la catalogación del desempeño de la función de jurado como deber u obligación jurídica, por otro lado, legítima, desde un punto de vista constitucional, la existencia de todo un conjunto de multas administrativas y de sanciones penales», en Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, cit., p. 102.

El Prof. MORENO CATENA, con evidente eufemismo o, quizás, con ironía, las califica de «elementos de corrección», en el Prólogo a la «Ley del Jurado», Textos Legales, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1995, p. 13.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Estamos aquí ante el juego de la ideología que hace perder la visión de la realidad. La ideología dice que el Jurado es «bueno» y no se comprende cómo hay personas que osan resistirse. Cuando la práctica está demostrando —ahí están las encuestas— que los ciudadanos españoles dicen «jurado sí, pero no conmigo», la respuesta del dominado por la ideología es el recurso a la coacción»[9].

4. Educación ciudadana y participación libre y responsable

Nos parece que para que la institución del Jurado arraigue en la ciudadanía hay que incidir en mostrar el carácter cívico de la participación, y en fomentar la adhesión voluntaria a esta colaboración. Y subrayo la palabra voluntaria. Sería muy importante indicar que el ejercicio de este derecho participativo en la función judicial es similar a cuando, por ejemplo, como elector participa con su voto consciente y responsable en la elección de sus representantes políticos. La educación en la función es lo que debe actuar de estímulo, pues así comprenderá que con su participación en un juicio puede también influir en el desarrollo dinámico de otro aspecto de la vida social.

Educar en este sentido significa mostrar también el carácter cívico como otro de los momentos esenciales que le incumben como miembro de una sociedad al formar parte de un Jurado. Con la participación, además, se refuerza un principio jurídico y democrático fundamental de carácter constitucional, cual es que en las manos de los ciudadanos se coloca la posibilidad de contribuir al desarrollo y resolución de un proceso justo. Había que educar ya así desde las escuelas o institutos pues mucha falta de entusiasmo posterior radicará en la ignorancia o desconocimiento de ese derecho, advirtiendo que como posibles Jurados deberá aportar al juicio sus experiencias vitales y culturales acumuladas con el tiempo, y que la conciencia de esa voluntad participativa es lo que de vivificante aporta a la Administración de Justicia para juzgar a una persona. Y que la ausencia de esa adhesión espontánea a la función judicial supone y se concreta en una violación de los deberes cívicos que le competen como jurado-representante de la comunidad.

Igualmente, sería muy conveniente que se facilite por los estudiosos, Ministerio de Justicia y Consejo General del Poder Judicial, la instrucción o información pedagógica mínima de tipo jurídico para que los ciudadanos interesados en participar puedan ilustrarse adecuadamente. Es conocida a este respecto la manualística de otros países europeos con larga tradición de Jurado, en las que se intenta de modo sencillo y claro exponer a grandes rasgos las características principales de la función. En realidad, con estas iniciativas no se pretenden crear unos «cursos acelerados» para nuevos aprendices de juristas. Nada más lejos. Lo peculiar del Jurado o lo que del juez-lego se espera ya quedó dicho.

Esta labor informativa que estimamos tan fundamental como la educativa apuntada anteriormente es la que podrá vencer el absentismo de los ciudadanos, que aún conscientes del valor de su participación en abstracto sin embargo, se inhiben ante el hecho concreto de su llamada como Jurados. Bien la ignorancia, el temor de acudir a los Tribunales, la gravedad o complicación de los asuntos, cuando no todas ellas juntas, son las causas del fracaso participativo que se señalan comúnmente como determinantes[10].

Educación cívica e instrucción elemental para la función de juzgar, son los presupuestos básicos para una participación libre y responsable que repercutirá decisivamente en el éxito de la institución del Jurado que todos deseamos.

9. Montero Aroca: «El Jurado posible», en Jornadas sobre el Jurado, cit., pp. 118-119.

10. Gutiérrez-Alviz Conradi: «La instrucción del jurado o juez lego», cit., p. 77; Moreno Catena, indica al respecto que «Junto con un altísimo porcentaje de españoles (alrededor de dos tercios) que se pronunciaban a favor de la implantación del jurado, sólo un 2 por 100 de ellos se manifestaban partidarios de formar parte del mismo. La lectura de las cifras conduce a concluir que existe una suerte de rechazo en el conjunto de la ciudadanía para el desempeño de la función del jurado, para emitir un veredicto, para enjuiciar y, muy especialmente para declarar responsabilidades penales que conduzcan a la condena de otra persona, lo que no parece resultar cometido especialmente gratificante», en «Prólogo», cit., p. 13.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DACIONES DE CUENTA

BREVE APUNTE SOBRE LOS INTERESES DEL ART. 921 DE LA LEC *

JUAN DAMIÁN MORENO
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de León

1. INTRODUCCIÓN: TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS INTERESES MORATORIOS ORDINARIOS

Como es sabido, uno de los requisitos esenciales que condicionan el acceso directo del título a la fase de ejecución reside en la necesidad de que la sentencia, además de reconocer una obligación de pago vencida y exigible, sea líquida pues de otro modo resultaría necesario integrar previamente el título a través de los mecanismos que a tal efecto dispone la LEC para estos casos (art. 928 y sgts. LEC).

En este aspecto y al margen de otros supuestos de menor entidad, suele ser habitual que la satisfacción del derecho del demandante no se limite al pago de la obligación principal sino que a su vez venga acompañada de pretensiones complementarias dirigidas fundamentalmente a obtener la condena por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de aquella, lo cual determina el que la correlativa obligación de pago de

* Texto correspondiente a la ponencia presentada en los Cursos de formación y perfeccionamiento de Secretarios Judiciales que sobre este tema organizó el Ministerio de Justicia.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

los intereses moratorios (art. 1.108 CC) se lleve a cabo en el periodo de ejecución, una vez que la sentencia haya individualizado la cantidad de la prestación principal y la forma en que deban ser calculados.

Por esta razón, en cuanto al pago de estos intereses, el art. 921 de la LEC articula un sistema que dispensa al acreedor de la necesidad de acudir a otros medios para su determinación, una vez que la sentencia haya establecido el porcentaje y el tiempo por el que deban abonarse (art. 921.2 LEC).

Esta disposición, introducida por primera vez en la LEC de 1881, tiene por objeto evitar los inconvenientes que hasta esa fecha en la práctica se venían produciendo al considerar como cantidad ilíquida la condena a los intereses de demora, lo que obligaba al ejecutante a su posterior liquidación por los trámites ordinarios, siendo suficiente, como explica MANRESA, con que en el escrito en el que se pida la ejecución se fije la cantidad líquida a que ascienden estos intereses para calcular la suma total objeto de la ejecución a tenor de lo contenido en el título.

Por lo tanto, debe quedar claro que en principio la alusión originariamente contenía el art. 921 de la LEC tenía una evidente finalidad tendente a procurar la simplificación de los trámites de la ejecución cuando existiera una condena al abono de esta clase de intereses, siempre que su aplicación dependa exclusivamente de simples operaciones matemáticas sin que sea posible en esta fase controversia jurídica alguna que justifique la tramitación de cualquier tipo de incidente (CORTÉS DOMÍNGUEZ).

En función de todo ello se ve cómo esta norma no es más que una mera transposición al ámbito del proceso de las reglas civiles que consideran como líquidas las cantidades que no siéndolo en realidad resultan fácilmente liquidables sobre la base de criterios previamente establecidos, evitando que el deudor trate de dilatar la ejecución oponiéndose injustificadamente a la liquidación de dichos intereses.

La aplicación de los intereses moratorios está sometida a un riguroso principio de rogación cuyo origen, tal como se desprende inequívocamente de la declaración contenida en el art. 1.108 del CC, se encuentra en su naturaleza estrictamente indemnizatoria y por tanto de naturaleza disponible, siendo así que, a la vista de ello, no cabe su imposición de oficio de modo que, según esto, en función de lo previsto en el art. 1.100 del Código Civil, el juez no está pues autorizado a imponer la condena al pago de estos intereses si no ha mediado solicitud de la parte a quien deba favorecer.

En consecuencia, condicionado el pago de intereses moratorios a la existencia de una obligación líquida («*in illiquidis non fit mora*»), su reclamación ha de ser pedida al momento de la interposición de la demanda a los efectos de una eventual declaración de mora del deudor, sin la cual es inviable su exigencia en la fase de ejecución correspondiente. La razón es sencilla si se tiene en cuenta que la noción de mora no siempre está ligada al ejercicio de acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones. Puede incluso darse el caso de que o bien la pretensión deducida al amparo de una acción de estas características tenga una finalidad distinta de la propiamente resarcitoria o bien porque hayan sido parcialmente satisfechos o exista pacto en contrario de no exigirlos.

Por ello no creemos que la aplicación del art. 921 de la LEC en esta parte ofrezca inconveniente alguno que exija un análisis pormenorizado de sus consecuencias en relación su finalidad esencial, que no es otra, como se ha dicho, que el de facilitar los trámites derivados de reclamaciones que contengan la condena al pago de los intereses moratorios, los cuales, salvo pacto en contrario, serán los legales calculados en la forma establecida (Ley 22/1984, de 29 de junio).

II. LOS INTERESES PROCESALES DEL ART. 921.4 DE LA LEC

A) *Antecedentes: El art. 921 bis LEC*

Si en líneas generales, la naturaleza material de los intereses de demora y su tratamiento procesal no han sido objeto de discusión en cuanto a los requisitos que han de ser observados para su aplicación por los tribunales, no ocurre lo mismo con los calificados como intereses procesales, los cuales nacen como consecuencia de la resolución que contiene la condena al pago de una cantidad líquida y cuya imposición, como más adelante se dirá, corresponde al órgano jurisdiccional como parte integrante de las actividades inherentes de la ejecución.

La consagración de los llamados intereses procesales tuvo su origen en la Ley 77/1980, de 26 de diciembre, al introducir en nuestra originaria LEC una nueva disposición —el art. 921 bis—, a cuyo tenor se ordenaba lo siguiente:

> «Cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, esta devengará, desde que aquella fuese dictada hasta que sea totalmente ejecutada, en favor del acreedor, el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España incrementado en dos puntos, salvo que interpuesto recurso fuese revocada totalmente. En los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá con arreglo a su prudente arbitrio.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

> Lo establecido en el párrafo anterior será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contuvieran condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria.»

De lo expuesto se aprecia por tanto que los intereses a los que alude esta norma no son los moratorios o materiales a los que nos hemos referido anteriomente, sino de otra naturaleza, entre otras razones porque su nacimiento se produce a raíz del reconocimiento de una obligación de pago que surge de la propia sentencia, independientemente de que la obligación principal fuera inicialmente ilíquida, siendo suficiente en este caso que la resolución judicial introduzca la liquidez requerida.

La doctrina consideró desde un principio que el fin perseguido por esta disposición tenía un marcado carácter sancionador al objeto de evitar que el condenado utilizara los recursos de forma dilatoria y de esta manera tratara de retrasar el cumplimiento de la resolución ya que de este modo, dado el bajo interés previsto a estos efectos, resultaría más rentable aguardar a la ejecución forzosa de la sentencia que el proceder voluntariamente a su cumplimiento (LOZANO-HIGUERO PINTO).

En consecuencia, esta norma nunca tuvo por objeto modificar el tradicional régimen jurídico respecto a los intereses moratorios del art. 1.108 del CC, en relación al cual la jurisprudencia había ya elaborado toda una doctrina que los distinguía claramente de los procesales, configurando unos intereses que son, desde esta perspectiva, de naturaleza punitiva o sancionatoria y por tanto, como se verá, de aplicación imperativa para el juzgador.

Creemos que no debe inducir a error el hecho de que al amparo de la misma pudiera postularse la naturaleza igualmente material de estos intereses, basado en la suposición de que no existe en realidad una duplicidad de intereses, tal como pudiera desprenderse en los casos en que los que concurra una sucesión continuada entre aquellos que son debidos a la existencia previa de una obligación líquida, y que nacen desde que el acreedor procede a su reclamación (art. 1.100 CC), y los que posteriormente se originen como consecuencia del pronunciamiento jurisdiccional, si bien incrementados en dos puntos desde el periodo que va desde la sentencia hasta el momento de su cumplimiento (CORTÉS DOMÍNGUEZ).

Sin embargo, tal circunstancia no ocasiona el que ambos tipos de interés deban recibir idéntico tratamiento, aunque en algunos casos pueda dar esa impresión. Buena prueba de ello lo constituyó la Sentencia del

Tribunal Supremo de 24 de abril de 1982, la cual, interpretando en contenido de este precepto, ofreció la solución más adecuada acerca del modo en que debían compaginarse ambos tipos de interés al señalar que «si la cantidad objeto de la condena no producía interés desde el momento anterior, con la fecha de la resolución se inicia el de los regulados por el art. 921 bis y si por el contrario, ya devengaba intereses moratorios, el aspecto de la compatibilidad debe resolverse entendiendo que los moratorios ordinarios quedan embebidos en los superiores del artículo a partir de la fecha de la resolución, debiendo distinguirse, por tanto, entre el tiempo anterior a la fecha de la resolución o tiempo de mora ordinario y el tiempo posterior, regido por el art. 921 bis únicamente, pero si los intereses moratorios ordinarios, por pacto u otra causa aparecieran superiores a los del artículo, prevalecerán aquellos y, en definitiva y en cualquier caso, el tipo más elevado».

En definitiva, al margen de otras cuestiones, lo que nos venía a decir esta sentencia, —por supuesto mucho antes de la reforma de 1984 —es que los intereses de naturaleza indemnizatoria excluyen a los procesales cuando exista alguna causa que justifique la imposición de los que eventualmente incorporen un tipo mayor al establecido legalmente, sancionando así una suerte de incompatibilidad que impide lógicamente su acumulación, lo cual es muy importante a los efectos de interpretar adecuadamente el contenido de las excepciones previstas en el vigente art. 921 de la LEC.

B) *Régimen vigente*

Como es sabido, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, incorporó el contenido del art. 921 bis a las disposiciones generales que en relación con esta materia ya recogía el art. 921 de la LEC en su anterior redacción, si bien aprovechando esta ocasión para llevar a cabo algunas modificaciones no contempladas expresamente en el texto aprobado por la Ley 77/1980, de 26 de diciembre.

En cualquier caso, a pesar de ello, no cabe conceder a las modificaciones introducidas mayor trascendencia que las propiamente dirigidas a establecer las necesarias precisiones, sin que en ningún caso hayan alterado la naturaleza de los intereses procesales que se recogen en dicho precepto. Seguimos estando ante una obligación de pago que tiene su origen último en el deber constitucional de acatamiento de las resoluciones judiciales (art. 118 CE), cuya concreción formal se incorpora a la LEC como derivada de la necesidad de evitar el incumplimiento de los

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pronunciamientos jurisdiccionales, idea que por otra parte venía ya recogida entre los motivos que justificaron la aprobación de la Ley 22/1984, de 29 de junio, al modificar el régimen jurídico del tipo del interés del dinero (BOE n.º 158, de 3 de julio), planteamiento que ha sido igualmente utilizado por nuestro Tribunal Constitucional para despejar cualquier duda respecto a la inconstitucionalidad de preceptos de análoga finalidad, sobre todo en relación con el carácter disuasorio que puedan tener este tipo de disposiciones en cuanto al ejercicio del derecho a utilizar los recursos legalmente establecidos (SSTC 206/1993, de 22 de junio y 69/1996, de 18 de abril).

Su imposición corresponde pues al órgano judicial sin que medie petición alguna ya que se trata de una norma de derecho necesario y por consiguiente no sujeta al poder dispositivo de las partes, tal como ha tenido ocasión de ratificar el Tribunal Constitucional en algunas ocasiones (STC 167/1985, de 10 de diciembre) y cuya naturaleza sancionatoria o punitiva ha sido igualmente puesta de relieve por nuestra jurisprudencia en numerosas sentencias estableciendo una clara distinción entre los que son meramente materiales de los estrictamente procesales. Así, la STS de 15 de abril de 1991, reiterando su doctrina recogida en la Sentencia de 10 de abril de 1990, ha señalado que estos últimos «nacen no de una sentencia declarativa, sino por imperativo de la ley, y siendo obligatorio el conocimiento de ésta por parte de los órganos insertos en el Poder Judicial, ni hace falta pedir lo que la ley manda, ni comete incongruencia el juez que silencia un *petitum* de tal naturaleza, procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo, dado que no son lo mismo los intereses moratorios propiamente dichos que contempla el art. 1.108 CC y los intereses que recoge el art. 921, redactado por la Ley de 6 de agosto de 1984 y que dicha ley ha configurado como punitivos o sancionadores y que, como esta Sala ha reiterado, nacen *ope legis*, sin necesidad de petición ni de expresa condena».

Queda pues claro que aun cuando la resolución judicial no contuviera una declaración específica relativa a estos extremos, si el acreedor insta la ejecución forzosa de la sentencia, el órgano jurisdiccional viene obligado a liquidar estos intereses, sea cual sea el momento en que estos hayan comenzado a computarse, lo cual puede suceder bien desde que se dicta la sentencia en la primera instancia o, posteriormente, en apelación (STS de 18 de noviembre de 1996), salvo el supuesto específico de la revocación total, donde evidentemente no tiene objeto su reclamación.

Como puede comprenderse, a pesar del tenor literal del precepto, lo verdaderamente relevante no es el momento en que se dicte la resolución

judicial que contenga la obligación de pago, sino el de la notificación a quien efectivamente corresponda su cumplimiento, entre otras razones porque el deber genérico de acatamiento de las resoluciones judiciales no surge desde que se dicta la sentencia sino desde que es comunicada a sus destinatarios, momento a partir del cual despliega todos su efectos, siendo así que, además, en este caso sólo de esta manera pueden salvarse los inconvenientes derivados del retraso a la hora de practicar la notificación.

La LEC contiene a su vez un previsión especial para los supuestos bastante frecuentes de estimación parcial. En estos casos, la solución se deja en manos del juzgador a la hora de resolver el recurso, lo cual puede plantear alguna dificultad en orden a su aplicación pues queda a su prudente arbitrio la determinación del momento en que estos han de computarse. La medida es sin duda lógica a los efectos de modular la cuantía en proporción a fecha respecto de la que han de liquidarse estos intereses en relación con la cantidad objeto de la condena.

Mayores problemas pueden suscitarse acerca del modo de hacer efectivos dichos intereses ya que su determinación definitiva, a diferencia de lo que sucede con los materiales, fácilmente calculables por el acreedor con arreglo a los criterios fijados en la resolución, está supeditada al conocimiento exacto del momento en que se produce el pago al que estos intereses responden ya que la sentencia en modo alguno es capaz de proporcionar este dato hasta tanto no se conozca la cuantía total por la que el acreedor insta la ejecución así como el momento en que la parte condenada procede al cumplimiento de la obligación contenida en la misma.

Para obviar este tipo de indeterminaciones y evitar el que corran intereses en su contra será suficiente con que el deudor una vez notificada la sentencia pague o consigne judicialmente la cantidad reclamada. Si por cualquier motivo, el acreedor retrasare la ejecución, quedará liberado de abonar los intereses procesales a los que se refiere el art. 921.4 de la LEC, pagando o consignando el importe de la reclamación principal (arts. 1.169 y 1.176 CC). En cualquier caso, respecto de éstos, todo dependerá de la fecha en que se produzca el pago de la cantidad objeto de la condena principal, a partir de la cual habrá de procederse a su liquidación y, en su defecto, al embargo de los bienes que sean suficientes para hacerlos efectivos, incluyendo además lo que se calcule para responder de las costas causadas.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

III. Excepciones al régimen general. El problema de la concurrencia con otros intereses o recargos pactados o sometidos a disposición especial

Uno de los aspectos donde se plantean los mayores inconvenientes en torno a la teoría general relativa a los intereses del art. 921.4 de la LEC, surge como resultado de la concurrencia con otros que nuestro ordenamiento ampara bajo disposiciones legales especiales o pacto entre las partes. En estos supuestos, el problema se produce como consecuencia de aparentes contradicciones existentes entre el régimen ordinario y el contenido en relación con las excepciones previstas en este precepto.

Ni que decir tiene que toda esta problemática, aun no siendo nueva, tuvo una particular incidencia con motivo de la entrada en vigor de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, a cuyo amparo se fue creando todo un cuerpo de doctrina que todavía hoy por hoy, a pesar de la finalidad aclaratoria que el legislador trató de propiciar con la reforma de la Ley de 8 de noviembre de 1995, no ha terminado de consolidarse definitivamente ya que existen algunos aspectos que todavía ofrecen ciertos problemas interpretativos de alcance constitucional y a los que habría que añadir últimamente los que se derivan del régimen específico de las Comunidades Autónomas como consecuencia de la equiparación que la jurisprudencia ha llevado a cabo en relación con los privilegios que la legislación presupuestaria atribuye en esta materia a la Administración Central en relación con la normativa aplicable a las Haciendas Locales (SSTS de 5 de noviembre de 1996, R.A. 8405 y de 6 de noviembre de 1996, R.A. 8554).

En todo caso, y por lo que se refiere al tema de la compatibilidad entre ambos tipos de interés, hasta el momento la normativa contenida en el art. 921.4 de la LEC había permitido deducir que el criterio general para la determinación del tipo aplicable a los intereses a los que alude (interés legal del dinero incrementado en dos puntos), sufría una importante derogación en presencia de otros tipos específicos que actúan en función de la existencia de pacto entre las partes o disposición especial que así lo establezca y que por ello operan como excluyentes que impiden la aplicación de los tipos ordinarios previstos con carácter general en dicho precepto.

Preciso es advertir que aunque estas excepciones no figurasen como tales en el derogado art. 921 bis, su inclusión en la reforma de 6 de agosto de 1984 únicamente tenía por objeto elevar a rango legal lo que en definitiva ya venía aplicándose a nivel jurisprudencial (Sentencia de

24 de abril de 1982), al objeto de hacer prevalecer siempre y en todo caso el tipo más elevado cuando por pacto o disposición especial, los intereses materiales fueran superiores a los ordinarios fijados con carácter general del vigente art. 921 de la LEC.

Y esto por muy discutible que resultara, tenía un evidente trasfondo económico ya que, como se indicó al principio, de lo que se trata es de evitar que sea más rentable para el deudor retrasar el pago voluntario y esperar a la ejecución forzosa del título que dio origen al litigio del que dimana la obligación de pago.

En consecuencia, no se trata tanto de un problema de compatibilidad o no entre ambos tipos de intereses sino de adecuar la realidad procesal a la condición más beneficiosa para el acreedor que con motivo del incumplimiento o retraso se ve en la necesidad de acudir a los tribunales para la satisfacción definitiva de su derecho, lo cual ha servido a la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 22 de junio de 1993, para indicar que en definitiva la efectividad de la tutela jurisdiccional no sólo se logra mediante la exigencia del inmediato cumplimiento de la resolución sino que el ganador consiga el restablecimiento pleno de su derecho, hasta la *restitutio in integrum*, en la cual se comprende el daño sufrido, siendo así que ese es precisamente el objeto del interés de demora al margen de la eventual actualización monetaria para restablecer la depreciación permanente, que tiene otros mecanismos como las cláusulas de estabilización contractuales o las previsiones legales al respecto, en función de un punto de referencia dado y por lo tanto no se trata por ello de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial, sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda.

A nuestro entender lo que en realidad se nos está diciendo es que el tipo general (interés legal incrementado en dos puntos) del art. 921.4 es inaplicable cuando concurra con intereses materiales superiores, cuyos efectos se extenderían hasta el momento mismo del pago o consignación de la cantidad reclamada, siendo así que esta conversión es la que produce el que una pretensión dirigida a acumular ambos tipos sea procesalmente inatendible.

Como ha puesto de relieve la doctrina, del tenor del referido precepto podría desprenderse inequívocamente que la vigencia del tipo general se encuentra subordinado a la condición negativa de que no existan otros pactados o establecidos legalmente en virtud de disposiciones especiales (Esteban Castillo, González-Cuéllar Serrano), solución cri-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ticada en parte por algunos autores (PRIETO-CASTRO, MORENO CATENA), al considerarla excesivamente beneficiosa para el acreedor, lo cual ocurrirá sobre todo en operaciones financieras relativas a préstamos mercantiles en donde es frecuente pactar intereses convencionales superiores al del interés legal, mas en este caso, en la medida en que estos excluirían la aplicación de la regla general del 921.4 de la LEC, no habría inconveniente en admitir su moderación al amparo de lo dispuesto en el art. 1.154 del CC.

Mayores problemas suscitó esta materia al trasladar la referida doctrina a los intereses derivados de la derogada Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 3/1989, sobre todo a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que a pesar de haberles asignado una naturaleza eminentemente resarcitoria o material en razón a la necesidad de proteger a quienes se han visto perjudicados con ocasión de un accidente de circulación (STC 5/1993, de 14 de enero), autorizó sin embargo a los jueces a que pudieran imponerlos de oficio y sin que mediara solicitud del interesado, lo que supuso extender a estos intereses legales la doctrina establecida en relación con los intereses procesales del art. 921.4 de la LEC (STC 257/93, de 20 de julio).

Esta circunstancia motivó el que se formularan sendos votos discrepantes en defensa del principio de rogación, basado en el entendimiento de que «si la finalidad de este elevado interés consiste en compensar los perjuicios que, para las víctimas de un accidente representa la necesidad de litigar y la demora en el puntual pago de la indemnización, es claro que constituye un interés material especial de demora con una clara finalidad resarcitoria, razón por la cual se trata de un interés manifiestamente disponible, esto es regido por el principio dispositivo, el cual se proyecta en la esfera del proceso mediante la prohibición de que *ne eat iudex ultra petita partium*» (GIMENO SENDRA), criterio que fue igualmente compartido por un sector doctrinal que no comprendía cómo era posible excluir del ámbito de aplicación del principio dispositivo unos intereses de naturaleza eminentemente material y cuyo devengo se producía con anterioridad al inicio del proceso (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO), con lo que la falta de reclamación de ese interés especial solo podría determinar la aplicación de la regla general del art. 921.4, y siempre sobre la base de las indemnizaciones declaradas en la sentencia (ESTEBAN CASTILLO).

Sin embargo en la actualidad toda esta polémica carece de la importancia que tuvo entonces ya que como es sabido no ha sido este precisamente el modelo que ha inspirado la reforma del art. 20 de la Ley de

Contrato de Seguro en cuanto al contenido de la condena de los intereses moratorios ya que según se desprende del sistema vigente conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, parece claro que ha prevalecido la tesis mayoritaria secundada por el Tribunal Constitucional, al acoger de esta manera la solución que quizás más favorece a los intereses de los perjudicados y, en la línea que en su día propugnara la jurisprudencia, adoptando la teoría que la doctrina ha calificado como la más razonable (REVILLA GONZÁLEZ) al incorporar una especie de *inacumulación por absorción* respecto a los intereses que en teoría hubieran de devengarse por la aplicación del 921 de la LEC (Regla 10.ª).

Conviene resaltar por tanto que según esta normativa, aplicable a todas las modalidades de seguro, incluido el de accidentes de circulación (Disposición Adicional 8.ª de la Ley 30/95), el juez se encuentra además expresamente facultado para imponerlos de oficio siempre que concurran los presupuestos materiales que el propio precepto establece, despejando de esta manera las dudas interpretativas que suscitó la anterior regulación ya que a nuestro juicio, en contra de lo que se ha sostenido (REVILLA GONZÁLEZ), no creemos que la aplicación *ex officio* de una consecuencia jurídica prevista en la norma pueda entrañar infracción alguna al derecho de defensa.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA UNIDAD JURISDICCIONAL Y LA LLAMADA «JURISDICCIÓN MILITAR» [1]

LORENZO-MATEO BUJOSA VADELL
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

1. Introducción. — 2. Unidad jurisdiccional: significado constitucional. — 3. «Jurisdicción militar»: justificación y planteamiento constitucional. — 4. Configuración de la llamada «jurisdicción militar» en el derecho vigente: 4.1. Organización y funcionamiento de los Juzgados y Tribunales Militares; 4.2. La restricción al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio; 4.3. La exigencia de respeto a los principios de la Constitución: 4.3.1. Independencia; 4.3.2. Inamovilidad; 4.3.3. Imparcialidad; 4.3.4. Exclusividad; 4.3.5. Predeterminación por la ley; 4.3.6. Responsabilidad. — 5. La «jurisdicción militar» ¿excepción a la unidad jurisdiccional?

1. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación (I+D) «La exigencia de la responsabilidad penal y disciplinaria en el ámbito castrense. Su control jurisdiccional», dirigido por la Prof. Dra. D.ª María del Carmen CALVO SÁNCHEZ y financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Núm. de referencia PS 93-0061).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1. Introducción

Son varias las notas esenciales que caracterizan constitucionalmente el concepto fundamental de Jurisdicción[2] y permiten su diferenciación respecto de la Legislación y la Administración, principalmente de ésta última pues es la que históricamente ha presentado más dificultades. Se trata de la unidad, la independencia y la exclusividad, subrayando no obstante que la nota identificadora de la jurisdiccionalidad de un órgano es sobre todo la segunda[3], y entendiendo además como directamente relacionados con ella otros rasgos jurisdiccionales imprescindibles como son la imparcialidad y la inamovilidad. Finalmente, como contrapeso a estas notas, es imprescindible tener en cuenta el sometimiento únicamente a la ley —verdadero fundamento legitimador de la Jurisdicción[4]— y la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales.

En las líneas que siguen nos situaremos principalmente en la perspectiva de la unidad jurisdiccional para apreciar su significado actual y su articulación con el mantenimiento en nuestro ordenamiento de los órganos judiciales militares, tradicionalmente situados al margen de la mencionada unidad y objeto frecuente de ampliaciones abusivas e instrumentalizaciones políticas en perjuicio de las garantías jurisdiccionales. Este análisis llevará a examinar la incardinación de la llamada «jurisdicción militar» en un contexto jurídico presidido por los principios constitucionales, entre los que cabe situar principalmente las notas características de la Jurisdicción a las que hemos hecho referencia y en especial la independencia. En nuestra opinión es ésta una cuestión capital todavía no resuelta de forma definitiva en el ordenamiento español a pesar de los importantes avances constitucionales y postconstitucionales en este sentido.

2. Acogemos básicamente la definición de Pedraz Penalva, E., «Sobre el «Poder» Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, p. 185, acerca de la Jurisdicción como «aquella potestad constitucional ejercida, exclusiva y excluyentemente, por Tribunales independientes, previa y legalmente establecidos, funcionalmente desarrollada de modo imparcial en el proceso, dirigida a la satisfacción irrevocable de los intereses jurídicos socialmente relevantes».

3. El art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, establece que: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)». Vid. Schmidt, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, pp. 150 y ss y Gimeno Sendra, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, p. 43. Como destaca Calvo Sánchez, C., «El derecho a juez imparcial en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes», *Rev. LA LEY*, viernes, 3 de noviembre de 1989, p. 1, la independencia hace referencia al momento constitucional, a la Jurisdicción como Potestad, mientras que la imparcialidad al momento procesal, a la Jurisdicción como función.

4. Esta vinculación del órgano jurisdiccional al ordenamiento jurídico obedece, en opinión de Requejo Pages, J. L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, pp. 129 y ss, a la función tutelar que el propio ordenamiento le atribuye de manera específica. Vid. Pedraz Penalva, E., «De la Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu», *Constitución, Jurisdicción...*, op. cit., p. 35.

2. Unidad jurisdiccional: Significado constitucional

El principio de unidad jurisdiccional no es innovación de la Constitución de 1978 sino que surge como aspiración constitucional en España a principios del siglo XIX, con la implantación del Estado liberal, frente a la anterior multiplicidad de fueros privilegiados, jueces especiales o excepcionales, estatales y sobre todo extraestales[5], que caracterizaba el Antiguo Régimen[6].

Si desde el punto de vista terminológico ha habido una transformación histórica desde la postulación del fuero único hasta la persecución de la unidad jurisdiccional[7], también se puede observar una evolución en el contenido de este principio jurisdiccional. Frente a la creación de fueros privilegiados para dar un tratamiento específico para determinadas personas[8], el liberalismo pretendía acabar con los tribunales que respondían a privilegios de casta y perseguía principalmente la igualdad de los ciudadanos ante la ley, para lo cual propugnaban también la centralización y la unidad del sistema[9]. Con la unidad de fuero se aspira, por tanto, a la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, aunque también, como

5. Vid. De Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 136-137.

6. Vid. González Alonso, B., «La justicia», en *Enciclopedia de Historia de España*, (dir. M. Artola), vol. II, Madrid, 1988, pp. 392 y ss.

7. Montero Aroca, J., «La unidad jurisdiccional. Su consideración como garantía de la independencia judicial», *Justicia*, 1984, núm. 1, pp. 66-68. También publicado en *Libro Homenaje a Jaime Guasp*, Comares, Granada, 1984, pp. 427-449.

8. Cfr. De Otto, I., *Estudios..., op. cit.*, p. 140.

9. Cfr. De Mendizábal Allende, R., «La Audiencia Nacional y la unidad de jurisdicción», *El Poder Judicial*, vol. III, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 2015.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se destacaba en el Preámbulo de la Constitución de 1812, a una mayor efectividad de la justicia ante la proliferación de órganos distintos [10].

La proclamación de la unidad de fuero es recogida ya en el art. 248 de la Constitución gaditana: «En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas», pero no logró alcanzar una importante aplicación práctica [11] hasta el Decreto de unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, el cual suprimió las jurisdicciones especiales, salvo la eclesiástica, militar (Marina y Guerra) y Senado [12]. Ciertamente los distintos textos constitucionales decimonónicos proclamaban de una u otra forma lo que hoy entendemos como unidad jurisdiccional, pero con un alcance meramente programático [13], alcance que en realidad ha continuado prácticamente hasta nuestros días.

Con la promulgación en 1870 de la Ley provisional para la organización del Poder Judicial se delinea ya un nuevo tipo de juez ordinario, por lo menos formalmente independiente, con lo cual empieza a configurarse una nueva concepción del principio de unidad jurisdiccional [14], dirigida a la generalización de tal independencia a todos los órganos que ejercieran la potestad jurisdiccional. Paradójicamente, el acrecentamiento de la independencia de los órganos ordinarios, actuó en contra del mantenimiento de la unidad, pues el propio Estado para evitar que auténticos órganos independientes pudieran tener atribuciones en materias políticamente sensibles [15] procedió a la creación de nuevos tribunales fuera de la

10. Cfr. AROZAMENA SIERRA, J., «El principio de unidad jurisdiccional», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, t. IV, Del Poder Judicial. Organización Territorial del Estado, p. 3037.

11. Destaca, sin embargo, LATOUR BROTONS, J., «Unidad de Jurisdicciones», Revista de Derecho Judicial, núm. 41, 1970, p 118, que la labor unificadora de las Cortes de Cádiz sí supuso un sesgo estatalizador de las jurisdicciones.

12. MOVILLA ÁLVAREZ, C., en *El Poder Judicial*, (con ANDRÉS IBÁÑEZ, P.), Tecnos, Madrid, 1986, p. 187, señala que «se ha querido identificar el Decreto de Unificación de Fueros de 5 de diciembre de 1868, promulgado en un período liberal, con un potenciamiento de la Jurisdicción ordinaria, cuando es lo cierto que precisamente en esa norma, se sientan las bases para la consolidación de la Jurisdicción militar en una clara autonomía respecto a la ordinaria».

13. Cfr. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., «La evolución histórica de la Jurisdicción Penal Militar en España», *REDEM*, núm. 38, 1979, p. 57.

14. MONTERO AROCA, J., «La unidad jurisdiccional. Su consideración...», op. cit., p. 72.

15. GONZALEZ DEL ALBA, P., «La jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones especiales», *RGLJ*, t. 108, 1906, p. 13, en unas fechas en las que la tendencia señalada en el texto se encontraba en pleno apogeo (Ley de 23 de marzo de 1906, conocida como Ley de Jurisdicciones), era elocuente: «Y por doloroso que sea reconocerlo, es un hecho innegable que en menoscabo de los tribunales ordinarios, de su respetabilidad y su prestigio, en delitos no militares, por obra, no del Ejército, sino del Poder del Estado, se ha acudido en su represión al procedimiento de la jurisdicción militar, privando al justiciable de ser juzgado por su Juez natural, sin otro motivo excusable que la mayor celeridad en el procedimiento y excusación de trámites rituarios, como si los derechos procesales que garantizan el sacratísimo de la defensa del acusado, no fueran dignos del más profundo respeto».

jurisdicción ordinaria o, directamente, a la constitución de órganos administrativos con funciones pseudojurisdiccionales, ampliándose desmesuradamente por otro lado la competencia de tribunales ya existentes [16], de esta forma se instrumentalizaron políticamente los tribunales militares al atribuirseles paulatinamente materias relacionadas más con el mantenimiento del orden público que con lo auténticamente castrense [17].

En la actualidad puede afirmarse la implantación de la unidad, con alcance a todos los órganos que integran la llamada jurisdicción ordinaria. Es el art. 117.5 CE el que proclama este principio en el Derecho vigente («El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. ...») [18], así como el art. 3.1 LOPJ («La Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos»).

Una vez entendida la jurisdicción como potestad dimanante de la soberanía del Estado, se concluye que ésta es única, pues es imposible conceptualmente que un Estado tenga más de una jurisdicción [19]. La potestad jurisdiccional es indivisible, todos los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad, y lo que se distribuye no es la potestad, sino la función, de ahí surgen las diversas competencias, que suponen la distribución de la función jurisdiccional entre los órganos jurisdiccionales, y sólo entre éstos como exige el principio de exclusividad [20]. En definitiva,

16. Vid. MONTERO AROCA, J., «La unidad jurisdiccional. Su consideración...», *op. cit.*, pp. 74-75.

17. Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica», *REDEM*, núms. 56 (julio-diciembre, 1990) y 57 (enero-junio, 1991), t. I, pp. 37-39.

18. Critica esta formulación DE LA OLIVA SANTOS, A., «La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978», *RDProclb*, 1978, pp. 406-407, por considerarla «una hipérbole carente de justificación y de un mínimo ajuste a la realidad».

19. MONTERO AROCA, J., «Unidad de Jurisdicción y Tribunales Especiales», *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981, p. 57.

20. La estrecha relación entre la unidad y la exclusividad jurisdiccional ha sido destacada por la doctrina: Vid. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos..., op. cit.*, pp. 85 y ss. quien estudia conjuntamente ambos principios, al entender que la unidad es un presupuesto de la exclusividad. Es tradicional distinguir entre un aspecto ad extra de la exclu-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en los Estados unitarios, por contraposición con los federales, la unidad jurisdiccional se vincula directamente a la unidad de soberanía[21]. En este sentido, afirma FENECH[22], que «la jurisdicción, como función soberana, es única».

Otros autores dan un paso más para fundamentar la unidad jurisdiccional por estimar que la unidad de soberanía no es suficiente para justificar aquélla: GIMENO SENDRA[23], en primer lugar, no entiende porqué por el mero hecho de ser una potestad dimanante de la soberanía popular la Jurisdicción tenga que ser necesariamente una, cuando la realidad demuestra la existencia de órdenes de funcionarios o particulares que deciden los conflictos de manera definitiva e irrevocable[24]. Por ello GIMENO prefiere basar este principio en la garantía de la independencia, de ahí deduce este autor que no se atenta directamente contra el principio de unidad jurisdiccional en el excepcional supuesto de que el ordenamiento conceda facultades juzgadoras a personas que, aunque no estén adscritas funcionarialmente al Ministerio de Justicia y no se rijan por el sistema de autogobierno, puedan detentar la potestad jurisdiccional si están debidamente dotadas de independencia e imparcialidad.

Efectivamente creemos que la constitucionalización del art. 117.5 responde a circunstancias históricas concretas en las que se reaccionaba

sividad, por el cual fuera de la organización estatal no puede ejercerse potestad jurisdiccional, y un aspecto ad intra por el cual son los Juzgados y Tribunales quienes tienen el monopolio de tal potestad. (Cfr. DE OTTO. I., *Estudios...*, p. 83). Se aprecia además una vertiente negativa de este principio en el sentido de que los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las de de juzgar y ejecutar lo juzgado y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho (art. 117.4 CE).

21. SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 117», en *Comentarios a la Constitución*, dirigido por F. GARRIDO FALLA, Civitas, Madrid, 1980, p. 1215, distingue tres sentidos de la unidad jurisdiccional, el segundo de los cuales se refiere concretamente a su vertiente territorial. Son interesantes al respecto los planteamientos flexibilizadores de ELIZALDE PÉREZ, J. M.ª, «El principio de unidad jurisdiccional y los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas: una interpretación federalista en perspectiva comparada», *El Poder Judicial*, vol. II, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 1095-1151, y de LÓPEZ AGUILAR, J. F., *Justicia y Estado Autonómico. Orden competencial y Administración de Justicia en el Estado compuesto de la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Justicia e Interior, Civitas, Madrid, 1994.

22. FENECH NAVARRO, M., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1959, I, p. 170.

23. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos..., op. cit.*, p. 90.

24. GIMENO SENDRA, J. V., «Unidad y exclusividad de la Jurisdicción, Juez legal y Ministerio Fiscal en la Constitución española», *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, Secretario de Publicaciones, Valencia, 1980, p. 357, hace referencia a la subsistencia de una multiplicidad de jurisdicciones.

frente a una situación anterior caracterizada por la vulneración de la independencia de los órganos judiciales, sobre todo a través de la ampliación desmesurada de las llamadas jurisdicciones especiales en las que tal nota brillaba por su ausencia[25]. Ello explica también la circunstancia de que en otros textos constitucionales de nuestro entorno no se haga referencia a la unidad jurisdiccional.

El principio de unidad en su actual formulación constitucional acoge la generalización de garantías jurisdiccionales a todos los órganos que ejerzan jurisdicción especialmente la independencia y el sometimiento únicamente a la ley, lo cual no supone desterrar la inicial aspiración a la igualdad que caraterizaba en el siglo pasado a la unidad de fueros, sino referirla a la igualdad en las garantías constitucionales[26]: tanto en el aspecto de la organización, como en el del funcionamiento.

El art. 117.5 CE al proclamar la unidad jurisdiccional no lo hace solamente desde el punto de vista orgánico, sino también desde el punto de vista dinámico o funcional. Se establece la unidad no sólo como base de la organización de los Tribunales, sino también de su funcionamiento, con lo cual este principio tiende a impedir la existencia de procesos en los que no se respeten las garantías mínimas establecidas en la Constitución, especialmente las del art. 24, tanto en la actuación procesal de los órganos jurisdiccionales como desde el punto de vista de política legislativa[27].

Sin embargo, si se entendiera el principio de unidad meramente como garantía de la independencia, o desde un punto de vista más amplio, como garantía de los principios constitucionales de la Jurisdicción, la mención del art. 117.5 sería supérflua, no añadiría nada a las garantías y principios proclamados especialmente en los arts. 24 y 117.1 y 3 CE. Entendemos no obstante que la unidad jurisdiccional añade algo más[28]: la exigencia de que todos los Jueces y Magistrados formen un

25. ALMAGRO NOSETE, J., «El Derecho Procesal en la nueva Constitución», *RDProcIb*, 1978, pp. 848-850, distingue un planteamiento abstracto, especulativo y conceptual en relación con la unidad jurisdiccional (unidad de la función jurisdiccional como expresión de un monopolio estatal) pero también un planteamiento histórico, político y reivindicativo dirigido a conseguir una justicia garantizada porque a su servicio hubiera sólo auténticos jueces. Destaca también esta perspectiva histórica MOVILLA ÁLVAREZ, C., *El Poder Judicial..., op. cit.*, p. 179.

26. Cfr. LATOUR BROTONS, J., «Unidad de ...», *op. cit.*, p. 122.

27. Cfr. MONTERO AROCA, J., «La unidad jurisdiccional. Su consideración ...», *op. cit.*, p. 85.

28. Así también GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La Jurisdicción: Unidad y Conflictos Jurisdiccionales», en *El Poder Judicial*, vol. I, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 53.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Cuerpo único, regulado por un estatuto único contenido en la LOPJ, y se hallen sometidos al gobierno del Consejo General del Poder Judicial (art. 122 CE)[29]. Realmente la finalidad última de tal régimen jurídico es reaccionar ante la aludida situación históricamente anterior facilitando la independencia de las personas encargadas de ejercer la función jurisdiccional[30].

Desde la perspectiva estática que es la que adoptaremos en este estudio sobre la jurisdicción militar, es evidente que caben especializaciones de los órganos jurisdiccionales que no supondrán merma del principio de unidad mientras los jueces y magistrados que los integren se acojan al régimen jurídico ordinario y a la tutela gubernativa del Consejo General. De este modo la división en órdenes jurisdiccionales responde a un criterio organizativo de la justicia, que no impide la unidad jurisdiccional, pues los distintos órdenes pertenecen a la jurisdicción ordinaria[31].

Es claro, por otra parte, que pueden existir otros órganos que también ejercen la función jurisdiccional, por lo menos en algunos aspectos de su actividad, que sin embargo no se ajustan a los presupuestos de unidad aludidos, a pesar de no discutirse su calidad de órganos plenamente independientes. Conforme a la concepción de GIMENO SENDRA[32] no afectarían tales órganos a la unidad jurisdiccional, como no afecta el hecho de que en Alemania haya diversidad de jurisdicciones por comprenderse en ellas órganos que se ajustan a los requerimientos de independencia.

En nuestra opinión, sin embargo, el constituyente español ha sido

29. En sentido similar, REQUEJO PAGES, J. L., *Jurisdicción e independencia...*, op. cit., p. 157.

30. DEÁN GUELBENZU, M. «Sobre el problema de la unidad jurisdiccional», *RDJ*, núm. 12, 1962, p. 153, hacía ya referencia a la estructuración orgánica y funcional unitaria como condición esencial de una verdadera independencia. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Jurisdicción especial», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XIV, Barcelona, 1971, p. 46, alegaba razones técnicas: de perfección orgánica y procesal para propugnar la unidad jurisdiccional. Finalmente, FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia», en *La Jurisdicción Militar*, CGPJ, Madrid, 1992, p. 24, destaca que «la clave del principio de unidad se residencia en el hecho de que la garantía de independencia de los jueces sólo se consigue con la existencia de 'una organización judicial ordinaria', entendiendo por tal, aquélla que está prevista por la ley con carácter general, tanto en cuanto a sus órganos como en cuanto a su competencia y procedimiento».

31. En palabras de MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1976, p. 28, serían «manifestaciones de una única jurisdicción».

32. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos..., op. cit.*, p. 90.

más riguroso en este sentido y exige el cumplimiento de un *plus*, con lo cual si los órganos mencionados no se ajustan al mismo podrían cumplir las exigencias de independencia, pero no las de unidad. Este principio no es esencial en relación con la garantía de la independencia, pues hay ordenamientos sin unidad jurisdiccional que pueden ser calificados de verdaderos Estados de Derecho[33], pero al haberse constituido en España como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales la Constitución exige su cumplimiento para reforzar las garantías constitucionales[34].

Es verdad que la propia Constitución reconoce órganos en los que tal *plus* de exigencia no se cumple, por entender el constituyente que en ellos los principios y garantías constitucionales, y de modo destacado la independencia, se cumplen sin necesidad de que sus integrantes pertenezcan a un Cuerpo único de Jueces y Magistrados regido gubernativamente por el Consejo General del Poder Judicial y, por consiguiente, son aceptados como excepciones constitucionales al principio de unidad jurisdiccional. Se trata de Tribunales especiales constitucionales o admitidos por la Constitución.

Es preciso recordar en este punto la ausencia de acuerdo doctrinal en relación con la terminología[35]. Algunos autores han expuesto la distinción entre jurisdicción judicial y otras jurisdicciones[36], en nuestra opinión con escasa precisión, pues los órganos de las demás jurisdicciones están también integrados por Jueces y Magistrados, si bien en algunos casos no están dotados de suficiente independencia. De todas formas, la doctrina mayoritaria diferencia entre jurisdicción ordinaria y jurisdiccio-

33. Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, (con MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 58.

34. En este sentido *vid.* DE OTTO, I., *Estudios..., op. cit.*, p. 164. Por el contrario, no parece acoger esta interpretación ALMAGRO NOSETE, J., «El Derecho procesal...», *op. cit.*, p. 849, cuando afirma que «lo que el principio de unidad postula en los tiempos modernos no es tanto que la jurisdicción ordinaria absorba a las demás, sino a que no haya una sóla manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la ordinaria, y que si éstas son insuficientes, a que se adecuen a las exigencias de los países civilizados. En suma, no contradicción con la especialización de los órganos siempre que responda a condiciones subjetivas y legales que no lleven a discriminaciones».

35. GIMENO SENDRA, V., «Unidad y exclusividad..., *op. cit.*, p. 356, señalaba que la dificultad de contabilizar el ingente número de las jurisdicciones especiales en el régimen anterior derivaba, no sólo de la ingente cantidad de las mismas, sino también en la falta de unanimidad de los autores sobre las categorías doctrinales.

36. DE OTTO, I., *Estudios..., op. cit.*, pp. 134-135 (jurisdicción judicial-jurisdicciones especiales), o también, AROZAMENA SIERRA, J., «El principio de unidad...», *op. cit.*, p. 3025.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nes especiales[37]. Si en principio los órganos de éstas últimas funcionalmente satisfacen de forma irrevocable intereses jurídicos y aparentemente no se diferencian de las ordinarias, no puede reconocerse que cumplan las exigencias orgánicas, especialmente las de independencia e imparcialidad[38]

Por el contrario, PRIETO-CASTRO, que parte de la unidad conceptual de la jurisdicción, como potestad o poder y como función, prefiere referirse antes que a una diversidad de «jurisdicciones», a una «diferenciación» de tribunales[39]. En el mismo sentido, MONTERO AROCA entiende que no es posible hablar de jurisdicciones especiales, lo que existe en cambio son Tribunales especiales[40]. Consecuentemente debemos admitir la impropiedad de hablar de jurisdicción civil, jurisdicción penal, jurisdicción militar... y, por tanto, sólo por la inercia del lenguaje puede propugnarse la unidad de jurisdicciones y no, como sería técnicamente más adecuado, la supresión de los tribunales especiales[41].

Siguiendo pues la puntualización anterior podemos distinguir entre tribunales ordinarios, especiales, de excepción y, finalmente, especializados.

Los ordinarios gozan de las garantías constitucionales de un órgano jurisdiccional, incluidas las del art. 122 CE: están sometidos al régimen jurídico derivado de la integración de sus Jueces y Magistrados en un Cuerpo único, cuyo estatuto se regula en la LOPJ y su independencia está garantizada por un órgano de autogobierno. La atribución de sus competencias se realiza de manera genérica[42].

En los tribunales especiales la atribución de competencias se realiza en ocasiones con referencia a grupos de asuntos o personas, o por circunstancias determinadas de tiempo o lugar[43]. Históricamente éstos órganos han aparecido por razones de privilegio hacia determinadas personas aforadas[44], para obviar la ineficacia de los tribunales ordinarios o, sobre todo en los últimos cien años, por la desconfianza del poder ejecutivo frente a los tribunales ordinarios[45].

Estos órganos judiciales especiales no supondrían en principio mayor problema si no implicaran en muchos casos limitaciones en la independencia de sus titulares, pues los derechos fundamentales del ciudadano se salvaguardarían de la misma medida en todos los tribunales[46]. Ya hemos mencionado antes, sin embargo, que las particulares cautelas que nuestra Constitución proclama en relación con las garantías jurisdiccionales obligarían a permitir únicamente los órganos especiales independientes que el propio texto fundamental reconozca, por exigencias de la unidad jurisdiccional, siempre que su regulación especial respondiera a circunstancias específicas y razonables que no supongan una vulneración del principio de igualdad, todavía presente en el trasfondo de la unidad jurisdiccional. En todo caso estos Tribunales especiales admitidos en el texto fundamental deben acoger también las esenciales garantías y principios jurisdiccionales, especialmente la predeterminación por la ley, la independencia y la exclusividad; lo importante es que no haya ninguna auténtica manifestación jurisdiccional que no goce de estos principios.

El art. 117.6 menciona a los Tribunales de excepción para prohibirlos taxativamente. Se trata de los órganos creados con vulneración de las

37. Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1981, p. 106; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho de Tribunales*, Pamplona, 1986, p. 197; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, t. I, Barcelona, 1993, pp. 149 y ss.; ... DE MIGUEL, C., «La unidad de jurisdicciones en materia penal», en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1971, p. 53, señalaba dos características fundamentales de las jurisdicciones especiales: un proceso especial (no ordinario) y un órgano especial (no común).

38. Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos..., op. cit.*, p. 93.

39. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., ALMAGRO NOSETE, J. y GONZÁLEZ DELEITO, N., *Tribunales españoles. Organización y funcionamiento*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1979, p. 157.

40. MONTERO AROCA, J., «Unidad de Jurisdicción...», *op. cit.*, p. 57.

41. Cfr. MONTERO AROCA, J., «Unidad de Jurisdicción...», *op. cit.*, p. 67.

42. Cfr. ALMAGRO NOSETE, J., «Artículo 24. Derecho Procesal», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, t. III, Artículo 113-127, Edersa, Madrid, 1978, p. 48.

43. Cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., ALMAGRO NOSETE, J. y GONZÁLEZ DELEITO, N., *Tribunales españoles..., op. cit.*, p. 37. MAGGIORE, R., *Diritto e Processo nell'Ordinamento Militare*, Napoli, 1967, p. 166, los define como lo que tienen, con caracter de permanencia, la investidura para conocer de causas determinadas, absoluta o generalmente sustraída al juez ordinario por la especialidad de la materia o la especialidad de las partes. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Jurisdicción especial», ... *op. cit.*, p. 462, la define como la declaración irrevocable de Derecho en un caso concreto efectuada por tribunales del Estado que tienen limitadas sus facultades por razón del territorio, de las personas o de la materia.

44. Vid. DE OTTO, I., *Estudios..., op. cit.*, pp. 138-140.

45. Vid. GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1943, t. I., p. 266, y MONTERO AROCA, J., «Unidad de Jurisdicción...», *op. cit.*, pp. 64-67.

46. PEDRAZ PENALVA, E., «La Administración de Justicia durante la guerra civil en la España nacional», *Constitución, Jurisdicción..., op. cit.*, p. 139, destaca, en este sentido, que «no ha sido sino a partir de la Constitución de 1978 cuando la Administración de Justicia ha empezado a tener conciencia de que su misión trasciende de la resolución de conflictos concretos, en aplicación de la ley, llegando a vislumbrar que en nuestro Estado social de Derecho está llamada a convertirse en la suprema garante de los Derechos fundamentales y libertades básicas».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

reglas de competencia legalmente establecidas, a veces ex post facto y fuera de la organización ordinaria, incluso con el fin de que conozcan de uno o varios casos particulares[47]. Tales órganos suponen directamente una vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2).

Más recientemente surgió el concepto de tribunales especializados, los cuales responden simplemente a criterios de división del trabajo, por los cuales se les asigna el conocimiento de determinadas ramas o sectores del ordenamiento[48]. Naturalmente estos órganos, aún siendo especializados, deben cumplir todas las exigencias constitucionales, incluidas las del art. 122 CE (integrados por Jueces y Magistrados que forman parte del Cuerpo único cuyo estatuto jurídico se encuentra regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial y sometidos al gobierno del Consejo General del Poder Judicial). Esta última exigencia les diferencia de los Tribunales especiales admitidos por la Constitución.

En definitiva, los tribunales se presumirán ordinarios y sólo serán especiales los determinados normativamente para intervenir en un específico ámbito en virtud de una norma que otorga particularmente tal intervención[49]. Mientras no exista legislación específica la atribución debe entenderse hecha a los tribunales ordinarios, que se caracterizan, además de por su generalidad, por su *vis atractiva* sobre los asuntos no atribuidos concreta y expresamente a los especiales.

47. Vid. al respecto PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., ALMAGRO NOSETE, J., GONZÁLEZ-DELEITO, N., *Tribunales Españoles..., op. cit.*, p. 39 y GIMENO SENDRA, V., «Unidad y exclusividad...», *op. cit.*, pp. 358-360. Este último autor alude a la doctrina germana que incluye entre estos tribunales los constituidos en base a criterios discriminatorios, los que infringen en su creación el principio de reserva de ley, así como aquellos faltos de independencia, no sometidos a la Ley y al Derecho o constituidos manipulando las reglas de su constitución o reparto de asuntos.

48. Vid. ONECHA SANTAMARÍA, C., «La especialización en los Organos de la Administración de Justicia», *RDProcIb*, 1972, núms. 2-3, pp. 703-712. Por su parte, el TC ha establecido que «la especialización de una determinada categoría de órganos jurisdiccionales no sólo no contradice el principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 de la Constitución), sino que encuentra su desarrollo y proyección natural en la especialidad de las reglas que rigen los procedimientos que ante los mismos se siguen, en atención fundamentalmente a los intereses que le corresponde tutelar y proteger» (STC 71/1990, de 5 de abril).

49. Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., «La Administración de Justicia durante la guerra civil en la España nacional», *Constitución, Jurisdicción..., op. cit.*, p. 81.

3. «JURISDICCIÓN MILITAR»: JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL

El mencionado art. 117.5 CE tras proclamar el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales contiene una referencia a la llamada Jurisdicción Militar: «La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

El mantenimiento de los órganos judiciales militares se ha hecho valer a partir de distintos argumentos[50] entre los que destaca la exigencia del mantenimiento de la disciplina y la eficiencia en los Ejércitos, atendiendo a la organización jerárquica de las Fuerzas Armadas[51], llegando a afirmarse que «el fuero militar es garantía de respeto y aún condición de existencia de la institución armada y, en especial, de sus principios centrales de jerarquía y disciplina, de ineludible cumplimiento»[52], además de destacarse que los órganos judiciales militares se caracterizan por una mayor severidad, con lo que tendrían un mayor efecto ejemplificador que refuerza la disciplina[53]. Esta mayor severidad eviden-

50. Por supuesto los argumentos que directamente estriban en consideraciones de privilegios para cierto grupo de personas, como serían los militares, y que en otra épocas justificaron la creación y mantenimiento de fueros privilegiados, contrarían en la actualidad las exigencias de igualdad (art. 14 CE), salvo que puedan justificar el tratamiento diferenciado en la existencia de otras razones de fondo.

51. GONZÁLEZ DEL ALBA, P., «La jurisdicción ordinaria y ...», *op. cit.*, p. 11, en este sentido afirmaba que «el reconocimiento del fuero privativo en las instituciones armadas, no responde ciertamente a un privilegio personal o de clase, sino a la conveniencia en conservar en el Ejército aquella disciplina y aquel heroico cumplimiento del deber, que son como religión a la que rinde ferviente culto el soldado». También DE MIGUEL, C., «La unidad de jurisdicciones...», *op. cit.*, p. 62; XIFRA HERAS, J., «La Jurisdicción en la Constitución de 1978», en *El Poder Judicial*, vol. III, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 2722; PARADA VÁZQUEZ, R., «Toque de silencio por la Justicia Militar», *RAP*, 1992, enero-abril, núm. 127, p. 8. GIMENO SENDRA, V., *Introducción..., op. cit.*, p. 62, recuerda que en un sistema democrático la Jurisdicción Militar tiene por finalidad asegurar la disciplina en una organización fuertemente jerarquizada.

52. FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La competencia de la Jurisdicción Militar tras la reforma del Código de Justicia Militar», *El Poder Judicial*, vol. II, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 1291. La notable exageración de esta afirmación aparece claramente si se examina el Derecho Comparado, pues no consta que Alemania, Austria, Francia, los Países Escandinavos, pese a carecer de tribunales militares en tiempo de paz, no dispongan de unas Fuerzas Armadas suficientemente efectivas.

53 Desde esta perspectiva, ESTEBAN RAMOS, S., «Jurisdicción militar», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XIV, Barcelona, 1971, pp. 526-527.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

temente no puede servir de justificación para el mantenimiento de estos tribunales militares, pues éstos deberían estar sometidos únicamente a la ley como cualquier otro órgano jurisdiccional, interpretándola y aplicándola de forma imparcial; lo que tal vez pudiera ser más severo es el Derecho militar que éstos órganos están encargados de aplicar, siempre que el tratamiento agravado estuviera suficientemente justificado[54].

En cualquier caso la disciplina y eficiencia deben conectarse directamente con los fines que la propia Constitución les asigna en el art. 8 CE: «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional»[55]. En este sentido la STC 97/1985, de 29 de julio, afirma que las Fuerzas Armadas «necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8, número 1, de la CE les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de un jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada el Ejército, en la que la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines...»[56].

La mayor eficacia y rapidez de las llamadas jurisdicciones especiales ha sido también esgrimida para justificar el mantenimiento de la llamada jurisdicción militar[57], incluso en la jurisprudencia constitucional (STC 21/1981, de 15 de junio), entendiendo que los órganos ordinarios no estarían preparados para asumir las competencias de los militares[58]; lo cual no debería suponer sin embargo un argumento en favor de la

54. Cfr. CANOSA USERA, R., «Configuración constitucional de la jurisdicción militar», *PJ*, núm. 34, 1994, junio, p. 19.

55. En sentido similar ya GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., «La regulación de las jurisdicciones castrenses en la Ley Orgánica del Poder Judicial», comunicación a la VIII Reunión Anual de Profesores de Derecho Procesal, *RevDProcIb*, 1972, p. 37, donde resalta la necesidad de restricción de su ámbito.

56. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., «La evolución histórica...», *op. cit.*, p. 12, afirma que «la imprescindibilidad de los ejércitos permanentes, no sólo en tiempos pasados, sino también en el actual, justifica la existencia y subsistencia de una Jurisdicción penal militar».

57. Así GONZÁLEZ DEL ALBA, P., «La jurisdicción ordinaria y ...», *op. cit.*, p. 13; LANDÍN CARRASCO, A., *Manual de Derecho Penal y Procedimientos Militares*, Madrid, 1967, p. 6; DE MIGUEL, C., «La unidad de jurisdicciones...», *op. cit.*, p. 61; VEUTRO, V., «La independencia en la Justicia Militar», *REDEM*, 1979, núm. 37, enero-junio, pp. 12-13.

58. CALDERÓN SUSÍN, E., «En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar», *REDEM*, núm. 53, enero-junio, 1989, t. I, p. 83.

creación o mantenimiento de unos organos específicos distintos a los ordinarios, sino para propugnar en general una justicia eficaz y un verdadero y efectivo cumplimiento del derecho fundamental al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ante cualquier tribunal.

También se ha alegado una exigencia técnica de especialización basada en la necesidad de interpretar fiel y convenientemente los mandatos de las leyes militares[59] e incluso algún autor ha manifestado que la jurisdicción militar pretende proporcionar un medio de autodefensa por el cual una sociedad perfecta y completa como es la militar tenga unos órganos que puedan definir y mantener su orden jurídico[60]. En un Estado de Derecho, sin embargo, las Fuerzas Armadas no deben formar una sociedad cerrada y completa sino que deben asumir los fines del art. 8 CE en servicio de la sociedad, ajustándose por lo tanto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE)[61]. Por otro lado la existencia de unas normas específicas fundamentadas básicamente en la disciplina de los Ejércitos podría justificar todo lo más una especialización de los órganos jurisdiccionales ordinarios, como ocurre con las normas administrativas o laborales, pero no implica necesariamente la exigencia del mantenimiento de unos tribunales especiales. El principio *iura novit curia*, así como la posibilidad de recurrir a la prueba pericial en caso de insuficiencia de los conocimientos judiciales[62], son factores

59. En este sentido, LANDÍN CARRASCO, A., *Manual..., op. cit.*, p. 6: «muchas infracciones tienen un fundamento y un contenido puramente militar, que sólo un militar puede ponderar en su estricto sentido». Asimismo, GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ-F., M., «La extensión de la Jurisdicción Militar en el derecho comparado», *RDProcIb*, 1975, núms. 2-3, p. 363. Por su parte, SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 117», *op. cit.*, p. 1217, observa que su justificación se encuentra en una exigencia técnica de especialización en relación con la materia atribuida a su competencia, pero su razón de ser está en la disciplina como principio inspirador de la organización militar.

60. QUEROL Y DURÁN, F., *Principios de Derecho Militar Español*, t. I, Madrid, 1946, p. 93. En este sentido DEÁN GUELBENZU, M., «Sobre el problema...», *op. cit.*, p. 146, señala que «lo que precisamente justifica y da sentido de permanencia y continuidad a la denominada 'jurisdicción castrense' consiste en que su directo fin, su propia razón de existir, no es el de realizar la Justicia en la acepción clásica y usual de esta palabra, sino el de proteger y conservar rigurosamente en todo momento y con toda su eficiencia, la organización de los Ejércitos, su régimen interno, los principios de jerarquía, obediencia y férrea disciplina en que fundamentalmente se basan, y en suma, todo el dispositivo militar de Tierra, Mar y Aire». Pero con claridad añade que esto en nada o casi nada se parece ni se podrá parecer a la Jurisdicción propiamente dicha.

61. La STC 60/1991, de 14 de marzo, afirma que «no es acpetable la visión de lo castrense como un mundo aparte, y del Derecho militar como el ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad, distinta, perfecta y completa».

62. PENALVA, E. «La administración...», *op. cit.*, pp. 96-97: «Pretender que será mejor justicia, y más imparcialidad, la emanada de órganos estamentales, corporativos

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

adicionales que socavan los fundamentos de una especialidad orgánica para lo militar.

A principios de siglo observaba ya LATOUR BROTONS que la proliferación o multiplicación de jurisdicciones especiales respondía más bien a razones de oportunidad política[63], que realmente fueron las que pesaron en nuestro último período constituyente alentadas por la fuerte inercia histórica. Efectivamente, los precedentes históricos de la denominada «jurisdicción militar» muestran que se trataba de un importante factor político instrumentalizado por el régimen de turno[64]. Especialmente el régimen franquista utilizó estos tribunales ampliando sus atribuciones en materias especialmente sensibles para el Estado como el orden público o el terrorismo, pero esta práctica se había desarrollado con profusión desde muchos años antes[65].

El constituyente español, precisamente por este contexto histórico-político, pretendió, por un lado, que la justicia militar ocupara un campo mucho más restringido que en el régimen anterior[66], y por otro, las propias peculiaridades de la transición política llevaron a una solución moderada, dadas las amenazas desestabilizadoras provenientes de algunos sectores de las Fuerzas Armadas.

En los famosos Pactos de la Moncloa de 1977 se empezó a dar forma a la mencionada restricción haciendo hincapié en el aspecto competencial y permaneciendo inalterada la estructura orgánica[67], mientras en

—so pretexto de la posesión de conocimientos específicos— supone desconocer, amén de lo que en el Estado de Derecho es el juez, la tarea encomendada a los asesores y peritos».

63. LATOUR BROTONS, J., «Unidad de ...», *op. cit.*, p. 120.

64. Cfr. PARADA VÁZQUEZ, R., «Toque de silencio...», *op. cit.*, pp. 26-27. MOVILLA ÁLVAREZ, C., *El Poder Judicial..., op. cit.*, p. 185, destaca que la Jurisdicción castrense abarcaba campos y juzgaba conductas bien ajenas a la invocada disciplina castrense y sí más cercanas a la disidencia política y a los conflictos de orden público.

65. Vid. al respecto FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La Jurisdicción Militar en la perspectiva...», *op. cit.*, pp. 54-61.

66. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «La justicia según la Constitución Española de 1931 y sus leyes complementarias», *Ensayos de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1944, pp. 556-557, recuerda que la Constitución republicana ratificó y condensó la tendencia restrictiva que marcaban ya una serie de Decretos dictados en los primeros meses de la II República.

67. El Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política, de 27 de octubre de 1977, establece en su punto VII cinco puntos con los que se lleva a cabo una importante limitación competencial de la justicia militar: se propone restringir el Código de Justicia Militar a los delitos militares; limitar la competencia a los actos cometidos en centros, establecimientos o lugares estrictamente militares; revisar los supuestos de desafuero y la competencia en los casos en que concurriera personal militar y no militar

la nueva Constitución se incluyó el mencionado art. 117.5 CE en el que se establecieron límites al ejercicio de la jurisdicción militar: el ámbito de lo estrictamente castrense y los supuestos de estado de sitio[68]. De este modo, se mantenía la Jurisdicción militar en nuestro ordenamiento, procurándose a la vez evitar la instrumentalización que históricamente se había hecho por los distintos regímenes políticos.

Ante esta referencia constitucional, contenida además como se ha hecho notar, junto a la proclamación del principio de unidad jurisdiccional, se plantea la cuestión de la calificación de esta «jurisdicción militar», es decir, deberemos valorar si se trata, como parece a primera vista y ha interpretado la mayoría de la doctrina, de una excepción a la mencionada unidad —por lo tanto, de unos tribunales especiales admitidos por la Constitución—, o si por el contrario una apreciación más detenida de nuestra Ley Fundamental permite entender que la justicia militar es una verdadera manifestación jurisdiccional con todas sus consecuencias.

Como primer indicio debe observarse que la referencia a la «jurisdicción militar» se contiene en el Título VI («Del Poder Judicial»)[69] y, aún es más, en el fundamental art. 117, lo cual parece aproximar esta «jurisdicción especial» a los demás juzgados y tribunales ordinarios predeterminados por las leyes, que ejercen la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas leyes establezcan (art. 117.3 CE)[70].

De todas formas para resolver con la suficiente solidez la cuestión planteada es preciso descender del nivel constitucional a la regulación legal vigente examinando sucintamente la configuración de los Juzgados y Tribunales Militares y su adecuación a las normas constitucionales.

en delitos no militares; sometimiento de actos delictivos cometidos por Fuerzas de Orden Público en el mantenimiento del mismo a los tribunales ordinarios y fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa.

68. Durante el «iter» constituyente este precepto no planteó discusiones, únicamente a propuesta del Grupo de Unión de Centro Democrático se añadió la referencia a los supuestos de estado de sitio. Es destacable que en la votación final no hubo votos en contra.

69. Cfr. CASADO BURBANO, P., «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española», *REDEM*, núm. 36, julio-diciembre, 1978, p. 37.

70. En este sentido, RUIZ VADILLO, E., «Artículo 117», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, t. IX, Artículos 113-127, Edersa, Madrid, 1987, p. 321: «los seis apartados de este artículo constituyen una indestructible unidad, sin cuya conjunta presencia no se entendería bien la finalidad que todos ellos persiguen, que no es otra que asegurar cumplidamente la independencia de los Jueces y Magistrados que han de dispensar Justicia, para que ésta pueda ser una auténtica realidad social y jurídica».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4. Configuración de la llamada «jurisdicción militar» en el derecho vigente

Tras la promulgación de la Constitución de 1978 se estimó urgente la necesidad de reformar la regulación de la «jurisdicción militar» para adecuarla mínimamente a las nuevas exigencias[71], iniciándose un desarrollo muy parcial e imperfecto de la disposición del art. 117.5 CE. En la LO 6/1980, de 1 de julio, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional, se afirma la unidad del Poder Judicial del Estado, articulado al mismo tiempo con la exigida especialidad jurisdiccional, aludiendo al mismo tiempo al art. 123 CE, con lo que parecía adelantarse ya la futura unión en la cúspide entre la justicia militar y la ordinaria[72].

En este momento inmediatamente postconstitucional más importancia práctica tuvo la LO 9/1980, de 6 de noviembre, de Reforma del Código de Justicia Militar[73]. La organización de la justicia militar en esos años de ninguna manera podía entenderse que estuviera formada por Juzgados y Tribunales ordinarios, pero ya pueden observarse importantes innovaciones que rompen con la regulación del Código de Justicia Militar de 1945: a parte de las referencias competenciales a las que haremos alusión más adelante, esta Ley introdujo la figura de los Juzgados Togados

71. Fernández Segado, F., «La jurisdicción militar en la perspectiva...», *op. cit.*, p. 61, destaca que la confusión entre mando y autoridad jurisdiccional era absoluta, y otro rasgo común era la indeterminación del órgano jurisdiccional, así como la falta de garantías procesales.

72. El art. 40 de esta Ley establecía lo siguiente:

«1. La justicia militar se administrará en nombre del Rey en la forma que señale el Código de Justicia Militar y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución.

2. La Ley regula el ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, bajo los principios de especialidad jurisdiccional, salvaguardando debidamente la unidad del Poder Judicial del Estado.

3. La Jurisdicción Militar conocerá, juzgará y ejecutará lo juzgado en los procedimientos que en la misma se sigan, conforme a lo establecido en el Código de Justicia Militar.

4. El procedimiento penal militar establecerá la garantía de defensa. La apelación , casación y revisión de los fallos de los jueces y tribunales estarán reguladas en el Código de Justicia Militar con las restricciones que para el estado de sitio o tiempo de guerra se determinen.

5. La constitución, funcionamiento, gobierno y estatuto de la autoridad judicial militar, sus juzgados, tribunales y ministerio fiscal jurídico militar y el personal de ellos asignados, se regulará en la ley y en los reglamentos de su desarrollo».

73. Vid. Valenciano Almoyna, J., *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80*, Madrid, 1980 y Fernández Segado, F., «La competencia de la Jurisdicción Militar tras la reforma...», *op. cit.*, pp. 1294-1337.

Militares de Instrucción con carácter permanente en cada circunscripción territorial[74], al tiempo que se reconocía el derecho a nombrar abogado en ejercicio y el de asistencia al detenido y se establecía también la institución del Ministerio Fiscal jurídico-militar[75], la acusación particular y el recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo contra sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar[76]. El peso de la tradición histórica aún era enorme y no permitía obtener consecuencias más directas de la regulación constitucional[77].

La Disposición Final Primera de la LO 9/1980 ya preveía sin embargo la constitución de una Comisión encargada de elaborar un proyecto articulado del Código o Códigos referentes a la justicia militar, en el que debían tenerse en cuenta «los principios jurídicos del orden constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y del sistema del poder judicial, así como el progreso comparado de los de la orgánica judicial militar de los ejércitos de más asidua relación».

Esta reforma dio lugar a la actual regulación en materia de justicia militar que se encuentra principalmente en los siguientes textos: LO 12/1985, de 27 de noviembre, sobre Régimen Discipinario de las Fuerzas Armadas; LO 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar; LO 4/1987, de 15 de julio, sobre competencia y organización de la Jurisdicción Militar; LO 9/1988, de 21 de abril, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar y, finalmente, LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Este conjunto normativo ha producido importantes avances en orden a una mayor constitucionalización de la organización y el funcionamien-

74. Gómez Calero, J., «La reforma de la Jurisdicción Militar a partir de la Constitución», *RGD*, 1986, septiembre, p. 3964, destaca esta innovación como desarrollo del «juez ordinario» predeterminado por la ley.

75. Vid. al respecto Blay Villasante, F., «Ministerio Fiscal Jurídico Militar y Principio Acusatorio», en *La Jurisdicción Militar*, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 517-549.

76. Fernández Segado, F., «El marco constitucional...», *op. cit.*, p. 36, destaca que con este recurso se intentaba salvaguardar el principio de unidad jurisdiccional. Vid. STC 4/1990, de 18 de enero.

77. Casado Burbano, P., «Las Fuerzas Armadas...», *op., cit.*, p. 38, criticaba esta reforma cuando todavía se encontraba en fase de proyecto de ley por entender, con muy buen criterio, que algunos aspectos no obedecían al mandato de ajustarse a los principios de la Constitución. Por el contrario, Fernández Segado, F., «La competencia de la Jurisdicción Militar tras la reforma...», *op. cit.*, p. 1306, estimaba que con la nueva ley se había cumplido satisfactoriamente la adecuación al texto constitucional.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

to de los Juzgados y Tribunales militares. Para examinar la articulación de estos órganos en relación con el principio de unidad jurisdiccional nos interesa poner el acento en la LO 4/1987, en adelante LOCOJM[78].

Esta Ley procede a una mucho mayor tecnificación de los órganos judiciales militares, separando el mando de la jurisdicción[79], principio que había caracterizado a la justicia militar durante siglos, pero manteniendo, como veremos, a los llamados vocales militares, no pertenecientes al Cuerpo Jurídico, y la posibilidad de que los mandos interpongan recurso de casación en defensa de la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución militar (art. 111)[80]. Se suprimen, por el contrario, los Consejos de Guerra y la facultad de disentir del Auditor[81]. Desaparece el Consejo Supremo de Justicia Militar, que estaba integrado en el Ministerio de Defensa, y se crea la Sala Quinta «De lo Militar» del Tribunal Supremo, lo cual, se afirma, supone la unidad en el vértice «de las dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial» (Preámbulo). Se proclaman los principios constitucionales orgánicos en su Título preliminar («De la jurisdicción militar y del ejercicio de la potestad jurisdiccional militar»), que examinaremos más adelante. La regulación de la Fiscalía Jurídico-Militar es modificada. Se impone, salvo alguna excepción a la que nos referiremos, la predeterminación de los órganos judiciales militares regulando sus competencias[82]. Se intenta evitar la falta de control jurisdiccional en el ámbito disciplinario, con lo que se establece una competencia revisora de los órganos jurisdiccionales militares[83]. Se fortalece el derecho de defensa letrada sometido sin embargo a limitaciones en circunstancias excepcionales[84]. Es regulada la posibilidad de que los perjudicados actúen ante la justicia militar, como acusadores particulares o actores civiles, salvo que el perjudicado y el inculpado fueren militares y existiera entre ellos una relación de subordinación jerárquica (art. 108).

Como examinaremos posteriormente estas innovaciones tan destacables plantean todavía importantes problemas en relación con la plena aplicación de los principios constitucionales, que deben ser muy tenidos en cuenta para valorar la articulación de los órganos judiciales militares con el principio de unidad jurisdiccional.

4.4. *Organización y funcionamiento de los Juzgados y Tribunales Militares*

En cuanto a la *organización*, la llamada «jurisdicción militar» se ejerce por unos órganos determinados, con una estructuración específica extraña en general a la de los órganos jurisdiccionales ordinarios. Como ya examinamos, el principio de unidad jurisdiccional conlleva que los jueces y magistrados que ejercitan la potestad jurisdiccional estén sometidos a ciertos requisitos uniformes de organización: la integración en un Cuerpo único cuyo estatuto está establecido en la LOPJ, articulado como un cuerpo de técnicos de carrera, gobernados por el CGPJ. Pero en relación con los Juzgados y Tribunales militares este régimen se cumple únicamente en la Sala V del Tribunal Supremo[85], con algunas peculiari-

78. Como antecedente directo de Derecho comparado es indudable la importancia de la reforma italiana operada por la Ley de 7 de mayo de 1981, núm. 180, que aumentó la preparación técnico-jurídica de los órganos judiciales militares, así como sus garantías de independencia. Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La justicia militar en el Derecho comparado», *PJ*, núm. 49, pp. 61-69.

79. Efectivamente, como afirma FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El marco constitucional...», *op. cit.*, p. 37, «parecía difícil conciliar la vinculación de la justicia castrense al mando con su caracterización como poder independiente». Al respecto HERNÁNDEZ MUNTIEL, A., «En torno a la nueva jurisdicción militar», *REDEM*, 1990-I, enero-junio, núm. 55, p. 175, afirma que éste es el cambio más importante de la nueva jurisdicción militar.

80. *Vid.* DE QUEROL Y LOMBARDERO, J. F., «El mando militar ante el recurso de casación», *REDEM*, núm. 53, enero-junio, 1989, t. I, pp. 27-56; RODRÍGUEZ DOCAVO, I., «Comunicación. Intervención de los mandos militares superiores en el proceso penal militar por vía del recurso extraordinario de casación», en *La Jurisdicción Militar*, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 927-938; en la misma obra colectiva RODRÍGUEZ VICIANA, E., «Comunicación. Recurso de casación. Especial legitimación de los mandos militares superiores», pp. 939 y ss. vid. al respecto ATS de 25 de abril de 1989 (Sala V).

81. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar», *REDEM*, núm. 53, enero-junio, 1989, t. I, pp. 18-19, afirma, en este sentido, que la legitimación establecida en el art. 111 LOCOJM «no es sino una versión atenuada o puesta al día del viejo 'disentimiento', mediante el cual las Autoridades Judiciales Militares, cuando no estaban de acuerdo con la sentencia de un Consejo de Guerra, desplazaban la resolución del caso al Consejo Supremo de Justicia Militar».

82. El art. 3 LOCOJM establece que «todo órgano judicial militar, en el ámbito de su competencia, será Juez ordinario predeterminado por la ley».

83. Vid. MILLÁN GARRIDO, A., «La jurisdicción militar en el actual ordenamiento constitucional (Análisis específico de la tutela jurisdiccional en el ámbito disciplinario militar)», *RGD*, 1996, núm. 621, junio, pp. 6665-6702.

84. Vid. HERNÁNDEZ MUNTIEL, A., «En torno a la nueva...», *op. cit.*, p. 184.

85. La STS de 1 de octubre de 1993 (Sala V) entiende que «la Jurisdicción Militar es una singularidad de relevancia constitucional» y que «no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas singularidades que originan diferencias, tanto orgánicas como procesales, respecto a la jurisdicción ordinaria», pero por otro lado que debe «estar sometida al principio de unidad jurisdiccional que proclama el art. 117.5 de la misma, lo que implica, por un lado, que en su organización se salvaguarde su sometimiento en última instancia al Tribunal Supremo que como expresa el art. 123.1 de nuestra Constitución es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, y por otro que el principio de independencia debe encontrar una definición positiva en los órganos judiciales militares».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dades, mientras que los demás órganos judiciales militares permanecen fuera del mencionado régimen organizativo. Pese a la ya aludida separación entre órganos judiciales y mando militar que caracteriza la reforma de 1987, se observan algunas quiebras en los principios de independencia y exclusividad, así como en relación con la predeterminación por ley, pese a que en general se trata ya de órganos permanentes. Por otro lado, están integrados por Vocales Togados, que son a la vez militares en activo y, además, por los Vocales Militares, es decir, personal militar sin específica formación jurídica, aunque ahora ya en relación minoritaria respecto a los anteriores, todo ello no son más que muestras de recelos frente a una total jurisdiccionalización de la justicia militar[86].

Si nos detenemos mínimamente en el aspecto del funcionamiento de los juzgados y tribunales militares, desde esta perspectiva el Tribunal Constitucional ha reconocido que la jurisdicción militar no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto sustantivas como procesales, que, si bien dirigidas al respeto de las garantías del justiciable y del condenado previstas en la Constitución, no resultarán contradictorias con su artículo 14, cuando respondan a la naturaleza propia de la institución militar (STC 180/1985, de 19 de diciembre). Pero ha destacado también que la jurisdicción militar «no excepciona el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 24 C.E. El propio art. 117.5, inciso segundo, C.E. sólo prevé la existencia de una jurisdicción militar 'de acuerdo con los principios de la Constitución'» (STC 204/1994, de 11 de julio). Ello implica, como afirma CASADO BURBANO[87], que los principios que presiden la actuación de los Tribunales ordinarios deben presidir también la actuación de esta «jurisdicción militar». Pero asimismo el propio Derecho Militar no puede ser considerado como un ordenamiento separado e independendiente, sino integrado con el resto de las ramas del Derecho, debiendo ser delimitado y reducido por exigencia constitucional.

86. Conforme a la LO 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y la Ley 9/1988, de 21 de abril, de planta y organización territorial de la Jurisdicción militar el esquema organizativo de la llamada Jurisdicción Militar es el siguiente:

a) Sala V, de lo Militar, del Tribunal Supremo, compuesta por ocho miembros, procedentes cuatro de ellos de la Carrera Judicial y los restantes del Cuerpo Jurídico Militar.

b) *Tribunal Militar Central*, compuesto por el Auditor Presidente, cuatro Vocales Togados y los Vocales Militares, constituyéndose de forma diversa según los casos (art. 41 LOCOJM). Tiene competencia en todo el territorio y sede en Madrid. Con dos *Juzgados Togados Militares Centrales* adscritos con funciones principalmente de instrucción de las causas competencia del Tribunal e integrados por miembros del Cuerpo Jurídico Militar.

c) *Tribunales Militares Territoriales*, con sede en Madrid, Sevilla, Barcelona, La Coruña y Santa Cruz de Tenerife. Están compuestos de un Auditor Presidente, cuatro Vocales Togados y los Vocales Militares, contituyéndose de la forma que se establece en el art. 51 LOCOJM, según los casos.

d) *Juzgados Togados Militares Territoriales*, órganos unipersonales desempeñados por miembros del Cuerpo Jurídico Militar.

4.2. *La restricción al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio*

El art. 117.5 CE procede a una delimitación competencial de la llamada «jurisdicción militar» restringiendo los asuntos que estos Juzgados y Tribunales pueden conocer al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio, de un modo que ha sido considerado como realista y flexible[88]. Se aparta de este modo de soluciones más concretas pero no exentas de dificultades, como la de la Constitución de 1931[89] o la italiana de 1947[90].

La restricción de la competencia objetiva desde el texto constitucional responde al problema ya histórico en España de la utilización de los órganos judiciales militares más allá de sus límites razonables, tendencia expansionista que explica la solución constitucional limitada, que deberá interpretarse de forma estricta pues de lo contrario supondría una alteración de la competencia que infringiría el principio de igualdad y el derecho al juez predeterminado por la ley. El propio Tribunal Constitucional ha destacado que «resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, reducida al «ámbito estrictamente

87. CASADO BURBANO, P., «Las Fuerzas Armadas...», *op. cit.*, p. 37.

88. SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 117», *op. cit.*, p. 1222. Así también la S de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 6 de noviembre de 1991 («no está más que poniendo límites por defecto y por exceso al legislador que ha de regular la jurisdicción militar prohibiéndole tanto que prescinda de la misma en su núcleo inderogable, como que la dotarla de contenido, se exceda de lo que es su razón específica en tiempo de paz»).

89. Art. 95.II y III:

«La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicio de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados.

No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares. Se exceptúa el caso de Guerra, con arreglo a la ley de Orden Público».

90. Art. 103.3:

«Los Tribunales militares, en tiempo de guerra, tienen la jurisdicción establecida por ley. En tiempo de paz, tienen jurisdicción por los delitos militares cometidos por las personas pertenencientes a las Fuerzas Armadas».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

castrense». Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente» (STC 75/1982, de 13 de diciembre)[91]. Ciertamente, las atribuciones competenciales de unos tribunales especiales, como excepción a la organización de tribunales ordinarios, deben apreciarse de modo restrictivo: así el Tribunal Constitucional lo declaraba en la S 111/1984, de 28 de diciembre: «la formulación de aquel precepto (art. 117.5 CE) debe verse, además, desde la conceptuación de la jurisdicción militar, como jurisdicción especial, que, cabalmente, por este carácter, frente a la regla general de la jurisdicción ordinaria, no consiente interpretaciones que llevan más allá de lo que se define —para los supuestos de normalidad— por referencia al 'ámbito estrictamente castrense'»[92].

Para determinar este ámbito en el que pueden actuar los tribunales militares es preciso atender al art. 8 CE donde se establece la función constitucional de las Fuerzas Armadas: «contituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender la integridad y el ordenamiento constitucional». En este sentido SERRANO ALBERCA[93] señalaba que el principio rector que debe inspirar la delimitación de la competencia de la jurisdicción castrense no debe ser otro que el de la protección de los intereses de los Ejércitos en cuanto instrumento de la Defensa Nacional[94]. Pero en tiempo de paz parece lógica la restricción interpretativa del inciso transcrito[95], por consiguiente, lo estrictamente castrense será únicamente lo que se derive del mantenimiento de la organización militar, es decir, la jerarquía y disciplina necesarias para que pueda desarrollar con efectividad sus fines y principalmente la defensa nacional[96]. Así, la STC 60/1991, de 14 de marzo, afirma que el concepto de «ámbito estrictamente castrense» «ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts 8.º y 30 CE); con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense»[97].

Dada la indeterminación de la referencia constitucional, naturalmente la legislación de desarrollo tuvo que concretar su contenido, operando el 117.5 CE como principio de política legislativa de carácter restrictivo y, posteriormente, como criterio limitador a la hora de interpretar esas normas legales.

En un primer momento, la reforma del Código de Justicia Militar de 1980 para restringir la competencia objetiva de los tribunales mili-

91. CALDERÓN SUSÍN, E., «En torno a los límites constitucionales...», *op. cit.*, p. 93, puntualiza esta restricción jurisprudencial: «El carácter restrictivo se ha pretendido erigir en una declaración programática, derivada de la Constitución, en virtud de la cual el ámbito competencial de aquella debería ser recortado al máximo; pero en la parte transcrita de la sentencia, no se dice sino que lo exigido por la Constitución es una jurisdicción militar restringida al ámbito estrictamente castrense y que ello constituye el criterio rector del que hemos de valernos para interpretar la legislación correspondiente...».

92. Vid. también STC 93/1986, de 7 de julio y 4/1990, de 18 de enero. En este sentido, FAIRÉN GUILLÉN, V., «Notas sobre jurisdicciones especiales (Tribunal de Orden Público y Jurisdicción castrense)», *RDProcIb*, 1971, núm. 1, p. 19, apuntaba que «un mecanismo orgánico y procesal pensado predominantemente para estado de guerra y al servicio de organizaciones bélicas —los ejércitos— no debe ser utilizado en períodos de paz, sino de modo muy restringido».

93. SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 117», *op. cit.*, p. 1223.

94. En la STC 75/1982, de 13 de diciembre, se afirma que «la jurisdicción militar no es competente más que cuando se lesionen bienes jurídicos de carácter militar, para cuya tutela se extiende precisamente aquella jurisdicción a los procedimientos que se sigan 'contra cualquier persona', sea militar o paisano. La extensión de la jurisdicción militar a estos casos se explica por cuanto la lesión de esos bienes jurídicos pueden afectar a la defensa nacional encomendada a las Fuerzas Armadas, y ha de entenderse siempre con arreglo al citado art. 117.5 de la Constitución, que queda restringida a los casos en que existan esos motivos». VIVES ANTÓN en su Voto Particular a la STC 113/1995, de 6 de julio, afirma que «el elemento clave para definir el ámbito estrictamente castrense son los derechos y obligaciones que corresponden al militar en cuanto militar».

95. La S del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 30 de noviembre de 1995 destaca que el principio de unidad jurisdiccional «impone, desde luego, una interpretación restrictiva del área o ámbito de esa competencia residual, que viene impuesta por la naturaleza de ius singulare propia de sus normas, en cuanto opuestas a la norma general y no simplemente esenciales».

96. DEÁN GUELBENZU, M., «Sobre el problema...», *op. cit.*, p. 146: «La jurisdicción militar ha de quedar tan notablemente restringida en todo caso, que sus propios y naturales límites serán los que estrictamente imponga esa pura misión de defensa expectante y la misma naturaleza 'sui generis', especialísima y excepcional de aquella jurisdicción».

97. Vid. el Voto Particular del Magistrado DE LA VEGA BENAYAS, en el que afirma que «no basta la consideración de la materia o del objeto del delito, o el carácter militar de las obligaciones y deberes que en el tipo se describen para integrarlo en el ámbito castrense. La consideración del autor, de la persona, es también no sólo relevante como se admite en el texto por la mayoría, sino decisiva en muchos casos para la atribución de la competencia».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tares y adecuarla al «ámbito estrictamente castrense» exigido por la Constitución, establece los tres criterios tradicionales: «por razón del delito, por el lugar en que se cometa y por la persona responsable» (art. 5 CJM), pero a la vez los articula con un factor de limitación nuevo: la relación de la infracción con el buen régimen y el servicio de las Fuerzas Armadas[98].

En 1985 la Ley Orgánica del Poder Judicial adelantó ya la nueva concepción a seguir: «La competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula, sin perjuicio de lo que se establece en el art. 9, apartado segundo, de esta Ley» (art. 3.2)[99] y siguiendo esta nueva concepción de limitar la competencia de los Juzgados y Tribunales militares a los delitos militares, el nuevo Código Penal Militar, con técnica poco ortodoxa procedió a alterar los criterios de atribución de competencia contenidos en el todavía parcialmente vigente Código de Justicia Militar[100].

Finalmente fue la LO 4/1987, la que estableció la actual regulación, en la que se observan diversos tipos de competencias: «La jurisdicción se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración de estado de sitio» (art. 4).

En el entendimiento de que el ámbito competencial que la ley estableciera debía ser lo más restringido posible por tratarse de una especialidad frente a los tribunales ordinarios, esta Ley Orgánica se atiene a un criterio meramente formal, en lugar del triple criterio que establecía el Código de Justicia Militar[101], pese a que el propio Tribunal Constitucional había admitido anteriormente la regulación de 1980. La competencia objetiva de los órganos judiciales militares en el ámbito penal se realiza por tanto, únicamente por razón del delito[102].

Se diferencia en nuestra legislación la competencia en tiempo de paz, de la competencia en tiempo de guerra:

El art. 12 LOCOJM, referido a la materia penal, atribuye a la llamada «jurisdicción militar» la competencia para conocer de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar[103]; los cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración[104]; los que señalen los tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de Fuerzas o Unidades españolas de cualquier Ejército; y, finalmente, cuando en estos últimos casos no existan tratados, acuerdos o convenios aplicables, todos los tipificados en la legislación española siempre que el inculpado sea español y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupen Fuerzas o Unidades militares españolas, salvo que regresara el inculpado a territorio nacional y no hubiera recaído sentencia, en cuyo caso puede corresponderá a la

98. Fernández Segado, F., «El marco constitucional...», *op. cit.*, p. 52, estima que esta cláusula general debe ser juzgada en principio positivamente, sin embargo su utilización generalizada planteaba dudas interpretativas como acontece con cualquier concepto jurídico indeterminado.

99. El apartado segundo del art. 9.2 establece lo siguiente: «En este orden civil, corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaría y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra fallecieren en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la Autoridad judicial civil competente».

100. Efectivamente, la Disposición Derogatoria de la LO 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar establecía: «Queda derogado el Tratado II, 'Leyes Penales', del Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, en cuanto se refiere a las mismas, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica, especialmente aquellas referidas a la aplicación por la Jurisdicción Militar de criterios distintos al de competencia por razón del delito».

101. Calderón Susín, E., «En torno a los límites constitucionales...», *op. cit.*, p. 99: «la poda progresiva que ha venido experimentando la competencia de los tribunales militares se ha alimentado de unos criterios rectores, válidos como hipótesis de trabajo, pero discutibles en cuanto se toman como principios o dogmas que no admiten fisura». Hernández Muntiel, A., «En torno a la nueva Jurisdicción...», *op. cit.*, p. 177: «La identificación que el legislador hace de 'ámbito estrictamente castrense' igual a competencia únicamente por razón del delito, lo que hace es limitarla, quizá incluso en exceso».

102. La STS de 23 de enero de 1992 (Sala V) establece que «Lo relevante para determinar la competencia de la Jurisdicción militar es que resulten o no lesionados bienes jurídicos de carácter militar».

103. La LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, añadió un inciso según el cual: «Salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demas casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste». El art. 14 se refiere a los delitos conexos, cuyo conocimiento corresponderá a la jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento de delito que tenga señalada legalmente pena más grave.

104. El art. 35 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio establece: «En la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«jurisdicción ordinaria», salvo que se encuentre en el primer o segundo supuesto.

En tiempo de guerra, es decir, el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, se produce como es natural una ampliación en el ámbito estrictamente castrense, aunque por supuesto, sujeta a garantías (art. 13 LOCOJM) [105].

Por otra parte, en los arts. 17 y 18 LOCOJM se determinan las atribuciones de los órganos judiciales castrenses en lo disciplinario también a través de un criterio meramente formal. Así «corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar» [106], y además será competente «para imponer sanciones en vía disciplinaria judicial a todos cuantos intervengan en los procedimientos judiciales militares y a los que infrinjan la policía de estrados».

Con la aplicación de este criterio formal se ha afirmado que se consigue una más nítida distribución de causas y una mayor seguridad jurídica [107]. Téngase en cuenta que el art. 20 del CPM establece que son delitos militares las acciones y omisiones dolosas y culposas penadas en

105. El art. 13 LOCOJM establece que: «En tiempo de guerra y en el ámbito que determine el Gobierno, además de lo dispuesto en el artículo anterior, la jurisdicción militar se extenderá a los siguientes delitos y faltas:

1) Los que se determinen en tratados con potencia u organización aliadas.

2) Los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se les atribuya por las leyes, por las Cortes Generales, o por el Gobierno, cuando estuviere autorizado para ello.

3) Todos los tipificados en la legislación española si se cometen fuera del suelo nacional, y el inculpado es militar español o persona que siga a las Fuerzas o Unidades españolas.

4) Todos los cometidos por prisioneros de guerra.

A los efectos de esta Ley la locución «tiempo de guerra» se entenderá en los términos definidos en el artículo 14 del Código Penal Militar».

106. PARADA VÁZQUEZ, R., «Toque de silencio...», *op. cit.*, p. 27, señala que la atribución de la potestad sancionadora directa que la LO 4/1987 realiza en favor del Ministro y del Subsecretario de Defensa es uno de los extremos más novedosos pues «rompe con las tradiciones militares, según las cuales la potestad sancionadora, como potestad disciplinar, va unida a la de mando de armas, algo que está en la naturaleza de las cosas, en la esencia misma de la institución militar».

107. CANOSA USERA, R., «Configuración constitucional...», *op. cit.*, p. 24.

este Código, por consiguiente el art. 12.1 LOCOJM viene a atribuir a la «jurisdicción militar» precisamente los delitos militares, es decir, los contenidos en ese Cuerpo Legal [108]. Sin embargo, este criterio es peligroso y susceptible de abusos [109], pues sólo con militarizar la infracción criminal puede atribuirse al conocimiento de los tribunales militares, aunque no afecte claramente a los fines de las Fuerzas Armadas [110], por eso se ha manifestado también la dificultad de llevar a los últimos extremos la idea de constreñir la «jurisdicción militar» a los delitos militares [111], de hecho en el texto penal vigente existen unos delitos propiamente militares, pero otros que sólo lo serían impropiamente [112] (p. ej. los delitos contra la Administración de Justicia militar o delitos contra la hacienda en el ámbito militar) [113].

108. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «Algunos aspectos...», *op. cit.*, p. 14, afirma que era necesario redefinir el «delito militar» y convertirlo en la pieza clave del Derecho Penal Militar, y así lo hizo el CPM en el que «el delito militar se ha visto circunscrito a las acciones u omisiones que atentan o ponen en peligro valores, intereses o bienes jurídicos esencialmente militares o directamente vinculados a la seguridad o defensa nacionales, caracterización que, en la mayoría de los tipos delictivos, se complementa con un elemento subjetivo consistente en la condición militar del autor del hecho».

109. Como decía ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «La justicia según...», *op. cit.*, p. 557, la expresión «delitos militares» «se presta con facilidad a ser utilizada para deformar y aun para convertir en letra muerta el propósito constitucional».

110. En contra de esta restricción de la jurisdicción militar al ámbito de los delitos de naturaleza militar, GIMENO SENDRA, V., *Introducción..., op. cit.*, p. 64, quien afirma que al haber ignorado el criterio espacial (los delitos cometidos en establecimientos militares y en actos de servicio) y el subjetivo (exclusivamente cometidos por militares), no sólo no se cohonestan con el enunciado criterio delitos militares que, desde siempre, han permanecido en el CP, sino, lo que es más grave, subsisten todavía en la nueva Ley Penal militar determinados tipos que, de ser cometidos por «paisanos», pueden ocasionar una extralimitación de la jurisdicción castrense.

111. CALDERÓN SUSÍN, E., «En torno a los límites constitucionales...», *op. cit.*, p. 105: «Más realista me parece no hinchar el Código Penal Militar, el conocimiento de cuyos delitos sería el núcleo básico de la Jurisdicción Militar, y ampliar ésta a determinadas infracciones comunes, previamente seleccionadas por su especial incidencia en el ámbito militar, si se quiere mediante el sistema de lista y dejando una fórmula final en que se conectara la competencia por razón del lugar de comisión y de la persona responsable».

112. FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz», *PJ*, núm. 34, p. 19, distingue entre «*los delitos exclusiva o propiamente militares*, esto es, en los que el militar quebranta un deber inherente a la profesión de las armas, de aquellos otros *delitos impropiamente militares*, en los que personas civiles pueden ser sujetos activos directos de un ataque a un bien jurídico castrense, o en los que su propio carácter pluriofensivo daña a la par bienes jurídicos comunes, tutelados por la legislación penal común, y bienes jurídicos de naturaleza castrense».

113. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «Algunos aspectos...», *op. cit.*, p. 14: «Existen, sin duda, en el nuevo Código Penal Militar, delitos militares que pueden ser cometidos por

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En realidad el 117.5 CE marca un máximo interpretativo sin que se deba necesariamente atribuir a la «jurisdicción militar» todo lo que se estime pudiera incluirse entre lo castrense en sentido estricto, lo que impide la Constitución es la atribución de asuntos que no se encuentren enmarcados en ese ámbito: por tanto, si el límite máximo está trazado constitucionalmente, el mínimo obedece al juego de la política legislativa y por tanto son criterios de oportunidad los que se reflejan en la ley [114]. En el fondo todo el esfuerzo por la delimitación de lo castrense a su ámbito estricto, o incluso más restringido, se debe a las dificultades que, como veremos seguidamente, existen para considerar a los órganos judiciales militares como verdaderamente jurisdiccionales, es decir, sometidos a los principios constitucionales sin excepción, y, sobre todo, como órganos de indudable independencia.

4.3. *La exigencia de respeto a los principios de la Constitución*

El Preámbulo de la LO 4/1987, de 15 de julio proclama que «la máxima garantía de una recta administración de justicia se centra en la independencia de los órganos judiciales y, en el seno de la jurisdicción castrense, la presente Ley se orienta en esa línea consagrando la inamovilidad, la responsabilidad y la sumisión exclusiva al imperio de la ley de quienes desempeñan esta función, haciéndose un verdadero esfuerzo por lograr la definición positiva de esa independencia para lo órganos judiciales militares».

Así, como ya advertimos al enumerar las innovaciones más señaladas de la nueva regulación, el Título preliminar contiene una serie de normas en las que se establecen las garantías jurisdiccionales, paralelamente a las proclamaciones genéricas del Título preliminar de la LOPJ. Se pretende de este modo adecuar la normativa sobre competencia y organización de la llamada «jurisdicción militar» a la prescripción del art. 117.5 CE sobre los principios constitucionales.

La STC 180/1985, de 19 de diciembre, destacaba que «la jurisdicción militar (art. 117.5 de la Constitución) no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto sustantivas como procesales, que, si dispuestas en el respeto de las garantías del justiciable y del condenado previstas en la Constitución, no resultarán contradictorias con su artículo 14 cuando respondan a la naturaleza propia de la institución militar. Estas peculiaridades del Derecho Penal y procesal militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (fundamento jurídico 4.º) de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el artículo 8 de la Constitución» [115]. En este sentido, PARADA VÁZQUEZ limita la aplicación de los principios constitucionales a los órganos judiciales militares sólo en el aspecto sustantivo (p. ej. supresión de la pena de muerte en tiempo de paz) y procesal (doble instancia, ...), pero no al aspecto orgánico (composición, militar o letrada de los tribunales, o a las facultades judiciales del mando militar) [116].

En nuestra opinión la exigencia constitucional de adecuación a los principios de la Constitución debe entenderse en sentido estricto. Las singularidades lógicas de este sector del ordenamiento no podrían llegar a justificar la negación de las garantías jurisdiccionales exigidas a los tribunales militares por la Constitución, so pena de vaciar de contenido la referencia del art. 117.5 a los principios constitucionales y, sobre todo, la propia naturaleza jurisdiccional de estos órganos [117]. Por tanto entendemos que el art. 117.5 no se refiere solamente a las garantías materiales (p. ej. principio de legalidad del Derecho penal Militar) y a las garantías de contenido procesal (la tutela judicial efectiva sin indefen-

cualquier persona. Pero cuando esto ocurre es, normalmente, porque el bien jurídico protegido en el tipo no es estrictamente —o solamente— un interés de la Institución Militar, sino lo que podemos denominar un interés militar del Estado, que es el que resulta lesionado».

114. Así la STC 60/1991, de 14 de marzo, destaca que «este precepto constitucional establece un límite negativo al legislador que le impide ampliar la jurisdicción más allá de ese límite, pero que no le impediría asignar a la jurisdicción ordinaria asuntos como el presente». También las SS de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 20 de diciembre de 1990 y de 10 de julio de 1995 destacan que «no todo lo que es estrictamente castrense corresponde a la jurisdicción militar, sino tan sólo aquello que, concretamente, le está atribuido por una ley».

115. Estas particularidades son tenidas también en cuenta por el TEDH en S de 8 de junio de 1976 (Caso Engel y otros).

116. PARADA VÁZQUEZ, R., «Toque de silencio...», *op. cit.*, pp. 13-14. En sentido similar, CANOSA USERA, R., «Configuración constitucional...», *op. cit.*, p. 26: «entendemos que la Constitución no exige ese pleno respeto de los principios relativos a la Administración de justicia y que sólo impone la reducción de las posibles excepciones al ámbito estrictamente castrense». También Voto Particular de CRUZ VILLALÓN a la STC 113/1995, de 6 de julio.

117. En opinión de SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 117», ... *op. cit.*, p. 1223, «existe la obligación constitucional de ir igualando los procedimientos y garantías del proceso ordinario al proceso militar».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sión, el derecho de defensa, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el principio de legalidad, los principios contenidos en el art. 120 —publicidad, oralidad, motivación de las sentencias—)[118], sino también de manera especialmente importante a los principios relativos a la Jurisdicción contenidos en el art. 117: independencia, inamovilidad, responsabilidad, sometimiento únicamente a la ley, exclusividad y unidad[119], lo cual no implica que en la regulación vigente tales principios estén debidamente garantizados[120].

Para definir la articulación entre la unidad jurisdiccional y la llamada «jurisdicción militar» es preciso examinar breve y panorámicamente la regulación de estos principios en el derecho militar vigente, con una especial consideración de la independencia de los órganos que la integran, pues es de todos conocido el carácter esencial de la independencia para poder hablar con precisión de jurisdiccionalidad[121].

118. El Tribunal Constitucional (STC 204/1994, de 11 de julio) ha reconocido que la jurisdicción militar «no excepciona el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 24 C.E. El propio art. 117.5, inciso segundo, C.E. sólo prevé la existencia de una jurisdicción militar 'de acuerdo con los principios de la Constitución'».Ello debería implicar que los principios que presiden la actuación de los Tribunales ordinarios deben presidir también la actuación de esta jurisdicción militar, como vimos exigía por otra parte el principio de unidad jurisdiccional. Realmente, como indica CANOSA USERA, R., «Configuración constitucional...», *op. cit.*, p. 31, la plenitud de la proyección de las garantías procesales «está ligada, estrechamente a la efectividad de los principios de unidad, exclusividad e independencia».

119. Dejaremos aparte las consideraciones acerca del principio de unidad jurisdiccional pues van a ser objeto de examen en el siguiente epígrafe.

120. PARADA VÁZQUEZ, R., «Toque de silencio...», *op. cit.*, pp. 38-39, señala que resulta «sorprendente que la Ley Orgánica 4/1987 establezca un sistema de Justicia militar que ni respeta el modelo institucional de ésta ni respeta los principios orgánico-constitucionales de la Jurisdicción ordinaria, que se recogen en los artículos 117 a 128 de la Constitución». En cambio, en opinión de GARCÍA BALLESTER, P., «Jurisdicción militar y Constitución española», *REDEM*, 1991, núm. 58, julio-diciembre, p. 156, «la ley ha arbitrado mecanismos más que suficientes para salvaguardar su independencia e imparcialidad».

121. En este sentido MONTERO AROCA, J., «La unidad ...», *op. cit.*, p. 87, estima que la independencia, como principio fundamental del ejercicio de la jurisdicción, ha de referirse también a los tribunales militares. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, la posición de SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Jurisdicción...», *op. cit.*, p. 464, que incluso en 1971 consideraba que la jurisdicción militar era plenamente jurisdiccional tanto por su objeto como por la irrevocabilidad de sus resoluciones, todo ello en lógica coherencia con su concepto absoluto de jurisdicción como determinación irrevocable del Derecho en un caso concreto, seguida en su caso, por su actuación práctica» («Jurisdicción», *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 20 y ss).

4.3.1. Independencia

Su proclamación constitucional se encuentra en el art. 117.1, pero también en los arts. 124.1 y 127.1 y 2; en el mismo sentido, los arts. 1, 12.1. 13 y 14 LOPJ. Como afirma PEDRAZ PENALVA[122], debe entenderse desde una doble perspectiva: por un lado, exige la no intervención en el judicial de los demás poderes, y en sentido inverso, la competencia judicial tampoco ha de interferir en el campo de actuación del legislativo o el ejecutivo; por otro lado, paradójicamente, la jurisdicción es independiente por estar sometida única y exclusivamente a la ley, o más exactamente, al conjunto de ordenamiento jurídico[123].

La Ley Orgánica 4/1987 recoge el primer aspecto en el art. 6.I: «Todos están obligados a respetar la independencia de los órganos que ejercen la jurisdicción militar». Mientras que en el párrafo segundo este artículo proclama la independencia respecto a los propios órganos jurisdiccionales, que «no podrán corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por órganos judiciales inferiores, sino en virtud de la resolución de los recursos que las leyes establezcan, ni dictarles instrucciones a este respecto». El art. 8.I proclama que «en el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley». Y añade en el párrafo segundo: «su nombramiento, designación y cese se hará en la forma prevista en esta Ley ...». Por último, el art. 9, para el caso de que los miembros de los órganos judiciales militares se vean perturbados en su independencia, permite que lo pongan en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta al Juez o Tribunal competente para que siga el procedimiento adecuado. Se encomienda por otra parte al Ministerio Fiscal y en particular a la Fiscalía Jurídico Militar la promoción de las acciones pertinentes o la instan-

122. PEDRAZ PENALVA, E., «Sobre el «poder»...», *op. cit.*, p. 173.

123. En este sentido, el TEDH se ha pronunciado sobre la independencia como atributo indispensable de un tribunal en sentencias como la de 28 de junio de 1981 (Caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere) diciendo: «Según la jurisprudencia del Tribunal sólo merece el nombre de Tribunal un órgano que responde a una serie de otras exigencias —independencia respecto al ejecutivo y a las partes encausadas...—». Vid. asimismo STEDH de 4 de diciembre de 1979 (Caso Schiesser), de 27 de febrero de 1980 (Caso Sewer), de 10 de febrero de 1983 (Caso Albert y Le Compte), de 22 de mayo de 1984 (Caso De Jong, Baljet y Van den Brink y caso Duinhof y Duijf), ...

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cia de lo que proceda en defensa de la independencia de los órganos judiciales militares [124].

Al margen de estas proclamaciones en favor de la independencia, en las que se ha apoyado la jurisprudencia constitucional y del Supremo para afirmar la plena constitucionalidad de los órganos de la «jurisdicción militar» [125], es preciso descender a la regulación más concreta donde veremos que se aprecian distorsiones respecto a la plena independencia de estos órganos [126], derivadas sobre todo de la estructuración militar jerarquizada y basada en la disciplina como valor fundamental que tiene inevitablemente sus reflejos en los tribunales militares.

Un aspecto importante es el referido al nombramiento para el desempeño de cargos en la «jurisdicción militar». En cuanto al nombramiento de los miembros de la Sala V del Tribunal Supremo, integrados plenamente como los demás Magistrados del Tribunal Supremo al estatuto jurídico ordinario regulado en la LOPJ. Los cuatro magistrados procedentes de la Carrera Judicial serán nombrados de igual forma que los demás Magistrados de éste órgano jurisdiccional (art. 26 LOCOJM), por tanto, por el Consejo General del Poder Judicial siguiendo los arts. 342 y ss LOPJ (el ochenta por ciento entre miembros de la Carrera Judicial con diez años, al menos de servicios en la categoría de Magistrado y no menos de quince en la carrera, y el resto, entre Abogados y otros juristas, todos de reconocida competencia —art. 343 LOPJ—). Por el contrario, los otros cuatro Magistrados, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar [127], serán nombrados por Real Decreto, refrendado por el Ministro de

124. Debemos hacer notar la anómala regulación de la Fiscalía Jurídico-Militar, dependiente por un lado del Fiscal General del Estado, pero también por otro del Ministro de Defensa de quien puede recibir no ya instrucciones generales, sino incluso órdenes concretas al Fiscal Togado, que se sitúa como superior jerárquico de esta Fiscalía. (arts. 87 a 101 LOCOJM). Cfr. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, Madrid, 1991, pp. 68-70.

125. Vid. especialmente STC 204/1994, de 11 de julio y 113/1995, de 6 de julio. También AATS de 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 1995 (Sala V).

126. GIMENO SENDRA, V., *Introducción..., op. cit.*, p. 66, afirma que «con la sóla excepción de la Sala de lo Militar del TS, los demás órganos judiciales militares, si bien gozan de una independencia individual y funcional, no ostentan la necesaria independencia judicial frente al Poder Ejecutivo para poder ser configurados plenamente como órganos jurisdiccionales ordinarios».

127. La LO 6/1988, de 5 de abril, unificó los Cuerpos Jurídicos del Ejército de Tierrra, de la Armada y del Ejército del Aire en lo que se denominó Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa. Posteriormente, a partir de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del Personal Militar Profesional ha pasado a denominarse Cuerpo Jurídico Militar, constituido como uno más de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, junto al Cuerpo Militar de Intervención, al de Sanidad y al de Músicos Militares.

Justicia, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. El problema está en el segundo párrafo del art. 27 LOCOJM, donde se establece que el Consejo General para cada vacante deberá elegir de una terna de Consejeros o Ministros Togados y Generales Auditores con aptitud para el ascenso presentada por el Ministro de Defensa. Es evidente la influencia del Ejecutivo en la selección de aquellos que puedan formar parte de esa terna, no sólo por la elección directa de los candidatos sino además porque los ascensos en la Carrera Militar que posibilitan ser candidatos están determinados, como es natural, por quien dirige la Administración militar [128].

Más clara aún es la intervención del Ejecutivo en los demás nombramientos [129]. Como indica el art. 37 LOCOJM, el Auditor Presidente del Tribunal Militar Central será nombrado por Real Decreto refrendado por el Ministro de Defensa y los Vocales Togados del Tribunal Militar Central del mismo modo, a propuesta en terna de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central entre Generales Auditores y Coroneles Auditores, éstos con aptitud de ascenso. Según el art. 47 LOCOJM el Auditor Presidente y los Vocales Togados serán nombrados por el Ministro de Defensa, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, en los términos que se determinen reglamentariamente. Los Juzgados Togados Militares, conforme establece el art. 54 LOCOJM, serán nombrados por el Ministro de Defensa, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, en los términos que se determinen reglamentariamente [130].

128. La STEDH de 8 de junio de 1976 (Caso Engel y otros) estima, no obstante, que el Tribunal Superior Militar holandés, integrado por dos juristas civiles, Magistrados del Tribunal Supremo o del Tribunal de Apelación, y por cuatro oficiales militares, designados a partir de la recomendación conjunta del Ministro de Justicia y el de Defensa, «constituye un «tribunal independiente e imparcial establecido por la ley» y nada indica que no haya estudiado su causa 'equitativamente'».

129. RAMÍREZ SINEIRO, J. M., «Consideraciones acerca de la constitucionalidad de la estructura orgánica de la Jurisdicción Militar con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RGD*, 1992, julio-agosto, p. 7168, habla del omnímodo protagonismo de la Administración Militar en este aspecto.

130. El desarrollo reglamentario de estos preceptos muestra claramente la intervención político-administrativa en la determinación de los nombramientos para los órganos judiciales militares: el RD 832/1991, de 17 de mayo, crea la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar, presidida por el Secretario de Estado de Defensa y con competencia para realizar las evaluaciones para el ascenso a General Auditor y otros grados del generalato que afecten a Oficiales Generales Auditores; crea también la Junta de Evaluación de carácter permanente, que preside el Director General de Personal del Ministerio de Defensa, con importantes atribuciones para la evaluación y clasificación para el ascenso de los restantes Oficiales superiores y particulares del Cuerpo Jurídico Militar; finalmen-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Todos estos Vocales Togados como miembros del Cuerpo Jurídico, además de juristas [131], son formalmente militares desde 1874, en que se procedió a su militarización como reacción a la creación de la Carrera judicial para los integrantes de los órganos ordinarios [132]. Y como indica el artículo 65 LOCOJM para poder ser nombrados Magistrados de la Sala Militar del Tribunal Supremo, Auditores Presidentes o Vocales Togados de los Tribunales Militares y Jueces Togados Militares, deberán encontrarse en situación militar de plena actividad [133]. Por otra parte, los ascensos de estos juristas militares no dependen sólo de los méritos conseguidos en la carrera judicial, sino más bien de su empleo militar. Además, como sabemos, los órganos colegiados, excepto la Sala V, están integrados también por Vocales Militares, elegidos por sorteo entre determinados oficiales (arts. 39.1 LOCOJM para el Tribunal Militar Central —Generales de Brigada y Contraalmirantes destinados en los Organos Centrales de la Defensa y en los Cuarteles Generales de los Ejércitos— y 49.1 LOCOJM para los Tribunales Militares Territoriales —comandantes o capitanes de corbeta con destino en el territorio de cada Tribunal Militar Territorial—) [134].

Esta normativa, por consiguiente, está bien lejos de la participación

te se crea también una Junta de carácter eventual del Cuerpo Jurídico Militar, cuya composición es determinada por el Secretario de Estado de la Administración Militar, también con atribuciones para evaluar la aptitud para el ascenso y para la selección de quienes pueden acceder a cursos de capacitación. Vid. en contra del libre nombramiento por el Ejecutivo o a propuesta de una Corporación antes seleccionada y designada por éste, MENÉNDEZ PIDAL, F., «La justicia...», *op. cit.*, p. 346.

131. Según PARADA VÁZQUEZ, R., «Toque de silencio...», *op. cit.*, p. 10, «un elemento de la Justicia militar, inesencial también a esta justicia sumaria y profesional, pero ya presente en las Ordenanzas Militares de Alejandro Farnesio (1578), Felipe IV (1632) y Carlos III (1768), es el jurista, el Auditor de Guerra».

132. Cfr. MENÉNDEZ PIDAL, F., «La justicia militar», *RGLJ*, t. 159, 1931, p. 340.

133. Sin embargo, en opinión de VEUTRO, V., «La independencia...», *op. cit.*, p. 10, refiriéndose a los Magistrados militares de los órganos judiciales militares italianos: «Su posición profesional, sin embargo, les da una autonomía funcional permanente que le sustrae a la autoridad directa de los mandos militares, de manera que los deberes disciplinarios quedan confinados en un marco formal y no constituyen obstáculos para la extensión de las mismas garantías de independencia previstas para el Magistrado Ordinario».

134. Como afirma VENDITTI, R., «Novedades de la reforma de 1981 en la organización de la justicia militar y en la estructura del proceso penal militar en Italia», *RGD*, 1986, septiembre, p. 3996, «el militar está inserto en una estructura jerárquica y está conducido, por su misma naturaleza y *forma mentis* de soldado, a ser sensible a las normas de los superiores; o por lo menos, puede encontrarse a disgusto, en el interior de un colegio, al expresar una opinión que se oponga a la del superior que tiene función de presidente del colegio».

popular en la Administración de Justicia que se ha querido alegar en el Preámbulo de la LOCOJM para justificar la presencia de estos militares en los órganos judiciales militares, ciertamente no se trata del posible acceso a la función jurisdiccional de cualquier ciudadano como tal [135], sino de la de funcionarios de la Administración militar y, por tanto a mayores, pertenecientes a un sector de la Administración en que la disciplina y la jerarquía es esencial [136]. Por otro lado, el aludido Preámbulo fundamenta además el respeto de la composición mixta tradicional de los Tribunales castrenses en el objetivo de «una acertada administración de justicia al proceder, parte de los juzgadores, del ambiente en que se ha producido el hecho que será objeto de su decisión». Lo cual, además de los problemas de parcialidad que puede conllevar, nos sitúa cerca de una justicia que no quiere abandonar del todo su carácter corporativo por la especialidad del derecho a aplicar y los específicos intereses a proteger, desdeñando esquemas organizativos especializados más respetuosos con la auténtica jurisdiccionalidad del órgano que, por otro lado, podrían complementar sus posibles carencias cognoscitivas con una adecuada intervención de peritos en los procesos donde fuera necesario [137]. Estas consideraciones no pretenden desmerecer la integridad y la independencia personal de los miembros de los órganos judiciales militares, que naturalmente presumimos, únicamente queremos destacar la carencia de plenas garantías objetivas para que pueda entenderse que estos órganos tienen las notas características de la jurisdicción [138]. En cualquier caso, y de manera sorprendente, la STC 204/1994, de 11 de julio, estima que

135. Cfr. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., *Potestad disciplinaria..., op. cit.*, pp. 62-63, para quien se trata de una caracterización escasamente rigurosa. Que no se trate exactamente, en mi opinión, de un escabinado no impide que contra estos órganos puedan esgrimirse algunos inconvenientes típicos de los escabinados: la preeminencia en la práctica de los miembros técnicos sobre los miembros legos. Vid. HERNÁNDEZ MUNTIEL, A., «En torno a la nueva...», *op. cit.*, p. 182.

136. Además, como afirma FAIRÉN GUILLÉN, V., «Notas sobre jurisdicciones...», *op. cit.*, p. 22, la solución del escabinato es «lógica cuando se trata de un estado de guerra, en que no se puede pensar que el ejército tenga entre sus jefes y oficiales suficientes juristas para proceder con la rapidez exigida por dichas circunstancias bélicas; pero no en época de paz, en que la judicatura civil tiene suficientes juristas en su seno, para formar tribunales de jueces totalmente técnicos en derecho».

137. Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., «La administración de justicia...», *op. cit.*, pp. 96-97.

138. Sorprende, frente a todo lo que llevamos expuesto, la postura del TC en las SS 204/1990, de 11 de julio, y 113/1995, de 6 de julio, cuando estima, al examinar el estatuto jurídico de los miembros de los órganos judiciales castrenses y su sometimiento a la disciplina militar, que no es incompatible con el principio de independencia en sus funciones.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«el principio de independencia judicial no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el status que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas».

Por otra parte, se echa en falta un órgano plenamente autónomo encargado del autogobierno de estos tribunales. Como es sabido, el Consejo General del Poder Judicial es el órgano encargado de la defensa de la independencia de los tribunales ordinarios [139], a través del ejercicio de sus diversas funciones, pero no ocurre así respecto a los militares, salvo respecto a la Sala V del Supremo, en la que se aplica el régimen y estatuto de la carrera judicial. En cambio en relación con los demás órganos muchas de las funciones que podrían corresponder al Consejo General se atribuyen al Ministerio de Defensa [140] o a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, téngase en cuenta que la inspección (arts. 125-127 LOCOJM) y la potestad disciplinaria son compartidas por este último órgano y por el Consejo General (cap. III del Tít. III del Libro IV LOPJ, con las salvedades establecidas por la LO 16/1994, de 8 de noviembre) [141].

Otra garantía de la independencia es la existencia de un rígido sistema de incompatibilidades y prohibiciones para los cargos judiciales en lo militar. El art. 119 LOCOJM respecto a los miembros de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos que ejerzan funciones judiciales, fiscales o Secretarías Relatorías, se remite respectivamente al régimen de incompatibilidades que se aplique a los Jueces y Magistrados, Fiscales y Secretarios Judiciales de la jurisdicción ordinaria, añadiendo el art. 120 LOCOJM

139. Cfr. SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., *El Consejo General del Poder Judicial como órgano garante de la independencia del Poder Judicial*, Tesis Doctoral inédita, Salamanca, 1993. RODRÍGUEZ-AGUILERA, C., «Independencia judicial», *RJC*, 1974, núm. 3, p. 63, propugnaba ya un sistema de autogobierno como medio adecuado para la seguridad, tranquilidad de conciencia o independencia de jueces y magistrados. Destaca, por su parte, MONTERO AROCA, J., «Potestad, órgano y función jurisdiccionales», *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, p. 92, que para que el poder judicial sea autónomo ha de constar con una organización propia en la que no se permitan ingerencias de otros poderes.

140. PARADA VÁZQUEZ, R., «Toque de silencio...», *op. cit.*, p. 12, habla de que «es una justicia ministerial, no judicial» y CANOSA USERA, R., «Configuración constitucional...», *op. cit.*, p. 37, la califica de «administrativizada». DE OTTO, I., *Estudios..., op. cit.*, p. 89, resalta que en las jurisdicciones administrativas se produce una violación frontal del principio del Estado de Derecho.

141. De ahí que sea admisible en España la afirmación de VEUTRO, V., «La independencia...», *op. cit.*, p. 12, según la cual «la independencia de las jurisdicciones militares está en general, menos protegida que las de las jurisdicciones ordinarias, pero el juez militar no es, sin embargo, menos concienzudo».

una serie de incompatibilidades específicas. La dificultad está en que estas incompatibilidades tienen carácter temporal, sólo se les aplica mientras desempeñan estos cargos, teniendo en cuenta la inexistencia de una Carrera Judicial [142].

En cuanto a las posibilidades de asociación para defender los intereses profesionales y la realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia, es mayor la limitación para los integrantes de órganos judiciales militares. Están sometidos a las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas que prohiben el derecho a la sindicación y no prevén ningún tipo de asociaciones reivindicativas. Se limita también el derecho a la libertad de expresión, tanto en público como en privado, por razones de disciplina o seguridad [143].

El art. 117 de la L.O. de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar regula otra garantía de la independencia: la inmunidad. Establece que quienes ejerzan funciones judiciales o fiscales, en el ámbito de la jurisdicción militar, sólo podrán ser detenidos por orden de juez competente o en caso de flagrante delito. En este último caso se tomarán las medidas de aseguramiento indispensables y se entregará inmediatamente el detenido al Juez de Instrucción, o al Juez Togado Militar, si se trata de delito de la competencia de la jurisdicción militar que resulten competentes. No obstante, esta regulación garantiza la independencia judicial frente en un asunto penal, pero no frente a una sanción disciplinaria, que obviamente puede conllevar también una restricción de la libertad que afecte incluso en mayor medida a la independencia del juzgador.

Por mandato del art. 9.1 y 117.1 de la Constitución y del art. 8.1 LOCOJM se impone también en lo militar la obligación del sometimiento a la ley. Así están vinculados, en primer lugar, a la Constitución, con posibilidad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad; también a los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales en los que nuestro país sea parte; por supuesto, deberán someterse a las leyes en sentido estricto y no habrán de aplicar las disposiciones contrarias a la ley o a la jerarquía normativa (art. 5 LOCOJM).

142. Además de estas incompatibilidades judiciales se les aplica el régimen de incompatibilidades propio de las Fuerzas Armadas.

143. Pero las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales basadas en la «relación de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo son admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial (STC 21/1981, de 15 de junio). Vid. al respecto, JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «Principios constitucionales. Derechos fundamentales y libertades públicas del militar», en *La Jurisdicción Militar*, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 207-239.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4.3.2. Inamovilidad

La independencia frente al ejecutivo se manifiesta como inamovilidad. Esta garantía judicial deriva, según GIMENO SENDRA [144], del hecho de que la Administración de Justicia, como otras dependencias del Estado, está organizada jerárquicamente, por tanto no se trata de una nota exclusiva de los Jueces y Magistrados. La particularidad recae en que en nuestro caso esta nota se justifica en función de la independencia [145]. Significa que una vez nombrado o designado un Juez o Magistrado conforme a un estatuto legal determinado no puede ser removido de su cargo sino en virtud de causas razonables tasadas y previamente determinadas [146]. En nuestro ordenamiento positivo la inamovilidad se consagra constitucionalmente, de forma expresa en el art. 117.1, pormenorizando el párrafo siguiente que «los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas por la ley». En sentido idéntico se pronuncia la LOPJ en sus arts. 1 y 15, con desarrollo en los arts. 378 y ss.

La LOCOJM proclama también la inamovilidad de los órganos judiciales castrenses en el art. 8, por el cual los miembros de los órganos judiciales militares no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los casos y con las garantías establecidas en las leyes. Así pues, el art. 66 de la misma Ley establece la enumeración de causas tasadas por las que los Auditores Presidentes y Vocales Togados de los Tribunales Militares, así como los Juzgados Togados Militares, cesarán en sus destinos o cargos y el art. 67 establece el elenco taxativo de causas de suspensión provisional.

El problema está una vez más en el ventanuco abierto a la intervención del Ejecutivo para separar a un integrante de un órgano judicial militar del ejercicio de la función jurisdiccional. Si se recuerda la doble condición que recae en los Auditores Presidentes, Vocales Togados y Jueces Togados Militares, por un lado jueces, pero por otro militares, y

144. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos..., op. cit.*, p. 59.

145. MONTERO AROCA, J., *Introducción..., op. cit.*, p. 132, afirma que mientras para los Jueces y Magistrados no se hizo efectiva cuando menos hasta el Decreto de Canalejas de 1889, para los funcionarios públicos en general hay que esperar hasta el Estatuto de Maura de 1918.

146. ALMAGRO NOSETE, J., (con TOMÉ PAULE, J.) *Instituciones de Derecho Procesal*, t. I, Proceso Civil, I, p. 70.

por tanto, sujetos a la regulación militar de los ascensos [147], con lógica intervención en ellos de la Administración militar [148], y además se tiene en cuenta la mencionada ausencia de un verdadera Carrera judicial militar y las limitadas atribuciones del Consejo General del Poder Judicial respecto al gobierno de los tribunales militares, más que constatar la inamovilidad característica de verdaderos órganos jurisdiccionales al examinar el núm. 2 del art. 66 LOCOJM, confirmamos la aplicación de la movilidad característica de lo militar y, por tanto, debemos advertir otra quiebra en las garantías de la apariencia de independencia de los órganos judiciales militares [149].

4.3.3. Imparcialidad

La independencia jurisdiccional respecto a las partes se presenta como equivalente a la imparcialidad, otra cualidad de la jurisdicción que

147. Como afirma RAMÍREZ SINEIRO, J. M., «Consideraciones...», *op. cit.*, pp. 7171-7172, la permanencia de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar en los cometidos judiciales «se encuentra limitada temporalmente, en la medida que sólo desempeñarán aquella función durante el tiempo que ostenten el grado militar legalmente previsto para cada específico puesto jurisdiccional», con lo cual en la práctica se ha articulado un sutil mecanismo legal susceptible de ser utilizado para depurar los órganos incómodos para la Administración. Conforme proponía RODRÍGUEZ-AGUILERA, C., «Independencia judicial», RJC, 1974, núm. 3, p. 61, «la norma general de inamovilidad debe completarse con aquella que establezca que el juez o magistrado debe ser trasladado a la plaza que legalmente le corresponda cuando la solicite, siempre que no haya quien ostente para ello un derecho preferente».

148. PÉREZ MARTÍN, A. J., «La competencia objetiva de los Juzgados Togados Militares Territoriales en la LO 6/1984, de 24 de mayo», *Justicia*, 1989, II, pp. 433-434, resalta que «la organización jerarquizada y militarizada de los cuerpos jurídicos militares no es la más adecuada para lograr la salvaguarda de la libertad e independencia de criterio de sus componentes».

149. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., *Potestad disciplinaria..., op. cit.*, pp. 60-61, señala que «hay que reconocer que en este punto el estatuto jurídico de los jueces militares no está rodeado de las mismas garantías que el de los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria» y que «nos encontramos ante uno de los flancos más débiles de la nueva estructura de la jurisdicción militar». En sentido similar, MILLÁN GARRIDO, A., «Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar», *REDEM*, núm. 53, enero-junio, 1989, p. 118. El TC, por el contrario, ha manifestado que el ascenso es una causa razonable, limitada y previamente determinada «como para que no pueda considerarse, por sí misma, que atente a la garantía de la inamovilidad judicial» (STC 204/1994, de 11 de julio). También la STC 113/1995, de 6 de julio, se manifiesta en sentido similar, citando «inequívocamente el carácter independiente e inamovible de los Jueces Togados Militares». En este sentido la STS de 1 de octubre de 1993 (Sala V): «esa causa de cese por ascenso, que es la única cercana a los pincipios del régimen general de los militares de carrera, no conculca el principio de inamovilidad judicial, sino que la hace temporal».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

opera sin embargo en un momento distinto. Si la independencia alude al momento constitucional, la imparcialidad se refiere al momento procesal, es decir, al ejercicio de la función jurisdiccional. Supone la garantía dirigida al justiciable que tiende a lograr la objetividad de la resolución jurisdiccional para el caso concreto. El TEDH (S de 1 de octubre de 1982 —caso Piersack— y en el mismo sentido en S de 26 de octubre de 1984 —caso De Cubber—) ha afirmado que «se puede distinguir (...) un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto».

Los mecanismos jurídicos que el ordenamiento ofrece para procurar la imparcialidad son la abstención y la recusación[150]. En la Ley Procesal Militar (arts. 51 y ss de la LO 2/1989, de 13 de abril) se regulan las causas que se pueden invocar en el ámbito de la justicia castrense, que son muy similares a las previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque con algunas peculiaridades como la ausencia de previsión de la causa consistente en «ser subordinado del Juez que daba resolver la contienda» aunque tal circunstancia pudiera suscitar en ciertos casos dudas de imparcialidad, o la tipificación de una causa más genérica que en la LOPJ: «Haber intervenido en otro concepto, en el mismo procedimiento» (art. 53.11 LPM), como consecuencia lógica de la movilidad de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar en sus funciones judiciales, fiscales, secretariales, e incluso de asesoramiento jurídico.

El mayor problema que surge en relación con la imparcialidad posiblemente se encuentre en que para juzgar cierto tipo de delitos en que los intereses de las Fuerzas Armadas estén especialmente afectados, que serían por otra parte los específicamente castrenses, no parece que los militares, ya sea como Vocales Militares, ya como Vocales Togados, puedan ofrecer garantías suficientes de apariencia de imparcialidad para juzgar estos hechos, cuánto más si recordamos los problemas que hemos observado respecto a la independencia de los órganos judiciales militares.

150. Vid. al respecto CALVO SÁNCHEZ, «La recusación de Jueces y Magistrados», I y II, *RUDP*, respectivamente, núm. 1, 1989, pp. 77 y ss y núm. 2, 1989, pp. 81-82. La STS de 14 de noviembre de 1994 (Sala V) afirma que «en nuestro ordenamiento jurídico, la abstención y la recusación son los instrumentos legalmente establecidos para dar efectividad al derecho al Juez imparcial, por lo que quienes crean tener alguna razón para dudar de la imparcialidad del Juez deben atenerse a las normas que regulan el instituto de la recusación».

4.3.4. Exclusividad

Esta nota característica de la jurisdicción se encuentra recogida en los arts. 117.3 y 2.1 LOPJ al establecer que «la potestad jurisdiccional... juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes». Por un lado, siguiendo a MONTERO[151], puede apreciarse una vertiente positiva en el sentido de que implica un monopolio de los Jueces y Magistrados[152], y, por otro, una vertiente negativa, al determinar que juzgar y hacer ejecutar lo juzgado debe ser la única función de los Juzgados y Tribunales. En este segundo sentido, la propia Constitución en su art. 117.4 establece que «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

El art. 2 LOCOJM establece que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por esta Ley». Por consiguiente, se proclama la exclusividad de los órganos judiciales militares, sin embargo no puede decirse lo mismo respecto a sus integrantes: los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, actualmente único, dependiente del Ministerio de Defensa, son los que pasan a formar parte del contingente técnico de los tribunales militares, como Vocales togados, pero como ya mencionamos, junto a funciones judiciales pueden ejercer funciones fiscales, así como de dación de fe, e incluso funciones administrativas de asesoramiento jurídico al Ministerio de Defensa[153]. Por otro lado, para ser nombrados Magistrados, Auditores Presidentes, Vocales Togados o Jueces Togados, estas personas deben encontrarse en plena actividad en los Ejércitos (art. 65

151. MONTERO AROCA, J., *Introducción..., op. cit.*, pp. 34 y ss.

152. DE OTTO, I., *Estudios..., op. cit.*, p. 83, distinguía un monopolio *ad extra* del Estado, excluyendo la posibilidad de que ejerzan jurisdicción los particulares y los Tribunales no integrados en la organización estatal, salvo el caso de Tribunales consuetudinarios y tradicionales, y un monopolio *ad intra*, por el que sobre todo se trata de asegurar los derechos de los ciudadanos ante los órganos jurisdiccionales, porque esos Juzgados y Tribunales a los que se encomienda en régimen de monopolio el ejercicio de la potestad jurisdiccional están a su vez sometidos a ciertos principios de organización y funcionamiento.

153. Como decía FAIRÉN GUILLÉN, V., «Notas sobre jurisdicciones..., *op. cit.*, p. 20, hay en ellos «unidad de personas, dualidad de cargos, uno de ellos administrativo, con sujeción a los superiores, y otro independiente de las órdenes de aquéllos». PARADA VÁZQUEZ, R., «Toque de silencio...», *op. cit.*, p. 41: «La duplicidad de funciones de los jurídico-militares infringe abiertamente el artículo 117.4 de la Constitución».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LOCOJM) [154]. Es evidente por todo ello que hablar de exclusividad en relación con los integrantes de los tribunales militares no se ajusta para nada a la realidad [155].

La exclusividad jurisdiccional en el sentido del art. 117.3 CE se ha aplicado en el ámbito castrense en el sentido de provocar la exclusión de los Tribunales de Honor, pese a no haber sido suprimidos expresamente por el art. 26 CE, que alude únicamente al ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales. Es evidente que tales órganos contrarían los más elementales principios constitucionales [156] y por ello han sido eliminados de la vigente legislación castrense.

4.3.5. Predeterminación por la ley

El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley [157], recogido en el art. 24.2 CE, y la consiguiente prohibición de los Tribunales de excepción afectan también directamente al ámbito militar, en este sentido el art. 3 LOCOJM establece que «todo órgano judicial militar, en el ámbito de su competencia, será juez ordinario predeterminado por la ley» [158]. En principio puede afirmarse la general aplicación de esta regla en la organización de la llamada «jurisdicción castrense», pues la propia

154. VIVES ANTÓN en su Voto Particular a la STC 113/1995, de 6 de julio, destaca como esta peculiaridad configura a la jurisdicción militar como una «jurisdicción especial», «pues una de las características definitorias de las jurisdicciones especiales consiste, precisamente, en que sus Jueces procedan de un determinado estamento o profesión, dentro del cual se supone cierta homogeneidad de creencias y actitudes, que representa una peculiaridad respecto de las creencias y actitudes del común de los ciudadanos».

155. CANOSA USERA, R., «Configuración constitucional...», *op. cit.*, p. 34, concluye en este sentido que «de nada sirve la exclusividad de los órganos si sus miembros pueden, con un ascenso, ser despojados de su condición de Jueces».

156. Cfr. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., *Tribunales de Honor y la Constitución de 1978*, Salamanca, 1984, p. 106.

157. DE OTTO, I., *Estudios..., op. cit.*, pp. 103-104, entiende que «esta garantía se dirige originariamente contra la facultad del poder ejecutivo de avocar hacia sí el conocimiento de un asunto rompiendo las reglas que rigen su atribución a cualquier Tribunal o Juez».

158. ALMAGRO NOSETE, J., «Artículo 24 ...», *op. cit.*, p. 44, opina que el derecho al juez ordinario no alcanza a la jurisdicción militar, pero sí considera aplicable a ésta última la exigencia de la predeterminación de la ley. Trataremos esta cuestión en el epígrafe siguiente pues el entendimiento de qué es «juez ordinario» en relación con la «jurisdicción militar» consideramos afecta directamente al principio de unidad jurisdiccional.

ley mencionada, como su nombre indica, se dirige a regular la preexistencia de los órganos judiciales militares y sus competencias [159].

Existe no obstante algún problema en casos especiales en los que tal preexistencia legal no se produce. Nos referimos a la posibilidad de creación de órganos instructores en casos de desplazamiento de las Fuerzas españolas fuera de suelo nacional en cumplimiento de una misión que se prevea duradera, conforme el tenor del art. 63.II LOCOJM («A este fin, el Ministro de Defensa, o la Autoridad en quien delegue, interesará de la Sala de Gobierno del Tribunal Central la propuesta del número de Juzgados Togados Militares que deban asistir a las unidades desplazadas, y de los miembros de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos que puedan desempeñar el cargo de Juez Togado Militar. La resolución corresponderá al Ministro de Defensa»), habida cuenta además de que estos órganos no están previstos en la Planta jurisdiccional (Ley 9/1988, de 12 de abril) [160].

4.3.6. Responsabilidad

Los miembros de los órganos judiciales militares por delitos y faltas cometidos en el ejercicio de sus cargos responderán civil y penalmente en los casos y en la forma determinados en las leyes conforme establece el art. 8.3 LOCOJM, y disciplinariamente por las faltas e infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones según los arts. 128 al 148 de la misma Ley. En cuanto a la responsabilidad disciplinaria judicial la L.O. 16/1994, reformadora de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece la regulación vigente, derogando el capítulo II del Título IX de la LOCOJM, pero manteniendo su sujeción al régimen disciplinario militar común. El principal problema está en que los integrantes de los órganos judiciales castrenses no están sólo sometidos a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, con las especialidades establecidas por la mencionada L.O. 16/1994, sino que además para lo que no sea estrictamente el ejercicio de su cargo judicial están sometidos al régimen disci-

159. El TC ha considerado, por otra parte, que «el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resulta vulnerado si se atribuyese un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria». (SSTC 75/1982, de 20 de diciembre; 111/1984, de 28 de noviembre; 66/1986, de 23 de mayo, y 4/1990, de 18 de enero). Vid. STS de 12 de julio de 1995 (Sala V).

160. Cfr. HERNÁNDEZ MUNTIEL, A., «En torno a la nueva...», *op. cit.*, pp. 183-184 y RAMÍREZ SINEIRO, J. M., «Consideraciones...», *op. cit.*, p. 7170. Sobre las singularidades en la intervención española en el Golfo Pérsico vid. ROJAS CARO, J., *Derecho Procesal Penal Militar*, Barcelona, 1991, pp. 135-136.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

plinario de las Fuerzas Armadas, con claras injerencias del Ejecutivo [161]. La cuestión es cómo diferenciar en la práctica el ejercicio de su cargo judicial con lo que no lo sea, con lo cual puede verse limitada su independencia.

5. La «jurisdicción militar» ¿excepción a la unidad jurisdiccional?

El principio de unidad jurisdiccional, como hemos explicado, no se reduce en nuestra opinión a una generalización de las garantías constitucionales en la organización y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales españoles, sino que es necesario que tal organización esté sometida, salvo las excepciones que la propia Constitución contempla, a un mismo régimen jurídico, es decir, que sus integrantes formen parte de un Cuerpo único en el que se aplica un estatuto jurídico único, el contenido en la LOPJ, y a su vez, el gobierno de esta organización judicial, esté atribuido a un órgano de autogobierno, encargado de defender la independencia de los Jueces y Magistrados.

Es evidente, tras lo analizado en el epígrafe anterior, que los Juzgados y Tribunales militares no están sometidos al mencionado régimen: hemos visto que los integrantes de los órganos judiciales militares forman parte del Cuerpo Jurídico Militar dependiente del Ministerio de Defensa, en el que se reúnen quienes realizan funciones jurídicas en relación con la justicia militar, no sólo los juzgadores, sino también los fiscales, los secretarios relatores, e incluso los asesores ministeriales, con una gran movilidad entre estos distintos puestos

161. El art. 32 de la LO 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece que «La potestad disciplinaria sobre los miembros de los Cuerpos Jurídicos y de Intervención Militares, que ejerzan funciones judiciales o interventoras, sólo podrá ser ejercida por el Ministro de Defensa o por los Jefes de sus propios Cuerpos de los que dependan orgánicamente, sin perjuicio de lo que dispongan a estos efectos las leyes sobre organización de Tribunales Militares». Conforme a los arts. 122 y 123 LOCOJM, las faltas comprendidas en la LO 12/1985, que, como militares y cuando no actúen en el ejercicio de sus cargos, cometan los componentes de Tribunales Militares, Jueces Togados Militares, Fiscales y Secretarios Relatores, serán sancionadas con arreglo a la citada Ley. Si se trata de sancionar a miembros de Tribunales Militares o Jueces Togados Militares con pérdida de destino, se precisará, además, para su imposición informe favorable de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central. Por otra parte, cuando se trate de la imposición de sanciones disciplinarias extraordinarias (art. 61 LO 12/1985), cuando se encuentren expedientados militares que ejercen cargo judicial o fiscal, deberá oírse en el expediente a la Sala de Gobierno del Tribunal Central o al Fiscal Togado respectivamente.

que imposibilita toda alusión real a la exclusividad en la actuación de los tribunales militares [162].

Por supuesto, el estatuto jurídico de este Cuerpo no está regulado en la LOPJ y no se identifica con el aplicable a los Jueces y Magistrados de la llamada «jurisdicción ordinaria», por el contrario, a la vez que jueces, o fiscales, o secretarios, o asesores de un órgano político-administrativo, son militares, funcionarios dependientes del Ministerio de Defensa e incluidos en el organigrama de la Administración Militar. Finalmente, pese a algunos avances en este sentido, el Consejo General del Poder Judicial, tiene sólo unas funciones o demasiado genéricas (art. 9 LOCOJM), o compartidas con órganos no plenamente independientes (Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central) o directamente con el Ejecutivo (Ministerio de Defensa) —así ocurre con la inspección de los tribunales y con la exigencia de responsabilidad disciplinaria, no sólo judicial, recuérdese, sino también militar—.

Por tanto, es claro que la organización de los tribunales militares no se adecuan a las exigencias del primer inciso del art. 117.5 CE tal y como lo hemos entendido: la organización y el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales militares no están basados en el principio de unidad jurisdiccional, con lo cual la llamada «jurisdicción militar» constituye simplemente una excepción a este principio [163]. Se trataría de uno más de los órganos jurisdiccionales que la Constitución reconoce, pero no integrados en lo que Montero denomina Poder judicial organización [164], es decir, tribunales especiales constitucionales como puedan ser el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Cuentas.

Si estamos de acuerdo en que la «jurisdicción militar» según la regulación vigente es una verdadera excepción a la unidad jurisdiccio-

162. Así, podría afirmarse que la llamada «jurisdicción militar» se mantiene todavía como la última «pseudojurisdicción». Cfr. De Miguel, C., «La unidad de jurisdicciones...», *op. cit.*, p. 54.

163. Almagro Nosete, J., «Artículo 24...», *op. cit.*, p. 50, apuntaba que el derecho a juez ordinario no alcanza a la jurisdicción militar dentro de los límites estrictos a que se refiere la propia Constitución y, como norma constitucional limitativa de derechos, el art. 117.5 debe interpretarse restrictivamente y, por tanto, de la manera que mejor favorezca la expansión y desarrollo de aquellos derechos. Por su parte, Parada Vázquez, R., «Toque de silencio...», *op. cit.*, p. 34, entiende que «se puede sostener con bastante fundamento la tesis de que la Constitución salvó, al mencionarla como una excepción implícita al principio de unidad judicial (art. 117.5), la esencia orgánica de la Justicia militar, que descansa en el principio de que quien manda debe juzgar».

164. Vid., Montero Aroca, J., *Derecho Jurisdiccional*, (con Ortells Ramos, M., y Gómez Colomer, J. L.), t. I, Parte General, Barcelona, 1993, pp. 54-55.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nal [165], otra cosa bien distinta es que los tribunales militares puedan ser considerados como tribunales especiales constitucionales. Es más, si el «ser» de esta «jurisdicción» la sitúa como excepción a la unidad, en nuestra opinión su «deber ser» desde las propias exigencias constitucionales debiera liberarla de su carácter de tribunales especiales, aún mencionados en la propia Constitución y por consiguiente, aún tribunales especiales constitucionales [166].

Hemos expuesto ya suficientes argumentos para que pueda más que dudarse de la propia jurisdiccionalidad de tales órganos [167], dada la deficiencia en la actuación concreta de las distintas garantías orgánicas de la jurisdicción, conforme se deduce de la propia regulación de la LOCOJM, y en especial por la ausencia de garantías objetivas respecto a la independencia, pese a las aludidas sentencias del Tribunal Constitucional y del Supremo que no descienden de las proclamaciones genéricas a la regulación concreta que hemos analizado [168].

165. En este sentido, CANOSA USERA, R., «A propósito de la independencia del juez militar (Comentario a la STC 204/1994, de 11 de julio)», *Poder Judicial*, núm. 37, p. 351: «la jurisdicción es, a la vista de la legislación vigente, una jurisdicción especial, cuya plena integración en el Poder Judicial, a pesar de las muy enfáticas proclamaciones legales, no se ha producido». Vid. VIVES ANTÓN en su Voto Particular a la STC 113/1995, de 6 de julio.

166. GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ F., M., «La extensión de la Jurisdicción Militar...», *op. cit.*, p. 391, entre la variedad de soluciones adoptadas por el Derecho Comparado observa una serie de principios comunes entre los que se encuentra la persecución de la integración de la jurisdicción castrense en los esquemas jurisdiccionales comunes u ordinarios. En sentido similar, FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La justicia militar en el Derecho...», *op. cit.*, p. 50.

167. La STC 204/1994, de 11 de julio, establece que «la jurisdicción militar, pues, más allá de todas sus peculiaridades reiteradamente reconocidas por este Tribunal (STC 97/1985, fundamento jurídico 4.º; 180/1985, fundamento jurídico 2.º; 60/1991, fundamento jurídico 4.º) ha de ser «jurisdicción», es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva».

168. La STC 204/1994, de 11 de julio, se limita así a declarar que «es claro que el mandato contenido en el artículo 122.1 CE no se proyecta necesariamente sobre la jurisdicción militar prevista en el artículo 117.5 CE». Pese a lo cual, el TC a efectos de evitar la declaración de inconstitucionalidad de ciertos artículos de la Ley Procesal Militar relativos al conocimiento del llamado recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario contra los actos de la Administración sancionadora que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales, y para declarar su compatibilidad con el art. 53.2 CE, llega a afirmar que en el ámbito estrictamente castrense los tribunales militares son ordinarios (STC 113/1995, de 6 de julio), de este modo se subvierte el concepto de tribunales especiales, pues todo tribunal especial en su ámbito se convierte en ordinario. Vid. los interesantes votos particulares de GIMENO SENDRA («personalmente mantengo serias dudas de que ostenten el grado de independencia judicial requerido por nuestra

Si estas garantías no se cumplen, tampoco se sigue la exigencia del art. 117.5 CE de que el ejercicio de la «jurisdicción militar» en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio se adecue a *los principios de la Constitución*. Por consiguiente, no creemos exagerado afirmar la inconstitucionalidad de la LO 4/1987, de competencia y organización de la «jurisdicción militar» [169].

Pudiera proponerse una reforma radical del Derecho militar por la cual se favoreciera el cumplimiento para los órganos judiciales militares no sólo de las garantías materiales y las procesales, sino también de las orgánicas que hemos examinado, pero haciendo salvedad del principio de unidad. La justicia militar cumpliría pues con las notas características de la jurisdicción, integrada por órganos formados por jueces sin tacha alguna de dependencia respecto al Ejecutivo, de movibilidad, de parcialidad, que ejercieran sus funciones con exclusividad, con predeterminación por la ley y plenamente responsables de sus actos [170], y, aún es más, podría constituirse un órgano de autogobierno de los jueces militares paralelo al Consejo General del Poder Judicial, pero plenamente separado del

Ley fundamental para tutelar el libre ejercicio de los derechos fundamentales») y VIVES ANTÓN («el conocimiento del recurso de amparo aludido excede el ámbito estrictametne catrense al que el artículo 117.5 confina a dicha jurisdicción especial»).

169. Por el contrario, GIMENO SENDRA, V., *Introducción..., op. cit.*, p. 66, tras advertir que la regulación actual de la «jurisdicción militar» la coloca a medio camino entre lo que es una jurisdicción especial y lo que debe ser, con toda plenitud, un tribunal ordinario, perteneciente, formal y materialmente, al Poder Judicial, constatando las limitaciones de la independencia judicial de los tribunales militares frente al Poder Ejecutivo, concluye que tal configuración no conculca la Constitución, ya que «la jurisdicción militar constituye la única jurisdicción especial que se legitima por mandato expreso del art. 117.5». En su Voto Particular a la mencionada STC 113/1995, afirma que «la nota distintiva de una jurisdicción especial, frente a la ordinaria o Poder Judicial, es la ausencia total o parcial de independencia judicial» y que los jueces militares «no poseen el mismo grado de independencia que sus colegas del Poder Judicial», aún así la «independencia relativa a la jurisdicción militar, naturalmente la legitima para el conocimiento de los asuntos que le son propios».

170. MILLÁN GARRIDO, A., «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, p. 118, estima conveniente la escisión del Cuerpo Jurídico Militar en «tres Cuerpos Judiciales, dependientes orgánicamente del Ministerio de Defensa: el primero integrado por Jueces y Magistrados militares, el segundo por Fiscales militares y el tercero por Secretarios Relatores». Por su parte, RAMÍREZ SINEIRO, J. M., «Consideraciones...», *op. cit.*, p. 7182, propone la partición de escalas, respectivamente relativas a la titularidad de la función jurisdiccional de fiscalía y de asesoría jurídica, de los miembros del actualmente denominado Cuerpo Jurídico Militar. CANOSA USERA, R., «Configuración...», *op. cit.*, p. 37, tras proponer la integración de veras de la justicia militar en el Poder Judicial, aún con ciertas especialidades ineludibles, por si tal integración se retrasa, como medida inmediata considera necesario el desdoblamiento del Cuerpo Jurídico Militar en dos ramas: una dedicada a tareas de asesoramiento y otra encargada, exclusivamente, de juzgar.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mismo, como en Italia. Tendríamos en ese caso la regulación de unos verdaderos tribunales especiales, tal vez admitidos en la Constitución [171]. Incluso, para algunos autores, el hecho de tener garantizada objetivamente la independencia, les llevaría a afirmar su adecuación con el principio de unidad jurisdiccional [172].

Pero empezábamos este epígrafe conclusivo aludiendo al *plus* que el constituyente atribuye a tal principio, con lo cual pese al cumplimiento de las exigencias que acabamos de enumerar, independencia incluida, todavía sería necesaria la adecuación de los tribunales militares a este otro principio constitucional orgánico que es la unidad [173]. La Constitución exige, a nuestro entender, que los tribunales militares estén integrados por verdaderos jueces, cuyo régimen se ajuste plenamente a lo exigido en la LOPJ para el resto de personal jurisdiscente, formando parte de un Cuerpo único y bajo el gobierno del Consejo General del Poder Judicial [174].

171. Sin embargo, como explicaba DEÁN GUELBENZU, M., «Sobre el problema de la unidad...», *op. cit.*, p. 144, «si la llamada 'jurisdicción militar' tuviera como fundamental razón de ser y como esencial finalidad la realización de esa Justicia, evidentemente carecería de toda justificación y plantearía el siguiente dilema: o supondría una inútil y extraña redundancia del propio y único Poder Jurisdiccional del Estado, o quedaría automáticamente desvirtuada y mixtificada, al no reunir ninguno de los citados requisitos, cuya total concurrencia se hace inexcusable para aquella realización». También, MENÉNDEZ PIDAL, F., «La justicia...», *op. cit.*, p. 347, recurriendo al argumento de «los principios más elementales de economía».

172. Así, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional..., op. cit.*, p. 188. También PASTOR LÓPEZ, M., «El principio de unidad jurisdiccional y el Poder Judicial de las Comunidades Europeas», *El Poder Judicial*, vol. II, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 2251. En este sentido la STC 60/1991, de 14 de marzo, afirma que el art. 117.5 «impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance —de la jurisdicción militar—, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, y además reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción militar, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente, en las dictatoriales».

173. FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El marco constitucional...», *op. cit.*, p. 24, afirma en este sentido que «la clave del principio de unidad se residencia en el hecho de que la garantía de independencia de los jueces sólo se consigue con la existencia de «una organización judicial ordinaria»».

174. En este sentido, GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., «La regulación de las jurisdicciones castrenses en la Ley Orgánica del Poder Judicial», comunicación a la VIII Reunión Anual de Profesores de Derecho Procesal, *RevDProcIb*, 1972, p. 35, propugnaba que «una ley de organización del Poder Judicial no debe omitir ningún aspecto de las manifestaciones del ejercicio de la jurisdicción». Por su parte, GORDILLO GARCÍA, M., «Concepto del Poder Judicial (Notas características)», en *El Poder Judicial*, vol. II, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 1540-1544, partiendo de que los tribunales militares se integran en el Poder Judicial del Estado, critica que en ninguno de los apartados del art. 122 de la Constitución se tenga en cuenta para nada a los órganos judiciales castrenses, ni se contiene en ellos ninguna referencia a la participación de quienes ejercen profesionalmente la función jurisdiccional en ese ámbito en la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial: «constituye, sin duda, una omisión que debiera subsanarse».

Con ello quiere decirse, naturalmente, que los órganos judiciales militares no debieran constituir *ex Constitutione* ninguna excepción a la unidad jurisdiccional, sino estar plenamente integrados en la llamada «jurisdicción ordinaria» [175], formando tal vez un orden jurisdiccional más, como ocurre con el administrativo o el laboral [176], si se estimara suficientemente justificado a partir de las consideraciones acerca de la importancia y especificidad del Derecho militar en el cual es básico el tratamiento de la disciplina y la eficacia de los Ejércitos como ya hemos visto [177].

Así la referencia del segundo inciso del art. 117.5 CE debiera entenderse como una mera referencia competencial («La ley regulará el *ejercicio...*») [178], referida únicamente a la atribución a estos órganos judiciales de la materia estrictamente castrense, con posibilidad de ampliación en estado de sitio o, por supuesto, de guerra, y no como una garantía institucional de la Constitución que exigiera el mantenimiento de la «jurisdicción militar» tal y como tradicionalmente se ha caracterizado [179].

175. En la Edad Media no existían órganos jurisdiccionales militares *stricto sensu*, sino que los propios jueces ordinarios aplicaban en su caso las normas castrenses. Vid. al respecto GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., «La evolución histórica...», p. 10, y la doctrina por él citada.

176. LATOUR BROTONS, J., «Unidad...», *op. cit.*, pp. 122-123, viene a concluir que la verdadera cuestión y centro cardinal del problema se centra, única y exclusivamente, en un simple problema de especialización del órgano jurisdiccional, que no justificaría en ningún modo, la creación de tantas otras jurisdicciones como Ordenamientos jurídicos hubieran de aplicarse.

177. Cfr. MENÉNDEZ PIDAL, F., «La justicia...», *op. cit.*, pp. 335-336. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar», *REDEM*, núm. 53, enero-junio, 1989, t. I, pp. 12-13, señala que el Derecho Penal Militar, como Derecho Penal especial, necesita tanto de una verdadera especialización en el plano del dominio científico como de una cierta sensibilidad para la singularidad de la realidad castrense. Vid. asimismo CALDERÓN SUSÍN, E., «En torno a los límites constitucionales...», *op. cit.*, p. 83. Téngase en cuenta, como afirma GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1964, p. 263, que el Derecho referente a la guerra u organización militar, surge como consecuencia de la formación de los ejércitos permanentes y de la necesidad de mantener la disciplina.

178. Cfr. REQUEJO PAGES, J. L., *Jurisdicción e Independencia..., op. cit.*, p. 157.

179. PARADA VÁZQUEZ, R., «Toque de silencio...», *op. cit.*, p. 34: «La Constitución creó una verdadera reserva o garantía institucional de la Justicia militar, que otros han predicado de las Fuerzas Armadas». En cambio, FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El marco

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Frente al argumento de que la Constitución se refiere claramente a «jurisdicción militar» en el art. 117.5, lo cual debiera entenderse necesariamente como una constitucionalización de los tribunales militares como tribunales especiales, podría oponerse que el propio texto constitucional menciona la «jurisdicción contencioso-administrativa» en el art. 153 y ello no ha impedido mantenerla como lo que debe ser un orden jurisdiccional más respetuoso con el principio de unidad jurisdiccional.

Pero incluso, en caso de no estimarse justificada materialmente la especialidad jurisdiccional militar, podría no suponer contradicción alguna con el art. 117.5 CE la atribución de sus competencias a los órganos del órden jurisdiccional penal y del administrativo, y la consiguiente supresión de los tribunales militares en tiempo de paz [180], entendiendo la referencia constitucional sólo en el sentido de un máximo interpretativo relativo a la competencia para el caso de que el legislador estimara conveniente la regulación de un orden jurisdiccional militar [181].

El tenor del artículo que comentamos sin embargo, con el uso del futuro imperfecto («regulará») nos parece indicar que el constituyente ya ha procedido a la aludida valoración acerca de la necesidad de que exis-

constitucional...», *op. cit.*, destaca que «no nos hallamos ante una institución que pueda considerarse componente esencial del orden jurídico-político establecido por la Constitución, cuya preservación se juzgue indispensable para asegurar los principios constitucionales», pero sí entiende que «su existencia constituye una singularidad jurisdiccional de relevancia constitucional». Vid. un interesante esquema del debate al respecto en CANOSA USERA, R., «Configuración...», *op. cit.*, p. 21.

180. La supresión de la jurisdicción penal castrense en tiempo de paz tuvo lugar desde hace tiempo en Alemania, teniendo como causa última las obligaciones impuestas por las naciones vencedoras en las dos Guerras Mundiales, permanece sin embargo una jurisdicción castrense disciplinaria. Vid. GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ-F., «La extensión...», *op. cit.*, pp. 377-380. Más recientemente, en Francia, se ha procedido también a su supresión en tiempo de paz en el territorio de la República por Ley 82-621, de 21 de junio de 1982. Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La justicia militar en el Derecho...,», *op. cit.*, pp. 70-71. Otros países, europeos y no europeos, que se ajustan a este modelo son Austria, Suecia, Noruega, Mauritania, Dinamarca. Cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Estudio de Derecho comparado sobre la organización de la Jurisdicción Militar en diversos países», *REDEM*, núm. 53, enero-junio, 1989, t. I, pp. 70-71. En España, ya en 1931, MENÉNDEZ PIDAL, F., «La justicia...», *op. cit.*, p. 349, propuso la supresión de los tribunales militares y la atribución de su competencia a las Audiencias Provinciales asistidas de un Jurado militar o marítimo.

181. GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ-F., M., «La extensión de la Jurisdicción Militar...», *op. cit.*, p. 363, se opone a la tesis abolicionista por adoptar ésta una postura radical, «desconociendo que existen determinados delitos y determinadas situaciones que precisan una atención especial, si bien no es aconsejable que la citada atención desemboque en concreciones jurisdiccionales desmesuradas y ajenas, totalmente, a la línea jurisdiccional común u ordinaria».

ta una especialidad jurisdiccional militar, un orden jurisdiccional nuevo al que la LO 4/1987 ha empezado a crear por la cúspide (Sala V del Tribunal Supremo) [182], sin lograr sacar todas las consecuencias y deteniéndose todavía en el campo de la inconstitucionalidad [183].

182. El antecedente directo e inmediato de esta solución legislativa de la LO 4/1987, es la reforma italiana de 1981. La doctrina italiana ha considerado al respecto que con ello se logra ante la Corte de Casación la unidad de la jurisdicción. Vid. VENDITTI, R., «Novedades...», *op. cit.*, p. 3999 y VEUTRO, V., «La independencia...», *op. cit.*, p. 11. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., *Potestad disciplinaria...*, *op. cit.*, p. 65: «Lo que ocurre con la Sala Quinta del Tribunal Supremo es que en ella, donde la jurisdicción militar alcanza su vértice, pierde la misma su naturaleza de jurisdicción especial y se transmuta en «orden jurisdiccional» que se adiciona a los cuatro clásicos». En sentido similar, ROJAS CARO, J., *Derecho Procesal Penal Militar, op. cit.*, pp. 110-111. Consideramos en cualquier caso, con CANOSA USERA, R., «Configuración...», *op. cit.*, p. 27, que el principio de unidad «no se respeta cabalmente por mucho que se interprete la creación de la Sala quinta como la prueba de tal integración». En cualquier caso, según la STS de 24 de junio de 1991 (Sala V): «Podríamos decir de ella hoy que no es sino una jurisdicción especializada de la que, cometida en última instancia a una Sala del Tribunal Supremo, no puede predicarse que rompa la unidad jurisdiccional proclamada por la Constitución» y el ATS de 7 de octubre de 1991 (Sala V), llega a la conclusión de que «la administración de justicia militar se ha constituido, por así decirlo, en el plano orgánico, en dos niveles diferentes: 1.º) El primero, en el que entre esta Sala Quinta, cúspide y vértice de la administración de esta justicia especial o especializada y donde se verifica la «unidad jurisdiccional» y que significa el establecimiento de un nuevo «orden jurisdiccional» análogo a lo demás, civil, penal, contencioso-adminsitrativo y social de este Tribunal; y 2.º) El de los demás órganos de la administración de justicia militar, que forman lo que propiamente se puede denominar la «jurisdicción militar»». Vid. la STS de 29 de octubre de 1992 (Sala V), también con especiales referencias a las relaciones entre la «jurisdicción militar» y el Consejo General del Poder Judicial.

183. En este sentido también PARADA VÁZQUEZ, R., «Toque de silencio...», *op. cit.*, pp. 14 y 38, aunque desde la opinión de que la Constitución admite también el mantenimiento de la jurisdicción militar en su forma arquetípica tradicional: «Aquello o esto; pero en ningún caso esa tercera solución que configura una «Administración de Justicia militar» dependiente del Ministerio de Defensa». Vid. CANOSA USERA, R., «Configuración...», *op. cit.*, p. 15, en sentido muy similar.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

PERSPECTIVAS DEL ABOGADO ESPAÑOL EN LA NUEVA EUROPA COMUNITARIA

MAR JIMENO BULNES
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Burgos

SUMARIO:

I. Introducción. — II. El ejercicio de la abogacía como libre prestación de servicios: 1. Exención de requisitos de carácter subjetivo: nacionalidad y residencia; 2. Exención de un requisito de carácter objetivo: la habilitación; 3. Condiciones; en especial, la «concertación»; 4. Aproximación de criterios entre libre prestación de servicios y derecho de establecimiento. — III. La abogacía dentro del derecho de establecimiento: 1. Contenido del derecho de establecimiento en el sector de la abogacía. Problemática inicial; 2. Condiciones; en particular el requisito de la colegiación; 3. La supresión del previo reconocimiento del título profesional como exigencia necesaria para el derecho de establecimiento. — IV. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy día, sin duda, se presenta un nuevo panorama en un importante sector de la práctica forense diaria como es la abogacía. En efecto, está en marcha la previsible implantación del nuevo Estatuto General de la Abogacía española[1], el cual se ocupa ya de una realidad hoy inminente

1. Todavía en fase de discusión dentro del Consejo General de la Abogacía, sin

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

y a la que dedicamos este estudio; esto es, el libre ejercicio de la profesión por parte del abogado español en el espacio geográfico de la Europa comunitaria y viceversa, el futuro «establecimiento» en nuestro país de los profesionales europeos en las mismas condiciones que los nacionales[2]. Ello supone así la libre circulación de los abogados comunitarios en todos y cada uno de los Estados miembros.

El tema es así de increíble actualidad, como lo prueba la numerosa bibliografía que puede encontrarse a este respecto, también entre la literatura española[3]. No en vano, la «liberalización» de la abogacía ha tenido lugar de una forma mucho más lenta y tardía que en otros sectores, como consecuencia de las peculiaridades que reúnen las profesiones jurídicas, con frecuencia carentes de homogeneidad en los diferentes Estados miembros; ello es, sin duda, resultado de la existencia de distintos ordenamientos jurídicos nacionales, de raíces incluso diversas[4]. De este modo las dificultades se presentan, no sólo en el ejercicio de la profesión en el ámbito comunitario sino también en la convalidación de los estudios jurídicos.

En concreto, la libre circulación de abogados, dentro del contexto

olvidar las indiscutibles aportaciones del Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea (CCBE).

2. Posibilidades ambas reconocidas ya en el futuro Estatuto General de la Abogacía, concretamente en el art. 18.1, precepto que refiere como «todo abogado incorporado a cualquier Colegio de Abogados de España podrá prestar sus servicios profesionales libremente en España, en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea... con arreglo a la normativa vigente al respecto. Los abogados de otros países miembros de la Unión Europea podrán hacerlo en España conforme a la normativa vigente al efecto». Pero además, ya con anterioridad el art. 13.1 c) dispone la exigencia como requisito para llevar a cabo la incorporación a un Colegio de Abogados español la posesión del título de Doctor o Licenciado en Derecho «o los títulos extranjeros que, conforme a las normas vigentes, sean homologados a aquéllos».

3. Entre muchos, GARCÍA VELASCO, I., *La libertad de ejercicio de la profesión de la abogacía en la Comunidad económica europea*, Universidad Sta. Catalina, El Burgo de Osma, 1990; MARTÍN BERNAL, J. M., *Abogados y jueces ante la Comunidad Europea*, Madrid, 1990; URÍA MERUENDANO, R., «Régimen general de las profesiones jurídicas», *Libre circulación de profesionales liberales en la CEE*, Valladolid, 1991, pp. 105 y ss; ... Más reciente y de particular interés resulta el trabajo de PARRA GARCÍA, J. L., «Aspectos procesales de la libertad de ejercicio de la profesión de abogacía en el Derecho comunitario europeo», Cuadernos europeos de Deusto, 1996, n.º 14, pp. 73 y ss.

Entre la literatura extranjera, por todos, LAGUETTE, S. P., *L'avocat dans les neuf états de la Communauté européenne*, Versailles, 1978; ya con posterioridad, STUICK, J. y GEENS, K., «La libre circulation des avocats dans l'Europe du Marché unique», Revue du Marché unique européen, 1993, n.º 1, pp. 71 y ss.

4. Así lo pone de relieve, por ejemplo, URÍA MERUENDANO, R., «Régimen general de las profesiones jurídicas», op. cit., esp. p. 106.

jurídico del Derecho Comunitario, viene encuadrada a su vez en la libre circulación de personas bajo la denominación de «profesiones liberales»[5] o el de «actividades no asalariadas»[6], a diferencia de las «actividades asalariadas» contempladas como «libre circulación de trabajadores»[7]. Sin embargo, tal libre circulación de personas para el caso de dichas actividades no asalariadas y/o profesiones liberales se traduce en dos posibilidades distintas reguladas también de forma independiente en los Tratados comunitarios; en suma, la «libre prestación de servicios» y el «derecho de establecimiento».

No sólo la previsión legal de ambas libertades —así, la libre prestación de servicios aparece contemplada en el artículo 59 mientras que el derecho de establecimiento se anticipa en el artículo 52, ambos del Tratado de Roma— sino también su significado y contenido es diferente, por cuanto el derecho de establecimiento supone un mayor grado de «liberalización» que la libre prestación de servicios; de ahí la necesaria referencia a ambas de forma separada como inmediatamente nos ocuparemos. Pero en ambos casos tiene lugar la vigencia de un principio fundamental cual es la igualdad de tratamiento para todos los ciudadanos/abogados comunitarios en cualesquiera Estados miembros y de ahí la necesaria adecuación de las legislaciones nacionales a la normativa comunitaria.

Pretendemos abarcar el análisis de estas cuestiones desde la doble perspectiva comunitaria y nacional, por lo que nos referiremos paralelamente, tanto a la legislación procedente de Bruselas como a la estatal resultante de aplicar la normativa comunitaria. Respecto al examen de la primera, nos será de gran utilidad el acceso a las fuentes jurisprudenciales procedentes de sendos Tribunales de Justicia[8], dada la

5. Por ejemplo, art. 60.2.d del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE), si bien el mismo no contiene definición alguna de lo que haya de entenderse por «profesión liberal»; podría considerarse que ello implica la vigencia de características propias, en suma y entre otras, la independencia en el ejercicio de la actividad y la responsabilidad. Así, en particular, GARCÍA VELASCO, I., *La libertad de ejercicio de la profesión de la abogacía en la Comunidad económica europea*, op. cit., esp. pp. 9 y ss; en la misma línea, MARTÍN BERNAL, J. M., *Abogados y jueces ante la Comunidad Europea*, op. cit., esp. pp. 20 y ss.

6. Término que reproduce el art. 52.2 TCE en referencia al derecho de establecimiento.

7. Arts. 48 y ss. TCE.

8. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal de Primera Instancia, siendo quizás mayor la aportación del primero debido a la posterior incorporación del segundo a partir de la Decisión del Consejo de 24 de junio de 1988 (DOCE de 15 de julio de 1988, serie L, n.º 185); pero, además, en virtud de la distribución competen-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

escasez y tardía promulgación de textos legislativos. Además, la frontera entre ambas posibilidades no resulta siempre nítida y de ahí las dificultades que se presentan con frecuencia a la hora de distinguir una actividad jurídica en el seno de la abogacía como «libre prestación de servicios» o, por el contrario, como «derecho de establecimiento»; ello en suma dependerá en gran parte de la opinión dictada desde Luxemburgo.

II. El ejercicio de la abogacía como libre prestación de servicios

No es fácil proceder a una delimitación clara entre aquella actividad profesional que, en términos generales, cae bajo el concepto de «libre prestación de servicios» y aquella otra que puede entenderse ya constitutiva del «derecho de establecimiento»; por ello, la libre circulación de abogados como singular actividad a desplegar en el territorio comunitario tampoco constituye una excepción. Como anticipábamos, sólo la precisión de la normativa aplicable elaborada casuísticamente por el Tribunal de Justicia puede llevarnos a perfilar un concepto más o menos homogéneo del contenido de ambas libertades[9] y ahora del ejercicio de la abogacía como libre prestación de servicios.

En concreto, la regulación del ejercicio de la abogacía como libre prestación de servicios se realiza, como ha sido dicho, en los arts. 59 y ss TCE, siendo el segundo de ellos el único que realiza una mínima referencia al contenido de esta actividad. En efecto, el artículo 60, además de enumerar a las profesiones liberales —y, por tanto, a la abogacía— dentro de dichos servicios, refiere cómo «el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo tal prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales». Es, precisamente, este ejercicio *temporal*[10] —con todo lo que ello implica— el que impone la diferencia entre tal actividad desplegada con carácter «ocasional» y el establecimiento de un abogado nacional en un Estado miembro con carácter permanente.

Por su parte y en relación con el gremio de la abogacía, existe una regulación sectorial en sede comunitaria a partir de la Directiva del Consejo 77/249/CEE, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados[11], tras el intento fallido de la Propuesta de Directiva presentada a la Comisión el 17 de abril de 1969[12]. En ella se permite a los abogados comunitarios la realización de «actividades relativas a la representación y a la defensa de clientes ante los tribunales o ante las autoridades públicas» en el Estado de acogida en las mismas condiciones que los nacionales. De este modo, el profesional que realice la asistencia letrada y representación técnica[13] habrá de reunir ciertas condiciones que le proporcionarán también otros beneficios que inmediatamente exponemos.

Dicha directiva fue desarrollada en los diversos Estados miembros y, entre ellos, en el nuestro bajo el Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, a su vez modificado por el Real Decreto 1062/1988[14], de 16 de

cial normativamente reglada se reserva al conocimiento del TJCE los asuntos de mayor relevancia jurídica, en suma las cuestiones prejudiciales del art. 177 TCE según mandato del art. 168 A TCE. Dicho mecanismo opera así como cauce interpretativo de las normas comunitarias, por tanto, también de aquellas relativas a la libre prestación de servicios y derecho de establecimiento en el sector que nos ocupa.

9. Tampoco ha de desdeñarse la contribución bibliográfica, entre muchos, Abellán Honrubia, V., «El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios de la CEE», *Estudios de Derecho Comunitario europeo*, Madrid, 1989, pp. 327 y ss, y, más singularmente, Durán López, F., *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, Madrid, 1986, esp. pp. 59 y ss.

10. Carácter temporal que, según expone el Tribunal de Justicia, «debe determinarse no sólo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad» (S. Gebhard de 30 de noviembre de 1995, FJ 27). A esta jurisprudencia haremos referencia en el aptdo. II.4 de nuestro estudio).

11. Journel officiel des Communautés européennes —en adelante JOCE— de 26 de marzo de 1977, serie L, n.º 78, pp. 17 y ss (traducción al español en la Edición Especial 06, vol. I, pp. 224 y ss); es la única disposición al respecto, con más suerte que para el caso del derecho de establecimiento todavía en fase de preparación legislativa. La misma ha sido objeto de abundantes comentarios; por todos, De Brauw, P. J. W., «La libéralisation de la profession d'avocat en Europe après la directive emise par le Conseil des Ministres des Communautés européennes du 22 mars 1977», Cahiers de Droit Européen, 1977, n.º 1, pp. 38 y ss.

12. JOCE de 20 de junio de 1969, serie c, n.º 78, pp. 1 y ss.

13. En los países en los que como el nuestro ambas funciones se encuentren encomendadas a profesionales distintos (abogados y procuradores además de los graduados sociales) habremos de entender aplicable en todos los casos la misma normativa comunitaria. Son ya las disposiciones promulgadas en cada Estado miembro las que realizan las oportunas distinciones.

14. Repertorio Aranzadi, 1986, n.º 991 y 1988, n.º 1917, respectivamente. Véanse al respecto los comentarios de Corriente Córdoba, J. A., «La Comunidad Europea y el ejercicio de la abogacía (en torno al Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo)», Noticias CEE 1987, n.º 28, pp. 23 y ss; De Dios Marcer, J. M., «Libre prestación de servicios de abogados en España. Comentario al Real Decreto 1062/1988 de 16 de septiembre», Noticias CEE, 1989, n.º 54, pp. 89 y ss; Rodrigo Fernández, J. I., «Algunos comentarios en torno a la prestación ocasional de servicios

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

septiembre con motivo del «acatamiento de la jurisprudencia sentada por el TJCE en la sentencia de 25 de febrero de 1988», tal y como se pone de relieve en el Preámbulo de este último. Así, el primero de ellos indica en su articulado que la prestación de servicios del abogado —que habrá de efectuar haciendo uso del título profesional del Estado miembro de procedencia [15]— comprende «la consulta, el asesoramiento jurídico y la actuación en juicio» [16], por tanto, no sólo todas las actuaciones realizadas durante la tramitación procesal en sí, sino también aquellas anteriores así como las derivadas del resultado de la sentencia (ejecución); la única exclusión se realiza para aquellos «cometidos que entrañen el ejercicio de una función pública o que sean incompatibles con el carácter ocasional de sus servicios» [17].

Por su parte, el Real Decreto 1062/1988, entre otras modificaciones, procede precisamente a derogar el anterior artículo 9.2, precepto que había causado abundante polémica al determinar un número fijo de cinco intervenciones por parte del abogado comunitario en los Tribunales colegiados (o diez si se trata de órganos jurisdiccionales unipersonales) del Estado de acogida para fijar el límite entre la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento [18]. Por ello, la diferencia entre ambas actividades y, en suma, el concepto del ejercicio de la abogacía como libre prestación de servicios ha de elaborarse desde otra perspectiva; en concreto desde las aludidas condiciones y beneficios contenidos en la normativa comunitaria y estatal citada.

profesionales por abogados pertenecientes a países miembros de la CEE», Noticias CEE, 1986, n.º 15, pp. 147 y ss; etc.

15. Vid. art. 3 Directiva 77/249/CEE, de 22 de marzo. Tanto el art. 1.2 de la citada directiva como el 2 RD 607/1986, de 21 de marzo, incorporan la denominación que recibe el título profesional de abogado en los idiomas correspondientes a todos los Estados miembros.

16. Art. 3.1 RD 607/1986. Véase al respecto, PARRA GARCÍA, J. L., «Aspectos procesales de la libertad de ejercicio de la profesión de abogacía en el Derecho comunitario europeo», op. cit., esp. 91, quien, a título de ejemplo, señala como actuaciones anteriores al juicio en sí los actos de conciliación, embargos preventivos o aseguramiento de bienes litigiosos; entre aquellas realizadas durante el juicio, todas las relacionadas con la fase de alegaciones y prueba, además de la asistencia a detenidos e imputados; y entre las postjudiciales en fase de ejecución, las relativas a los actos de apremio.

17. Art. 3.2 RD 607/1986. A ello en cambio no alude la directiva respectiva, por cuanto el tratamiento desde el Derecho Comunitario se realiza para el derecho de establecimiento, concretamente en el art. 55 TCE, de ahí que estudiemos entonces este problema (*vid. infra* aptdo. III.1 de nuestro trabajo).

18. Como ha sido afirmado por el Tribunal de Justicia, la libre prestación de servicios no depende sólo de la «temporalidad» de su prestación sino también —recordamos— de la «frecuencia, periodicidad o continuidad» de la actividad a realizar.

1. *Exención de requisitos de carácter subjetivo: nacionalidad y residencia*

Si la libre prestación de servicios supone, en nuestro caso, el ejercicio temporal de la abogacía en las mismas condiciones que los profesionales nacionales, habrá de entenderse suprimido el requisito de la nacionalidad, en nuestro país aún exigible a la luz del todavía vigente Estatuto General de la Abogacía, concretamente en su art. 15.1. Claro está, dicha mención es ya corregida en el futuro Estatuto, por cuanto su artículo 13.1.a) prevé, en igualdad de condiciones, la posibilidad de reunir la «nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea» para el ejercicio de la profesión en el Estado español. No en vano ello es la esencia misma de la libre prestación de servicios y, en suma, del conjunto de libertades comunitarias y de ahí su consideración tanto en la normativa como en la jurisprudencia comunitaria.

Lógicamente, la legislación comunitaria para nada alude a la exención de tal requisito de nacionalidad que se supone obvio [19], ya que, en cuanto tal, la norma comunitaria procede a regular una situación de naturaleza «transnacional» que excede, en definitiva, de aquella puramente interna en donde la competencia pertenece en exclusiva al Estado miembro. Sí se ocupa, en cambio, al igual que la legislación estatal, de excluir «cualquier condición de residencia» [20], en consonancia con lo en su día expuesto por el Tribunal de Justicia en su sentencia Van Binsbergen, de 3 de diciembre de 1974 [21], pionera en este sentido y de decisiva influencia en la elaboración de la Directiva de 22 de marzo de 1977 citada. En ella fue precisamente objeto de discusión, además del efecto directo de los arts. 59 y 60 TCE, la compatibilidad con tales preceptos de la exigencia de posesión de residencia efectiva por parte del profesional jurídico prestador de servicios como condición del desarrollo de su actividad en el país de acogida.

19. Tanto más cuanto lo verdaderamente importante para el abogado prestador de servicios no es tal condición de nacional del Estado miembro de acogida sino su «establecimiento» como abogado en el Estado miembro de origen/procedencia. Así lo explicita claramente el art. 1 RD 607/1986 al imponer la exigencia para tales abogados de su «establecimiento con carácter permanente» en algún Estado miembro comunitario. A ello aludiremos en su momento.

20. Arts. 4.1 de la Directiva 77/249/CEE, de 22 de marzo de 1977, y 7.1 RD 607/1986, de 21 de marzo, arriba citados.

21. As. 33/74, Rec. 1974, pp. 1299 y ss. Esta y otras decisiones son objeto de comentario por GARCÍA-VALDECASAS, R. y MURIEL PALOMINO, J., «La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios de los abogados», Noticias CEE, 1993, n.º 100, pp. 43 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Tal sentencia es así resultado de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal social de última instancia de los Países Bajos (*Centrale Raad van Beroep*) a tenor de la reclamación interpuesta por un nacional de este país al que se le negaba la posibilidad de representar a su cliente como procurador en su propio Estado por carecer de residencia en el mismo, dado su «establecimiento» en el país vecino (Bélgica). Así, a juicio del Tribunal de Luxemburgo, un requisito de este tipo no haría sino eliminar la aplicabilidad del efecto directo del art. 60 TCE cuya finalidad es precisamente suprimir cualquier restricción a la libertad de prestación de servicios por parte de personas no establecidas en el Estado miembro en el que ejercen la actividad [22]; tanto más cuando a su juicio «el desarrollo de una buena administración de Justicia puede verse satisfecho con medidas menos estrictas, tales como (por ejemplo) la elección de un domicilio en el país de acogida para la práctica de las notificaciones judiciales» [23].

La exigencia de la posesión de tal requisito de residencia procedía, lógicamente, de la disposición nacional [24] pero, en este caso concreto, todavía resultaba tanto más reprochable la discriminación cuanto, ya no sólo se trataba de un nacional de este país sino que, además, la misma legislación invocada eximía de la condición de postulación a las partes procesales por tratarse de un Tribunal perteneciente a la jurisdicción laboral. Por tanto no puede hablarse, aquí y ahora, de la regla de la «territorialidad de la postulación» como argumento para fundamentar la obligación impuesta en sede nacional de proceder a la necesaria «habilitación» por parte de los profesionales jurídicos, máxime cuando dicha regla es de aplicabilidad para la condición de abogado y no la de procurador en el país de destino [25]. Sobre este tema de la «exclusividad territorial de la postulación» nos ocupamos inmediatamente.

2. *Exención de un requisito de carácter objetivo: la habilitación*

La exclusión de la necesaria condición de proceder a la inscripción en la organización profesional oportuna por parte del profesional jurídico

22. Vid. esp. FJ 11, así como las Conclusiones del Abogado General H. MAYRAS pronunciándose en el mismo sentido.

23. FJ 16.

24. Así, el art. 48.1 de la Ley holandesa de 2 de febrero de 1955, relativa a la organización y procedimiento laboral (*Beroepswet*), precepto que dispone que «sólo podrán asumir las funciones de procurador o abogado aquellos profesionales establecidos en el Reino de los Países Bajos» (traducción libre).

25. En Holanda como en España y algún otro Estado miembro (Irlanda y Portugal) todavía subsiste la división del profesional en sendas funciones.

prestador de servicios aparece recogida en los anteriores artículos 4.1 de la Directiva 77/249/CEE, de 22 de marzo de 1977, y 7.1 Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo. Esta constituye justamente una diferencia esencial del ejercicio de la abogacía (o procuradoría) como libre prestación de servicios con su consideración como «establecimiento». Por este motivo, para el prestador de servicios no opera la exigida regla de la «territorialidad de la postulación» impuesta para los abogados y procuradores nacionales, lo cual ha sido objeto de no pocos conflictos.

En nuestro país concretamente, la exención de tal requisito de colegiación para los profesionales jurídicos comunitarios provocó la interposición de un recurso de amparo por parte de la Agrupación de Abogados Jóvenes del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza alegando la vulneración del principio de igualdad de trato, dado que los abogados españoles, hasta la entrada en vigor del nuevo Estatuto General de la Abogacía, tienen la obligación de incorporarse a los distintos Colegios profesionales de cada provincia si pretenden actuar ante tales instancias judiciales. Por su parte, el Tribunal Constitucional resolvió la cuestión mediante sentencia de 15 de julio de 1987 [26] entendiendo, con muy buen criterio, que en absoluto puede compararse el desarrollo por parte de los abogados comunitarios de actividades jurídicas/judiciales de carácter ocasional y temporal (libre prestación de servicios) con el ejercicio habitual y permanente de la abogacía (derecho de establecimiento); de ahí la exigencia a estos «prestadores de servicios» de ciertas condiciones que no operan para los profesionales nacionales y la imposibilidad de gozar de las mismas ventajas.

Se refiere el TC en concreto a la condición de «concertación» con un profesional local, condición que opera como contrapartida al beneficio de disfrutar por parte del abogado y/o procurador comunitario de la exención de proceder a su inscripción en el Colegio profesional destinado a tal efecto en el país de acogida y a la que ahora nos referiremos, así como a su presentación ante el Decano de la Junta de Gobierno del Colegio correspondiente [27]. En cuanto a la exclusión de las ventajas de las que disfrutan los profesionales nacionales recuerda nuestro Tribunal que no se les va a permitir «por esta razón abrir despacho, ni utilizar el título profesional de Abogado», si bien la primera afirmación no resulta

26. STC 123/87, Jurisprudencia Constitucional 1987, t. XVIII, pp. 676 y ss, esp. FJ 2.

27. Art. 5 de la Directiva 77/249/CEE, de 22 de marzo de 1977, y del RD 607/1986, de 21 de marzo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

totalmente exacta por la flexibilidad que ha introducido en su criterio —al menos respecto de este punto— la jurisprudencia comunitaria[28], haciendo con ello más difícil la frontera entre libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.

También la jurisprudencia comunitaria ha discutido sobre este problema haciendo referencia a la regla de la exclusividad territorial para el caso del *ius postulandi*, regla que viene a ser contenida en la mayoría de las legislaciones nacionales y entre ellas, la nuestra[29]. Así, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) resolvió un recurso de incumplimiento dictando —en virtud del art. 169 TCE— sentencia de condena contra Alemania el 25 de febrero de 1988[30], debido a la estricta adaptación que hizo la legislación de este país de la directiva comunitaria[31] en relación precisamente con la aludida condición de concertación; dicha sentencia provocó una importante jurisprudencia en esta materia que seguidamente será objeto de comentario.

Por lo que ahora interesa y en referencia al privilegio que disfrutan los abogados prestadores de servicios relativo a la exención de la rehabilitación necesaria para actuar en juicio, el Tribunal de Justicia reconoce que el principio de la territorialidad de la postulación procesal, ciertamente, «ha sido establecido ... en interés de la eficaz administración de la justicia, pues la «radicación» del Abogado resulta idónea para promover la comunicación entre el Abogado y el órgano jurisdiccional que conoce del asunto y para facilitar así el desarrollo del proceso». Sin embargo, declara que tal «regla de la exclusividad territorial no puede aplicarse a las actividades de carácter temporal que ejerzan los Abogados establecidos en otros Estados miembros, y a que dichos Abogados se encuentran... en condiciones de hecho y de derecho que no admiten la comparación con las que rigen para los Abogados establecidos en territorio alemán»[32].

28. Concretamente en la S. Gebhard, de 20 de noviembre de 1995, ya citada. Vid. *infra* aptdo. II.4 de nuestro trabajo.

29. Recordamos, arts. 14 del Estatuto General de Abogacía y 12 del Proyecto. Sin embargo, este último, como ya anticipamos, prevé la colegiación a nivel nacional e incluso europeo (art. 18).

30. As. Comisión c. RFA, 427/85, Rec. 1988, pp. 1123 y ss. Un comentario al respecto se realiza por APRELL LASAGABASTER, M. C., «Libre prestación de servicios por los abogados. Regla de exclusividad territorial», Revista de Instituciones Europeas, 1988, n.º 2, pp. 501 y ss.

31. La ley de 16 de agosto de 1980 de desarrollo de la directiva 77/249/CEE se remite en este punto al art. 52.2 del Estatuto Federal de la Abogacía (*Bundesrechtsanwaltsordnung*).

32. FF.JJ. 36 y 42.

La misma afirmación se reitera en una posterior sentencia de 10 de julio de 1991[33], resultado de un ulterior recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas —esta vez contra Francia— con el mismo fundamento: la rigurosa y equivocada adaptación que realiza el Decreto francés n.º 79-233, de 22 de marzo de 1979, de la Directiva 77/249/CEE. De este modo, no puede exigirse al abogado prestador de servicios los mismos requisitos que al abogado «establecido» y de ahí la supresión de la preceptiva habilitación, la cual, sin embargo, sí se impondrá como condición necesaria para el derecho de establecimiento; es por ello y en contrapartida necesaria la previa concertación del abogado comunitario con un abogado local tal y como más arriba hemos aludido, exigencia que ha de interpretarse de forma flexible y facilitadora del desarrollo de la libre prestación de servicios como ahora referimos.

3. *Condiciones; en especial, la «concertación»*

Lógicamente, al beneficio del que disfrutan los abogados prestadores de servicios de rehuir la necesaria habilitación en el Estado miembro de acogida le corresponde como contrapartida el cumplimiento de una serie de condiciones. Entre ellas pueden citarse, en primer lugar, la presentación del abogado y/o procurador prestador de servicios ante el Decano del Colegio profesional correspondiente del país de destino de acuerdo con la normativa estatal, tal y como recordaba el TC en su sentencia 123/1987. Dicha obligación, impuesta por el artículo 5 de la Directiva 77/249/CEE y el mismo precepto del Real Decreto 607/1986[34], no debe entenderse más allá de una simple regla de cortesía y de ahí que no haya generado mayores problemas en la práctica.

En segundo lugar, tanto la normativa comunitaria como la estatal[35]

33. As. Comisión c. Francia, 294/89, Rec. 1991, pp. 3591, esp. FJ 28. En este caso, tal regla de exclusividad territorial para el ejercicio de la abogacía era recogida en el art. 126.3 (párrafos 4.º y 5.º) del Decreto n.º 79-233, de 22 de marzo de 1979, fruto de la adaptación en sede nacional de la Directiva 77/249/CEE.

34. Este último resulta más explícito por cuanto indica los datos que habrá de facilitar el abogado «visitante» propios y del abogado con el que actúa en concertación así como la obligación que incumbe al Decano correspondiente de comunicar la oportuna actividad jurídica al Juez o Presidente del Tribunal competente al igual que al Consejo General de la Abogacía; este último se ocupará de llevar un Libro-registro de las actuaciones en España de tales abogados «visitantes» en régimen de libre prestación de servicios (art. 9).

35. Arts. 4.2 de la Directiva 77/249/CEE y 8 RD 607/1986, ambos citados.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

imponen asimismo a este profesional jurídico no nacional el respeto de las normas profesionales de este Estado al igual que las del de origen; no en vano la observancia de estas últimas le corresponde en cuanto abogado todavía establecido en el país de procedencia. Por su parte, dado que el abogado comunitario va a realizar una actuación jurídica en igualdad de condiciones a los abogados (o procuradores) nacionales, habrá de estar sujeto a su mismo régimen disciplinario, si bien, en buena técnica, no todas las sanciones podrán serle de aplicación[36]. La observancia de ambos códigos profesionales ha sido bautizada bajo la denominación de la «doble deontología», siendo el mismo criterio también de aplicación por la jurisprudencia del TJCE; así, concretamente en la sentencia Gullung[37] el Tribunal negó la posibilidad de prestar servicios en Francia a un abogado alemán en cuyo país «se le había prohibido el acceso a la profesión de Abogado por razones derivadas de la dignidad, de la honorabilidad y de la probidad»[38]

Finalmente y en tercer lugar, existe una última condición que es la que ha provocado mayores comentarios bibliográficos y jurisprudenciales; nos referimos al deber que tiene el profesional prestador de servicios de desarrollar su actividad jurídica de defensa y/o representación en «concertación» con un abogado (o procurador) «que ejerza ante el órgano jurisdiccional interesado y que se responsabilizaría, si procediere, ante dicho órgano» tal y como exige el art. 5 de la Directiva 77/249/CEE tantas veces mencionada. A esta misma obligación alude en nuestro país el art. 6 Real Decreto 607/1986 para el caso de aquellos abogados comunitarios que pretendan ejercer en España la abogacía en régimen de prestación de servicios; de este modo, la concertación deberá realizarse con un «abogado inscrito en el Colegio en cuyo territorio haya de actuar».

36. Por ejemplo y como pone de relieve el art. 8 RD 607/1986, la «suspensión o expulsión definitiva del Colegio de Abogados se sustituirá por la prohibición temporal o definitiva de la prestación de servicios profesionales en España».

37. Sentencia de 19 de enero de 1988, as. 292/86, Rec. 1988, pp. 111 y ss.

38. FJ 22. El art. 11 de la Ley francesa n.º 71-1130, de 31 de diciembre de 1971, prohíbe así el acceso a la profesión de abogado de toda aquella persona que haya sido autora de «hechos que han producido una condena penal por actuaciones contrarias al honor, a la probidad o a las buenas costumbres, o bien autor de la misma nautraleza que haya dado lugar a una sanción disciplinaria o administrativa de destitución, expulsión, revocación, retirada de habilitación o de autorización» (Informe para la vista, p. 112). En concreto, el sr. Claude Gullung hubo de presentar su dimisión como notario en Hirsingue (Alemania) como consecuencia de las sanciones que le impuso la Sala de disciplina del Notariado del Alto Rin.

Pero justamente este artículo 6 de la normativa española ha sido objeto de precisión y reforma en el posterior Real Decreto 1062/1988, de 16 de septiembre, también mencionado como consecuencia de la ya más arriba comentada sentencia de 25 de febrero de 1988 dictada por el Tribunal de Justicia desde Luxemburgo[39]; la misma provoca una notable jurisprudencia en esta materia que obliga a flexibilizar los principios y criterios relativos a la exigida «concertación». De este modo y en la actualidad, se exime de tal requisito en los casos en que no sea preceptiva la intervención de abogado como requisito de postulación, si bien, claro está, la misma será siempre necesaria en las actuaciones del abogado prestador de servicios ante los Juzgados y Tribunales[40] así como para la «asistencia, comunicación y visitas con detenidos y presos».

En efecto, en la sentencia citada de 25 de febrero de 1988 el Tribunal de Justicia condena en incumplimiento a Alemania por haber impuesto al abogado prestador de servicios la obligación de «actuar de acuerdo con un abogado que ejerza ante el órgano jurisdiccional que conozca del asunto en los supuestos de litigios en relación con los cuales la legislación alemana no exige la asistencia obligatoria de Abogado»[41]. Sin embargo, hemos de hacer notar que la jurisprudencia comunitaria incurre en este sentido en una tautología por cuanto, ciertamente, no tiene sentido imponer la exigencia de concertación en los casos en los que la postulación no es preceptiva; pero es que esta misma concertación se impone igualmente en aquellos supuestos en los que la parte procesal interesada, haciendo uso de su facultad de disponer de tal defensa y/o representación técnica, contrata con el abogado y/o procurador prestador de servicios[42].

39. Así se pone de relieve en el Preámbulo del Real Decreto citado, entendiéndose que tanto «la experiencia obtenida en (la) aplicación» del anterior RD 607/1986 como «el acatamiento a la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de 25 de febrero de 1988, *aconsejan* la modificación parcial» del Decreto anterior (la cursiva es nuestra).

40. No deja de extrañar la mención que realiza el art. 6.1 RD 1062/1988 a los «organismos públicos relacionados con el ámbito de la administración de Justicia o que ejerzan algún tipo de función jurisdiccional», por cuanto creemos que éstos no serán otros sino los órganos jurisdiccionales. Más clara resultaba la anterior referencia del art. 6 RD 607/1986 simplemente a tales «organismos públicos» además de Juzgados y Tribunales para indicar la posibilidad de intervención del abogado prestador de servicios en el ámbito de la Administración Pública.

41. FJ 15.

42. Así resulta, al menos, explícitamente expuesto en nuestra legislación nacional, concretamente en el nuevo art. 6.2, modificado a partir del RD 1062/1988 promulgado a instancias de la sentencia comentada.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Más interesante resulta, a nuestro juicio, la interpretación que realiza el Tribunal comunitario de este concepto de concertación haciendo uso del principio de proporcionalidad y criticando la Ley alemana de 16 de agosto de 1980 de adaptación de la Directiva 77/249/CEE por imponer requisitos más estrictos de los derivados de la normativa comunitaria[43]. Estos eran tales como «la presencia continua del abogado alemán en la fase oral del procedimiento, la exigencia según la cual dicho abogado, debe ser, a su vez, representante *ad litem* o defensor», los cuales no resultan necesarios «con carácter general y ni siquiera útil» para facilitar el apoyo necesario al abogado que presta servicios, máxime dada la existencia de «modernos medios de transporte y telecomunicaciones (que) permiten que los abogados mantengan de modo adecuado los contactos necesarios». Precisamente esta última argumentación resulta de la sentencia Klopp, de 12 de julio de 1984[44], en la que, pronunciándose el Tribunal de Justicia sobre la interpretación del art. 52 TCE relativo al derecho de establecimiento, entendió que no vulneraba el mismo la posibilidad de que un abogado establecido en el Estado de acogida dispusiera de sendos domicilios profesionales.

No obstante, realiza el Tribunal de Justicia una salvedad en la presente decisión para el caso de las visitas a los detenidos y presos por su carácter específico y por «razones imperativas, principalmente de seguridad pública»[45]. En efecto, reconoce el Tribunal que, a causa de tales razones cuya apreciación en todo caso corresponde al Estado miembro de que se trate, puede ocurrir que el Estado de acogida exija condiciones más rigurosas en la comunicación del abogado prestador de servicios con tales detenidos. Esta misma salvedad es la que recoge también el nuevo art. 6.1 Real Decreto 607/1986 tal y como hemos reflejado más arriba, como consecuencia del particular tratamiento que se concede desde Luxemburgo a dicho régimen de comunicación del abogado prestador de servicios con presos y detenidos.

43. Vid. esp. FF.JJ. 26 y ss.

44. As. 107/83, Rec. 1984, pp. 2971 y ss, esp. FJ 21. Un comentario a la misma y sus consecuencias se realiza por BRUNOIS, A., «Après l'arrêt Klopp, état des prestations de services et des établissements des avocats en Europe», Revue trimestrielle de Droit européen, 1985, pp. 65 y ss.

45. El mismo criterio es defendido por el Abogado General J. L. DA CRUZ VILAÇA en sus conclusiones a este mismo asunto (pp. 1136 y ss, esp. pp. 1145 y ss). Se defiende así que, en base a tales motivos de interés general, le es permitido al abogado local «supervisar de cerca dichas actividades y asumir la correspondiente responsabilidad»; de ahí que tales actividades deban entenderse incluidas en el ámbito de aplicación del art. 5 Dirctiva 77/249/CEE y por ello la exigencia de concertación.

4. *Aproximación de criterios entre libre prestación de servicios y derecho de establecimiento*

Tradicionalmente[46] se reservaba la posibilidad de abrir despacho en el Estado miembro de acogida al abogado comunitario en el régimen del derecho de establecimiento de los arts. 52 y ss TCE; no así en el de libre prestación de servicios, por cuanto ello —se entendía— implicaba ya la instalación del abogado no nacional en dicho país con carácter «permanente» e incluso definitivo. Ello a diferencia de la naturaleza temporal y ocasional que rodea a las actividades profesionales enmarcadas dentro del régimen dispuesto en los arts. 59 y ss. TCE relativos a esta libre prestación de servicios.

Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria más reciente ha introducido un criterio innovador en este sentido y con ello flexibilizado las condiciones del abogado prestador de servicios, lo cual no ha servido sino para aproximar, en cierta medida, el régimen de ambas figuras. Han de buscarse, pues, otros argumentos a la hora de establecer las fronteras entre libre prestación de servicios y derecho de establecimiento, al menos para el sector que nos ocupa, como también pone de relieve el Tribunal comunitario.

Así, en concreto, el TJCE resuelve una cuestión prejudicial mediante sentencia de 30 de noviembre de 1995[47], planteada por el *Consiglio Nazionale Forense*[48] en la que, exactamente, se solicita pronunciamiento

46. Recordemos que tal era el punto de vista utilizado, por ejemplo, desde nuestro TC en su sentencia 123/1987, esp. FJ 2. Vid. *supra* aptdo. II.2 de nuestro trabajo.

47. As. Gebhard, 55/94, Rec. 1995, pp. 4165 y ss, comentada por J. LONBAY en Common Market Law Review, 1996, pp. 1073 y ss, esp. pp. 1081 y ss, alabando la postura «flexible y abierta» del TJCE. Más escéptica se muestra E. ADOBATI en sus anotaciones en Diritto comunitario negli scambi internazionali, 1996, pp. 293 y ss, pp. 299 y ss, para quien todavía quedan obstáculos que superar, al menos en Italia donde el ejercicio de la profesión de abogado necesita del dictado de un decreto *ad personam* por parte del Ministerio de Justicia, además de la prueba de aptitud para el reconocimiento de su título académico, prueba a la que inmediatamente nos referiremos. De la misma opinión A. BARANI comentando esta misma sentencia en igual fuente, pp. 301 y ss, esp. pp. 309 y ss.

48. Este organismos supremo de la abogacía se considera «órgano jurisdiccional en el sentido del art. 177 TCE». Véanse en este sentido las conclusiones del Abogado General P. LEGER presentadas a tenor de dicho asunto (pp. 4168 y ss, esp. p. 4170), justificando su carácter «jurisdiccional»; así y fundamentalmente debido al conocimiento en apelación que este Consejo realiza sobre las decisiones de los Consejos locales dictadas en materia de colegiación de abogados y procuradores, tal y como es determinado legalmente.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

prejudicial sobre la compatibilidad de la legislación italiana[49] con el Derecho Comunitario al prohibir la primera al abogado prestador de servicios la posibilidad de instalar «un despacho o establecimiento principal o secundario» en Italia. Por su parte, el Tribunal de Justicia, si bien se ocupa de matizar que no le corresponde a tenor del art. 177 TCE, pronunciarse sobre la compatibilidad entre normas nacionales y comunitarias, viene a determinar la violación del Derecho Comunitario por la aludida normativa estatal al declarar que «el carácter temporal de la prestación no excluye la posibilidad de que el prestador de servicios ... se provea, en el Estado miembro de acogida, de cierta infraestructura (incluida una oficina, despacho o estudio) en la medida en que dicha infraestructura sea necesaria para realizar la referida prestación»[50].

Además de eliminar la anterior rigidez que regía en lo relativo al régimen de la libre prestación de servicios para el sector de la abogacía, introduce el Tribunal otra importante novedad interpretativa. En efecto, en la misma fundamentación jurídica arriba aludida, declara, a instancia de las conclusiones del Abogado General[51], que «el carácter temporal de las actividades de que se trata debe determinarse no sólo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad». Por tanto, habrán de utilizarse también otros puntos de referencia y no sólo el criterio de la temporalidad para determinar el contenido de ambos tipos de actividades, tal y como hemos hecho para el caso de la libre prestación de servicios y ahora abordamos para el derecho de establecimiento.

III. La abogacía dentro del derecho de establecimiento

En términos generales, el llamado derecho de establecimiento, a diferencia de la anterior prestación de servicios, todavía se encuentra pendiente de específica regulación (comunitaria y nacional), si bien existen preparativos al respecto a los que inmediatamente haremos referencia. La única normativa hasta ahora existente es la que deriva de los arts. 52 y ss TCE, sin que estos resulten demasiado precisos a la hora de determinar el contenido de esta figura, al menos en lo que respecta a nuestro sector. Habremos de acudir una vez más a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en interpretación del articulado del Tratado de Roma para ir delimitando los contornos del derecho de establecimiento del que son titulares los abogados no nacionales en cualesquiera Estados miembros.

En cuanto a una posible definición genérica de este derecho de establecimiento, sólo el primero de los preceptos citados del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea acierta a realizar una mención al contenido del mismo, no exento de ambigüedades. Así, a tenor del art. 52.2 TCE puede entenderse como derecho de establecimiento el «acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio... en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales». Ello implica, por tanto, para sus titulares —en este caso, abogados y procuradores comunitarios en ejercicio— la instalación material con carácter estable y permanente en el Estado miembro de acogida[52].

Como anticipábamos, la regulación comunitaria sectorial en materia de abogacía respecto de este derecho de establecimiento se encuentra en fase de elaboración, de ahí la ausencia también de legislación estatal de desarrollo. Así, existe en la actualidad una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a facilitar el ejercicio permanente de la abogacía en un Estado miembro distinto de aquél en el que se expidió el título (92/C 128/06) que fue presentada a la Comisión el 30 de marzo de 1995[53]. Sin embargo, la misma ha sido profundamente revisada en su más reciente versión presentada el 24 de septiembre de 1996[54], incorporando las enmiendas propuestas por el Parlamento europeo; así también se toman en cuenta las indicaciones vertidas por el Comité Económico y Social en su dictamen de 5 de julio de 1995[55] y las sugerencias del Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea (CCBE) emitidas en su informe de 17 de noviembre de 1995.

49. Art. 2 de la Ley n.º 31, de 9 de febrero de 1982, relativa a la libre prestación de servicios por parte de los abogados nacionales de los Estados miembros comunitarios en adaptación de la Directiva 77/249/CEE.

50. FJ 27. Si bien en el caso concreto no tiene lugar tal prestación de servicios sino un establecimiento, dado el ejercicio por parte del reclamante «de manera estable y continuada, de una actividad profesional en otro Estado miembro» (FJ 28).

51. Esp. p. 4184. Concretamente alude el Abogado General al empleo de otros criterios diferentes al de la temporalidad para determinar la distinción entre el ejercicio de la abogacía como libre prestación de servicios o establecimiento, tales como «la ubicación del centro principal de actividad del Abogado, el lugar de su residencia principal, la importancia de su volumen de negocios en los diferentes Estados miembros en los que ejerce su actividad, el tiempo pasado en cada uno de éstos y el lugar de su inscripción en el Colegio de Abogados».

52. En este sentido, Martín Bernal, J. M., *Abogados y jueces ante la Comunidad Europea*, op. cit., esp. p. 30.

53. DOCE de 24 de mayo de 1995, serie C, n.º 128, pp. 6 y ss.

54. COM (96) 446 final, recogido asimismo en el DOCE de 8 de julio de 1996, serie C, n.º 198, pp. 85 y ss y en el documento A4-0146/96, añadiendo la Exposición de Motivos.

55. DOCE de 2 de octubre de 1995, serie C, n.º 256, pp. 14 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Entre las reformas más importantes emprendidas en el nuevo texto de la propuesta de directiva se cuenta, precisamente, la supresión del anterior límite temporal distintivo entre la prestación de servicios y establecimiento, cifrado en cinco años. Así disponía el anterior artículo 10.3 que, dentro de este tiempo, el abogado comunitario había de solicitar en el Estado de acogida el reconocimiento de su título al efecto de ejercer con carácter definitivo en dicho país y además con el título profesional por él expedido[56]. Ello, además de ser inviable en la práctica como ya se puso de relieve para la libre prestación de servicios[57], no dejaba de ser un contrasentido, por cuanto, justamente, la esencia misma de tal derecho de establecimiento es posibilitar, en el supuesto de la abogacía, el ejercicio profesional con el título de origen, tal y como consta en la denominación de la misma propuesta de directiva arriba enunciada.

Pero todavía más; creemos que no cabe convertir en una obligación lo que en puridad se trata de una facultad cual es, para el caso de los ciudadanos comunitarios, la solicitud de la homologación de la titulación académica y menos aún, imponer un límite temporal a la misma, como ya acertadamente puso de relieve el Comité Económico y Social en su dictamen[58]. De ahí que en el nuevo texto de la Propuesta de Directiva comentada desaparece la aludida obligación para los abogados comunitarios de solicitar el reconocimiento de su título para el ejercicio profesional «permanente». En efecto, los actuales artículos 2 y 4.1 de la misma normativa permite a éstos el establecimiento en los países comunitarios con el título de origen, no ya con carácter temporal sino incluso definitivo, eso sí con la debida publicidad a fin de preservar los derechos y garantías de los probables consumidores[59].

56. «Los abogados que ejerzan con su título profesional de origen podrán solicitar, en cualquier momento a lo largo del período de cinco años a que se refiere el artículo 2, el reconocimiento de su título con arreglo a la Directiva 89/48/CEE con el fin de acceder con carácter definitivo a la profesión de abogado del Estado miembro de acogida y ejercer con el título profesional de dicho Estado miembro». Por su parte, el mencionado artículo 2 reconoce el derecho de los abogados comunitarios establecidos en un Estado miembro «a ejercer, por un período de cinco años, las actividades relacionadas con la abogacía».

57. Recuérdese la derogación del anterior art. 9.2 RD 607/1986, precepto que fijaba un número de cinco o diez intervenciones por parte del abogado comunitario en los órganos jurisdiccionales del Estado de acogida —según se tratara de órganos jurisdiccionales colegiados o unipersonales— para determinar el límite entre la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento.

58. Vid. esp. p. 16. Entiende así el Comité, con juicio acertado, que la facultad de reconocimiento de los títulos y diplomas académicos existe siempre y, por tanto, no puede ser susceptible de limitación temporal; por tal motivo aconseja al Consejo proceder a una aclaración de este precepto así como de otros a los que también hace alusión.

Resulta, pues, sorprendente el giro operado por la Propuesta de Directiva haciéndose eco de una acusada flexibilidad en el derecho de establecimiento del abogado en la Europea comunitaria; para ello el Parlamento europeo ha acudido, sin duda, a la interpretación del Tratado de Roma conforme a la jurisprudencia emanada desde Luxemburgo[60]. De este modo y al igual que referíamos con anterioridad para el ejercicio de la abogacía como libre prestación de servicios, debemos acudir a otros criterios además del meramente temporal para configurar el contenido de tal derecho de establecimiento en el sector de la abogacía. De ello nos ocupamos en lo sucesivo.

1. *Contenido del derecho de establecimiento en el sector de la abogacía. Problemática inicial*

En cuanto a cuál sea el campo de actividades jurídicas a realizar por estos profesionales comunitarios en el Estado miembro de acogida, el mismo aparece contenido de una forma bastante general en el art. 5.1 de la Propuesta de Directiva 92/C 128/06 ya mencionada. Se indica de este modo que los abogados comunitarios «en particular, podrán prestar asesoramiento jurídico con arreglo al Derecho de su Estado miembro de origen, al Derecho comunitario e internacional y al del Estado miembro de acogida». No obstante, se realiza una salvedad para aquel tipo de actuaciones por las que, si bien se encuentran previstas para el sector de la abogacía en el Estado miembro de acogida, le serán excluidas cuando el abogado no nacional no fuera competente para su realización en el país de origen[61], pues no hay que olvidar que el profesional jurídico está actuando con el título profesional expedido en este último.

59. Textualmente, «los abogados tendrán derecho a ejercer con carácter definitivo las actividades relacionadas con la abogacía a que se refiere el artículo 5 en cualquier otro Estado miembro y con su título pofesional de origen» (art. 2), si bien «estarán obligados a hacerlo con dicho título que deberá estar expresado en la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado miembro de origen, pero de forma inteligible y que evite cualquier confusión con el título profesional del Estado miembro de acogida» (art. 4.1).

60. Así se pone de relieve a lo largo de la Exposición de Motivos del informe elaborado por la Comisión de Asuntos jurídicos y de Derechos de los ciudadanos sobre la propuesta legislativa comentada (documento A4-0146/96, de 30 de abril).

61. La exclusión parece realizarse respecto de determinadas funciones de carácter notarial, ello pese a la confusa redacción de este art. 5.2: «los Estados miembros que en su territorio autoricen a una determinada categoría de abogados para extender actos que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Otra excepción se dispone con carácter general en el art. 55 TCE respecto a la inaplicabilidad de las normas relativas al derecho de establecimiento para aquel tipo de actividades que en el Estado miembro de acogida «estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público». Ello planteó en su inicio problemas precisamente respecto a las profesiones jurídicas, discutiéndose en términos generales si el conjunto de tales actividades jurídicas debían entenderse excluidas del derecho de establecimiento y con ello la posibilidad de los abogados comunitarios de instalarse en un país diferente a aquel donde ha obtenido su titulación.

Es así de nuevo la jurisprudencia del TJCE la que se ocupa de este conflicto y, en concreto, la primera decisión dictada en relación con el derecho de establecimiento de los profesionales de la abogacía versa sobre esta materia. Nos referimos al caso Reyners, resuelto mediante sentencia de 21 de junio de 1974[62], en el que el Consejo de Estado belga solicita la interpretación en vía prejudicial precisamente de los arts. 52 y 55 TCE a tenor de una demanda interpuesta en sede nacional por un abogado holandés al que se le negó la inscripción en el Colegio de Abogados belga por carecer de tal nacionalidad en virtud de la legislación existente en dicho país a este respecto y cuya anulación solicita[63].

Por su parte, el Tribunal de Justicia, en consonancia con las conclusiones presentadas por el Abogado General[64], amén de declarar el efecto directo del art. 52 TCE pese a la ausencia de directivas en este campo, señala que en absoluto puede entenderse la profesión de abogado circunscrita en la exclusión que realiza el art. 55 TCE de forma general respecto de aquellas actividades «relacionadas... con el ejercicio del poder público». Refiere que, a lo sumo, la excepción debe predicarse de actividades concretas pero nunca de aquellas «más típicas del ejercicio de la abogacía, como es la consulta y asistencia jurídica, al igual que la

habiliten para la administración de bienes de personas fallecidas o relativos a la creación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, que en otros Estados miembros se reservan a profesiones distintas de la de abogado, podrán excluir de dichas actividades a los abogados que ejerzan con su título profesional de origen expedido en uno de estos últimos Estados miembros».

62. As. 2/74, Rec. 1974, pp. 631 y ss.

63. Se invoca el Real Decreto belga de 24 de agosto de 1970 que exige la condición de reciprocidad para excepcionar la condición de nacional impuesta en el art. 428.1 del Código judicial de este mismo país. La misma no resulta cumplida por cuanto el art. 2.1 de la Ley de Abogacía holandesa (*Advocatenwet*) requiere igualmente la nacionalidad de este país para proceder a la inscripción en el pertinente colegio profesional.

64. Vid. pp. 657 y ss, esp. pp. 664 y ss.

representación y la defensa letrada, incluso si la intervención del abogado es obligatoria» pues ninguna de ellas interfiere en la independencia judicial[65].

Por tanto y, en conclusión, no hay duda de la titularidad del derecho de establecimiento también para los profesionales de la abogacía con carácter general y salvo en aquellos supuestos particulares donde el ejercicio de su actividad pudiera estar relacionado con la función pública, cuestión a determinar en cada Estado miembro conforme la legislación nacional. Resta ahora determinar las condiciones del disfrute de tal derecho de establecimiento para los abogados comunitarios que pretendan instalarse en otro Estado miembro y las cuales permiten realizar las oportunas diferencias con el ejercicio profesional como libre prestación de servicios; también para ello es de gran contribución el criterio impuesto desde Luxemburgo.

2. *Condiciones; en particular, el requisito de la colegiación*

Lógicamente, el abogado/procurador que desee «establecerse» con carácter permanente en cualesquiera Estados miembros va a estar sujeto —en principio, de forma más rigurosa— a algunas de las condiciones ya exigidas para la libre prestación de servicios; no en vano y como ha sido anticipado, el derecho de establecimiento supone un ulterior grado de «liberalización» comunitaria dentro de la aludida libre circulación de personas para el caso de las actividades no asalariadas. De ahí que, por de pronto también —y en mayor medida—, habrá de observar las normas profesionales del Estado de acogida además de las del de origen (doble deontología) tal y como se prevé en el art. 6.1 de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo 92/C 128/06[66] de futura aplica-

65. FF.JJ. 52 y 53. Ejemplos de actividades profesionales en el sector de la abogacía que puedan estar relacionadas con el ejercicio de poder público se citan en las observaciones escritas que presentan los distintos Estados comunitarios a tenor del presente asunto en virtud del art. 20.2 del Protocolo sobre el Estatuto del TJCE; así, por ejemplo, el Gobierno de los Países Bajos menciona la actividad del abogado como juez suplente mientras que el Gobierno alemán se refiere al carácter público que rodea a la actividad profesional de los abogados en virtud de la previsión que realiza el art. 140.1 *Strafprozeßordnung* respecto de su intervención en procedimientos penales que juzgan los delitos de mayor gravedad.

66. También modificado en la versión presentada el 24 de septiembre de 1996: «Independientemente de la normativa sobre la profesión y las normas de deontología a las que estén sujetos en su Estado miembro de origen, los abogados que ejerzan con su título profesional de origen quedarán sujetos a las mismas reglas profesionales y deontológicas que rijan para los abogados que ejerzan con el título profesional pertinente del Estado miembro de acogida».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción, regulándose incluso en el precepto siguiente un procedimiento disciplinario para el caso de incumplimiento de la normativa de esta y otra naturaleza.

Así lo había señalado ya con anterioridad el Tribunal de Justicia en diversas sentencias, entre las que cabe destacar la denominada Thieffry, de 28 de abril de 1977 [67]; en ella se recuerda cómo para el derecho de establecimiento, más aún que para el ejercicio de la libre prestación de servicios, sus titulares estarán sometidos a las normas de «organización, de aptitud, de deontología, de control y de responsabilidad del Estado de acogida» [68]. La misma exigencia se mantiene en la posterior sentencia Klopp, de 12 de julio de 1984, ya citada, en la que el Tribunal declara que «el Estado miembro de acogida tiene el derecho, en beneficio de la buena administración de justicia, de exigir a sus abogados inscritos en los colegios profesionales de su territorio la obligación de que ejerzan sus actividades... con respecto de las reglas de deontología» [69].

Precisamente es esta preceptiva inscripción en el colegio profesional respectivo aludida en la primera de las sentencias mencionadas —caso Thieffry— la verdadera característica del derecho de establecimiento y que constituye, en este caso, diferencia esencial con la libre prestación de servicios. Tal decisión es así resultado de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París ante el que acude M. Thieffry al serle rechazada su solicitud de inscripción en el Colegio de Abogados de esta localidad por no poseer un título de licenciatura o doctorado en Derecho francés sino belga, conforme es exigido en el art. 11.2 de la Ley francesa n.º 71-1130 de 31 de diciembre de 1971, ello pese a la obtención de un certificado de aptitud para el ejercicio de la abogacía por el Instituto de Estudios judiciales de la Universidad de París [70].

67. As. 71/76, Rec. 1977, pp. 765 y ss.

68. FJ 12. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en la S. Gebhard, de 30 de noviembre de 1995, ya citada, esp. FJ 35.

69. FJ 20 (traducción libre). Declara además el Tribunal precisamente —y es el objeto de este asunto— que «la existencia de un segundo domicilio profesional en otro Estado miembro no obstaculiza la aplicación de las reglas deontológicas en el Estado miembro de acogida» (FJ 21, segundo párrafo», dado los actuales medios de transporte y comunicaciones que aseguran el necesario contacto de los profesionales jurídicos con las autoridades judiciales y sus clientes, como ya tuvimos ocasión de ver (vid. *supra* aptdo. II.3).

70. Problemas como éste o similares en relación con el derecho de establecimiento del art. 52 TCE y el previo reconocimiento de la titulación jurídica expedida por el país de origen son objeto de discusión en posteriores decisiones del TJCE a las que haremos inmediata referencia. Puede citarse ahora, a modo de ejemplo y por ser susceptible de

El mismo tema es objeto de debate en un asunto posterior, cual es el caso Gullung, resuelto mediante sentencia de 19 de enero de 1988 y ya citado a tenor de la libre prestación de servicios [71]. En ella entiende el Tribunal de Luxemburgo que para nada puede calificarse de restricción al derecho de establecimiento la imposición por parte de la legislación nacional del país de acogida del deber de proceder a la inscripción en el organismo público destinado a tal efecto (colegiación), dado que la misma supone el ejercicio de la actividad no asalariada «en las condiciones definidas para sus propios nacionales». Claro está, se encarga de precisar el Tribunal que ello será así siempre y cuando «tal inscripción esté abierta a los nacionales de todos los Estados miembros sin discriminación» porque lo contrario sería condicionar el disfrute del derecho de establecimiento a un requisito de nacionalidad.

Sin duda, y como se expone en la misma resolución, cada Estado miembro conserva la libertad para regular el ejercicio de la profesión de la abogacía en su territorio. De ahí que todos los países comunitarios dispongan como condición ineludible para hacer realidad el derecho de establecimiento de los profesionales jurídicos esta inscripción en el colegio profesional oportuno, entre ellos el nuestro a partir de los artículos 10 y 12 del actual y futuro Estatuto General de la Abogacía respectivamente [72]; así lo recordaba ya nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 123/1987 como hicimos en su momento referencia.

La misma obligación viene recogida en el artículo 3 de la ya mencionada Propuesta de Directiva 92/C 128/06, disponiéndose en dicho precepto las formalidades asimismo exigidas a este tenor. Dichas formalidades se reducen a la demostración ante la oportuna organización profesional del Estado miembro de acogida de la condición de «abogado» en el país de origen por parte del profesional jurídico comunitario solicitante; esto es, la efectiva incorporación en el país de procedencia a una de las organizaciones profesionales existentes a este respecto.

En definitiva, pues, tal derecho de establecimiento de los abogados comunitarios en otros Estados miembros impone al no nacional, de modo ineludible, el requisito de la colegiación en los organismos dispuestos a

interpretación el art. 52 TCE en sí, la S. Vlassopoulou, de 7 de mayo de 1991 (as. 340/89, Rec. 1991, pp. 2357 y ss), con motivo del establecimiento de una abogada griega en Alemania, país este último donde había incluso realizado los estudios de doctorado.

71. Vid. esp. FF.JJ. 24 y ss.

72. Con la diferencia, ya comentada, de que la actual regulación no permite la incorporación de los abogados no nacionales, cuestión ya resuelta en la futura normativa (vid. *supra* aptdo. II.1 de nuestro estudio).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tal efecto en igualdad de régimen a los abogados estatales. Ello lógicamente, les exime a su vez de otras condiciones entonces necesarias para llevar a cabo el ejercicio profesional en idéntico u otro país de destino bajo el régimen de la libre prestación de servicios; así y de forma especial, de la exigida «concertación» con un profesional local, con los problemas y dificultades que en su momento expusimos [73].

3. *La exención del previo reconocimiento del título académico como exigencia necesaria para el derecho de establecimiento*

Decíamos que, precisamente, este punto constituía una de las importantes reformas emprendidas en la Propuesta de Directiva 92/C 128/06 en su versión de 24 de septiembre de 1996 a partir de las enmiendas introducidas por el Parlamento europeo. Sin duda, la exigencia de la homologación en el Estado miembro de acogida del título académico impartido en el país de origen suponía en la práctica un gran cúmulo de dificultades y, con ello, motivo frecuente de discriminación por parte de ciertas legislaciones nacionales para impedir la efectividad de este derecho de establecimiento [74], al menos para el caso de las profesiones jurídicas; no hay que olvidar que éstas se asientan sobre estudios de variada índole en cada uno de los Estados miembros, dada también la riqueza y diversidad de fuentes que observan sus ordenamientos jurídicos.

Por el contrario la Propuesta de Directiva modificada permite —de momento y por ahora— el derecho de establecimiento con la disposición del título académico (o profesional) que acredite la realización de los estudios jurídicos en el Estado de origen [75], si bien, lógicamente, también contempla la posibilidad para el abogado comunitario de solicitar la homologación de su título académico para, de esta forma, obtener la asimilación al abogado nacional y con ello el mismo estatuto jurídico; ello consuma así el derecho de establecimiento en su grado máximo, dada así la perfecta integración del abogado comunitario en el régimen nacional. Por tanto, la solicitud de convalidación del título profesional de origen

73. Vid. *supra* aptdo. I.3.

74. Así lo declaró el Tribunal de Luxemburgo, por ejemplo, en la comentada S. Thieffry, de 28 de abril de 1977, pese a la ausencia en ese momento de la directiva relativa a tal reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y títulos a la que alude el art. 57.1 TCE y a la que haremos ahora referencia; máxime cuando el titular del derecho de establecimiento en cuestión había obtenido un certificado de aptitud profesional por parte de una institución nacional del país de acogida.

75. Recuérdense sus artículos 2 y 4.1, cuyo texto se recoge en la anterior nota 59.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

recogida en el artículo 10 de la citada Propuesta de Directiva es prevista hoy como una facultad [76], nunca como una obligación; facultad cuyo disfrute no estará exenta de requisitos y regulación como ahora pasamos a exponer.

En efecto, a tenor tanto de la futura regulación comunitaria para el sector de la abogacía todavía en fase de propuesta como de la ya existente de forma general para la homologación de tal titulación profesional, este reconocimiento de títulos y diplomas académicos exige el cumplimiento de ciertos requisitos. Entre ellos se encuentra precisamente la realización, en su caso, de un período de prácticas durante tres años o, alternativamente, una prueba de aptitud a fin de acceder al título profesional del país de acogida, condición ésta que, a tenor de la Propuesta de Directiva comentada, se ve excluida para el caso de aquellos abogados no nacionales que puedan justificar la prestación de servicios con una «efectividad y regularidad [77]» de al menos tres años. De este modo, la nueva versión suprime igualmente para tales profesionales la anterior prueba sumaria aludida en la Propuesta de Directiva en su primera redacción, limitada a cuestiones relativas al Derecho Procesal así como a las relativas a la deontología del Estado miembro en el cual se solicita el establecimiento; ello en consonancia con las reclamaciones efectuadas desde el Comité Económico y Social [78].

La referencia a dicho período de prácticas o, en su defecto, «prueba de aptitud» a realizar por el abogado no nacional que desea la convalidación de su Licenciatura de Derecho se encuentra hecha en la normativa comunitaria prevista de modo general para el «reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos»; esta no es otra sino la Directiva del Consejo 89/48/CEE, de 21 de diciembre de 1988 [79], adoptada en

76. Así, «los abogados que ejerzan con su título profesional de origen... podrán obtener de la autoridad competente pertinente de dicho Estado su acceso a la profesión de abogado del Estado miembro de acogida y el derecho de ejercerla con el título profesional apropiado correspondiente a esta profesión en dicho Estado miembro de acogida» (art. 10.3).

77. Antes «permanencia», según el mismo art. 10.1 en su versión inicial.

78. Como acabamos de mencionar, el dictamen del Comité Económico y Social criticaba las ambigüedades en que incurría el texto inicial de tal propuesta de directiva que aquí tenían lugar porque el inicial artículo 10.1 suprimía la referida prueba de aptitud para tales abogados que acreditaran un ejercicio profesional de al menos 3 años de antigüedad, mientras que, a continuación, el artículo 10.2 indicaba que dicha prueba de aptitud se limitaba a cuestiones relativas al Derecho Procesal y deontología del Estado miembro de acogida.

79. DOCE de 24 de enero de 1989, serie L, n.º 19, pp. 16 y ss. Véase al respecto, por todos, el comentario que le dedica BOIXAREU, A., «Las profesiones jurídicas en la

desarrollo del mandato expresado en el art. 57.1 TCE. Dicha legislación contempla única y exclusivamente el reconocimiento de aquellos títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (por tanto, se entiende incluida la jurídica), siendo la misma más tarde completada por la Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992[80], que prevé un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales de cualesquiera duración.

De esta forma y pese a la intención inicial de proceder a una regulación sectorial para el caso de las profesiones jurídicas, el reconocimiento de los títulos de Licenciatura en Derecho entre los distintos Estados miembros se sujeta a las condiciones generales establecidas en tal normativa, en especial a la dictada por la Directiva 89/48/CEE; no obstante la misma prevé alguna especialidad para el caso que nos ocupa como inmediatamente veremos. Por su parte, esta directiva es además resultado de anterior jurisprudencia emanada por el Tribunal de Justicia sobre el tema (por ejemplo, sentencia Thieffry[81]) y será además objeto de interpretación en sentencias posteriores.

Así pues, en términos generales, la Directiva 89/48/CEE prevé la posibilidad de que el Estado de acogida exija al solicitante de tal reconocimiento la realización de tal «período de prácticas, durante tres años como máximo, o que se someta a una prueba de aptitud» a elección del solicitante, especialmente cuando «la formación que haya recibido... comprenda materias sustancialmente diferentes de las cubiertas por el título exigido en el Estado miembro de acogida»[82]. Tal podría ser el caso especial de las profesiones jurídicas, pero es que, además, el mismo precepto contiene una regulación sectorial en esta materia al establecer que, en aquellas «profesiones cuyo ejercicio exija un conocimiento preciso del Derecho nacional y en las cuales un elemento esencial y constante del ejercicio de la actividad profesional sea la asesoría y/o asistencia relativas al Derecho nacional», la opción entre ambos mecanismos de convalidación se deja en manos del Estado de acogida.

directiva relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior», Gaceta jurídica de la C.E. 1989, Boletín, n.º 44, pp. 3 y ss.

80. DOCE de 24 de julio de 1992, serie L, n.º 209, pp. 25 y ss. Esta no realiza, sin embargo, modificaciones sustanciales a la anterior, al menos por lo que respecta al sector jurídico.

81. Sentencia de 28 de abril de 1977, citada.

82. Artículo 4.1.b). Precisamente, como hemos dicho, la supresión de ambas condiciones es la que realiza el mencionado art. 10.1 de la Propuesta de Directiva 95/C 128/06 en su nueva redacción.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

A tal efecto, la Directiva 89/48/CEE también contiene una definición de lo que ha de entenderse por «período de prácticas», esto es, «el ejercicio de una profesión regulada —bajo la responsabilidad de un profesional cualificado— en el Estado miembro de acogida, eventualmente acompañado de una formación complementaria y cuyas modalidades y evaluación determinará la autoridad competente del país de acogida». Respecto de la «prueba de aptitud», se indica que ha de consistir en «un examen que abarque únicamente los conocimientos profesionales del solicitante» realizado también por la autoridad competente respectiva y mediante el cual «se apreciará la aptitud del solicitante para ejercer en dicho Estado»[83]. Lógicamente, objeto de valoración en esta última han de ser los conocimientos profesionales y no meramente teóricos ya evaluados en el país de origen; por ello que a continuación se advierte de la condición de «profesional cualificado» por parte del solicitante, así como la necesidad de proceder a una selección de las materias a evaluar (sin indicar quién realiza la misma) y dentro de las cuales podrá incluirse, en igualdad de condiciones, el conocimiento de la deontología del país receptor.

También la citada Directiva determina la implantación de un procedimiento de examen de la solicitud de reconocimiento cuya tramitación sea breve[84], dando lugar a una decisión motivada por parte de la autoridad competente; decisión que habrá de ser susceptible aún de recurso en vía jurisdiccional a tenor del Derecho interno. La redacción de este artículo 8.2 se inspira en la propia jurisprudencia comunitaria, concretamente en la sentencia Heylens, de 15 de octubre de 1987[85], cuya fundamentación jurídica es reiterada en decisiones posteriores con alusión expresa a las profesiones jurídicas como es la sentencia Vlassopoulou, de 7 de mayo de 1991[86]; en ambas declara el Tribunal de Justicia la necesidad de prever que la autoridad nacional competente para conocer del

83. Artículo 1.f) y g).

84. En concreto, cuatro meses como máximo, a partir de la presentación de la completa documentación por parte del interesado.

85. As. 222/86, Rec. 1987, pp. 4097 y ss, en la que el Tribunal de Justicia, conociendo en vía prejudicial de un litigio en el que tiene lugar la reclamación de un entrenador deportivo belga contra la negativa francesa a proceder la convalidación de dicho título, falla que la «decisión por la que se niega a un trabajador nacional de otro Estado miembro la convalidación del diploma expedido por el Estado miembro del que no es titular (ha de ser) susceptible de un recurso de carácter jurisdiccional que le permita verificar su legalidad con el Derecho Comunitario» pudiendo así el interesado tener «conocimiento de los motivos en que basa su decisión».

86. Vid. *supra* nota n.º 70, esp. FJ 22.

examen de equivalencia entre la titulación nacional y la ofrecida en los distintos Estados miembros ha de dictar una resolución motivada y susceptible de impugnación en vía judicial.

Item más; el Tribunal de Luxemburgo, en sentencias posteriores que proceden a la interpretación de la Directiva 89/48/CEE, se ocupa de determinar cómo ha de realizarse y cuál es el contenido de este examen de equivalencia entre la titulación nacional y la no nacional. Así, por ejemplo, en la sentencia Kraus, de 31 de marzo de 1993[87], declara el Tribunal que tal examen ha de realizarse con respecto siempre del principio de proporcionalidad y que su única finalidad es «verificar si el título... obtenido en otro Estado miembro se ha expedido de forma regular»; dicho examen configura el llamado «procedimiento de autorización (administrativa)», el cual debe ser también «fácilmente accesible para todos los interesados y, en particular no puede depender del pago de tasas administrativas excesivas». De este modo y para el caso concreto se estima la compatibilidad de la legislación alemana con el Derecho Comunitario siempre que el procedimiento de autorización administrativa cumpla las condiciones arriba descritas.

Hemos de reseñar que, en lo que respecta a nuestro país, la Directiva 89/48/CEE ha sido a su vez transpuesta bajo el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre[88], que procede justamente a regular el citado procedimiento administrativo de autorización para lograr la convalidación en España de los títulos no nacionales expedidos en los países de la Unión Europea. Sin embargo, en la citada legislación tampoco se especifica en mayor medida el contenido de este período de prácticas o prueba de aptitud a realizar por los solicitantes, por cuanto ello será objeto de determinación por el Departamento ministerial competente el cual nombrará a su vez la Comisión evaluadora a tal efecto y elaborará el listado

87. As. 19/92, Rec. 1993, pp. 1663 y ss, esp. FF.JJ. 37, 38 y 39. Esta sentencia es resultado de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal administrativo (*Verwaltungsgericht*) de Stuttgart solicitando la interpretación del art. 48 TCE a fin de determinar si es compatible con el mismo el art. 2.1 de la Ley alemana sobre uso de los títulos universitarios (*Gesetz über die Führung akademischer Grade*) de 7 de junio de 1939, según el cual es necesaria la autorización ministerial del Land correspondiente a efectos del empleo en Alemania de los títulos universitarios extranjeros; en este caso el sr. Kraus, nacional y licenciado en Derecho en Alemania, pretende la convalidación en su país de los estudios de tercer ciclo realizados en la Universidad de Edimburgo (*Master of Law, Ll. M.*). Sin embargo, como ponen de relieve tanto el Abogado General W. VAN GERVEN en sus conclusiones como el Tribunal de Justicia aquí es de aplicación, no la Directiva 89/48/CEE sino la Directiva 92/51/CEE, por cuanto la duración de los estudios de doctorado cuya convalidación se solicita es menor de tres años, en concreto un año.

88. Repertorio Aranzadi, 1991, n.º 2783.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de materias a examinar para el caso de la prueba de aptitud (artículos 6 y 7); la competencia pertenece así al Ministerio de Justicia, si se trata de las profesiones de abogado y procurador, o al Ministerio de Trabajo en el supuesto de los Graduados Sociales.

No obstante, este Real Decreto ha sido objeto de desarrollo en lo que atañe al ejercicio de las profesiones de abogado y procurador por la Orden ministerial de 30 de abril de 1996[89]. En ella precisamente se establecen las condiciones para proceder a este reconocimiento de títulos procedentes no sólo de los Estados pertenecientes a la Europa comunitaria sino también de aquellos países que forman parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, al igual que las características generales de la prueba de aptitud a superar por los abogados y procuradores[90]. Resulta así diferente la composición de la respectiva Comisión de Evaluación y las materias sobre las que versarán sendas pruebas de aptitud según se trate del reconocimiento de la condición de abogado o la de procurador, consistiendo tal examen en la resolución de un caso práctico en ambos supuestos[91].

Así pues, no hay duda que tal reconocimiento de títulos, pese a no ser ahora condición *sine qua non* para el derecho de establecimiento de los abogados europeos en nuestro país, tendrá no obstante aplicación en el sector que nos ocupa, pues, qué duda cabe, sólo de esta forma se logra la completa asimilación del profesional comunitario al nacional y con ello la igualitaria publicidad que el primero pueda realizar de cara a los «clientes consumidores» del país de acogida. Ello pese a los numerosos problemas prácticos que dicha homologación profesional provoca y que son los que han provocado la exención de la obligatoriedad de la misma como previo requisito al derecho de establecimiento.

89. BOE de 8 de mayo de 1996, n.º 112, pp. 15939 y ss. La misma es objeto de comentario por MARTÍNEZ LAGE, S., «España regula la prueba de aptitud de los Abogados y Procuradores comunitarios», Gaceta jurídica de la C.E. 1996, Boletín, n.º 113, pp. 1 y ss.

90. Nada se dice en la citada Orden Ministerial respecto de los graduados sociales, pese a las referencias incluidas en el RD 1665/1995, tal y como ha sido señalado. La importancia de esta laguna legal es, sin duda, hoy día menor dada la comentada previsión en la Propuesta de Directiva 95/C 128/06 de la posibilidad de «establecerse» en el país de acogida por parte de estos y otros profesionales jurídicos con la titulación de origen.

91. Vid. artículos 12, 13 y 14. Incluso se recogen como anexos los modelos de solicitud para el reconocimiento del título de abogado y/o procurador así como para la admisión a tales pruebas de aptitud en ambos casos.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de esta exposición ha sido tratado el tema de la libre circulación de personas en el sector de la abogacía en su doble vertiente de «libre prestación de servicios» y «derecho de establecimiento», con los requisitos exigidos en cada caso. Fundamentalmente y como ha sido visto, éstos son mayores para el último supuesto en cuanto se impone la necesidad de colegiación y, en su caso, si así se deseara, el reconocimiento de su titulación de origen para lo cual será necesaria la realización de un período en prácticas y/o prueba de aptitud a tenor de la legislación comunitaria y estatal señalada. No en vano tal derecho de establecimiento implica la apertura por parte del abogado europeo de un despacho profesional para el ejercicio habitual de la profesión en igualdad de condiciones a los abogados nacionales, razón por la que también los requisitos han de ser idénticos a los exigidos para éstos.

Todo ello trae el temor en nuestro país[92] de una posible «invasión» europea que compita y en muchos casos sature el mercado nacional de la abogacía, ya de por sí cada vez más «excedentario». Sin embargo, ello implica de la visión del problema desde una perspectiva única cual es, desde el punto de vista español, la importación de abogados no nacionales comunitarios. Pero es que tal derecho de establecimiento ha de ser contemplado en una doble dirección; es decir, como la posibilidad también para los abogados españoles de instalarse en la Europa comunitaria, por ejemplo, mediante la apertura de despachos de ámbito europeo e internacional, posibilidad esta última que ya viene realizándose desde algunos sectores[93].

Para ello no habrá más remedio que aproximar las condiciones y formación académica de nuestros abogados españoles a la de sus colegas europeos. Formación similar que debe abarcar no sólo a la Licenciatura

92. Temor al que hizo referencia C. SUÁREZ GONZÁLEZ, Decano del Colegio de Abogados de Vizcaya y además Presidente de la Comisión internacional del Consejo General de la Abogacía así como de la delegación española del Consejo europeo de Abogados (CCBE) en su exposición «Despachos profesionales nacionales e internacionales: su organización básica y su especial proyección en el ámbito de la Unión Europea» en las Jornadas organizadas por los Colegios de Abogados y Procuradores bajo el título *Hacia la abogacía y procuradoría del siglo XXI* (Burgos, diciembre 1996).

93. Pensamos en grandes despachos y asesorías jurídicas implantados en ciudades como Madrid y Barcelona con sede también en otras ciudades europeas, por ejemplo Bruselas; estos despachos se han especializado de modo preferente en Derecho Comunitario y llevan a cabo la contratación, junto con abogados españoles, de abogados de otras nacionalidades europeas.

de Derecho sino también a los estudios posteriores e incluso paralelos que deberá adquirir el futuro abogado español en su nuevo perfil comunitario. Nos estamos refiriendo, pues, a aspectos tales como la realización de cursos en las Escuelas de Práctica Jurídica de ámbito provincial e incluso la superación de la llamada «pasantía» obligatoria[94] al tiempo que la adquisición de conocimientos extrajurídicos (por ejemplo, el aprendizaje de algún idioma europeo) a efectos de reunir los instrumentos materiales necesarios para el ejercicio de la profesión jurídica en la nueva Europa comunitaria.

Únicamente a partir de esta preparación académica y humana será posible el desarrollo de tal derecho de establecimiento por parte de los abogados españoles en régimen de igualdad con los nacionales comunitarios de cada uno de los países socios. Y aún más; también las mejoras de este tipo en la formación jurídica hará factible a los abogados españoles «defenderse de la competencia» de sus colegas comunitarios en su deseo de instalarse en la España de finales de siglo. Todo ello en aras de contribuir a un aumento de la calidad —y no sólo de la cantidad— de los servicios prestados por los servicios jurídicos a un cada vez mayor número de consumidores nacionales y europeos.

Por tanto y en conclusión, consideramos positiva la adaptación en sede nacional de la legislación comunitaria y con ello la asunción de los nuevos postulados europeos, sin que ello implique la desaparición ni perjuicio de nuestros profesionales. Por el contrario, creemos que ello contribuirá como decimos a una mejora de la calidad profesional en el sector de la abogacía a nivel estatal y europeo así como a la apertura de un nuevo horizonte desde esta proyección comunitaria. Y nuestros futuros profesionales deben —y pueden— afrontar este reto.

94. Pasantía que, con una mayor o menor duración, se exige como requisito previo al ejercicio de la abogacía en todos los países del área comunitaria y de ahí su previsión, en términos generales, en el Proyecto del Estatuto General de la Abogacía (art. 13.2).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN EL PROCESO CIVIL TRAS SU REFORMA POR LEY 1/96

DAVID VALLESPÍN PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

1. Economía y Proceso. — 2. El coste del proceso en el marco de un modelo constitucional de proceso justo. — 3. La Justicia Gratuita: concepto, naturaleza y fundamento. — 4. El Beneficio de Justicia Gratuita en la LEC tras la Reforma 34/84. — 5. La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1996 y su desarrollo reglamentario: 5.1. Principios inspiradores de la reforma; 5.2. Ámbito personal de aplicación del derecho a la asistencia jurídica gratuita; 5.3. Criterios para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita; 5.4. El contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita; 5.5. El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita; 5.6. Financiación pública.

1. ECONOMÍA Y PROCESO

La configuración del proceso como obra del ser humano de carácter dinámico, exige la realización de una actividad múltiple que a través del empleo de tiempo y energía va a provocar la necesidad de invertir una suma de dinero.

El coste económico del proceso que en cuanto a su cuantía, va a

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

depender de su amplitud, duración y complejidad [1], nos coloca ante la necesidad de hacerle frente, para lo cual es obligado determinar quiénes, en qué circunstancias y dentro de qué limitaciones deben sufragar los gastos ocasionados, porque de acuerdo con CARNELUTTI [2], es posible comparar el proceso con la curación de una enfermedad, en el sentido de tomar en consideración tanto su rendimiento como su coste.

Aun cuando en el Estado actual se pone a cargo de los contribuyentes la mayor parte de la sufragación del coste del proceso, a través de la articulación de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos como un «servicio público», es obligado constatar que no todos los gastos del proceso se sufragan por el Estado, sino que algunos van a cargo de los propios litigantes, o incluso, terceros intervinientes, pues frente al ideal de la gratuidad total de la justicia y para evitar la masificación de reclamaciones judiciales, parece más acorde el seguimiento de un principio de *justicia distributiva* en el que el coste del proceso sea soportado por quien ha hecho necesaria la intervención del juez y ha ocasionado los gastos derivados de su desarrollo [3].

Surge así, la noción amplia de «gastos procesales» para comprender en su interior, por una parte, todos aquellos desembolsos económicos que tienen en el proceso su última razón de ser y que han de ser sufragados por los litigantes e interesados, y, por la otra, las inversiones y presupuestos que el Estado destina al servicio de la Justicia [4].

En el seno de esta categoría genérica puede individualizarse, no sin dificultades, el concepto más restringido de «costas procesales» [5], que si bien en una primera aproximación parece hacer referencia a aquellos desembolsos económicos que han de efectuar las partes por los gastos producidos por el proceso directamente [6], lo cierto es, que su enumeración

1. GUASP, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aguilar, Madrid, 1943, pág. 1167.

2. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, 1938-II.

3. COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Cedam, Padova, 1970, pág. 250 y VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *De la Condena en Costas*, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 34/84)*, coordinados por Cortés Domínguez; Tecnos, Madrid, 1985, pág. 250.

4. GUASP, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, *obr. cit.*, pág. 1167.

5. En este sentido, véanse: COUTURE, Eduardo J. *Condena en costas al vencedor*, en sus *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1989, págs. 337 y ss; DE MIGUEL y ALONSO, Carlos. *Los costos y las costas en el proceso civil español*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1969, 4, págs. 901-939.

6. PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*, I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, págs. 295-296.

no puede efectuarse de modo apriorístico, sino a través de los conceptos que exclusivamente pueden incluirse en la tasación de las costas [7].

Los «gastos procesales» son, como bien precisa RAMOS MÉNDEZ [8], de muy variada índole y naturaleza: algunos como las consultas con los letrados, gestiones extraprocesales, costes de certificaciones y documentos y gastos de viaje, vienen determinados por gestiones de carácter previo al proceso; otros, aluden a los desembolsos que se efectúan ya iniciado el proceso, pero al margen de las actuaciones procesales, como sucede, por ejemplo, con el pago de las posibles sesiones de preparación de testigos; y, por último, no debemos olvidar aquella categoría a la que nos hemos referido con la denominación de «costas procesales».

Partiendo de la constatación de la imposibilidad de proceder a definir de forma apriorística las «costas procesales», bajo esta denominación es obligado comprender un elenco de partidas que pueden clasificarse en dos grandes grupos: el primero, engloba los derechos de los Procuradores, honorarios de los Abogados, indemnizaciones a funcionarios judiciales, así como los honorarios de los peritos e indemnizaciones de testigos que hayan intervenido en el pleito; el segundo, comprende las demás costas procesales, como cumplimiento de auxilio judicial, publicidad o Registro, según criterios que en la práctica de las tasaciones son generalmente aceptados.

La estimación global de los «gastos procesales» va a repercutir en la carestía del proceso y en su correlativa rentabilidad y eficacia, pues sólo podrán ser recuperados por los litigantes aquéllos que se integran en la categoría estricta de las «costas procesales», siempre que exista una condena en costas a la parte contraria [9].

7. VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *De la Condena en Costas*, obr. cit., pág. 488. Sobre el análisis de la tasación de costas, véase el artículo del mismo autor *De la tasación de costas*, en la obra colectiva *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, coordinada por Albácar López; Ed. Trivium, Madrid, 1994, págs. 1414 y ss.

8. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho Procesal Civil*, I, Bosch, Barcelona, 1992, págs. 685-686.

9. Respecto a la excesiva duración del proceso civil moderno que comporta la disminución de su rendimiento, véanse entre otros: BECEÑA. *Costas en el procedimiento civil*, Revista de Derecho Privado, 1922, pág. 33; MORELLO, Augusto M. *El Proceso Justo (Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos)*, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, La Plata, 1994, pág. 634; MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *La ineficacia de las reclamaciones judiciales de cantidad en España*, Revista Jurídica de Catalunya, 1972, pág. 65; RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El umbral económico de la litigiosidad*, Revista Justicia, 1996-I, págs. 14-15; y SATTA, Salvatore. *Commentario al Codice di Procedura Civile*, I, Ed. Francesco Vallardi, Milán, 1950-1960.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La problemática relación entre la «economía» y el «proceso» [10], debe solucionarse mediante una estimación de las garantías propias del proceso debido, en las que éstas no sean observadas única y exclusivamente desde una perspectiva teórica, sino desde un enfoque no distanciado de la realidad, en el que los justiciables se encuentren en condiciones socio-económicas para poder poner en movimiento la maquinaria judicial [11].

2. El coste del proceso en el marco de un modelo constitucional de proceso justo

Frente a la comprensión excesivamente amplia del derecho a la tutela judicial efectiva con desvirtuación del derecho a un proceso con todas las garantías, derivada de la interpretación del TC [12] y de la mayor parte

10. Esta coordinación es constatada expresamente por Francescini. *Il patrocinio gratuito nel diritto giudiziario civile*, Fratelli Bocca Editore, Torino, 1903, pág. 2.

11. Trocker, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione (Problemi di Diritto tedesco e italiano)*, Giuffrè, Milán, 1974, pág. 295.

12. Al respecto es posible individualizar cuatro posibles interpretaciones por parte de nuestro máximo intérprete constitucional: a) la primera ha optado por considerar que el art. 24 de la Constitución en sus dos epígrafes, previene dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado en cuanto a su espacio procesal, pues el segundo de ellos apunta necesariamente a las llamadas garantías procesales, mientras que el primero, al consagrar el derecho a la tutela judicial efectiva establece una garantía previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto (STC 46/82, de 12 de julio, BOE. 4 agosto, Sala Segunda. Rec. amparo: 419/81, Ponente: Plácido Fernández-Viagas, FJ.2); b) la segunda concluye que el derecho a la tutela judicial efectiva despliega sus efectos en tres momentos distintos: derecho a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia, es decir, estima que en el derecho a la tutela judicial efectiva se comprenden todos los que se establecen en los dos párrafos del art. 24 CE (STC 90/83, de 7 de noviembre, BOE. 2 diciembre, Sala Primera. Rec. amparo: 381/82. Ponente: Rafael Gómez-Ferrer); c) la tercera ha intentado abordar la distinción entre los derechos reconocidos en el artículo 24 CE a través de su distinto ámbito, englobando en el párrafo primero, el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho matriz que incluye el derecho al proceso debido, y limitando el segundo párrafo del precepto a ser exclusivamente funcional en presencia de las garantías en él expresadas y en el concreto orden del proceso penal (STC 24/81, de 14 de julio, BOE. 20 julio, Sala Primera. Rec. amparo: 6/81. Ponente: Manuel Díez de Velasco, FJ.3); d) la cuarta, ante el entremezclamiento en algunas Sentnecias de los contenidos correspondientes a ambos incisos del art. 24 CE: (STC 9/82, de 10 de marzo, BOE. 22 marzo, Sala Segunda. Rec. amparo:. Ponente: Francisco Tomás y Valiente, FJ.1; STC 89/86, de 1 de julio, BOE. 22 julio, Sala Primera. Rec. amparo: Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero, FJ.2; STC 205/89, de 11 de diciembre, BOE. 11 enero 90, Sala Segunda. Rec. amparo: Ponente: Eugenio Díaz Eimil, FJ. 2; STC 1/92, de 13 de enero, BOE. 13 febrero, Sala Segunda. Rec. amparo: Ponente: José Gabaldón López, FJ.3; STC 381/93, de 20 de diciembre, BOE. 27 enero 94, Sala Primera. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero, FJ.2; STC 175/94, de 7 de junio, BOE. 9 julio, Sala Primera. Rec. amparo: 925/92. Ponente: Carlos de la Vega, FJ. 4.); y ante la falta de vislumbración clara de lo que debe entenderse incluido en el contenido del derecho al proceso debido pese a su configuración con sustantividad propia en determinadas Sentencias (STC 50/82, de 15 de julio, BOE. 18 agosto, Sala Segunda. Rec. amparo: 4/82. Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra); defiende una visión intermedia en la que se estima que el art. 24 debe interpretarse de modo integrador, porque si bien sus dos párrafos aseguran el derecho a la tutela judicial efectiva, mientras el primero se desenvuelve de modo global comprendiendo el acceso a la jurisdicción y la respuesta demandada de los órganos jurisdiccionales, el segundo, realiza el modo de discurrir del proceso a través del correcto ejercicio de los instrumentos procesales (Sirva de ejemplo, por su claridad, la STC 124/84, de 18 de diciembre, BOE. 11 enero 85, Sala Segunda. Rec. amparo: Ponente: Antonio Truyol Serra, FJ.6).

de nuestra doctrina [13], estimamos que lo más correcto hubiese consistido en articular la configuración de un «modelo constitucional» del proceso justo, tal y como señala Gimeno Sendra [14], mediante la diferenciación

13. Al respecto es posible individualizar un conjunto de autores que con mayor o menor enfásis colocan el acento en el derecho a la tutela judicial efectiva en detrimento del derecho a un proceso con todas las garantías: Aja Fernández, Eliseo. *Prólogo* a la obra de Ruiz-Ruiz, Gregorio. *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Civitas, Madrid, 1991; Almagro Nosete, José. *Comentario al art. 24 de la Constitución*, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, coordinadas por Alzaga, Edersa, Madrid, 1983, págs. 51 y ss; Alonso García, Enrique. *El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los Tribunales*, en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor García de Enterría, Tomo II, Madrid, 1991, págs. 973 y ss; Álvarez Conde, Enrique. *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 174 y ss; Bandrés Sánchez-Cruzat, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, págs. 101-102; Cano Mata, Antonio. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 24 de la Constitución)*, Edersa, Madrid, 1984, pág. 10; Díez-Picazo, Luis. *Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva*, Poder Judicial núm. 5, 1987, págs. 41 y ss; Figueruelo Burrieza, Ángela. *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 69 y ss; Gómez-Ferrer Morant, Rafael. *La tutela judicial efectiva como derecho fundamental. De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Seminario de Profesores de la Universidad de la Facultad de Derecho IFC, Zaragoza, 1985, págs. 27-28; González Montes, José Luis. *Notas en torno al derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en la Constitución Española*, en la obra colectiva *El Poder Judicial*, vol. III, *obr. cit.*, pág. 1478; González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 43 y ss; Herrero Perezagua, Juan Francisco. *Algunas consideraciones sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, La Ley, 1988, págs. 1161 y ss; Piñel López, Enrique. *El derecho a la tutela jurídica por los Tribunales de Justicia*, en la obra colectiva *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, vol. I, 1983, pág. 298; Serrano Alberca, José Manuel. *Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales: un análisis del art. 24 de la Constitución*, A.D.H, núm. 3, Madrid, 1984-1985, pág. 494.

14. Gimeno Sendra, Vicente. *El derecho a un proceso «administrativo» con todas las garantías*, en *XIII Jornadas de Estudio sobre los Derechos Fundamentales (II), vol. I,* Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, págs. 23-24.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

entre los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con todas las garantías que se encuentran unidos por la interdicción de la indefensión.

En el marco de este modelo constitucional, es donde debemos incardinar, precisamente, el análisis de la problemática relación entre el coste y la eficacia del proceso, porque si bien este coste es uno de los «peajes» indispensables que debemos pagar por la tramitación de un proceso [15], no lo es menos, que su desproporción con la realidad del justiciable nos coloca ante una situación de mero garantismo formal [16], que debe ser superada a través de la articulación de variados instrumentos que mediante el desarrollo de la denominada «política social de la justicia» [17], nos lleven a conseguir la existencia de una igualdad no sólo formal, sino también sustancial entre los litigantes.

Si los medios económicos de los ciudadanos se transforman en un auténtico presupuesto para que éstos puedan ejercitar válidamente las garantías constitucionales de acción y defensa al utilizar la Administración de Justicia [18], es obligado considerar que para ciertas personas, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías, corren el riesgo de transformarse en vanas promesas, salvo que el ordenamiento jurídico contemple determinados instrumentos e institutos, como el *beneficio de asistencia jurídica gratuita*, dirigidos a hacer posible también para los pobres la defensa en juicio de sus derechos e intereses legítimos [19].

15. MORELLO, Augusto M. *El Proceso Justo*, obr. cit., pág. 366.

16. En esta dirección de pensamiento, véanse las reflexiones apuntadas por CHIARLONI, Sergio. *Formalismi e Garanzie. Studi sul Processo Civile*, Giappichelli Editore, Torino, 1995, págs. 174-175, en el sentido de reclamar la necesidad de poner coto a la «involución formalista de la cultura de las garantías», en que son tomadas en consideración por sí mismas, sin analizar el contexto y fin de su aplicación; y RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El sistema procesal español*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 122, sobre la necesidad de que el juicio tenga un «coste razonable».

17. CHIAVARIO, Mario. *Processo e Garanzie della Persona*, II, Giuffrè, Milán, 1984, págs. 371 y ss.

18. ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis. *Contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional*, en la obra colectiva *El Poder Judicial*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 431.

19. TROCKER, N. *Processo Civile e Costituzione*, obr. cit., págs. 298-299.

3. La Justicia Gratuita: Concepto, naturaleza y fundamento

Como bien significan MONTERO AROCA y GÓMEZ COLOMER [20], una de las cuestiones más importantes que ha preocupado con insistencia desde la instauración del *Weltfare State*, ha sido la de crear positivamente las condiciones orgánica, legislativa y administrativamente necesarias para que de la tutela jurisdiccional no quedaran excluidas aquellas personas que por sus escasos ingresos económicos, no pudiesen hacer valer sus derechos en juicio.

En relación a las «costas procesales» se han esbozado distintos puntos de vista, pudiéndose distinguir, por una parte, a quienes fundándose en la configuración de la Administración de Justicia como un servicio público en el que las partes no deben ser de peor condición según sus condiciones económicas, abogan por una Justicia Gratuita [21], y, por otra, a quienes basándose en argumentos como la evitación de la excesiva litigiosidad o la necesidad de que pague más quien utiliza con mayor frecuencia el servicio de la Justicia, estiman más oportuno optar por la organización eficaz de la «asistencia jurídica gratuita» para las personas menos pudientes, en un marco de actuación general en que se persiga la mayor reducción posible del coste global de nuestro proceso civil [22].

Esta segunda opción interpretativa es la que parece recepcionar expresamente el art. 119 CE [23], al entenderse el beneficio de justicia gratuita como un instituto facilitador del derecho de acción y del principio de igualdad de armas, de modo similar a como ocurre en el art. 24.III de la Constitución italiana de 1947 [24], y superando la falta de referencia expresa de otros ordenamientos constitucionales como el alemán en el que, sin embargo, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declara-

20. MONTERO AROCA, Juan. y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *De la Justicia Gratuita*, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 34/84)*, coordinados por Cortés Domínguez; Tecnos, Madrid, 1985, pág. 41.

21. Este punto de vista encuentra su apoyo, en gran medida, en las ideas del gran filósofo y jurista inglés Jeremías BENTHAM.

22. GUASP, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aguilar, Madrid, 1943, págs. 1168-1169; VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *De la Condena en Costas*, obr. cit., pág. 428.

23. Una visión interpretativa de la significación del art. 119 de la Constitución Española y la relevancia de su discusión parlamentaria, la encontramos en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *¿Es posible actualmente la administración gratuita de la justicia entendida de forma relativa, en España?*, Justicia 1982-III, págs. 79 y ss.

24. Art. 24.III Constitución Italiana: «Sono assicurati ai non abbienti, con appositi instituti, i mezzi per agire e defendersi davanti ad ogni giurisdizione».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

do expresamente que la institución de la asistencia judicial tiene el valor de un principio imperativo de derecho constitucional.

El problema del acceso a la Justicia para los pobres no se soluciona con la simple gratuidad, sino que lo más importante es resolver cómo aquellas personas menos dotadas económicamente pueden hacer uso del proceso en condiciones de eficacia a la luz del principio de «igualdad de armas» [25].

El instrumento más característico que tradicionalmente se dirige al logro de estos objetivos, viene representado por el *gratuito patrocinio* en Italia [26], el *Armenrecht* en Alemania [27], las tendencias de asistencia judicial del *indigent civil defendant* en el ámbito anglosajón, especialmente norteamericano [28], la *asistencia jurídica gratuita* en España, y la previsión de determinadas cláusulas propias de los textos internacionales sobre la protección y garantía de los derechos fundamentales del hombre [29].

25. El proceso civil no realiza en sí necesariamente el principio de igualdad de armas, pero a partir de la dicción literal del art. 6.º CEDH, todo Estado que haya aceptado la Convención de Estrasburgo, debe adecuar su proceso civil en dos sentidos: a) el mecanismo procesal no debe crear sin una razón aceptable situaciones de menor defensa de una parte respecto a la otra u otras, por el hecho de que ocupen una distinta posición procesal; b) las situaciones sustanciales no deben determinar la preferencia de una parte sobre la otra, cuando ésta no sea recabable de la propia disciplina del Derecho material.

26. Sobre su regulación a lo largo del presente siglo, véanse, entre otros: CHIAVARIO, M. *Processo e Garanzie della Persona*, II, obr. cit., págs. 376 y ss; CAPELLETTI, Mauro. *La giustizia dei poveri*, Foro Italiano, 1968-V, págs. 114 y ss; COMOGLIO, L. P. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, obr. cit., págs. 321 y ss; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El beneficio de pobreza*, Bosch, Barcelona, 1982; PIZZORUSSO, Alessandro. *L'art. 24,3.º comma, della Costituzione e le vigenti disposizioni su gratuito patrocinio*, Foro Italiano, 1967-V, págs. 1 y ss; TROCKER, N. *Processo Civile e Costituzione*, obr. cit., págs. 295 y ss; y *Assistenza legale e giustizia civile (Due studi sull'evoluzione dell'asistenza legale ai meno abbieni sul mondo contemporaneo)*, Giuffrè, Milán, 1979; VENTURA, Tommaso. *Appunti sul Gratuito Patrocinio*, Giuffrè, Milán, 1961; y VIGORITI, Vincenzo. *»Fumus boni iuris» e dirito d'azione e di difesa (art. 24 Cost. e art. 15. n.2. Legge sul gratuito patrocinio*, Rivista di Diritto Processuale, 1966, págs. 284 y ss.

27. Al respecto, véase la visión tradicional del sistema ofrecida por TROCKER, N. *Processo Civile e Costituzione*, obr. cit., págs. 295 y ss; y el análisis comparativo con el caso español efectuado por GÓMEZ COLOMER, J. L. *El beneficio de pobreza*, obr. cit.

28. Sobre la realidad anglosajona véanse, por una parte, el análisis y la recopilación bibliográfica y jurisprudencial efectuados por COMOGLIO, L. P. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, obr. cit., págs. 331 y ss; y, por la otra, la visión ofrecida respecto al funcionamiento de la asistencia jurídica gratuita en Estados Unidos, por CID CEBRIÓN, Miguel. *La Justicia Gratuita. Realidad y perspectivas de un Derecho Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 73 y ss.

29. Obsérvense los arts. 6.3.c y 6.3.e del Convenio Europeo en que se reconocen respectivamente para el acusado imposibilitado de remunerar a un defensor de confianza, el derecho a la asistencia gratuita por un defensor de oficio cuando lo exijan los intereses de la justicia y el derecho para el acusado que no habla o no comprende la lengua empleada en el proceso, de la asistencia gratuita de un intérprete. La extensión de estas cláusulas al ámbito civil se encuentra recogida en la STEDH de 9 de octubre de 1979 (Caso Airey).

Centrándonos en el análisis del sistema español, bajo las denominaciones de *beneficio de pobreza o defensa por pobre*, y la más actual de *asistencia jurídica gratuita*, se está haciendo alusión al derecho o privilegio procesal-constitucional que se reconoce a determinadas personas, en razón de su carencia o insuficiencia de medios económicos, para poder utilizar el proceso exonerándoles del pago de los gastos que con ello se originan [30].

La fundamentación moderna de este sistema de Justicia Gratuita no se encuentra en aquellos principios del Derecho Natural, la equidad, la caridad cristiana o la justicia social y solidaridad humana como se entendía en el Derecho Canónico [31], sino en la combinación dual de dos postulados que giran alrededor de la consideración de la Justicia Gratuita como responsabilidad de los poderes públicos y no como deber de honor de los abogados y procuradores [32]: el primero, referido a que las puertas de la Justicia deben estar abiertas a todos los ciudadanos por igual, de acuerdo con el principio de libre acceso a los órganos jurisdiccionales; y el segundo, que toma en consideración que a todos los ciudadanos debe dispensarse pronta y eficaz tutela jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos [33].

4. El Beneficio de Justicia Gratuita en la LEC tras la Reforma 34/84

La reforma introducida en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil por la Novela 34/1984, ha afectado de modo muy importante a la regulación de la Justicia Gratuita.

30. ENTRENA KLETT, Carlos María. *Problemas que plantea la efectividad de la tutela jurídica en nuestro derecho*, en la obra colectiva *El Poder Judicial*, II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 116.

31. Una visión de las plasmaciones legales y doctrinales de la influencia eclesiástica la encontramos en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Consideraciones históricas acerca del beneficio de pobreza*, Revista General del Derecho, 1982, núm. 453, págs. 851 y ss.

32. VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Beneficio de Justicia Gratuita*, obr. cit., págs. 602-603.

33. En este sentido, sirva de ejemplo la STC 16/94, de 20 de enero (BOE. 17 febrero). Pleno. Cuestión de Inconstitucionalidad: 41/90. Ponente: CARLOS VIVER PI-SUNYER, FJ.6.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El *beneficio de justicia gratuita* puede venir atribuido por una disposición legal en los supuestos en que estemos en presencia de una concesión general del beneficio por razones institucionales[34]; ser reconocido judicialmente caso por caso y en relación a las circunstancias económicas del solicitante[35]; y gozar de reconocimiento extrajudicial cuando estemos en presencia de declaraciones de gratuidad efectuadas en país extranjero, válidas entre nosotros por convenio internacional[36].

El reconocimiento judicial viene determinado por la concurrencia de determinados presupuestos: el estado económico del solicitante debe poder ser incluido en el seno de la previsión legalmente vigente[37], sin que concurran los supuestos en los que la inicial concurrencia de los requisitos debe ceder ante la existencia de signos externos demostrativos de la verdadera situación económica y social del solicitante[38]; el reconocimiento del derecho lo es para litigar por derechos propios[39]; y debe tratarse de una pretensión sostenible.

En la regulación de 1984 se contempla, al igual que ya sucedía en la redacción inicial de la LEC, la posibilidad de concesión parcial del beneficio para quienes sobrepasando el doble del salario mínimo

34. Entre las personas jurídicas que gozan de este reconocimiento legal pueden citarse: el Estado, las Comunidades Autónomas, las Diputaciones, los Ayuntamientos, los establecimientos benéfico-docentes, fundaciones culturales, instituciones benéficas o asistenciales de la Iglesia Católica, las Cajas de Ahorro y los Montes de Piedad.

35. Arts. 14 y ss LEC.

36. Acuerdo de España con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979; Convenio de la Haya sobre procedimiento civil, de 1 de marzo de 1954.

37. Art. 14: «Se reconocerá judicialmente el derecho a justicia gratuita a quienes tengan unos ingresos o recursos económicos que por todos los conceptos no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de solicitarlo». Art. 15: «No obstante, los Jueces y Tribunales, atendidas las circunstancias de familia del solicitante, número de hijos o parientes a su cargo, estado de salud, obligaciones que sobre él pesen, costo del proceso u otras circunstanscias análogas, podrán conceder excepcionalmente los beneficios comprendidos en los tres primeros números del artículo 30 de esta ley a las personas físicas cuyos ingresos o recursos económicos sean superiores al doble del salario mínimo interprofesional y no rebasen el cuádruplo». Art. 16: «Para conocer o denegar tal derecho, el Juez o Tribunal deberá tener en cuenta los ingresos o rentas del cónyuge del solicitante y los productos de los bienes de los hijos, destinados legalmente al levantamiento de las cargas familiares».

38. Art. 17 LEC: «No se reconocerá el derecho a justicia gratuita cuando el Juez o Tribunal infiera que el peticionario tiene medios superiores a los establecidos en los artículos anteriores por cualquier signo exterior o modo de vida.

La circunstancia de ser el solicitante propietario de la vivienda en que resida no constituye por sí mismo obstáculo para el reconocimiento del derecho, siempre que aquélla no sea suntuaria».

39. Art. 19 LEC: «Sólo se podrá litigar gratuitamente por derechos propios».

interprofesional no rebasen el cuádruplo[40]. A pesar de la dicción literal del precepto que parece abogar por el carácter puramente discrecional de su concesión[41], nos encontramos en presencia de un beneficio cuya concesión es un deber para el órgano judicial[42], ya que existe la obligatoriedad de concederlo cuando concurran los «presupuestos fácticos» previstos en la norma, y no de forma excepcional, ya que estamos en presencia de un verdadero derecho subjetivo con fundamento constitucional.

La demanda de Justicia gratuita en cuanto a su forma y contenido obedece a las características de la ordinaria de cualquier juicio declarativo, debiendo contener los datos necesarios que permitan conocer con exactitud la pretensión que se quiere hacer valer y la situación económica del solicitante y su familia[43], siendo posible, además, la solicitud en ella por el interesado del nombramiento de abogado y procurador del turno de oficio[44].

La demanda tiene un efecto inmediato sobre la gratuidad, puesto que supone su concesión provisional[45]. A diferencia de lo que sucedía en la regulación anterior a la reforma de 1984, no rige el aplazamiento del pleito con el que se tenía paralizado el pleito principal hasta que recayese sentencia firme[46], sino el criterio inverso según el cual la demanda y la tramitación del incidente no suspenderán el proceso principal, salvo las excepciones previstas legalmente[47].

La solicitud de pobreza, que puede considerarse un incidente del proceso principal, no sigue en la reforma 34/84 la tramitación propia del procedimiento incidental, sino la más sencilla y rápida del Juicio verbal civil[48]. Sin embargo, esta afirmación no debe conducirnos a considerar la naturaleza de este procedimiento como la de un proceso declarativo es-

40. Art. 15 LEC.

41. MONTERO AROCA, J. y GÓMEZ COLOMER, J. L. *De la justicia gratuita*, obr. cit., págs. 59-60.

42. VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Beneficio de Justicia Gratuita*, obr. cit., pág. 612.

43. Art. 20.II LEC.

44. Art. 20.III LEC.

45. Art. 24 LEC: «Las actuaciones del incidente, las del pleito principal y aquellas otras a que se refiere el párrafo último del artículo anterior se practicarán provisionalmente sin exacción de derechos, hasta que se resuelva el incidente».

46. Sobre la posible inconstitucionalidad de la regulación anterior a 1984, véanse las consideraciones efectuadas por ALMAGRO NOSETE, José. *Garantías constitucionales del proceso civil*, Justicia 1981, núm. especial, pág. 40.

47. Art. 23 LEC: «La demanda y la tramitación del incidente no suspenderá el proceso principal salvo cuando lo solicitaren todas las partes ...».

48. Art. 22 LEC.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pecial[49], porque nada impide que se le atribuya naturaleza incidental, al tratarse de una cuestión de carácter instrumental respecto a un asunto principal[50].

El art. 28 LEC, con superación de los inconvenientes de la regulación anterior, establece que una modificación sustancial de las circunstancias económicas del solicitante permite promover un nuevo procedimiento en que revisar la declaración efectuada con anterioridad, con lo que la decisión sobre el derecho a litigar gratuitamente se entiende sometida a la condición *rebus sic stantibus*.

El contenido específico de los beneficios económicos de los que disfrutan aquellas personas a quienes se les ha reconocido totalmente el derecho a la Justicia gratuita, son (art. 30 LEC): la exención del impuesto judicial[51]; la publicidad gratuita de anuncios o edictos en periódicos oficiales; la exención de constituir depósitos para realizar una determinada actividad procesal; y la designación de oficio de abogado y procurador.

Sin embargo, el art. 48.I LEC no exonera del pago de las costas a los que hubieren obtenido judicialmente el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso vinieren a mejor fortuna.

Con la nueva regulación de la Justicia gratuita se ha avanzado por su generosidad respecto a la vieja «defensa por pobre» que regulaba la LEC y se ha adecuado la terminología a las nuevas realidades de la época en que vivimos[52], pero no podemos estimar fuera de crítica la situación legal derivada de la reforma de 1984[53].

En primer lugar, es recusable la subsistencia de una gran multiplicidad de regulaciones legales sobre la gratuidad de la Justicia, pues con una regulación única o su disposición en una Ley especial, se ganaría en economía legislativa y se evitarían los riesgos de discrepancias cuando menos chocantes, al establecerse diferentes situaciones de «pobreza legal»[54].

49. MONTERO AROCA, J. y GÓMEZ COLOMER, J.L. *De la justicia gratuita*, obr. cit., pág. 76.

50. VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Beneficio de Justicia gratuita*, obr. cit., pág. 621.

51. Téngase en cuentra que las reformas legislativas posteriores a la Ley 34/84, estableciendo también en el campo civil la gratuidad de la justicia, han dejado vacío de contenido este apartado.

52. Sirva de ejemplo, la sustitución del criterio del doble jornal del bracero, por la más actual, del doble del salario mínimo interprofesional.

53. En igual sentido, VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Beneficio de justicia gratuita*, obr. cit., págs. 604 y ss.

En segundo lugar, la regulación de 1984 ha producido notables disfunciones, pues, por una parte, se demuestra insuficiente en determinados supuestos el auxilio económico concedido a las personas que carecen de medios económicos suficientes para tener acceso a la órganos jurisdiccionales; y, por la otra, existe un importante abuso del beneficio por el juego combinado de los arts. 20.III y 30 de la LEC, que ha provocado que personas con altos ingresos económicos soliciten abogado y procurador de oficio.

En tercer lugar, es innegable que muchos justiciables se aprovechan de la regulación legal del beneficio, puesto que mediante la solicitud de la designación de abogado y procurador de oficio sólo persiguen la paralización del procedimiento en cuestión.

Por último, tampoco debemos olvidar el conjunto de causas que colaboran en forzar la inoperatividad del beneficio de justicia gratuita con vulneración correlativa de preceptos constitucionales[55]: lentitud del proceso, coste de la justicia, e ignorancia respecto al derecho de las clases menos pudientes.

Ante el importante elenco de problemas derivados de la regulación por Ley 34/84 de la Justicia gratuita, no es de extrañar que se hayan alzado gran número de voces abogando por una reforma que finalmente se ha acometido en 1996, a través de la *Ley y el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita*.

5. La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1996 y su desarrollo reglamentario

5.1. *Principios inspiradores de la reforma*

La regulación del derecho a la justicia gratuita que desde la Ley 34/84 se contenía en los arts. 13 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha

54. Sirva de ejemplo, la existente entre el empleo en la LECrm. del viejo criterio del «jornal del bracero de la localidad», y su derogación en el art. 14 LEC, a través de la consideración del «salario mínimo interprofesional», puesto que en virtud de esta regulación existen diferentes «pobres» y es posible la concesión del beneficio con más generosidad en un proceso penal que en uno civil.

55. Un elenco exhaustivo de éstas, lo encontramos en MONTERO AROCA, J. y GÓMEZ COLOMER, J. L. *De la justicia gratuita*, obr. cit., págs. 47 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sido objeto de reforma a través de la Ley 1/96, de Asistencia Jurídica Gratuita, de 10 de Enero (BOE. 12 enero 1996),[56] y del Real Decreto 2103/96, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE. 24 septiembre 1996).

La nueva normativa viene a unificar el nuevo sistema de justicia gratuita, frente a la dispersión legislativa que lo había presidido hasta ahora, con las lógicas consecuencias de claridad y certeza que redundan, en definitiva, en un incremento de la seguridad jurídica[57].

Con la finalidad de remover los obstáculos que impiden a los ciudadanos más desprotegidos el acceso a la tutela judicial efectiva en el marco de un proceso justo, la nueva normativa ha operado una notable transformación en el contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita, al configurarlo de forma más amplia[58].

De igual modo, la Ley supone un nuevo avance en la protección de los ciudadanos que careciendo de recursos económicos necesitan acceder a la tutela judicial para ver satisfechas sus legítimas pretensiones o defendidos sus derechos, por lo que como se deduce de su propia Exposición de Motivos, llega más lejos que la regulación anterior con relación a los criterios previstos para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita[59].

El principal próposito de la Ley de 1996 consiste en la denominada «desjudicialización» del procedimiento a seguir para obtener el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, optándose por el seguimiento de unas pautas que configuran dicha función como una actividad esencialmente administrativa. Sin embargo, esta conclusión no significa que los órganos jurisdiccionales pierdan todo su peso en el reconocimiento, ya que la Ley garantiza el control judicial sobre la aplicación efectiva del derecho, en vía de recurso[60].

El objetivo legal de proporcionar a los ciudadanos que lo precisen un sistema rápido y eficaz de justicia gratuita, se articula, como hasta ahora, sobre la base de un servicio público prestado por la Abogacía y la Procuraduría, bajo financiación pública[61].

En atención a lo expuesto en las líneas precedentes, podemos concluir que La Ley 1/1996 determina enteramente el contenido material de la asistencia jurídica gratuita, como conjunto de prestaciones asociadas al derecho reconocido en el art. 119 CE, y define las normas generales a las que debe sujetarse el procedimiento para su reconocimiento. Establece, asimismo, las pautas generales de organización y funcionamiento de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuitas, encomendando una parte fundamental de su gestión a los Colegios de Abogados y de Procuradores y a sus Consejos Generales, y fija las bases de su financiación con cargo a fondos de naturaleza pública.

Sin embargo, por su propia naturaleza, las determinaciones contempladas por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita son generales, por lo que requieren el complemento y desarrollo de los principios, reglas y directrices legales por vía reglamentaria (Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre, BOE. 24 de septiembre 1996).

5.2. *Ámbito personal de aplicación del derecho a la asistencia jurídica gratuita*

El derecho a la asistencia jurídica gratuita puede venir atribuido de conformidad con el art. 2 de la Ley 1/96 y con el alcance previsto en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia en los que España sea parte: en primer lugar, a los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar; en segundo lugar y, en todo caso, a aquellas Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; en tercer lugar, a las asociaciones de utilidad pública, previstas en el art. 4.º de la Ley 191/84, reguladora de las Asociaciones, cuando acrediten insufiencia de recursos para litigar, y, por último, a las Fundaciones inscritas en el Registro administrativo correspondiente, cuando acrediten la insufiencia de recursos para litigar.

De acuerdo con la Disposición adicional segunda, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley, tendrán también reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, por un lado, la Cruz Roja Española, sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar, y, por otro, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, en los términos previstos en el art. 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Igualmente, existe como antes, también la posibilidad de que el derecho a la asistencia jurídica gratuita se conceda directamente por la ley

56. La presente Ley tiene efectos derogatorios sobre los arts. 13 a 50 LEC.
57. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El nuevo régimen del beneficio de la asistencia jurídica gratuita*, La Ley, 1996-2, pág. 1579.
58. Infra. 5.4.
59. Infra. 5.3.
60. Infra. 5.5.
61. Infra. 5.6.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

al Estado, las Comunidades Autónomas y Entes Estatales, Organismos Autónomos, Universidades y otros organismos públicos, que lo tengan reconocido por sus propias normas, a las que no afecta la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

5.3. *Criterios para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita*

La nueva Ley ha establecido un mecanismo dual en relación a los criterios para reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita: por una parte, un criterio objetivo para el reconocimiento del derecho basado en la situación económica de los solicitantes; y, por la otra, un criterio complementario de apreciación subjetiva acorde con nuestra propia jurisprudencia constitucional, que posibilita efectuar el reconocimiento del derecho a aquellas personas cuya situación económica excede el modulo legal pero que, sin embargo, afrontan circunstancias de una u otra índole que deben ser ponderadas y que hacen conveniente su reconocimiento.

Frente a aquellos sistemas que se sirven de una regla general como la de no poder soportar los gastos del proceso sin dejar de atender el sustento del propio litigante o de su familia[62], que comporta graves problemas de incerteza y disparidad, estimamos más acertada la posición «ecléctica» por la que ha optado el legislador patrio, tanto en 1984 como en 1996, en cuanto que se combina la dureza de la tasación económica legal y la posibilidad de ponderación de otras circunstancias.

El art. 3 de la Ley 1/96 establece que se reconocerá el derecho a la asistencia jurídica gratuita, para litigar por derechos propios, a aquellas personas físicas que no dispongan de recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, por encima del doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de formalizar la solicitud.

En el caso de las personas jurídicas reflejadas en el art. 2 —asociaciones de utilidad pública conforme a la ley y fundaciones inscritas— se entiende que la insuficiencia de medios económicos para litigar existe cuando su base imponible en el Impuesto de Sociedades fuere inferior a

62. Así, por ejemplo, en el parágrafo 114 y tabla correspondiente de la ZPO alemana de 1877, reformada en su totalidad en cuanto al beneficio de pobreza por la *Prozezzkostenhifegesetz*, de 13 de agosto de 1980, que entró en vigor el día 1 de enero de 1981; y en el páragrafo 63 de la ZPO austríaca, reformada por la *Verfahrenshilfe* de 19 de diciembre de 1973.

la cantidad equivalente al triple del salario mínimo interprofesional en cómputo anual[63].

En el art. 4 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, y a los efectos de determinar y comprobar esta insuficiencia de recursos económicos para litigar, se tendrán en cuenta junto a las rentas y circunstancias que declare el solicitante, los signos externos que manifiesten su real capacidad económica, negándose el derecho, cuando dichos signos sean tales que desmientan la declaración del solicitante, revelando con evidencia que éste dispone de medios económicos que superan el límite cuantitativo fijado legalmente.

El criterio subjetivo complementario de la situación económica del solicitante en cuanto al reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, se ubica en el art. 5 de la Ley 1/96, cuando el legislador establece que en atención a las circunstancias de familia del solicitante, número de hijos o familiares a su cargo, estado de salud u obligaciones económicas que sobre él pesan, costes derivados de la iniciación del proceso y otras de análoga naturaleza, objetivamente evaluadas, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita ante la que presente la solicitud podrá conceder el reconocimiento del derecho a aquellas personas que si bien tienen recursos por encima del doble del salario mínimo interprofesional, no exceden del cuádruplo de dicho salario.

Pese a la dicción literal del precepto, no debemos estimar que el reconocimiento del derecho amparado en el art. 5 de la Ley, sea una mera cuestión discrecional, sino un deber para el órgano judicial, porque existe la obligatoriedad de concederlo cuando concurran los requisitos fácticos previstos en la norma.

En la previsión de este reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita para litigar en las circunstancias del art. 5, se delimita una de las novedades de la nueva regulación en relación a las previsiones derivadas de la redacción de la LEC, porque el legislador en la Ley 1/96 ha optado por permitir la configuración total de la extensión del derecho, incluyendo todas las prestaciones que lo integran[64].

Sin embargo, la posibilidad de configuración total de la extensión del derecho en atención a las circunstancias familiares y económicas,

63. Art. 3.6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Sorprende que no haya referencia alguna a la posibilidad de que gocen de la asistencia jurídica gratuita las demás personas jurídico-privadas que carezcan de recursos para litigar; a diferencia del derogado art. 13 LEC.

64. Al respecto, véase el apartado 4.º de la Exposición de Motivos de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

siempre que los ingresos no sobrepasen el cuádruplo del salario mínimo interprofesional, no implica que siempre deban incluirse todas las prestaciones que lo integran, pues será la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, la que deberá determinar expresamente qué beneficios de los contemplados en el art. 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, y en qué proporción, son de aplicación al solicitante.

La sostenibilidad de la pretensión principal es un requisito esencial para la concesión de la asistencia jurídica gratuita[65], que si bien puede ser puesto en entredicho desde el punto de vista del principio de igualdad y de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa[66], aparece justificado en atención a tres argumentos: en primer lugar, el interés de carácter general inherente a la propia finalidad del proceso y la necesidad de impedir el empleo de éste con fines distintos de aquellos para los que está pensado; en segundo lugar, el empleo de una fórmula «sostenibilidad» que se caracteriza por su notable elasticidad que supera viejas formulaciones que hacían referencia a las expectativas de éxito en la causa; y, en tercer lugar, la existencia de una interpretación de la valoración de la sostenibilidad que se apoya en el examen de las situaciones en que no estemos en presencia de una pretensión clara y manifiestamente insostenible[67].

Antes de proceder a analizar el procedimiento para el reconocimiento de este derecho, es obligado precisar, por un lado, que la asistencia jurídica gratuita en el transcurso de una misma instancia se extiende a todos sus trámites e incidencias, incluida la ejecución, pero no podrá aplicarse a un proceso distinto; y, por otro, que no se reconocerá esta asistencia al actor una vez presentada la demanda, o al demandado una vez formulada la contestación, salvo que en su solicitud acrediten ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que las circunstancias y condiciones necesarias para su obtención sobrevinieron con posterioridad a la demanda o contestación, respectivamente[68].

65. Art. 32 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

66. VIGORITI, Vincenzo. *«Fumus boni iuris» e diritto d'azione e di difesa (Art. 24 Cost. e art. 15.2 legge sul patrocinio gratuito)*, Rivista di Diritto Processuale, 1966, págs. 284 y ss.

67. Un análisis de estas argumentaciones con referencia a los modelos alemán e italiano, plenamente aplicable al caso español, lo encontramos en TROCKER, N. *Processo Civile e Costituzione*, obr. cit., págs. 322 y ss.

68. Arts. 7 y 8 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

5.4. *El contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita*

La presente Ley opera una notable transformación en el contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita, configurándolo de forma más amplia, porque frente a los beneficios hasta ahora recogidos en la LEC[69], el nuevo sistema dispone en el art. 6, un derecho más completo y garantizador de la igualdad de las partes en el proceso.

Así, se añaden a los beneficios ya consagrados por nuestro ordenamiento jurídico como propios del derecho a la asistencia jurídica gratuita, nuevas prestaciones como el asesoramiento y la orientación previos a la iniciación del proceso[70], la asistencia pericial en el mismo[71], y la reducción sustancial del coste para la obtención de escrituras públicas y documentos notariales y de aquellos emanados de los Registros Públicos, que pueden ser precisos para las partes en el proceso.

Por lo que hace referencia a la designación de abogado y procurador de oficio, el art. 27 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, claramente relacionado con el art. 6, dispone que el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita llevará consigo la designación de abogado y, cuando sea preciso, de procurador de oficio, sin que en ningún caso puedan actuar simultáneamente un abogado de oficio y un procurador libremente elegido, o viceversa, salvo que el profesional de libre elección renunciara por escrito a percibir sus honorarios o derechos ante el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y ante el Colegio en el que se halle inscrito. Si el derecho no fuera reconocido, los profesionales intervinientes podrán recibir de sus defendidos o representados los honorarios correspondientes a las actuaciones que hubieren practicado.

En relación a los Servicios de Orientación Jurídica, cada Colegio de Abogados contará necesariamente con un servicio que asumirá, además de las funciones que le asigne la Junta de Gobierno, el asesoramiento previo a los peticionarios de asistencia jurídica gratuita, la

69. Véase el art. 30 de la LEC, comentado supra. 4.

70. En relación a la previsión de organismos extrajudiciales de consulta jurídica con los que obviar los inconvenientes derivados de la ignorancia respecto al derecho de las clases menos pudientes, pueden consultarse, entre otros: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania*, Justicia, 1984-II, págs. 263 y ss; TROCKER, N. *Processo Civile e Costituzione*, obr. cit., págs. 357 y ss; y más recientemente, CID CEBRIÓN, M. *La Justicia Gratuita. Realidad y perspectiva de un derecho constitucional, obr. cit.*, pág. 30.

71. En relación a su significado y forma en que abonar los honorarios, véanse los arts. 38 y ss. del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

información sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para su reconocimiento y el auxilio en la redacción de los impresos normalizados de la solicitud[72].

Pese a la amplitud que hemos referido respecto al contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita, hemos de concluir que la amplia consideración de beneficios y prestaciones contemplados en la nueva regulación, no supone la exoneración del pago a los condenados en costas que hubiesen obtenido el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, o a quienes la tuvieran legalmente reconocida, porque éstos quedaran obligados a pagar las causadas en su defensa y las de la parte contraria, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso vinieren a mejor fortuna[73].

5.5. *El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita*

La evaluación del cumplimiento de los requisitos para gozar del reconocimiento judicial del derecho a la asistencia jurídica gratuita no es en sentido estricto una función jurisdiccional, pero se ha mantenido así tradicionalmente en nuestra legislación procesal, como sucede en la regulación de la LEC, en que, por una parte, la demanda se interponía ante el Juez o Tribunal que conozca o vaya a conocer del proceso, con la forma y características de la ordinaria de cualquier judicio declarativo; y, por la otra, se seguía la tramitación propia del Juicio verbal civil[74].

La Ley de 1996 ha optado en sus arts. 9 y ss. por la *desjudicialización* del procedimiento para reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita[75], trasladándose este reconocimiento a sede administrativa con base a dos argumentos: el primero, basado en la necesidad de descargar a los órganos jurisdiccionales de una tarea que queda fuera de los margenes constitucionales de la potestad jurisdiccional; y el segundo, sustentado en la utilidad de agilizar la resolución de las solicitudes de los ciudadanos mediante una tramitación sumaria y normalizada.

72. Art. 21 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.
73. Art. 36 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.
74. Sobre el procedimiento civil derogado, véase: MONTÓN REDONDO, Alberto. *Tramitación y alcance de la Justicia gratuita en el proceso civil*, Revista Justicia, 1985-IV, págs. 797 y ss.
75. Esta orientación deriva, sin duda, de la asunción por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico del carácter enteramente público de la prestación (v. arts. 30 y 37 a 41 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

El reconocimiento de este derecho pasa a convertirse en una actuación que descansa, por un lado, en el trabajo previo de los Colegios profesionales, que inician la tramitación ordinaria de las solicitudes, analizan las pretensiones y acuerdan designaciones o denegaciones provisionales; y, por el otro, en la actuación de unos nuevos órganos administrativos, denominados Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, como órganos normalmente responsables de la decisión final, y en cuya composición están representadas las partes intervinientes en el proceso[76].

El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se instará por los solicitantes ante el Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados del lugar en que se halle el Juzgado o Tribunal que haya de conocer del proceso principal, o ante el Juzgado del domicilio del solicitante si el proceso no se hubiere iniciado. En este último caso el órgano judicial dará traslado inmediato de la petición al Colegio de Abogados territorialmente competente[77].

76. En relación a las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, el art. 3 del Reglamento dispone que estarán presididas por un miembro del Ministerio Fiscal, que será designado por el Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia o, en su caso, de la Audiencia Provincial, formando parte de las mismas: un Abogado del Estado designado por el Director general del Servicio Jurídico del Estado, un funcionario que ocupe un puesto de trabajo cuyo desempeño corresponda a funcionarios pertenecientes a Cuerpos o Escalas del Grupo A, el Decano del Colegio de Abogados de la provincia, o el abogado que aquél designe, el Decano del Colegio de Procuradores de la provincia, o el procurador que aquél designe.

Tal y como se deduce de la lectura del art. 6 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, el funcionamiento de estas Comisiones se ajustará a lo establecido en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y, con carácter general, se regirá por lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para los órganos colegiados.

Las funciones que corrresponden a las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita son: reconocer o denegar el derecho a la asistencia jurídica gratuita, confirmando o modificando, en su caso, las decisiones previamente adoptadas por los Colegios profesionales; revocar el derecho cuando concurran las circunstancias previstas en el art. 19 de la Ley 1/1996; efectuar las comprobaciones y recabar la información que a lo largo de la tramitación de las solicitudes de asistencia jurídica gratuita se estimen necesarias y, en especial, requerir de la Administración Tributaria correspondiente la confirmación de la exactitud de los datos de carácter tributario alegados por los solicitantes; recibir y trasladar al Juzgado o Tribunal el escrito de impugnación de las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan o denieguen el derecho; tramitar las comunicaciones relativas a la insostenibilidad de la pretensión presentada por los abogados; y supervisar las actuaciones de los Servicios de Orientación Jurídica, y actuar como órganos de comunicación con los Colegios profesionales (art. 7 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita).

77. Art. 12 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y art. 9 de su Reglamento.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Tal y como dispone el art. 13 de la Ley, en la solicitud deberán hacerse constar, acompañando los documentos que reglamentariamente se determinen para su acreditación, los datos que permitan apreciar la situación económica del interesado y de los integrantes de su unidad familiar, sus circunstancias personales y familiares, la pretensión que se quiere hacer valer y la parte o partes contrarias en el litigio, si las hubiere.

La solicitud del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso. Sin embargo, con la finalidad de evitar que el transcurso de los plazos pueda provocar la preclusión de un trámite o la indefensión de cualquiera de las partes, el Juez, de oficio o a petición de éstas, podrá decretar la suspensión hasta que se produzca la decisión sobre el reconocimiento o denegación del derecho a litigar gratuitamente, o la designación provisional de abogado y procurador si su intervención fuese preceptiva o requerida en interés de la justicia. Cuando la presentación de la solicitud se hace antes de iniciar el proceso y la acción pueda resultar perjudicada por el transcurso de los plazos de prescripción, ésta quedará interrumpida siempre que dentro de los plazos establecidos por la Ley no sea posible nombrar al solicitante abogado y, de ser preceptivo, procurador del turno de oficio que ejerciten la acción en nombre del solicitante[78].

Lo más positivo de esta regulación es que la suspensión del proceso puede beneficiar no sólo al demandante, sino también al demandado, lo cual no estaba contemplado en la legislación derogada[79].

En el caso de que el Colegio de Abogados constate que existen deficiencias en la solicitud o que la documentación que se ha presentado es incompleta, lo comunicará al interesado, requiriéndole para que la complete en el plazo de díez días[80].

Si de la solicitud y sus documentos justificativos resulta acreditado que el peticionario se encuentra incluido en el art. 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, el Colegio de Abogados, subsanados los defectos observados, procederá a la designación provisional de abogado, comunicándolo al Colegio de Procuradores, para que cuando sea preceptivo se designe procurador que asuma la representación. Por el contrario, si el Colegio de Abogados entiende que el peticionario no

78. Art. 16 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.
79. GÓMEZ COLOMER, J. L. *El nuevo régimen del beneficio de la Asistencia Jurídica Gratuita*, obr. cit., pág. 1587.
80. Art. 14 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y art. 10 de su Reglamento.

cumple las condiciones, o que la pretensión principal contenida en la solicitud es manifiestamente insostenible o carente de fundamento, notificará al solicitante que no ha efectuado el nombramiento provisional, procediendo a trasladar la solicitud a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita[81].

Del expediente correspondiente y las designaciones provisionales efectuados, se dará traslado a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para su verificación y resolución[82], y cuando el Colegio de Abogados no dicta resolución alguna en el plazo de quince días, se faculta al solicitante para que reitere su solicitud ane la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita[83].

Tal y como establece el art. 17 de la Ley 1/1996, para la verificación de la exactitud y realidad de los datos económicos declarados por el solicitante del derecho a la asistencia jurídica gratuita, la Comisión podrá realizar las comprobaciones y recabar la información que estime necesarias. La Comisión, realizadas estas comprobaciones, dictará resolución, en el plazo máximo de treinta días, contados a partir de la recepción del expediente, reconociendo o denegando el derecho a la asistencia jurídica gratuita y, en el caso contemplado en el art. 5, determinando cuáles de los beneficios son de aplicación a la solicitud. Si transcurre este plazo sin que la Comisión resuelva expresamente, se entenderá que quedan ratificadas las decisiones previamente adoptadas por el Colegio de Abogados y el Colegio de Procuradores, sin perjuicio de la obligación de resolver de dicho órgano administrativo[84].

El reconocimiento del derecho implica la confirmación de las designaciones de abogado y de procurador efectuadas provisionalmente por los Colegios profesionales. Por contra, si la Comisión desestima la pretensión, las designaciones provisionales quedarán sin efecto y el peticionario deberá, en su caso, abonar los honorarios y derechos ocasionados por su intervención[85].

Ahora bien, todo este diseño presidido por la actuación administrativa, no supone que los órganos jurisdiccionales pierdan todo su papel en el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, porque la Ley garantiza suficientemente el control jurisdiccional de la aplicación efectiva del derecho, autorizando su capacidad para decidir sobre el mis-

81. Art. 15 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.
82. Art. 11 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.
83. Art. 13 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.
84. Art. 17 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.
85. Art. 18 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mo, en vía de recurso, ya que no debemos olvidar que estamos en presencia de un derecho de indudable relevancia constitucional[86].

En cuanto a la impugnación de la resolución, el art. 20 de la Ley 1/96, dispone que quienes sean los titulares de un derecho o interés legítimo podrán impugnar las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan o denieguen el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

A la vista de este nuevo diseño procedimental podemos concluir que las previsiones de la Ley 1/96, al indicar que los Colegios iniciarán la tramitación de las solicitudes y acordarán de modo provisional la denegación o designación de los abogados y procuradores de oficio, y que más tarde las Comisiones decidirán sobre el reconocimiento del derecho, dejando a salvo la posibilidad del recurso ante el Juez; favorecen en gran medida, la descarga de las tareas de los órganos jurisdiccionales, agilizando la resolución de las solicitudes y evitando que se empleen como una mera herramienta dilatoria en el marco del proceso.

5.6. *Financiación pública*

La financiación de la asistencia jurídica gratuita cuando fuere pertinente, precisa un sistema rápido y eficaz que se articula sobre la base de un servicio público, prestado por la Abogacía y la Procaduría, sufragado con fondos igualmente públicos, tal y como ya se contempló como paso inicial a la Ley de enero de 1996, en el RD 108/95, de 27 de enero (BOE. 15 de febrero), sobre las medidas de instrumentación para la subvención estatal a la asistencia jurídica gratuita.

En este sentido, el Capítulo IV del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita dispone que el Ministerio de Justicia subvencionará, con cargo a sus dotaciones presupuestarias, la implantación y prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita por los Colegios de Abogados y de Procuradores.

El importe máximo de la subvención que podrá destinarse por los Colegios y Consejos Generales a atender los gastos derivados del funcionamiento operativo de los servicios de asistencia jurídica gratuita, de las unidades encargadas del asesoramiento y la orientación previos al proceso a los ciudadanos y de la calificación provisional de las pretensiones

86. VÁZQUEZ SOTELO, J. L: *Beneficio de Justicia Gratuita*, obr. cit., págs. 605-606.

solicitadas, no podrá superar, bajo ningún concepto, el 8 por 100 del crédito total consignado en el presupuesto para cada ejercicio.

Del art. 30 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita se deduce la gestión colegial de la subvención, pues los Consejos Generales de la Abogacía y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España serán los encargados de distribuir entre sus respectivos Colegios el importe de la subvención que corresponda a cada uno, en función del número de actuaciones profesionales realizadas y acreditadas por éstos ante los citados Consejos Generales, durante el semestre anterior al de cada libramiento, y de los baremos establecidos en el art. 31 de este Reglamento[87].

* * * * *

Una vez expuestos los principios inspiradores de la Ley 1/96 y su desarrollo reglamentario, tan sólo señalar que como toda nueva normativa, la relativa a la asistencia jurídica gratuita, requiere un período de «rodaje» para poder constatar si las ventajas delineadas teóricamente por el legislador tienen también plasmación práctica.

Con la nueva regulación de 1996 se ha avanzado en la subsanación de las deficiencias que fueron en su día puestas de manifiesto por la doctrina procesal con relación a la previsión del *beneficio de justicia gratuita* en la Ley de Enjuiciamiento Civil[88]. Sin embargo, esta afirmación no debe conducirnos a estimar que no subsistan problemas que continuen reclamando solución, pues el elevado coste del proceso pone de manifiesto que la Administración de Justicia no está al alcance de todos, ya que aquellas personas que superen mínimamente los topes establecidos legalmente, en muchas ocasiones no podrán litigar, al tener que hacer frente a las costas en el supuesto de no triunfar[89].

En relación al modo en que resolver las posibles carencias del sistema de asistencia jurídica gratuita organizado por los Colegios profesiona-

87. La retribución de los abogados y procuradores designados de oficio se realizará conforme a bases económicas y módulos de compensación fijados en atención a la tipología de los procedimientos en los que intervengan dichos profesionales (art. 31 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita).

88. Véase, supra. 4 y 5.

89. Una superación de este inconveniente de acuerdo con GÓMEZ-COLOMER, Juan-Luis. *La Ley alemana de 13 de agosto de 1980 sobre ayuda para costas procesales*, Justicia 1984-I, págs. 243 y ss; podría articularse a través del seguimiento de los postulados de esta Ley.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

les, no somos partidarios de optar por el establecimiento de un Cuerpo de funcionarios-abogados, que se encarguen especialmente de esta tarea[90], porque con ello no sólo no se estaría garantizando el desempeño correcto de la defensa del pobre, sino que también se estarían aportando a este ámbito los males endémicos que se observan en otros terrenos de la Administración.

Por el contrario, como bien significa VÁZQUEZ SOTELO[91], se debe proseguir en el perfeccionamiento del Servicio de Asistencia Jurídica Gratuita, mediante la mejora de la selección de los profesionales que deben asumir el patrocinio en cada caso, así como su retribución.

90. GÓMEZ COLOMER, J. L. *El beneficio de pobreza*, obr. cit., págs. 224.
91. VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Beneficio de Justicia Gratuita*, obr. cit., págs. 603-604.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

METAFÍSICA TERMINOLÓGICO-VISIONARIA DE UN NUEVO SISTEMA JURISDICCIONAL Y APLICACIÓN DE LA LÓGICA PALAÉSTRICA AL MISMO

JOSÉ FRANCISCO ESCUDERO MORATALLA
Secretario Judicial y Profesor
Universidad de Girona
JOSÉ ANTONIO SORIA CASAO
Juez en prácticas

(La *lógica palaéstrica* es un término empleado por George Christoph Lichtenberg, utilizado en su obra *«Aforismos»*, que significa la lógica o argumentación que se empleaba en las palestras, sitios o parajes en que se celebraban ejercicios literarios públicos, o en los lugares donde se discutía o controvertía acerca de algún asunto).

SUMARIO:

I. Introducción. — II. El servicio de la justicia. — III. El marco legal. — IV. El cambio de mentalidad como presupuesto para la aplicación de un nuevo sistema judicial. — V. Medidas para una concepción en la aplicación del derecho: A) La nueva Secretaría Judicial; B) Las reformas procesales: 1. La ejecución como competencia propia del Secretario; 2. Atribución de nuevas facultades al Secretario. — VI. La actividad de ejecución del Secretario Judicial. — VII. Atribución de nuevas facultades al Secretario Judicial. — VIII. Conclusión.

I. Introducción

«Estas hojas de Quevedo son como las de tabaco, de más vicio que provecho, más para reír que para aprovechar». (Baltasar Gracián., Criticón II, 4).

Del mismo modo que se indica en la cita de Baltasar Gracián, pudiera parecer, que las reflexiones y pensamientos contenidos en el presente trabajo son más fruto de una mente calenturienta que de un estudio serio, sobrio y razonado, cuando ello no es así. Más aún, acaso... ¿no hay muchas situaciones en las que hemos de reír por no llorar?

En una sociedad sujeta a continuos cambios, a redefiniciones el mundo de la justicia no puede discurrir ajeno a estos hechos y por ello, hoy por hoy, hay sectores y aspectos del mundo de la justicia, que no dan una respuesta adecuada a lo que el ciudadano tiene razonablemente derecho a esperar de la misma y que hacen oidos sordos a lo que la sociedad demanda en estos momentos: una Justicia más rápida y eficaz, que dé una respuesta equitativa en un plazo razonable y de forma comprensible.

En nuestros días, el punto de arranque para efectuar el análisis es más sólido que años atrás. Los problemas de la justicia ya no son principalmente cuantitativos, como pudieran ser la falta de medios económicos y materiales, sino cualitativos, como la gestión del presupuesto, la redistribución de medios, la reorganización de la Secretaría, la necesaria reforma procesal que homogeneize la pluralidad de procedimientos, etc.

Se trata de establecer un sistema judicial, no sólo independiente y constitucional, sino técnicamente capaz de resolver en un plazo razonable, los conflictos que se planteen ante el mismo, salvaguardando las garantías y la realidad existente en cada momento [1].

El Derecho no existe «*per se*», para ser objeto de reflexiones y elaboraciones académicas, sino para ser aplicado. La aplicación es el centro de gravedad de todo sistema jurídico y su piedra de toque. Un sistema jurídico, es un «*proyecto*» para regular y organizar la vida social, en el que existe una tensión entre lo que es y lo que debe ser, y esta tensión entre la norma y la realidad es un rasgo insoslayable de la vida jurídica y social. Si un sistema jurídico en su conjunto no puede alcanzar ese grado razonable de cumplimiento, no puede considerarse satisfactorio para los intereses generales de la comunidad.

1. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. Editorial Aranzadi 1994 de José Antonio Soria Casao y José Francisco Escudero Moratalla.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Pero bajo su aparente sencillez la frase «*aplicación del Derecho*», encierra algunos equívocos. El Derecho se aplica, cuando los ciudadanos ajustan su conducta a las normas que aquél establece. Pero cuando no se produce esta aplicación pacífica, el Estado o la Comunidad, tiene otros órganos destinados a aplicar el Derecho a los casos concretos que susciten dicha intervención. Esto es lo que conocemos como jurisdicción, que es la función que consiste en aplicar el Derecho a los casos concretos, y los órganos jurisdiccionales típicos, son los Tribunales de Justicia, aunque otros órganos de distinto carácter, administrativos por ejemplo, suelen tener también atribuciones jurisdiccionales. Cuando se habla de aplicación del Derecho en sentido estricto, se piensa en la aplicación del Derecho, realizada por los Tribunales de Justicia y ello es explicable, ya que los mismos representan la última garantía de que el Derecho se cumplirá [2].

A su vez esta aplicación del Derecho dentro de un sistema jurídico, genera como consecuencia necesaria, un grado relativo de diligencia y rapidez en el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Como decía Jouvert, «*la justicia es la verdad en acción*». La verdad la establece el Juez o el Magistrado, pero si se producen dilaciones en su búsqueda o en su cumplimiento, no se puede hablar con propiedad de justicia; «*la estupidez o impericia de los Tribunales, afecta a la soberanía de las Leyes*», decía el emperador León en su Novela 118; un proceso excesivamente largo, es injusto por naturaleza.

Incluso las palabras de Sócrates, vertidas en la obra de Platón, «Critón o el deber del ciudadano», tienen hoy, un valor testimonial para el derecho:

«¿Crees tú —dice—, que puede durar mucho y no venirse abajo un Estado, en el que no tienen fuerza las sentencias dictadas por los Tribunales...?» [3].

II. El servicio de la justicia

La Justicia como organización y su manifestación como servicio público.

Al margen de posiciones doctrinales, enfoques ideológicos o intere-

2. Introducción al Derecho de Ángel Latorre. Editorial Ariel 1976, página 84.
3. Apología de Sócrates de Platón. Editorial Austral 1985, página 80.

ses de grupo en cuanto a la consideración de la Justicia como servicio público, lo que resulta poco discutible es que la administración necesite una organización, y por ello debe sujetarse a los principios generales por los que se rigen las organizaciones y sociedades.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado a través de Juzgados y Tribunales, impone la inequívoca relevancia de estas funciones. Que la justicia funcione bien no es una demanda social coyuntural o esporádica, o una moda, sino necesidad constante y permanente; acentuada, en un Estado social y democrático de Derecho, en el que la justicia se identifica como uno de los cuatro valores superiores del ordenamiento jurídico, junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político.

El hombre dentro de una comunidad, inventando «*lo jurídico*», no ha hecho más que cumplir y llevar a cabo un acto de psicología aplicada (*Edmon Lorión*). Por ello, el Juez se puede concebir como un sujeto incardinado dentro de una sociedad y con una tarea específica: materializar la administración de justicia a través de una serie de procesos jurídicos que se han desarrollado en el seno de una sociedad sobre la que se van a aplicar. De este modo, cabría concebir las sentencias y demás resoluciones como verdaderas obras de ingeniería social (*Juez Holmes*), tamizadas por el barniz de la justicia.

Mal se podrá legislar y administrar justicia, si se carece de una clara concepción, exenta de ambiguedades, de lo que ha de ser la jurisdicción, su cometido, y de los medios personales y materiales que han de suministrársele para su constitucional ejercicio procesal. La interacción entre función y órgano es palmaria. Por ello el Estado debe poner a disposición de todos, el proceso, como instrumento de desarrollo propio de la potestad jurisdiccional y los titulares de las mismas han de satisfacer y servir los derechos e intereses legítimos y evitar cualquier indefensión, «*y evitar en todo momento que el sistema procesal se convierta en un cauce para la demora en el cumplimiento de las obligaciones*»[4], sentimiento y convicción, ampliamente arraigado en nuestra sociedad.

De este modo, el Estado social de nuestros días, eminentemente participativo y promotor, se encuentra en el trance de afrontar de lleno los problemas de la sociedad y entre ellos, remover los obstáculos entorpecedores de la eficacia de la justicia. El art. 9.2.º CE que es la expresión más clara y avanzada del Estado Social y Democrático de Derecho, dirigiéndose a todos los poderes públicos —y por tanto al judicial—, les impone promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sean reales y efectivas[5].

Como decía León Duguit:

> *«El Estado no es fenómeno de fuerza, sino protagonista y lazo de solidaridad social. Su fin es expresar e identificar dicha solidaridad. Su función no es dominar a los hombres, sino suscitar los medios que requiera su interdependencia. El servicio público, destinado a proporcionar prestaciones sociales, es la actividad esencial de la Administración. En el Estado moderno los gobernantes ya no encarnan una hipotética soberanía, sino que limitan su papel a gestores de intereses de la colectividad; el Estado es entonces un conjunto de servicios públicos, es decir, de actividades cuya prestación se debe asegurar, regular y controlar por los poderes públicos...»*

III. El marco legal

De este modo para aplicar las leyes y para posibilitar el derecho que tienen todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos recogido en el art. 24 de la Constitución Española, hay configurados una serie de cauces jurídicos a las controversias, que en la vida de relación entre los hombres han de surgir necesariamente, y que son objeto de estudio del Derecho rituario o procesal.

Esta rama del Derecho, configurada con autonomía propia el siglo pasado y calificada como derecho «*ancillar*» y «*vicariante*» respecto del resto de ramas del derecho, en tanto que era «esclavo» y «emisario» de las mismas (no podemos concebir la aplicación del derecho civil, sin la existencia de la LECiv.), hoy ha adquirido una relevancia inusitada. De hecho son la reforma de los procedimientos y la configuración de la Secretaría u Oficina judicial los dos temas más candentes que bien pudieran recordar la fábula de Eudes de Cherrington en la que los ratones habían celebrado asamblea para discutir algún medio a fin de protegerse del gato; y un ratón sabio propuso que se le pusiera una campanilla. Así se aprobó, pero un ratón preguntó que quien le pondría la campanilla. Todos dijeron que ellos no. En todos los ámbitos se señala la necesidad de la reforma, pero nadie se ha atrevido a llevarla a cabo. Es más, en el

4. Actualidad Jurídica Aranzadi n.º 163, página. Manifestaciones de María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

5. Conceptos Jurídicos Fundamentales de D. Antonio Hernández Gil. Tomo I. Editorial Espasa Calpe, páginas 805 y 809.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

campo procesal, desde hace muchos años, no ha existido una política legislativa estructurada y coherente. Las quejas sobre el lamentable estado de la legislación procesal se han echado siempre en saco roto. Los indicios demuestran que se ha legislado al azar, improvisando y respondiendo a estímulos que no parece que tengan nada que ver con una planificación legislativa consciente y conforme a programa. La lectura que un espectador pudiera hacer de alguna de las reformas de los últimos años, descubre matices que, buenos o malos, dejan al descubierto ciertas situaciones que, a veces, rozan el ridículo[6].

La célebre frase de Carnelutti «*la verdad es como el agua, o es pura o no es agua*», no ha impedido que sigan existiendo dos tipos de verdades: La verdad formal que se establece en las leyes y la verdad material que se aplica diariamente en los Juzgados y Tribunales. De un lado las leyes procesales de los distintos órdenes jurisdiccionales, muchas de ellas obsoletas, datadas en el siglo pasado y objeto de numerosas reformas urgentes y parciales, y de otro, las disposiciones reguladoras de la intervención de los sujetos dentro de este proceso (como la LOPJ de 1985, el Reglamento del Cuerpo de Secretarios, etc.), determinan una situación de inseguridad y confrontación que origina mendaces interpretaciones y usos arbitrarios tanto por acción como por omisión, de aquellos que intervinen en el proceso.

Parece imprescindible, llegado este momento fomentar un cambio de mentalidad y afrontar una serie de reformas, la primera de las cuales es cambiar el marco de relaciones entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, provocando una interpretación amplia del Título VI de la Constitución Española de 1978 y una reforma y adecuación de las Leyes procesales y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, con el fín de proceder a una racionalización y aprovechamiento de la organización jurisdiccional.

IV. El cambio de mentalidad como presupuesto necesario para la aplicación de un nuevo sistema judicial

«IUGULARE ALIQUEM GLADIO PLUMBEO». Matar con espada de plomo (Expresión de Cicerón, refiriéndose a la ineficacia de los medios empleados).

6. De como hacer las reformas procesales, en «Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén», de Ramos Méndez F., Valencia 1990, página 426.

Irrefutablemente desde la aparición de las primeras comunidades humanas, la idea de la justicia lleva aparejada connotaciones de carácter inmaterial, entendiéndose ordinariamente, como la divina disposición con que se castiga o premia, ó según merece cada uno (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española).

Así se justifica, según Antonio Truyol Serra, que en los mismos grupos tribales, sea el «chamán» o brujo, el depositario de esta función en tanto que aparece vinculado con un poder superior, de origen divino. O que Cicerón manifieste que IUSTITIA ERGA DEOS RELIGIO NOMINATUR, es decir, que la justicia cuando hace referencia a Dios se llama religión. O que Horacio diga que «*aunque la justicia se mueve despacio rara vez deja de alcanzar al culpable*», consecuencia lógica de la omnipotencia divina. Por ello Ulpiano, célebre jurisconsulto de la Escuela de Derecho de Beirut (junto a su maestro Papiniano y su compedágogo Paulo) dice que «*el Juez es el sacerdote de la justicia, es el que practica una verdadera filosofía y no finge hacerlo*». Aparece así la justicia revestida de una carácter divino y sobrenatural y el Juez como un ser ungido de esta virtud de inspiración deista.

Reminiscencia de ello, es que en el art. 117 CE diga que «*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey...*». Ello es fruto de la consideración del Rey como legítimo representante de Dios en la Tierra, convicción ampliamente arraigada a partir de la época de las monarquías absolutas, a partir de las cuales se ha elaborado la construcción teórica del Estado moderno por pensadores como Maquiavelo, Bodino o Guillermo de Occam[7].

Así se comprenden manifestaciones posteriores como las de F.Bacon, en su obra *Ensay of Judicature*, cuando dice que «*los Jueces son leones... pero leones bajo el trono*».

O en nuestras Partidas, en su Libro I, Título IV, Partida 3.ª, se transcribe: «*Jueces, que quiere decir homes buenos, que son puestos para mandar y para facer lo que es derecho*», y a su vez podrán «*crescer, toller o menguar la pena según entendieren que es guisado*».

O el propio Asso y De Manuel partiendo de la definición anterior dice en su obra Instituciones de Derecho Civil en el año 1.805 que: «*Debiendo ser home bueno, se deduce, que no pueden ser Juez, ni Alcalde, el de mala vida*».

O el propio José M.ª Manresa y Navarro afirmaba que «se llegará al

7. El régimen constitucional español de Jorge de Esteban. Editorial Labor Universitaria 1980.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

fin apetecido si los Jueces y Tribunales, se ajustan con recto criterio a la letra y al espíritu de la Ley y los letrados proceden con dignidad y consciencia en el ejercicio de su noble y elevada profesión» [8].

Todo ello ha determinado que sea la posición del Juez la acaparadora del ámbito de poder dentro y fuera el órgano jurisdiccional. Pero si antiguamente, el exigüo número de causas y la escasez de disposiciones normativas, permitía al Juez conocer el asunto desde el inicio hasta el final de la causa, en la actualidad, el aumento de la litigiosidad, la complejidad de los ámbitos normativos, permiten configurar el proceso como si fuese una pirámide escalonada. Al Juez le es imposible conocer de todos y cada uno de los trámites que se desarrollan en el órgano judicial y menos aún decidir sobre cada uno de ellos; o si llega a conocer ello supone un retraso innegable en la aplicación de la Justicia.

Haciéndose eco de este fenómeno han comenzado a surgir corrientes de opinión que abogan por un cambio de timón a la hora de racionalizar la actividad de los órganos jurisdiccionales. Así:

> *«La renovación de los instrumentos y métodos de trabajo y su racionalización no puede demorarse. Verdad es que la complejidad del aparato judicial impone una gran dificultad a la introducción de innovaciones, pero ello es algo perfectamente razonable, aunque sea con su esfuerzo»* [9].

O el mismo Fernado Salinas Molina en su trabajo «Causas que inciden en el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (1985)» afirmaba que la racionalización del trabajo brillaba por su ausencia, viene a confirmar esta opinión.

Es necesario pues, tomar conciencia de que el administrar justicia, es un servicio público, lo que implica dejar al margen el egocentrismo jurídico que ha primado en épocas anteriores y proceder en coherencia y con cautela a la reforma procesal de las leyes forenses y de las atribuciones a cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso que conforman la oficina judicial.

Esperemos que se tenga en cuenta aquello que decía D. José Ortega y Gasset, de que la sencillez y la claridad es la cortesía del legislador, y que no ocurra lo que Séneca denunciaba con grandilocuencia en uno de

8. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civl. Madrid 1887. Tomo II, página 546.

9. Organización y funcionamiento de la Administración de Justicia de Arturo Gimeno Amiguet. 1983, página 43.

sus testimonios, es decir CORRUPTISIMAE REPUBLICAE, PLURIMAE LEGES, o sea, que los Estados corruptos hacen muchas leyes.

Es la justificación del presente trabajo exponer algunas consideraciones acerca de la existencia de este «*puzzle procesal*», su superación y armonización, y aportar alguna luz, acerca de la oscuridad funcional en que se encuentra inmersa la distribución de funciones dentro de la Oficina Judicial.

V. Medidas para una nueva concepción en la aplicación del derecho

> *«El Derecho es la más bella invención de los hombres contra la Justicia». (Charles Delavigne).*

Aún a pesar de las manifestaciones vertidas en las páginas anteriores, en las que se proclama una revisión de funciones, de tal manera que se descargue al Juzgador de una serie de actividades que no son estrictamente decisorias, que son las que en exclusiva le reserva el artículo 117 de la CE, hemos de reconocer sin ambigüedades que en todo el Título VI de la CE, denominado «*Del Poder Judicial*», y tal vez esta sea la idea más diáfana de todo este estudio, el Poder Judicial aparece hoy, como el más seguro baluarte de la libertad...

> *«Como el compensador del efecto de la desdemocratización de la Ley; como la última esperanza contra los ataques de los derechos individuales por la Administración superinterventora de nuestros días; como el encargado de suplir los efectos de la Ley y mantener el prestigio del Derecho; como el último vigilante de la Constitución; como el controlador de la legalidad del Ejecutivo y de la legalidad de la legislación. El Poder Judicial, en resumen, se ha convertido en un auténtico poder. No es extraño que se haya llegado a decir que, el Estado actual tiende a convertirse en un Estado-Juez... Y es que, si un día pudo decirse que la legislación, constituía el acto sumo de la vida estatal, y más adelante se pudo hablar de un Estado-Administración, la creciente jurisdiccionalización de la vida permite fundamentalmente pensar, no ciertamente en un Estado-Juez, pues el legislativo y el ejecutivo conservan toda su importancia, pero si un Estado Jurisdiccional de Derecho, para indicar la nueva plaza que el Estado de nuestro tiempo ha ofrecido a la jurisdicción»* [10].

Sin perjuicio de todo ello, para lograr una aplicación de las normas

10. El Poder Judicial de Mosquera Sánchez, página 93.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

más racional y eficaz y aprovechar en la medida de lo posible las posibilidades que nos ofrecen los medios materiales y humanos que tenemos a nuestra disposición, creemos necesaria la adopción de las siguientes medidas:

A) Una nueva Secretaría Judicial.
B) Las Reformas Procesales.
   1. Fase de tramitación como competencia del Secretario.
   2. Fase de ejecución como competencia del Secretario.
   3. Atribución de nuevas facultades al Secretario.

A) *La nueva Secretaría Judicial*

La reforma de la Secretaría Judicial se ha convertido en un asunto ampliamente debatido durante los últimos años, en el ámbito interno del sistema judicial. Se habla recurrentemente del nuevo modelo de la Secretaría judicial, aún cuando en pocos documentos se ha expuesto de una manera global los principios básicos a que debe responder. Y esto se manifiesta porque en la actualidad no se puede afirmar categóricamente que la Oficina judicial responda a modelo alguno.

La organización del trabajo en Tribunales, Audiencias y Juzgados, obedece a un esquema propio de finales del siglo XIX, sobre el que han incidido de manera desordenada nuevas normas procesales, reformas de la estructura corporativa y profesional de quienes integran la Función Pública para la Justicia, modernas tecnologías... Pero todo ello, dejado a su propia inercia, con el único límite de las posibles dotes de organización, o no, de Jueces, Secretarios Judiciales o del mismo personal. En definitiva, una configuración propia de los aluviones[11].

Por ello, destaca el hecho de que en todo nuestro continente se observa el fenómeno de que las funciones judiciales no se realizan únicamente por el Juez, sino que más bien se produce una división del trabajo entre los distintos sujetos que ejercen la jurisdicción.

En primer lugar es necesario mantener la figura del Juez decisor —aún en la fase de ejecución—, con la obligada intervención en todo supuesto en que puedan ser lesionados o se afirmen los derechos fundamentales y libertades públicas. Reforzar su activa presencia en momentos determinantes del proceso: determinadas comparecencias y práctica de

11. Aspectos no jurídicos de la Administración de Justicia de Luis Fernando Crespo Montes. Boletín 1658 Ministerio de Justicia, página 173.

pruebas. Instaurarle como instancia a acudir en momentos esenciales de la tramitación, via recurso (art. 289 y 290 LOPJ).

En segundo lugar, reconceptualizar al Secretario Judicial, como responsable de la tramitación procesal y Jefe de la Oficina Judicial. En mente de todos, está el Decreto de Tasas Judiciales de 1959, que obligó al Secretario Judicial durante varios decenios a dedicar gran parte de su esfuerzo y atención, a recaudar dinero para el Estado procedente de los actos judiciales, apartándole del ejercicio real de las funciones que le dan sentido, como la Fe Pública y el trámite procesal. Superada esta situación, al Secretario corresponderían las primeras fases, admisión, etc, decisiones siempre susceptibles de recurso por la parte ante el Juez. Es aquí donde se deben conceder atribuciones al Secretario, no se trata de administrativizar la Justicia, ni de crear una parajurisdicción, sino de aprovechar una figura que actue hilando discreccionalidad con legalidad, que homogeneize y compacte el proceso, teniendo en cuenta lo que decía Platón de que NON OMNE QUOD LICET HONESTUM EST (es decir, que no es honesto todo lo que dice la Ley); se trata de racionalizar la Justicia atribuyendo al Secretario la tramitación del proceso, descargando en la misma medida, la función del Juez o Tribunal, que debe reservarse para la resolución de incidentes procesales, admisión de pruebas, adopción de medidas cautelares y decisiones de fondo.

Como dice A. Robledo Villar, las «*funciones del Secretario habrán de ampliarse y potenciarse sin controles innecesarios, que solo provocan un aumento en la complejidad de la tramitación. La futura reforma, deberá partir de la realidad de que la emanación de sentencias y resoluciones definitivas, no es exclusiva como tal, del Poder Judicial, sino que precisa la concurrencia de la Fe Pública Judicial, la intervención de juristas profesionales, la emisión de informes periciales, la intervención de los ciudadanos y el auxilio y apoyo de los funcionarios de la Administración de Justicia*».

Atribuir competencias a los Secretarios, vetando su resultado con inútiles controles, es desconocer la realidad del proceso y de la sociedad que lo rodea. Somos pues, un Cuerpo que reclama, trabajo, funciones propias y responsabilidad, al que sistematicamente se le han ido negando las peticiones formuladas por sus representantes. Parece que es hora ya de que en sintonía con las peticiones que demanda la sociedad, se comprenda que el Juez y el Secretario tiene como meta el mismo punto en el horizonte, que reclamando determinadas competencias, no hace sino reconocer y enaltecer el prestigio y dignidad de la función judicial.

En tercer lugar, provocar una inflexión del concepto de Fe Pública.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La Fe Pública es la fe del Estado, es la convicción del Estado en la certeza de un hecho o de una relación jurídica, que se impone a los particulares, abstracción hecha de su creencia individual, constituyéndose en la respuesta a una necesidad social, requerida por la exigencia de una cierta estabilidad en las relaciones humanas de modo tal que se garantice, tanto su evidencia, como su permanencia.

La transcendencia de la Fe Pública Judicial es tal, que se la considera como un poder del Estado que se impone de forma irresistible y supone la adhesión del propio Estado a la veracidad de determinados hechos por la seguridad que genera, que incluso puede volverse contra él mismo, acontecimiento impensable en los días de absolutismo más acentuado (*Jiménez de Parga*). Se la considera como un componente necesario de la validez del proceso y componente a la vez de la justicia que al ciudadano se le promete en la Constitución, integrando una auténtica potestad de documentación, de tal manera, que hasta ahora nuestro proceso existe gracias a esa documentación procesal (*Sáinz de Robles*), y en definitiva es una garantía de los derechos del justiciable en la tutela efectiva que la Constitución reconoce (*Ruiz Giménez*) y en su ejercicio aparece el Secretario Judicial, como un garante cotidiano de la Constitución (*Gimeno Sendra*); a tenor de los arts. 9, 10 y 24.2.º de dicha norma fundamental, causando extrañeza muchas veces la ignorancia de estas normas por los Jueces, en tanto que el Secretario, puede suponer un límite incómodo en el ejercicio jurisdiccional y un control de legalidad y veracidad que practicado con profesionalidad e independencia genera confianza en el justiciable y prestigio en la función judicial.

No se trata de imitar modelos como el americano, en el que la Fe Pública, no tiene transcendencia alguna, sino de delimitar su ámbito de aplicación por parte del Secretario Judicial, porque formulada en sus términos actuales impide una configuración operativa de la Secretaría Judicial, quedando habitualmente relegada a una cláusula de estilo en los documentos procesales.

Por ello se debe de adoptar estos criterios [12]:

a) Como en el futuro será cada vez más extensa la intervención del Secretario en la tramitación de los procesos, se irá reduciendo simultáneamente el ámbito posible de su intervención como fedatarios, pues no tendría sentido que dieran fe de los actos realizados por ellos mismos.

12. Notas para el concepto de fe pública. Rvta. Crítica de derecho Inmobiliario. Septiembre de 1943.

b) Conservará su sentido la Fe Pública cuando se trate de aportar a los procesos, materiales probatorios de carácter verbal, o en la extensión de actas de juicio, facilitándose la posibilidad de delegación en el funcionario competente, introduciendo además progresivamente medios técnicos de reproducción.

c) Recalificación del Cuerpo de Oficiales, destacando su importancia como colaboradores directos del Secretario Judicial. Para ello habría que exigirles una titulación superior (Diplomatura o Graduado Social), aumentar el número de Oficiales dentro de la plantilla del Juzgado en detrimento del número de funcionarios del Cuerpo de Auxiliares, facilitando su promoción por medio del desempeño de tareas propias del Secretario, e incluso con capacidad para dictar diligencias de ordenación a su nombre, confirmadas por el Secretario Judicial.

d) Ello implica delegar el ejercicio de otra serie de actos, como los de comunicación, que serán responsabilidad directa del funcionario que los realice. O las funciones de tesorería, derivadas de la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del BBV, claramente documentadas en sus asientos contables. O las referidas a funciones de pagaduría, abastecimiento o reposición de material que son puntualmente atendidas por las Delegaciones Territoriales de Justicia (las antiguas Gerencias).

La orientación seguida, responde a la convicción de que más que incrementar desmesuradamente el número de Magistrados y Jueces, se ha de potenciar y robustecer la infraestructura judicial que facilite un mejor desarrollo de la potestad jurisdiccional, dotándola al efecto, de las técnicas operativas necesarias, adaptando una visión integradora del Secretario dentro del órgano judicial. Así Lluis Muñoz Sabate, dice:

> *«Dentro de este tema de la reducción o estabilización del número de jueces, forzoso será dirigir una mirada al Secretariado Judicial, paradógicamente formado por funcionarios técnicos con preparación y capacidad similares a las exigidas para los jueces y cuya rentabilidad, puramente potencial, jamás ha sido actualizada. Obvio es decir que si se dotara a los secretarios de amplias facultades de organización de personal y servicios y unas funciones ordinarias del proceso con posibilidad resolutiva, dejándose para los ordenadores buena parte del trabajo mecánico que hoy día realizan, los jueces quedarían bastante descargados para poder rendir sus misiones peculiares de decisión sobre el fondo»* [13].

13. Estudios de Práctica Procesal de Lluis Muñoz Sabaté. Librería Bosch.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

B) *Las reformas procesales*

No cabe una reforma legislativa satisfactoria, si no va acompañada de la correspondiente adecuación procesal; causa que explica la existencia de disfuncionalidades dentro de cada orden jurisdiccional.

Una vez más nuestros legisladores están procediendo a efectuar las reformas legales, sin haber llegado a un entendimiento sobre la función que debe ser desarrollada por cada uno de los miembros integrantes de los órganos judiciales. El desarrollo y acometimiento de las funciones de calidad del Secretario Judicial ha de reputarse tímido y en ciertos aspectos confuso por la concurrencia de funciones con el Juez, acaso por latir una tópica desconfianza hacia el Secretario. Todo ello, necesariamente comporta la reforma de distintos preceptos de la LOPJ, pero que no afectaría a sus líneas estructurales básicas. Concretamente sería preciso modificar:

1. Sus disposiciones sobre ordenación de los procesos, atribuyéndosela exclusivamente al Secretario, sin necesidad de ningún refrendo judicial, bien mediante diligencia de ordenación o providencias, una dicotomía además demasiado confusa tanto en la Ley como en su aplicación cotidiana.
2. La ordenación de los procesos se realizaría por el Secretario a propuesta concreta, en cada caso, del Oficial encargado de su tramitación.
3. Habría que atribuir un alcance distinto al principio de fe pública, limitándola a la aportación de materiales a los procesos y atribuyéndola no sólo al Secretario sino también a otros funcionarios que intervengan en las actuaciones.
4. Habría que reconocer al Secretario plenas facultades en la organización del trabajo y unas primeras atribuciones disciplinarias.
5. Habría que reconocer a los Agentes de plena titularidad —actúan hoy siempre por delegación— de las funciones que realizan: actos materiales de significación jurídica.
6. El trabajo de los Auxiliares seguirá siendo de carácter burocrático, salvo cuando sustituyan a los Oficiales.

Con estos fundamentos se podría obtener un nivel más bajo de decisión en cuanto a las resoluciones de trámite, que permitiría que fuera el Secretario Judicial el encargado *prima facie* de la tramitación del proceso. Postura que viene reforzada por las Instrucciones al Secretario del Tribunal de Primera Instancia, de 3 de marzo de 1994, publicado en el

Diario Oficial de las Comunidades Europeas L-78/32, de 22 de marzo de 1994, que en sus artículos 6 y 7 encomienda al Secretario, como competencias propias, la admisión de documentos, la subsanación de defectos de la demanda, la admisión de la demanda, entre otros.

En este sentido, el que el Secretario asuma con carácter unívoco la tramitación, no supone la marginación del Juez del proceso, ya que éste goza de la facultd de revisar las decisiones del Secretario. Todo lo contrario, ya que se ganaría rapidez en la tramitación del proceso y el reconocimiento de una situación de hecho existente en muchos de nuestros Juzgados, evitando situaciones de *oudenopraxia* o pasividad jurisdiccional [14].

En cualquier caso, la responsabilidad de estas actuaciones quedaría en manos del Secretario, el cual al gozar de esta relevancia, debería abandonar el Ministerio de Justicia y pasar a formar parte del Consejo General del Poder Judicial, como en épocas pretéritas.

1. El secretario judicial y la ejecución como competencia propia

> *SCIRE LEGES NON HOC EST VERBA EARUM TENERE SED VIM AC POTESTATEM. En las leyes se ha de atender más a la intención del legislador, que a la significación aislada de los términos. (Celso).*

La intervención del Secretario Judicial en la ejecución de las resoluciones judiciales, está determinada por una serie de consideraciones que han de ser analizadas con carácter independiente para comprender con plenitud el abanico de posibilidades que nos ofrece el nuevo marco legal. Si Montesquieu decía que era esencial que las palabras de la ley, despierten en todos los hombres las mismas ideas, observaremos, como este no es el caso y de que manera, de un mismo supuesto de hecho, han surgido diversos modelos o interpretaciones.

a) La actividad

Dentro de la función jurisdiccional, entendida como toda aquella actividad que se desarrolla en el proceso, es necesaria la ordenación y documentación de la misma y de los hechos que la constituyen, lo cual facilita la consecución de una resolución sobre el fondo del asunto que

14. OUDENOPRAXIA, proviene de la palabra griega ouden que significa nada, ninguna. La oudenopraxia, es la práctica de no hacer nada.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

constituye la fase decisoria, atribuida al Juez y por último si a ello ha lugar, se produce una actividad de ejecución que tiende a que la voluntad jurisdiccional del órgano se lleve a cabo. La ejecución en sentido estricto tiene por finalidad, dar cumplimiento a las resoluciones ordinatorias y definitivas que se dicten por el órgano judicial dentro o fuera del proceso, siempre que ello aparezca preceptuado en las leyes. Implica una coerción que se manifiesta incluso requiriendo en caso de necesidad a la fuerza pública para vencer toda resistencia de las partes o de terceros ajenos al proceso. Toda actividad que busca el cumplimiento de las resoluciones judiciales, es de ejecución (requerimientos, embargos, depósitos, administraciones, fianzas, tasaciones, liquidaciones de condena, etc.). La diligencia de ordenación debe ser el cauce adecuado, a falta de otra resolución para tramitar estas actuaciones.

b) El órgano judicial

En principio, en la fase de ejecución participan el Juez, el Secretario y el Agente Judicial. La base de la ejecución es el Juez, quien es titular de la potestad jurisdiccional, el Secretario y el Agente Judicial están «*al servicio*» de la potestad, aunque el Secretario tenga atribuidas funciones específicas y propias.

Ello implica que es el juez quien despacha la ejecución y ordena los actos ejecutivos concretos. Junto a él, el agente judicial, que según el art. 487 LOPJ, es el «*ejecutor*» de embargos y lanzamientos, siendo en estos actos, «*la sombra del Juez*» (*Prieto Castro*), todo ello, a pesar de ser lego en derecho y que realiza dichos actos conjuntamente con el Secretario. Juntos forman la «Comisión Judicial», en ella, el Agente realiza los actos materiales y el Secretario da fe.

c) El marco legal y doctrinal

Tras la Constitución de 1978, la LOPJ de 1985 y el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, aprobado por R.D. 429/1988, de 29 de abril, parece abrirse camino una nueva interpretación de la intervención del Secretario Judicial en la fase de ejecución.

En primer lugar, la Constitución Española de 1978, en su Título VI, dedicado al Poder Judicial, en ninguna ocasión alude expresamente por su nombre a los Secretarios Judiciales, estableciéndose en el art. 122 de la CE, que una ley determinará el Estatuto de Jueces y Magistrados y del personal al servicio de la Administración de Justicia. De ello se desprende la siguiente conclusión: que los Jueces y Magistrados tienen un

estatuto jurídico distinto al personal al servicio de la Administración de Justicia, del cual participan los Secretarios Judiciales como consecuencia de su inclusión en el Libro IV de la LOPJ, que regula este personal, encomendándole «*el auxilio y colaboración con los Jueces y Tribunales*» (art. 454 LOPJ).

En segundo lugar, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que hemos de interpretar en sentido positivo, en tanto que puede formar parte de un marco legal beneficioso para el Secretario. De ella hablaremos más adelante, dejando claro de antemano, la necesidad de reforma en alguno de sus puntos.

Por último, el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales ha fortalecido el régimen procesal y orgánico de la figura del Secretario, ya que incide sobre aspectos que antes eran planteados de manera tangencial. Por ello el art. 1 habla del Secretario como:

1. Funcionario público de carácter técnico, que constituye bajo la dependencia del Ministro de Justicia, un Cuerpo Nacional Titulado Superior, al servicio de la Administración de Justicia.
2. Con carácter de Autoridad, ejerce con autonomía e independencia la fe pública judicial y desempeña las funciones de dirección de la oficina judicial y ordenación del proceso.

Como se aprecia de esta definición, la figura del Secretario, aparece configurada como personal no colaborador, sino cooperador de la tarea de administrar justicia, es decir, que realiza funciones propias de la actividad jurisdiccional distintas de las de decisión, como pueden ser la ordenación, la documentación, la comunicación y cooperación judicial como exclusivas del Secretario.

De este modo, la doctrina en gran parte desde la L.O.P.J., considera que el Secretario, es parte del órgano jurisdiccional, en el sentido de que no es el Secretario un servidor o empleado (como comúnmente entiende la gente de a pie), sino un empleado público independiente del Juez y que está en el proceso, para garantizar los derechos de todas las partes y asegurar el efectivo cumplimiento del art. 24 de la Constitución. El propio Consejo General del Poder Judicial, confirma esta tendencia, reconociendo el carácter de Autoridad a los Secretarios, lo que determina que su papel en el órgano judicial ha pasado a ser coadyudante en el ejercicio de facultades propias, que junto a las anteriores, confirman el conjunto de atribuciones del órgano judicial. Por ello los órganos jurisdiccionales, son entes de naturaleza compleja, en los que se integran

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

centros de imputación de competencias diferentes, aunque concurrentes (Boletín Información n.º. 50/86).

El mismo espíritu presidió la Conferencia «*Reformas imprescindibles para una justicia rápida y eficaz*», pronunciada en el Club Siglo XXI el día tres de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por el entonces Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Supremo y CGPJ. D. Pascual Sala Sánchez, y en la que hablaba de la necesidad de redefinir el papel del Secretario Judicial «*en su triple vertiente de fedatario público, director de la Secretaría Judicial e impulsor de la actividad procesal, reconociéndole facultad para emanar resoluciones de eficacia directa (autos y providencias), despejar toda duda al respecto de su condición de director de la Oficina Judicial y reconociendo la necesidad de dación de cuenta por parte del funcionario, no al Juez, sino al Secretario*».

Como se puede ver, este marco de intenciones, proyecta un futuro prometedor y halagüeño para la figura del Secretario. Incluso algún autor como Fairen, reconociendo su importancia, ha manifestado que la regulación del Secretario no es la adecuada en el Libro VI de la LOPJ, que recoge el personal al servicio de la Administración de Justicia y que debería haberse encuadrado en el Libro V, de la anterior Ley, que regula a aquéllos que cooperan con la Administración de Justicia.

Otro tanto cabe decir de las funciones propias del Secretario reguladas en el art. 473 LOPJ y art. 6 (fe pública), 7 (ordenación e impulsión del procedimiento), y 8 (dirección de la Oficina judicial). Y así ante tal «*avalancha*» de funciones y su hipotético cumplimiento con carácter satisfactorio por parte del Secretario Judicial, no podemos dejar de darle la razón a D. Francisco de Quevedo cuando afirmaba que:

«En sepulcro de Escribano
una estatua de la fe;
no la pusieron en vano,
pues afirma lo que no ve».

En este punto, de la unión de opiniones doctrinales y de los textos legales existentes, no es posible sino llegar a definir el Secretario Judicial como «*un híbrido con alma de jurista y cuerpo de funcionario*», encuadrado dentro de un órgano judicial diseñado en su origen, para una sociedad rural, en la que toda la actividad giraba en torno a dos tareas, la del Juez y la del Secretario Judicial y que desconocía las pautas actuales de organización del trabajo en estructuras complejas y masificadas.

Pero si la opinión doctrinal y los textos legales nos permiten forjar una visión positiva del marco de actuaciones del Secretario Judicial, la

realidad es muy distinta. A pesar de las anteriores declaraciones de intenciones el Secretario Judicial, se encuentra abandonado o con más precisión marginado por el Consejo General del Poder Judicial, lo cual en cierta manera es comprensible, ya que el ámbito de responsabilidad y poder en un órgano judicial es compartido por el Juez y por el Secretario, el Secretario ante la indefinición de sus funciones deja de asumir parte de la parcela jurídica que le correspondería y que es asumida por el Juez. Pero lo más sangrante es que el Secretario Judicial se encuentra abandonado de su propio Ministerio, del que es el funcionario más cualificado. El Secretario Judicial se encuentra como el personaje de la clásica fábula de Ibico que dice así:

> *«Un hombre de mediana edad, tenía dos amantes, una joven y otra vieja. Esta le arrancaba los cabellos negros y la otra los blancos, de modo que acabó quedándose calvo».*
>
> .....DICTUM SAPIENTI SAT EST[15].

VI. La actividad de ejecución del secretario judicial

Específicamente el artículo 280.2.º de la LOPJ, recoge las diligencias de ejecución, en el sentido de atribuir al causídico, los actos que las leyes definan o puedan definir en el futuro encaminados al cumplimiento de la resolución judicial, si bien por ahora, según la mayoría de la doctrina es un precepto vacío.

Los artículos 279.3.º, 288 y 290 LOPJ, nos configuran un nuevo horizonte para permitir que en las futuras leyes procesales, se encomienden al Secretario Judicial, un conjunto de diligencias de ordenación en descargo del juzgador y a su vez, en garantía de los derechos del ciudadano, todo ello avalado por su carácter técnico-jurídico, el estigma de la Fe Pública Judicial y su determinación como autoridad, lo que galardona y enriquece la ejecución a que tienen derecho los ciudadanos derivada del artículo 24 de la Constitución Española.

Aún así, el Secretario Judicial, tiene atribuidas determinadas actividades de ejecución como tasaciones, liquidaciones de condena, despachos de ejecución, etc. En todo caso corresponde al Secretario, la ordenación de toda la actividad de ejecución, mediante diligencia de ordenación y

15. Al buen entendedor, pocas palabras. (Terencio).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

propuestas de ejecución conforme a las facultades de los artículos 288 y 290 de la LOPJ, y todo ello con un carácter imperativo.

Potenciar la intervención del Secretario Judicial ayudará a dejar sin contenido la idea compartida ya por algún órgano judicial; así el Auto de la Sala 2.ª de la antigua Audiencia Territorial de Catalunya de fecha 15 de marzo de 1977, que a propósito de una ejecución de sentencia cuyas repercusiones habían logrado dilatarse más de un año, declaraba:

> «*Existen factores que indudablemente han llevado a que la sentencia, se acata, pero no se cumple. Lo que no puede seguir si los Jueces y Tribunales, deben cumplir la misión de que están investidos bajo su responsabilidad*» [16].

VII. Atribución de nuevas facultades al Secretario Judicial

En orden a redefinir las funciones que han de ser asumidas por el Secretario Judicial, hemos de partir necesariamente de reconocer la certeza vital contenida en la frase de Menandro, que decía que siempre tenemos sobre nosotros tres grandes déspotas: la Ley, el uso y la necesidad. La Ley, porque para la configuración de éstas nuevas funciones, hemos de ser respetuosos con los textos legales y disposiciones aplicables; el uso, porque existe la costumbre inveterada de considerar al Secretario como ese personaje oscuro, que nunca nadie sabe donde está, ni para que sirve (y que por supuesto hemos de desterrar); y la necesidad, en tanto que como bien dice el propio Consejo General del Poder Judicial, la atribución de nuevas funciones al Secretario «*es cuestión que tiene gran importancia práctica para la agilización del funcionamiento de los órganos judiciales, puesto que afecta a la distribución de la pesada carga que pesa sobre el órgano judicial*».

Constituye por lo tanto, el objeto del presente apartado, definir una serie de medidas programáticas o líneas de actuación que sería deseable fuesen tenidas en cuenta por el legislador a la hora de llevar a cabo la proyectada reforma procesal.

Así:

a) Tener en cuenta en primer lugar que el marco jurídico ha cambiado tras la Constitución de 1978, la L.O.P.J. de 1985 y el Reglamento Orgánico de Secretarios de 1988. Las leyes que rijen los procesos civil y

16. Revista Jurídica de Cataluña, Año 1977, página 223.

penal fueron promulgadas hace más de cien años, la realidad social es distinta, por ello, en tanto no se produzca la reforma han de ser interpretadas en un sentido amplio («*la letra mata y el espíritu vivifica*»). Prueba de ello, es que leyes posteriores, como la Ley de Procedimiento Laboral de 1995, que alude de un lado en los artículos 49, 50 y 51 a «*las resoluciones*» que pueden adoptar los Juzgados de lo Social y de otro el art. 52 hace referencia a las «*diligencias de ordenación*» que a los secretarios corresponde pronunciar, nos permite afirmar que tanto las resoluciones como las diligencias confluyen en única función jurisdiccional como es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en el ámbito laboral; y que al participar ambas de la misma naturaleza jurídica y jurisdiccional, el Secretario se integra como un elemento más, en el ejercicio de la función jurisdiccional, haciendo del órgano una unión inescindible, aún reconociendo que la atribución al Secretario debe ser únicamente en las fases no contenciosas o estrictamente jurisdiccionales de la actividad judicial [17].

b) Configuración del Secretario Judicial como parte integrante del órgano jurisdiccional. Las constantes alusiones al término «*Juzgados y Tribunales*» (arts. 2, 37, 21, 22, 26 y 51 LOPJ), la atribución del impulso de oficio al Secretario (art. 288 LOPJ), la indicación física del Secretario en los estrados del Tribunal a la misma altura que Jueces y Magistrados (art. 187 LOPJ), el carácter de autoridad en el ejercicio de sus actuaciones (art. 281 LOPJ), equivalen a reconocer al Secretario, jurisdicción propia, integrado dentro de un órgano jurisdiccional complejo. Este planteamiento permite que en el futuro, sean ampliadas las funciones del Secretario hasta el extremo de que sea el órgano encargado de regular y dirigir el procedimiento y la ejecución y, reservando en exclusiva al Juez, la función decisoria por excelencia.

c) El principio de inmediación que exige la presencia directa del órgano jurisdiccional competente en todas las actuaciones, debe ser matizado en dos sentidos; primero, para evitar duplicidades, admitir que determinadas actuaciones (piénsese en una actual propuesta de providencia señalando día y hora para la vista del juicio) puedan ser ejercidas por el Secretario sin necesidad del conforme del Juez. Si esto no fuese así, y la inmediación y la oralidad garantizase la presencia del Juez en todas las actuaciones, (cosa dudosa), la función del Secretario quedaría vacía de contenido y en este sentido podría desplazar su ámbito de actuación al momento posterior a la sentencia, a la fase de ejecución.

17. Comentarios a la LPL de A. M. Lorca Navarrete. Madrid 1991, página 331.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

d) Que la creación por la LOPJ, de las llamadas «*diligencias de ordenación*», que son atribuidas en exclusiva al Secretario Judicial, amplía el abanico de sujetos que tienen un protagonismo director y de decisión en el proceso haciéndolo más complejo y más eficaz. Por ello las diligencias de ordenación no deben ser revisables de oficio por el propio Juez, sino unicamente revisables a instancia de parte. Asimismo sería deseable el empleo del término general de «*diligencias de resolución*», en lugar de las diligencias específicas para cada caso.

e) Asumir de una vez por todas el ejercicio de facultades desconocidas para la mayoría de Secretarios Judiciales, pero que sin embargo le han sido reconocidas y tienen una cobertura legal y doctrinal. A título ejemplificativo, tenemos el caso del cumplimiento de los mandatos dirigidos a los Registradores de la Propiedad. Pues bien, la práctica habitual, es librar estos mandamientos encabezados con el nombre del Juez y firmados por el mismo Juez y el Secretario Judicial, cuando ello no debe ser así, y ya en un Informe evacuado en febrero de 1986 por el propio Consejo General del Poder Judicial se decía que...

> «*Es jurídicamente procedente que los mandamientos al Registro para la práctica de anotaciones preventivas de embargo sean acordados librar en diligencias de ordenación por el Secretario Judicial, al que a su vez competerá firmar la comunicación dirigida al Registro*».

Y continúa...

> «*Esta cuestión tiene gran importancia para la agilización del funcionamiento de los órganos judiciales, puesto que afecta a la distribución de la pesada carga material de la firma diaria en el órgano judicial de las actuaciones de trámite, cuya acumulación sobre el Juez le resta tiempo de sus funciones decisorias, por lo cual ha sido desviada legalmente a la competencia del Secretario Judicial con el carácter de autoridad procesal*».

f) Redefinición de funciones. El problema es saber, hasta donde se puede llegar en la atribución de funciones al Secretario Judicial, de manera que no se desmerezca, perjudique o empañe la imagen del Juez o Magistrado, respetando aquello que sea intransferible y que pertenezca por esencia al Juez. Pero es tal la amalgama de atribuciones, algunas tan obsoletas y absurdas, que permiten una indefinición total del Secretario, alejándole de los cometidos que debe cumplir. La fe pública sería deseable que se ejercitara con exclusividad por el Secretario, con la autonomía e independencia que señala la Ley, precisándose donde sea útil y necesaria, concretando el artículo 249 LECiv. que dice que las actuaciones deberán ser autorizadas bajo pena de nulidad por el funcionario público a quien corresponda dar fe o certificar el acto. En cuanto a otras funciones como la llevanza de libros, las tareas de amanuense en los actos de documentación de presentación de escritos, etc., huelga todo comentario. En este sentido las reformas legales son proclives a aceptar esta tendencia. Así la Ley 1O/92 de medidas urgentes para la reforma procesal en el artículo 15O3 LECiv., atribuye la presidencia de la subasta y acto de remate al Secretario Judical y que ha sido estudiada a fondo, mejor diría desmenuzada por Antonio Robledo Villar[18], reciente premio jurídico UPS, o la formación de inventarios en los juicios universales, ya que en ellos el Secretario inventaría o deniega el inventario, o preceptos como el artículo 281.3.º LOPJ que recoge la comparecencia *apud acta* ante el Secretario Judicial del Juzgado que tenga que conocer del asunto.

g) La posibilidad de introducir en un futuro las penas pecuniarias (*astreintes*), toda vez que a través de las mismas, no sólo se persigue fomentar el cumplimiento voluntario de las resoluciones judiciales, y también alcanzan otra dimensión, al operar como método disuasorio de determinadas conductas obstructivas o dilatorias por parte del condenado, a la vez que pueden actuar como sistema de compensación del acreedor, ya que el contenido de la multa, serviría para resarcir al ejecutante de la larga espera que la mayor parte de las veces le somete el trámite ejecutivo. Un anticipo de esta tendencia es el artículo 239 de la L.P.L. ya citada anteriormente, que recoge por primera vez en el proceso español, los apremios pecuniarios.

h) El ejercicio de la denominada tutela cautelar, es decir, la adopción de medidas cautelares cuando se vea en peligro el exacto cumplimiento de la resolución judicial, el cual forma parte de la tutela judicial efectiva del art. 24.1.º, como así se ha afirmado por Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990.

i) El reconocimeinto de las manifestaciones de desjudicialización en la fase de ejecución. Asi, por ejemplo, en la Disp.Adic.3.ª LPL, se establece que:

> «*El Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial podrá autorizar a las entidades públicas o privadas que reúnan las garantías que se establezcan, la realización de actuaciones materiales relativas al depósito, conservación, transporte, administración, publicidad y venta de los bienes judicialmente embargados*».

18. Notas sobre una reforma. Revista Jurídica La Ley. Septiembre de 1993, de Antonio Robledo Villar.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En otro supuesto, el de la presidencia de las subastas en el trámite de ejecución, no deja de ser cierto que esta actividad ya no es desarrollada por el órgano jurisdiccional, al que sólo le cabe un control posterior sobre la actuación del Secretario.

El legislador dentro del proceso civil ha eliminado de la actuación jurisdiccional todo lo relacionado con la fase de notificación a los acreedores posteriores, concediendo esta facultad al Registrador de la Propiedad, que de esta forma ha sido convertido en un colaborador necesario del órgano judicial, provocando incluso inseguridad jurídica para el mismo, al permitirse unos trámites que en modo alguno aseguran el conocimiento de la existencia de dicha ejecución, permitiendo incluso efectuarlo por medio de edictos, cuando resulta evidente que en el órgano judicial ordenante de la anotación preventiva, necesariamente, consta el domicilio del titular del derecho (art. 353 Reglamento Hipotecario). O la existencia de la Entidad de Crédito (BBV) en la que se ha abierto por cada órgano jurisdiccional, la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones», según el RD. 34/1988, de 21 de enero, dictado en virtud de la autorización concedida al Gobierno, en la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 19/1986, de 14 de mayo, de reforma de los procedimientos de ejecución hipotecaria, es tenida por colaboradora institucional a efectos de los depósitos.

Pero aunque perteneciente a otro ámbito jurisdiccional, la plasmación de la posibilidad referida, adquiere cada vez más consistencia, e incluso escapando muchas veces al control judicial, como es el supuesto que contempla la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reformadora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, donde según señala la regla 1.ª, el inicio del procedimiento no corresponde a los Jueces, sino al Fiscal a quien se le atribuyen importantes competencias en la dirección e investigación del proceso, incluso con la posibilidad de sin remitirlo al Juez de Menores, efectuarlo directamente a la autoridad que estime competente, lo que evidencia la interpretación cada vez más amplia del contenido del artículo 117 de la Constitución.

Incluso en esta misma norma, la Disposición Adicional 3.ª, determina que la ejecución de las medidas acordadas por el Juez corresponde a las Entidades Públicas competentes en la materia.

VIII. Conclusión

Por ello, y en conclusión, es necesaria una reforma de la Secretaría y de las normas para adecuar la realidad al precepto legal, revisando la

infraestructura jurisdiccional. Objetivo básico de la articulación legal en esta reforma, sería facilitar el óptimo cumplimiento del mandato constitucional de dispensar una tutela judicial efectiva, respetando el ámbito funcional de la jurisdicción, que debe ser juzgar.

Sería necesario, una reforma de la Constitución y de la LOPJ, que evite la pérdida de identidad y el progresivo desdibujamiento de la figura del Secretario Judicial, que resulta fagocitado por abajo y banalizado desde la magistratura (*Pedraz Peñalva*), y que tenga en cuenta los siguientes aspectos:

- Conceptuar al Secretario como parte del Poder Judicial retorno del mismo al ámbito del Consejo General del Poder Judicial.
- Atribución, *prima facie*, al Secretario Judicial de la fase de tramitación, ordenación y ejecución.
- Reafirmación de la potestad del Secretario para dictar resoluciones propias (llámense diligencias o providencias) que sólo sean revisables por el Juez a instancia de parte.

Y para finalizar, decir que no hemos tratado en el presente trabajo de hacer una crítica gladiatorio-ofensiva contra el estamento judicial, sino únicamente reafirmar con convicción plena, la cualificación del Secretario Judicial para asumir nuevas funciones como propias, significando que este planteamiento no es neotérico, ni descabellado, sino que es una realidad que poco a poco se va introduciendo en los ordenamientos más avanzados.

Laurence Sterne, decía que los antiguos godos de Germania, tenían la sabia costumbre de someter a debate dos veces cada cuestión importante, a saber: una vez borrachos y otra vez serenos. Borrachos, para que sus consejos no carecieran de audacia, y sobrios para que no faltase prudencia... No ha sido ese nuestro caso.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA INSTITUCIÓN DEL JURADO EN ESPAÑA: DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL *

JUAN BURGOS LADRÓN DE GUEVARA
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

I. Referencia histórica. — II. Aseguramiento constitucional. — III. Participación del ciudadano. — IV. Ley del Jurado y proceso penal español. — V. Modelo de jurado. — VI. Conclusión. — VII. Bibliografía orientativa.

La LOTJ de 22 de mayo de 1995 (BOE del 23 de mayo) modificada por la LO 8/1995 de 16 de noviembre (BOE del 17 de noviembre) desarrolla el art.º 125 de la CE e instaura el Jurado, como una de las modalidades del procedimiento para enjuiciar hechos delictivos que manifiesta la participación del ciudadano en todos los poderes conformadores de nuestro Estado Social Democrático y de Derecho.

* Conferencia pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Valparaíso (Chile) el 28 de agosto de 1996.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. Referencia histórica

Históricamente hay que decir que en distintas épocas por la precariedad en la organización de justicia, no existían Jueces técnicos sino populares y locales que administraban justicia en nombre del pueblo. Sin embargo, donde aparecen los verdaderos precedentes normativos del Jurado es, en los inicios del régimen constitucional al ser consecuencia del asentamiento del sistema liberal.

En España el Estatuto de Bayona de 6 julio de 1808 —art.º 107—, ofrece el primer intento introductorio del Tribunal del Jurado, destacando procedimentalmente dos cuestiones:

— la publicidad de los juicios penales, y
— la participación en los mismos.

Pero fue la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812 la que contiene la primera alusión de relevancia. Así después de ensalzar en su preámbulo la división entre juzgar el hecho y el derecho, en el art.º 307, dentro del Capítulo «De la Administración de Justicia en lo Criminal», facultó a las Cortes para establecer aquella distinción en los juicios penales.

La aprobación de la Ley de Imprenta de 22 de octubre de 1820, reformada en 1822, proponía la adopción del Jurado para el enjuiciamiento de los delitos cometidos a través de ese medio, como un ensayo para valorar las posibilidades de desarrollo e implantación posterior de la institución, con una diferenciación (por primera vez) entre Jurado de Acusación —art.º 45— y el Jurado de Calificación —art.º 58—. Posteriormente el Decreto de 2 de abril de 1852 creará un Jurado integrado por siete miembros.

Con la Constitución de 1 de junio de 1869 se pretendió fundamentar los criterios de la institución del Jurado: La separación de los hechos y de derecho, el pronunciamiento sobre los hechos, la valoración de las pruebas y la aplicación de la ley; concretamente el art.º 93 indicaba «Se establecerá el juicio por Jurados para todos los delitos políticos y comunes que determine la ley que determinará también, las condiciones necesarias para desempeñar el cargo de Jurado».

A consecuencia de ello, la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870 —art.º 583 a 762 y 889 a 932— procedió a una regulación del Jurado, remitiéndose a una ley de procedimientos que contendría la normativa complementaria para el funcionamiento del tribunal popular. Así ocurrió en la LECR de 1872, en cuyo preámbulo calificaba al Tribunal del Jurado como «una necesidad inevitable en estos tiempos y una condición de vida de los pueblos libres». Ley que instituyó en su articulado un completo marco legal del Jurado con amplias atribuciones para juzgar delitos comunes y políticos.

Esa regulación quedaría suspendida en virtud del Decreto de 3 de enero de 1875. Durante la Restauración, se promulgará la Ley del Jurado de 20 de abril de 1888, texto legal que da carta de naturaleza al Jurado, compuesto por doce miembros y tres magistrados. Por Decreto de 4 de febrero de 1907, se procedió a la suspensión de las garantías constitucionales substrayendo al conocimiento del Tribunal del Jurado los delitos que legalmente le venían atribuidos.

Durante la 2.ª República se restableció por Decreto de 27 de abril de 1931, introduciendo algunas modificaciones en relación con la Ley de 1888 como:

— Reducción a ocho el numero de Jurados.
— Exclusión de algunos delitos.
— Llamada e inclusión de las mujeres.
— Apreciación en conciencia del veredicto.
— Cobro de las dietas al término de la vista.
— Elevación de la cuantía de las multas por inasistencia.
— Implicación del Jurado en cuestiones de derecho y consideración de la sentencia.

Procediéndose al reconocimiento «constitucional» del Jurado en el art.º 103 en los siguientes términos «El pueblo participará en la Administración de la Justicia mediante la institución del Jurado cuya organización y funcionamiento serán objeto de una Ley especial». Posteriormente con el advenimiento del nuevo Estado (tras la guerra civil) se suprime el Jurado por Decreto de 8 de septiembre de 1936.

II. Aseguramiento constitucional

Una vez expuesta la breve referencia histórica, atenderemos su fundamento constitucional, que viene consagrado por la necesidad de conectar el art.º 125 «los ciudadanos podrán ... participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma ... que la ley determine», con el art.º 117,1 «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Esto implica que la reinstauración del Jurado en España no se podía hacer de cualquier forma, sino que debería realizarse según nuestras estructuras sociales e idiosincrasia, sin necesidad de poner el acento de la democracia en el Jurado, pero sí con una adecuada estructuración; sirva esta consideración para afirmar que el verdadero estado de derecho democrático y social fue establecido en 1978, afortunadamente, en España y hasta 1995 no ha existido legalmente el Tribunal del Jurado —tras fracasos históricos— y sería temerario manifestar que hasta su reinstauración no hay democracia en España.

La iniciativa popular en la construcción del ordenamiento jurídico, el sistema electoral y la acción popular son los fundamentos auténticamente representativos de la democracia. Por ello, el Poder Judicial se edifica sobre los cimientos de la participación de los ciudadanos en las tareas de postulación —a través del ejercicio de la acción popular— y de administración de la justicia a través de la institución del Jurado.

Lo que se ha producido con el Jurado ha sido poner fin a un período negro de historia judicial española, marcado por el recelo y la desconfianza hacia el ciudadano, como también la problemática técnica que la nueva forma de enjuiciamiento a través del Jurado administrando justicia siempre plantea.

El TC en aplicación del apartado 2.º del art.º 24 de la Constitución, al tratar el correcto juego de los instrumentos procesales, en la tutela judicial efectiva, en su única resolución dictada Auto 147/1983 de 13 de abril, —hasta el presente— acerca del Jurado, afirma concretamente que «...la inclusión del Jurado entre las garantías procesales no puede deducirse de una interpretación sistemática de la Constitución, ya que el art.º 125 configura el Jurado desde la perspectiva de la participación ciudadana, en concreto en la Administración de Justicia, cuyo alcance y efectividad queda diferido por la Constitución a la forma y procesos penales que la ley determine...».

Es decir, de acuerdo con el art.º 125 de la CE., existía una obligación para el legislador de crear el Jurado. También el CGPJ en informe de 13 de abril de 1994, sobre el anteproyecto de la LOTJ señaló que «no estamos en presencia de una mera declaración programática, sino de una auténtica norma jurídica, con el carácter, incluso, de precepto imperativo y no una simple remisión facultativa a la Ley». Una vez creado, y dado que el articulo 24, apartado 2.º reconoce el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, el mencionado derecho fundamental comprenderá el derecho a ser enjuiciado por un jurado según regulación de la LOTJ de 22 de mayo de 1995, con el alcance del art.º 1 n.º 1 «El

Tribunal del Jurado como institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, tendrá competencia para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo por ésta u otra ley respecto de los contenidos en las siguientes rúbricas: a) Delitos contra las personas, b) Delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, c) Delitos contra el honor, d) Delitos contra la libertad y la seguridad, e) Delitos de incendios; en los preceptos tipificados en el n.º 2 del art.º 1».

III. Participación del ciudadano

La Constitución y la LOTJ plasman el concepto de participación al que viene sometido el Jurado, esto hay que enlazarlo con la participación directa de los ciudadanos en asuntos públicos —art.º 23 n.º 1 CE— como derecho subjetivo perteneciente a la esfera de «status activae civitatis» cuyo ejercicio no se lleva a cabo a través de representantes, sino que se ejercita directamente al acceder el ciudadano a la condición de jurado.

La nueva legislación no se limita a introducir el Jurado, o a introducir modificaciones de procedimiento, sino que establece un nuevo sistema de enjuiciar, por lo que tenemos tres procesos penales ordinarios por delitos:

a) El proceso penal ordinario de la LECR, con una instrucción formal y procesamiento, de instancia única ante el Tribunal colegiado, con recurso de casación que permite unificación de criterios, y una mejor defensa de la legalidad, inspirándose en claros y reconocidos principios, que aquella Ley recoge en su Exposición de Motivos, o en sus reglas o principios generales, como el señalado en el art.º 2 de la LECR de 1882 en orden la obligación de iniciativa de todas las autoridades, y por supuesto del Juez de apreciar las circunstancias adversas o favorables al presunto culpable.

b) El proceso penal abreviado, de instrucción simplificada, sin procesamiento, con doble instancia y sin casación, **salvo si falla la Audiencia Provincial.**

c) El proceso penal ante el Tribunal del Jurado, con planteamientos distintos desde la iniciación, con instrucción contradictoria, potenciándose la acusación sin procesamiento, pero exigiendo una imputación judicial previa a la acusación, con una doble instancia muy particular, y re-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

curso de casación, con implantación de nuevos principios coexistiendo con los anteriores bien diferenciados.

IV. Ley del jurado y proceso penal español

Su fundamentación legal viene dada por la mencionada LO 5/1995 que establece un nuevo proceso penal para la tramitación de aquellas causas cuyo conocimiento se llevará ante el Tribunal del Jurado. Ley que comprende un total de 70 artículos, agrupados en 5 Capítulos, y secciones respectivas, además de 2 Disposiciones Adicionales, 3 Transitorias y 5 Finales. Todo ello precedido de la correspondiente Exposición de motivos, siendo a partir de Capítulo III donde se regula el nuevo proceso penal con importantes remisiones a otros cuerpos normativos, ya sea con carácter general —art.º 24,2 y 42,1—, ya sea con carácter particular —art.º 25, 26, 29, 36 entre otros—, así como el desarrollo reglamentario de aspectos como el acto del sorteo provisional de candidatos a jurados —RD 1398/1995 de 4 de agosto—, a la remuneración de los jurados —RD 385/1996 de 1 de marzo—.

Siguiendo el articulado se puede ofrecer un resumen de los aspectos más desatacados de la regulación normativa. Así: —El Capitulo I, intitulado «Disposiciones generales», se ocupa de la organización y competencia del Tribunal del Jurado. Por lo que hace a la primera, se establece la composición ordinaria del Tribunal del Jurado, que es de nueve jurados y un Magistrado Presidente, así como otras previsiones que afectan a la Presidencia del Tribunal en causa contar aforados, o a la asistencia obligatoria de dos jurados suplentes a las sesiones del juicio —art.º 2—, delimitándose con exactitud las funciones que corresponden desempeñar a los jurados —art.º 3— y también al Magistrado-Presidente del Tribunal —art.º 4—. En cuanto a la competencia, se establece un marco genérico del que se concretan aquellos delitos que quedan bajo la órbita de su enjuiciamiento —art.º 1,1 y 2— escogiéndose el sistema delimitador mediante un listado concreto de todas y cada una de las figuras delictivas que se asignan a su conocimiento, frente al criterio de las penas que configura la competencia objetiva del Tribunal del Jurado en función de las penas previstas en el Código, si bien, el juicio ante el Tribunal del Jurado sólo se celebrará en el ámbito de la Audiencia Provincial o Tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado, con exclusión, en todo caso, de los delitos que correspondan a la Audiencia

Nacional —art.º 1, 3—. Para su determinación debe atenderse al hecho delictivo, cualquiera que sea el grado de ejecución atribuido al acusado, a salvo que se trate de algún delito contra las personas, en cuyo caso, el Jurado sólo será competente si el delito fuera consumado —art.º 5, 1—. Así mismo, será necesario comprobar si concurren los supuestos de conexión y extensión de la competencia —art.º 5, 2 y 3— el tratamiento de la competencia territorial se acomodará a las normas generales de la LECR.

El Capítulo II, intitulado «Los Jurados» se ocupa de toda la materia relacionada con el estatuto jurídico presonal de los jueces legos —secciones 1.ª y 2.ª— y el procedimiento de selección de los candidatos —sección 3.ª—.

El Capítulo III «Del procedimiento para las causa del Jurado», supone la línea medular de la regulación que se introduce, al suponer un nuevo proceso penal, justificado en el sistema acusatorio, así como en la necesidad de reubicar la figura del Juez de Instrucción en las fases de instrucción e intermedia —Exposición de Motivos III—. En la fase de juicio oral la remisión a la normativa ordinaria de la LECR es prácticamente en bloque —art.º 42,1—, salvo ciertas especialidades probatorias —art.º 46—, la facultad disolutoria del Jurado en aquellos supuestos de inexistencia de prueba de cargo —art.º 49— conformidad de las partes —art.º 50— o desistimiento en la petición de condena —art.º 51—.

El Capítulo IV «Del veredicto» específico y originario del Jurado, comprende todo lo referente a la formación, es decir, elaboración por el Magistrado-Ponente del escrito con el objeto de veredicto —art.º 52—, deliberación, votación y extensión del acta —art.º 61—, instrucciones que el magistrado debe hacer a los jurados, circunstancias que motivan la anulación del veredicto (acta) al Jurado —art.º 63—.

El Capítulo V rubricado «De la sentencia», se ocupa de regular la forma en que ésta debe dictarse, atendiendo al veredicto emitido, ya sea de culpabilidad o inculpabilidad —art.º 68 y 69—.

Del somero examen de la mencionada regulación podemos colegir que la nueva normativa del Jurado supone una transformación procedimental antes de haberse llevado a cabo la reforma procesal global que posiblemente ha pretendido abarcar mucho en lo que debería abarcar poco, y ha querido abarcar poco en lo que debería abarcar mucho, al orientarse en las siguientes direcciones:

a) Se trata de un proceso nuevo para enjuiciar determinados delitos seleccionados en base a que la acción típica carezca de complejidad.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

b) El Tribunal del Jurado es un órgano jurisdiccional de carácter temporal, que se compone de nueve jurados elegidos a partir de las listas electorales, y de un Magistrado que lo preside, pero bien entendido que el Jurado no es integrante del Poder Judicial, ni ejerce función jurisdiccional, sólo está llamado a suministrar el componente de hecho, con declaración de culpabilidad o inculpabilidad que es donde se ejerce la potestad jurisdiccional constitucional y legalmente reservada a Jueces y Magistrados, titulares del Poder Judicial, ya que en el Tribunal del Jurado es el Magistrado-Presidente, quien dicta la sentencia, expresión genuina de la función jurisdiccional.

c) En la instrucción se trata de reforzar la imparcialidad del juez instructor, potenciándose la intervención del Ministerio Fiscal y de las acusaciones, exigiéndose una imputación judicial previa a toda acusación.

d) Presencia de varias audiencias preliminares para la adopción de medidas cautelares, procedencia de apertura del juicio oral, o planteamiento de cuestiones previas al juicio.

e) Se lleva a la fase intermedia un debate respetando la contradicción e igualdad entre acusación y defensa, constituyendo un control jurisdiccional sobre la viabilidad del juicio oral, y precisando qué hechos concretos deben constituir objeto de la actividad probatoria.

f) Celebrado el juicio, el Magistrado ponente procede a proponer al jurado por escrito el objeto del veredicto, y dictará después la sentencia recogiendo la decisión del Jurado, e imponiendo la pena o medida de seguridad que corresponda, y resolviendo, en su caso, sobre las responsabilidades civiles.

V. Modelo de jurado

De lo expuesto, resulta evidente que el modelo de Jurado diseñado por la LO 5/1995, después de un largo período omisivo por nuestro legislador para dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el ya referido art.º 125 del texto constitucional, largo período que ha incumplido incluso los plazos marcados por el propio legislador, pues anteriormente la LO 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial estableció en su Disposición Adicional primera que en el plazo de un año el Gobierno debería remitir a las Cortes un proyecto de Ley del Jurado.

En dicho texto legal se ha optado, de entre las diferentes modalidades posibles, por el modelo de jurado puro, aunque se ha introducido una serie de normas y reglas que tratan de paliar las desventajas e in-

convenientes que tradicionalmente se han venido atribuyendo históricamente al Jurado español, destacando, entre otras:

a) La falta de motivación del veredicto, aunque —según la Exposición de Motivos— se motivará lo tenido por probado y la conclusión de culpabilidad o inculpabilidad.

b) La inescendibilidad entre los hechos y el derecho.

c) La separación de funciones entre jueces legos y jueces técnicos. Lo que ha llevado a algunos autores —Ortiz Urculo, en las I Jornadas sobre el Jurado, Universidad de Sevilla 1994, al tratar «Del veredicto. Fallo y sentencia», y Martín Ostos, también en esas I Jornadas, al tratar «El Escabinado como Jurado»— a declarar que nos encontramos ante un modelo intermedio entre el Jurado tradicional y el Escabinado.

Por ello, el legislador español consciente de aquellas desventajas, ha optado por ampliar el ámbito de conocimiento de los Jurados, prescindiendo de la tradicional y radical separación entre hechos y aplicación del Derecho. Significativas son las afirmaciones que se recogen en la Exposición de Motivos de la LO 5/1995, en la que se puede leer que «...la conformación del colegio decisor dentro del Tribunal del Jurado requiere una respuesta legislativa cuyo acierto no pasa necesariamente por resolver la vieja cuestión lógica sobre la escendibilidad entre el hecho y el derecho ... en la Ley, el Jurado no se limita a decidir si el hecho está o no probado, sino que valora aspectos como son los componentes normativos que dan lugar a la excensión o no de la responsabilidad penal». El cambio de orientación es evidente. Se prescinde de las propuestas que trataban de ceñir el ámbito de conocimiento del Jurado única y exclusivamente a los hechos, siendo sustituida por la culpabilidad y la pena.

Legalmente —art.º 3,1— corresponde a los Jurados, no sólo declarar probado o no probado el hecho justiciable, sino también, pronunciarse sobre la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos —art.º 3, 2—.

El veredicto alcanza a los hechos y a la culpabilidad del acusado; basta con leer el art.º 52 sobre el objeto del veredicto que el Magistrado-Presidente deberá someter al Jurado por escrito, pues alcanza:

1) a los hechos alegados por las partes y que el Jurado deberá declarar probados.

2) a los hechos alegados que pueden determinar la estimación de una causa de exención de responsabilidad.

3) a los hechos que determine el grado de ejecución, participación y modificación de la responsabilidad, y

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4) al hecho delictivo por el cual el acusado habrá de ser declarado culpable o no.

Únicamente cuando se hubieren obtenido las mayorías legalmente establecidas en la votación sobre los hechos, acontecerá la votación sobre la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por cada delito imputado, según previene el art.º 60 de la LOTJ; además el Jurado se pronunciará sobre la aplicación de beneficios de remisión condicional de la pena, y petición o no de indulto; aunque como hemos manifestado la redacción de la sentencia y la determinación de la pena y medida de seguridad —art.º 4 y 70 de la LOTJ— es misión exclusiva del Magistrado-Presidente al igual que los pronunciamientos sobre responsabilidad civil del condenado o terceros.

También en concordancia con las mayores facultades de los Jurados, el Magistrado-Presidente obtiene mayor relevancia en su función que la tenida en el Jurado histórico español, en virtud de los art.º 37, 49, 52,1, 63 y 70 de la LOTJ, al tener funciones importantes como:

1) precisar el hecho o hechos justiciables,

2) acordar la disolución anticipada del Jurado si estima que no existe prueba de cargo,

3) someter por escrito al Jurado, el contenido del veredicto, una vez concluido el juicio oral,

4) controlar el veredicto, acordando la devolución del acta al Jurado por las causas del art.º 63, si concurren,

5) redactar la sentencia debiendo conectar la existencia de prueba de cargo cuando el veredicto fuere de culpabilidad.

VI. Conclusión

No quiero finalizar esta conferencia sin advertir que no me he propuesto realizar un estudio exhaustivo de la institución del Jurado.

Mi objeto se ha limitado a plasmar por escrito algunas de las reflexiones que me ha suscitado la lectura de los artículos de la Constitución y de la LOTJ. Lo que sí veo oportuno es, manifestar ante Vds. que al margen de toda discusión sobre las ventajas e inconvenientes de la institución del Jurado que aquí nos congrega, aquél debe perseguir un fin último «la justicia», que es valor supremo del ordenamiento jurídico, en armonía con las garantías constitucionales y procesales diseñadas por el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.

Porque —y finalizo— hoy a parte de que sociológicamente el ciudadano español no se encuentra ubicado a finales del Siglo XIX. Hay que afirmar categóricamente que la CE impone el Jurado y el no establecimiento de la Institución hubiera supuesto una quiebra del sistema constitucional. Jurado **que éste** admite —según he manifestado— con la finalidad de conseguir la participación de los ciudadanos, ya que la CE no se limita a definir solamente el Poder Judicial, sino que también establece el ejercicio de la potestad jurisdiccional, a través de unas reglas de valores constitucionales o garantías institucionales, una de ellas es la participación ciudadana en la administración de justicia.

VII. Bibliografía orientativa

Acosta Patiño, R.: *El Jurado. Visión histórica y critica*. Rev. D. Penal y Criminología, Madrid, 1993, n.º 3.

Alcalá-Zamora y Castillo, N.: *A propósito del Jurado. Estudios diversos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1987.

Alejandre García, J. A.: *La justicia popular. Análisis de una experiencia histórica: Los Tribunales de Jurado*. Madrid, 1981.

Arnaldo Alcubilla-Conde Pumpido y otros: *Manual del Jurado*. Madrid, 1996.

Bajo Fernández, M. y Suárez González, C.: *El proyecto de Ley del Jurado*, Rev. Actualidad Penal, 1994, T. 2, N.º 37.

Burgos Ladrón de Guevara, J.: (Dir-Coord). *I Jornadas sobre el Jurado*, Sevilla, 1995.

Cabanas Gancedo, J. M.ª: *Constitución del Tribunal del Jurado*. Rev. la Ley, N.º 4001, Madrid, 22 de marzo de 1996.

Carbonell Mateu, J. C.: *El Jurado y la Constitución Española de 1978*, en Jornadas sobre el Jurado, Salamanca, 1989.

Cuesta Martínez, A.: *Proyecto legislativo sobre el Jurado en España: Aspectos políticos: en el Jurado sí: ¿pero cómo y cuando?*. Barcelona, 1992.

De Diego Díez, L. A.: *La conformidad en la Ley del Tribunal del Jurado*. Rev. La Ley, N.º 3986, Madrid, 1 de marzo de 1996.

Echarri Casi, F.: *El nuevo procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado. Algunas cuestiones procesales*. BIMJ, N.º 1770, 15 marzo 1996.

Escusol Barra, F.: *Estudio sistemático-práctico del procedimiento penal para las causas ante el Tribunal del Jurado*. Madrid, 1996.

Esparza Leibar, I.: *El Jurado en los Estados Unidos de Norteamerica:*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Problemática general. El procedimiento de elección (1). Rev. Procesal, N.º 1, 1995.

ESTEFANI LÓPEZ, M.ª del R.: *El recurso de apelación supeditado instaurado por la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado.* Rev. La Ley, N.º 3975, Madrid, 13 de febrero de 1996.

FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Los Tribunales de Jurados en la Constitución española de 1978.* Madrid, 1979.

FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Tribunales de jueces técnicos o no técnicos en Derecho, en Doctrina general del Derecho Procesal*, Barcelona, 1990.

FERNÁNDEZ RODERA, J. A.: *Jurado ¿Crónica de un fracaso anunciado?* Rev. La Ley, N.º 4059, Madrid, 17 junio de 1996.

FLETCHER GEORGE, P.: *En defensa propia* (traducción y notas de Muñoz Conde y Rodríguez Marín), Valencia, 1992.

FUNGAIRIÑO BRINGAS, E.: *Algunas notas sobre el Jurado.* Rev. Actualidad Penal, N.º 3, Enero 1995.

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Formación y contenidos del veredicto en la nueva Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.* Rev. La Ley, N.º 4057, Madrid, 13 de junio de 1996.

GIMENO SENDRA, J. V.: El Jurado, en *Constitución y Proceso*, Madrid, 1988.

GIMENO SENDRA, J. V.: *La segunda reforma urgente de la Ley del Jurado.* Rev. Actualidad Jurídica Aranzadi, 1996, N.º 232.

GISBERT GISBERT, A.: *Introducción a la historia del Jurado Español. en El Jurado sí: ¿pero cómo y cuando?*, Barcelona, 1992.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Comentarios a los art.º 19, 2 y 83 de la LOPJ de 1985: problemas prácticos aplicativos y de lege ferenda del futuro juicio con Jurados en el proceso penal.* Rev. La Ley, Madrid, 1986, T. 1.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado.* Madrid, 1996.

GÓMEZ DE LIAÑO, F.: *El proceso penal ante el Tribunal del Jurado.* Oviedo, 1995.

GUTIÉRREZ DEL ALAMO GIL, R.: *El Jurado y la obligación de conciencia.* Tapia, Madrid, 1995 N.º 85.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F.: *La instrucción del Jurado o Juez lego*, en Jornadas sobre el Jurado, Salamanca, 1989.

LOMBARD, F.: *Les Jurès. Justice représentative et representations de la Justice.* París, 1993.

LÓPEZ CABALLERO, J. C.: *La Ley del Tribunal del Jurado de 1995: Un*

jurado bajo sospecha. Rev. La Ley, N.º 3993, Madrid, 12 de marzo de 1996.

LÓPEZ-MÚÑIZ GOÑI: *Comentarios a la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado.* Granada, 1995.

LORCA NAVARRETE, A. M.ª: *El Jurado Español. La nueva Ley del Jurado.* Madrid, 1995.

MARES ROGER, F. y MORA ALARCÓN, J. A.: *Comentarios a la Ley del Jurado.* Valencia, 1996.

MARTÍN ESPINO Y otros: *Estudio sobre la LO 5/1995 del Tribunal del Jurado.* Madrid, 1996.

MARTÍN OSTOS, J.: *Jurado y escabinado.* Madrid, 1990.

MARTÍN PALLÍN, J. A.: *El Fiscal y el Jurado*, en Jornadas conmemorativas del Centenario de la Ley del Jurado, Madrid, 1988.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: *El Jurado en España. Notas a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.* Granada, 1995.

MONTERO AROCA, J.: *Las Corti di Assise de Italie.* Rev D. Procesal Iberoamericana, N.º 2, 1970.

MONTERO AROCA, J.: *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Granada, 1996.

PACHECO, F.: *La Ley del Jurado.* Madrid, 1888.

PEDRAZ PENALVA, E.: *Sobre el significado y vigencia del Jurado*, en Constitución, Jurisdicción y Proceso, Madrid, 1978.

PEDRAZ PENALVA, E.: *El Jurado como vía de participación popular*, Rev. La Ley, 1994, T. 2.

DE PINA, R.: *Manual de Derecho Procesal Penal.* Madrid, 1934.

DE PINA, R.: *El Juez no profesional en la justicia penal*, en Temas de D. Procesal, México, 1941.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.: *La participación popular en la Administración de Justicia. El Tribunal del Jurado.* Madrid, 1992.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., MÉNDEZ LÓPEZ, I., LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, B., DEL MORAL GRACIA, A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I., MARCHENA GÓMEZ, M., DÍAZ CABELLO, J. A., BUJOSA VADELL, M.: *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva.* Granada, 1996.

POLO RODRÍGUEZ, J.: *Manual de uso de la Ley del Jurado*, Madrid, 1995.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

REID HASTIE, Steven D. PEUROD. Nancy PENNINGTON: *La Institución del Jurado en los EEUU: sus intimidades*. Madrid, 1986.
SORIANO, R.: *El nuevo Jurado Español*. Barcelona, 1985.
V.V.A.A..: *El Tribunal del Jurado, Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 1996.

DESPACHO ORDINARIO

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL REENVÍO: COMENTARIO AL ASUNTO «T. J. DENNEY», SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ DE 11 DE JULIO DE 1995

AMPARO DEL RÍO PASCUAL
Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Barcelona

1. De nuevo, el reenvío de retorno o de primer grado se encuentra en el epicentro del debate suscitado por el asunto en que se pronuncia recientemente la Audiencia Provincial de Badajoz en *Sentencia (secc. 1.ª) 294/95 de 11 de julio de 1995*, a propósito de la sucesión testada del Sr. T. J. Denney, súbdito inglés, fallecido en Almendralejo (España) el 30 de abril de 1990, habiendo otorgado testamento ante el notario de aquella localidad, con fecha de 23 de noviembre de 1987, por el que instituyó heredera universal de sus bienes a su esposa, Dña. Mercedes Royde Smith.

2. El caudal relicto de la herencia del «de cuius» estaba integrado por el Castillo de Salvatierra de Barros y la finca donde se halla ubicado, así como un conjunto de bienes muebles que comprende diversas piezas de obras de arte, cuadros, esculturas que se encuentran en dicho castillo, y de los que hizo donación su viuda al «Museo de Arte Moder-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

no» de Toulouse en Francia, cumpliendo según dice, con ello la voluntad del causante.

3. Abierta su sucesión, se plantea el litigio entre los tres hijos del «de cuius» habidos de sus primeras nupcias, —el Sr. D. T. Denney, la Sra. P. Kirtz y el Sr. D. T. F. Anderson, de nacionalidad inglesa y norteamericana esta última—, y Dña. Mercedes Royde y el albacea de la herencia, contra quienes interponen demanda ante el Juzgado de I.ª Instancia de Jerez de los Caballeros. La cuestión principal sobre la que versa el fondo del asunto y en la que sustentan sus pretensiones los demandantes, es la obtención de la declaración de que la ley que rige la sucesión del «de cuius» es la española y que en consecuencia, en aplicación de la misma, deben reconocérseles su cualidad de herederos legitimarios concurriendo con el cónyuge supérstite, procediéndose a la partición de las cuotas legitimarias correspondientes y a declarar la nulidad de los actos de partición de la herencia habidos, así como las inscripciones registrales practicadas a favor de la viuda.

4. Estimado favorablemente el «petitum» en I.ª Instancia, Dña. Mercedes Royde interpone a su vez, recurso de apelación resuelto por la A.P de Badajoz en el pronunciamiento que nos ocupa, —de larga y profusa fundamentación— al hilo de cuyo examen detenido subrayamos el interés que merecen en este caso, las siguientes cuestiones: 1.ª) la determinación de la ley aplicable a la sucesión testamentaria del causante y para ello, el intenso debate sostenido por las partes sobre la admisibilidad del reenvío de retorno o primer grado en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado, cuestión principal del fondo del asunto; en el núcleo subyacen los problemas inherentes a la lectura combinada del art. 9.8.º C.C, —norma de conflicto que establece el estatuto sucesorio conectado a la ley nacional del causante, la inglesa—, y del art. 12.2.º CC, —norma de aplicación de la norma de conflicto que sanciona el reenvío de retorno o primer grado, a favor de la lex fori, la española—, lo que lleva inexcusablemente a plantearse 2.ª) cuál deba ser el tratamiento que reciba la «legítima», como institución jurídica propia de las categorías del derecho sucesorio español aunque «desconocida» para el derecho sucesorio inglés, y los consecuentes problemas calificatorios derivados acerca de la naturaleza de la acción —ya declarativa o ya constitutiva— ejercida por los presuntos legitimarios; 3.ª) otras cuestiones surgidas en el marco del procedimiento y de los principios rectores que lo rigen, sobre la más rara, aunque importante consideración de la excepción de «litisconsorcio pasivo» necesaria a los fines de integrar debidamente el contradictorio, cuestión relevante como la anterior, desde el punto de vista de las relaciones estructurales entre los aspectos procesales y materiales de esta sucesión internacional; 4.ª) menos complejas, aunque fueron ampliamente debatidas por las partes, son la determinación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia sucesoria y por otra parte, la inadmisibilidad de la en otro tiempo tradicional, excepción «cautio iudicatum solvi».

5. La resolución dictada por la A.P de Badajoz que examinamos, se suma a aquellos otros precedentes emanados de otras instancias jurisdiccionales españolas[1] que han conocido del reenvío formando un bloque jurisprudencial escaso pero ilustrativo de su específica problemática —especialmente relevante en la propicia materia del estatuto personal sucesorio— y que han contribuido a insuflar el intenso debate de la doctrina española sobre la solidez de los planteamientos que sustentan el reenvío de retorno o primer grado y su aceptación por el sistema de D.I. Privado español.

6. En estos términos, el punto de arranque es la posición de la doctrina española que manifestó siempre y de forma rotunda su inconformismo con el reenvío de retorno o primer grado tal como había sido sancionado por el art. 12.2 C.C. La controversia suscitada giró en torno a una crítica centrada esencialmente, en la repulsa de la *generalización* y *abstracción* impuesta por la unívoca solución contemplada a la hora de la *categorización* de la figura del reenvío de primer grado como *norma de aplicación de la norma de conflicto*, plasmada finalmente en la redacción del art. 12.2 C.C[2]. Ahora bien, el reenvío es ante todo y previamente a

1. Entre los favorables al reenvío, el *Auto del Juzgado del distrito del Hospital de Barcelona de 3.9.1900; Resolución de la D.G.R.N de 30 de junio de 1956, Auto del Juzgado de I.ª Instancia de Madrid de 7.2.1951; Auto del Juzgado de I.ª Instancia de Madrid de 18.2.1974;* contrarias al reenvío son la *Sentencia de la A.T. de Granada de 7.2.1925; Sentencia de la A.T de Palma de Mallorca de 17.2.1965;* con posterioridad a la introducción del art. 12.2.º del C.C, tras la reforma del Título Preliminar de 1974, entre las aplicaciones recientes sobre el reenvío de primer grado, se cuentan la *«Sentencia del T.S (sala 1.ª) de 23.10.1992; Sentencia de la A.T. de Granada de 22.12.1988 y Sentencia de la A.P. de Alicante de 19.11.1991.*

2. El art. 12.2 C.C, incluido tras la reforma del Título Preliminar del C.C en 1974, reza: *«la remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española»*, su redacción fue ampliamente criticada por su defectuosa técnica legislativa, acentúado «legeforismo» de su solución a favor únicamente del reenvío de primer grado

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sus procesos de codificación interna, —y éste que avanzamos, es un dato preciso para su comprensión—, una técnica de origen jurisprudencial[3], viva, útil y utilizable «in casu» por los jueces que conocen del fondo del asunto, mecanismo —cuyos propios obstáculos de fondo— están ligados a las «facultades y dificultades»[4] del juez en el proceso de aplicación

y el simplismo excluyente del que hubiese sido un aconsejable tratamiento por materias propugnado por otras propuestas legislativas desechadas, como fueron las de L. de ÁNGULO MONTES, a favor del reenvío de primer y segundo grado para el estatuto personal y sucesorio, o la del Prof. A. BERCOVITZ partidario del reenvío de primer y segundo grados respecto de la sucesión por causa de muerte, régimen legal de bienes en el matrimonio y relaciones de filiación. Sobre los antecedentes legislativos de esta disposición, vid. CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Comentarios al artículo 12 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, 1978, vol. I, pp. 433-436; del mismo autor, *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 3.ª ed., Madrid, 1983; PÉREZ MONTERO, J.: «Artículo 12.2.º del Código Civil» en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I., Madrid, 1977; para una revisión actual del reenvío, BOUZA VIDAL, N.: «Artículo 12, apartado 2», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 1995, pp. 880-893; BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho Interregional español* Bellaterra, U.A.B, 1984, pp. 56-58. El Prof. F. ROZAS señala como única excepción a la solución general del art. 12.2.º C.C, la admisión de las dos modalidades del reenvío —primer y segundo grado— en los arts. 98 y 162 de la Ley 19/1985, de 16 de julio cambiaria y del cheque, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 496; este ejemplo sectorial es para Calvo Caravaca la mejor prueba de que la solución del reenvío adoptada por el Código Civil no es totalmente satisfactoria, CALVO CARAVACA, A.: en PÉREZ VERA, E. (dir) AA.VV.: *Derecho Internacional Privado*, U.N.E.D, Madrid, 5.ª ed., junio 1995, t. 1, pp. 146.

3. Es el conocido asunto «Forgo», *Sentencias de la Cour de Cassation de 24 de junio de 1878 y de 22 de febrero de 1882, sobre la sucesión de un ciudadano bávaro residente en Francia, fundamentadas en el reenvío que el derecho bávaro hace la ley francesa (último domicilio de hecho)*, el que despierta la atención de la doctrina francesa sobre la figura del reenvío, en su nota comentario a la misma, Labbé, *S. 1882, 1,1883*, emplea por vez primera este término, reenvío al que describe *«si la ley del domicilio del difunto rechaza la competencia que le atribuimos y la reenvía a la ley de la situación accidental de los muebles o la residencia, nos dejaremos conducir hacia esta ley*, advirtiendo sobre la aplicación por el juez de este mecanismo que *«el juez no trata de que imperen ideas teóricas. Pide una ley aplicable. La determinación de esta ley es a la vez incierta y movediza. ¿Qué importa si se fija y se soluciona la dificultad? Se pretende así satisfacer no una razón especulativa, sino una razón práctica»*.

4. Con ocasión de ciertos supuestos de reenvío, sobre el papel solitario y soberano encomendado al juez del fondo del asunto y su sometimiento al principio de aplicación «ex officio» de la norma de conflicto en el marco del proceso, así como el control que de su actuación hagan instancias superiores: «*La interpretación de la norma de conflicto extranjera, como la de las leyes extranjeras en general, resta dentro del poder soberano de apreciación de los jueces del fondo del asunto, y la Cour de Cassation no interviene más que para censurar una desnaturalización eventual o una insuficiencia de motivos*», reitera ampliamente la doctrina francesa en los clásicos asuntos, «De Marchi», *Civ. I., 7 de marzo de 1938*; «Sommer», *Civ. I., 8 de diciembre de 1953*; «Zagha», *Civ. I., 15 de*

tanto de la propia norma de conflicto del foro y su interpretación, como de la norma de conflicto del derecho extranjero[5].

7. Esta observación es exacta para el derecho anglosajón, dónde la función del juez está incardinada en la construcción jurisprudencial del propio sistema de Derecho Internacional Privado, habiéndose impulsado la aplicación del reenvío, como expresión misma de la misión y potestades interpretadoras del juez ante el derecho extranjero, merced a la singular doctrina del «doble reenvío»[6] que confiere al juez inglés la oportunidad de «suplantar idealmente» al juez extranjero, para deducir, caso de que aquel conociese hipotéticamente del asunto, cuál sería la aptitud de aquel ordenamiento ante el reenvío, concluyendo entonces, por admitir la aplicación de la ley material inglesa si el ordenamiento extranjero lo rechaza, y al contrario, por rechazar la misma si fuese favorable a éste[7].

junio de 1982. Sobre la implicación de los jueces y el papel activo y creador del juez en la aplicación del reenvío, participamos de los planteamientos doctrinales renovadores sobre la evolución actual de la función judicial de PÉREZ VOITURIEZ, A.; en «El reenvío en el derecho internacional privado español: una interpretación actualizada», *Revista Jurídica del Notariado*, 1995, núm. 13, enero-marzo, 327-333, y su sugerencia en la línea de la flexibilización a través de la «ponderación de intereses» por parte del juez y en cúanto en materia de sucesiones la apreciación del principio de la autonomía de la voluntad puede conducir a concretar los intereses prevalentes, particularizando cada situación.

5. «El reenvío no nace más que a causa del contenido de la norma de conflicto extranjera; está ligado pues en su punto de partida a la interpretación del derecho extranjero», FRANCESCAKIS, vid. *Rev. Crit. DIP*, 1959, pp. 318; esta suerte de dificultades que aparecen como obstáculo para su correcta apreciación por el juez justifican, no sin razón, las posiciones de muchos de sus detractores.

6. La *foreign court theory* o teoría del «doble reenvío», mero artificio especulativo para algunos, persigue según otros, la búsqueda de la justicia en el resultado y principalmente la armonía internacional de soluciones, como principios ambos que imperan en la lógica aplicada por los jueces ingleses. Curiosamente, han sido dos señalados precedentes sobre sucesiones de súbditos ingleses, en las que el derecho sucesorio inglés y el español aparecían conectados, los que —sumándose a los asuntos «Annesley» e «In Re Ross»— contribuyeron a consolidar la aplicación de la teoría del «doble reenvío» por las jurisdicciones inglesas: en los asuntos «In Re Duke of Wellington», *High Court of Chancery Division de 5 de mayo de 1947*, sentencia confirmada en diciembre de 1974; «In Re Adams», *High Court of Justice Chancery Division Vice Chanceller Court de 31 de julio de 1985*; no deja de sorprender que en ambos casos el juez inglés considera que en el derecho español no se admite el reenvío. Comentarios desde una perspectiva del derecho español, en SUAY MILIO, J.: «Una solución jurisprudencial inglesa: el doble reenvío», *R.E.D.I*, 1956, vol. IX, pp. 87-122; IRIARTE ÁNGEL, J. L.: «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», *R.G.D*, 1989, pp. 3561-3582. Desde la perspectiva del derecho inglés, Dicey & Morris; *The conflict of Laws*, 10.ª ed., London, 1980; Graveson, H.; «Le renvoi dans le droit anglais actuel», *Rev.Crit.Dr.Int.pr.*, 1968, pp. 259-265.

7. La utilidad del «doble reenvío» —ruptura del círculo vicioso en que puede in-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

8. En nuestro sistema de Derecho Internacional Privado español —circunscrito como está al ámbito de la familia de sistemas continentales—, tal tipo de soluciones de construcción netamente pretoriana son en principio ajenas al sistema o como mínimo friccionan fuertemente con los límites impuestos al juez por el mandato imperativo de la norma de conflicto. En este sentido, como reconoce la A.P. de Badajoz *«el juez español ha de aplicar las normas de conflicto españolas que le imponen aplicar las leyes inglesas como ley nacional del causante»*. La A.P. de Badajoz, desecha una solución automática y rápida como la que fue acordada por el fallo en I.ª Instancia, favorable al reenvío de primer grado, cuyo fundamento legal de su admisión se basaba en que de conformidad con el art. 12.2.º C.C, y teniendo en cuenta que el art. 9.8.º C.C al designar como ley aplicable la ley nacional del causante, —es decir la inglesa—, ésta a su vez reenvía a la «lex domicilii» para que rija la sucesión mobiliaria y a la «lex rei sitae» para que rija la sucesión inmobiliaria, coinciden ambas en el caso, en designar la lex fori —la española— como ley aplicable al supuesto planteado.

9. Así pues, las referidas deficiencias técnicas del art. 12.2.º C.C, unidas a los legítimos interrogantes sobre el papel que el juez debe asumir en su exégesis, son la causa, como también es consciente la A.P. de Badajoz en su pronunciamiento —en el que incluye una extensa e inusual referencia a la doctrina española—, de que se cuestione el carácter *facultativo* o *imperativo* de esta norma, (mvo. 8.º) *«Carrillo Salcedo sostiene que la imprecisión del término permite a la jurisprudencia pronunciarse en libertad sobre estos problemas, otros señalan que el reenvío no tiene aplicación general en todos los supuestos o que es facultad del juez aplicarlo según las conveniencias del caso. La mayoría de los autores: Simó Santonja, Borrás Rodríguez, Albaladejo, Carrillo Salcedo, Vallet de Goytisolo, estiman que con mayor o menor fortuna y extensión el reenvío de primer grado ha sido sancionado legislativamente en el derecho español»*, aquí esta jurisdicción, manifiesta la *duda razonable* que el tenor del art. 12.2.º C.C. plantea a su labor interpretativa del mismo, *«el sistema de Derecho Internacional Privado Español ha sido y es después*

currir el reenvío de primer grado— es contestada por parte de la doctrina cúando observa que el círculo vicioso sería inextricable si ambos países interesados practicasen el doble reenvío, este argumento es recogido por BATTIFOL y LAGARDE, *«the english judges and the foreign judges would then continue to bow to each other like the officers at Fontenoy»*, dictamen del Private International Law Committe, cit. en Comp. t. I, núm. 309.

de la reforma de 1974 muy deficiente. Los autores discutían la posibilidad del reenvío y la escasa jurisprudencia resultaba contradictoria, la discusión continúa porque la redacción actual del artículo 12.2.º es muy deficiente y resulta muy contradictoria»[8].

10. Este dato valioso sugiere tímidamente, si la contradicción jurisprudencial de nuestros Tribunales españoles ante el reenvío, resultase explicable e incluso concebible como fruto de la contradicción de su propia norma, ¿no significa ello que la apreciación por el juez del fondo del asunto sobre el reenvío de retorno o primer grado en el sistema de Derecho Internacional Privado español, debería permitirle *acondicionarlo*, o si se quiere *ajustarlo* mediante una aproximación finalista —operando en una interpretación conjunta y sistemática[9] de la que es norma de aplicación —art. 12.2.º C.C— y del resto de las normas de conflicto, como la del estatuto sucesorio —art. 9.8.º C.C—, para dar pleno y recto cumplimiento al mandato legal de ambas?; ¿puede o debe el juez del fondo del asunto, con el fin de apreciar el reenvío de primer grado, entrar a considerar o valorar las «policies» que inspiran las respectivas normas de conflicto sucesorias de la «lex fori» como las de la «lex causae»—, y con ello, también las relaciones estructurales de éstas en el conjunto del sistema a que pertenecen —para ir más allá del puro dato de conexidad con el caso, y así descartar o admitir el reenvío de primer grado en *fun-*

8. Si el rasgo constitutivo de la jurisprudencia española en materia de reenvío es la contradicción como constante no superada entre las dos etapas señaladas, —anterior y posterior— a la existencia de una norma específica, ¿ello no reafirma la escasa claridad de la solución aportada por el art. 12.2 C.C.? La doctrina española ha estudiado ampliamente la evolución jurisprudencial, vid. MARÍN LÓPEZ, A.: «El reenvío en el Derecho español», *R.E.D.I*, 1956, vol. IX, pp. 677; MIAJA DE LA MUELA, A.: «Un caso de aplicación del reenvío de primer grado en España», *R.E.D.I.* 1956, vol. XI, pp. 573 y ss. «Soluciones «sanas» a los conflictos de leyes: «favor negotii» y respeto a los derechos adquiridos», en *R.E.D.I*, 1964, pp. 16-38; MOYA ESCUDERO, M.: en su Nota a la Sentencia de la A.T. de Granada de 2 de diciembre de 1988, *R.E.D.I*, 1992, pp. 637 y ss; sobre el fallo que nos ocupa, vid. el comentario de BLANCO MORALES, P.: «¿Existe en nuestro derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España? Comentario a la sentencia 294/95, de 11 de julio, de la Audiencia Provincial de Badajoz (Secc. 1.ª). Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro BALIÑA MEDIAVILLA», en *R.G.D*, 1996, n.º 613-614, pp. 11341 a 11347.

9. Entre las posturas de la doctrina española que abogan por el carácter facultativo del art. 12.2.º C.C, se cuentan autores como C. CARAVACA que defienden este criterio: «las normas de aplicación o de funcionamiento no pueden ser entendidas aisladamente, sino que deben ser interpretadas conjuntamente con las normas reguladoras (y el art. 9.8 C.C es una de ellas)», en «Sucesión hereditaria», *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Eurolex, 1995, pp. 397.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción o razón de su resultado, es decir dependiendo de si el reenvío conduce o no a una solución conveniente, bien sea desde la perspectiva de la «coordinación de sistemas», y/o de la consecución de la «justicia del resultado»?; ¿cuáles y de qué modo estas consideraciones o criterios deben guiar al juez en la aplicación «ex officio» que haga del mandato de la norma de conflicto? ¿cómo puede ponderarlos?; ¿en suma, puede una orientación material de la aplicación de la norma de conflicto alterar el normal juego del reenvío expediente[10]? Parecería particularmente incoherente reaccionar de la misma manera ante diversas situaciones[11], aunque

10. La teoría del reenvío «expediente» está anclada en los postulados funcionales sobre el reenvío de la doctrina francesa entre cuyos representantes principales MAURY, J.: «Le renvoi», *J.Cl.*, fasc. 532-A; y BATTIFOL, para quien el reenvío es un «modo de coordinación»; en general, estos autores estiman que el reenvío de primer grado, puede ser un medio de obtener resultados útiles, y que por otra parte, el juez tiene más posibilidades de llegar a una solución correcta en aplicación de las normas de derecho material a las que está acostumbrado, esfera que afecta a la facilidad para el juez de aplicar su propio derecho material, a los que constesta, RIGAUX, F.: «la ventaja no es más que aparente, ya que se compensa por la dificultad de aplicación de la norma extranjera», VAN HECKE, G.: RIGAUX, F.: *Rev. Crit. Jur. belge*, 1961, pp. 353 y ss. Con origen en la teoría del «reenvío-delegación», los planteamientos pueden derivar hacia otros menos favorables al reenvío, un ejemplo es la particular formulación de Lerebours Pigeonniére y Loussouarn, «Observations sur la question du renvoi», *Clunet*, 1924, pp. 877, sobre el «reenvío-reglamento subsidiario», que considera que la lex fori no acepta el reenvío sino que lo aplica a título subsidiario, una vez que la ley extranjera ha declinado su propia competencia; o inclusive abocar en el unilateralismo de Niboyet que llega a suprimir incluso el problema del reenvío. A pesar de que se suele identificar la teoría del «reenvío expediente» favorable al reenvío de primer grado con los desarrollos de la doctrina mayoritaria francesa entre la que cuenta con mayores partidarios, no obsta para hallar también jurisprudencia a favor del reenvío de segundo grado —al que se considera más propicio para la búsqueda de la justicia del resultado— como solución «favor validitatis», así se acepta el «reenvío ad validitatem» en el as. Zagha, Civ. I, 15 de junio de 1982, sector el de la forma de los actos jurídicos, dónde era generalmente excluido, aquí la Cour de Cassation estima que el espíritu de «favor validitatis» que inspira la regla locus regit actum, incita a aceptar un reenvío validitatem; otro caso de admisión del reenvío de segundo grado es el asunto «Patino», *Civ. I., 15 mayo de 1963;* o en el asunto Banque ottomane», *Civ. I., 15 de junio de 1982*; o de aplicación curiosa de reenvío de segundo grado en el asunto «De Marchi», *Civ. I., 7 marzo 1938.* También en los fundamentos del reenvío de primer grado puede hallarse en ocasiones una óptica más propia de la búsqueda de un resultado, como pueda ser un principio de asimilación de los extranjeros, en el asunto «Soulié», *Sentencia de 1 de marzo de 1910, D.P., 1912, I, 262, Clunet, 1910, pp. 888*) la Chambre des requêtes vio en el reenvío un medio para aplicar la ley francesa a los extranjeros domiciliados en Francia, ventaja expresamente reconocida por la jurisprudencia en «Michoud c. Michout», *Sentencia de París, 20 de octubre de 1951.*

11. Una propuesta sugestiva es la formulada por PÉREZ VOITURIEZ, A.: para quien no se trata tanto de adoptar una perspectiva hipotética de armonía intersistemática, sino de atender a las *situaciones sociológicas*, en referencia a la sucesión testada —en favor

para evitarlo el juez precisa conocer «el arsenal» de métodos de interpretación de que dispone para establecer el alcance y tenor de su propia norma de conflicto, tanto como los límites que se le imponen derivados del mandato imperativo de la misma, así como de áquellos respecto del establecimiento del contenido del derecho internacional privado extranjero. La relativa estrechez de los cauces interpretativos[12] que se le ofrecen y los principios rectores del proceso —entre los cuales, como se ha subrayado el fundamental es la aplicación «ex officio» de la norma de conflicto—, unido al particular régimen procesal al que está sometida la consideración del derecho extranjero[13] en nuestro sistema, constituyen el conjunto o marco del procedimiento, del que en sí mismo, no se puede aislar la consideración del reenvío de primer grado que haga el juez español.

del círculo de convivencia más íntimo y de las relaciones sociales más próximas—, en la práctica reaccionando frente a cada supuesto concreto conforme a los vínculos más estrechos de carácter material, esencialmente sopesando el resultado concreto y los intereses en juego en la medida que reclamen una equitativa protección. Según este autor el «corolario de esta situación es que la aplicación del derecho material inglés llevaría a consolidar jurídicamente los estrechos lazos producidos por la convivencia efectiva en el medio social establecido en la residencia habitual en territorio español supondría romper con este cúmulo de intereses concretos, a favor de unos parientes de vinculación sanguínea pero alejados de la postrer vida y solidaridad humana del causahabiente», para concluir que el reenvío en materia sucesoria no puede considerarse nunca la regla general, sino mero instrumento de técnico de aplicación excepcional cuando haya motivos de justicia concreta en el resultado que lo aconsejen», op. cit., 320-324.

12. El conocimiento del derecho inglés incluso la permeabilidad a los métodos propios de la jurisprudencia inglesa y a la consideración de la teoría del doble reenvío, a los que dedica largo examen la A.P. Badajoz son muestra patente del cambio de actitud del juez español y de cuales son las mayores preocupaciones y dificultades actuales de su labor interpretativa. Téngase en cuenta tambien, la novedad de ciertas incursiones de la «teoría del doble reenvío» en la jurisprudencia continental, como en la francesa, vid. admisión del doble reenvío en materia de filiación, con el fin de aplicar la ley personal de la madre, *TGI París, 20 de abril de 1982*, vid. comentario de DERRUPÉ, J.: en *JDI* 1983, pp. 583.

13. El problema del carácter facultativo u obligatorio de la aplicación de oficio de la norma de conflicto de leyes por los jueces del fondo, es de plena actualidad tambien en la doctrina francesa; una aproximación crítica a su sistema y a las evoluciones de su jurisprudencia, señalando una cuarta etapa rupturista con este principio, en ALEXANDRE, D.: «La loi étrangère devant les tribunaux français», *Jurisc. Droit International Civil*, fasc. 539-10, 1995, n.º 11. Vid. también, BATTIFOL, H.: «La Cour de Cassation de France et la dénaturation de la loi étrangère», *Festchrift für Hans Dölle*, t. II, p. 209; LEQUETTE, Y.: «L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988), *Rev. Crit. DIP, 1989*, p. 277 y ss; MAYER, P.: «L'office du juge dans le règlement des conflits de lois», *Travaux comité fr. DIP 1975-1977, pp. 233; id.*; «Le juge et la loi étrangère», *Rev. suisse de dr. int. et eur.*, 1991, pp. 481; PONSARD, A.: «L'office du juge et l'application du droit étranger», *Rev. Crit. DIP*, 1990, pp. 607.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

11. En ausencia de una deseable y futura reforma de nuestro sistema de Derecho Internacional Privado español que estime todas estas cuestiones abiertas, un análisis y seguimiento continuado y crítico de la jurisprudencia española puede arrojar luz sobre la problemática e interrogantes particularmente entorno al que sería un deseable cambio en materia de reenvío.

12. Entretanto, y con carácter general ¿puede el reenvío, —mecanismo en crisis[14], y tan amplia y sólidamente contestado por la doctrina—, aportar todavía algo en sus distintas soluciones y/o modalidades de aplicación?[15]. Los planteamientos clásicos sobre los rasgos constitutivos del reenvío lo identifican con el «conflicto negativo de leyes»[16], sobre la base de tres presupuestos: 1.º) en primer lugar, la diversidad de los puntos de conexión utilizados por las normas de conflicto de los ordenamientos que concurren en un supuesto de tráfico privado externo; 2.º) en segundo término, la consulta de la norma de conflicto extranjera, o si se quiere la consideración del derecho extranjero en su integridad —tanto del derecho conflictual como del material—; 3.º) y la remisión de la norma de conflicto lex causae a otra ley.

13. La «crisis del reenvío»[17] se manifiesta en el amplio consenso reflejado en la actual codificación internacional, habiéndose emprendido verdaderos esfuerzos por excluir[18] el reenvío en numerosos convenios de unificación de las normas de conflicto. Del mismo modo las más modernas codificaciones internas no escapan a esta corriente «antireenvío», aunque dentro de las nuevas tendencias de especialización que admiten ciertas modalidades de reenvío según las materias[19] —un buen ejemplo

14. La doctrina sobre el reenvío es extensísima, entre ella ha se cuentan los numerosos trabajos del I.D.I, como el de Maridakis, «Le renvoi en droit international privé (Rapports provisoire et supplémentaire) *Annuaire I.D.I*, 1957, t. II, pp. 17-53; pp. 1-16; 54-125; otras contribuciones críticas, VON MEHREN, A.: «The renvoi and its relation to virious approaches the choice of law problem», *Mélanges Yntema*, pp. 380; entre las posturas más contrarias, vid FOYER, L. J.: «Requiem pour le renvoi?», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*(1980-1981), París, CNRS, pp. 105-120; PILLET, A.: «Contre la théorie du renvoi». *Rec. Crit. Dr. Int. pr.*, 1913, pp. 1-14.

15. No podemos dejar de notar que la corriente antireenvío y la gravedad del fenómeno de su rechazo, están conduciendo a autores como AGOSTINI, E. a comprometerse en una sugerente y nueva revisión actualizada sobre los presupuestos del reenvío y sus categorías, vid. DERRUPPÉ, J., AGOSTINI, E.: «Le renvoi dans la jurisprudence française», *J.D.I*, 1994, 5, fasc. 532-2. Además de las modalidades conocidas —reenvío de primer y segundo grado— este afán conduce por ejemplo a la doctrina alemana y norteamericana a distinguir el criticado «hidden, hypothetical o concealed renvoi», por el que en caso de que a un sistema de «common law» se le atribuya la regulación a título de competencia legislativa, éste la reenvía a otro título de competencia judicial, se trata de de un análisis de la teoría del «proper law» como una formulación legislativa de la teoría del «forum conveniens»; vid. EHREZWEIG, A.: *Private International Law*, Leyde, 1967, p. 71-72. Y sobre todo crece el interés por delimitarlo de otras figuras o problemas: vid. «reenvío a los fines de interpretación de un concepto o «pseudoreenvío» y su analogía con las cuestiones previas, que estudia AGOSTINI, E.: op. cit. pp. 10; o el «reenvío peonza» ó «Kreiselverweisung», concepto esencialmente utilizado por la doctrina suiza, vid. GRAULICH, M.: *Principes*, n.º 190, p. 138; NIEDERER, V. W.: *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationale Privatrechts*, 3.ª ed., Zurich, 1961.

16. Que lleva implícito la lógica descrita por BARTIN Y KAHN, de la idea de «conflicto de soberanías» traducida en conflicto de leyes, y que subyace en los orígenes del «reenvio desistimiento o delegación». Sus postulados evolucionarán a la concepción más avanzada y aceptada hoy, del «reenvío coordinación o expediente», de gran difusión en los sistemas continentales, y que propugna las ventajas del reenvío de primer grado, por sus facilidades de aplicación por el juez del foro, esta teoría sigue siendo siempre deudora de la óptica del reenvío como supresión de un conflicto competencial legislativo —en este caso negativo—.

17. Crisis amplísima de un mecanismo en retroceso, que se refleja tanto en las codificaciones internas como en los avances convencionales; vid. RIGAUX: op. cit., pp. 308 y ss.

18. Normalmente, los convenios de unificación de las normas de conflicto de leyes adoptados en el seno de la Conferencia de La Haya excluyen implícitamente el reenvío, así precisan que la ley designada aplicable es la ley interna —es decir la ley material y no las normas de conflicto—, entre los numerosos ejemplos: el arts. 4 y 11 del Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias; el art. 4 en relación al 10 del Conenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad de los productos; el art. 3 en relación con el art. 10 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera; el art. 7 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Si bien es cierto que en otros Convenios se contempla una admisión excepcional y parcial del reenvío, como en el mismo Convenio sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de 1 de agosto de 1989, cuyo art. 4 dispone que cuando la ley aplicable, según las normas de conflicto del Convenio, sea la ley de un Estado no contratante, se aceptará el reenvío que las normas de conflicto de dicho Estado hagan a la ley de otro Estado no contratante siempre que éste acepte la competencia para regular la sucesión; norma adoptada en aras de la armonía internacional de soluciones con los Estados no contratantes en opinión de BOUZA VIDAL, N.: op. cit., pp. 893. En otro orden, en el ámbito de la Comunidad Europea, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, contempla la exclusión explícita, cuyo art. 15 dispone: *«cuando el presente Convenio prescribe la aplicación de la ley de un país, se entederá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de derecho internacional privado»*.

19. Como afirma PÉREZ VOITURIEZ, A.: refiriéndose al reenvío «son planos complementarios los de la limitación objetiva de sectores materiales y de flexibilización concreta en su resolución, que exigen un cambio de mentalidad en el enfoque general del tema y un esfuerzo muy especial en la valoración de los intereses en conflicto», abogando por soluciones no dogmáticas que se alejan de los problemas e intereses concretos, op. cit., 332.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

constituye la redacción del art. 13 [20] de la Legge de 31.5.1995, riforma del sistema italiano di diritto internazonale privato—.

14. Este estado de la cuestión, —franco retroceso y contestación del reenvío—, induce a plantearse de nuevo los fundamentos mismos del problema, a lo que la expresión «conflicto negativo de leyes» utilizada para identificar uno de sus presupuestos, no contribuye a esclarecerlo —aunque extremadamente gráfica, resulta también anacrónica y abstracta—; por contra, es pertinente y más quizás más exacto con el trasfondo de los problemas inherentes y sustanciales al reenvío, inclinarse por recuperar en su plenitud otra expresión clásica en su configuración —«conflicto negativo de sistemas»—, empleada por el Prof. González Campos, que adquiere su significación en el marco de la discusión actual —ya que describe y vertebra la solución del reenvío con la presencia del «conflicto de sistemas» [21], entre el sistema de la lex fori y el sistema de la lex causae.

20. Art. 13 que establece: «1. Quando negli articoli succesivi è richiamiata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazoinale privato straniero allalegge di un altro Stato: a) se il diritto di tale Stato accetta il rinvio; b) se si trattta di rinvio alla legge italiana; 2. L' applicazione del comma 1 è tuttavia esclusa: a) nei casi in cui le disposizioni della presente legge rendono aplicabile la legge straniera sulla base della scelta effettuata in tal senso dalle parti interessate; b) riguardo alle disposizioni concernenti la forma degli atti; in relazione alle disposizioni del Capo XI del presente Titolo. 3. Nei casi di cui agli articoli 33, 34, 35 si tiene conto del rinvio soltanto se esso conduce all' applicazione di una legge che consente lo stabilimiento della filiazione. 4. Quando la presente legge dichiara in ogni caso applicabile una convenzione internazionale si segue sempre, in materia di rinvio la soluzione adottata dalla convenzione». Este ejemplo sintetiza la moderna y aceptada reducción en estos ámbitos: exclusión del reenvío allí dónde actúa la autonomía de la voluntad, respecto a la forma de los actos, o cuando lo excluye un convenio internacional del que se es parte; con un llamativo «reenvío favor filii» en su apartado 3.

21. Esta es una aproximación clásica en materia de reenvío, FRANCESCAKIS, Ph.: *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958; AGOSTINI, E.: *L' application des règles de conflit étrangeres et les conflits de systèmes en droit international privé*, (Tesis), Burdeos, 1975; en la doctrina española el Prof. GONZÁLEZ CAMPOS, J.: *Derecho Internacional Privado. Introducción*, U.A.M., Madrid, 1984, describe «cuando respecto de una misma situación dos o más sistemas de Derecho Internacional Privado vinculados con el supuesto ofrecen respuestas jurídicas divergentes en cuanto al derecho aplicable, por utilizar sus normas distintos criterios de regulación, y al mismo tiempo, los Tribunales de los Estados con los que se halla conectado el supuesto son igualmente competentes para conocer el litigio»; es en relación al célebre «asunto Adams», —litigio sobre la sucesión del también súbdito inglés, ante los Tribunales ingleses, que estima la solución del doble reenvío—, al que califica el Prof.G.Campos como «conflicto negativo de sistemas».

15. Esta propuesta de análisis nos enfrenta ante un núcleo de supuestos de reenvío —no reductibles exclusivamente, pero sí sustanciales— dónde este mecanismo registra las «tensiones» más vivas entre los ordenamientos conectados. Se trata de aquellos supuestos en que tras un problema de reenvío, y de su enjuiciamiento superficial a partir de la constatación más aparente, formal y rápida —la «divergencia de las conexiones» previstas en las normas de conflicto de los ordenamientos implicados—, se hallan incorporados y encubiertos auténticos problemas calificatorios, incluso conflictos de calificaciones [22], difícilmente resolubles, y en muchos casos, tras los cuales se ocultan verdaderos «conflictos de sistemas» en presencia. Desde esta óptica, también el Prof. Rigaux [23] precisaba que el reenvío comporta «una divergencia entre dos sistemas nacionales de conflicto de leyes, siendo secundario que la divergencia se manifieste directamente en la formulación de la norma de conflicto (Bigwood) [24] o que tenga como objeto la determinación del punto de conexión que se utiliza (Forgo) [25], aquellos clásicos precedentes servían a este autor, para situar inmediatamente la «divergencia» referida, en otro plano no formal sino consustancial, al preguntarse concretamente, si entre la teoría del reenvío y el problema de la determinación del domicilio [26] hay otro lazo que se plantea, ¿cuándo la ley remitente por ejemplo la inglesa, —en el asunto Bigwood—, reenvía a la ley del domicilio, se preguntaba ¿no conviene determinar éste conforme al derecho británico?, a nuestro juicio, cabe plantearse ¿podríamos haber hablado de reenvío de calificaciones [27]? Reposa aquí una idea esencial en la

22. Sobre la distinción entre el problema de calificación y el problema del reenvío, y su convertibilidad, vid. DERRUPÉ, J. y AGOSTINI, E.; op. cit., pp. 16-17.

23. RIGAUX, F.: secc. III, pp. 304.

24. Asunto «Bigwood», comentado por RIGAUX en *La théorie des qualifications*, núm. 17 y núm. 201.

25. Asunto «Forgo», cit. supra.

26. Sobre el asunto «Forgo», existen dos posibilidades, o bien se considera que la ley francesa y bávara están formuladas de forma diferente —conectando en el caso de la primera las sucesiones mobiliarias a la ley del domicilio jurídico y la segunda a la ley del domicilio de hecho; o bien se considera, que las normas francesa y bávara son idénticas, pero que la divergencia se refiere a la forma de determinación del domicilio. Vid. FALCONBRIDGE, J. D.: «Renvoi and the Law of Domicile», *Can. Bar. Rev.*, 1941, pp. 311 y ss; del mismo autor, «Le renvoi et la loi du domicile», *Rev. Cri. Dr. Int. Pr.*, 1948, pp. 45-71.

27. El escaso interés de la doctrina por el llamado «reenvío de calificaciones», no obsta para constatarlo en las Sentencias de 19 de julio de 1952, asunto «Romanin», citado por FRANCESCAKIS; o en la *Sentencia de 23 de enero de 1975*, asunto «Malherbe»; sobre éste vid. LEQUETTE, Y.: «Le renvoi des qualifications», *Mélanges Holleaux, op. cit.* En su origen el reenvío se concibe sólo como conflicto negativo resultante de una

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que se fundamenta el reenvío, es necesario tomar en cuenta no sólo las normas de conflicto, es decir no sólo sus criterios o puntos de conexión empleados, sino también sus calificaciones[28].

16. Adviértase además que curiosamente, en ciertos casos[29] si admitimos la calificación «lex causae» de la conexión domiciliar, la ley material inglesa resulta designada como aplicable y no cabe el reenvío, alcanzándose el mismo resultado que si atendiésemos directamente a la ley material designada como aplicable por la conexión de la norma de conflicto del foro.

17. Los problemas sobre la diferencia de calificación entre las conexiones empleadas, arriba expuestos afloran también el asunto «T. Denney» que examinamos, en que la A.P. de Badajoz desecha considerar la posición de la demandada relativa a la calificación de la conexión «domiciliar» —aunque aquí, hay que remarcar que la divergencia de conexiones empleada queda manifiestamente establecida, la «nacionalidad» del de cuius para el derecho sucesorio español y el «domicilio» para el derecho inglés—, sin embargo esta parte sostenía que T. Denney no llegó a adquirir el domicilio en España. Para la A.P de Badajoz se trata de una cuestión nueva imposible de introducir en apelación, máxime cuando había sido aceptado por la propia demandada, en la instancia inferior[30] que el domicilio del causante estaba ubicado en España.

divergencia de los factores de localización, pero pronto se advierte que tambien puede provenir de una divergencia de calificaciones, es este un delicado punto de encuentro entre las dos técnicas.

28. BATTIFOL, H., LAGARDE, P.: op. cit. tomo I, 1993, n.º 310.

29. ¿Estamos ante supuestos de mero «pseudoreenvío»?; según FRANCESCAKIS, «el conflicto de calificación es convertible en conflicto de reenvío a condición de que no haya duda sobre el tenos de las normas de conflicto aplicables de una y otra parte», op. cit.; recuérdese que sería erróneo confundir ambos problemas, y que el reenvío puede provenir también de una diferencia de conexión sin que exista diferencia de calificación.

30. Los principios rectores del procedimiento permiten a los jueces del fondo del asunto estimar un eventual elemento de extranjería no especialmente invocado por las partes como fundamento de sus pretensiones pero que aparece en el curso del proceso, e invitarles a que presenten sus observaciones sobre éste con el fin de poder aplicar «ex officio» la norma de conflicto, bajo reserva del principio de contradicción. Entre estos elementos de extranjería que el juez debe conocer para poder determinar la ley aplicable, figura a menudo sobre todo en materia de estatuto personal el elemento de conexión retenido, nacionalidad o domicilio, según el caso. ¿es ésta una facultad del juez o es una obligación impuesta, la indagación de los elementos de extranjería no especialmente invocados por las partes, pero precisos para aplicar de oficio la norma de conflicto?; vid. sobre estas cuestiones se ocupa ampliamente la doctrina francesa, BATTIFOL, H. y LA-

18. De todos modos, la A.P. de Badajoz no soslaya totalmente los eventuales problemas calificatorios suscitados por la conexión «domiciliar»[31], derivados de la divergencia entre la calificación lex causae, en el derecho inglés, y de la lex fori, en el derecho español. Sobre la cuestión de si A. Denney no había perdido su domicilio inglés y en consecuencia no había podido adquirir uno nuevo, el problema «desde luego se presenta como muy dudoso, pues el sistema inglés a diferencia del español (art. 40 del C.C) es muy riguroso en materia de pérdida y adquisición de domicilio, existe la presunción de que sus nacionales no quieren en ningún caso perder el domicilio inglés, conservando al menos el ánimus, e incluso se ha exigido el cumplimiento de determinados requisitos formales para adquirir un nuevo domicilio en el país de residencia. La cuestión es importante porque la conexión para determinar la ley aplicable se pretende establecer por la lex domiciliar», a lo que concluye que «de todas formas el concepto objetivo del domicilio tiene, por efectos prácticos que prevalecer sobre el elemento de voluntad o puramente intencional y que ha sido puesto de relieve en Sentencias del Tribunal Supremo como la de 3 de diciembre de 1955», ¿se inclina el Tribunal por una calificación «lex fori» del punto de conexión —domicilio— previsto por la norma de conflicto de la lex causae?; la A.P. no se extiende sobre este punto por considerarlo improcedente, aunque de ser así, implícitamente habría optado por una solución al problema calificatorio de la conexión domiciliar que permitiría la apreciación consecuente del reenvío de primer grado a favor de la legislación material española, estas consecuencias no se extraen explícitamente del fallo.

19. En el nudo de la cuestión principal se hallan también otros problemas calificatorios pero de índole netamente distinta, se trata esta vez, de los problemas ligados a la «calificación misma de las relaciones litigiosas». Nótese que la pretensión misma de los demandantes de que se reconozca su cualidad de herederos y de sus cuotas legitimarias corres-

GARDE, P.: *Traité de droit international privé*, t. I., 8.ª ed. 1993, p. 532; MAYER, P.: *Droit International privé*, 5.ª ed., 1994, p. 109; AUDIT, B.: *Droit International Privé*, 1991; HOLLEAUX, D., FOYER, J., GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G.: *Droit International privé*, 1987.

31. Sobre la conexión domiciliar, vid. MUIR WATT, H.: «Le domicile dans les rapports internationaux», *JDI*, 1994, 5, fasc. 543-10. El Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955, conocido como «convenio sobre el reenvío», intenta la difícil conciliación entre los dos sistemas, —el de la ley nacional, y el de la ley del domicilio—; en general, cunando la conexión utilizada es la nacionalidad existe un cierto grado de consenso en aceptar el reenvío que la ley nacional pueda hacer a la ley domiciliar.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pondientes, se funda en unos pretendidos derechos legitimarios y en la institución de la «legítima» reconocidos únicamente por el derecho sucesorio del foro y no por el derecho sucesorio inglés que se basa en un principio de libre disponibilidad del testador.

20. Efectivamente, el de cuius manifestó su voluntad de testar según el régimen sucesorio de su ley nacional —dejando todos sus bienes a la Sra. Denney, sin legar nada a sus tres hijos, de acuerdo con el principio de «libertad de testar» del derecho sucesorio inglés que desconoce el sistema de sucesion forzosa y la institución de la «legítima». Es cierto que se cita a los hijos en el testamento, pero no se les deja ningún bien, por lo que la A.P estima que es dudoso si con arreglo al derecho español, que procede aplicar, los hijos han sido preteridos o desheredados, se trata como sostiene P. Blanco Morales[32], de un problema de difícil acomodación de la posición de los hijos en la categoría de la desheredación. Como reconoce la A.P de Badajoz «estos problemas que afectan incluso a la determinación de la legítima surgen, como hemos dicho, de la aplicación de categorías sucesorias de un derecho como el español a un testamento inglés y hecho por una persona que creía testar con arreglo a su ley natural. El causante no quería dejar nada a sus hijos, con arreglo a la ley inglesa podía hacerlo, no cabe pues nada más que formalmente en pensar en problemas de desheredación o de preterición y de aquí surgen la conclusión de que no siempre el reenvío es aconsejable y de que este supuesto es uno de los que exigirían mayor meditación», implícitamente sugiere desde una clara orientación material del art. 12.2.º C.C, la inoportunidad de admitir el reenvío de primer grado en este caso.

21. La A.P. de Badajoz alcanza esta conclusión después de un examen que tiene en cuenta: 1.º) la coherencia interna del propio sistema de derecho sucesorio inglés y de las relaciones estructurales de sus normas, enfrentadas al sistema de derecho sucesorio español; se muestra en la difícil acomodación de la institución de la «legítima» al derecho sucesorio inglés y en la comprometida búsqueda de una «armonía de soluciones», y por otra parte, 2.º) la integración del contradictorio en lo posible, —desde la relación jurídico-procesal—, es decir del examen la naturaleza de la pretensión y de la acción ejercitada; así como 3.º) por encima de toda consideración abstracta, la síntesis entre la consideración de los datos personales y familiares desde una orientación materialista que persigue la justicia del resultado, a partir del respeto extremo por la *autonomía de la voluntad* ejercida por el testador y de las circunstancias particulares en que se produce —relativas al entorno próximo personal, familiar y social— a considerar para designar el derecho aplicable en el supuesto concreto.

32. Op. cit., pp. 11341 a 11347.

22. Sobre este segundo punto, la *indefinición* de la pretensión y la acción que se ejercita —declarativa o constitutiva— dio lugar a que se admitiese una modificación de la pretensión en primera instancia, descomponiéndola de modo que respecto de los inmuebles la acción ejercitada se consideró una verdadera acción de petición de herencia y respecto de la pretensión de alcanzar derechos legitimarios una acción de naturaleza meramente declarativa que en definitiva deja imprejuzgada la cuestión respecto al resto del caudal hereditario. Las reservas de la A.P de Badajoz ante la finalidad de la estrategia procesal perseguida por los demandantes, conduce a la pregunta ¿puede una abstracta declaración de derechos legitimarios pronunciada por la jurisdicción española producir efectos de cosa juzgada y utilizarse en procesos posteriores y ante los Tribunales franceses[33], por caso, contra la viuda y el donatario de las obras de arte —el Museo de Toulouse— sitas en Francia?, por lo que la A.P de Badajoz estima «*no es posible escindir la herencia ejercitando para los bienes inmuebles una acción constitutiva y de condena y que sin embargo, se enumeren detalladamente una serie de bienes sitos en España y Francia y no se ejercite una acción de reintegración a la masa respecto de estos concretos bienes, cuando constituyen con mucho el acerbo principal del caudal hereditario, pretendiendo sustituir dicha acción por una simple declaración de derechos y con la pretensión clara de evitar el litisconsorcio alegado por el demandado y predeterminar las acciones futuras a ejercitar contra estos terceros*». Con ello, la A.P. de

33. Sobre la competencia de los Tribunales franceses en materia de sucesiones mobiliarias y los riesgos de fraccionamiento de la sucesión en tantas masas como —bienes inmuebles o muebles— estén situados en países distintos en aplicación de la regla «forum rei sitae», el inconveniente es desde el punto de vista de la doctrina francesa, relativo, ya que el fraccionamiento existe igualmente en cúanto a la ley aplicable. En cualquier caso, respecto a la cuestión planteada —aunque nuestro supuesto es radicalmente distinto— hay que tener presente que en el derecho francés «una sucesión inmobiliaria abierta en el extranjero o que los inmuebles se sitúen en el extranjero, los Tribunales franceses son siempres competentes para conocer de contenciosos relativos al ejercicio por un heredero francés de los derechos sucesorios instituidos a su favor por la ley de 14.7.1989», el criterio de conexión empleado es la «nacionalidad» del heredero, vid. HUET, A.: *Compétence des Tribunaux français à l'égard des litiges internationaux*, fasc. 581-21, 1995, 5.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Badajoz conjuga desde una óptica novedosa en la doctrina española el reenvío y el litisconsorcio pasivo, basándose en la afectación de los derechos de terceros no litigantes y en la indefensión que de no haber sido llamados al proceso, podría esta situación crear, merece subrayarse que con verdadera y plausible perspectiva de los principios informadores de nuestro sistema procesal postconstitucional como el que rigen hoy en el Derecho Internacional Privado español señala un verdadero núcleo imperativo de principios del foro: *«la complejidad y dificultad de estas cuestiones de naturaleza de Derecho Internacional Privado que al mismo tiempo participan de lo competencial y de lo jurisdiccional, apunta ya a la idea que más tarde se desarrollará... y que impone que para la decisión de las mismas, los principios constitucionales y procesales que vedan la indefensión exigen que todas las personas a las que pueda afectar la decisión de aplicar en esta sucesión testada el sistema de legítimas o el de libertad de testar debieron de ser llamados a este proceso».*

23. Sobre la primera de las cuestiones mencionadas, la A.P de Badajoz estudia en profundidad el derecho inglés, con una completa enumeración y examen de sus principios sucesorios, de la teoría del doble reenvío y de sus precedentes[34], considera así desde la perspectiva de la «armonía internacional de soluciones» que si *«por cualquier causa de conexión», se hubiese planteado ante un juez inglés «probablemente aplicaría respecto de la sucesión de Don Jonh Denney, la ley inglesa (libertad de testar), afirmando que en el derecho español no existe reenvío»*, en aplicación de la teoría doble reenvío.

24. Volviendo al reenvío y los problemas calificatorios inherentes a sus presupuestos, en otro ámbito muy distinto —las obligaciones contractuales—, ofrece algunas enseñanzas, así se han planteado desde hace mucho tiempo la naturaleza de ciertos institutos y su categoría procesal, presentando, en lo esencial, problemas calificatorios familiares al que aquí se nos plantea. La más clásica e ilustrativa es la institución de la «prescripción»[35], como se advierte una vez más en reciente *Sentencia de*

34. Vid. cit. infra. (6), con referencia expresa a *in re Annesley, 21 de mayo de 1926; in re Ross, 1930; in re Duke of Wellington, 1947.*

35. El ejemplo de la prescripción fue utilizado ya por Francescakis en el «asunto Malherbe». Recientemente, en el asunto «Soc. Mobil North Sea», *3 de marzo de 1994, Cour d'appel de Paris, première chambre, section c.*, en el marco de un litigio por incumplimiento contractual del contrato de obra para la construcción de una plataforma en

la Cour d'Appel de Paris, première chambre, section C de 3 de marzo de 1994[36], en la que se observan las estrechas relaciones estructurales subyacentes entre el fondo del asunto y el procedimiento, a la hora de enjuiciarla.

25. Sin embargo, en el «asunto T.J.Denney» que nos ocupa, hay que considerar las particularidades de la materia sucesoria, cómo ha tenido en cuenta la A.P. de Badajoz, ya que abordamos un ámbito de actos personalísimos —la sucesión testada— en el que la autonomía de la voluntad juega también un papel preponderante —cómo en el ámbito arriba mencionado—, pero de muy distinto modo, ya que existe una clara diferencia subrayada por Zittelman[37], estamos frente a la «autonomía de voluntad material», en que los límites a la misma —y a la disponibilidad de sus derechos— provienen del estatuto sucesorio aplicable, en el caso de los establecidos por la ley nacional del causante. En este sentido, el fondo o contenido del testamento cómo sostiene E. Pérez Vera «resulta del equilibrio entre la autonomía de la voluntad —base del poder dispositivo *post mortem* que el causante ostenta sobre sus bienes— y la orde-

el mar del Norte, concluido entre la sociedad inglesa Soc. Mobil North Sea Limited y la sociedad francesa C.F.E.M se aborda nuevamente, así la Soc. Mobil North Sea sostiene que puesto que las partes designaron competente el derecho inglés, hay que tener en cuenta sus propias calificaciones, y que en este sistema la «prescripción» actúa a partir de los seis años sobre la «cause of action», por lo que se consideraría no prescrita; por contra, según el derecho francés la acción habría prescrito. La Cour d'appel estima que «en derecho internacional privado francés la prescripción extintiva de una obligación contractual está sometida a la ley que rige aquélla». Esta importante Sentencia entra a considerar el «reenvío de calificaciones», pronunciándose: «*La norma de conflicto que reposa sobre la autonomía de la voluntad excluye el reenvío, tanto más si las partes eligieron la ley aplicable a sus relaciones, pues en el caso el reenvío de calificaciones tendría por efecto fraccionar el contrato sometiendo a dos leyes diferentes la prescripción y el resto del contrato*», vid. comentario en *J.D.I*, 1995, n.º 3; también en Ancel, B.; *Rev. Crit. DIP*, 1994, 532; AUDIT, B.: *D.*, 1994, somm. comm, 355; MUIR WATT, H.: *J.C.P.*, 1995, II, 22367.

36. Vid. comentario en LEGIER, G.: nota cit. infra en *J.D.I*, 1995, n.º 3, donde este autor analiza los presupuestos del reenvío de calificaciones: ha de aparecer con certidumbre una divergencia de calificaciones para que este juegue, es decir que suponga claramente que una cuestión de derecho por la lex causae difiere claramente de la calificación que efectúa la lex fori. Vid. en el mismo sentido, LEQUETTE, Y., HOLLEAUX, D., FOYER, J., GEOUFFRE DE LA PRADELLE: op. cit. *Dr. Int. Pr.*, 1987.

37. En el ámbito de las obligaciones contractuales las partes ejercen una autonomía conflictual, eligiendo ellas mismas la ley aplicable a sus relaciones, lógicamente el reenvío debe ser descartado para no alterar la ley material designada competente; vid. sobre esta distinción, VIRGOS SORIANO, M.: «Obligaciones contractuales», *Derecho Internacional Privado. Parte Especial.*, 1993, 5.ª ed., pp. 195-283.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nación que hace de la misma su ley nacional»[38]. Como sostiene esta autora, ello hace «que resulte ilusorio pensar que las exigencias de coordinación y adaptación entre ordenamientos, presentes en una concreta sucesión internacional, puedan obviarse mediante la consagración de una conexión única; en realidad, con ella lo único que se logra es abandonar a la jurisprudencia una labor que debe articularse por el legislador».

26. Esta realidad se sortea difícilmente en los instrumentos convencionales, —Convenio de la Haya sobre ley aplicable en materia de sucesiones de 1 de agosto de 1989— caracterizado por adoptar una solución de compromiso entre los sistemas, es decir entre el criterio de conexión «nacionalidad» y el de «residencia o domicilio» y por consagrar la autonomía de la voluntad[39] manifestada en la «professio iuris»[40]. No obstante, las ventajas del instrumento convencional —que todavía no ha entrado en vigor— son reconocidas también por la A.P. de Badajoz, «en espera, al menos de que tratados internacionales como éste entren en vigor con su carácter «erga omnes» en el que se adoptan criterios de unidad de la herencia que prevalecen sobre los de fragmentación y que por el momento no ha sido ratificado por las partes». Aquí parece desprender del propio Convenio, un criterio posible a considerar: la unidad de la sucesión y los límites derivados de los principios de unidad y universalidad de la misma, —propios del derecho sucesorio español— para los que una parte de la doctrina representada por autores como Calvo Caravaca[41], Bouza Vidal[42], Moya Escudero[43] o Blanco Morales[44], actúan como un límite a la admisibilidad del reenvío de retorno o primer grado. Sobre este punto, basta recordar la crítica de Calvo Caravaca a la *Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 22 de diciembre de 1988*[45] y al fraccionamiento operado en el supuesto de sucesión de un nacional norteamericano, domiciliado en el Estado de Maryland, que fallece dejando bienes en Estados Unidos y propietario de un inmueble en España, en que se admite el reenvío de retorno a la ley española, rompiendo por esta vía la unidad de la sucesión, que debería quedar a su juicio regida en su totalidad por la ley de dicho Estado americano.

27. En una posición propicia a la consideración del reenvío desde una orientación claramente material y flexibilizadora impregnada de las modernas tendencias, Pérez Voituriez propone que se tome en cuenta el criterio de la aplicación analógica del derecho convencional internacional —en referencia directa a las soluciones del Convenio de Roma de 1980— aportando ciertas consideraciones en materia sucesoria, destacando que se trata en definitiva de posibilitar la alternativa al testador de tener opción

38. PÉREZ VERA, E.: *Derecho Internacional Privado*, t. II, 6.ª ed. 1995, pp. 220.

39. Autonomía de la voluntad que tiene sus raíces sin embargo y que juega de modo muy distinto al ámbito de las obligaciones contractuales, como recordaba ZITELMANN, E., en su conocida distinción entre autonomía conflictual, al que sería aplicable el art. 10.5 C.C, y autonomía material, en que los límites trazados a la voluntad de las partes proviene de la ley sucesoria (art. 9.8 C.C).

40. De la lectura del Convenio se desprende que el art. 3 del Convenio de sucesiones establece los criterios de residencia habitual en el momento del fallecimiento, siempre que el difunto poseyera la nacionalidad de ese Estado o llevara residiendo en dicho Estado al menos cinco año, y en otro caso la nacionalidad en el momento del fallecimiento, a no ser que el difunto tuviera una conexión más estrecha con otro Estado. Si bien, el art. 5 introduce la «professio iuris» es decir la autonomía de la voluntad como conexión principal, al admitir que una persona designe la ley de un Estado determinado para regir el conjunto de su sucesión; sucesión que sólo tendrá efecto si dicha persona poseyera la nacionalidad de dicho Estado o tuviera en él su residencia habitual, expresión de la realidad de la conexión evitar shopping. La ley aplicable en virtud de tales disposiciones regirá en otras materias: cuota disponible, reservas y otras restricciones a la libertad de disponer, en virtud del art. 7. Sobre la elaboración del Convenio vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A.: «La Convención de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte», *La Ley, 13 de junio de 1989*, num. 2249. DROZ, G. A. L.: «La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles», *Travaux Com.fr.dr.int.pr.* (1966-1969), París, Dalloz, 1970; LAGARDE, P.: «La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Rev. Crit. Dr. Int.* 1989, pp. 249-275; VON OVERBECK, A. E.: para una crítica temerosa de los posibles fraudes de ley derivados de la professio iuris, FERID, E.: «Le rattachement autonome de la transmission successorale en Droit Internationale Privé», *Rec. des Cours*, 1974, t. 142, pp. 188.

41. «El reenvío no debe admitirse cuando conduzca a la fragmentación de la sucesión mortis causa como sucedería cuando el causante deja bienes inmuebles sitos tanto en España como en el extranjero», vid. «Sucesión hereditaria» en *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, 1995.

42. BOUZA, N.: «Artículo 12, apartado 2», op. cit. supra, pp. 886, refiriéndose al reenvío de primer grado en supuestos de sucesiones, afirma «este criterio, no puede ser compartido, en aquellos supuestos en que *la lex formalis causae* al utilizar conexiones distintas para la sucesión inmobiliaria (lugar de situación de los bienes) y mobiliaria (último domicilio del causante) ocasione una fraccionamiento del Derecho aplicable, contrario al principio de unidad de la sucesión que informa el sistema jurídico español».

43. MOYA ESCUDERO, M.: «Nota» a la Sentencia de la A.T. de Granada de 2 de diciembre de 1988, op. cit., infra, pp. 635-637.

44. BLANCO MORALES, P.: «¿existe en nuestro derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España?», comentario a la sentencia que nos ocupa, op. cit., supra.

45. Aún más, este autor extrae y propone la siguiente solución: excluir el reenvío de retorno del art. 12.2 C.C cuando el causante fallezca domiciliado en el extranjero; acogiéndolo en cambio, cúando tenga su domicilio en España, en CALVO CARAVACA, A.: «Sucesión hereditaria», op. cit., pp. 397.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

entre la aplicación de la ley de la nacionalidad o del domicilio, pero remarcando que enseguida, hay que añadir que el testador no se plantea en el momento de testar un problema tan intrincado como el de comparar ambos ordenamientos jurídicos, por lo que a su juicio[46] «debe entenderse que la autonomía de la voluntad estará implícita en el contenido del testamento, es decir, que el resultado equivaldría a la aplicación del principio del Convenio de Roma de aplicación del derecho que tenga los *vínculos más estrechos*, teniendo en cuenta la conveniencia práctica de cada conexión. La valoración debe siempre partir del contexto que proporciona el propio contrato, su naturaleza y su finalidad», de ahí deduce que para salvar los posibles inconvenientes de este planteamiento se precisa una función judicial amplia y responsables criterios de ponderación».

28. Los planteamientos doctrinales expuestos tienen la virtud de alejar definitivamente, como también lo hace el pronunciamiento del A.P. de Badajoz, las soluciones legeforistas tradicionales para propugnar una moderna aplicación del reenvío a la luz de los modernos principios de flexibilización, relativización y orientación materialista que deben guiar al juez.

29. Es cierto que late en gran parte de los planteamientos doctrinales arriba señalados, una cuestión de fondo que reside en la divergencia entre sistemas, áquel como el inglés que consagra el principio de escisión o fraccionamiento de la sucesión y la libertad de testar del causante y su plena capacidad de acuerdo con la «lex causae», cuyo tratamiento fraccionado deriva de que los bienes están sometidos a diferentes leyes —los inmuebles a la lex rei sitae, y los muebles a la lex domicilii—; y por otra parte el derecho español que responde a una concepción continental, basada en el principio de unidad de tratamiento de la herencia y universalidad de la sucesión, concepción personalísima en que se inscribe el sistema del art. 9.8 C.C.[47] tras las reformas incluida por Ley 11/1990 que añade el 2.ª párrafo.

46. Op. cit., 330.

47. Sobre el art. 9.8 C.C, extensa doctrina española, con carácter general, entre otros: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: «Comentario al art. 9.8 C.C», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 1977; CALVO CARAVACA, A.: «La sucesión hereditaria en el derecho internacional privado español», *R.G.D*, 1986, pp. 502 y ss., del mismo «Sucesión hereditaria» en *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6.ª ed. revisada, Eurolex, Madrid, 1995; PÉREZ VERA, E.: *Derecho Internacional Privado español. Parte especial*. Madrid, UNED, ed. 1995, cap. XXII; MARÍN LÓPEZ, A. *Derecho Internacional Privado español. Parte especial, II, Derecho Civil Internacional,* Granada, 1994; BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: «Los testamentos especiales y los extranjeros. La reforma de la Compilació. El sistema successori. Materials III», *Jornades de Dret Català à Tossa,* Esplugues de Lobregat, 1985, pp. 11 y ss.

30. En el caso, parece razonable y posible que para salvaguardar la unidad y universalidad de la sucesión se excluyese el reenvío a la ley material española —aunque la A.P de Badajoz no llega en ningún momento a manifestarse en contra del reenvío— y se aplicase al conjunto de la sucesión la ley nacional del de cuius, pero dicha solución pasa por considerar la cuestión planteada sobre la «legítima» en el ordenamiento español, que la configura como una cuota del caudal hereditario, ahora bien, desechada que juegue respecto a ella el orden público internacional, como lo hace por ejemplo para rechazar albaceazgos, perpetuos, vinculaciones de bienes no permitidas por nuestra ley (arts. 781 y 785.2.º C.C). Por el contrario, las peculiaridades y diversidad de regulación en los derechos forales[48] sobre esta materia coadyuvan en una interpretación contraria al orden público internacional.

31. Sobre la disponibilidad de los bienes por el testador la conexión prevista es la «ley nacional del otorgante tempore testamentii», conforme al art. 9.8 C.C que ordena la adaptacion de las disposiciones testamentarias a las legítimas del ordenamiento jurídico superveniens, cuando establece que «las disposiciones hechas en testamento y pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán en su caso a ésta última», es ésta una solución prevista por la ley para el caso de conflicto móvil que origina el cambio de nacionalidad del causante, que no se suscita en el supuesto de la sucesión del Sr. J. Denney. Esta disposición introduce un correctivo al imperio de la ley sucesoria inspirado en el favor testamentii: serán nulas las disposiciones testamentarias con-

48. Aunque queda fuera de la problemática suscitada por el supuesto planteado, es esta una constatación ampliamente estudiada por la doctrina española: BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *Calificación, reenvío y orden público en el derecho interregional* español , op. cit. supra; idem. «Los testamentos especiales y los extranjeros. La reforma de la Compilació. El sistema successori. Materials III», op. cit. infra; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «Reflexiones acerca del testamento ológrafo otorgado por un español en Francia (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 21 de mayo de 1985)», *R.G.D*, 1988, pp. 1233-1255; ZABALO ESCUDERO, M.ª E.: «El testamento conjunto en D.I. Pr. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés», *R.G.D*, núms 541-542, pp. 6351; id. *La situación del cónyuge viudo. Estudio del D.I.Pr. y de Derecho Interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

trarias al derecho imperativo de la nueva nacionalidad, mostrando un interés en resolver el conflicto móvil que origina el cambio de nacionalidad del causante despues de otorgar testamento. En el supuesto de la sucesión de J. Denney, que conserva la nacionalidad inglesa en todo momento, de acuerdo con el art. 9.1 C.C, y con el art. 9.8 C.C el testador tenía reconocida su capacidad para testar conforme a su ley nacional.

Por otra parte, el aptdo 9.8. C.C último inciso añadido por la Ley 11/1990, trata de supuestos de adaptación entre los regímenes económicos matrimoniales y los derechos sucesorios del cónyuge, cuando dispone: «los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes», sin que resulte cuestionada en el caso.

32. Por último, mencionar sucintamente que sobre la cuestión de la competencia judicial de los Tribunales españoles, que no presenta una problemática especial, la A.P. de Badajoz aprovecha para resaltar la distinción entre las normas que regulan la competencia territorial internacional y la ley aplicable al fondo del litigio, distinción a partir de la que introduce una amplia revisión histórica de los arts. 51 y 70 de la L.E.C, y de su sustitución por los arts. 9.1, 9.2; 21 y 22 de la L.O.P.J, lamentando que pese a mencionar el precepto no se refirió expresamente a los foros especiales en materia sucesoria del art. 22.3 L.O.PJ. En cuanto a la mencionada excepción de la «cautio iudicatm solvi» propuesta por la demandada, es ampliamente rechazada por este Tribunal, fundamentándose tanto en la jurisprudencia anterior como en los principios que inspiran el Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de 1 de marzo de 1954 y del Convenio de La Haya tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia de 25 de octubre de 1980.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA: UNA SOLUCIÓN DISCUTIBLE. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996

CHRISTIAN HERRERA PETRUS
Profesor Ayudante de Derecho Procesal
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

A) LOS HECHOS

Hacia las 20 horas del 27 de diciembre de 1989 D.ª Matilde tuvo un parto aparentemente normal. Sin embargo, su estado físico se complicó dos horas más tarde, con hemorragias que obligaron a localizar al ginecólogo para que interviniera y que, por su abundancia, hicieron precisas transfusiones de sangre. En un momento en que el cuadro clínico presentaba síntomas inequívocos de una anemia intensa, cuya consecuencia previsible sería una encefalopatía, se procedió a practicar una histerectomía. Esta última intervención, correcta en tanto que necesaria, llegó demasiado tarde para impedir una fatal tetraparesia espástica, es decir y en términos no técnicos, una afectación a las extremidades de la paciente que la incapacita para la deambulación.

Interpuesta demanda de indemnización de daños y perjuicios, la prueba pericial pretendida por la demandante se frustró ante la negativa de los médicos-peritos a realizar el peritaje propuesto. Los peritajes hu-

bieron de hacerse como diligencias para mejor proveer y demostraron el acontecimiento de los hechos resumidos *supra*. Como resultado de ello, en primera instancia se condenó al médico ginecólogo que intervino al pago de una indemnización por actuación negligente.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia confirmó la condena con arreglo al siguiente argumento: la regla general según la cual la carga absoluta de la prueba de una obligación —extracontractual en este caso: «neminem laedere»— corresponde a quien exige su cumplimiento debe atenuarse porque, llevada a su rigor máximo, deja indefenso a quien no tiene una disponibilidad razonable de los medios de prueba, que por estar a disposición del demandado, protegido por la ley con la innecesariedad de probar, impiden ineluctablemente su condena. El acceso más fácil de los médicos a las razones de los acontecimientos que se suceden bajo su esfera de dominio debe hacer recaer también sobre ellos la carga de probar sus alegaciones.

B) Actuación del tribunal supremo

Recurrida la resolución de la Audiencia ante el Tribunal Supremo, este órgano resuelve en esencia lo siguiente:

— Que por los informes obtenidos en las pruebas periciales practicadas como diligencias para mejor proveer queda claro que el médico decidió tarde la práctica de la histerectomía, por lo tanto negligentemente, y, en consecuencia, le es de debida aplicación el art. 1.902 Cc.

— Que es atinada la doctrina de la Audiencia y que, por lo tanto: «en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba».

C) Innecesariedad de acudir a interpretaciones «contra legem»

El criterio introducido por el Tribunal Supremo en esta sentencia, según el cual hay que matizar el rigor de la regla de la carga de la prueba, en función del supuesto concreto, a los efectos de evitar auténti-

cas situaciones de indefensión, mediante una distribución equitativa de esa carga en consideración a las posibilidades reales de prueba, es, desde luego, novedoso y viene a descollar de una tradición jurisprudencial claramente respetuosa con el tenor literal del art. 1.214 Cc. En nuestra opinión, la voluntad del Alto Tribunal por corregir situaciones de desequilibrio e indefensión es loable y acorde con la Constitución (art. 9.2). Sin embargo, el sistema procesal civil cuenta con instituciones propias que pueden corregir tales situaciones de desequilibrio, sin necesidad de acudir a interpretaciones «contra legem». Así:

a) *Justicia gratuita:* En primer lugar, y aun cuando no se ajuste a lo sucedido en el caso, no hay duda de que la implementación de un sistema avanzado de justicia gratuita puede corregir desbalances socio-económicos reflejados en el proceso, con la destacable ventaja de que ello evita que el juzgador opere en favor o disfavor de una u otra parte, en lo que podría ser tachado de quiebra de imparcialidad.

b) *Diligencias para mejor proveer:* El proceso civil español da al Juez una posibilidad de iniciativa complementaria para completar la valoración de la verosimilitud de las afirmaciones sobre los hechos, mediante el acuerdo de pruebas adicionales, sugeridas o no por las partes, que contribuyan a su íntima convicción cuando la actividad probatoria de las partes no haya arrojado resultados concluyentes sobre la «causa petendi».

c) *El juego de las presunciones:* Cuando una parte a quien en principio no incumbe la prueba de una afirmación sobre un hecho tiene muchas facilidades para probar que tal afirmación no es cierta y sin embargo no lo hace, ello por sí solo puede ofrecer al juzgador elementos suficientes para articular una presunción, máxime si tal prueba es además difícil de obtener por la parte perjudicada por la carga de la prueba. No es necesario, ni seguramente conveniente, tratar de superar esas situaciones mediante la flexibilización de una regla que ofrece seguridad jurídica y cuya falta de verificación no es suficiente para descartar la prueba de unas afirmaciones. No debe olvidarse que la carga de la prueba es una institución cuya aplicación por parte del juez está prevista en el momento de dictar sentencia, es decir, después de la valoración de las pruebas, valoración en la que tiene legítima cabida la presunción.

Las presunciones son un mecanismo intelectual[1] para considerar la

1. Sobre presunciones véase lo escrito con justa autoridad por L. Muñoz Sabaté en *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Ed. Praxis, Barcelona, 1993, 4.ª edición.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

veracidad de unas afirmaciones que, si bien no se ciñen a la dinámica regulada del art. 1.214 Cc., sí tienen perfecto reconocimiento en el art. 1.215 Cc. Corresponde a quien pretende el cumplimiento de una obligación probar que la obligación existe; pero esto no puede significar —pues, entre otras cosas, sería poco realista— que toda fuente de prueba deba hallarse en quien afirma que la obligación existe. Para nosotros es relevante que la parte sobre la que no pesa la obligación de probar demuestre con su actitud que las afirmaciones son ciertas. Negar esa relevancia es tanto como negar la verdad a la que el juicio pretende dar justicia por un prurito legalista que ni siquiera tiene apoyatura normativa —como hemos visto—, el art. 1.215 Cc. da cabida a la presunción e impide la exclusividad del art. 1.214 Cc.

En ámbitos de desequilibrio en las posturas de dominio sobre la prueba, y a los efectos de considerar la responsabilidad extracontractual, si la realidad de las actuaciones acerca a la mente del juzgador una respuesta espontánea razonable (presunción) sobre su coincidencia con los hechos reales, que tal respuesta no aflore directamente de la actividad probatoria de la parte perjudicada con la carga de la prueba, sino indirectamente, por medio de conductas obstructivistas, elusorias o corporativistas de la parte beneficiada por el reparto del art. 1.214 Cc., no debe impedir, creemos, que esa respuesta razonable se tome en consideración por el juzgador para fallar el juicio mediante el uso de las presunciones.

Podrá objetarse que, en realidad, esa presunción ofrece el mismo resultado que la inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, aunque se da una coincidencia de resultados, no se da una equivalencia a priori de planteamientos: una cosa es invertir la carga de la prueba como regla subsidiaria para fallar el juicio y otra es llegar a una conclusión eventualmente equivalente por medio de legítimas presunciones sin invertir el criterio establecido por el legislador.

También podrá objetarse que guiarse por las presunciones es peligroso y puede encubrir arbitrariedades. Pues bien, tan arriesgado es, si se quiere hablar en términos de riesgo, que el juez invierta cuando crea oportuno la carga de la prueba como que haga valer sus presunciones, con la diferencia capital de que en el primer caso actúa «contra legem» y en el otro actúa arropado por la legitimidad del art. 1.215 Cc. Además de que, por supuesto, la construcción de un sistema de derecho, si bien ha de apoyarse en ciertas garantías a que la desconfianza obliga, no debe basar su estructuración en la patología sino en la normalidad.

Puede contraponerse incluso que la parte beneficiada por el art. 1.214 Cc. actúa en el pleito con la confianza de que tal artículo se aplicará. Ahora bien, también la parte beneficiada por el art. 1.214 Cc. debe saber que es de aplicación el art. 1.215 Cc., que legitima la mal llamada prueba de presunciones, y que la carga de la prueba opera al final de la valoración de la actividad probatoria, sólo cuando ésta no haya ofrecido suficientes elementos de convicción. La presunción es uno de esos elementos de convicción, cuya relevancia ha asumido el legislador para dotar de mayor flexibilidad al sistema probatorio civil y permitir un ámbito de juego considerable al principio de la justicia del caso.

D) Reflexión a modo de conclusión

Lo que pretende la regulación procesal civil de la prueba es:

— Dotarla de garantías para que la persecución de la verdad no se haga a costa del ciudadano, poniéndolo al descubierto frente a cualquier pretensión caprichosa y

— Dotarla de mecanismos expeditivos para que la judicatura pueda resolver en un tiempo razonable. La exactitud de una afirmación sobre un hecho puede exigir años enteros de pesquisas; para evitar que el sistema procesal sufra tales retrasos, que lo condenarían a la inutilidad, el legislador ha establecido pautas razonables en beneficio del Juez —así la carga de la prueba.

Pero lo anterior no es un fin en sí mismo y de tratarse como tal, además, conduciría a un hipergarantismo encorsetador (sufrido a menudo en la práctica); lo anterior es un medio para lograr el auténtico fin: que se resuelva tan justamente como sea posible una situación de conflicto de intereses privados; que se verifique el valor «justicia» contenido en el art. 1 CE. Por lo tanto:

Primero: El juzgador no debe reducir su actividad apoyándose en la comodidad de que el legislador ha establecido una regla de cierre —la de la carga de la prueba— para la valoración de las pruebas y la resolución de los conflictos, porque ello resulta contrario al propósito para el que se concibe todo sistema procesal moderno —la búsqueda garantista de las soluciones más justas a las controversias—, especialmente en ámbitos como el de la responsabilidad médica, que pueden ofrecer problemas de desigualdad en orden a la prueba.

Segundo: El juzgador puede considerar veraz la información sobre un hecho aun cuando quien venía obligado a probar la veracidad no lo haya logrado. Para ello no es necesario que modifique una regla que ha

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

establecido el legislador, quien cuenta claramente con una mayor legitimidad, sino que basta con que se apoye en la práctica de diligencias para mejor proveer y, aun no acordadas éstas, en su núcleo nutriente: la presunción, cuya toma en consideración deberá ser explicada suficientemente en evitación de arbitrariedades y en evitación de desconfianza por parte de los usuarios del sistema procesal.

Tercero: Ello no es óbice para que, *de lege ferenda*, sea aconsejable que el propio legislador —y no el juez— modifique la regla de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que la realidad convierte en manifiestamente impróspera toda prueba al alcance del ciudadano medio (así, por ejemplo, en el campo de la adulteración de alimentos, en casos de efectos radiactivos, nucleares, etc...).

COMISIONES ROGATORIAS

LA NUEVA REGULACIÓN ITALIANA DE LA LITISPENDENCIA INTERNACIONAL. (El artículo 7 de la Ley de 31 de mayo de 1995) *

FRANCISCO MÁLAGA DIÉGUEZ
Área de Derecho Procesal
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

SUMARIO:

1. Introduccion. — 2. La situacion anterior a la reforma: el artículo 3 del *Codice di procedura civile*. — 3. El artículo 7 de la Ley de reforma: observaciones generales sobre el contenido del precepto. — 4. Condiciones de aplicabilidad del artículo 7 de la Ley de reforma. — 5. Requisitos necesarios para la aplicacion del artículo 7. Estudio comparativo de la relación entre la nueva disciplina y los artículos 21 y 22 de los Convenios de Bruselas y Lugano: A) Identidad entre los dos procesos afectados; B) Existencia de dos litigios pendientes y anterioridad del proceso extranjero valorada según la *lex fori* del Estado en el que tiene lugar; C) Valoración de los posibles efectos del proceso extranjero; D) Irrelevancia de la falta de jurisdicción del juez foráneo. — 6. Procedimiento: A) Proposición de la excepción: legitimación y plazo; B) Actividad del juez italiano. La suspensión del proceso.

* El presente trabajo constituye una reelaboración del último capítulo de nuestra tesis doctoral (inédita), realizada en el Real Colegio Mayor de España en Bolonia o San Clemente de los españoles bajo la dirección del catedrático de Derecho procesal civil de la Universidad de Bolonia, profesor Federico Carpi, y defendida en dicha Universidad el 25 de junio de 1996 bajo el título «*La litispendenza internazionale*».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1. Introducción

Por «litispendencia internacional» puede entenderse el conjunto de efectos procesales que produce en el foro la existencia de un litigio pendiente ante un juez extranjero, con el concreto objetivo de garantizar la eficacia de la futura sentencia que será pronunciada por dicho juez[1]. Sin embargo, el estudio de esta institución se limita casi siempre al análisis de uno de tales efectos, la excepción de litispendencia, mediante la cual se permite a una o ambas partes de un proceso jurisdiccional la eliminación o suspensión del mismo, una vez probada la existencia de un proceso idéntico y anterior en otro Estado. La atención monográfica a la excepción descrita, en demérito de otros efectos de la litispendencia internacional (v. gr. la *perpetuatio fori*), ha llevado a algunos sectores de la doctrina a definir esta figura como la situación de doble pendencia de la misma pretensión en dos procesos localizados en distintos Estados[2]. A pesar de la imprecisión de semejante afirmación[3], aceptaremos la terminología descrita a los solos efectos del presente trabajo, puesto que la misma subyace a la norma cuyo estudio nos proponemos en las páginas siguientes.

En efecto, la litispendencia internacional (o más bien la doble litispendencia en Estados diversos) es uno de los problemas jurídicos regulados en la Ley italiana de 31 de mayo de 1995, n.º 218, de reforma del sistema italiano de derecho internacional privado (en adelante, Ley de reforma)[4]. La nueva disposición legal, cuyo análisis de conjunto excede los objetivos del presente estudio[5], recoje la sistemática tripartita acuña-

1. Este concepto de litispendencia internacional es fruto de una investigación que nos resulta imposible reproducir en estas páginas por razones de espacio. Por ello, debemos remitirnos a nuestra tesis doctoral ya mencionada, y en concreto a las páginas 17 y siguientes de la misma.

2. Cfr. por ejemplo Cadiet, L.: ***Droit judiciaire privé***, Litec, París, 1992, p. 323 (§627); Campeis, G.; De Pauli, A.: ***La procedura civile internazionale***, CEDAM, Padova, 1991, pp. 143-144 (§45); Carbone, S. M.: «**Il regime della litispendenza nelle convenzioni dell'Aja e di Bruxelles**», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1969, pp. 7-22, pp. 7-9; Desantes Real, M.: «**La litispendencia internacional: consideraciones sobre su regulación convencional y futura aplicación en España**», *Justicia*, 1983, pp. 845-870, p. 854; González Campos, J. D. (junto con E. Pérez Vera, P. Abarca Junco, J. D. Calvo Caravaca y M. Virgos Soriano): ***Derecho Internacional Privado***, UNED, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho de la Empresa. Derecho Internacional Privado, Madrid, 1993, 4.ª ed., vol. I, p. 308; Holleaux, D.: ***Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements***, Librairie Dalloz, París, 1970, p. 164 (§153); Lagarde, P.: «***Perpetuatio fori et litispendance en matière internationale***», en *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, París, 1990, pp. 237-247, p. 244 (§11); Miele, A.: ***La cosa giudicata straniera. Esecuzione e riconoscimento delle sentenze nel diritto comune europeo***, CEDAM, Padova, 1989, p. 92; Pontonio, F.: «**Problemi di competenza e di litispendenza nel diritto processuale internazionale con riferimento alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968**», *Responsabilità civile e previdenza*, 1978, pp. 811-826, p. 818, y Vieira, M.: «**La litispendencia en el Derecho Internacional Privado**», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1972, pp. 395-424, p. 395.

3. En efecto, la doble pendencia de una misma pretensión en dos Estados distintos no es litispendencia internacional, sino en todo caso una «doble litispendencia internacional». En este sentido nos han precedido, entre otros, Riezler, E.: ***Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht***, Walter de Gruyter-J.B.C. Mohr, Berlin-Tübingen, 1949, p. 453 (§46); Schumann, E.: «**Internationale Rechtshängigkeit (Streitanhängigkeit)**», en *Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag* (coordinadores W. H. Rechberger y R. Welser), Manz, Wien, 1986, pp. 301-316 (este autor utiliza la expresión *Doppelprozeß*), y Voskuil, C. C. A.: «**La litispendance en Droit International Privé néerlandais**», en *De conflictu legum. Mélanges offerts à Roeland Duco Kollewijn et Johannes Offerhaus*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1962, pp. 502-513, espec. pp. 502-503.

4. *Legge 31 maggio 1995, n. 218, sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, publicada en un suplemento a la *Gazzetta Ufficiale*, n.º 128, de 3 de junio de 1995.

5. Los comentarios generales de la nueva Ley son ya numerosos; cfr. en concreto el último número de 1995 de la *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, que se ocupa de la misma con carácter monográfico, el número 1 de 1996 de la *Revue critique de droit international privé*, así como AA.VV.: ***La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*** (coord. por G. Gaja), Giuffrè, Milano, 1994; Álvarez Tames, P.: «**Comentario a la ley italiana de reforma del Derecho Internacional Privado**», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 88 (Curso 1996-1997), pp. 21-61; Boschiero, N.: ***Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato***, Giappichelli, Torino, 1996; Broggini, G.: «**La nouvelle loi italienne de droit international privé**», *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 1996, n.º 1, pp. 1-41; Kindler, P.: «**Internationale Zuständigkeit und adwendbares Recht im italienischen IPR-Gesetz von 1995**», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1997, n.º 2, pp. 227-284; Pesce, A.: «**Die Reform des italienischen Internationalen Privat- und Verfahrensrechts**», *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1995, n.º 12, pp. 977-983; Picone, P.: «**La riforma italiana del diritto internazionale privato**», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996, n.º 1, pp. 9-38; Salerno, F.: «**Il coordinamento dei criteri di giurisdizione nella legge di riforma**», *Rivista di diritto internazionale*, 1996, n.º 4, pp. 882-923, y Walter, G.: «**Reform des internationalen Zivilprozeßrecht in Italien**», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1996, n.º 1, pp. 3-28. Analiza también la reforma, si bien con particular atención a las disposiciones de la misma sobre derecho aplicable, Mengozzi, P.: ***La riforma del diritto internazionale privato italiano: la legge 31 maggio 1995, n.º 218***, Editoriale Scientifica, Napoli, 1996. Por otro lado, las normas procesales de la Ley han sido el objeto de estudio del XXI Congreso nacional de la *Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, que tuvo lugar en Parma los días 11 y 12 de octubre de 1996, y en el cual fueron ponentes Federico Carpi (*Il riconoscimento e l'efficacia delle sentenze straniere*), Sergio La China (*Soggezione ed estraneità alla giurisdizione italiana: nuove prospettive, nuovi problemi*), Giorgio Gaja (*Il riconoscimento e l'efficacia delle sentenze straniere*), y Claudio Consolo (*La litispen-*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

da por la dogmática internacional-privatista (jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones), e introduce numerosas innovaciones en las materias que regula. Entre éstas, destacan las importantes normas de derecho procesal internacional contenidas en los preceptos dedicados a la extensión y límites de la jurisdicción italiana y al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, las cuales suponen en muchos casos un auténtico giro de ciento ochenta grados con respecto a la arcaica normativa hasta entonces existente, como ocurre precisamente en materia de litispendencia internacional.

No obstante, no pretendemos limitarnos con este estudio a realizar una descripción de la nueva disciplina italiana sobre el tema que nos ocupa. A nuestro entender, el derecho comparado es un instrumento de trabajo de indudable utilidad, pero no constituye un fin en sí mismo. El análisis de la Ley italiana debe pues responder a una finalidad diversa, que no es otra que la de servir como elemento de reflexión a nuestro legislador, que continúa ignorando totalmente el fenómeno de la litispendencia internacional. En efecto, a pesar de la vigencia en España de los artículos 21 de los Convenios de Bruselas y Lugano, que incorporan a nuestro derecho la disciplina convencional más avanzada existente hoy en día en materia de litispendencia internacional, el derecho positivo autónomo sigue guardando silencio sobre el particular, y la consecuencia de ello continúa siendo, pese a los denodados esfuerzos doctrinales en contra, el rechazo absoluto de la litispendencia de los litigios extranjeros.

De *lege ferenda*, sin embargo, la disciplina de la litispendencia internacional es sin duda necesaria, ya sea para admitirla, ya sea para rechazarla. Aunque parezca sorprendente, la laguna existente en el derecho autónomo español no ha conducido al simple rechazo de los efectos de los litigios extranjeros, sino que ha dado lugar a numerosas incertidumbres y confusiones en la jurisprudencia y la doctrina, que han terminado plasmándose en sentencias contradictorias para supuestos análogos, con la consiguiente inseguridad para el usuario del sistema procesal. Una vez afirmada la necesidad de una regulación, el contenido de esa futura disciplina es una cuestión claramente extra-jurídica, ya que existen razones de política legislativa tanto a favor como en contra de la admisión de la litispendencia internacional. Desde esta perspectiva, un estudio crítico de

denza internazionale), cuya ponencia ha sido publicada recientemente bajo el título «**Profili della litispendenza internazionale**», en la *Rivista di diritto internazionale*, 1997, n.º 1, pp. 5-77. También sobre el artículo 7 de la Ley, cfr. el comentario de A. DI BLASE, en *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, n.º 5-6, pp. 947-970.

la opción italiana, que tiende claramente hacia el modelo contenido en los Convenios de Bruselas y Lugano, puede resultar clarificador en un eventual intento legislativo en nuestro país, hoy en día más probable que nunca, a juzgar por la alta posición que algún procesalista ha sido llamado a ocupar en el nuevo ejecutivo nacional.

Finalmente, debemos hacer una breve alusión a la importancia práctica de la excepción de litispendencia internacional, a modo de justificación del estudio subsiguiente. A primera vista, podría parecer que la doble pendencia de dos procesos idénticos ante jueces de distintos Estados constituye un supuesto casi «de laboratorio», una hipótesis que sólo puede plantearse en casos excepcionales. Nada más lejos de la realidad: la doble demanda es un instrumento utilizado por frecuencia por los abogados de numerosas empresas multinacionales con diversas finalidades: lograr la aplicación de un determinado derecho sustantivo en lugar de otro, la facilitación de la circulación de la sentencia, la reducción del coste del proceso, la dilación del procedimiento, etc. La simple consulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los diversos órganos jurisdiccionales nacionales corrobora la frecuencia y relevancia de los supuestos de doble litispendencia internacional. Desde este punto de vista, el análisis de una nueva disciplina autónoma de la misma tiene, a nuestro juicio, una indudable importancia práctica además de teórica, sobre todo para los representantes legales de individuos y empresas españolas que mantengan relaciones de derecho privado con personas o sociedades italianas en materias excluidas del Convenio de Bruselas y no reguladas convencionalmente.

2. La situación anterior a la reforma: El artículo 3 del *Codice di procedura civile*

A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, el Derecho italiano ha previsto tradicionalmente una solución expresa a la cuestión de la repercusión jurídica de los procesos extranjeros en Italia y, en concreto, a los problemas de la litispendencia y de la conexidad internacionales. Ahora bien, desde principios de siglo hasta la promulgación de la nueva Ley, la postura del ordenamiento italiano se resumía en la simple irrelevancia de esos procesos pendientes en otros Estados, irrelevancia que se plasmaba en una prohibición dirigida a los órganos jurisdiccionales nacionales dotados de jurisdicción: la imposibilidad de declinar esta juris-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dicción a causa de la pendencia ante un juez foráneo de un litigio anterior sobre el mismo objeto y entre las mismas partes.

Esta auténtica negación del concepto de litispendencia internacional[6], que derivaba de una larga tradición jurisprudencial y doctrinal[7], se sustentaba en concreto en el artículo 3 del *Codice di procedura civile* (en adelante, c.p.c.), en el cual se establecía que «la jurisdicción italiana no es excluida por la pendencia ante un juez extranjero de la misma causa o de otra conexa con ésta»[8]. Por otro lado, este principio general, que había sido reafirmado de forma unánime por abundante jurisprudencia[9], aparecía expresamente concretado, con particular alusión al proceso de quiebra, en el artículo 9, párrafo 2º, de la *Legge fallimentare*, según el cual «el empresario que tiene la sede principal de la empresa en el

6. MIELE, *La cosa giudicata straniera...*, cit., p. 93.

7. En este sentido, *vid.* por ejemplo COLESANTI, V.: «**Litispendenza (Diritto processuale civile)**», en *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1957, vol. IX, pp. 976-984, p. 984; GATTI, A.: ***Sulla litispendenza e sul conflitto dei giudicati nei rapporti civili internazionali***, G. Flori, Pistoia, 1905, pp. 7-20; GHIRARDINI, C.: «**La litispendenza nel diritto processuale civile internazionale**», *Rivista di diritto internazionale*, 1907, pp. 229-250 y 318-334, pp. 318 y 327-328; MORELLI, G.: ***Derecho Procesal Civil Internacional*** (trad. de la primera edición italiana a cargo de S. SENTIS MELENDO), EJEA, Buenos Aires, 1953, pp. 188-193; PERASSI, T.: «**Il regolamento della litispendenza in alcune convenzioni internazionali**», *Rivista di diritto internazionale*, 1953, fasc. III-IV, pp. 357-366, p. 357; SORACE, S.: «**Litispendenza**», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 840-897, p. 878; ZANI, G.: «**Litispendenza**», en *Nuovo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1937, vol. VII, pp. 989-992, p. 991, y BRUNELLI, G.: «**Litispendenza dinanzi a tribunali di Stati diversi**», en *Studi in onore di Mariano d'Amelio*, Società editrice del «Foro Italiano», Roma, 1933, vol. I, pp. 174-190, pp. 174-190, así como la jurisprudencia y doctrina clásicas mencionadas por este último (*ibidem*, p. 175, notas 5 y 6) y por GHIRARDINI (*op. cit.*, p. 320, en nota). Entre las voces contrarias, puede mencionarse a DIENA, G.: «**Osservazioni sul Progetto di riforma del Codice civile relativamente alle Disposizioni del titolo preliminare riguardanti il Diritto internazionale privato**», *Annuario di Diritto Comparato e di Studi legislativi*, 1982, vol. VII, parte I, fasc. 1, pp. 3-75, pp. 34-35, y más recientemente a PICARDI, N.: «**Le disposizioni in materia di procedura civile internazionale nel progetto di riforma del codice di procedura civile italiano**», *Legalità e giustizia*, 1983, pp. 348-350, p. 350.

8. *«La giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti a un giudice straniero della medesima causa o di altra con questa connessa».*

9. Véanse por ejemplo las sentencias mencionadas en CAPOTORTI, F.; STARACE, V. *et al.*: ***La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale***, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 1168-1169: *Tribunale di Bari*, 29 abril 1970 (*Peragine* c. *Servedio*) [reproducida también en la *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1970, pp. 887-889, y en el *Repertorio del Foro italiano*, 1971, col. 1248 (n.º 14)]; *Corte di Cassazione*, 5 julio 1973, n.º 1870 (*Boscaro* c. *Chavaillaz*); *Corte di Cassazione, Sezioni unite*, 4 marzo 1978, n.º 1092 (*Vercelli* c. *Castelli*); *Corte di Cassazione*, 20 diciembre 1978, n.º 6111 (*Gambescia* c. *Broux*); *Tribunale di Genova*, 23 julio 1983 [*Martini* c. *Kars (Jurgen)*], y *Corte di Cassazione, Sezioni unite*, 22 noviembre 1984, n.º 5984 (*De Gaetano* c. *Giorgi Alberti*).

extranjero, puede ser declarado quebrado en la República incluso si ha sido pronunciada la declaración de quiebra en el extranjero»[10].

Por consiguiente, desde la perspectiva de los jueces italianos, la instauración de un proceso en el extranjero no constituía otra cosa que un mero hecho, carente de relevancia jurídica en el ordenamiento nacional, y no podía en modo alguno precluir el ulterior curso de un proceso pendiente en Italia, con independencia del momento inicial del mismo[11]. Más bien ocurría lo contrario, ya que la simple existencia de un proceso pendiente en Italia impedía el reconocimiento de una sentencia extranjera sobre el mismo objeto, siempre que dicho proceso nacional hubiese sido iniciado antes de la firmeza de la decisión foránea (art. 797, n.º 6 c.p.c.)[12]. Por lo tanto, una parte que tuviese interés en paralizar el proceso extranjero no tenía más que depositar una demanda idéntica en Italia antes de la irrecurribilidad de la decisión final del mismo, ya que la actividad procesal en el foro anterior a dicho momento impedía que esa decisión pudiese producir efectos de cosa juzgada o ejecutivos a través del procedimiento de *exequatur* (*processo di delibazione*). Dicho de otro modo, la regla de la prioridad subyacente a la excepción de litispendencia no funcionaba entre proceso foráneo y proceso italiano, sino únicamente entre éste último y el momento de la firmeza de la decisión extranjera, siempre que el reconocimiento de la misma hubiese sido solicitado.

10. «L'imprenditore, che ha all'estero la sede principale della impresa, può essere dichiarato fallito nella Repubblica anche se è stata pronunciata la dichiarazione di fallimento all'estero». Nos han precedido en la afirmación de que este precepto concreta la formulación del art. 3 c.p.c., GIULIANO, M.: «**La determinazione del tribunale competente nel diritto internazionale privato italiano**», *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1966, pp. 192-225, pp. 213-214, y RICCI, G. F.: «**Litispendenza**», en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1994, vol. XI, pp. 64-88, p. 85.

11. CAMPEIS, G.; DE PAULI, A.: ***Il processo civile italiano e lo straniero. Lineamenti di diritto processuale civile internazionale***, Giuffrè, Milano, 1986, p. 110; *idem*, ***Nota di commento alla Sentenza Cass. Civ., sez. un., 12.12.1988, n. 6756,*** *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1989, Parte I., p. 394 y 397, e *idem*, *La procedura...*, cit., pp. 144 (§45) y 184 (§56), quienes citan en este sentido la sentencia de la *Corte di cassazione* 29 enero 1982, n.º 574. Por contra, Giuseppe FRANCHI había sugerido *«il ricorso alla sospensione per pregiudizialità determinato dalla pendenza all'estero della stessa causa (...) per superare il divieto dell'art. 3 senza espressamente contraddirlo...»* (cfr. «**Giurisdizione civile. Diritto processuale civile**», en *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989, vol. XV, pp. 1-18, p. 5, y «**Civil jurisdiction**», en *Italian Yearbook of civil procedure*, Giuffrè, Milano, 1991, vol. I, pp. 1-16, p. 15).

12. Sobre este precepto, cfr. CAMPEIS, DE PAULI, *Il processo civile...*, cit., pp. 111-112, y *La procedura...*, cit., pp. 144-145 (§45).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En un primer momento, el principio general establecido en el artículo 3 c.p.c. se veía alterado únicamente por algunos tratados bilaterales que admitían el valor jurídico de la litispendencia extranjera[13]. En particular, esta admisión de la litispendencia internacional aparecía en los artículos 19 del Tratado italo-francés de 3 de junio de 1930 (dotado de ejecutividad por la Ley de 7 enero 1932, n.º 45), 8 del Tratado italo-suizo de 3 de enero de 1933 (Ley 15 junio 1933, n.º 743), 11 del Tratado italo-alemán de 9 de marzo de 1936 (Ley 14 enero 1937, n.º 106), 9 del Tratado italo-holandés de 17 de abril de 1959 (Ley 6 diciembre 1960, n.º 1567), 14 del Tratado italo-belga de 6 de abril de 1962 (Ley 2 marzo 1963, n.º 596), y 12 del Tratado italo-austriaco de 16 de noviembre de 1971 (Ley 12 febrero 1974, n.º 71)[14].

En síntesis, en los preceptos mencionados se preveía que los órganos jurisdiccionales de cada uno de los dos Estados parte debían separarse de los procesos pendientes ante los mismos cuando un juez del otro Estado contratante estuviese conociendo de un juicio entre las mismas partes y con idéntico objeto, siempre que: a) verificasen mediante un juicio previo de reconocimiento que la decisión del juez foráneo podría ser reconocida en el foro según las normas del propio convenio (v.gr. Tratado italo-austriaco); o bien, b) comprobasen que el juez investido del primer proceso tenía competencia según las normas del tratado (v.gr. Tratados italo-alemán, italo-francés e italo-suizo). Sin embargo, los artículos examinados tenían naturaleza excepcional, puesto que atenuaban el principio general de la inderogabilidad de la jurisdicción, y precisamente por

13. Es significativa en este sentido la afirmación de FRANCHI, *Giurisdizione...*, cit., p. 5: *«L'art. 3 oggi significa solamente che la rilevanza della litispendenza internazionale è condizionata alla sua previsione in convenzioni internazionali di cui l'Italia è parte»* (en el mismo sentido, cfr. *idem, Civil jurisdiction*, cit., p. 13, y GIULIANO, *La determinazione...*, cit., p. 214). Por otro lado, el propio artículo 9 de la Ley de quiebras precisaba de modo explícito, en su tercer párrafo, que se exceptuaban de la regla contenida en el párrafo precedente los tratados internacionales.

14. Un análisis detallado de la disciplina de la litispendencia internacional contenida en los Tratados italo-francés, italo-suizo e italo-alemán puede confrontarse en PERASSI, *Il regolamento della litispendenza...*, cit., pp. 358-366. Sobre el primer convenio mencionado, *vid.* además BASSANO, U.: **«L'articolo 19 della convenzione italo-francese sull'esecuzione delle sentenze»**, *Giurisprudenza italiana*, 1936, parte IV, col. 1-4; BARIATTI, S.; DORIGO, L.: **«L'ambito attuale della Convenzione italo-francese sulla efficacia delle sentenze in materia civile e commerciale e la sua applicazione giurisprudenziale»**, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1983, pp. 757-812, pp. 798-804; CLERICI, R.: **«Competenza diretta e indiretta nella convenzione italo-francese del 3 giugno 1930»**, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1970, pp. 287-293, y PERASSI, T.: **«Su l'art. 19 della Convenzione tra l'Italia e la Francia sull'esecuzione delle sentenze»**, *Rivista di diritto internazionale*, 1935, pp. 392-400.

ello la jurisprudencia delimitaba el concepto de litispendencia contenido en los mismos con criterios de interpretación restrictivos[15].

Hoy en día, como es sabido, todos los tratados bilaterales apenas mencionados han sido sustituidos por los Convenios de Bruselas y Lugano, por disposición expresa de sus artículos 55, y el principio general previsto en el artículo 3 c.p.c. ha sido sustituido por la disciplina de la litispendencia internacional contenida en la Ley de 31 de mayo de 1995, que será analizada en las páginas siguientes.

3. El artículo 7 de la Ley de reforma: Observaciones generales sobre el contenido del precepto

La Ley de 31 de mayo de 1995 disciplina la litispendencia internacional en su artículo 7, el cual presenta el siguiente tenor.

> *Art. 7 (Pendencia de un proceso extranjero).*
>
> *1. Cuando en el curso de un juicio se excepcione la previa pendencia entre las mismas partes de una demanda con idéntico objeto y título ante un juez extranjero, el juez italiano, si considera que la decisión extranjera puede producir efectos en el ordenamiento italiano, suspende el juicio. Si el juez extranjero declina su jurisdicción o la decisión extranjera no es reconocida en el ordenamiento italiano, el juicio en Italia prosigue, previa reanudación a instancia de la parte interesada en ello.*
>
> *2. La pendencia de la causa ante el juez extranjero se determina según la ley del Estado en el cual tiene lugar el proceso.*
>
> *3. En el supuesto de prejudicialidad de una causa extranjera, el juez italiano puede suspender el proceso si entiende que la decisión extranjera puede producir efectos en el ordenamiento italiano*[16].

15. Véanse algunos ejemplos en la jurisprudencia recogida en CAPOTORTI, STARACE, *La giurisprudenza...*, pp. 1169-1173; CAMPEIS-DE PAULI, *La procedura...*, cit., pp. 147-149 (§45); *idem, Nota di commento alla Sentenza Cass. Civ., sez. un., 12.12.1988*, cit., p. 398, e *idem, Il processo civile...*, cit., pp. 114-115.

16. La traducción es nuestra, por lo que transcribimos el texto original:

*«**Art. 7 (Pendenza di un processo straniero).** 1. Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero declina la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non è riconosciuto nell'ordinamento italiano, il giudizio in Italia prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata.*

2. La pendenza della causa innanzi al giudice straniero si determina secondo la legge dello Stato in cui il processo si svolge.

3. Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera, il giudice italiano può sospendere il processo se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Una primera lectura del precepto transcrito revela que el mismo contempla dos hipótesis bien diferenciadas: la litispendencia internacional (párrafo primero) y la conexidad internacional en grado de prejudicialidad (párrafo tercero). El párrafo segundo, por su parte, se limita a indicar el derecho aplicable para la determinación del inicio de la litispendencia del proceso extranjero y, como veremos más adelante, sólo tiene relevancia en los supuestos de identidad entre los procesos afectados. En los párrafos siguientes, realizaremos una primera profundización en el contenido de los tres párrafos mencionados.

a) Por lo que se refiere al párrafo primero, nos encontramos ante una decidida admisión de la litispendencia internacional, que contrasta con la situación anterior a la reforma que ya hemos descrito, acompañada de una disciplina bastante exhaustiva de la misma. Por un lado, el precepto instaura una excepción en sentido estricto, cuando establece como presupuesto de aplicación de la norma que «en el curso de un juicio se excepcione la previa pendencia» del proceso extranjero. Por consiguiente, la pendencia del litigio foráneo debe ser denunciada por el demandado principal o reconvencional por medio de una excepción procesal. Esta exigencia de la denuncia de parte implica la prohibición dirigida al juez italiano de declarar la litispendencia de oficio, incluso cuando haya sido informado de la situación por una de las partes una vez transcurrido el plazo legalmente establecido para la formulación de excepciones.

b) En segundo término, el artículo 7 establece el denominado «principio de la prioridad», cuando dispone que lo que se excepciona es la «previa pendencia» de una demanda idéntica. Por lo tanto, la pendencia en el extranjero de un proceso igual al que se desarrolla ante el juez italiano pero posterior al mismo es absolutamente irrelevante desde la perspectiva de dicho juez. Como veremos enseguida, en este punto se encuentra la principal diferencia —y probablemente también la más importante— entre la solución prevista por el artículo que nos ocupa para las hipótesis de litispendencia y la establecida para los supuestos de prejudicialidad, ya que en este segundo caso no se requiere, para la aplicación de la norma, que el litigio extranjero sea anterior. Por otro lado, el primer párrafo es completado en este extremo por el segundo, en el cual se establece que el inicio de la litispendencia del proceso foráneo se determina aplicando la *lex fori* extranjera. Esta norma coincide con la solución propuesta por la mayoría de la doctrina[17], así como con la interpretación del artículo 21 del Convenio de Bruselas llevada a cabo por el Tribunal de Justicia en el asunto *Zelger* contra *Salitrini*[18].

c) En tercer lugar, el precepto que nos ocupa prescribe el requisito de la identidad entre proceso nacional y proceso extranjero, cuando dispone que lo que se excepciona es la previa pendencia «entre las mismas partes de una demanda con idéntico objeto y título ante un juez extranjero». Por lo tanto, para que exista litispendencia internacional según la nueva Ley es necesario que entre los dos litigios haya identidad de sujetos, de objetos (*petitum* y *causa petendi*) y de títulos. Ahora bien, la exigencia de identidad de «demandas» y no sólo de «procesos» podría introducir, a nuestro juicio, una particularidad relevante en materia de identidad subjetiva: las partes deberán tener la misma posición procesal en ambos procesos, excepto en los casos en los cuales exista litispendencia parcial a causa de la interposición, en uno de los dos procedimientos, de una demanda reconvencional que coincide con la demanda principal del otro. Por lo que concierne a la identidad objetiva, entendemos que la exigencia de identidad de título actúa como refuerzo al requisito de la identidad de los objetos procesales, en todas aquellas hipótesis en que la segunda no presupone la primera. Con otras palabras, no basta la coinci-

17. En este sentido, cfr. GEIMER, R. (junto con R. A. SCHÜTZE): ***Internationale Urteilsanerkennung***, C. H. Beck, München, 1984, vol. I, parte 2, p. 1654 (§215); HOLLEAUX, D.: «**La litispendance**», en *Travaux du Comité Français de Droit International Privé* (años 1971-1973), Dalloz, París, 1975, pp. 203-229 (Sesión 23 mayo 1973), p. 208; KNOEPFLER, F.; SCHWEIZER, P.: ***Précis de droit international privé suisse***, Stæmpfli & Cie., Berne, 1990, p. 222 (§703); PÅLSSON, L.: «**The Institute of *Lis Pendens* in International Civil Procedure**», en *Scandinavian Studies in Law*, 1970, vol. 14, pp. 59-108, p. 98; SCHUMANN, *Internationale Rechtshängigkeit...*, cit., p. 308; SCHNEIDER, B.: «**L'exception de litispendance en droit international privé**», en *Mélanges offerts à la Société suisse de Juristes*, Georg-Librairie de L'Université, Genève, 1976, pp. 295-316, p. 308, y SCHWANDER, *Ausländische Rechtshängigkeit...*, cit., p. 403. Es contrario solamente LINKE, H.: «**Zur Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit eines Scheidungs-verfahrens vor deutschen Gerichten**», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 1982, Heft 6, pp. 229-231, p. 230, según el cual el inicio de la litispendencia se debe determinar a la luz de los dos derechos implicados (*Doppelqualifikation*).

18. Sent. T.J.C.E. de 7 de junio de 1984 (Asunto 129/83: «*Siegfried Zelger* contro *Sebastiano Salitrini*»), en *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1984-6, pp. 2397-2416. Para un análisis detallado de la decisión, cfr. por todos AUDIT, B., en *Recueil Dalloz Sirey*, 1985, 2.º cuaderno, p. 177; BALLARINO, T.: «**La prima sentenza della Corte di Lussemburgo sulla litispendenza**», *Foro padano*, 1985, Parte I, col. 145-150; FIUMARA, O.: «**Il «giudice successivamente adito» nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale**», *Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, 1984, n. 6, pp. 911-916; HOLLEAUX, D., en *Revue critique de droit international privé*, 1985, pp. 378-384; HUET, A., en *Journal du droit international*, 1984, n. 1, pp. 165-173, y nuestra tesis doctoral, cit., pp. 186 a 201 (§§127-135).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dencia de los *petiti* y de las *causae petendi*, sino que es igualmente necesario que la relación jurídica subyacente sea también la misma, lo cual puede tener una gran importancia en materia de derechos absolutos o *erga omnes* (e.g. derechos reales), en los cuales el título (v.gr. en el caso de la propiedad los concretos modos de adquisición de la misma) no integra el objeto del proceso [19].

d) El artículo 7 de la Ley de reforma condiciona la suspensión del juicio italiano con base en la litispendencia de un proceso extranjero al resultado positivo de un juicio previo de reconocimiento. En concreto, dicho precepto dispone que el juez solamente debe decretar la suspensión del procedimiento «si considera que la decisión extranjera puede producir efectos en el ordenamiento italiano». Con la introducción legislativa de este pronóstico de *exequatur*, la disciplina italiana de la litispendencia internacional se aproxima claramente al modelo germánico [20], y suscita el cúmulo de dificultades que están necesariamente asociadas a esta valoración anticipada, debido principalmente a la imposibilidad material de verificar la concurrencia de algunos de los presupuestos habi-

19. En este sentido, *vid.* por todos BERZOSA FRANCOS, M. V.: ***Demanda, «causa petendi» y objeto del proceso***, Ediciones el Almendro, Córdoba, 1984, pp. 34-35, 37-40, 166-167 y 170-173.

20. Lo que denominamos «modelo germánico» no es otra cosa que la orientación jurisprudencial consagrada por el *Reichsgericht* alemán a mediados del siglo pasado, que continúa vigente hoy en día en Alemania. En síntesis, dicho modelo consiste en la admisión de la litispendencia de los procesos extranjeros con las mismas repercusiones jurídicas establecidas por el parágrafo 261 III, n.º 1 de la *Zivilprozeßordnung* para los procesos nacionales, y por lo tanto con idéntico efecto preclusivo: la inadmisión de cualquier proceso nacional sucesivo e idéntico. Dicha admisión tiene una única limitación: la excepción de litispendencia internacional sólo debe admitirse cuando el juez nacional considere probable el reconocimiento de la futura decisión del juez extranjero.

Para una exposición más pormenorizada de la evolución histórica y situación actual de la litispendencia internacional en Alemania, cfr. por ejemplo RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht...*, cit., p. 453 (§46); HABSCHIED, W. J.: «**Non-licet bei ausländischer Rechtshängigkeit. Eine rechtsvergleichende Studie**», en *Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung. Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag* (coordinador K. KUCHINKE), C. H. Beck, München, 1970, pp. 429-447, p. 432; HABSCHIED, W. J.: «**Bemerkungen zur Rechtshängigkeitsproblematik im Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz einerseits und den USA andererseits**», en *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag* (coordinadores H. BERNSTEIN, U. DROBNIG y H. KÖTZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981, pp. 109-125, p. 113; GEIMER, R.: ***Internationales Zivilprozeßrecht***, 2.ª ed., Otto Schmidt, Köln, 1993, p. 625 (§2688); LINKE, H.: «**Anderweitige Rechtshängigkeit im Ausland und inländischer Justizgewährungsanspruch**», *Praxis des Internationalen Privat— und Verfahrensrechts (IPRax)*, 1991, Heft 1, pp. 17-19, p. 17, y GRUNSKY, W.; LEIPOLD, D.; MÜNZBERG, P.; SCHUMANN, E.: ***Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung***, 20.ª edición, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1988, vol. II-4, p. 162 (§261 II).

tuales del reconocimiento de decisiones extranjeras con anterioridad al pronunciamiento de las mismas. A estas dificultades, y en general al modo de ejercicio del juicio previo de reconocimiento, dedicaremos un estudio más detallado en un momento posterior de este trabajo.

e) Si el resultado del pronóstico de reconocimiento es positivo y se verifican los demás presupuestos anteriormente mencionados (instancia de parte, anterioridad del proceso extranjero e identidad entre los litigios), el juez italiano debe suspender el procedimiento. Esta obligación de suspender, que constituye una opción legislativa intermedia entre la inadmisión de la litispendencia internacional y su admisión con efecto preclusivo del proceso pendiente en el foro, presenta la indudable ventaja de dejar abierta la posibilidad de retomar el juicio italiano en las hipótesis expresamente previstas en el precepto que nos ocupa. Sin embargo, la suspensión también plantea algunas dudas: en concreto, es preciso dilucidar hasta qué momento debe durar dicha suspensión cuando no se verifica ninguna de las dos hipótesis previstas para su alzamiento, o bien cuando las partes no lo solicitan. También en este caso debemos reenviar a lo que trataremos más adelante en este mismo estudio.

f) Por lo que se refiere en concreto a las hipótesis de alzamiento de la suspensión, el artículo 7 de la Ley de reforma dispone que la misma tiene lugar si el juez extranjero investido del primer proceso declina su jurisdicción, o bien si la futura decisión extranjera no es reconocida en Italia. En los dos casos, la continuación del litigio sólo puede tener lugar a instancia de la parte interesada.

A nuestro juicio, esta norma implica la eliminación de un presupuesto dogmático esencial de las hipótesis de doble litispendencia internacional: el requisito de la jurisdicción de los dos jueces implicados según sus respectivas leyes nacionales [21]. En concreto, el artículo 7 no

21. En efecto, la jurisdicción o competencia judicial internacional de los dos jueces implicados en una situación de doble pendencia del mismo litigio constituye un presupuesto esencial de la utilización de la excepción de litispendencia internacional, ya que si alguno de ellos carece de dicha jurisdicción el instrumento procesal adecuado para eliminar el proceso pendiente ante el mismo es la declinatoria internacional, la cual es desde luego independiente de la existencia de un litigio idéntico pendiente en otro Estado. Pues bien, a nuestro entender, en ausencia de una regulación convencional de la competencia judicial internacional o competencia directa, el único modo de determinar si dos jueces de distintos Estados tienen jurisdicción consiste en la verificación de sus respectivos ordenamientos, es decir de la *lex fori* de cada uno de ellos. En este sentido nos ha precedido MORELLI, G.: ***Diritto processuale civile internazionale***, 2.ª edic., CEDAM, Padova, 1954, p. 89: «*Può darsi che una determinata lite sia, allo stesso tempo, soggetta alla giurisdizione di due Stati diversi; ma ciò si avrà, non già per effetto di un'unica*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

requiere para que exista litispendencia que el juez extranjero tenga jurisdicción a tenor de su *lex fori*, desde el momento que excluye todo control de la misma por parte del juez italiano. En efecto, este control resulta imposible durante la pendencia del litigio foráneo, ya que el precepto en examen establece expresamente que el proceso italiano que se encuentra en suspenso sólo puede ser retomado si el juez extranjero declina su jurisdicción. Asimismo, aunque la segunda hipótesis de alzamiento de la suspensión implica una remisión a los motivos de denegación del reconocimiento establecidas en el artículo 64 de la Ley, el primero de los cuales es precisamente la adecuación de la jurisdicción extranjera a los principios propios del ordenamiento italiano, ello no implica tampoco la admisión del presupuesto mencionado, ya que este motivo no afecta realmente a la jurisdicción del juez foráneo derivada de su propia ley nacional.

g) Por último, el párrafo tercero del artículo 7 de la Ley de reforma regula las hipótesis de prejudicialidad de un litigio extranjero. Dicho precepto, cuyo análisis detallado excede nuestro objeto de estudio, presenta tres características relevantes: en primer lugar, la norma es aplicable a todas las hipótesis en las cuales la causa extranjera es prejudicial respecto del proceso pendiente en el foro, incluso cuando este segundo proceso es anterior al primero. En estos casos, entendemos que puede producirse una alteración de la litispendencia del proceso italiano, ya que se permite que un hecho nuevo (el inicio posterior de un proceso prejudicial ante un juez foráneo) repercuta en ese proceso nacional, hasta el punto de poder condicionar radicalmente la eficacia de la pretensión formulada por el actor en el mismo. En concreto, la norma permite al demandado en un proceso italiano formular una pretensión prejudicial en el extranjero y lograr con ello, no sólo la suspensión del litigio italiano anterior, sino

norma, bensì per effetto di norme distinte appartenenti ai due distinti ordinamenti giuridici». De acuerdo PÅLSSON, *The Institute of* Lis Pendens..., cit., p. 64: «*In order that an issue of recognition of foreign* lis pendens *may present itself squarely, it is necessary that both courts seized with the matter, the foreign and the domestic one, should have jurisdiction under the rules prevailing as to this in the respective countries. Otherwise, the lack of jurisdiction is obviously a sufficient ground for not hearing the case*», seguido de DESANTES REAL, *La litispendencia internacional...*, cit., p. 854, y REMIRO BROTONS, A.: ***Ejecución de sentencias en España. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo***, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 256-257. En contra, cfr. GHIRARDINI, *La litispendenza...*, cit., pp. 237-243; VIEIRA, *La litispendencia...*, cit., pp. 420-421, y SANTOS VIJANDE, J.: «**A propósito de la litispendencia internacional en ausencia de regulación convencional. Comentario a la SAT Oviedo de 6 de julio de 1988**», *La Ley*, 1989-2, pp. 668-683, p. 674.

incluso la vinculación del juez italiano al contenido de la futura sentencia foránea, siempre que llegue a producirse el reconocimiento de la misma.

En segundo lugar, el párrafo tercero del artículo 7 prevé, para los supuestos de prejudicialidad de una causa extranjera, un juicio previo de reconocimiento idéntico al que se regula en el primer párrafo para las hipótesis de litispendencia internacional, por lo que son válidas para el primero las consideraciones que haremos sobre el segundo. Sin embargo, y he aquí la tercera característica digna de mención, la diferencia entre las dos normas se encuentra, como ya hemos visto, en la actividad del juez cuando dicho pronóstico es positivo: a diferencia de lo que ocurre en los casos de litispendencia, cuando el litigio extranjero es prejudicial el juez italiano tiene la facultad, y no la obligación, de suspender el procedimiento instaurado ante él. En principio, este poder discrecional parece encaminado a neutralizar el riesgo apenas mencionado, esto es las eventuales tentativas del demandado de paralizar el proceso italiano por medio de la interposición de una demanda prejudicial ante un juez extranjero.

4. CONDICIONES DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE REFORMA

A nuestro entender, el análisis de la disciplina autónoma de la litispendencia internacional contenida en el artículo 7 de la Ley de reforma permite distinguir dos clases de presupuestos: por un lado, las condiciones necesarias para la aplicación de la propia disciplina legal y, por otro, los particulares requisitos establecidos en el artículo 7 para que se pueda suspender el proceso italiano. Quede claro no obstante que esta distinción tiene un mero valor expositivo, puesto que en la práctica ambos tipos de presupuestos deben verificarse para que un juez italiano pueda decretar la suspensión de un procedimiento con base en la litispendencia de un litigio pendiente en el extranjero. Matizado lo anterior, en el presente epígrafe nos ocuparemos de las primeras condiciones mencionadas, que son las siguientes:

1. En primer lugar, para que pueda hablarse de un supuesto de litispendencia internacional (esto es, de doble litispendencia en Italia y en otro Estado), los procesos implicados en el mismo deben tener naturaleza jurisdiccional, es decir se deben desenvolver ante órganos jurisdiccionales. Este presupuesto está implícito en el artículo 7, y se refleja en la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

terminología utilizada por el legislador en la redacción del mismo: por ejemplo, el precepto contiene diversas alusiones a la pendencia simultánea ante un «juez extranjero» y ante un «juez italiano», y hace uso continuamente de las expresiones «juicio» y «causa». Además, el artículo 1 de la Ley dispone que la misma «determina el ámbito de la jurisdicción italiana» [22], lo cual denota que la naturaleza jurisdiccional de los procesos constituye un presupuesto esencial de aplicabilidad de la misma.

2. En segundo término, la situación de doble litispendencia debe ser «internacional», lo cual ocurre cuando los procesos implicados en la misma están pendientes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados: en concreto, el juez investido del primer proceso debe ser extranjero, y el juez que conoce del segundo litigio debe ser italiano. Lógicamente, si los dos órganos jurisdiccionales fuesen italianos la disciplina aplicable sería la de la litispendencia interna, contenida en el artículo 39 c.p.c. Por otra parte, el juez extranjero invocado en primer lugar puede pertenecer a la organización jurisdiccional de cualquier Estado, puesto que la Ley de reforma no contiene limitación alguna al respecto.

3. La Ley de 31 de mayo de 1995 es aplicable, en los supuestos regulados por la misma, a todos los procesos civiles, ya que su ámbito material comprende todos los litigios en los cuales se discuta sobre cualquier materia de derecho privado (e.g. derecho civil, mercantil, industrial, bancario...). Por consiguiente, y ya en materia de litispendencia internacional, el artículo 7 se deberá aplicar siempre que el juez ante el que se formula la excepción esté conociendo de un litigio de derecho privado, y a condición de que la misma causa esté pendiente a título principal ante un juez extranjero, con independencia de la denominación o de la naturaleza de este órgano jurisdiccional, por analogía con la disciplina de los Convenios de Bruselas y Lugano en este extremo [23].

22. Del mismo modo, el Título II de la Ley, en el cual se encuadra el artículo 7, aparece rubricado con la expresión «jurisdicción italiana», cuya utilización es constante en casi todos los preceptos que integran dicho Título.

23. En efecto, los artículos 1 de los Convenios de Bruselas y Lugano precisan que es irrelevante a efectos de la aplicación de los mismos la naturaleza de los órganos jurisdiccionales, lo cual implica que los artículos 21, que se ocupan de la litispendencia, no son aplicables únicamente cuando los procesos están pendientes antes jueces civiles, comerciales o del trabajo, sino incluso cuando los litigios de derecho privado se estén sustanciando ante magistrados penales o administrativos, siempre que la materia civil o comercial sea el objeto principal del proceso y no una mera cuestión incidental en el mismo. En este sentido, cfr. por todos KAYE, P.: ***Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments***, Professional Books, Abingdon (Oxon), 1987, p. 207; KROPHOLLER, J.: ***Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen***, 4.ª edición, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1993, p. 51 (Art. 1, §§12-13); O'MALLEY, M. A.; LAYTON, A.: ***European Civil Practice***, Sweet & Maxwell, London, 1989, pp. 353-354 (§14, 16), y WESER, M.: ***Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions. Completé par l'étude des droits internes et des traités bilatéraux des Etats contractants***, C.I.D.C.-Pedone, Bruxelles-París, 1975, p. 225 (§199).

24. La expresión «litispendencia europea» (*litispendance européene*) fue inicialmente acuñada por GOTHOT, P.; HOLLEAUX, D.: «**La Convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale**, *Journal de Droit International*, vol. 98, 1971, pp. 747-805, p. 770, e *idem*, ***La Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE***, Jupiter, París, 1985, p. 123 (§217), y ha perdurado en parte de la doctrina, como puede verificarse en CAMPEIS, DE PAULI, *Il proceso civile...*, cit., p. 115; *idem, Nota di commento alla Sentenza Cass. Civ., sez. un., 12.12.1988*, cit., p. 394-399; *idem, La procedura...*,

4. Finalmente, la Ley de reforma es aplicable únicamente cuando el proceso italiano haya comenzado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la misma, esto es después del 1 de septiembre de 1995 (cfr. los arts. 72 y 74 de la Ley). En caso contrario, la litispendencia extranjera deberá ignorarse por aplicación del artículo 3 c.p.c., ya examinado en las primeras páginas del presente estudio.

5. Requisitos necesarios para la aplicación del artículo 7. Estudio comparativo de la relación entre la nueva disciplina y los artículos 21 y 22 de los Convenios de Bruselas y Lugano

Una vez examinadas las condiciones necesarias para la aplicación del artículo 7 de la Ley de reforma, es preciso analizar los presupuestos establecidos en el mismo para que el juez italiano investido de la segunda demanda pueda decretar la suspensión del procedimiento. Estos presupuestos, que deben ser valorados por el propio juez italiano, son tres: la identidad entre los procesos, la anterioridad del proceso extranjero valorada a la luz de la ley foránea, y la posibilidad de eficacia en el foro de la futura decisión extranjera (juicio previo de reconocimiento). Por contra, la jurisdicción del juez extranjero según su *lex fori* no es un presupuesto de la litispendencia internacional en la nueva disciplina italiana, puesto que, como ya hemos indicado, el juez italiano no está autorizado a verificarla. En las páginas siguientes analizaremos esta prohibición, así como los presupuestos anteriormente mencionados, y los compararemos con los presupuestos de la denominada «litispendencia europea» [24], regulada en los artículos 21 de los Convenios de Bruselas y Lugano.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

A) *Identidad entre los dos procesos afectados*

Como ya hemos visto, el artículo 7 de la Ley de reforma condiciona la existencia de una situación de (doble) litispendencia internacional al presupuesto de la identidad total entre los procesos nacional y extranjero afectados. En consecuencia, los dos litigios deben versar sobre demandas, principales o reconvencionales, en las cuales el mismo actor haya formulado, frente al mismo demandado (identidad subjetiva), la misma pretensión, es decir la misma petición (*petitum*) sobre la base de los mismos hechos que la individualizan (*causa petendi*). Además, dicha pretensión debe derivar del mismo título o relación jurídica subyacente (e.g. contrato de trabajo, de arrendamiento, de compraventa...). Si la identidad no se verifica en los términos expuestos no existe litispendencia internacional, aunque todavía puede resultar aplicable el tercer párrafo del mismo artículo 7, siempre que exista entre los dos procesos una relación de prejudicialidad o conexidad cualificada, como también hemos indicado. Si tampoco concurre esta segunda hipótesis, la litispendencia del juicio foráneo es irrelevante desde la perspectiva del juez italiano que conoce del segundo proceso y no produce efecto alguno en el foro. En otras palabras, la mera conexidad «simple» con un litigio extranjero, en cualquiera de las modalidades recogidas por la ley rituaria italiana para los supuestos de conexidad interna (objetiva, subjetiva, de accesoriedad, de garantía, etc.) no permite en modo alguno la suspensión de un proceso italiano.

La disciplina italiana que acabamos de describir presenta dos diferencias esenciales respecto a la que figura en los artículos 21 de los Convenios de Bruselas y Lugano. La primera está en relación con el presupuesto de la identidad subjetiva, puesto que a diferencia de lo que ocurre en la Ley italiana, los tratados no exigen que las partes tengan la misma posición en los dos procesos, al exigir la mera identidad de procesos y no de demandas. Normalmente, esta diferencia no tendrá relevancia práctica en las materias que regulan los convenios, ya que es difícil que exista identidad objetiva cuando las partes no tienen la misma posición en los dos litigios; pero puede ser importante en otras materias.

cit., p. 184 (§56), y CALVO CARAVACA, A.-L.: ***Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil***, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 403. En cualquier caso, la litispendencia europea es litispendencia internacional: la expresión no es otra cosa que un modo de referirse a la concreta disciplina de la misma contenida en los Convenios mencionados.

Piénsese por ejemplo en la pendencia simultánea de dos procesos de divorcio iniciados por cada uno de los cónyuges en el extranjero y posteriormente en Italia: si fuese necesaria únicamente la identidad de procesos, como ocurre en los artículos 21, el litigio posterior se vería interrumpido por aplicación del artículo 7 de la Ley de reforma; pero cuando lo que se requiere es la identidad de demandas, este precepto no es aplicable a menos que se entienda que existe prejudicialidad entre los dos procesos. En este extremo, será preciso esperar la interpretación de la *Corte di cassazione*, que quizás debería relativizar el presupuesto que nos ocupa y declarar la irrelevancia de la posición procesal de las partes en los procesos afectados.

La segunda diferencia entre las disciplinas interna y convencional se verifica en materia de identidad objetiva. Por lo que se refiere al artículo 21 del Convenio de Bruselas, el Tribunal de Justicia ha interpretado, en aras de la denominada «noción autónoma» de la litispendencia europea, que dicho precepto es aplicable, no sólo cuando existe identidad formal entre los procesos, sino también cuando uno de ellos es prejudicial respecto del otro[25]. A nuestro juicio, esta invasión del ámbito del artículo 22 del Convenio no debe ni puede influir en la futura interpretación jurisprudencial del artículo 7 de la Ley italiana, porque este precepto distingue claramente litispendencia y prejudicialidad, y prevé soluciones distintas para ambos supuestos. La interpretación extensiva del Tribunal

25. Nos referimos a las Sentencias T.J.C.E. de 8 de diciembre de 1987 (Asunto 144/86: *Gubisch Maschinenfabrik* c. *Palumbo*), en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal*, 1987-11, pp. 4861-4877, y de 6 de diciembre de 1994 (Asunto C-406/92: *The owners of the cargo lately laden on board the ship «Tatry»* c. *The owners of the ship «Maciej Rataj»*), en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, 1994-11/12, parte I, págs. I-5439 a I-5482. Cfr. un análisis de ambas resoluciones en nuestra tesis doctoral, cit., pp. 254-286 (§§168-178).

Por lo que se refiere a nuestra afirmación de que estas sentencias consolidan una invasión del ámbito del artículo 22 (conexidad) en favor del artículo 21 (litispendencia), están de acuerdo, entre otros, GAUDEMET-TALLON, H., en *Revue critique de Droit international privé*, 1988, n. 2, pp. 374-378, pp. 376-377; HUET, A., en *Journal du droit international*, 1988, n. 2, pp. 539-540, p. 543; NORTH, P. M.; FAWCETT, J. J.: ***Cheshire and North's Private International Law***, 12.ª edición, Butterworths, London-Dublin-Edinburgh, 1992, p. 327 *in fine*; RIGAUX, F.; FALLON, M.: ***Droit International Privé. Tome II: Droit positif belge***, 12.ª ed., Maison Larcier, Bruxelles, 1993, p. 186 *in fine* (§803); RODRÍGUEZ MATEOS, P.: «**La litispendencia internacional. Una interpretación autónoma del art. 21 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Comentario a la STJCE 8 Dic. 1987)**», *La Ley*, 1988, Suplemento n. 31 (Comunidades Europeas), pp. 1-4, p. 2, y ARENAS GARCÍA, R.: «**La litispendencia internacional. El artículo 21 del Convenio de Bruselas de 1968 y el control de la competencia del juez de origen (Comentario a la STJCE de 27 de junio de 1991)**», *Noticias CEE*, n. 91/92, pp. 103-109, p. 106.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de Justicia puede ser plausible en el ámbito del Convenio, un tratado «doble» suscrito entre Estados con un elevado nivel de confianza recíproca; pero no tendría sentido en el caso de una disciplina autónoma que puede beneficiar a los jueces de cualquier Estado. Por ello, entendemos que la solución establecida en el párrafo tercero del artículo 7 es loable, puesto que permite al juez italiano valorar las circunstancias concretas que concurren en cualquier situación de prejudicialidad internacional, y decidir si debe o no suspender el litigio instaurado ante él.

Finalmente y sin ánimo de exhaustividad, es preciso aludir brevemente a la solución que a nuestro juicio debe darse a determinadas cuestiones particulares relacionadas con el problema de la identidad entre los litigios, a la luz de la nueva disciplina italiana de la litispendencia internacional:

a) En los supuestos de litisconsorcio activo o pasivo y presupuesta la identidad objetiva, la suspensión del procedimiento sólo debe afectar a las partes que coinciden en los dos litigios pendientes, continuando inalterado por lo que se refiere a aquéllas que no ostentaban dicha cualidad en el primer proceso, sin perjuicio de la aplicación del artículo 7 párrafo 3.º si existe prejudicialidad. En nuestra opinión, la solución que proponemos tiene un único límite: las hipótesis de litisconsorcio necesario, en las cuales la pretensión es indivisible y la suspensión debe afectar a todos los litisconsortes, incluso si no ostentaban la condición de parte en el proceso foráneo.

b) Por otro lado, entendemos que, a los efectos de la existencia de identidad subjetiva, una parte sigue siendo la misma aunque el titular de esta posición procesal haya cambiado como consecuencia de un fenómeno de sucesión procesal (e.g. una transmisión de derechos litigiosos *inter vivos* o *mortis causa*). El sucesor ocupa la misma posición procesal que su causante[26] y, en consecuencia, ostenta las mismas cargas y obligaciones procesales que éste, por lo que deberá sufrir la suspensión del proceso como si fuese la parte originaria. De lo contrario, se estaría dejando una puerta abierta al fraude procesal, ya que bastaría con simular una transmisión de derechos en el proceso italiano para burlar la disciplina de la litispendencia internacional.

c) Por lo que se refiere a las hipótesis de litispendencia parcial (*continenza*), en las cuales el objeto de uno de los procesos contiene el

26. En este sentido, cfr. por todos RAMOS MÉNDEZ, F.: ***La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso***, Editorial hispano europea, Barcelona, 1974, pp. 2, 3, 8, 9, 22, 23 y 35 *in fine*.

objeto del otro y además una o varias pretensiones adicionales, la solución es sencilla: si el objeto de la demanda italiana (v.gr. una reclamación de cantidad) está comprendido en el de la demanda extranjera (v.gr. la misma reclamación y además una petición de daños y perjuicios), existe litispendencia internacional a los efectos de la aplicación del artículo 7 de la Ley de reforma. En la hipótesis inversa, el juez italiano deberá suspender únicamente la tramitación de las pretensiones ya formuladas en el proceso anterior, a no ser que exista prejudicialidad o que dichas pretensiones sean indivisibles.

d) Finalmente, cabe preguntarse si es posible que exista litispendencia internacional cuando los procesos afectados son de carácter sumario (v.gr. dos procesos para la adopción de medidas cautelares, dos procesos monitorios, etc.). Lógicamente, la solución al problema pasa por la toma de postura en una cuestión de fondo: ¿producen los procesos sumarios litispendencia y cosa juzgada? A nuestro juicio, la respuesta es afirmativa, aunque dichos efectos se circunscriben a lo que ha constituído objeto del debate, que en los procesos sumarios está muy limitado por la propia naturaleza de los mismos. Por lo tanto, entendemos que el artículo 7 debería ser aplicable cuando exista identidad objetiva y subjetiva entre los litigios de carácter sumario, e incluso en el caso de que uno de ellos sea plenario. Ahora bien, esta postura teórica, que nos es imposible desarrollar pormenorizadamente en el presente estudio, no tiene muchas expectativas de éxito en Italia, donde la doctrina y la jurisprudencia estiman mayoritariamente que los procesos sumarios no producen efectos de litispendencia ni de cosa juzgada.

B) *Existencia de dos litigios pendientes y anterioridad del proceso extranjero valorada según la lex fori del Estado en el que tiene lugar*

Como ya hemos visto, el párrafo primero del artículo 7 de la Ley de reforma condiciona la admisión de la excepción de litispendencia internacional a la tramitación simultánea de dos procesos: el proceso italiano en el cual se ha formulado la excepción y un litigio idéntico pendiente ante un juez extranjero. Ambos juicios deben encontrarse en el mismo estado de pendencia, es decir en situación de litispendencia: en concreto, la causa italiana debe estar en el primer grado de jurisdicción (de lo contrario no habría sido posible formular la excepción), mientras que el juicio foráneo puede encontrarse en cualquier estadio procedimental anterior a la firmeza de la decisión final del mismo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Por otra parte, la Ley italiana instituye el principio de la prioridad (*principio della prevenzione*), desde el momento que exige que el proceso extranjero sea anterior al que tiene lugar en el foro. Como ya hemos indicado, los procesos extranjeros posteriores al inicio del litigio italiano no pueden producir la suspensión de éste por litispendencia, sino únicamente por prejudicialidad[27]. Esta solución es lógica: cuando los objetos de los procesos coinciden, el principio de la prioridad debe tener un valor absoluto, ya que uno de los efectos procesales de la litispendencia internacional es precisamente el bloqueo de cualquier proceso posterior sobre la misma pretensión, a los efectos de evitar que el primer juicio resulte ineficaz. Sin embargo, en las hipótesis de prejudicialidad la solución puede ser distinta, porque entran en juego otros factores relevantes, y principalmente porque el proceso posterior (e.g. un proceso de divorcio) puede condicionar el resultado del proceso precedente (e.g. una demanda de custodia de los hijos). En ocasiones, la prioridad deberá imperar también en estos casos, como por ejemplo en aquellas hipótesis en las cuales el actor haya demandado en el extranjero con el único propósito de bloquear el juicio italiano; pero en otros supuestos la solución más adecuada será la de suspender este juicio hasta la sustanciación del proceso prejudicial. Por ello, entendemos que la solución prevista por el párrafo 3.º del artículo 7 es loable: el juez italiano tiene la simple facultad de suspender la causa italiana con independencia del momento inicial de los procesos afectados, una vez que determine la posibilidad de reconocimiento en el foro de la futura decisión extranjera.

Cuando la situación es de doble litispendencia, el párrafo 1.º del artículo 7 es completado por el párrafo 2.º, en el que se establece que «la pendencia de la causa ante el juez extranjero se determina según la ley del Estado en el cual tiene lugar el proceso». En consecuencia, la parte que excepciona la litispendencia, ya se trate del demandado principal o del reconvencional, deberá probar que, según la ley extranjera, el proceso foráneo ha comenzado antes del momento de la notificación del acto de citación del proceso italiano. Por su parte, el momento inicial de la litispendencia extranjera dependerá del sistema legalmente establecido

27. Esta irrelevancia de la litispendencia de los procesos foráneos posteriores aparece confirmada en el artículo 64, n.º 1, apdo. f) de la Ley, según el cual «la pendencia de un proceso ante un juez italiano por el mismo objeto y entre las mismas partes impide el reconocimiento de una sentencia extranjera cuando aquél proceso haya sido iniciado antes que el litigio extranjero» («*La pendenza di un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti impedisce il riconoscimento di una sentenza estera quando quel processo abbia avuto inizio prima della lite straniera*»).

por el ordenamiento afectado, o en su defecto de la orientación jurisprudencial mayoritaria en el Estado en cuestión.

Como ya hemos advertido, entendemos que en este segundo párrafo es manifiesta la influencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1984. En esta decisión, el Tribunal concluía que la cuestión del momento en el cual subsisten los presupuestos de la litispendencia definitiva, a los efectos del artículo 21 del Convenio de Bruselas, debía ser valorada y resuelta a la luz del derecho nacional de cada juez. Esta interpretación tiene el mérito de eliminar, en el ámbito de aplicación del Convenio, los conflictos negativos o positivos de jurisdicción que podrían tener lugar si los jueces investidos de los segundos procesos aplicasen sólo su *lex fori* para la determinación del momento inicial de los dos litigios; pero fracasa, en ciertos supuestos, a la hora de garantizar la prevalencia de la litispendencia del proceso que realmente comienza en primer lugar, por lo que entendemos que la solución ideal habría sido una interpretación autónoma del Convenio, que situase el momento inicial de la litispendencia en el primer acto de la parte actora (e.g. depósito de la demanda, notificación previa al demandado, etc.)[28].

En todo caso, ninguna de estas valoraciones tienen relevancia por lo que se refiere a la disciplina autónoma de la litispendencia internacional que se está examinando. Por un lado, los conflictos negativos o positivos de jurisdicción no pueden producirse en ningún caso, ni siquiera suponiendo que el juez italiano debiese valorar el momento inicial de la litispendencia del proceso extranjero a la luz de la ley italiana. Los conflictos negativos son imposibles porque la litispendencia produce únicamente la suspensión del proceso italiano, por lo que éste podría reanudarse si el juez extranjero se separase de la causa por estimar que el proceso italiano es anterior, y también los conflictos positivos son inviables, porque si el juez italiano decide continuar conociendo, la futura decisión extranjera no será reconocida en Italia [cfr. art. 64, n. 1, e), f)]. Por otro lado, la crítica expuesta contra la interpretación del Tribunal de Justicia y en favor de una interpretación convencional autónoma del momento inicial de la litispendencia no es válida, lógicamente, cuando se trata de una normativa nacional.

Matizado lo anterior, entendemos que la norma contenida en el párrafo 2.º del artículo 7 merece una valoración positiva. El único problema que podría derivarse del recurso a los derechos de los jueces afecta-

28. Para un análisis de la resolución y una exposición detallada de las ideas que acaban de exponerse, cfr. nuestra tesis doctoral, ya citada, pp. 186-200 (§§127-134).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dos es el riesgo de que el demandado intentase, antes del inicio de la litispendencia del proceso italiano, presentar una demanda en un Estado en el cual la litispendencia comience con el simple depósito de la demanda (e.g. España), con el objetivo de «adelantar» a la contraparte y llevarse el proceso a un foro distinto. Sin embargo, esto no es posible en el actual modelo italiano, puesto que la litispendencia comienza siempre con el primer acto procesal. En concreto, el *Codice di procedura civile* dispone que «*la prevenzione è determinata dalla notificazione della citazione*» (art. 39, último párrafo)[29], y esta notificación tiene lugar antes de la personación del actor, y por tanto antes del depósito en la oficina judicial del acto de citación (cfr. art. 165 c.p.c.). La litispendencia también comienza con el primer acto procesal en los juicios que se inician con *ricorso* (e.g. juicios laborales), y en concreto con el mero depósito de este «recurso»[30].

C) *Valoración de los posibles efectos del proceso extranjero*

El artículo 7 de la Ley italiana de reforma dispone que el juez italiano que conoce del segundo proceso solamente suspende el procedi-

29. De acuerdo, por todos, COLESANTI, *Litispendenza...*, cit., p. 978; MONTELEONE, G.: «**Litispendenza**», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XIX, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1990, p. 2; *idem*, ***Diritto processuale civile*** Vol. I, ***Teoria e disposizioni generali***, CEDAM, Padova, 1994, p. 93; PONTONIO, *Problemi...*, cit., p. 819 *in fine*; RICCI, *Litispendenza*, cit., p. 76; SORACE, *Litispendenza*, cit., pp. 853-857, y VERDE, G.: ***Profili del Processo Civile. Parte Generale***, 2.ª ed., Jovene, Milano, 1989, p. 82. En este sentido va también la sentencia de la *Corte di cassazione* de 24 de noviembre de 1987, n. 8690 (en LACOPPOLA, V.: ***La competenza civile nella giurisprudenza della cassazione***, 2.ª edición, Giuffrè, Milano, 1988, p. 192).

30. Véanse en este sentido, por ejemplo, CARPI, F.: «**Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968**», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, pp. 1037-1052, p. 1043; FRANCHI, G.: «**La competenza giurisdizionale tra convenzioni internazionali e diritto interno**», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, pp. 232-241, p. 235; FRUS, G.: «**Pendenza della lite, tutela cautelare e procedimento monitorio**», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, n.º 2, p. 557-589, p. 570-571; PROTO PISANI, A.: ***Lezioni di Diritto Processuale Civile***, Jovene, Napoli, 1994, p. 351; VERDE, *Profili...*, cit., p. 82, y RICCI, *Litispendenza*, cit., p. 76, así como la doctrina citada por este último. En contra, cfr. SORACE, *Litispendenza*, cit., pp. 856-859, que distingue entre los recursos que son una invocación directa al juez, que estarían pendientes desde el momento de su depósito, y aquéllos que tienen la misma función jurídica que la citación, cuya litispendencia comenzaría con la notificación al demandado. De acuerdo MONTELEONE, *Litispendenza*, cit., p. 2, y *Diritto...*, cit., pp. 93-94. Parece ser una excepción el procedimiento monitorio «*ingiuntivo*», para el que el artículo 643, p.º 3.º c.p.c. prevé que la litispendencia comienza con la notificación del decreto (de acuerdo, por todos, PROTO PISANI y RICCI, *op. cit., loc. cit.*; en contra FRUS, *op. cit.*, pp. 567-578).

miento «si considera que la decisión extranjera puede producir efectos en el ordenamiento italiano». Este tercer presupuesto de la suspensión es lógico, y en realidad se encuentra en relación con la propia razón de ser de la litispendencia internacional. En efecto, resulta evidente, y así lo ha puesto de manifiesto numerosa doctrina, que esta institución se encuentra estrechamente relacionada con la cuestión del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras[31]. Concretamente, entendemos que esta relación se manifiesta principalmente en el hecho de que no tiene sentido admitir la litispendencia de un proceso extranjero si no existe ninguna posibilidad de que la sentencia que previsiblemente será pronunciada en el mismo produzca efectos en el foro. En estos supuestos, no hay necesidad de proteger la eficacia del proceso foráneo pendiente por medio de la excepción que nos ocupa, ni tampoco existe el peligro de decisiones contradictorias contra el que combate la litispendencia. Desde esta perspectiva, la disciplina italiana es indudablemente coherente con la esencia de la institución en examen: la excepción de litispendencia internacional sólo puede prosperar si la (futura) resolución extranjera puede producir efectos en Italia.

Dicho esto, el problema que surge en este momento es el del modo en que el juez italiano debe llegar a la conclusión de que la decisión extranjera puede tener eficacia en el foro. En concreto, es necesario dilucidar si dicho juez debe verificar únicamente si la ley permite en términos generales el reconocimiento y la ejecución de las decisiones emitidas por jueces del Estado en el que tiene lugar el litigio anterior, o si por el contrario debe llevar a cabo un pronóstico de reconocimiento de la concreta sentencia que será pronunciada en el proceso pendiente en el extranjero. A nuestro juicio, el artículo 7 es inequívoco en este punto: cuando la norma se refiere a los efectos de «la decisión» foránea, y no a los efectos de las sentencias del Estado extranjero en general, se está creando un verdadero juicio previo de reconocimiento, similar al descrito

31. En realidad, la litispendencia no es otra cosa que una especie de anticipo del reconocimiento, o sea el reconocimiento de un proceso extranjero pendiente. En este sentido, cfr. por todos PÅLSSON, *The Institute of* Lis Pendens..., cit., p. 62; HOLLEAUX, *La litispendance...*, cit., p. 204, y *Compétence...*, cit., pp. 176 y 182 (§§171 y 179)]; KERAMEUS, K. D.: «**Rechtvergleichende Bemerkungen zur internationalen Rechtshängigkeit**», en *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag* (coordinadores P. GOTTWALD y H. PRÜTTING), C. H. Beck, München, 1990, pp. 257-268, p. 257, y PONSARD, A.: **Nota a la Sentencia de la *Cour de cassation, première chambre civile,* 26 noviembre 1974** (*Soc. Miniera di Fragne Chialamberto* c. *Compagnie européenne d'équipement industriel C.E.E.I.*), *Journal du Droit International*, pp. 110-119, p. 114.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

por la doctrina germánica clásica[32]. En consecuencia, el juez italiano deberá valorar si la sentencia que previsiblemente será dictada por el juez extranjero tiene visos de poder ser reconocida en el foro, esto es si dicha resolución satisfará los requisitos establecidos en el artículo 767 c.p.c. o, tras la entrada en vigor del Título IV de la nueva Ley, en el artículo 64 de la misma.

Sin embargo, este juicio previo suscita un problema importante, que no es otro que la imposibilidad de pronosticar algunos de esos requisitos del reconocimiento, lo cual impide concluir con una mínima precisión si la sentencia que será pronunciada en el extranjero podrá producir efectos en Italia. Esta objeción al juicio previo, que ha sido esgrimida por numerosos autores para descartar la admisión de la litispendencia internacional en defecto de una disciplina positiva de la misma[33], carece de validez cuando dicha regulación sí existe, máxime cuando la misma prevé expresamente un pronóstico de *exequatur* como ocurre en la Ley italiana. A nuestro juicio, el pronóstico sólo deberá ser negativo cuando en el proceso extranjero se haya verificado de modo definitivo una causa de rechazo del reconocimiento en Italia, ya que solamente en estas hipótesis

32. *Vid. supra*, nota n.º 20.

33. Entre los autores que han desarrollado este argumento, pueden mencionarse los siguientes: ANGULO RODRÍGUEZ, M.: ***Lecciones de Derecho Procesal Internacional***, el autor, Granada, 1974, p. 39; COLESANTI, *Litispendenza...*, cit., p. 984; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S.: ***Curso de Derecho Internacional Privado***, 2 ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 345; GATTI, A.: ***Sulla litispendenza e sul conflitto dei giudicati nei rapporti civili internazionali***, G. Flori, Pistoia, 1905, p. 12; GHIRARDINI, *La litispendenza...*, cit., pp. 325-327; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; RECONDO PORRUA, R.: ***Lecciones de Derecho procesal civil internacional***, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1979, p. 72-73; MORELLI, *Derecho...*, cit., pp. 191-192; RICCI, *Litispendenza*, cit., p. 84-85; SANTOS VIJANDE, *A propósito de la litispendencia internacional...*, cit., p. 674; SCHÜTZE, R. A.: **«Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens»**, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1963, Heft 33, pp. 1486-1487, p. 1487 (§II, 4); *idem*, **«Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens»**, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft 8, pp. 337-338, p. 337 (§3); *idem*, **«Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens»**, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1967, pp. 233-253, pp. 246-247; *idem*, ***Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht***, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, p. 177, y VIEIRA, *La litispendencia...*, cit., p. 419.

A nuestro juicio, la objeción es una de las que fundamentan la imposibilidad de admitir la litispendencia internacional en defecto de una previsión legal en contrario: ningún juez puede separarse de una causa para la cual tiene jurisdicción sin una autorización legal expresa, y mucho menos sobre la base de un pronóstico de reconocimiento que, amén de no estar previsto legalmente, carece de fiabilidad. Sobre el tema en detalle, cfr. el capítulo 2.º de nuestra tesis doctoral *La litispendenza internazionale*, cit., pp. 87 a 141 (§§66-102).

puede descartarse toda posibilidad de eficacia en el foro de la futura sentencia foránea.

Dicho de otro modo, el juez italiano sólo debe rechazar la excepción de litispendencia internacional cuando haya constatado con certeza que no podrá obtenerse el *exequatur* de la sentencia extranjera en el foro. Lógicamente, las causas de ese rechazo podrán ser únicamente aquéllas que pueden verificarse *lite pendente*, y en concreto las que conciernen a los requisitos del reconocimiento previstos en los números 1, 2, 3 y 7 del artículo 797 c.p.c., que se corresponden con los establecidos en los apartados a), b), c) y g) del artículo 64 de la Ley de reforma[34]. Por ejemplo, por lo que concierne a la cláusula de orden público [arts. 797, n.º 7 c.p.c. y 64, apdo. g) de la Ley de 1995], el juez deberá admitir la excepción de litispendencia internacional, no solamente cuando no exista incompatibilidad con el orden público italiano, sino incluso cuando, existiendo dicha incompatibilidad, ésta pueda ser enmendada en el curso del litigio extranjero[35]. Por el contrario, cuando los criterios de los cuales deriva la jurisdicción del tribunal extranjero impliquen una violación de los principios sobre la competencia jurisdiccional del ordenamiento italiano [arts. 797, n.º 1 c.p.c. y 64, apdo. a) de la Ley de reforma], el juez podrá rechazar la excepción sin ulteriores pesquisas, con independencia de la eventual tramitación de la declinatoria en el proceso foráneo. Por último, por lo que se refiere a los requisitos del reconocimiento que no pueden verificarse con anterioridad a la solicitud de reconocimiento [art. 797 c.p.c., n.º 4 y 5; art. 64 de la Ley, apdos. d) y e)], entendemos que el juez se verá obligado a aplicar una presunción favorable a la admisión de la litispendencia, ya que de lo contrario el artículo 7 no podría ser operativo.

Por último, sólo nos resta añadir que en materia de juicio previo de reconocimiento no es posible comparar la disciplina del artículo 7 de la Ley italiana con la regulación de la litispendencia europea contenida en los artículos 21 de los Convenios de Bruselas y Lugano, ya que seme-

34. Lógicamente, cuando exista un proceso italiano con idéntico objeto y entre las mismas partes que haya comenzado antes que el proceso extranjero [cfr. arts. 797, n.º 6 c.p.c. y 64, apdo. f) de la Ley de 1995], y por tanto también antes que el proceso nacional posterior, el juez italiano ante el que se sustancia este tercer litigio deberá separarse de la causa por mandato del artículo 39 c.p.c., que disciplina las hipótesis de litispendencia interna.

35. En este sentido, aunque en alusión al juicio previo consagrado por la jurisprudencia alemana, cfr. GEIMER, R.: **«Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit und Justizgewährungs-anspruch»**, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, Heft 10, pp. 527-530, p. 527, nota n.º 5, e *idem*, *Internationales Zivilprozeßrecht*, cit., p. 631 (§2717-2718).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

jante pronóstico por parte del segundo juez es imposible en el ámbito de dichos convenios[36].

D) *Irrelevancia de la falta de jurisdicción del juez foráneo*

Como ya hemos indicado anteriormente, la nueva regulación italiana de la litispendencia internacional ha eliminado uno de los requisitos dogmáticos de la misma, y en concreto el que consiste en la exigencia de la jurisdicción de los dos jueces afectados según sus leyes nacionales. En efecto, el juez italiano que conoce del segundo litigio tiene la obligación de suspender el procedimiento instaurado ante él, si concurren los presupuestos examinados en los apartados anteriores, incluso en los supuestos en que el juez extranjero no tiene jurisdicción según su *lex fori*, bien porque se la ha atribuido por error, o bien porque ésta no ha sido aún determinada (v.gr. se encuentra en tramitación la declinatoria internacional, o no ha llegado el momento en que el juez se pronuncia sobre la propia jurisdicción de oficio).

La prueba de esta no exigencia de la jurisdicción del magistrado extranjero que conoce del primer proceso la constituye la exclusión de

36. De acuerdo GEIMER, *Beachtung...*, cit., p. 528; *idem, Internationale Urteilsanerkennung*, cit., vol. I, parte 1, p. 291 (§44); *idem, Internationales Zivilprozeßrecht*, cit., p. 631 (§2717); GOTHOT, HOLLEAUX, *La Convention...*, cit., pp. 124-125 (§219), y *La Convention entre les Etats...*, cit., p. 771; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht...*, cit., p. 246 (Art. 21, §12); LINKE, H.: «**Selected Problems Relating to Lis Alibi Pendens and the Recognition of Judgments**», en COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: ***Civil jurisdiction and judgments in Europe*** (Proceedings of the Colloquium on the Interpretation of the Brussels Convention by the Court of Justice considered in the context of the European Judicial Area. Luxembourg, 11 and 12 March 1991), Butterworths, London-Dublin-Edinburgh-Brussels, 1992, pp. 171-184, p. 172; SCHACK, H.: ***Internationales Zivilverfahrensrecht: ein Studienbuch***, C.H. Beck, München, 1991, p. 282 (§761); SCHUMANN, *Internationale Rechtshängigkeit...*, cit., p. 312; SCHWANDER, *Ausländische Rechtshängigkeit...*, cit., p. 411, y TRUNK, A.: ***Die Erweiterung des EuGVÜ-Systems am Vorabend des Europäischen Binnenmarktes***, C.H. Beck, München, 1991, p. 53.

En contra, cfr. DI BLASE, A.: ***Connessione e litispendenza nella Convenzione di Bruxelles***, CEDAM, Padova, 1993, pp. 118-120; CARBONE, *Il regime della litispendenza...*, cit., pp. 15-16 y 20; KAYE, *Civil Jurisdiction...*, cit., pp. 1232-1233; MALATESTA, A. L.: «**Litispendenza e riconoscibilità di sentenze nella Convenzione di Bruxelles del 1968**», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994, n.º 3, pp. 511-538, pp. 518-526; SCHÜTZE, R. A.: «**Die Berücksichtigung der Konnexität nach dem EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen**», *Recht der Internationalen Wirtschaft. Außenwirtschafts dienst des Betrieb-Beraters*, 1975, Heft 10, pp. 543-545, pp. 79-80, y RODRÍGUEZ MATEOS, *La litispendencia...*, cit., p. 3.

todo control de la misma por parte del juez italiano. Como ya hemos visto, el artículo 7 dispone únicamente que, una vez suspendido el proceso italiano, la causa sólo puede ser reanudada si el juez extranjero declina su jurisdicción o si la decisión extranjera no es reconocida en el ordenamiento italiano. Estos dos supuestos de alzamiento de la suspensión ponen de manifiesto, por un lado, que el control de la jurisdicción del juez foráneo es imposible durante la pendencia del proceso extranjero (la causa italiana sólo puede continuar si es el propio juez foráneo el que declara su falta de jurisdicción), y, por otro lado, que dicho control, que aparece reenviado al momento del reconocimiento, no afecta realmente a la jurisdicción del primer juez según su *lex fori*, sino más bien a la denominada «competencia indirecta» de dicho juez, desde el momento que el magistrado italiano que conoce del *exequatur* verifica únicamente la adecuación de la jurisdicción extranjera a los «principios sobre la competencia jurisdiccional propios del ordenamiento italiano» [art. 64, nº. 1, a), de la Ley de reforma].

En nuestra opinión, la eliminación del presupuesto dogmático que acaba de describirse constituye un nuevo botón de muestra de la influencia que ha tenido en el legislador italiano la regulación de la litispendencia europea contenida en el Convenio de Bruselas y las decisiones del Tribunal de Justicia que lo interpretan. En efecto, la competencia judicial internacional de los dos jueces implicados en una situación de (doble) litispendencia internacional no es necesaria para la aplicación del artículo 21 del Convenio. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 27 de junio de 1991[37], en la que ha declarado que el juez invocado en segundo lugar no puede controlar la competencia del primero, a menos que aquél ostente una competencia exclusiva de las recogidas en el artículo 16.

Sin embargo, es preciso detenerse en las consecuencias que conlleva esta similitud entre la disciplina autónoma italiana y la regulación de los Convenios. En primer lugar, es indudable que, análogamente a lo que ocurre en las hipótesis de litispendencia interna, el juez italiano se ve

37. Sent. T.J.C.E. de 27 de junio de 1991 (Asunto C-351/89: «*Overseas Union Insurance Limited y otros* contra *New Hampshire Insurance Company*»), en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Parte I: Tribunal de Justicia*, 1991-6, pp. I-3317 a I-3352. Para un análisis pormenorizado de la resolución, cfr. por todos ARENAS GARCÍA, *La litispendencia internacional...*, cit.; GAUDEMET-TALLON, en *Revue critique de droit international privé*, 1991, n.º 4, pp. 769-777; HUET, A., en *Journal du droit international*, 1992, n. 2, pp. 493-499, y nuestra tesis doctoral, cit., pp. 215 a 246 (§§144-163).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

constreñido a confiar en el control de la propia jurisdicción —y según la propia *lex fori*— que lleva a cabo el juez extranjero invocado en primer lugar, así como a suspender el procedimiento incluso aunque la parte pruebe que ha existido un error en aquel control. En segundo término, parece también evidente que esta opción implica un riesgo, ya que si el juez foráneo no tiene realmente jurisdicción según su ley nacional, el proceso pendiente ante el mismo estará viciado de nulidad, la cual podrá ser declarada (en un gran número de sistemas procesales) en cualquier momento e instancia (v.gr. apelación, casación, etc.). Este riesgo puede estar justificado en el sistema del Convenio de Bruselas, teniendo en cuenta el nivel de confianza recíproca existente entre los jueces de los Estados parte, así como de la excepcionalidad del control de la competencia del juez de origen en el plano del reconocimiento y ejecución de decisiones[38]; pero, ¿subsiste esta justificación en el caso de una disciplina autónoma como la italiana?

A nuestro juicio, la respuesta a este interrogante debe ser negativa, porque entendemos que la solución normativa idónea en las regulaciones autónomas de la litispendencia internacional incluye la exigencia de la jurisdicción del juez extranjero invocado en primer lugar según la *lex fori* del mismo. La justificación de esta afirmación es sencilla: la validez general del artículo 7 de la Ley italiana implica que este juez foráneo puede pertenecer a la organización judicial de cualquier Estado del mundo, respecto al cual la confianza del juez italiano puede ser prácticamente inexistente. Si parte de la doctrina italiana considera necesario el control de la competencia del juez del primer proceso incluso en las hipótesis de litispendencia interna, en las cuales los magistrados aplican el mismo ordenamiento jurídico[39], ¿cómo podría justificarse la exclusión de ese control cuando el juez invocado en primer lugar se encuentra en Pakistán, en Uruguay o en Argelia?

Es preciso matizar en todo caso que el daño que pueden sufrir las partes en la eventualidad de que el juez extranjero haya errado en su afirmación de tener jurisdicción no es demasiado grave. En este sentido,

38. Cfr. los artículos 28, párrafo 1.º, y 34, párrafo 2.º de los Convenios de Bruselas y Lugano (cfr. también el art. 28, p.º 2.º de este último).

39. En este sentido, *vid.* FRANCHI, G.: ***La litispendenza***, CEDAM, Padova, 1963, pp. 205 y ss., e *idem*, **«Sull'autorità delle sentenze della Corte di cassazione in tema di litispendenza interna e internazionale»**, *Giurisprudenza italiana*, 1972, Parte I, Sez. I, col. 1081-1084, col. 1081-1082. Para un resumen del debate de la doctrina italiana sobre el particular, cfr. ARIETA, G.: ***La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità***, CEDAM, Padova, 1990, pp. 68-71.

debe tenerse en cuenta que, aunque el litigio extranjero finalizase con una resolución (v.gr. en vía de recurso) que declarase la falta de jurisdicción del magistrado foráneo, el proceso italiano, que no habría sido archivado sino únicamente suspendido, podría reanudarse, y por lo tanto el único daño sería el retraso en la sustanciación de la causa. Por otro lado, entendemos que el control de la jurisdicción del juez extranjero se puede llevar igualmente a cabo, a pesar del tenor del artículo 7, en el juicio previo de reconocimiento previsto por el propio precepto, y en concreto a través de la cláusula de orden público [cfr. artículo 64, p.º 1º, apdo. g)], al menos cuando la falta de jurisdicción no pueda ya ser corregida en el procedimiento extranjero[40]. A nuestro juicio, posibilita esta solución el hecho de que en la Ley de reforma no se limite el ámbito de dicha cláusula, a diferencia de lo que ocurre en los Convenios, en los cuales se impide la utilización del orden público para controlar eventuales errores en la aplicación de las reglas de competencia[41]. En cualquier caso, será necesario esperar a la interpretación de la Corte de casación sobre este extremo, ya que la solución que proponemos no deriva con claridad del texto legal.

6. PROCEDIMIENTO

A) *Proposición de la excepción: legitimación y plazo*

Como ya se ha expuesto, el artículo 7 de la Ley de reforma dispone que la litispendencia extranjera debe excepcionarse en el trascurso del juicio, excluyendo de este modo la posibilidad de una declaración de oficio de la misma. Por lo tanto, esta norma configura una excepción en sentido estricto, lo cual implica, a nuestro entender, dos consecuencias esenciales: por un lado, sólo pueden excepcionar la litispendencia internacional los demandados principal y reconvencional; por otro, se deben aplicar los plazos procesales previstos por la ley para la proposición de las excepciones no proponibles de oficio. Veamos ambas consecuencias más detenidamente.

Por lo que atañe a la legitimación para plantear la excepción de litispendencia internacional, la ostenta únicamente el demandado frente al

40. En este sentido, cfr. nuestra postura sobre el modo de efectuar el pronóstico de *exequatur* en el epígrafe precedente.

41. Cfr. los artículos 28, párrafo 3.º del Convenio de Bruselas, y 28, párrafo 4.º del Convenio de Lugano.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cual se han formulado las dos demandas idénticas, primero en el extranjero y luego en Italia. Como ya hemos indicado, si el demandado en el proceso italiano es el actor en el proceso foráneo, no existe litispendencia por ausencia de identidad subjetiva. Sin embargo, el actor del proceso italiano podrá excepcionar litispendencia en dicho proceso cuando el demandado haya interpuesto una demanda reconvencional idéntica a otra depositada anteriormente por él mismo ante un juez extranjero. Dicho de otro modo, el demandado puede excepcionar la litispendencia extranjera con independencia del carácter principal o reconvencional de la demanda interpuesta contra él, y por tanto, en este segundo supuesto, a pesar de su posición de actor en la causa principal.

Por lo que concierne al plazo para plantear la excepción, es preciso distinguir las dos hipótesis que acaban de mencionarse: cuando dicha excepción haya sido formulada por el demandado principal, será aplicable el artículo 167, párrafo 2.º del *Codice*, que le obliga a hacerlo de forma preclusiva en la contestación a la demanda (*comparsa di risposta*). Cuando en cambio sea el actor, demandado en vía reconvencional, el que denuncie la litispendencia internacional, deberá hacerlo en la primera comparecencia (*udienza di trattazione*), también bajo pena de preclusión. Lógicamente, la excepción no puede formularse con posterioridad a dichos términos, sin perjuicio de las posibilidades previstas por la ley para hipótesis excepcionales, como ocurre, por ejemplo, en las hipótesis de rebeldía (cfr. arts. 184-*bis* y 294 c.p.c.), o de renovación de la notificación de la citación nula (cfr. art. 291, párrafo 1º c.p.c.).

B) *Actividad del juez italiano. La suspensión del proceso*

a) El juez italiano ante el cual se excepciona la litispendencia de un proceso extranjero puede adoptar dos decisiones: en primer lugar, puede llegar a la conclusión de que no concurren los presupuestos establecidos en el artículo 7 de la Ley, ya porque el proceso foráneo no es anterior, ya porque no existe identidad entre las demandas, o bien porque la futura decisión extranjera no puede producir efectos en el ordenamiento italiano. En este caso, el juez continúa sustanciando el proceso y pronuncia (él mismo o el colegio, según el caso) una sentencia en la cual deberá motivar el rechazo de la excepción. Por su parte, esta sentencia podrá ser impugnada en apelación y en casación, en este segundo caso por vía del motivo establecido en el número 1 del artículo 360 c.p.c.

Por otro lado, es preciso analizar una cuestión particular que surge cuando el juez italiano rechaza la excepción de litispendencia internacional porque entiende que la futura resolución extranjera no podrá producir efectos en el ordenamiento italiano. En concreto, se trata de determinar cuál es o debería ser la repercusión de ese rechazo de la litispendencia extranjera en el momento del *exequatur*. En este sentido, el procesalista suizo Walther J. HABSCHIED entiende que el juicio previo de reconocimiento negativo debería vincular al juez que conoce de la solicitud de reconocimiento, para lo cual sería necesario un pronunciamiento expreso en el fallo de la sentencia, excepto en aquellos ordenamientos en los cuales la fuerza de cosa juzgada alcanza también a la motivación, como ocurre en Francia. Según dicho jurista, esta solución favorecería el principio de seguridad jurídica y evitaría el riesgo de decisiones contradictorias [42].

A nuestro juicio, la propuesta de HABSCHIED debe ser suscrita: es cierto que el juicio previo de reconocimiento que se efectúa a efectos de valorar la excepción de litispendencia internacional es necesariamente incompleto, puesto que tiene lugar durante la pendencia del litigio foráneo y, por consiguiente, está necesariamente limitado a los motivos de rechazo del *exequatur* que pueden verificarse en dicho momento. Ahora bien, entendemos que estas limitaciones impiden que el juez del reconocimiento pueda verse constreñido por un juicio previo *favorable* al reconocimiento, pero no la hipótesis contraria. Si en el trascurso de un juicio ordinario se prueba que el procedimiento extranjero está afectado de modo irreparable por un motivo de rechazo del *exequatur* (e.g. la jurisdicción del juez foráneo es incompatible con las reglas nacionales sobre extensión de la jurisdicción italiana), nada impide que la decisión del juez en tal sentido pueda ser vinculante para el juez del reconocimiento. Sin embargo, para que esto ocurra en el ordenamiento italiano es desde luego necesario que el pronunciamiento contrario al reconocimiento de la futura resolución haya sido incluido en el fallo de la sentencia, ya que de lo contrario no adquirirá fuerza de cosa juzgada ni producirá dicho efecto vinculante [43].

42. HABSCHIED, *Non-licet bei ausländischer Rechtshängigkeit...*, cit., pp. 445-446: *«Wenn man dem inländischen Richter die Pflicht auferlegt, zu prüfen, ob das zu erwartende ausländische Urteil anerkannt werden soll, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Entscheidung die Parteien nicht binden sollte (...) Die Rechtskraft des Befunds über die Anerkennungsfrage im ersten inländischen Prozeß würde doch weitgehend zur Rechtssicherheit beitragen und Urteilskollisionen verhindern. Daher sollte der inländische Richter, der über die ausländische Rechtshängigkeit zu befinden hat, verpflichtet werden, im* Urteils*tenor auszusprechen, daß zu erwartende ausländische Urteil anzuerkennen oder nicht anzuerkennen ist».*

43. En este sentido, cfr. por todos MANDRIOLI, C.: ***Corso di diritto processuale civile***, 9.ª edizione, G. Giappichelli, Torino, 1993, vol. I, pp. 155-156 (§29).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Por otro lado, y ya en la doctrina italiana, es destacable la autorizada opinión favorable de Giuseppe FRANCHI a la solución expuesta, a pesar de que éste se refiera solamente a las sentencias de la Corte de casación sobre la litispendencia internacional, y únicamente en alusión a uno de los posibles presupuestos de la *delibazione*: la competencia indirecta del juez extranjero derivada de un tratado bilateral ratificado por Italia[44]. Según este autor, que critica la tesis contraria defendida en la sentencia que comenta[45], la valoración efectuada por el alto tribunal de la jurisdicción del magistrado extranjero vincula a los futuros jueces a pesar del tenor del artículo 310 c.p.c.[46], por lo que debería ser irrevocable en el futuro proceso de reconocimiento de la sentencia extranjera y obligar al juez que conoce del mismo. En defensa de esta afirmación, FRANCHI aduce el argumento de que la declaración sobre la jurisdicción es una cuestión final y no prejudicial, ya que la misma configura un elemento constitutivo de la litispendencia, y asimismo el hecho de que existe una correlación entre la jurisdicción extranjera a los efectos de la litispendencia y esa misma jurisdicción a los efectos del *exequatur*[47]. Además, el mencionado autor entiende que este vínculo existe, no solamente cuando la Corte de casación niega la existencia de litispendencia internacional por falta de competencia judicial internacional del juez foráneo, sino incluso cuando la admite: en este caso, el pronunciamiento de la Corte impediría un futuro rechazo del reconocimiento de la sentencia extranjera con base en un supuesto defecto de dicha competencia[48].

A nuestro entender, esta última aportación de FRANCHI es correcta,

44. No obstante, el propio autor especifica que todo lo que expone «vale anche per altri elementi di litispendenza e condizioni della delibazione» (FRANCHI, G.: «**Sul controllo in cassazione della competenza internazionale del giudice straniero**», *Rivista di diritto civile*, 1974, Parte I, pp. 51-56, p. 55).

45. Se trata de la Sentencia de la *Cassazione civile, Sezioni unite*, de 26 de octubre de 1971, n.º 3019, en *Giurisprudenza italiana*, 1972, Parte I, Sezione I, cols. 1081 y ss.

46. FRANCHI, *Sull'autorità...*, cit., col. 1083.

47. Con mayor detalle, cfr. *ibidem*, cols. 1083-1084, y FRANCHI, *Sul controllo...*, cit., pp. 54-55.

48. FRANCHI, *Sul controllo...*, cit., p. 53: «*A mio avviso, la negazione della litispendenza internazionale compiuta dalla Corte di cassazione perché manca la competenza del giudice straniero risultante da una convenzione internazionale impedisce la delibazione della sentenza che chiude il processo straniero già preso in considerazione, se tale delibazione è chiesta in base alla stessa convenzione e in essa i criteri di competenza ai fini della declinatoria per litispendenza e della delibazione sono identici (...). D'altro canto una sentenza che impedisce il processo nazionale per la pendenza della stessa causa all'estero esclude a mio avviso un futuro rifiuto di delibazione della sentenza straniera per difetto di competenza internazionale*».

y de hecho permite ampliar la propuesta general anteriormente expuesta. En concreto, opinamos que el juez del *exequatur* debería verse vinculado, no solamente por el pronóstico de reconocimiento negativo subyacente al rechazo de la excepción de litispendencia internacional efectuado por el juez italiano que conoce del segundo proceso, sino incluso por un eventual pronóstico positivo, si bien, en este segundo caso, sólo por lo que se refiere a la *declaración de la inexistencia de aquellas causas de rechazo del reconocimiento que hayan podido verificarse con certeza durante la pendencia del litigio foráneo* (e.g. competencia jurisdiccional indirecta, existencia de reciprocidad en el reconocimiento y ejecución de decisiones...). En estos casos, existe la misma justificación para la solución propuesta que en aquellos supuestos en que la excepción es rechazada, así como el mismo requisito: que el pronóstico favorable al reconocimiento haya sido incluído por el juez de la litispendencia en el fallo de la sentencia.

b) En segundo lugar, el juez italiano puede decidir la suspensión del proceso instaurado ante él. Al igual que en las hipótesis de aplicación del artículo 21, párrafo 1.º, de los Convenios de Bruselas y Lugano, esta resolución compete al órgano decisor (el juez único o el colegio, según el caso), que la revestirá de la forma de ordenanza (*ordinanza*) revocable (cfr. art. 177 c.p.c.). Se trata de un supuesto de suspensión necesaria, en el sentido que indica el artículo 295 c.p.c., porque parece clara la existencia de una cierta relación de prejudicialidad, desde el momento que existe un juez distinto (el juez extranjero), que debe resolver una controversia (la del control de la propia jurisdicción), de cuya definición depende el posible alzamiento de la suspensión. Lógicamente, en la ordenanza de suspensión no puede indicarse la audiencia en la que la causa deberá continuar; pero del propio artículo 7 de la Ley de reforma, en combinación con el artículo 297 c.p.c., se extrae que las partes deberán solicitar el alzamiento en el plazo preclusivo de seis meses desde el momento en que se les notifique, bien la firmeza de la declaración de incompetencia del juez foráneo, o bien la firmeza de la resolución por la que se rechaza el reconocimiento de la sentencia extranjera.

En otro orden de cosas, ya hemos indicado que el artículo 7 prevé dos motivos de alzamiento de la suspensión a instancia de parte: la declaración del juez extranjero de carecer de jurisdicción, y la denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera. Sin embargo, cabría preguntarse qué sucede si, habiendo terminado el proceso foráneo con una sentencia que resuelve el fondo, el vencedor no solicita el *exequatur* de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la misma. En esta eventualidad, ¿puede permanecer el juicio italiano en suspenso *sine die*? A nuestro entender, dos razones dificultan la solución del problema planteado: por un lado, la regulación italiana de la litispendencia internacional que nos ocupa no establece un plazo máximo de suspensión; por otro, este plazo no aparece tampoco en la disciplina interna de la suspensión necesaria (cfr. art. 295 c.p.c.), a diferencia de lo que ocurre en materia de suspensión voluntaria (cfr. art. 296 c.p.c.).

Una posible vía de solución al problema podría ser, a nuestro juicio, la aplicación analógica del artículo 2953 del Código civil italiano a la *actio iudicati* que deriva de la sentencia extranjera, en el sentido de hacerla prescribir en el plazo de diez años, trascurridos los cuales sería posible solicitar el alzamiento de la suspensión del proceso italiano. No obstante, debemos reconocer que esta solución no parece satisfactoria para la parte interesada en dicha solicitud, que se vería obligada a esperar un período excesivo para poder lograr la tutela jurisdiccional de su pretensión en Italia. En cualquier caso, estimamos que el problema apuntado no se producirá fácilmente, porque sea cual sea la parte vencedora en el litigio extranjero, lo normal será que tenga interés en lograr el reconocimiento en Italia de la sentencia foránea: cuando dicho vencedor sea el actor de aquel proceso, ese interés existirá a los efectos de lograr la ejecución de la sentencia sobre los bienes del condenado que se encuentre en el foro; cuando en cambio haya vencido el demandado, éste tendrá interés en utilizar la excepción de cosa juzgada para bloquear, no ya la causa que se encuentra en suspenso, sino sobre todo las eventuales demandas posteriores, no necesariamente idénticas, que el actor vencido podría intentar en Italia sobre la base de la misma acción.

TÉRMINOS PERENTORIOS

I JORNADES SOBRE «REFORMA DEL PROCÉS PENAL» Tarragona, 7, 8 y 15 de mayo de 1997

FRANCISCO ORTEGO PÉREZ
Profesor Titular Interino de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

Organizadas por el Área de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universitat ROVIRA I VIRGILI, se celebraron en la ciudad de Tarragona las *I Jornades sobre «Reforma del Procés Penal»*, que tuvieron lugar los días 7, 8 y 15 de mayo de 1997.

Fueros dos los foros elegidos para la ocasión, desarrollándose las ponencias y debates correspondientes a los días 7 y 8 en la sede de la Facultat de Ciencias Jurídicas de la joven Universitat R.V., mientras que la sesión del 15 de mayo tuvo lugar en el marco del Il.ltre Col.legi d'Advocats de Tarragona.

En estas Jornadas han participado descatados miembros de la Magistratura, la Fiscalía y la Abogacía, sin olvidar nunca el papel científico representado por la Cátedra, en cuyos representantes se aunaba tanto la vertiente científica como la vertiente práctica del ejercicio profesional. No es de extrañar por tanto, que la calidad de las ponencias fuese elevada, lo que junto a la oportunidad y el buen criterio en la selección de los temas abordados, permitiera efectuar una reflexión conjunta sobre el

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

estado actual de nuestro proceso penal, circunstancias que contribuyeron al éxito de las mencionadas Jornadas.

En síntesis el programa seguido en las Sesiones se desarrolló de la siguiente forma:

PRIMERA SESIÓN (7 de mayo de 1997)

* *Ponencia*: **«El principio acusatorio y la investigación del Ministerio Fiscal»**, por el Prof. Dr. Ernesto PEDRAZ PENALVA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

Cuando se habla de la investigación por parte del Ministerio Fiscal hay que preguntarse qué Fiscal queremos, ¿el estructurado ahora? El Ministerio Fiscal es un órgano imparcial pero no independiente sino que actúa sometido al principio de dependencia jerárquica.

Pero a la vez que se habla de un reforzamiento del sistema acusatorio se piensa en los distintos principios que rijen el ejercicio de la acción penal. Existe una alternativa entre una justicia negociada, a la sombra de la Ley, o una justicia en la que impere la publicidad, como sería el caso del jurado. El Ministerio Fiscal que investiga también ejercita la acción penal.

El principio de oportunidad busca la llamada justicia material y por esta búsqueda se entiende la adecuación al caso concreto de la norma penal. Esto significaría que el principio de legalidad tendría que ceder al denominado principio de oportunidad, pues el punto de mira se centra en el ámbito punitivo de las infracciones.

La elección entre el principio de legalidad y el de oportunidad es una dicotomía que ya se planteó GOLDSCHMIDT; pero se trata de una dicotomía no conciliable y que no se ha resuelto con nitidez. Las justificaciones que se han dado a esta cuestión pasan desde un enfoque de política legislativa a la verificación de la justicia material en contraste con el formalismo legal.

En la actualidad amplios sectores afirman que la legalidad tienen que ceder a la oportunidad para así poder alcanzar la justicia material. Se acusa a la Ley se ser formalizada pues se aleja de la sociedad, debiendo ser actuada, llevada a las exigencias de cada caso concreto. Pero existen otros planteamientos favorables a la instauración del principio de oportunidad como rector del ejercicio de la acción penal. Un ejemplo válido lo constituyen los asuntos de criminalidad de bagatela, en los que los costes que implica su sanción son normalmente superiores a lo que pueden implicar económicamente, así como acarrear con esta pequeña

delincuencia una saturación de los Tribunales. Resulta más costoso el proceso que el jersey robado, de ahí que haya que adaptar la ley al delincuente y al tipo de infracción cometida.

El art. 105 LECrim. es un precepto que obliga al M.F. a ejercitar la acción penal en todos los casos en que los hechos revistan características de delito, exceptuando los supuestos reservados a la querella privada. Pero para el Prof. PEDRAZ PENALVA el art. 105 de nuestra Ley Procesal Penal concede un cierto margen al Fiscal que le faculta para escapar de la rígida vigencia del principio de legalidad.

Los defensores del principio de legalidad empiezan a entender esta situación de manera mucho más flexible y hoy puede decirse que existe la posibilidad de coexistencia entre ambos principios; se habla incluso de la oportunidad reglada, que no es más que aquella oportunidad legalmente prevista, con lo cual se supera aquella posición inicial irreconciliable. Pero esto no significa que deba acogerse el principio de oportunidad a cualquier precio, sino que deberían imponérsele una serie de límites entre los que se encuentra el rechazo de la arbitrariedad en el M.F. a la hora de acusar o no acusar.

Sin embargo, contra la oportunidad se achaca que se halla a espaldas de la ley así como el arguemto de la seguridad jurídica que supone el principio de legalidad.

A modo de conclusión el Prof. PEDRAZ advirtió que las críticas a la oportunidad se intentan evitar mediante la investigación desjudicializada y esto se consigue mediante su atribución al M.F. Pero si se quiere que el Fiscal asuma la investigación no debe olvidarse la situación actual en que se encuentra el Ministerio Público. Es una propuesta que exige un aumento en la plantilla de la Fiscalía así como un cambio de modelo pues hoy día es un órgano imparcial, pero jerarquizado y dependiente.

SEGUNDA SESIÓN (8 de mayo de 1997)

* *Ponencia*: **«El juicio oral y la práctica de la prueba: nuevos criterios»**, a cargo del Prof. Dr. Joan VERGÉ GRAU, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela.

El Profesor VERGÉ GRAU efectuó una profunda reflexión sobre algunos problemas que rodean no sólo al juicio oral sino al propio proceso penal y a los movimientos reformistas que se propugnan como solución. Comenzó recordando la Disposición Final cuarta de la L.O 5/1995, del Tribunal del Jurado, que establece el plazo de un año para elaborar un proyecto de modificación de la LECrim.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Asimismo, se intenta simplificar la instrucción y el E.O.M.F. con el claro ánimo de encomendar la investigación al Ministerio Público. Pero en su opinión este debate abierto actualmente en el proceso penal no incide en la acusatoriedad del sistema porque el juicio penal puede ser plenamente acusatorio tanto si la investigación corre a cargo del Juez como si es el Fiscal quien la realiza. Lo fundamental del proceso inquisitivo es la actitud que adopta el Juez respecto al imputado, mientras que la carácterística esencial del sistema acusatorio es la imparcialidad del Juez.

Destacó el hecho de que el proceso penal esté atemperado por una fase de extrema importancia como es el juicio de acusación; la fase intermedia representa una garantía esencial para el imputado por la finalidad que realiza en el proceso. Además este período intermedio debería utilizarse para proponer las pruebas tanto de la acusación como de la defensa, pero sobre todo, para ejercer un control sobre la fiabilidad de las mismas al estilo de la institución anglosajona del *discovery*.

Exigió también la publicidad del juicio oral como algo totalmente necesario puesto que es una exigencia que se deriva tanto del art. 6 del C.E.D.H., como de los arts. 120.2 C.E. y 232 de la L.O.P.J. El problema radica en que cuando nuestras leyes hablan de la publicidad de las *actuaciones judiciales* se entienda que no sólo se refieren al juicio, incluyéndose ahí las actuaciones del Juez de Instrucción que son eminentemente escritas.

Otro interesante problema abordado en esta ponencia fue el de la práctica de la prueba en el juicio oral sobre el que se apuntaron diversas opiniones:

a) Se mostró favorable a la prohibición del testimonio de referencia cuando sea posible obtener el testimonio directo (STC 303/1993).

b) La aportación probatoria debe correr a cargo de las partes; sin embargo, el art. 729.2 LECrim. permite que el Tribunal pueda aportar las diligencias probatorias que no hubieran sido propuestas por ninguna de las partes si lo considera necesario para la comprobación de los hechos. En Francia existe la instrucción suplementaria que realiza el Juez de Instrucción y que tiene valor probatorio, lo mismo que en Alemania y que ha merecido las críticas de BAUMANN y ROXIN al considerarlo una reminiscencia inquisitiva.

Hoy día, tras la Jurisprudencia de las SSTS de 1 de diciembre de 1993 y de 23 de septiembre de 1995, debemos entender que el Tribunal no puede aportar pruebas al juicio. Este era el espíritu de la LECrim.

cuando ALONSO MARTÍNEZ decía en su Exposición de Motivos que los jueces debían ser «pasivos, retraídos, neutrales».

c) El interrogatorio cruzado es para algunos autores la mayor aportación del derecho anglosajón en materia probatoria. El sistema de *cross examination* permite someter al testigo de cargo a un test de credibilidad, ya que parte de la base de que la parte que lo aporta ya conoce lo que aquel testigo va a declarar. No se le puede permitir que haga una narración histórica de los hechos sino que las preguntas deben ser cortas y huyendo de la sugestividad.

El Prof. VERGÉ GRAU finalizó su ponencia mostrándose favorable a impedir la retirada de la acusación puesto que el sistema acusatorio no implica la disponibilidad de la acción penal. Y en último término formuló tres apuntes a modo de conclusiones:

1.ª) el nuevo juicio oral debe potenciar la imparcialidad del Juez.

2.ª) El nuevo juicio oral debe seguir inspirándose en el principio de legalidad.

3.ª) En una futura reforma debería potenciarse una mejor técnica probatoria.

* A continuación el Ilmo. Sr. Joaquín DELGADO MARTÍN, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Tarragona, ahondó en algunas cuestiones referentes al **Juicio de faltas**, cuyo tratamiento no pasó desapercibido en estas I Jornadas.

Para el ponente el juicio de faltas, de tan frecuente uso práctico por estar pensado para las infracciones penales más leves se está utilizando para otras cuestiones. Pero sobre todo, centró su intervención en dos principios referentes a la materia probatoria:

1.º) El **principio de celeridad** que preside este juicio. El legislador quiere que se celebre de la manera más rápida posible y con el menor número de suspensiones. Las partes son quienes tienen la obligación de aportar las pruebas al juicio.

2.º) El **principio de autodefensa** que puede darse dada la no preceptividad del Letrado en el juicio de faltas. Si se opta por la autodefensa también debe considerarse un derecho fundamental pues esta posibilidad no puede suponer menoscabo del derecho de defensa para así garantizar la igualdad de las partes en el proceso. Por este motivo el Juez posee la potestad de declarar preceptiva la asistencia letrada en el juicio de faltas.

* *Ponencia*: «**Las impugnaciones en el nuevo proceso penal**», a

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cargo del Prof. Dr. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona.

En opinión del Prof. SERRA DOMÍNGUEZ actualmente tenemos un proceso penal más deficiente que hace cuarenta años a pesar de que carecíamos de Constitución. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en líneas generales, ha sido una buena Ley, pero metafóricamente dijo que *hoy se nos cae a trozos*, aunque no por vieja sino por mal arreglada; es evidente que la política reformista seguida no ha sido la adecuada y ello ha contribuido a un empobrecimiento del proceso penal.

En una breve panorámica sobre el estado actual del proceso penal se mostró favorable por la conservación del auto de procesamiento en cuanto resolución de imputación formal. Y a su vez, también se mostró a favor de que la investigación sea asumida por el M.F.

Ya en relación al sistema de recursos establecido en nuestra legislación procesal penal abogó por el establecimiento del principio de doble instancia en todo tipo de procesos. La doble instancia es una exigencia derivada del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) puesto que toda resolución judicial desfavorable ha de ser susceptible de ser revisada en otra instancia superior tal como se deduce del P.I.D.C.P. y del C.E.D.H..

Caso de establecerse el recurso de apelación para todos los procesos penales podría atribuirse su competencia a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los T.S.J. de las CC.AA. para un mejor aprovechamiento de estos órganos jurisdiccionales y no incrementar los costes de la Administración de Justicia. Por otra parte, el recurso de casación penal volvería a su finalidad originaria cual era preservar la uniformidad de la Ley.

Es perfectamente factible establecer un recurso de apelación y luego la casación. El recurso de apelación debería ser fundamentalmente oral, articulado mediante una vista; a su vez, admisible en dos efectos, pues no podría ejecutarse hasta que la sentencia adquiriese firmeza. Pero esto sólo cuando se tratase de sentencias, pues contra las resoluciones interlocutorias bastaría con admitir la apelación en un sólo efecto.

También el recurso de casación en materia penal debería ser modificado, quedando limitado al conocimiento de motivos jurídicos. Además, debería permitirse la adhesión en este recurso aunque la Jurisprudencia de la Sala Segunda del T.S. sea contraria a esta postura.

Otras reformas necesarias serían la supresión del depósito que no es más que un obstáculo impuesto para la utilización de un remedio legal y la supresión de la fase de admisión porque además contra la misma no cabe ningún tipo de recurso.

En cuanto a la formación de la Sala el art. 898 LECrim. también es imperfecto pues un mayor número de Magistrados ofrece mayores garantías. Es erróneo reducir su número por lo que sería plausible que la Sala estuviera compuesta por cinco Magistrados en lugar de los tres actuales.

Para concluir el Prof. SERRA DOMÍNGUEZ elaboró algunas propuestas de *lege ferenda* sobre el sistema de los medios de impugnación en el proceso penal:

1.º) El recurso de queja debería quedar limitado para la impugnación de aquellos autos que no admiten a trámite el recurso de apelación o el de casación, pero más simplificado que el actual. Y mostró su rechazo al recurso de queja previsto para determinados autos del Juez de Instrucción por considerar que lo que quiso establecerse con ello fue un equivalente de la apelación.

2.º) Habría que suprimir el recurso de anulación del art. 797 LECrim., pues no debería ser posible la condena en rebeldía en el proceso penal. Si el imputado se encuentra ausente hay que archivar las actuaciones y proseguir el proceso cuando éste sea hallado.

3.º) El proceso de revisión está bien tras la reforma de la Ley 10/1992, pero sigue pareciendo un tramite administrativo necesitado de una simplificación del procedimiento.

TERCERA SESIÓN (15 de mayo de 1997)

* *Ponencia*: **«Presente y futuro del proceso penal: experiencias de Derecho Comparado»**, por el Prof. Dr. José Luis VÁZQUEZ SOTELO, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona.

En la actualidad hablar del futuro y del presente del proceso penal exige una visión intercontinental dado que los problemas que lo rodean se comunican entre los distintos países.

Al redactarse la LECrim. española, un gran jurista, ALONSO MARTÍNEZ, explicó de modo ejemplar en su Exposición de Motivos los problemas existentes en el siglo pasado. Pero hoy existe bastante desorientación sobre el proceso penal, por ello debe hacerse una breve síntesis histórica para plantearnos dónde estamos y hacia adonde vamos.

La finalidad de la justicia penal es doble: evitar la impunidad del culpable y que el inocente no sea condenado (*impunitum non relinqui facinus* e *innocentem non condennari*). Para alcanzar este fin surgieron históricamente dos sistemas procesales contrapuestos:

a) el **sistema acusatorio histórico** de la república helénica y de la etapa republicana de Roma era un sistema de acusación ciudadana. Pero

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pronto comenzó a tener graves fallos como fueron las impunidades que le hicieron fracasar, pues como explica HÉLIE con frecuencia los delitos quedaban impunes porque el acusador no surgía del pueblo. Además, surgió una verdadera industria del chantaje destinada a negociar con las pruebas obtenidas. En Inglaterra este sistema subsistió pero a base de grandes cambios, pues se crearon oficios de la Corona para evitar que los delitos más graves quedaran impunes.

b) El **sistema inquisitivo** fue introduciéndose debido a los inconvenientes del sistema acusatorio puro. El sistema inquisitivo se basa en que el Juez procede de oficio, investigando y persiguiendo los delitos, por lo que se demostró mucho más eficaz para la represión penal y se fue generalizando. Pero su hundimiento fue consecuencia de la renovación filosófica que tuvo lugar en Europa a partir del Siglo de las Luces.

c) En 1808 el *Code d'Instruction Criminelle* francés diseñó un sistema nuevo como resultado de la combinación de los elementos más favorables de los dos sistemas anteriores. Creó un sistema procesal bifásico, aunque en rigor, se halla dividido en tres fases, y que fue el adoptado por nuestra LECrim. El diseño trifásico del sistema acusatorio mixto español es el siguiente:

— la primera etapa es la **instrucción**, conducida por la clásica figura del Juez instructor que hoy se encuentra en una profunda crisis. Sin embargo es una figura clave en el enjuiciamiento establecido en la LECrim. y es una gran torpeza *cortarle las alas* tal como hizo la Ley del Jurado. El sumario constituye el arsenal de datos que servirán de base tanto a la acusación como a la defensa.

— La **etapa intermedia** posee como función genuína decidir si debe existir o no el juicio penal. Es incorrecto decir que la función del sumario es preparara el juicio, pues a veces el sumario «descarrila» y no prepara juicio alguno, sino que el proceso se ve abocado al sobreseimiento. Por ello, la verdadera función del sumario es servir de base al juicio de acusación que tiene lugar en la etapa intermedia.

— La última etapa es el **juicio oral** o juicio penal propiamente dicho.

Este es el esquema del proceso acusatorio formal o mixto adoptado por la Lecrim. de 14 de septiembre de 1882, que sin embargo hoy día resultaría incompatible con el proceso con todas las garantías instaurado por la Constitución. Deben recordarse las reformas de los arts. 118 y 520 LECrim. como consecuencia de la ratificación por España del C.E.D.H., así como tampoco puede olvidarse la repercusión procesal de la STC 145/1988.

Hoy día el derecho de defensa, a diferencia de lo previsto inicialmente en la LECrim., se ejercita desde el primer momento en que se conoce la imputación. En España el imputado goza de un amplio sistema de garantías a pesar de que poseemos un modelo «viejo» de proceso penal. Pero ahora se habla cada vez más de acentuar el modelo acusatorio del proceso, lo cual no significa resucitar el modelo histórico o puro. Deben tenerse en consideración aspectos actuales de política criminal pues un claro ejemplo es lo que está sucediendo en Italia con el *Codice di Procedura Penale*, que constituye una obra de ingeniería jurídica pero que está mostrando sus fallos precisamente por factores externos tales como la criminalidad organizada.

El debate abierto en la actualidad sobre las posibilidades «instructoras» del Ministerio Fiscal o la conservación del modelo tradicional mereció especial atención por el Prof. VÁZQUEZ SOTELO, quien hizo alusión al denominado «Libro Blanco» del Ministerio Fiscal, donde se recogen todas las dudas y planteamientos de todas las Fiscalías, a la vez que se demuestra el estado actual de la cuestión.

El ponente se mostró contrario a un hipotético sistema de «instrucciones paralelas» a cargo del Juez y del Fiscal. Ya en 1988 se introdujo el art. 785 bis en la LECrim., precepto que resulta innecesario porque las facultades que confiere al M.F. ya se la reconoce su propio Estatuto Orgánico. Basta fijarse en el *Codice* italiano para comprobar la supresión de la dualidad de instrucciones que contemplaba el Código Rocco.

Haciendo un ejercicio intelectual, si hoy día cerramos los ojos e imaginamos que ya tenemos el nuevo modelo que se propugna, deberíamos preguntarnos seguidamente: ¿supone un cambio del sistema el hecho de que la investigación corra a cargo de un Juez o de un Fiscal? El Prof. VÁZQUEZ SOTELO afirmó que, en su opinión, el sistema no puede consistir en cambiar a las personas ni el nombre de las cosas. Atribuir la investigación al M.F. conllevaría múltiples problemas:

a) Todos los sistemas donde el peso de las etapas anteriores al juicio los lleva el M.F. se caracterizan por ser sistemas de monopolio de la acción penal por la Fiscalía, o como en Alemania, donde el ofendido sólo puede actuar como un mero coadyuvante (*Nebenkläger*). Pero en España debe tenerse en cuenta la existencia de la acción popular.

Nuestro sistema de titularidad de la acción penal no contempla a la víctima o al perjudicado como un simple coadyuvante sino que actúa en situación litisconsorcial con el Fiscal.

b) Por otra parte la figura del Juez de Instrucción seguiría siendo necesaria porque según la LECrim. la querella debe interponerse ante di-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cho órgano. Además, la declaración formal de la imputación siempre debe provenir del Juez de Instrucción, al estilo de lo que ha venido sucediendo con el auto de procesamiento.

Se trata de cuestiones difíciles de armonizar y a las cuales no ofrece respuesta el «Libro Blanco» del M.F., aunque si contempla la necesidad de un Juez en la investigación, que no sería puramente un órgano instructor sino que velaría por las garantías en la práctica de las investigaciones (acordar intervenciones telefónicas, entradas y registros en domicilios, etc).

En definitiva, el modelo no cambia porque se atribuya la investigación al Fiscal. ALONSO MARTÍNEZ señaló cuáles eran los males de la justicia penal del siglo XIX y dijo a dónde quería ir al establecer una instrucción judicial, escrita y secreta, para equilibrar la desigualdad calculadamente introducida por el delincuente. ¿Dónde queremos ir nosotros?

En Méjico el Fiscal posee el protagonismo que aquí se le quiere dar y sin embargo se propugna una vuelta al modelo anterior para reintroducir el Juez de Instrucción.

El éxito del sistema no estriba en las personas sino en diseñarlo correctamente, acorde con las exigencias que se derivan del sistema de garantías actuales y en la actualidad son dos los modelos compatibles con esas exigencias:

1.º) Un sistema mixto, con instrucción, ya sea conducida por un Juez o por el Fiscal, aunque resulta preferible que sea un órgano jurisdiccional.

2.º) El otro modelo estaría estructurado en dos fases e iría precedido de una investigación por el M.F. de carácter administrativo o preprocesal. El Fiscal tendría funciones investigadoras y en base ello podría deducir la oportuna querella. a) La primera fase consistiría en el pertinente juicio sobre la acusación. b) de admitirse la acusación por ser fundada se pasaría directamente a la otra fase que es el juicio penal propiamente dicho o juicio oral.

Este último modelo prevé funciones investigadoras a cargo del Ministerio Público, pero se trata de una investigación preprocesal, administrativa y no jurisdiccional.

El punto de partida del movimiento reformista, y en consecuencia, del modelo que actualmente se propugna, comenzó en Alemania y tuvo su causa en la crisis de la figura del Juez de Instrucción. Se trata de una institución criticada porque dentro del Juez de Instrucción coexisten dos aspectos reñidos entre sí, como son la condición de investigador y la

condición de Juez. Hoy es una figura en crisis pero sin la cual el sistema mixto clásico no puede funcionar, por lo que se propone acentuar la acusatoriedad del sistema, la oralidad y la concentración e inmediación en la práctica de la prueba.

Actualmente el modelo mixto propio de nuestra LECrim. se está batiendo en retirada ante el empuje de las propuestas de reforma. Hace años que en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal comenzaron los trabajos para elaborar un «Código Tipo» para Iberoamerica. La «Escuela cordobesa» representada por los Profs. VÉLEZ MARICONDE y CLARIÁ OLMEDO comenzó los trabajos para la elaboración de un «Código Modelo», que se terminó de perfilar años después bajo la influencia de J. B. MAIER. Hoy es un Texto de clara inspiración germánica y que está influyendo notablemente en la expansión del nuevo proceso penal por numerosos países de Iberoamerica.

En conclusión, la elección de un nuevo modelo de proceso penal debe ir precedida de profundas reflexiones a la vez que acompañada de un buen diseño. Lo que no puede hacerse para enfilar el proceso penal del siglo XXI es retocar el sistema actual tal como ha hecho la Ley del Jurado.

* ***MESA REDONDA***: seguidamente para concluir las Jornadas tuvo lugar una Mesa Redonda donde se abordaron a modo de síntesis las cuestiones que suscitaron mayor interes a la hora de tener en cuenta el presente y el futuro de nuestro proceso penal. Se invitó a la reflexión a la vez que se debatió sobre el estado actual de la Justicia penal y los problemas que a diario se plantean. Actuó como moderador el Ilmo. Sr. Xavier JOU MIRABENT, Teniente Fiscal de la Audiencia Provincial de Tarragona, destacando la intervención en la misma de eminentes procesalistas:

— **Pfra. Dra. Victoria BERZOSA FRANCOS, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona.**

La Profesora BERZOSA apuntó varias cuestiones que deben ser hondamente reflexionadas antes de acometer una futura reforma procesal penal, destacando entre las más significativas:

a) la dualidad entre principio de oportunidad-principio de legalidad. ¿Esta elección tiene algo que ver con el principio acusatorio? A su juicio, nada o muy poco tiene que ver porque la distinción entre el instructor y el decisor no interfiere en el principio que rige el ejercicio de la acción penal.

b) El juicio de faltas también merece una especial atención porque

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

a pesar de estar pensado para infracciones penales leves se sustancian por este cauce cuantiosas responsabilidades civiles.

c) Otro aspecto que debería ser replanteado es el sistema de recursos existente en la LECrim., siendo partidaria de la incorporación de la doble instancia en todos los procesos penales.

— Ilmo. Sr. José M.ª Parra Llonch, Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Tarragona.

Al igual que sucede entre juradistas y antijuradistas hoy existe un debate planteado a favor del Juez instructor o del Fiscal investigador. Pero se afirma que se precisa un Juez para la investigación, otro para decidir la posible apertura del juicio oral y en último lugar, el juez decisor; en definitiva, lo que hace falta son más Jueces.

Pero se mostró a favor de que todas las denuncias se dirijan a la Fiscalía, de forma que esta sería la encargada de una fase preprocesal, examinando tales denuncias para posteriormenete decidir entre su archivo o su tramitación. Para una futura reforma del proceso penal es preciso atribuir al M.F. de una mayor autonomía orgánica y funcional.

— Ilmo Sr. Antoni Huber Company, Decano del Col.legi d'Advocats de Tarragona.

Como fiel exponente de la Abogacía destacó el notable interés que este colectivo tiene en mejorar la situación de la justicia penal. Para ello debe buscarse siempre un proceso penal óptimo, que busque la máxima acusatoriedad desde el inicio del procedimiento y se destierren resquicios inquisitivos.

— Ilmo. Sr. Antonio Carril Pan, Magistrado Presidente de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona.

Tras debatir sobre el modelo más conveniente de proceso penal afirma que aún le embargan dudas sobre el mismo, pero apuntó algunas soluciones dignas de tener en consideración:

a) Es contrario a que el Fiscal asuma la investigación. Hay que tener en cuenta la realidad económica del Estado y esta solución sólo sería posible aumentando considerablemente el número de Fiscales.

b) Debe procederse a una unificación de los procedimientos penales.

c) Se precisa una fase intermedia bien regulada.

d) Hay que regular de forma clara el actual sistema de citaciones para evitar que las citaciones mal practicadas deriven en un gran número de casos en la suspensión de los juicios.

e) La aportación de pruebas debería ser exclusivamente de parte.

d) Hay que introducir la apelación en todos los procesos penales,

pero sin que ello suponga la repetición de la prueba en segunda instancia. Las modernas técnicas de reproducción (video, casette, etc) permitirían revivir la prueba ya practicada sin tener que reproducirla íntegramente.

f) La publicidad del juicio necesita una reforma porque actualmente estamos asistiendo a *juicios paralelos* debido a la influencia de los medios de comunicación.

— Prof. Dr. José Luis Vázquez Sotelo, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona.

a) El proceso penal debe caminar de la mano del Derecho penal sustantivo. Hoy asistimos a una serie de delitos que requieren procesos de enjuciamiento para corrección (caso de la pequeña criminalidad de bagatela), así como criminalidad organizada.

b) Es un buen sistema que las denuncias vayan dirigadas a la Fiscalía para que sea ésta quien las tamice, de forma que el Juez de Instrucción no procediese de oficio, lo que ayudaría a salvaguardar mucho mejor su imparcialidad. Si el ciudadano en lugar de la denuncia opta por interponer querella tendría derecho, en ese caso, a deducirla ante el Juez instructor.

c) Es totalmente desacertado que para regular el Jurado se introduzcan modificaciones en el sistema procesal penal que parecen poco meditadas.

d) En relación a la prueba comparte la idea de que sea la parte quien la aporte para que el Juez no se implique; a su vez, resultaría útil documentar debidamente la prueba mediante las nuevas técnicas de reproducción.

* La Clausura de las Jornadas corrió a cargo del Ilmo. Sr. Antoni Huber y del Prof. Dr. Miquel Prats Canuts, Catedrático de Derecho Penal de la U.R.V. y Decano de dicha Universidad, quienes se felicitaron por la participación en las mismas así como por el éxito alcanzado.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

CONGRESO INTERNACIONAL
LA PERSONA Y EL DERECHO EN EL FIN DE SIGLO.
1996

FRANCISCO CARLOS CECCHINI
Comisión IV Derecho Procresal
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional del Litoral
Santa Fe. República Argentina

«En las democracias contemporáneas podemos debatir acerca de cómo preservamos la independencia del juez, lo que no podemos discutir es acerca de su necesidad». Pablo Castellanos.

1. «*Nadie ignora cuán frecuente y necesario es el uso de apelar; en efecto, corrige la inequidad o la impericia de los juzgadores, aún cuando a veces reforme, para empeorarlas, sentencias bien dictadas, pues no siempre pronuncia un fallo mejor quien debe dictar sentencia en último término*» [1].

2. La referencia con la que principiamos esta comunicación, nos ha constreñido a meditar acerca de la extensión de una de las garantías supremas para el justiciable: **la independencia del juzgador**. Nos pregun-

1. ULPIANO: L. 1, Digesto, De appelat., XLIX, 1.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tamos si la estructura con la que se ha concebido la organización judicial se compadece con una concepción democrática a la que ineludiblemente ha de aspirarse en las postrimerías del milenio.

3. La garantía de la **independencia** del Poder Judicial, que lo es —como tal— para el justiciable y no para quienes detentan circuntancialmente el ejercicio de su función, generalmente se le ha relacionado a la desvinculación (exclusión de interferencias) —preservada desde diversos ángulos en la sistemática constitucional— del juez respecto de cualquier otro poder del Estado.

GIMENO SENDRA sintetiza —casi en estrechez extrema— diciendo que «*la independencia de los jueces y tribunales frente a los demás poderes del Estado se puede describir y sintetizar en una sola frase:* ***división de poderes***[2]. Sin embargo a ello se ha agregado que ***una cosa es la separación de poderes, es decir, de los poderes fundamentales y primarios del Estado y otra su independencia, y ha sido, sin duda, un grave error, cuyas consecuencias han repercutido desfavorablemente en la teoría de la independencia, involucrar ésta con la teoría de la separación. Independencia y separación son círculos secantes, pero no es admisible que la zona de coincidencia haga perder la perspectiva sobre la diferente problemática que cada una ofrece. La separación de poderes resuelve, en general, el problema de cada uno de ellos en complejos organizativos distintos, mientras que la independencia considera las relaciones entre ellos***»[3].

4. Pero es que tal independencia —según se ha señalado[4]— excluye todo tipo de «*interferencias, una labor a salvo de sitios y presiones, de cualquier clase que fueren y que no provengan de la ley, y en un amplio margen de maniobra interpretativa (razonable).* ***Independencia interna y externa***».

5. En sentido similar lo ha expuesto Julio MAIER[5] diciendo que «*Se entiende, entonces, por qué la regla que prevé la independencia o autonomía del criterio judicial debe ser formulada respecto de cada uno de los jueces que integran el Poder Judicial, permanente o accidentalmente, por intermedio de los cuales ese Poder se pronuncia, y con referencia a todo poder del Estado, no tan sólo al Poder Ejecutivo o administrativo y al Poder Legislativo, sino también* —y agregamos: sobre todo— *al mismo Poder Judicial*»[6].

2. ALMAGRO NOSETE, José: «Consideraciones de Derecho Procesal», Ed. Bosch, Barcelona, pág. 15. El autor en la ocasión destaca cómo la formulación de Montesquieu acerca de la división de poderes, como mecanismo de control del propio poder —el poder frena al poder—, de inspiración inglesa, trastocó en Francia, perdiendo poder germinativo en la tierra en la que fuera formulada.

3. ALMAGRO NOSETE, José: ob. cit., pág. 34.

4. MORELLO, Augusto M.: «El Proceso Justo», Ed. Abeledo-Perrot, pág. 438.

5. «Derecho Procesal Penal Argentino», vol. 1, B, pág. 478, citando a BERGALLI, Roberto: «Estado democrático y cuestión judicial», Ed. Depalma, recordando la distinción entre independencia externa (Poder Judicial) e independencia interna (Jueces).

7. Y bien, el sistema estructural del Poder Judicial ha respondido a un criterio castrense, esencialmente verticalista, en el que los Tribunales de Apelación, llamados también en uso frecuente Superiores, al par de cumplir la función revisora emergente de las instancias de grado, ejercen poderes disciplinarios y de superintendencia sobre los jueces inferiores, sin desmembrarse con nitidez la frontera de ambas categorías de actuación. Ineludiblemente, y diríamos que en el mejor de los casos en el inconsciente del juez, queda estampada la sensación de que quienes revisan sus fallos desde la perspectiva jurídica, son también quienes acuerdan sus licencias, inspeccionan su labor administrativa, eventualmente juzgan administrativamente sus faltas, detectan sus moras, evalúan sus condiciones al tiempo de aspirar a los ascensos, determinan sus traslados, con lo cual, se confunden —en detrimento de la independencia interna del juez— funciones jurisdiccionales y administrativas que ineludi-

6. Advertimos, por ejemplo, en encumbrada doctrina nacional cómo con espontánea naturalidad se ha admitido —sin cuestionamientos— la dependencia interna del juez en un marco jerárquico administrativo. Clemente DÍAZ, expresa textualmente, «*Funcionalmente el juez debe ser juez, y nada más que juez; la única dependencia que puede reconocer es la jerárquico-administrativa de los tribunales superiores; legalmente, todas las leyes orgánicas del Poder Judicial le prohíben el desempeño de empleos públicos o privados, incluso la docencia primaria o secundaria, pero exceptúan la «comisión de estudios y la docencia universitaria»* («Instituciones de Derecho Procesal, parte general», vol. 1, Introducción, Ed. ABELEDO-PERROT: pág. 194, nota n.º 33). En sentido similar lo señaló VÉLEZ MARICONDE: «*Por otra parte, los jueces y fiscales no se encuentran sometidos a una* ***subordinación jerárquica*** *similar a la que vincula a los empleados administrativos. Un Tribunal superior —por elevada que sea su jerarquía— no puede dar instrucciones a uno inferior. Ellos son esclavos de la ley pero gozan de independencia funcional. De aquí deriva igualmente la independencia de quienes representan al Ministerio Público, con respecto a los Tribunales. Claro está que esta autonomía funcional* ***no vulnera la potestad de superintendencia que la ley atribuye al Superior Tribunal, a la Corte Suprema o a las Cámaras de Apelacón. Ella tiende a vigilar la conducta de los magistrados».*** **(La negrilla es nuestra).** A pie de página el autor recordado agrega: «*No puede confundirse, desde luego, la independencia funcional de que se trata, o sea, la imposibilidad de que los magistrados estén sometidos a órdenes o instrucciones de un Superior Tribunal, con la* ***dependencia que implica recordar que él puede, ejerciendo el poder de superintendencia, dictar normas referentes a lugares y regímenes de trabajo, horarios, informes, estadísticas, etc.»*** **(Nuevamente la negrilla es nuestra).**

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

blemente conforman un campo fértil de interferencias. Cuántas veces se ha dicho y detectado que un fallo dictado por un juez de primera instancia fue concebido y motivado teniendo en miras su eventual suerte en la revisión (confirmación, revocación o anulación) —condicionado quizá por ella— y no la justicia del caso concreto. Se desdeña el valor de que *«cada juez es soberano al decidir el caso conforme a la ley, esto es, él es el Poder Judicial del caso concreto»* [7]. El carácter **pluriorgánico** [8] del Poder Judicial, que lo particulariza esencialmente respecto de los otros poderes del Estado, no tiene por qué manifestarse como una corporación piramidal, que opera como factor deslegitimador de cada órgano en el ejercicio de su función.

8. Se ha caracterizado —en el sentido que lo venimos intentando— a la **independencia orgánica** [9] diciéndose: *«ésta preserva al funcionario judicial* **(rectius: magistrado)** *del control gubernativo en lo atinente a su situación profesional y, por tanto, lo subsume exclusivamente en los dictados emanados de los altos organismos que jerárquicamente ostentan la dirección y rectoría del Poder Judicial. Sin embargo debe matizarse que esta independencia orgánica, para que sea tal, debe combinarse con una limitación de los poderes que se atribuyen a esta dirección»*. Es precisamente a esa limitación a la que nos hemos querido referir en estas líneas.

La inquietud que nos mueve es advertir que mantener el esquema estructural de la organización judicial vertical, castrense y piramidal, conmueve el horizonte del juez. La corporación judicial propone como horizonte **«el derecho»**, cuando democráticamente ha de aspirar el horizonte **«de los derechos particularizados en el caso concreto»**. Desentrañar los matices que hacen del caso y del justiciable una circunstancia irrepetible, requiere de la especificidad la que sólo es posible en el marco de la personalización del juzgador, alejándolo de las soluciones preconcebidas. Ello ha de colocarlo frente al caso con un gesto de soberanía sólo limitada por la Constitución y la Ley. Si desde el vértice del Poder (verticalista) al juez le son administradas sus expectativas —traslados, ascensos, licencias— y además se suma que en ese punto piramidal superior se entroniza el ámbito de revisión de su decisión, el juez consciente o inconscientemente sabe que desde allá se lo mira, y en consecuencia se está condicionando la producción del derecho en el que opera. Y no es novedoso lo que señalamos, desde que el magnífico Calamandrei ya lo enunciaba con preocupación.

El carácter vertical y castrense de la organización judicial conforma entonces un ecosistema que perturba el desarrollo de la independencia plena del juez en el caso. MONTERO AROCA advierte que *«hasta ahora las garantías de la independencia de buena parte, se articulaban frente al Poder Ejecutivo, pero a partir del momento en que corresponde a otros órganos todo lo relativo a la selección, ascensos, inspección y régimen disciplinario, la independencia cambia de frente y ha de predicarse respecto del Consejo General del Poder Judicial puesta que están en sus manos las armas para atacar la independencia y, por tanto, frente a él hay que establecer las defensas»* [10].

Resulta particularmente claro que a partir de la reforma constitucional de 1994, los arts. 114 y ss. determinan una serie de transformación en la estructuración del Poder Judicial, introduciendo no pocas cuestiones, entre las que se cuenta la propuesta en esta comunicación. Se diga lo que se diga, el texto constitucional argentino es ley suprema de la Nación, y cuantas críticas se hagan a su respecto —provengan estas de voces circunstanciales, o sean voces que sustentan preocupaciones de fondo, trascendentes y sólo conmovidas por la preservación de concretos y actualizados valores democráticos, o sean voces sólo enancadas en intereses de coyuntura— lo cierto es que el tema propone a debate, a la profundización del análisis, que no puede descuidar la disección que nos inquieta. Es probable que el constituyente de 1994 ha tenido en miras aquello que BERGALLI —recordado por VÁZQUEZ ROSSI [11]— señalará: *«... la cuestión judicial en nuestro país y en la mayoría de las naciones latinoamericanas tiene la característica de significar uno de los aspectos más relevantes de la quiebra de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, lo que se evidencia en que, salvo contados y excepcionales casos, tal poder se ha plegado dócilmente a los diferentes golpes de Estado convalidando las fracturas constitucionales con una adhesión*

7. MAIER, Julio: ob. cit., pág. 477.

8. ALMAGRO NOSETE, José: ob. cit., pág. 25. En la ocasión señala el autor español: *«La multiplicidad de órganos atiende a un criterio de eficacia por necesidad de satisfacción del principio de división del trabajo, pero también, y ello es muy importante, para dar cumplimiento al principio de política judicial de la cercanía de la justicia al justiciable»*.

9. MARTÍNEZ CALCERRADA: «Independencia del poder judicial», Madrid, 1970, pág. 40, citado por ALMAGRO NOSETE, José: ob. cit., pág. 37, nota n.º 41.

10. ALMAGRO NOSETE, José: ob. cit., pág. 38.

11. «Delitos contra el orden democrático», en «Justicia, Proceso y Sociedad», Ed. Sec. de posgrado y servicios a terceros de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, pág. 107.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

explícita o implícita pero que, en lo general, implicó una clara genuflexión hacia el poder dominante cuya legitimidad se aceptaba como dogma, cuando no directamente se consolidaba con sibilinas colaboraciones de presunta pureza metódica. Los métodos designativos de la magistratura, la vinculación de la clase judicial con los sectores tradicionales, su dependencia hacia los factores del poder real, la absoluta carencia de coraje cívico, la notoria escasez de conocimientos y correlativa fisura con el pensamiento académico, la burocratización rutinaria de la función jurisdiccional y la falta de controlar y participación popular, el sentido corporativo del gremio y la atención preponderante hacia problemas exclusivamente retributivos o de mantenimiento de privilegios, entre otros muchos factores, contribuyen a dibujar un cuadro de tintes grises, dentro del cual resulta difícil imaginar posiciones activas, creativas y firmes en torno a una profundización de la hermenéutica constitucional y de la eficaz defensa del marco jurídico del Estado democrático».

La horizontalización, es decir, la disección entre la revisión jurisdiccional y el gobierno del poder, aparece como una alternativa posibilitante de la plenitud de independencia, imponiendo un paralelo correlativo de responsabilidad del propio magistrado [12], sin desatender los mecanismos de defensa de la independencia del juez respecto de los órganos a los que se encomiende la función de gobierno.

De aquella independencia orgánica, se distingue la independencia funcional: «***... constituyendo la esencia misma de la función jurisdiccional en cuanto que supone una inmunidad actuaria que atañe a los cometidos sustanciales de la Magistratura, sobre la que debe proyectarse la no injerencia de los otros poderes, en especial,*** **por su omnipresencia accional** ***del Ejecutivo***» [13].

9. Retomando entonces la cita con la que principiáramos estas líneas, reparemos en que los recursos —instancias de revisión— «*nacieron en organizaciones judiciales autoritarias, precisamente para que el soberano (monarca), que delegaba su jurisdicción en los casos concretos pudiera controlar, por ese medio (revisión) cómo sus delegados utilizaban el poder delegado; esto es, aparecieron cuando las organizaciones judiciales horizontales (asambleas populares o representaciones populares, depositarias de la soberanía) se convirtieron en verticales (jerárquicas). Pero en un Estado republicano y democrático la existencia del recurso contra decisiones judiciales no puede significar lo mismo...*» [14].

12. ALMAGRO NOSETE, José: ob. cit., pág. 38.

13. ALMAGRO NOSETE, José: ob. cit., pág. 37. Cabe en tal sentido y ese respecto recordar la anécdota del molinero de Postdam. El molino de viendo de Arnoldo molestaba al Emperador Federico II de Prusia (el Grande) cuando descansaba en un vecino castillo y ordenó cerrarlo. Se cuenta que el molinero Arnoldo no se acobardó ante el requerimiento ordenado y mandó decir al Soberano aquella famosa frase: *Majestad, hay jueces en Berlín*». Así lo grafica VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: en «Sistemas jurídicos de formación de jueces y abogados», Ed. PPU, Barcelona, pág. 53.

En tiempos de consolidación, maduración y contextualización de las democracias, cabe profundizar los mecanismos que, estructurados desde las normas, tienden a la preservación de los valores supremos del Servicios Judicial, expandiendo —también en este aspecto, con mecanismos organizativos y estructurales eficaces— la independencia del juez en todos los sentidos en que esta debe manifestarse, sin desatender las sistematizaciones y profundización de sus responsabilidades. Esta independencia interna —en cuanto a su expansión— tiene también su reflejo en la garantía del juez natural, si lo observamos desde la perspectiva que señala Joaquín V. GONZÁLEZ: «... *la Constitución Nacional ha querido que todo hombre tenga su juez propio, emanado de la soberanía de que forma parte y dotado de poderes suficientes para hacerle justicia y para acudir ante él cuando sus derechos sean violados. Ha creado la jurisdicción y ésta significa la potestad de juzgar dentro de un límite determinado*» [15].

Creemos francamente inexcusable y oportuno en esta hora meditar acerca de la horizontalización de la magistratura, sintetizándola en que el órgano de revisión no detente —en ningún caso— otro poder que no sea el exclusivo funcional de la revisión de la decisión recurrida desde la perspectiva de la justicia del pronunciamiento, atendiendo a que tal exclusividad en modo alguno opere como condicionante en el caso ni en ningún otro, de la soberanía del juez que ha decidido. La única sumisión del juez ha de ser a la ley, tal como lo proclama la constitución, y debe poder —entonces— «***pronunciar sus fallos con absoluta independencia,*** **sin favor y sin temor**» [16].

Quizá por ese camino —el de la meditación de lo propuesto— es cómo podría comenzar a transitarse una sendero de acercamiento de la justicia a la realidad social en la que opera, permitiendo que sean efectivamente los jueces de la causa quienes juzguen en plenitud, y no una

14. MAIER, Julio: ob. cit., pág. 477, cita n.º 522.

15. «Manual de la Constitución Argentina», pág. 193 citado por LOIACONO, Virgilio: «Los jueces naturales y el ámbito de aplicación temporal de la nueva ley de competencia», JA, Doctrina, Serie contemporánea, 1971, págs. 192 y ss.

16. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: ob. cit., pág. 53.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

corporación judicial —despersonalizada, burocratizada, deshumanizada y distante— la que asuma el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado [17].

No creemos saludable desdeñar los esfuerzos imaginativos tendientes al mejoramiento del Servicio Judicial, aún cuando éstos aparezcan como extraños a algunas tradiciones que, a la postre, le han endilgado —en muchos casos— un sanbenito de autoritarismo a la Justicia, que no resultará fácil extirpar.

«El día en que los jueces tienen miedo ni un solo ciudadano puede reposar tranquilo» [18].

17. Ver al respecto CAVALLERO-HENDLER: «Justicia y participación», Ed. Universidad, pág. 87.
18. COUTURE, Eduardo: «Estudios de Derecho Procesal», t. I, pág. 156.

ESTANCIA DEL PROF. BERTOLINO EN BARCELONA

MARÍA JOSÉ MORAGA LLOP
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

El Prof. Pedro J. Bertolino, Profesor Titular (Catedrático) de Derecho Procesal Penal de la Universidad de la Plata (Argentina) ha realizado una estancia en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, dentro del programa «inter campus» suscrito por esta Universidad. El Prof. Bertolino, además de reputado cultivador del proceso penal, tiene una dilatada experiencia como Abogado penalista ante los Tribunales argentinos. En la U.P.F. el Prof. Bertolino impartió un Seminario para Profesores sobre «La reforma del proceso penal en Argentina», al que siguió otro en la Universitat de Barcelona igualmente dirigido a Profesores sobre aspectos del enjuiciamiento penal en Argentina.

El Prof. Bertolino explicó la peculiaridad del sistema federal de Argentina, que al contrario de lo que sucede en España, confiere a las Provincias autonomía legislativa en el orden procesal, mientras que la ley sustantiva es la misma. Esta circunstancia permite que en aquel país coexistan en unas Provincias los Códigos procesales inspirados en el modelo tradicional del Juez de Instrucción, con Sumario y Plenario, frente a los cuales se han ido implantando en algunas Provincias, Códigos de nueva factura inspirados en el «Proyecto Maier» y en el «Código Modelo», elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Estos Códi-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gos adoptan un sistema procesal más acusatorio que el tradicional, a base de sustituir la actuación del Juez de Instrucción por la del Ministerio Fiscal, reemplazando el Sumario por la preparación de la acusación realizada directamente por el órgano público de la acusación. Hasta el momento se cuenta con la experiencia del nuevo Código de Tucumán y el de la Provincia de Córdoba, adoptado después de no pocas dificultades (no hay que olvidar la influencia que en Córdoba tienen todavía las enseñanzas de los grandes cultivadores del proceso penal argentino: Alfredo Vélez Mariconde, Jorge A. Clariá Olmedo, además del penalista Sebastián Soler, entre otros). Sin embargo, el modelo tradicional de proceso penal con instrucción sumarial a cargo del Juez de Instrucción sigue todavía vigente en el Código Procesal Penal de la Nación argentina, gracias al «Proyecto Levene» (cfr. LEVENE (h.), Ricardo; CASANOVAS, Jorge O.; LEVENE (n.), Ricardo; y HORTEL, Eduardo C.: *Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984),* comentado y concordado, ediciones Depalma, Buenos Aires).

La estancia del Prof. Bertolino ha sido sumamente enriquecedora para los procesalistas barceloneses.

Recordemos que el Prof. Bertolino es autor de múltiples trabajos monográficos sobre el proceso penal. Entre ellos, además de su ensayo sobre *El exceso ritual manifiesto*, el *Compendio de la casación penal nacional,* habiéndonos obsequiado con un reciente ensayo titulado *El derecho al proceso penal.*

MARÍA JOSÉ MORAGA LLOP

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

PEREIRA ANABALON, Hugo, *Curso de Derecho Procesal, Derecho Procesal Orgánico* (edc. Actualizada). Editorial Jurídica Conosur (1996).

El autor es Profesor Titular y Extraordinario de Derecho Procesal en la Universidad de Chile. Dedica su obra a la memoria de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, el eminente procesalista español que durante décadas enseñó doctrina procesal en toda Iberoamérica, especialmente en Argentina y sobre todo en México donde residió hasta su regreso a España.

El autor explica en sus palabras preliminares que la obra es un Manual dirigido a la formación de los estudiantes de la Licenciatura en Derecho, en la disciplina reguladora de la función jurisdiccional del Estado. Se inicia con un capítulo de introducción, al que sigue el estudio de la jurisdicción, la competencia y la de los órganos jurisdiccionales. Puede chocarnos el nombre de algunos órganos, como los «Jueces de Letras» (de primera instancia), a los que siguen las «Cortes de Apelaciones» y la «Corte Suprema». A este elenco de órganos jurisdiccionales se añaden los «Tribunales accidentales», por los cuales se entienden ciertos jueces que normalmente integran un tribunal colegiado, pero que para el conocimiento de algunos asuntos (en razón de la materia o de la calidad de las personas que en ellos intervienen o de otras circunstancias), se desprenden momentáneamente del órgano al que pertenecen para reintegrarse a éste una vez cumplido aquel cometido (regulados en los arts. 50 a 53 del Código Orgánico de Tribunales). La obra también se extiende a tratar de los «Tribunales Arbitrales» (el ejercicio de la jurisdicción arbitral tiene como antecedente un contrato de compromiso, una claúsula compromisoria o un pacto de compromisario al que sigue la designación del árbitro por la justicia ordinaria). Como tribunales especiales hace referencia a los «Tribunales del Trabajo» y los «Tribunales de menores». Sigue la exposición de los Tribunales supranacionales, la «Corte Intera-

mericana de Derechos Humanos» (cuyo antecedente inmediato es el Tribunal Europeo del mismo nombre), con sede en San José de Costa Rica, y la «Corte Internacional de Justicia», basada en la Carta de Las Naciones Unidas (San Francisco, 25 de Junio de 1945). Concluye el Manual con el estatuto de los Abogados, como cooperadores necesarios para defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes (art. 520 del Código Orgánico).

María José MORAGA LLOP

MORELLO, Augusto M., *Desafíos de los años 90*, Librería Editora Platense (La Plata) – Abeledo-Perrot (Buenos Aires, 1993).

El Prof. Morello, hasta el pasado año Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, es un destacadísimo procesalista argentino, internacionalmente conocido por sus investigaciones punteras en todos los ámbitos y todas las instituciones procesales. Puede decirse que no existe materia que no haya merecido su observación atenta: desde la casación civil, hasta la prueba, o el proceso justo, pasando por los temas de futuro, como la tutela de los «intereses difusos» o la «tutela anticipada», todos ellos han sido objeto del perspicaz análisis del eminente Maestro del procesalismo iberoamericano.

En este libro sobre «Los Abogados», que el autor dedica al recuerdo del gran administrativista Rafael Bielsa y a Bartolomé A. Fiorini, así como a «los jóvenes colegas» (a los que trata de situar en la perspectiva de los años inmediatos), expresa una permanente preocupación por la Abogacia en el futuro. Junto a las deficiencias de la enseñanza universitaria (incluida la carencia de formación práctica), el autor subraya las carencias laborales y analiza el excesivo entusiasmo que a veces suele mostrarse por la justicia del arbitraje.

La obra está dividida en una introducción y ocho capítulos. El Cap. 1.º aborda la necesidad del cambio de mentalidad del Abogado ante el reto representado por las nuevas materias procesales (derecho procesal constitucional, derecho penal económico, arbitrajes, negociaciones, etc., que configuran «un nuevo orden jurídico»). El Cap. 2.º trata de las dificultades laborales que determinan que el joven licenciado en Derecho deba completar su formación una vez concluidos sus estudios, atendiendo a las nuevas exigencias del mercado laboral. El Cap. 3.º se ocupa de las posibilidades que ofrece el arbitraje para los abogados, una institución a la que en las enseñanzas de licenciatura se suele dedicar escasa atención.

El Cap. 4.º plantea: el Abogado y los resultados concretos del proceso judicial, el autor es realista y habla de la responsabilidad de los Abogados en el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. El Cap. 5.º, con el planteamiento deontológico que se advierte en toda la obra, trata del abuso del proceso y de los recursos y de otros excesos a que frecuentemente se acude al abogar, para hacer compatible el acceso de todos sin discriminación a la Justicia, con un proceso judicial más efectivo. El Cap. 6.º aborda el tema de la corrupción con relación a los Abogados, cuyas reflexiones se prolongan en el cap. siguiente sobre los «lobbies» que a veces distorsionan el correcto funcionamiento de la Justicia. Las interesantes reflexiones concluyen haciendo referencia a los retos del Siglo XXI para una mejor y más eficaz Justicia.

María José MORAGA LLOP

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, (9.ª edición), Editorial Harla, (México, 1996).

El autor es Profesor de Carrera en la Licenciatura y en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) donde imparte las materias de Teoría general del proceso, Derecho procesal civil, Práctica forense de derecho privado y Sistemática del derecho privado. Desde febrero de 1995 es Consejero del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.

Esta obra constituye un libro de texto ya consagrado en los distintos medios universitarios mexicanos. Se trata de una obra de finalidad eminentemente didáctica. Esta última edición ha sido necesaria debido a las reformas que se han realizado al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. La obra, sin abandonar su finalidad primordialmente pedagógica, contiene indicación de importantes fuentes bibliográficas. Es de lamentar que en la impresión se hayan deslizado algunas erratas de imprenta al hacer referencia a autores y a sus obras. Así a Caravantes se le cita por «Cervantes» («De Vicente y Cervantes», pág. 63) y la famosa obra de Oscar von Bülow se cita correctamente en el texto mientras que en la nota de pie de página (pág. 64, nota 70) las «excepciones» se citan como «recepciones», erratas de impresión que cualquier lector atento puede corregir fácilmente.

El autor comienza hablando de los conceptos que nos introducen en el Derecho Procesal: litigio, pretensión, autotutela. Después desarrolla la historia del Derecho Procesal, y su evolución según los sistemas histórí-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cos (proceso romano, proceso germánico, proceso medieval italiano, antiguo enjuiciamiento español, la revolución francesa: la codificación, los procesos inquisitorial, dispositivo y publicista), exponiendo la evolución de la doctrina que condujo al Derecho Procesal científico, así como al estudio de sus fuentes formales, para dar paso al estudio de los tres pilares del derecho procesal (los tres conceptos fundamentales de la ciencia procesal: acción, jurisdicción y proceso). Al hablar del ejercicio de la jurisdicción trata los conceptos de competencia, conflictos de atribuciones, la carrera judicial (organización judicial) y la forma como el Poder Judicial se organiza en la República Mexicana. Desarrolla a continuación el concepto de acción (teorías) y todos los problemas que se presentan con respecto a esta actividad de las partes: capacidad, legitimación, representación, los terceros, los auxiliares del juzgador y los postulantes de la Justicia. En sus últimos capítulos aborda el concepto proceso (teorías) y todos los problemas que se relacionan con este término: el procedimiento, el factor tiempo y la actividad (actos procesales de comunicación, nulidad procesal, principios procesales, acumulación de pretensiones, acumulación de expedientes o autos, conexidad, litispendencia y escisión de procesos), siguiendo con la teoría de la prueba para terminar con la sentencia como momento fundamental del proceso y las impugnaciones, y la ejecución procesal.

Tras exponer la evolución que condujo desde el procedimentalismo al derecho procesal se incluye una referencia a procesalistas de muchos paises.

María José MORAGA LLOP

CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Editorial Comares (Granada, 1996).

La autora es una destacada Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universitat de València que ha publicado anteriormente una completísima monografía sobre *Las medidas cautelares del art. 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

La obra se divide en cinco Secciones. La primera contiene una introducción crítica al sistema de impugnación de las sentencias dictadas en las causas penales seguidas según el «Procedimiento Penal Abreviado» de la L.O. 7/1988. La autora parte de lo que se explica en el Preámbulo de la ley, que «considera procedente mantener la limitación del recurso de casación para las sentencias dictadas por las Audiencias

en juicios de instancia única», si bien aclara que procede así «atendida la acumulación de asuntos que se registran en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». Recordemos, en descargo del legislador, que en esta época el T.S. llegó a superar la cifra de 25.000 recursos pendientes. Pero si ésta ha podido ser una «razón de emergencia» utilizada por el legislador, la realidad es que el doble sistema que resultó de impugnación de las sentencias penales no puede establecerse con fundamento en esa razón coyuntural. La autora se pronuncia críticamente contra este extraño «sistema» que abre para unos condenados el recurso de apelación (cuando la sentencia ha sido dictada por un Juzgado de lo Penal) y para otros el tradicional recurso de casación (cuando la sentencia ha sido dictada por una Sección de la Audiencia Provincial). «Apelación y casación no son medios de impugnación que puedan equipararse» dice la autora, porque, como es sabido, la apelación es un medio de impugnación ordinario mientras que la casación es un recurso extraordinario. La dualidad de recursos significa que para el enjuiciamiento de los delitos nuestra legislación establece para unos el modelo procesal de instancia única y para otros el de doble instancia. Oportunamente la autora trae a la cita el pasaje de la Exp. de Mot. de la LECrim. en la que el legislador explica las razones por las que implantó la instancia única, como una de las piezas fundamentales para renovar nuestro enjuiciamiento criminal, confiando que la instancia única sería uno de los mecanismos que contribuiría a «cambiar la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento». Con el nuevo sistema del juicio de instancia única el legislador aspiraba a alcanzar una doble finalidad: un juicio con garantias de acierto, por la amplitud del debate, y una justicia más ágil. Con cita otros autores que en nuestra doctrina se han ocupado de la cuestión, la autora señala que el legislador de 1988 habría podido apoyar su criterio en argumentos más sólidos, vg. el de la oralidad e imediación del Juez en el desarrollo del juicio, que difícilmente se concilia con una revisión plenaria en una instancia superior, en lugar de contentarse con una razón puramente coyuntural y estadística, cual es el excesivo número de recursos que entonces pesaban sobre la Sala Segunda del T.S. (un argumento que por cierto actualmente ha desaparecido por el extraordinario trabajo realizado por aquélla Sala que hoy puede considerarse «al día»). La dualidad de sistemas de impugnación de la sentencia penal en causas por delitos no puede apoyarse en principios fundamentales del enjuiciamiento criminal y conduce además a la consecuencia de que sobre muchos delitos no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo al no tener acceso a él la impugnación de las sentencias, lo que no deja de ser un inconveniente en orden

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

al fin de uniformidad en la interpretación de la ley propio de la casación.

A continuación, se aborda otro aspecto fundamental, relacionado con el anterior: el de si el sistema español se ajusta o no a la legalidad supranacional (Convenio Europeo y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en cuanto exige el «derecho al recurso» para todo acusado. En España unos acusados tendrán el derecho a que su causa sea revisada ante un Tribunal Superior (la Audiencia respectiva) y otros a que su causa sea vista ante el Tribunal Supremo. Estos últimos parecen privilegiados, pero si bien se mira, los primeros pueden tener mayores garantias porque el control que ofrece la apelación es más amplio que el que permite un recurso de casación. Pese a esas «disfunciones» del sistema la autora concluye afirmando que «la inconstitucionalidad de este doble sistema impugnativo no podría afirmarse en ningún caso».

En las demás Secciones de la obra se abordan todos los problemas suscitados por el nuevo recurso de apelación de sentencias penales, que la autora sitúa siempre dentro de la teoría general del proceso: así la configuración de la apelación y su distinción de la segunda instancia, o el debate entre la apelación plena o limitada, o los poderes del órgano «ad quem», o la significación histórica y actual de la «adhesión al recurso» y su doble finalidad como apelación coadyuvante a la previamente interpuesta por otra de las partes, o como apelación deducida tardíamente en interés propio, con un planteamiento impugnativo opuesto incluso al del primer apelante. Por supuesto, no falta el análisis de las demás cuestiones (interposición del recurso, prueba admisible en segunda instancia, vista y decisión, con delimitación de los poderes del Tribunal de segunda instancia y la prohibición de la «reformatio in peius» que la autora denomina, siguiendo la terminología de algunas sentencias del T.C. «reforma peyorativa»).

María José MORAGA LLOP

TOMÉ PAULE, José, *Lecciones de Procesos civiles especiales*, Editorial Colex (Madrid, 1997).

El autor es Profesor Titular de Derecho Procesal de la UNED, Secretario de Sala del T.S. (excd.), Magistrado suplente del T.S.J. de Madrid, autor de múltiples estudios sobre materias procesales.

El libro, tiene un contenido eminentemente docente destinado a ser-

vir a los alumnos de la licenciatura de derecho, y una finalidad práctica, como guia para los que ejercen la profesión.

Consta de una lección preliminar, 8 lecciones y un anexo.

En la lección preliminar expone el concepto de los procesos civiles especiales, el fundamento o razón de su existencia y los diferentes criterios que se siguen para su clasificación. El autor parte de la distinción fundamental en dos grandes grupos: los procesos especiales sumarios y los procesos especiales plenarios. En la lección siguiente trata de los Procedimientos especiales Sumarios, entre los cuales incluye el juicio ejecutivo, el de alimentos provisionales, los procesos posesorios y el procedimiento de protección de derechos reales inscritos (art. 41 de la Ley Hipotecaria). Como es sabido, la doctrina no está unificada en orden a que el juicio ejecutivo sea un procedimiento especial sumario, ya que (especialmente los procesalistas catalanes) lo consideran un verdadero proceso de ejecución de títulos extrajurisdiccionales. También es dudoso que la naturaleza del procedimiento del art. 41 de la L.H. sea un proceso especial de cognición sumario, como sostiene el autor, que no obstante, hace referencia a continuación a otros criterios de atribución de su naturaleza jurídica (proceso de ejecución, monitorio, etc.). Las seis lecciones siguientes se dedican a los «procesos especiales plenarios» y la última a los «procesos especiales de ejecución», entre los cuales se incluyen los procedimientos privilegiados de los Abogados y Procuradores (habilitación de fondos y jura de cuentas), los procesos hipotecarios (art. 131 de la L.H.), así como los procesos de ejecución general o universal (concurso de acreedores y quiebras).

El Manual concluye con un anexo que contiene modelos de algunas actuaciones procesales y escritos de demandas y sentencias que corresponden a procesos realmente tramitados, que pueden contribuir a ilustrar a los estudiantes.

María José MORAGA LLOP

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús, *Ley de arrendamientos urbanos. Su proyección procesal (Estudio doctrinal y jurisprudencial)*, Editorial Comares (Granada, 1997).

El autor es el reciente Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de La Coruña. La Profra. Calvo Sánchez, titular de la Cátedra de Derecho Procesal de Salamanca, en el prólogo de la obra hace referencia a que fue presentada como trabajo de firma para el concurso-opo-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sición de la Cátedra de La Coruña y se refiere al contenido de la monografia y al método seguido por el autor para su elaboración.

Ciertamente, la obra es un estudio exhaustivo de todos los problemas procesales planteados por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, ilustrados por una completísima bibliografía y un completo acopio jurisprudencial. De ahí que además de su interés doctrinal la obra deba tener también utilidad práctica, como herramienta útil en el trabajo diario de los profesionales que operen en el campo de las relaciones arrendaticias urbanas.

En la Introducción, el autor hace una breve referencia al Proyecto de la L.A.U. y a su evolución, y resalta la enorme incidencia social de la nueva ley, afectando por igual a arrendatarios, inquilinos y propietarios-arrendadores. Las principales innovaciones de la nueva ley el autor las sintetiza en las siguientes: a) el mayor juego del principio de autonomía de la voluntad en las relaciones arrendaticias (se permite pactar el plazo de duración del contrato, se permite el arbitraje en estas relaciones, etc.); b) la tendencia a utilizar como únicos modelos procesales arrendaticios el procedimiento de cognición, el juicio de desahucio y el juicio verbal civil; c) la supresión de las especialidades procesales; d) la limitación de la posibilidad de enervar la acción de desahucio mediante el pago de la renta y la supresión del derecho a rehabilitar el contrato; y e) confirmación de la tendencia a limitar el recurso de casación. La Introducción la concluye el autor recordando la «mala prosa» de la ley, que una simple lectura del texto permite advertir y que también caracterizaba a la vieja LAU, a la cual el eminente Profesor Pérez Serrano había dedicado un bello artículo titulado precisamente «La Ley de Arrendamientos ante la Gramática».

En los sucesivos capítulos hasta los XIII de que consta la obra se abordan las normas procesales de la nueva LAU, la jurisdicción y la competencia, la postulación procesal en los diferentes juicios, para analizar a continuación los procedimientos arrendaticios urbanos, dentro del cap. V, en el que se hace un estudio pormenorizado del procedimiento-tipo en la materia (el «juicio de cognición»), del juicio de desahucio en su aplicación a las relaciones arrendaticias urbanas (ya se funde en una situación de precario, ya en la expiración del plazo del arrendamiento o en la resolución del contrato por falta de pago), así como del juicio verbal civil en su aplicación a los arrendamientos urbanos. Dentro del juicio de desahucio se dedica particular atención a la enervación de la acción y a los requisitos que deben concurrir para que resulte válidamente efectuada.

El cap. VI trata del arbitraje como medio para la solución de los conflictos arrendaticios urbanos y su ámbito de aplicación, y los siguientes versan sobre la acumulación de acciones, el ejercicio de los recursos de apelación y casación y sobre la ejecución de las sentencias dictadas en esta materia y las costas procesales. Además del estudio de las normas regulando el derecho transitorio (como es sabido han sido numerosísimos los problemas planteados por el tránsito de la anterior legislación a la nueva), se dedica un breve capítulo a la incidencia de la ejecución de la hipoteca en la relación arrendaticia (¿debe subsistir el contrato de arrendamiento cuando se ejecuta una hipoteca concertada por el propietario-arrendador?), difícil cuestión que el autor expone en pp. 191-193 aunque advirtiendo que sin proponerse abordar la compleja problemática de dicha materia.

María José MORAGA LLOP

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. ANUARIO DE DERECHO.

El «Anuario» es el órgano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes, en Mérida (Venezuela). Está dirigido por las Autoridades de la Universidad (Rector, Dr. Miguel Rodriguez Villenave, Vicerrector Administrativo Dr. Hernán López Áñez, Vicerrector Académico Dr. Leonel Vivas Jerez y Secretario Dr. Enrique Corao), así como por las Autoridades de la Facultad (Decano Dr. Andrey G. Urdaneta Morales, Directora de la Escuela de Derecho Dra. Omaida Carrillo León y la Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas Dra. Nilza González de Gutiérrez).

El volumen que presentamos es el correspondiente al año 1996 y consta de 377 páginas. Incluye cuatro estudios sobre Derecho Privado, cuatro de Derecho Procesal, cuatro de Filosofía del Derecho, uno de Historia del Derecho y tres de Sociología, más una Sección de reseñas de libros. De los trabajos sobre materias procesales uno versa sobre la Confesión judicial y su valor probatorio en los juicios de divorcio, del que es autor A. R. Marín Echevarría; otro está dedicado a las Medidas Cautelares Genéricas en el Código de Procedimiento Civil Venezolano, debido a A. Sánchez Noguera, otro versa sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica sobre Justicia de Paz, del Dr. Moisés A. Troconis V. Y otro de este mismo autor sobre Legitimación del Sistema de Justicia.

Especialmente sugestivos son los estudios sobre Filosofía del Dere-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cho, uno de Margarita Belandria sobre Kant: La Libertad como condición de Posibilidad de la Ley Moral; otro de Mayda Hocevar sobre El Sentido del «Comunismo» en Platón; otro de Lino Rodríguez-Arias Bustamante, Hacia un Derecho Popular y otro de Jorge Villamizar Guerrero sobre Aspectos Prácticos de la Etica Profesional del Abogado.

Entre los estudios de Sociología se incluyen dos sobre Rendimiento Académico Estudiantil de Rita Giacalone y Rubia Urdaneta de Hernández.

María José MORAGA LLOP

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Intervención del abogado ante la Policía Judicial*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, 484 pp.

Esta obra expone una visión general del papel del abogado en las actuaciones que lleva a cabo la policía judicial durante la fase de instrucción.

El objetivo propuesto, según nos apunta el propio autor, es «precisar si el acusado de una infracción penal sólo tiene derecho a ser asistido de abogado en las diligencias de reconocimiento en rueda o de declaración, o si también puede extenderse la intervención del abogado a las demás diligencias que se practiquen, tanto ante la policía judicial como ante la autoridad judicial».

Formalmente podemos estructurar este trabajo en cuatro partes:

En la primera, constituida por los capítulos 1.º y 2.º, se explica quién constituye la policía judicial, cómo se encuentra organizada internamente, las funciones que realizan de averiguación de los delitos públicos, auxilio de los juzgados y tribunales, y realización de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento. También, se hace una especial referencia a las atribuciones de la policía judicial en el procedimiento abreviado, donde la fase de investigación es más rápida, y se permite que sólo sea ampliada la instrucción si el atestado no fuere suficiente para formular la acusación.

La segunda parte (capítulos 3.º y 4.º) nos introduce en la forma de inicio del proceso, a través de la denuncia ante la policía judicial o del atestado policial. El proceso también puede iniciarse de oficio o por querella, pero no son tratados con tanta exhaustividad en este libro, por tratarse de formas de inicio del proceso que en la mayoría de las ocasiones no son efectuadas a requerimiento policial.

En la tercera parte (capítulos 5.º a 7.º) el autor trata el tema de la

detención, enfocada como obligación de la policía que debe cumplirse atendiendo a unas circunstancias y requisitos concretos, pero siempre al amparo de unas garantías y derechos fundamentales que deben ser respetados. En estos capítulos se abordan muy bien los problemas más importantes de la detención preventiva, como su regulación taxativa y las dificultades habituales que presenta su práctica. También se analiza el tratamiento que ha de recibir el detenido, los casos de detención ilegal y el procedimiento de habeas corpus. Destaca en estos capítulos una mención especial sobre la detención de menores como caso concreto y que requiere un análisis más específico.

Finalmente, la cuarta parte la componen el resto de los capítulos donde se hace una relación sistemática de las distintas diligencias de investigación, que son práctica habitual y útil para la aclaración de los hechos, vengan o no reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la descripción que realiza el autor sobre cada diligencia centra su atención en la actuación de la policía judicial e intervención del abogado. Para ello, hace una introducción general donde ubica estos actos en la fase de instrucción y reitera que la policía judicial es auxiliar de las decisiones del juez o del Ministerio fiscal, aunque también tiene la posibilidad de llevar a cabo algunas diligencias con el fin de defender y proteger los instrumentos del delito.

Continúa analizando la práctica y efectos procesales que resultan de cada diligencia, con el fin de aquilatar la intervención del abogado en aquéllas que no recogen la presencia del letrado como requisito de garantía. Hace especial mención en la diligencia de entrada y registro, pues está convencido «que la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia va a imponer una más intensa intervención del abogado en esta fase de investigación preliminar, especialmente cuando de las actuaciones resulte la imputación de un delito contra una persona».

Termina esta última parte con unos formularios, que otorgan una visión práctica de lo expuesto anteriormente, enriqueciendo y completando el estudio realizado de cada diligencia.

A lo largo de todo el trabajo se hace continua referencia al Derecho Comparado, y a casos reales y concretos que se han planteado en los tribunales españoles e internacionales, como en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esto, unido a la forma natural de expresarse del autor, hace la lectura más amena. Además, en cada capítulo se contiene una amplia bibliografía que puede ayudarnos a profundizar en algún tema concreto. Sería conveniente en próximas ediciones co-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rregir los frecuentes errores tipográficos, para evitar así que se perjudique el esfuerzo realizado.

La actuación del abogado ante la policía judicial ya es conocida y sintetizada en el derecho de defensa. Este derecho es inherente a la persona que se encuentra inmersa en un proceso, porque así es recogido expresamente en el art. 17.3 de la Constitución española. Por ello, la figura del abogado ha de estar presente en toda diligencia de instrucción, observando que se cumplen todos los derechos y garantías del imputado, establecidos en la Constitución y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero, lo que constituye la originalidad de esta obra es que nos introduce en el procedimiento de las diligencias y actos policiales, para conseguir familiarizarnos con ellos, y evitar que la rapidez propia de estas actuaciones nos impida desatender cualquier detalle cuya omisión pudiera perjudicar al imputado.

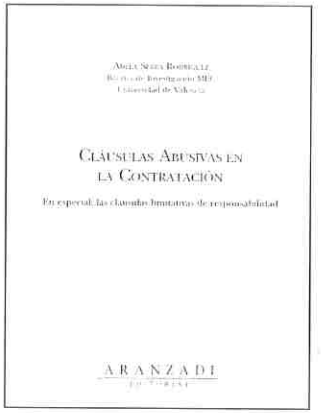
María Jesús PUGA GARCÍA

MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo; POVEDA BLANCO, Francisco, *Derecho Tributario.*



Con esta obra se pretende en un primer acercamiento sintetizar la *Parte General* del Derecho Tributario, esto es, los principios, conceptos, técnicas y procedimientos decantados en los últimos decenios que sirven de base para el establecimiento y aplicación de los tributos. Sin embargo surge como una necesidad la referencia a la *Parte Especial*, y por ello se recoge en las tres últimas lecciones de la presente edición una descripción de los tributos integrantes del sistema tributario del Estado y de los municipios, con idéntico afán y tratamiento introductorio que el operado en la Parte General.

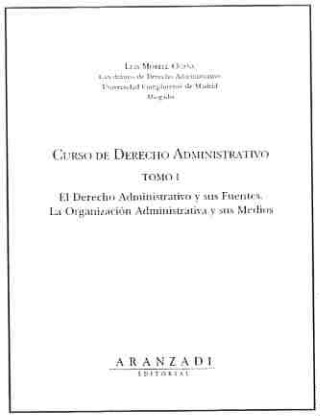
SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *Cláusulas Abusivas en la Contratación. En especial las Cláusulas Limitativas de Responsabilidad.*



Los contratos no están exentos de abusos y excesos. Estos se ponen especialmente de manifiesto en los contratos de adhesión o en las condiciones generales que habitualmente acompañan a la mayoría de los contratos; destacando sobremanera las cláusulas abusivas y entre ellas las limitativas de responsabilidad. Con el propósito de conocer y profundizar en esta situación, que ciertamente preocupa a

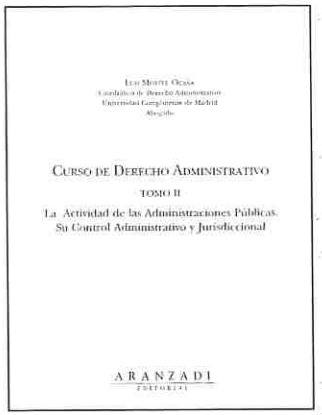
Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

consumidores y a sectores económicos de gran calado en la sociedad, se presenta al público esta monografía. En ella, y tomando como fuente de origen la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, art. 10.1.º c), se realiza un examen detallado de la situación doctrinal, legal y jurisprudencial; así mismo se destaca la importancia que han adquirido las Directivas europeas (en especial la 95/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores) y se analizan las consecuencias derivadas de estas prácticas: nulidad parcial o total del contrato.



MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I: El Derecho Administrativo y sus fuentes. La Organización Administrativa y sus Medios*, 672 páginas.

Este volumen es el primero del curso completo de Derecho Administrativo compuesto de dos volúmenes que bajo el subtítulo de «El Derecho Administrativo y sus fuentes. La organización administrativa y sus medios», recoge en veinte lecciones parte de las explicaciones de la asignatura correspondiente a los dos cursos en que se imparte en la Licenciatura de Derecho.



MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II: La Actividad de las Administraciones Públicas. Su Control Administrativo y Jurisdiccional*, 688 páginas.

Este volumen es el segundo del curso completo de Derecho Administrativo compuesto de dos vólumenes que bajo el subtítulo de «El Derecho Administrativo y sus fuentes. La organización administrativa y sus medios», recoge en dieciséis lecciones parte de las explicaciones de la asignatura correspondiente a los dos cursos en que se imparte en la Licenciatura de Derecho.

MUÑOZ MERINO, Ana, *Privilegios del Crédito Tributario. El Derecho de Prelación General*, 256 páginas.



Las garantías de que disfruta la Hacienda Pública, entre las que destaca el derecho de prelación, gozan en la actualidad de una importancia y protagonismo dignos de estudio, no podemos olvidar la trascendencia que alcanza esta materia en los procedimientos concursales o en supuestos de concurrencia de acreedores, entre otros. En esta monografía se realiza un estudio interdisciplinar de la situación actual del derecho de prelación de los créditos tributarios y su alcance tanto objetivo como subjetivo; haciéndose especial hincapié en las cuestiones más conflictivas: dispersión normativa y su interpretación, pluralidad de acreedores privilegiados, jurisprudencia de conflictos...

La autora ha llevado a cabo un análisis e interpretación exhaustivos, tanto de las normas fiscales, como de la legislación civil, mercantil, laboral, procesal y de la recientísima Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, sin olvidar su correlativa jurisprudencia. Lo que supone un esfuerzo evidente por ofrecer una visión actual, completa y rigurosa de una materia escasamente analizada por la doctrina.

CAYÓN GALIARDO, Antonio; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín; BUENO MALUENDA, María Cristina; GARCÍA GÓMEZ, Antonio; JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael; RUIZ BAÑA, María Luisa, *Los Impuestos en España*, 658 páginas.



La obra viene a ofrecer, como su propio nombre indica, una visión minuciosa y detallada de los diferentes impuestos que conforman en el momento actual el sistema estatal español. Con este objetivo, los autores realizan, un examen exhaustivo y riguroso de todas las figuras impositivas vigentes en nuestro país, recogiendo a lo largo de la exposición, las últimas y más recientes reformas legislativas habidas en esta materia. Labor

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

enriquecida por la inclusión de abundantes referencias jurisprudenciales y por la mención constante a la doctrina de la Dirección General de Tributos. De esta manera la obra en cuestión, deja de ser un mero instrumento para facilitar y complementar la labor docente convirtiéndose en un material de primera mano para los profesionales de la tributación. En suma una obra eminentemente práctica cuyo contenido pretende dar solución a los complejos problemas que hoy día plantea la compleja e irreductible normativa tributaria.



QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; VALLE MÚÑIZ, José Manuel; PRATS CANUT, José Miguel; TAMARIT SUMALLA, Josep María; GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2.432 páginas.

La reciente aprobación y entrada en vigor del Nuevo Código Penal ha supuesto un giro importante en el Derecho Penal Español, tanto por recoger las modernas orientaciones técnico-jurídicas y político-criminales, como para adaptarlo a un nuevo orden de valores ajustados a nuestro tiempo y al modelo de sociedad que persigue la Constitución Española de 1978. El vacío existente ante esta nueva legislación, hacía imprescindible la aparición de una obra como la presente. «Comentarios al Nuevo Código Penal», ha sido elaborado por un prestigioso grupo de autores, que realiza un estudio pormenorizado, artículo por artículo, del Nuevo Código Penal, conjugando el análisis científico con un enfoque eminentemente práctico, resultando en este sentido de gran interés para todos aquellos que necesitan acercarse al estudio e introducción al nuevo Código.



QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; VALLE MÚÑIZ, José Manuel; PRATS CANUT, José Miguel; TAMARIT SUMALLA, Josep María; GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 1.696 páginas.

«Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal» es un estudio sistemático de los Libros II y III del Código Penal, es decir, aquellos que describen los delitos y faltas y sus penas. En este ámbito el nuevo Código Penal de 1995 supone la asunción de un nuevo orden de valores ajustado a nuestro tiempo y al modelo de sociedad que persigue la Constitución Española de 1978. Este manual universitario ha sido elaborado por un prestigioso grupo de autores, que realizan un estudio pormenorizado, artículo por artículo, del texto legal, conjugando el análisis científico con un enfoque eminentemente práctico, resultando en este sentido de gran interés, tanto para los prácticos del Derecho, como para el entorno docente.



SÁNCHEZ GALIANA, José Antonio; PALLARÉS RODRÍGUEZ, Rosario; CRESPO MIEGIMOLLE, Miguel, *El Nuevo Impuesto sobre Sociedades, Cuestiones Prácticas*, 448 páginas.

Una respuesta clara y precisa a todas las cuestiones surgidas tras la entrada en vigor de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora el Impuesto de Sociedades. Se analizan desde un punto de vista práctico los principales problemas que la nueva Ley plantea en la realidad empresarial y diaria, con un marcado carácter didáctico, orientado a conseguir una adecuada comprensión de la normativa vigente en esta materia. Se presta especial atención al régimen general de declaración del Impuesto de Sociedades, sin olvidar los especiales (cooperativas y fundaciones), si bien estos, en su mayoría han sido ya incluidos en la nueva Ley de 1955.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



LAGUNILLA RUILOBA, María Luisa, *Competencias Profesionales de los Técnicos de Grado Medio, Orígenes, Legislación y Jurisprudencia*, 320 páginas.

La obra se presenta como una recopilación de todas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre la aplicación de la Ley 12/1986, reguladora de las atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos. La autora, junto al notable esfuerzo recopilador, se ha empeñedo en analizar: los fundamentos jurídicos que han servido de base a las resoluciones y las normas de aplicación con sus antecedentes, tanto legales como jurisprudenciales. Por ello, aspira a ser un manual, un estudio eminentemente práctico y completo que sea útil para todos aquellos colectivos que en mayor o menor medida se ven afectados por la Ley 12/1986, de 1 de abril.



OJEDA AVILÉS, Antonio; ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; RODRÍGUEZ RAMOS, Juan José, *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, 480 páginas.

Es una obra colectiva que comprendía los aspectos más importantes de la reciente Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Este libro pretende acercar al lector a los problemas aplicativos que va a plantear esta norma, realizándose un estudio pormenorizado de la misma. Su contenido se centra en aspectos como la salud laboral y los funcionarios públicos, tan escasamente tratados, los derechos y deberes de los trabajadores, los deberes del empresario, entre el que se encuentra el importante deber de evalución de riesgos, las incógnitas de la actuación de los representantes y la participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales, como punto clave para evitar los accidentes de trabajo, la paralización de actividades por riesgo grave inminente, tan escasamente utilizada pero tan importante, el nuevo papel de la Inspección de trabajo y de las Administraciones públicas, o la protec-

ción de grupos específicos de riesgo (mujer embarazada que dé a luz o en período de lactancia, menores, trabajadores sensibles a determinados riegos, protección de la procreación y trabajadores temporales).



CAZORLA PRIETO, Luis M.ª, *Impuesto sobre Actividades Económicas y Deporte*, 256 páginas.

La presente monografía se adentra en la variada realidad que se cobija bajo el concepto de deporte y su consideración como tributo. La obra parte de un acercamiento histórico de la materia, para pasar a analizar la incidencia del problemático Impuesto sobre Actividades Económicas en todas las entidades deportivas (desde el sencillo club deportivo elemental hasta la compleja sociedad económica deportiva), los elementos personales (desde los deportistas profesionales o no, hasta los árbitros y entrenadores), las actividades comerciales e industriales que se articulan a partir del deporte, y, por fin, las instalaciones y escuelas de enseñanza deportivas.



PEÑAS MOYANO, M.ª Jesús, *Las Prestaciones Accesorias en la Sociedad Anónima*, 480 páginas.

Las prestaciones accesorias constituyen en las sociedades de capital una obligación que puede ser impuesta al socio junto con la principal de aportación. Tradicionalmente vinculadas a la sociedad de responsabilidad limitada con su presencia en la Leye de 1953, han sido también admitidas expresamente para la sociedad anónima con el Texto Refundido de 1989. Al estudio de su régimen jurídico está dedicada esta obra no sin antes hacer un repaso a cuestiones introductorias como su propia historia, concepto, naturaleza jurídica, función y contenido, así como a la evolución y situación actual de las prestaciones accesorias en el Derecho comparado. En cuanto a su régimen jurídico, partiendo de las pautas dadas por el le-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gislador se realiza una tarea interpretativa e integradora que obliga a recorrer gran parte de la regulación de la sociedad anónima como consecuencia de la incidencia que en la misma puede tener la introducción de esta figura jurídica con una impronta personalista y pensadas como están para implicar más al accionista en el funcionamiento de la sociedad.



Sempere Navarro, Antonio V.; Cavas Martínez, Faustino, *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina, 1995*, 752 páginas.

La práctica totalidad de sentencias dictadas en unificación a lo largo de 1995, así como ciertos autos dotados de gran trascendencia, están no simplemente recogidos, sino comentados y analizados por los Profesores Sempere y Cavas. Para ello se ha acudido a los estudios mensuales contenidos en la Revista «Aranzadi Social», los cuales han sido revisados, integrados y actualizados para esta ocasión. Prestado especial interés al contenido, sin dejar de lado el sentido de utilidad que debe presidir una obra de estas características, en las que es imprescindible, facilitar la labor de consulta y lectura. En resumen: una monografía en la que jurisprudencia y comentarios se unen y complementan, ofreciendo una visión clara y exhaustiva de la jurisprudencia social más reciente.



García-Cruces González, José Antonio, *La Sociedad de Capital en Formación*, 240 páginas.

Tomando como centro de su estudio el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas (Sociedad en formación), el autor va desgranando de forma ponderada, didáctica y rigurosa el complejo entramado que supone la Sociedad en formación. Responsabilidad, relaciones con otras Sociedades, reconocimiento, representación, patrimonio, publicidad, disolución, inscripción (desde la nueva regulación del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio 1996).

Son algunas de las dificultades que encontramos cuando tratamos de aproximarnos a este tipo de Sociedades. Frente a ellas, esta monografía se constituye como uno de los medios más idóneos para despejar cualquier duda en tan interesante y compleja cuestión.



Durán Rivacoba, Ramón, *El Negocio Jurídico Fundacional*, 464 páginas.

Las transformaciones sufridas en materia de Fundaciones a lo largo de 1996: Reglamento de Fundaciones, Reglamento del Registro de Fundaciones. La nueva situación surgida tras la entrada en vigor de la Ley de 24 noviembre 1994. La regulación sobre esta materia por las distintas Comunidades Autónomas (incluyendo las más recientes de 1996). La jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo. Las distintas posiciones doctrinales. El estudio de las cuestiones más conflictivas en materia de Fundaciones: domiciliación, normas aplicables, tipos, transformación, elementos..., entre otros. Las opiniones vertidas por su autor. Son motivo suficiente para que podamos considerar esta obra como el estudio más cuidado, completo y ante todo actual en materia fundacional.



Mercader, Jesús R., *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La Incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, 272 páginas.

El presente libro tiene por objeto el análisis, desde una perspectiva netamente práctica, de los problemas fundamentales que plantea el actual sistema salarial. A través del detenido estudio y análisis de la jurisprudencia y de la negociación colectiva, esta obra analiza, con gran profundidad, el impacto que sobre el salario han tenido los nuevos cambios en los métodos productivos y la reciente reforma laboral. Se abordan, de este modo, desde una

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

perspectiva que integra análisis económico y realidad jurídica, temas tan cruciales como el salario mínimo interprofesional, la distribución de competencias en materia salarial en el seno de la negociación colectiva, y cuestiones como los nuevos instrumentos de ajuste empresarial de la materia salarial, bien a través de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, bien por medio de los nuevos espacios que en esta materia está adquiriendo el contrato individual de trabajo.



Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto, *El Régimen de la Prueba en la Responsabilidad Civil Médica. Hechos y Derecho*, 416 páginas.

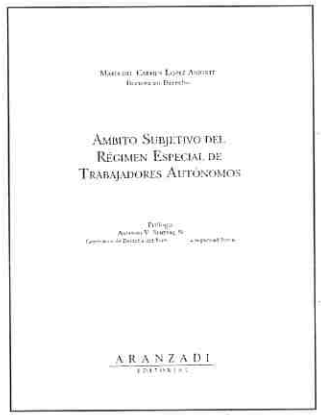
La presente obra tiene por objeto analizar varias cuestiones relacionadas con el régimen de la prueba en un campo tan actual y, al mismo tiempo, controvertido como el de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Quizás el punto más sobresaliente sea la proclamación de la presunción simple o *praesumptio hominis* como mecanismo para afirmar la existencia o, en su caso, inexistencia de culpa en la prestación sanitaria. En esta monografía, aparte de un exhaustivo estudio de los presupuestos de la culpa, en especial la relación de causalidad, el autor analiza la responsabilidad civil tanto directa como indirecta-contractual y extracontractual. También se adentra fuera de los márgenes del Código Civil, para estudiar la responsabilidad civil médica que se deriva de otras normas como la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, o la dispuesta en el ámbito comunitario, en especial la Propuesta de Directiva de 18 de enero de 1991, sobre responsabilidad del prestador de servicios.



Rives Seva, Antonio Pablo, *La Prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, 384 páginas.

Segunda edición, revisada, ampliada y puesta al día de una obra de síntesis en la que se estudian, resumen, extractan y ordenan las resoluciones más significativas en materia de prueba penal dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Recogiendo, a diferencia de la anterior edición, las más recientes dictadas a lo largo de 1996. Ofreciendo un estudio en profundidad: de la prueba en general, de los distintos medios de prueba y sus vicisitudes.

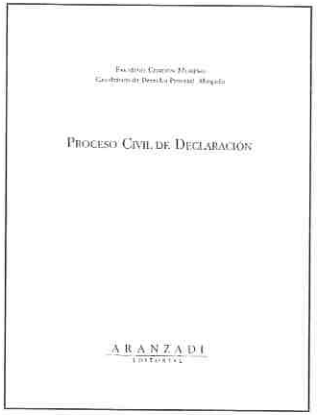
Un elemento indispensable para afrontar una fase procesal tan apasionante, compleja y necesaria; realizado desde un sentido de utilidad, que sea accesible a quienes precisan entender la prueba penal en toda su dimensión.



López Aniorte, María del Carmen, *Ámbito Subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, 528 páginas.

La expansión del régimen de trabajadores Autónomos, constituye un fenómeno imparable; es obvio que junto al Régimen General, podemos considerarlo como el único que tiene asegurada su subsistencia y que su importancia como instrumento de integración de colectivos heterogéneos es cada vez mayor. Estas razones han impulsado un estudio como éste, en el que se ha realizado un análisis cuidado y desarrollado de los elementos que conforman el concepto de trabajador por cuenta ajena y de los colectivos incluidos en este Régimen, que no olvidemos tiende a convertirse en el más amplio: «Régimen General de los Trabajadores no Asalariados». Aspectos importantes, que han sido tenidos en cuenta a la hora de elaborar esta monografía procurándose profundizar en aquellos que puedan tener una mayor incidencia práctica.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



CORDÓN MORENO, Faustino, *Proceso Civil de Declaración*, 416 páginas.

La obra recoge en forma de cuestiones cien problemas extraídos de la práctica diaria ante los Tribunales, todas ellas referentes al proceso civil y ordenadas de acuerdo con la sistematización científica común entre los autores. Con su publicación se ha buscado ofrecer un instrumento de ayuda a los profesionales del Derecho que, en su trabajo diario, pueden encontrarse con estos mismos problemas.



BUSTILLO BOLADO, Roberto O. y CUERNO LLATA, José R., *Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares* (2.ª edición), 237 páginas.

La buena acogida de este libro ha ofrecido a sus autores la oportunidad de actualizar sus contenidos e introducir nuevas reflexiones en la segunda edición que ahora ve la luz. Manteniendo el contenido de la primera, se recogen al mismo tiempo importantes novedades, destacando entre otras: las modificaciones introducidas por el RD-Ley 5/1996, de 7 de junio, de Medidas liberalizadoras en materia de suelo y un más amplio tratamiento entre los convenios urbanísticos y el Registro de la Propiedad. Incorporaciones, que no hacen sino enriquecer y actualizar la obra, en la que se continúa (con apoyo jurisprudencial), estudiando toda la problemática que afecta a los convenios, así como su legislación estatal y autonómica. Buscando aportar soluciones a los conflictos que surgen entre Administraciones públicas.



Ilustre Colegio Notarial de Bilbao. Registradores de la Propiedad y Mercantil del País Vasco, *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 512 páginas.

La obra analiza detalladamente la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1995, a través del estudio pormenorizado de sus preceptos, poniendo estos en relación con los Códigos de Comercio, la Ley de Sociedades Anónimas y el nuevo Reglamento de Registro Mercantil. Al propio tiempo, se tratan las cuestiones fiscales y contables más importantes que suscitó la entrada en vigor de la Ley y los problemas que plantea la aplicación de sus disposiciones transitorias.



VILLALÓN, Jesús y otros, *La Igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, 320 páginas.

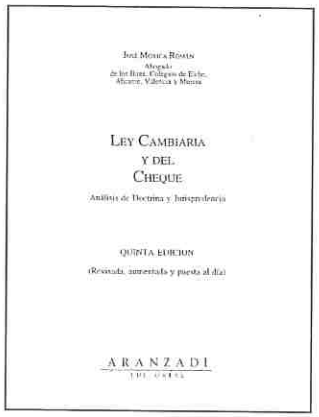
La intervención del ordenamiento comunitario en el ámbito de las relaciones laborales se ha centrado fundamentalmente, en tema de la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Teniendo en cuenta que dicho ordenamiento afecta cada día más a los respectivos ordenamientos nacionales y considerando la repercusión que los pronuciamientos del Tribunal de Luxemburgo alcanzan en esta materia es fácil entender el por qué de esta monografía, en la que como fiel reflejo del panorama jurídico actual intervienen diferentes autores de distintas nacionalidades, bajo un principio de unidad en el que tienen cabida diferentes posiciones, pudiendo extender sus conclusiones al término igualdad en todas sus manifestaciones.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa, *La Excedencia Laboral Voluntaria*, 448 páginas.

Un profundo y claro análisis de la excedencia laboral voluntaria, materia que a fuerza de conocida no deja de ser compleja en su análisis. Revisándose en su totalidad las dificultades y vicisitudes que pueden aparecer a la hora de entenderla: sus fines, concepto, tipos, naturaleza, condiciones, modo, efectos, su titularidad o el reingreso. Son algunas de las cuestiones que tienen cabida en esta obra. Convirtiéndola en un estudio insustituible sobre la materia, gracias a la numerosa regulación normativa manejada (Estatuto de los Trabajadores, Reglamentos, Convenios colectivos ...), y al empeño de su autora por presentar de modo accesible la excedencia laboral voluntaria.

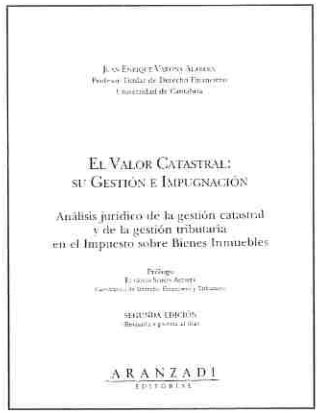


MOXICA ROMÁN, José, *Ley Cambiaria y del Cheque. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia* (5.ª edición), 1.136 páginas.

El éxito que le precede, es la mejor presentación que puede hacerse de la obra de José Moxica. En esta nueva edición (5.ª), el autor continúa realizando un estudio práctico, cuidadoso y exhaustivo de la Ley Cambiaria y del Cheque. Examinándola artículo por articulo, sin olvidar la íntima conexión existente entre los mismos; e incorporando a su propia visión del tema: las posiciones doctrinales más prestigiosas, numerosísima y escogida jurisprudencia, formularios (en número 14, redactados por el autor para ilustrar sus comentarios), bibliografía y un índice analítico que facilita notablemente la labor de consulta y estudio.

CANO MURCIA, Antonio, *Las Costas Procesales y su Jurisprudencia*, 576 páginas.

La obra es un estudio claro y completo de las costas procesales realizado a través de una rigurosa selección y recopilación de la jurisprudencia más reciente dictada por nuestros tribunales. Analizándose todas las cuestiones de todos los órdenes jurisdiccionales: Civil, Penal, Contencioso-Administrativo y Social, que afectan a esta materia: tasación, impugnación de honorarios, temeridad, justicia gratuita... Ofreciendo, por todo ello, una visión global y al mismo tiempo detallada de las costas. Sin olvidar que el sentido práctico de esta obra se ve reforzado al incluirse los textos de la legislación vigente sobre la materia y una serie de formularios, que la convierten en un instrumento de útil consulta para los profesionales del derecho.



VARONA ALABERN, Juan Enrique, *El Valor Catastral: Su Gestión e Impugnación*, 2.ª edición, 429 páginas.

Segunda edición de una obra completa, desarrollada y bien estructurada (en tres partes principales: Gestión catastral y autonomía financiera local, Gestión catastral y Gestión tributaria en el IBI). En la que se pone de manifiesto la especial relevancia que para nuestro sistema fiscal adquiere el valor catastral. Prestando atención preferente a la gestión catastral y tributaria en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Resolviendo con sentido de utilidad los conflictos que afectan a municipios y contribuyentes, basándose para ello en sólidos fundamentos jurídicos, abonados por una abundante y novedosa jurisprudencia, sin olvidar las últimas novedades contenidas en la Ley de Presupuestos del Estado para 1997.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



Arroyo de las Heras, Alfonso; Muñoz Cuesta, Javier y Goyena, Jaime, *Las Circunstancias Atenuantes en el Código Penal de 1995*, 224 páginas.

La regulación de las circunstancias atenuantes contenida en el artículo 21 del Código Penal de 1995, si bien no constituye una ruptura con el Código Penal de 1973, supone cuando menos una profunda actualización del mismo. Ante esta nueva situación es preciso buscar respuestas. Y sin duda alguna el método más idóneo, no es otro que la elaboración de una serie de cuestiones (más de 100), en las que son examinadas cuidadosa y exhaustivamente las atenuantes del Cp 1995. Podemos afirmar por tanto, que una obra de estas características es el mejor remedio frente a las dudas que surgen ante un cambio legislativo de tanta trascendencia.

Fernández Farreres, Germán, *El Paisaje Televisivo en España. Características e Insuficiencias del Ordenamiento de la Televisión*, 171 páginas.

Tras la aparición de los conflictos: RD 136/1997 y RD-Ley 1/1997, de 31 de enero, la ordenación jurídica de la televisión en nuestro país, de por sí compleja, ha pasado a ser objeto de posturas contrapuestas y de debate social. Con el objetivo de ofrecer respuestas exhaustivas y ponderadas a esta cuestión aparece esta monografía. En ella, al margen de las últimas novedades de 1997, se analiza: la situación actual del panorama televisivo (estatal y autonómico), los problemas de financiación y organización, los límites y obligaciones que se imponen a los contenidos televisivos... Pasando revista a la jurisprudencia constitucional sobre la materia, constituyéndose como un elemento insustituible para entender tan apasionante, actual y conflictiva cuestión.

Peris García, Purificación, *La Prueba en la Reclamación Económico-Administrativa y en el Recurso Contencioso*, 144 páginas.

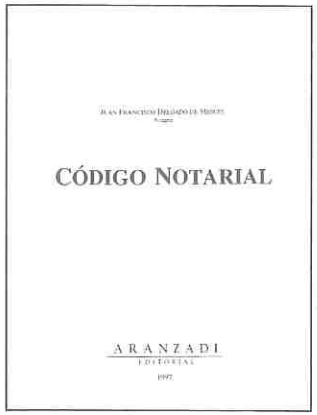
El derecho a la defensa a través de las pruebas pertinentes, proclamado en el artículo 24 de la Constitución, se ve limitado por la situación privilegiada de que goza la Administración en los conflictos entre ella y los particulares. Esta preferencia, se fundamenta en las supuestas peculiaridades del Derecho Tributario; supuestas, ya que los procedimientos tributarios son ante todo procedimientos administrativos. Bajo este prisma se estudia la prueba en los procedimientos tributarios, y en concreto en el ámbito de las reclamaciones administrativas sin olvidar su influencia en el recurso contencioso. Su autora gracias al profundo conocimiento de las diferentes posiciones y al estudio de las resoluciones judiciales quiere resolver el conflicto sempiterno entre la posición de la Administración y los particulares.



Villarín Lagos, Marta, *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, 350 páginas.

Análisis riguroso de una carga: el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, a la que se ven sometidos los Documentos Notariales. Pasando del elemento histórico (Impuesto de Timbre), hasta la regulación más actual, entre la que merece ser destacada la Ley de Cesión de Tributos de 30 diciembre 1996. Siendo objeto de estudio las cuestiones más variadas y controvertidas: hecho imponible, requisitos espaciales de sujeción y aplicación, requisitos temporales de la sujeción, obligados tributarios, exenciones fiscales... Presentadas de un modo claro y exhaustivo, de forma accesible, permitiendo un conocimiento profundo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y sus repercusiones, en tanto en cuanto, éste afecta a los documentos notariales.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, *Código Notarial*, 1.296 páginas.

Se recogen en el presente volumen las disposiciones legales reguladoras de la función notarial tales como la Ley y el Reglamento Notarial, y todas aquellas otras que de una forma directa o indirecta puedan afectar a ésta, como por ejemplo, el Real Decreto de Demarcación Notarial, el Decreto regulador del Estatuto de la Mutualidad Notarial, la Orden ministerial sobre comunicación a través de telefax entre oficinas notariales y registrales; y normas de reciente aparición como el Real Decreto 216/1996, de 20 de diciembre, sobre Aranceles de los Notarios en operaciones de subrogación y novación de préstamos hipotecarios, o la Orden de 16 de enero de 1997 sobre desglose de la Mutualidad de Empleados de Notarías.



PERIS GARCÍA, Purificación, *La Prueba en la Reclamación Económico-Administrativa y en el Recurso Contencioso*, 144 páginas.

El derecho a la defensa a través de las pruebas pertinentes, proclamado en el artículo 24 de la Constitución, se ve limitado por la situación privilegiada de que goza la Administración en los conflictos entre ella y los particulares. Esta preferencia, se fundamenta en las supuestas peculiaridades del Derecho Tributario; supuestas, ya que los procedimientos tributarios son ante todo procedimientos administrativos. Bajo este prisma se estudia la prueba en los procedimientos tributarios, y en concreto en el ámbito de las reclamaciones administrativas sin olvidar su influencia en el recurso contencioso. Su autora gracias al profundo conocimiento de las diferentes posiciones y al estudio de las resoluciones judiciales quiere resolver el conflicto sempiterno entre la posición de la Administración y los particulares.

CARDENAL CARRO, Miguel, *Contratos de Trabajo Formativos*, 227 páginas.

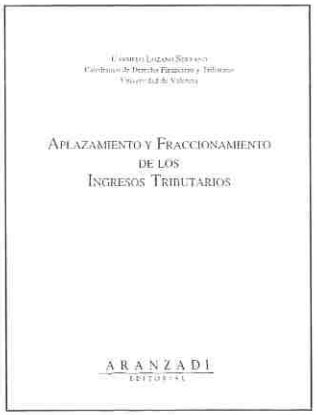
Expone mediante el sistema de cuestiones las dificultades que pueden surgir a la hora de aproximarse a contratos laborales de tipo formativo, como son el de aprendizaje y el de prácticas. Diferenciando claramente la regulación legal aplicable a cada uno de ellos. Intentando conseguir una comprensión completa de la materia, mediante la inclusión en anexos, de la normativa vigente aplicable a estos tipos contractuales y de la jurisprudencia dictada por nuestros órganos judiciales durante estos últimos años, en los que tanto el aprendizaje como las prácticas han pasado a ser verdaderas estrellas de la contratación laboral en nuestro país.



URBANO CASTRILLO, Eduardo de, *La Prueba Ilícita Penal*, 313 páginas.

La licitud o ilicitud de las pruebas es un aspecto esencial del proceso penal actual donde se juegan el ser o no ser muchos de los casos que diariamente se ventilan en nuestros Juzgados y Tribunales. Tan trascendente cuestión se presenta analizando de un modo sencillo las diferentes modalidades de prueba, diferenciando entre personales y reales, e incluyendo en la expresión prueba «ilícita» tanto las actividades sumariales como las practicadas en el plenario. Prestando atención preferente a las pruebas cuyo casuismo ha disparado últimamente el número de resoluciones (testifical, entrada y registro domiciliario, intervenciones corporales o telefónicas...). Por tanto, un manual imprescindible para los profesionales del derecho penal; más aún si tenemos en cuenta el sentido de utilidad que ha presidido su elaboración.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



LOZANO SERRANO, Carmelo, *Aplazamiento y Fraccionamiento de los Ingresos Tributarios*, 200 páginas.

Una serie y miniuciosa reflexión sobre el aplazamiento y fraccionamiento de los ingresos tributarios, respondiendo al creciente interés por parte de estudiosos, órganos de resolución económico-administrativos o judiciales y poderes normativos. Es una monografía, estructurada en dos partes principales: una primera en la que se afrontan las cuestiones más controvertidas: su marco normativo, discrecionalidad, supuestos, como medidas ordinarias, procedimiento..., y una segunda, que en forma de anexos jurisprudenciales, recoge las resoluciones y sentencias más significativas (TS, AN, TSJ o TEAC), sobre el aplazamiento y fraccionamiento.



SÁNCHEZ PINO, José, *Problemas Fiscales de la Suspensión de Pagos*, 272 páginas.

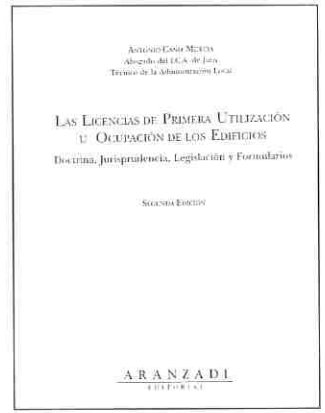
Un estudio pormenorizado, riguroso y completo de la incidencia que la suspensión de pagos tiene para la Hacienda Pública y de su relevancia en nuestro sistema impositivo. Presentado de un modo claro, en el que se busca gracias a la inclusión de la jurisprudencia administrativa y judicial recaída sobre la materia, profundizar en un tema que ha pasado, pese a su importancia, inadvertido para la doctrina. Prestando atención preferente a las últimas modificaciones y desarrollos, y en especial a la Ley de 25 julio 1995, de reforma de la Ley General Tributaria. En definitiva una obra rigurosa, oportuna y útil para los interesados en el estudio y práctica del Derecho Tributario.

CANO MURCIA, Antonio, *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios* (2.ª edición), 352 páginas.



La aparición de esta segunda edición, es un fiel reflejo del creciente interés que han alcanzado los convenios urbanísticos. Actualizando los contenidos de la primera, se recogen los comentarios doctrinales, la jurisprudencia (comentada y reunida en una serie de índices) dictada por el Tribunal Supremo y la legislación estatal y autonómica existente; todo ello enriquecido con una serie de formularios. Ofreciendo soluciones a todos los colectivos de profesionales afectados por los convenios, y respondiendo a las múltiples cuestiones que se pueden suscitar en su elaboración y aplicación.

CANO MURCIA, Antonio, *Las Licencias de Primera Utilización u Ocupación de los Edificios. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Formularios* (2.ª edición), 320 páginas.



El autor continua, en esta nueva edición, realizando una aproximación a la realidad doctrinal y jurisprudencial de las licencias de primera utilización. La escasez de posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, nos permite considerar esta obra como el elemento más idóneo para lograr entender las cuestiones que plantean este tipo de licencias. Sin olvidar, que en ella tienen cabida junto a los formularios, las sentencias más significativas del Tribunal Supremo (a texto íntegro) y la legislación estatal y autonómica que las regula. Con el objetivo de introducir al profesional del derecho, al funcionario o a cualquier persona interesada en tan conflictiva e interesante cuestión.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



CORDÓN MORENO, Faustino, *Suspensión de Pagos y Quiebra. Una visión jurisprudencial* (2.ª edición).

En esta nueva edición se ofrece una visión breve, completa y actual de las dos instituciones concursales más importantes de nuestro país: la suspensión de pagos y la quiebra. Instituciones, que debido a la regulación legal obsoleta, han de ser entendidas desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial, referencia adecuada por la que ha optado Faustino Cordón. Siempre sin rehuir los posibles conflictos surgidos entre la propia jurisprudencia dictada por nuestros Tribunales, aportando opiniones personales y soluciones a esta materia, con un espíritu didáctico.



RODRÍGUEZ GÓMEZ, Salvador, *La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de IVA. Estudio sistemático e incidencia en la regulación española del Impuesto*, 409 páginas.

El conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resulta indispensable para la correcta trasposición de las Directivas sobre el IVA a nuestro ordenamiento interno. La ignorancia sobre las mismas, impide que en muchas ocasiones, puedan ser utilizadas y servir de apoyo a los particulares en la defensa de sus intereses. Este libro valora la situación, mediante un análisis detallado de la Jurisprudencia en materia de IVA dictada por el TJCE desde 1977. Comentando al mismo tiempo las relaciones existentes entre el ordenamiento comunitario y nacional, poniendo de manifiesto las dificultades y contradicciones existentes. La obra incorpora el texto consolidado de la Sexta Directiva con sus modificaciones, así como índices (cronológica y por asuntos) de las Sentencias analizadas.

LORCA MARTÍNEZ, José, *Las Estafas del Art. 251 del Código Penal de 1995*, 176 páginas.



La regulación que de las estafas (estelionato, simulación), ha realizado el Código Penal de 1995 en su artículo 251, supone un nuevo enfoque de viejas figuras delictivas. Tratar de ofrecer una respuesta rigurosa, profunda y al mismo tiempo breve, es objetivo cumplido de esta obra; en ella se manejan con evidente soltura todas las ramas de ordenamiento jurídico que de un modo u otro afectan a estos tipos delictivos, configurándose como un análisis detallado y exhaustivo del artículo 251 y de los diferentes elementos que intervienen a la hora de su estudio: sujeto, conducta, nexo, objeto o engaño entre otros.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Legislación General vigente en materia de Urbanismo tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997*, 640 páginas.



La presente obra, preparada por D. Luciano Parejo y un grupo de colaboradores de la Universidad Carlos III, aborda el estado en que se encuentra la legislación urbanística tras la trascendental Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997. El alcance de dicha sentencia, declarando nulos la gran mayoría de los artículos del TRLS de 1992, y «resucitando» el Real Decreto de 1976, es ampliamente tratado en esta obra. Junto a las dos normas citadas, se recoge la normativa reglamentaria sobre urbanismo. La obra se completa con un listado de las leyes autonómicas existentes sobre la materia y con la inclusión de la Sentencia del Tribunal Constitucional en su totalidad.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



CALDERÓN CARRERO, José Manuel, *La Doble Imposición Internacional en los Convenios de Doble Imposición y en la Unión Europea*, 368 páginas.

La creciente importancia de los efectos de la doble imposición, ha propiciado una verdadera escalada mundial de mecanismos destinados a la eliminación de los mismos, destacando entre ellos: los Convenios de Doble Imposición. Estos son el origen y la razón de este estudio, en el que se da buena cuenta de: los Modelos de Convenio (OCDE, ONU y EEUU), de la doctrina, legislación y jurisprudencia internacional sobre la materia, de los Convenios firmados por España y de sus efectos en nuestro ordenamiento, y de la problemática planteada en la Unión Europea tras el Tratado de Maastrich. Configurando, por todo ello, un manual de primer orden sobre la cuestión.



APARICIO PÉREZ, José, *El Delito Fiscal a través de la Jurisprudencia*, 448 páginas.

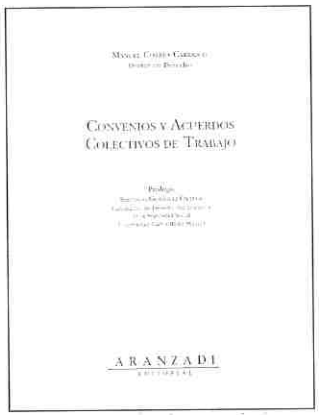
Gracias a la utilización de la práctica totalidad de jurisprudencia existente (recogida en índices) sobre la materia, podemos considerarlo como un estudio absolutamente novedoso sobre el delito fiscal. Sin dejar de lado el análisis doctrinal, pero fundando sus respuestas en la jurisprudencia recaída sobre el delito fiscal, su autor desvela las principales incógnitas que fiscalistas y penalistas tratan de resolver: bien jurídico protegido, sujeto activo, tipos, antijuricidad, consumación, responsabilidad civil... Contemplando la regulación tributaria y penal (CP 1995), de tan actual y apasionante cuestión.

QUITANA CARLO, Ignacio; BONET NAVARRO, Ángel; MUERZA ESPARZA, Julio J.; SAMANES ARA, Carmen; CARPI PÉREZ, Joaquín de y GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa, *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, 304 páginas.



El sistema arbitral de consumo, es una cuestión muy apetecible para que un grupo de expertos juristas (compuesto por catedráticos y profesores universitarios), decida poner manos a la obra y llevar a cabo una obra de estas características. Partiendo del RD 636/93, se realiza desde una perspectiva procesal y mercantil una labor de análisis y comentario del arbitraje de consumo (incluyendo formularios), pretendiendo facilitar el acceso a este medio tan útil de resolución de conflictos, no sólo a expertos profesionales, sino a todos los consumidores en general.

CORREA CARRASCO, Manuel, *Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo*, 352 páginas.



La negociación colectiva, una de las instituciones insignias de nuestro derecho laboral, pese a su clásica problemática, continúa planteado nuevas controversias. Tras las últimas reformas legislativas, la apuesta del legislador por acentuar la importancia de la negociación, exige una sistematización de los diferentes instrumentos convencionales; en este marco jurídico aparece la presente monografía, en la que manejando abundante jurisprudencia, se ofrecen soluciones a los problemas que suscitan los acuerdos y convenios, mediante el estudio de los distintos tipos de fuentes (convenios y acuerdos) y sus relaciones. Aportando respuestas novedosas a una materia de enorme interés y conflictividad social.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



ERDOZÁIN LÓPEZ, José Carlos, *Las Retransmisiones por Cable y el Concepto de Público en el Derecho de Autor*, 464 páginas.

Es obvio que las retransmisiones por cable y su relación con los derechos de autor, pese a su relevancia, suponen una novedad en nuestro país. Por ello disponer de una obra de estas características, en la que se aúnan: la utilización de abundante información y materiales, y un claro rigor expositivo, facilita notablemente la adquisición de conceptos claros sobre la materia. Contribuyendo a reafirmar esta impresión el análisis cuidadoso: del derecho comparado, de la situación en España y en Europa y el recuerdo a la perspectiva histórica y normativa (incluyendo el célebre Convenio de Berna).



BLANCO CORDERO, Isidoro, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 608 páginas.

Aborda el estudio del fenómeno de blanqueo de capitales de origen delictivo. Exponiendo de manera rigurosa y amena la cuestión del blanqueo. Los métodos más habituales empleados por las organizaciones delictivas de mayor importancia a nivel mundial o la revisión de los instrumentos internacionales más destacados sobre la materia, son un buen comienzo para una obra que culmina con el análisis detallado del artículo 301 del vigente Código Penal de 1995, centrando su análisis en cuestiones tales como: el objeto material, la acción típica, el error, el tipo subjetivo del delito doloso, el bien jurídico protegido, los sujetos o los tipos de imperfecta realización.



RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, *Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*, 226 páginas.

La regulación contenida en la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, pone de manifiesto la sustantividad e importancia que ha alcanzado esta cuestión en nuestro derecho civil. Buscando concretar el régimen de responsabilidad previsto en la misma, las causas de exoneración de la responsabilidad, la carga de la prueba, la concurrencia del perjudicado en la causación del daño o los límites a la responsabilidad del fabricante, entre otras; aparece este estudio, en el que se da un profundo repaso a la regulación contenida en la Ley 22/1994, a sus precedentes jurisprudenciales y legislativos (incluyendo la Directiva 374/85/CEE) y el estado actual de la responsabilidad civil del fabricante.



BLANCO MORALES LIMONES, María Pilar, *La Transferencia Internacional de Sede Social*, 224 páginas.

La creciente internacionalización de la actividad económica da lugar a situaciones como la de la transferencia internacional de sede social; para llegar a un conocimiento pleno de la misma, es preciso un análisis riguroso, sensato y por qué no decirlo didáctico, como el que la colección Revista de Sociedades pone en manos de sus lectores. Los criterios para determinar la «lex societatis» o su regulación en el derecho español y comunitario son el punto de partida de una monografía que a través de sus páginas trata de profundizar en las dificultades que se presentan a los profesionales que quieren respuestas rápidas y eficaces.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



Gómez Puente, Marcos, *La Inactividad de la Administración*, 973 páginas.

Como resultado de varios años de investigación, aparece el más extenso y detallado estudio sobre el fenómeno de la inactividad administrativa. No se trata de ofrecer un marco teórico, hasta ahora inexistente, sino que se plantean un largo elenco de supuestos y cuestiones prácticas: ¿Puede exigirse a la Administración que dicte un reglamento?, ¿Cómo combatir situaciones de inactividad en las que no pueden hacerse valer la técnica del silencio administrativo?, ¿Son indemnizables los perjuicios causados por la inactividad de la Administración?, ¿Cuándo puede exigirse el establecimiento de un servicio público?, etc. Convenientemente aderezado con las distintas doctrinas y la jurisprudencia más actual.



Simón Acosta, Eugenio, *Los Incrementos no justificados de Patrimonio*, 220 páginas.

La institución de los incrementos no justificados de patrimonio, en virtud de la cual se da un tratamiento de renta gravable en el IRPF (y en su caso en el IS) a los elementos patrimoniales del contribuyente, que no se corresponden con las fuentes de financiación aparentemente disponibles para adquirir tales bienes; son una buena piedra de toque para esta cuarta entrega de Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria, en la que Eugenio Simón, siguiendo el esquema habitual de la colección, en dos partes principales: una teórica y otra práctica (anexos jurisprudenciales, TS, AN, TSJ, TEAC), nos conduce hábil y brillantemente por el intricado y complejo panorama de los incrementos no justificados.



Huesca Boadilla, Ricardo (Coordinador); Dago Eloza, Íñigo; Zabala Rodríguez-Fornos, Arturo; Lozano Beltrá, Juan; Pérez Torres, Eusebio; Nuez Sánchez-Cascado, Elisa de la, *Las Reclamaciones Económico Administrativas. Comentario al Nuevo Reglamento de Procedimiento*, 1.024 páginas.

El manual necesario para aproximarse y comprender las reclamaciones económico administrativas. Elaborado por un prestigioso grupo de profesionales del derecho, cuyo objetivo fundamental es presentarlas de una manera clara, accesible y completa. Se da repaso a las reclamaciones en todos sus aspectos: ámbito de aplicación, órganos competentes, sujetos interesados, objeto, actuaciones, suspensión del acto impugnado, procedimiento económico-administrativo, ejecución de resoluciones, recursos ... Dirigido a todos aquellos que están interesados o afectados por estas reclamaciones.



Adam Muñoz, María Dolores, *El Proceso Civil con Elemento Extranjero y la Cooperación Judicial Internacional* (2.ª edición), 256 páginas.

Analiza las peculiaridades del proceso civil español cuando se ve afectado por un elemento de extranjería de cualquier tipo: demandante, demandado, actos procesales probatorios o de comunicación y su posterior integración en el proceso ante tribunales españoles. Examinado al mismo tiempo los preceptos legales contenidos en nuestras leyes y en los convenios en que España es parte. Recogiendo (en esta 2.ª edición) las últimas novedades legislativas: Ley 1/1996, de 10 enero, de asistencia gratuita y su Reglamento RD 2103/1996, RD 155/1996, de 2 febrero, que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros..., y jurisprudenciales.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



Gala Durán, Carolina, *La Responsabilidad Empresarial por Incumplimiento de las Obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social*, 672 páginas.

La obra constituye un estudio preciso y exhaustivo del incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones básicas respecto de los trabajadores a su cargo. Los antecedentes, la regulación contenida en el artículo 126.2 del TRLGSS, los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización, el procedimiento para exigir la responsabilidad, la responsabilidad administrativa o penal, los supuestos especiales o la concurrencia de responsabilidades, son revisados con rigor y profundidad acudiendo para obtener este resultado a la doctrina, normativa y jurisprudencia existente.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez