JUSTICIA 2000

NÚMEROS II-III-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

2000

J. M. BOSCH EDITOR — BARCELONA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«JUSTICIA 2000»

ADMINISTRACIÓN (suscripciones), José M.ª Bosch, editor, Ronda Universidad, 11, 08007 Barcelona, Tel. 93 317 5308.
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.

© 2000, J. M. Bosch, editor
Librería Bosch, S.L.
Ronda Universidad, 11 – 08007 BARCELONA
http://www.libreriabosch.es/jmb
e-mail:jmb@libreriabosch.es

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

DACIONES DE CUENTA

La naturaleza jurídica del art. 61.2 LP y sus consecuencias prácticas, por Vicente Pérez Daudí 237
El juicio verbal «auténtico» y los procesos sumarios en el marco de la nueva LEC, por David Vallespín Pérez 271
Las dilaciones indebidas y el secretario judicial, por Mar Jimeno Bulnes ... 289
La prueba en la apelación de sentencias penales del proceso penal abreviado, por Mercedes Llorente Sánchez-Arjona 341
Aproximación a la regulación de la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), por Antonio Gisbert Gisbert 355
Estudio comparativo de los sistemas arbitrales de consumo español y argentino, por Ana M.ª Rodríguez Tirado 385

COMISIONES ROGATORIAS

Las reformas procesales penales en América Latina, por Kai Ambos y Jan Woischnik 427
Normas transnacionales de enjuiciamiento civil, por Geoffrey C. Hazard, Jr., y Michele Taruffo 485

EXEQUÁTUR DE TÍTULOS PUBLICADOS 509

DACIONES DE CUENTA

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ART. 61.2 LP Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

(La pretendida inversión de la carga de la prueba en los procesos por vulneración de las patentes de procedimiento para la obtención de productos o sustancias nuevos del art. 61.2 LP)

VICENTE PÉREZ DAUDÍ*
Profesor titular de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

El art. 61.2 LP prevé que «*si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado*». A continuación regula la práctica de las diligencias de prueba en contrario, para lo que «*se*

* Quiero agradecer al Dr. Jorge NIEVA FENOLL la colaboración en la traducción y desarrollo de las notas de derecho alemán que se realizan en este trabajo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tomarán en consideración los legítimos intereses del demandado para la protección de los secretos de fabricación o de negocios».

El objeto de este estudio es el análisis de esta norma. Para ello determinaremos en primer lugar su naturaleza jurídica. Como pondremos de relieve la doctrina mayoritariamente la ha considerado como una norma de inversión de la carga de la prueba. Otro sector doctrinal lo ha considerado como una presunción en sentido técnico. Las consecuencias jurídicas de la determinación de la naturaleza jurídica son tan diversas que es necesario determinarla para restringir la aplicación de este precepto a sus verdaderos límites.

A continuación desarrollaremos su ámbito de aplicación subjetivo. En este momento tendrá una especial incidencia la postura que hayamos adoptado en torno a su naturaleza jurídica puesto que la consideración de esta norma como de inversión de la carga de la prueba puede causar un grave perjuicio al demandado cuando no sea el fabricante del producto o sustancia similar o idéntico. Por el contrario si nos hallamos ante una presunción el demandado, con independencia de que sea o no el fabricante, tiene mayor facilidad para defenderse frente al ámbito de aplicación de esta norma al poder excepcionar tanto los hechos presumidos, el nexo causal y los hechos base.

Antes de analizar este precepto queremos poner de relieve la deficiente técnica legislativa. El legislador de la LP cumple con una obligación internacional que contrae España al ingresar en la UE. Su finalidad era que el titular de una patente de procedimiento no tuviera que acreditar que se ha vulnerado su patente de procedimiento cuando ésta sea el único mecanismo conocido por el estado de la técnica para lograr ese producto o sustancia que tiene el carácter de novedad. El legislador transcribe literalmente los textos internacionales que contenían esta normativa. Pero de esta forma lo que realiza es resolver un problema de derecho material a través de un mecanismo procesal utilizando una técnica defectuosa, lo que conlleva las dificultades prácticas que pondremos de relieve a lo largo de este trabajo.

2. El Art. 61.2 LP

A) Antecedentes legislativos

El origen histórico de esta norma lo hallamos en la reforma de 1891 de la ley de patentes alemana previendo que si una patente tiene por objeto un

procedimiento para la fabricación de una sustancia nueva, se presume, salvo prueba en contrario, que toda sustancia de las mismas características ha sido obtenida por el procedimiento patentado[1].

En el Convenio de la Patente Comunitaria[2] el art. 35 prevé que «si el objeto de una patente comunitaria fuera un procedimiento que permita obtener un producto nuevo, cualquier producto idéntico fabricado por persona diferente del titular de la patente, se considerará, salvo prueba en contrario, como obtenido por este procedimiento». Este precepto obligó a los Estados miembros a modificar su legislación interna para introducir esta previsión[3].

En España se propusieron varias reformas del Estatuto de la Propiedad Industrial[4]. El Anteproyecto de 1967 preveía en su art. 34.2 que «*si el producto obtenido por el procedimiento es nuevo, se presumirá, salvo prueba en contrario, que todo producto de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado*». Posteriormente el Anteproyecto de Ley de Patentes y de Modelos de Utilidad de 1970 (ACO) establecía en su art. 27 que «si una patente tiene por objeto un *procedimiento para la fabricación de productos o sustancia nuevos, se presume que todo producto o sustancia de las mismas características, salvo prueba en contrario, ha sido obtenido por el procedimiento patentado*». Finalmente el proyecto de ley de patentes de 1981 establecía en su art. 73.2 que «*si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, sal-*

1. En Alemania actualmente está en vigor el § 139.3 *Patentgesetz* que establece que: «Si el objeto de la patente es un procedimiento para fabricar un nuevo producto, se entenderá, hasta que se practique prueba en contrario, que el mismo producto que haya sido fabricado por otro, ha sido fabricado según el mismo procedimiento. En la práctica de la prueba de lo contrario se tomarán en consideración los intereses legítimos del demandado para la protección de sus secretos de fabricación y empresariales».

2. Acuerdo 89/685/CEE, celebrado en Luxemburgo el 15 de diciembre de 1989, Diario Oficial de la CEE de 30 de diciembre de 1989, L401. El antecedente de este acuerdo se halla en el Convenio de la patente comunitaria de 15 de diciembre de 1975, en materia de violación y de validez para las patentes comunitarias.

3. Italia reformó su ley de patentes (RD de 29 de junio de 1939, n. 1127) a través del DPR de 22 de junio de 1979 (n. 338). El art. 2 prevé que «La patente concerniente a un nuevo método o proceso industrial atribuye al titular el uso exclusivo. La exclusividad incluye la puesta en el comercio del producto directamente obtenido con el nuevo método o proceso industrial. *Cuando el producto sea nuevo, todo producto idéntico se presume obtenido, salvo prueba en contrario, con el método del proceso que sea objeto de la patente*».

4. Ver Guix i Castellvi para un análisis de las críticas que se efectuaban al EPI (*Ley de Patentes 11/1986, de 20 de marzo (I)*, en «Actualidad Civil», 1988-I, marginal 277, págs. 890 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

vo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado»[5].

Por lo tanto ya existía una preocupación por esta materia en España antes de la aprobación de la Ley de Patentes de 1986. Sin embargo, el elemento determinante de la modificación del EPI fue la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea. En el Tratado de Adhesión España se comprometió a introducir en nuestro derecho la inversión de la carga de la prueba del art. 75 del Convenio de Luxemburgo y a la saisie-description cuando ésta deba soportarla el titular de la patente.

En 1986 se aprueba la Ley de Patentes y se cumple con estas dos obligaciones internacionales que había asumido España[6]: en el art. 61.2 LP se regula la inversión de la carga de la prueba cuando se alegue la infracción de una patente de procedimiento para la fabricación de un producto o sustancia nuevos y en los arts. 129 y ss. LP las diligencias de comprobación de hechos. Ambas instituciones tienen la finalidad de reforzar las patentes de procedimiento facilitando la fijación de los hechos en el proceso.

Pero la razón de obligar a España a regular «la inversión de la carga de la prueba» cuando se afirme que ha sido vulnerada una patente de procedimiento para la fabricación de un producto o sustancia nueva se halla en el carácter de *probatio diabolica* que tiene el probar que un producto ha sido fabricado a través del procedimiento patentado y no de otro[7]. Como hemos

5. Este proyecto de Ley de Patentes fue elaborado teniendo en cuenta el derecho comunitario y es el antecedente inmediato de la actual Ley de Patentes de 1986. Su no aprobación fue debido a que el proyecto de ley decayó como consecuencia de la disolución de las Cortes por la convocatoria de las elecciones generales de 28 de octubre de 1982.

6. BERCOVITZ pone de relieve la necesidad de incorporar al derecho interno el Convenio de la Patente Europea y el de la Patente Comunitaria. El legislador los incorpora no sólo en su contenido, «sino también en la literalidad de los preceptos establecidos en los Convenios» (BERCOVITZ, *La nueva Ley de Patentes*, Madrid, 1986, pág. 24). A continuación afirma que «la coincidencia literal entre muchos artículos de la nueva Ley y de los Convenios europeos de patentes tiene la ventaja de que pueden ser utilizados a efectos interpretativos las resoluciones de otras instancias judiciales en distintos países de la Comunidad, así como las construcciones doctrinales referentes a los Convenios» (op. cit., pág. 25) tenía dos opciones.

7. En este sentido se pronuncia la exposición de motivos de la Ley al afirmar que «se incrementa la protección a las patentes de procedimiento para la obtención de productos nuevos, mediante la introducción del principio de inversión de la carga de la prueba, modificándose las reglas de derecho procesal que establecen que la carga de la prueba incumbe a quien afirma». Del mismo modo se pronuncia la generalidad de la doctrina que ha comentado este precepto: BERCOVITZ (op. cit., pág. 50), CORRAL PERALES (en *La prueba de la infracción a partir del 7 de octubre de 1992, en las acciones judiciales por violación del derecho de patentes, las diligencias de comprobación de hechos*, en «Nuevos desarrollos en propiedad industrial», Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1993, pág. 73), GONZÁLEZ POVEDA (*Normas procesales en la Ley de patentes*, en La Ley 1988-4, pág. 1011), LEMA DEVESA y GÓMEZ MONTERO (*Régimen jurídico de las patentes químicas y farmacéuticas en España*, en La Ley de 22 de septiembre de 1992, pág. 4), OTERO LASTRES, LEMA DEVESA, CASADO CARVIÑO y GÓMEZ MONTERO (en *Praxis mercantil*, Barcelona, 1987, pág. 129) y PÉREZ DAUDÍ (en *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Barcelona, 1996, pág. 31).

indicado anteriormente las dificultades de interpretación de esta norma se hallan precisamente en esta circunstancia; es decir, en la resolución a través de un mecanismo procesal de un problema de derecho material. Si esta norma no existiera el órgano jurisdiccional podría construir esta presunción con mayor libertad. Al haberse regulado los juzgados y tribunales están obligados a aplicarla por su carácter de funcionarios públicos. Pero esta circunstancia motiva que se hayan producido situaciones de indefensión[8] al no preverse expresamente ninguna excepción a la aplicación automática de este precepto.

Entendemos que para la correcta aplicación de esta norma es esencial delimitar su naturaleza jurídica. Sólo de esta forma se podrá delimitar su verdadero alcance y cuáles son las posibilidades de defensa del demandado frente a su aplicación. Por otro lado pondremos de relieve como ésta es una norma dirigida al órgano jurisdiccional, y por lo tanto sólo a él le corresponde valorar las circunstancias concretas que pueden justificar su no aplicación. Recordemos que este precepto forma parte del ordenamiento jurídico español, por lo que debe ser interpretado en coherencia con el mismo y fundamentalmente, con el art. 14 y 24 de la Constitución Española de 1978[9].

8. La Sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de marzo de 1999, ponente GIMENO-BAYÓN COBOS, en su fundamento jurídico décimo reconoce que la aplicación de esta norma ha originado problemas «que son de tal magnitud que inciden en la inteligencia de la norma con tal vigor que exigen una interpretación parcialmente abrogatoria del precepto». A continuación la analiza como norma de inversión de la carga de la prueba y llega a la conclusión de que «no existe base para desviarnos de la interpretación del precepto en sus propios y claros términos, que eleva a rango de norma y presunción jurídica lo que constituye una presunción de hecho, sin que la conjunción de los argumentos expuestos —mayor facilidad por comunidad de intereses, único acceso a las fuentes de prueba, regla de la normalidad y presunciones de hombre—, permita entender arbitraria, injusta o desproporcionada la opción elegida por el legislador en orden a la distribución de la carga de la prueba, y determina que entendamos que no es tributaria de cuestión de constitucionalidad».

9. Ver extensamente BERZOSA FRANCOS para un análisis del principio de igualdad de las partes en el proceso y su inclusión en el art. 14 o en el art. 24 CE (en *Principios del proceso*, en «Justicia», 1992, número III, págs. 569 y ss.).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

B) Naturaleza jurídica

El legislador afirma en la exposición de motivos que «se incrementa la protección a las patentes de procedimiento para la obtención de productos nuevos, mediante la introducción del principio de inversión de la carga de la prueba, modificándose las normas del derecho procesal que establecen que la carga de la prueba incumbe a quien afirma».

La mayoría de la doctrina afirma que el art. 61.2 LP es una norma de inversión de la carga de la prueba[10]. Sin embargo, CUCARELLA, tras afirmar que es acertado incluir el art. 61.2 LP en el estudio de la carga de la prueba en los procesos de patentes, no considera que «la disposición que estudiamos implique una inversión de la carga de la prueba»[11]. Según CUCARELLA nos encontramos ante una presunción en sentido técnico[12], modificándose el *thema probandi* y no el *onus probandi*. La estructura de la presunción vendría delimitado por la existencia de una única patente de procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos y que un tercero, sin el consentimiento del titular de la patente, comercialice, fabrique o distribuya un producto o sustancia de las mismas características que el producto que se obtiene a través del procedimiento patentado. Afirma que «si concurren estos hechos base, el legislador considera que debe presumirse la violación de la patente de procedimiento»[13].

La consideración de la regla del art. 61.2 LP como presunción o como norma de inversión de la carga de la prueba es fundamental para la parte actora, porque sólo estableciendo correctamente su naturaleza jurídica las partes podrán prever cuál va a ser la consecuencia de la falta de prueba de los hechos constitutivos de la pretensión y cuáles serán los medios de defensa que podrá utilizar el demandado[14]. Esto se debe a que la presunción se forma en la fase de fijación de los hechos, mientras que las reglas de la carga de la prueba solo surgen en el periodo de comprobación una vez han sido fijadas las afirmaciones judiciales; es decir, en el primer caso se tiende a extraer unas afirmaciones de otras dadas, mientras que en el segundo se tiende a solucionar el problema que se produce cuando no existe una determinada afirmación[15]. Es decir, si se trata de una presunción el actor tendría la posibilidad de intentar acreditar los hechos base de la presunción o el hecho resultado, mientras que en el segundo supuesto el actor tendría que realizar la actividad probatoria que estimara pertinente y que se dirigiera a la prueba de la infracción de la patente de procedimiento, debiendo, además, acreditar las circunstancias exigidas por el art. 61.2 LP para que el legislador pudiera aplicar la norma de

10. En este sentido BERCOVITZ (*La nueva ley...*, cit. pág. 50), CORRAL PERALES (*La prueba de la infracción a partir del 7 de octubre de 1992, en las acciones judiciales por violación de derecho de patentes. Las diligencias de comprobación de hechos*, en «Nuevos desarrollos en propiedad industrial», Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1993, pág. 74), FERNÁNDEZ-NOVOA (*La inversión de la carga de la prueba en las patentes de procedimiento —comentario a la sentencia del Tribunal Federal Alemán de 25 de junio de 1976—*, en «Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial», CEFI, 1987, n. 1, págs. 7 y ss.), GONZÁLEZ POVEDA (*Normas procesales...*, cit. pág. 1011), GUIX i CASTELLVI (*Ley de patentes...*, cit., pág. 896), LEMA DEVESA (*La inversión de la carga de la prueba en las patentes de procedimiento*, en «Comunicaciones Instituto de Derecho y Ética Industrial, nº 15, julio-septiembre 1998, págs. 64 y ss.), LEMA DEVESA y GÓMEZ MONTERO (*Régimen Jurídico...*, cit., pág. 4), OTERO LASTRES, LEMA DEVESA, CASADO CARVIÑO y GÓMEZ MONTERO (op. cit., pág. 129) y PEDEMONTE FEU (en *Comentarios a la Ley de patentes*, Barcelona, 1995, pág. 170).

En Italia la doctrina también considera que la presunción que se regula en el 2 de la Ley de Patentes, R.D. 29 junio 1939, n. 1127, revisado por DPR 22 de junio de 1979 (n. 338) desarrolla una norma de inversión de la carga de la prueba. En este sentido BONASI (*Ambito di tutela del brevetto di metodo*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1960, pág. 269) y VERCELLONE (*Oggetto e contenuto del diritto di brevetto sulle invenzioni di procedimento*, en «Rivista de Diritto Industriale», 1959, parte I, pág. 165).

11. CUCARELLA GALIANA, *El proceso civil en materia de patentes*, Granada, 1999, pág. 403.

12. CUCARELLA GALIANA, op. cit., pág. 404. En sentido similar SCHRAMM y HENNER, *Der Patentverletzungsprozeß*, Colonia, 1965, pág. 251.

13. CUCARELLA GALIANA, op. cit., pág. 409.

14. En Alemania la confusión surge de un sector de la doctrina mercantilista alemana (PIETZCKER, *Zum Stoff- und Neuhitsbegriff des §47 Abs. 3 PatG*, «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», nº 12, 1963, pág. 601) que concibió erróneamente el §139.3 *Patentgesetz*, como una norma de inversión de la carga de la prueba, sin duda a consecuencia de la defectuosa interpretación de la equiparación que entre normas de presunción y normas de carga de la prueba realiza la doctrina procesalista alemana (ver *infra*), así como de una indebida y exigente interpretación jurisprudencial de la norma, que aunque no lo dijera expresamente, la concebía con las exigencias propias de una norma de inversión de carga de la prueba (ver jurisprudencia alemana al respecto en SCHRAMM y HENNER, op. cit., pág. 251, y compararlo con los casos analizados en ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, München 1993, págs. 675-676, de auténtica inversión de la carga de la prueba). Dicha jurisprudencia constituyó una reacción a la etapa jurisprudencial anterior, en la que había primado el secreto industrial del demandado sobre la protección de la patente de procedimiento del demandante, lo que había ocasionado diversas injusticias (DANZIGER, *Der neue Stoff im Sinne des Patentgesetzes*, «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», nº 11, 1925, p. 290).

15. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2º, Madrid, 1981, pág. 603.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

inversión de la carga de la prueba en el caso de que la alegación de la infracción no resultase probada.

Antes de tomar partido por una de estas opciones debemos determinar cómo podemos identificar una presunción en sentido técnico de una norma legal de inversión de la carga de la prueba.

a) La carga de la prueba

El art. 24 CE reconoce el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva, lo que ha sido interpretado por el TC en el sentido de entender que el justiciable tiene derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho[16]. Esta obligación ya estaba prevista por los arts. 1.7 Cc y 361 LEC que regulaban la prohibición de *non liquet*[17].

Cuando las afirmaciones realizadas sobre los hechos aparecen acreditadas en el proceso el Juez podrá dictar una resolución de fondo que resuelva la cuestión litigiosa de forma irrevocable. La dificultad surge cuando la prueba es insuficiente o no existe. En este caso el Juez se encuentra ante la disyuntiva de tener que resolver sin haberse formado una convicción sobre los hechos alegados por las partes[18]. En estos casos el ordenamiento jurídico proporciona

16. La sentencia del TC 69/1984 de 11 de junio, f.j. 2, BOE 11 de julio de 1984, afirma que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva «consiste en obtener una resolución de fondo, si bien tal derecho se satisface cuando la resolución es de inadmisión y se dicta en aplicación razonada de una causa legal». En el mismo sentido STC 93/1984 de 16 de octubre (f.j. 5, BOE de 31 de octubre de 1984), STC 11/1988 de 2 de febrero (f.j. 4, BOE de 21 de abril), etc. Ver ampliamente CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 177 y ss.

17. Esta norma ya estaba recogida en la primera edición del Cc. El art. 6 regulaba la obligación del órgano jurisdiccional de pronunciarse sobre el fondo del asunto afirmando que «el Tribunal que rehusare fallar, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia en las leyes, incurrirá en responsabilidad». En el segundo párrafo se remitía al sistema de fuentes para resolver el punto controvertido (ver un extracto de la jurisprudencia del TS en la recopilación efectuada por RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina Civil del Tribunal Supremo*, tomo I, 1961, págs. 167 y ss.; BATLLE VÁZQUEZ afirma que «la variación que se observa entre los dos textos haya que considerarla de forma, porque el contenido viene a ser idéntico y responde a la idea de que los Tribunales no pueden). Incluso la Novísima Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 regulaba en su art. 61.2 que los Jueces «no podrán, bajo ningún pretexto, los Jueces ni los Tribunales, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido dictadas en el pleito» que «las sentencias deben ser claras y precisas, declarando, condenando o absolviendo de la demanda».

18. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2º, edit. Edersa, Madrid, 1991, 2ª edición, pág. 55.

al juez la regla del juicio que le permita decidir sobre qué parte recaen las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba, que es aquella que debió probar y no lo realizó[19]. El mecanismo utilizado es la carga de la prueba[20].

El principio de carácter general aparece recogido por el art. 1214 Cc que prevé que «*incumbe la prueba de las obligaciones al que reclame su cumplimiento y la de su extinción a quien la opone*». Como ha puesto de manifiesto la doctrina este precepto es incorrecto e incompleto[21]. Incorrecto porque no se prueban ni las obligaciones ni los derechos, sino las afirmaciones sobre los hechos; incompleto porque sólo contempla la prueba de los hechos originadores de las obligaciones y, en concreto, de los constitutivos y extintivos.

Partiendo de este precepto la jurisprudencia ha delimitado las normas de carga de la prueba[22]. Para ello distingue entre hechos constitutivos, extintivos, impeditivos y excluyentes[23]:

— Los hechos constitutivos son los hechos base de la pretensión del demandante. Consisten en aquellas afirmaciones que la parte debe realizar para que surja una posición de ventaja. Sólo si lo acredita fehacientemente el órgano jurisdiccional podrá dictar una sentencia favorable.

19. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. primero, Madrid, 1979, pág. 306.

20. CORTÉS DOMÍNGUEZ («Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, 2-3, pág. 582) y CABAÑAS GARCÍA, «Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil», en *Actualidad Civil*, 1996-2, págs. 349 y ss.

En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia de forma reiterada. Entre otras SSTS de 15 de noviembre de 1994 (Ref. Ar. 1994/8774), de 7 de noviembre de 1994 (Ref. Ar. 1994/8379), de 31 de octubre de 1994 (Ref. Ar. 1994/8005), etc. Igualmente se ha pronunciado la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, como la AP de Madrid de 13 de marzo de 1997 (Ref. Ar. AC 1997/822), de la AP de Valencia (Ref. Ar. AC 1995/636) y de la AP de Baleares de 7 de julio de 1994 (Ref. Ar. AC 1994/275).

21. MONTERO AROCA, en *Derecho Jurisdiccional*, II. Proceso Civil —con ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO—, de Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 193.

22. Los procesalistas alemanes (en concreto ARENS, LÜKE, *Zivilprozeßrecht*, München 1992, p. 203. ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, op. cit., p. 671) resumen las reglas de distribución de la carga de la prueba con la siguiente frase, tomada de la jurisprudencia (BGH NJW 86, p. 2427, citada por JAUERNIG, *Zivilprozeßrecht*, München 1993, p. 189): Cada parte deberá probar aquellos hechos que constituyan el supuesto de hecho de la norma que beneficie a su pretensión («*Jede Partei trägt die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm*»).

23. Ver extensamente SERRA DOMÍNGUEZ, op. ult. cit., págs. 61 y ss. Si bien debemos tener en cuenta que la dificultad de esta clasificación presenta la dificultad de determinar la naturaleza de un hecho concreto (SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pág. 63).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

— Los hechos extintivos son aquellos que cuando se producen motivan la pérdida de efecto de la posición de ventaja del demandante porque ésta ha cesado. Es decir, según la ley, la relación jurídica ha finalizado.
— Los hechos impeditivos son aquellos que «impiden el nacimiento del derecho, constituyendo no su causa eficiente, sino una condición necesaria del mismo, por cuyo motivo no es preciso alegarlos ni probarlos, pero cuya ausencia excepcional impide que se produzcan las consecuencias jurídicas que en la gran mayoría de los casos acompaña a los hechos constitutivos expuestos por el demandante»[24].
— Los hechos excluyentes son una categoría de hechos extintivos, «limitada a aquellos hechos que para su constancia en el proceso forzosamente han de ser alegados por el demandado, sin que valga a su respecto el principio de adquisición procesal»[25].

La regla general es que la falta de prueba sobre las alegaciones realizadas sobre hechos constitutivos debe afectar al actor, mientras que en el resto de los supuestos es el demandado el que sufrirá los efectos perjudiciales[26].

Estas normas no tienen un carácter rígido, sino que deben adaptarse a las circunstancias del caso concreto. Actualmente se acude al criterio de mayor facilidad probatoria. Es decir, será la parte que pudo probar y no lo hizo la que sufrirá las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba, independientemente de la naturaleza del hecho alegado[27]. La doctrina atribuye a razones de justicia distributiva[28].

24. SERRA DOMÍNGUEZ, loc. cit.
25. SERRA DOMÍNGUEZ, loc. cit.
26. SSTS de 18 de diciembre de 1996 (Ref. Ar. 1996/9048), de 30 de marzo de 1995 (Ref. Ar. 1995/2790), de 13 de marzo de 1995 (Ref. Ar. 1995/2424), de 9 de febrero de 1994 (Ref. Ar. 1994/838), de 26 de noviembre de 1993 (Ref. Ar. 1993/9137), de 3 de diciembre de 1992 (Ref. Ar. 1992/9999), de 10 de julio de 1992 (Ref. Ar. 1992/6724), de 8 de marzo de 1991 (Ref. Ar. 2200). En el mismo sentido se pronuncian las SS de las AAPP de Granada de 28 de julio de 1995 (Ref. Ar. AC 1995/1369), de 19 de junio de 1995 (Ref. Ar. AC 1995/1649), de 20 de diciembre de 1994 (Ref. Ar. AC 1994/2161) y de 18 de febrero de 1994 (Ref. Ar. AC 1994/239).
27. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Barcelona, 1997, pág. 347. La jurisprudencia altera las normas de la carga de la prueba previstas en el art. 1214 Cc atendiendo a la disponibilidad de prueba que tuviera alguna de las partes. En este sentido SSTS de 28 de noviembre de 1996 (Ref. Ar. 1996/8590), de 24 de octubre de 1994 (Ref. Ar. 1994/8126), de 24 de octubre de 1994 (Ref. Ar. 1994/7681), de 6 de junio de 1994 (Ref. Ar. 1994/4894) y de 9 de febrero de 1994 (Ref. Ar. 1994/838). Este criterio de mayor facilidad probatoria también ha sido aplicado reiteradamente por las AAPP, así SS de la AP de Córdoba de 12 de marzo de 1997

Junto a esta norma de carácter general existen una serie de excepciones legales. Para ello se suele emplear el sistema de presunciones. Esta terminología no debe inducir a confusión, ya que no nos encontramos ante verdaderas presunciones sino ante normas de inversión de la carga de la prueba[29].

En este caso se debe analizar la posible influencia de la norma de presunción de inocencia en el orden civil[30]. El TC ha declarado reiteradamente que este derecho fundamental, que opera en el ámbito del derecho procesal penal y en las sanciones administrativas[31], es aplicable al proceso civil cuando se trata de enjuiciar condiciones o conductas de personas y de cuya apreciación resulte «un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos»[32].

(Ref. Ar. AC 1995/574), de Asturias de 3 de mayo de 1995 (Ref. Ar. AC 1995/1630), de Granada de 28 de julio de 1995 (Ref. Ar. AC 1995/1369), de Cantabria (Ref. Ar. AC 1995/1111), de Granada de 29 de diciembre de 1994 (Ref. Ar. AC 1994/2161) y de 16 de septiembre de 1994 (Ref. Ar. AC 1994/1449) y de las Palmas de 22 de enero de 1994 (Ref. Ar. AC 1994/185).

En Alemania las normas de inversión de la carga de la prueba suelen ser jurisprudenciales (ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, op. cit., págs. 674-676), teniendo por tanto una interpretación más flexible, y se basan en los casos en que la parte contraria haga fracasar intencionadamente la actividad probatoria de su contraparte, o en otros casos de difícil prueba del perjudicado, lo que ha sido frecuente en los casos de responsabilidad médica.

28. CORTÉS DOMÍNGUEZ, op. cit., pág. 185.
29. Según SERRA DOMÍNGUEZ «carácter probatorio tienen en cambio las llamadas verdades interinas, en las que un presupuesto constitutivo de una consecuencia jurídica se presume sin más» (*Comentarios...*, cit., pág. 594). Ver la cita de «presunciones» que cita a continuación, en especial en nota 3.
30. CORTÉS DOMÍNGUEZ (*Derecho Procesal Civil* —con GIMENO SENDRA y MORENO CATENA—, de Colex, Madrid, 1996, pág. 222) y CABAÑAS GARCÍA (op. cit., pág. 360).
31. La STC 76/1990, de 26 de abril, Fundamento de Derecho 12º, afirma que «la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular. Toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el art. 24.2 CE rechaza tanto la responsabilidad objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción». La STS de 15 de noviembre de 1991 (Ref. Ar. 1991/8884) y 22 de octubre de 1991 (Ref. Ar. 991/7730) aplican el derecho de presunción de inocencia en el ámbito administrativo sancionador; en el mismo sentido SSTS de 19 de julio de 1990 (Ref. Ar. 1990/6139). Sin embargo, la STS de 24 de noviembre de 1994 (Ref. Ar. 1994/8647) no aplica esta norma al entender que la Administración en el caso que enjuicia no desarrolla una actividad sancionadora, sino reparadora de la situación que ha provocado una actividad ilegal.
32. STC 52/1989, de 22 de febrero, F.J. 6. Un ejemplo en el que es aplicable la presunción de inocencia en el orden civil lo encontramos en la STC 13/1982, de 1 de abril, que afirma que «la discrecionalidad tiene sus límites, entre los cuales figura la observancia de la Cons-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En el resto de los supuestos no sería aplicable por la distinta naturaleza del orden penal y del orden civil[33]. En este caso concreto sería discutible la apreciación de la presunción de inocencia. Debemos tener en cuenta que el derecho de patente es una excepción al principio de libre competencia, es decir, crea un monopolio jurídico de explotación durante un periodo de tiempo limitado. Por ello debe ser interpretado de forma restrictiva. Consecuentemente entendemos que si el actor no acredita los hechos constitutivos de la presunción o del hecho deducido el órgano jurisdiccional debería absolver al demandado. En todo caso a esta misma conclusión se llega aplicando las normas generales sobre carga de la prueba.

En el caso concreto del art. 61.2 LP no se contiene propiamente una norma de inversión de la carga de la prueba. Debemos tener en cuenta que este precepto no determina a quién perjudicará la falta de prueba de un hecho (en este caso la utilización del procedimiento patentado), sino que infiere una consecuencia de unos hechos que deben ser acreditados por el demandante[34].

b) Las normas de presunción legal

Una vez establecido que en este caso concreto no nos encontramos ante una verdadera norma de inversión de la carga de la prueba debemos determi-

titución y, por tanto, de los principios generales contenidos en la misma como es el de la presunción de inocencia (art. 24.2), no pudiendo desconocerse tampoco que en el contexto de las normas entonces vigentes la inocencia o la culpabilidad de cada esposo jugaba un papel determinante para la atribución de la guarda y custodia de los hijos cuando se conocían a través de las correspondientes sentencias de separación (art. 73.2 Cc)». Finalmente estima el recurso de amparo afirmando que «la realidad ha sido, pues, que la Audiencia, basándose en un hecho que expresamente considera no probado ha extraído de él consecuencias jurídicas que limitan claramente los derechos que al padre pudieran corresponderle».

33. Ver SSTC 59/1996, de 15 de abril, 367/1993, de 13 de diciembre; 110/1993, de 25 de marzo; 76/1990, de 26 de abril; 52/1989, de 22 de febrero; 178/1985, de 19 de diciembre; 24/1984, de 23 de febrero; y 13/1982, de 1 de abril. Y Autos TC 173/1992, de 22 de junio; 79/1988, de 20 de enero; 934/1985, de 18 de diciembre; 696/1985, de 16 de octubre; y 492/1983, de 26 de octubre.

34. El art. 61.2 LP establece la obligación de que el actor acredite que se trata de una patente de procedimiento, que tiene como consecuencia un producto o sustancia nuevo y que éste tiene las mismas características que el fabricado o comercializado por el demandado. Ver ampliamente infra hechos base de la presunción.

nar si es una presunción[35]. La dicción legal no nos debe inducir a confusión. A continuación determinaremos en qué consiste una presunción y como se puede determinar su naturaleza jurídica.

Según SERRA DOMÍNGUEZ la presunción «es aquella actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones»[36]. Los elementos que la componen es la afirmación base que debe introducirse a través de los medios normales de prueba, la afirmación resultado, afirmación consecuencia o afirmación presumida que será utilizada en el juicio de hecho de la sentencia y el enlace que permite la unión entre ambas afirmaciones[37].

SERRA DOMÍNGUEZ establece los siguientes criterios para determinar cuándo nos encontramos ante una presunción[38]:

1. Que se halle contenida en una ley positiva.
2. Que el artículo concreto de dicha ley positiva, en el que quiera verse una norma de presunción tenga carácter procesal.
3. Además, debe tener carácter y repercusiones probatorias.
4. Es menester asimismo que la norma de presunción enlace entre sí dos afirmaciones.
5. Además, dichas afirmaciones deben ser cualitativamente distintas.
6. La norma de presunción cambia uno de los presupuestos de una consecuencia jurídica por otro presupuesto distinto, ligado con el primero por un cierto enlace. Es decir, la afirmación base debe ser distinta de todas las restantes afirmaciones que concurren con la afirmación presumida para integrar el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica pretendida.

35. La doctrina alemana opina unánimemente que la presunción legal es una regla legal de carga de la prueba, *Gesetzliche Beweislastregel* (ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD —op. cit., p. 672—; JAUERNIG —op. cit. p. 189— opina más matizadamente que las presunciones legales son principios jurídicos que regulan la carga de la prueba, «*Gesetzliche Vermutungen sind Rechtssätze, die die Beweislast regeln*»), lo cual no quiere decir, y es muy importante advertirlo, que sean normas de inversión de la carga de la prueba (*Beweislastumkehr*). La explicación que normalmente ofrecen los autores germánicos de estas presunciones legales consiste en que a partir de un hecho en principio alejado del supuesto de hecho que prevé la norma (hecho-base, *Vermutungsbasis*), y que tiene una prueba más fácil (ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, op. cit., pág. 672), se deduce la existencia del hecho que sí prevé la norma —hecho presumido, *Tatsachenvermutung*— (JAUERNIG, op. cit. pág. 189), y que posee una prueba más complicada.

36. SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios...*, cit., pág. 557.

37. Ver SERRA DOMÍNGUEZ, op. ult. cit., págs. 559 y ss.

38. SERRA DOMÍNGUEZ, en op. ult. cit., págs. 590 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Analizando cada uno de estos criterios llegamos a la conclusión de que la norma contenida en el art. 61.2 LP se trata de una verdadera presunción[39]. Esta norma se halla en una ley positiva como es la Ley de Patentes, además, tiene carácter procesal puesto que regula la prueba de la utilización del procedimiento patentado[40]. También realiza un enlace entre dos afirmaciones que son cualitativamente distintas: la existencia de una patente de procedimiento de un producto o sustancia nuevo y la afirmación de que cualquier producto o sustancia cualitativamente idéntico ha sido fabricado con ese procedimiento. Por último esta norma cambia el hecho constitutivo de acreditar la fabricación con el procedimiento patentado por los hechos de que el producto o sustancia obtenido sea nuevo. El nexo lo constituye el principio de normalidad[41].

La consecuencia directa de la consideración de la norma del art. 61.2 LP como presunción, lo constituye la determinación de los hechos constitutivos, impeditivos y extintivos de la pretensión. En este caso el hecho constitutivo de la pretensión como es la utilización del procedimiento patentado se sustituye por el acreditamiento de que se trata de una patente de procedimiento, que ésta tiene como resultado la obtención de un producto o sustancia nuevo y que un producto o sustancia de la misma característica se fabrica o comercializa por un tercero sin la autorización del titular de la patente.

Debemos tener en cuenta que en este precepto el legislador facilita la prueba de la vulneración de la patente alterando el *thema probandi*[42]. El actor tiene dos posibilidades: acreditar los hechos base de la presunción o el hecho

39. El esquema de la presunción sería a=d+e+f , donde a es la infracción de la patente, d es la patente de procedimiento, e es el producto o sustancia nueva que se obtiene y f es la fabricación y comercialización por un tercero sin el consentimiento del titular de la patente. Con lo que el esquema de los hechos constitutivos sería a+d+e+f=A. Donde a sería la titularidad de una patente y A la utilización del procedimiento patentado. Ver los diversos esquemas de normas de presunción que realiza SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pág. 593.

40. En Alemania el § 139.3 *Patentgesetz* utiliza la expresión «*Beweis des Gegenteils*», (prueba de lo contrario) que según la doctrina procesalista es propia de las presunciones y no de las normas de inversión de carga de la prueba. (Ver por todos JAUERNIG, op. cit., págs. 189 y 190).

41. FERNÁNDEZ NOVOA (op. cit., pág. 9) y LEMA DEVESA (*La inversión...*, cit., pág. 66) lo identifican como una regla de sentido común. Sobre el principio de normalidad ver extensamente SERRA DOMÍNGUEZ (op. cit., pág. 561).

42. CUCARELLA GALIANA, loc. cit. En este sentido ROSENBERG afirmaba que «la presunción se presenta como una regla de carga de la prueba. Gracias a ella se modifica tanto la carga sobre la afirmación como la carga de la prueba» (*La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1956, pág. 194).

consecuencia. En todo caso, son aplicables las reglas generales sobre carga de la prueba.

C) Estructura técnica de la presunción

Una vez determinada la naturaleza jurídica de la previsión contenida en el art. 61.2 LP analizaremos cuál es la estructura de la presunción.

a) Afirmación base

Una vez delimitada la naturaleza jurídica de la norma contenida en el art. 61.2 LP debe analizar los hechos que debe acreditar el actor para que tenga posibilidades de que su demanda sea admitida. Esta labor se puede realizar porque en el caso de las presunciones se indica al demandante los elementos fácticos que debe probar para que se presuma el hecho consecuencia[43]. Si se trata de una regla de inversión de la carga de la prueba éste debería intentar acreditarlo, pero si no se realizara en el proceso el Juez, en el momento de dictar sentencia, debería determinar a quién perjudica la falta de prueba de un hecho.

La presunción legal del art. 61.2 LP permite que el titular de la patente pueda acreditar su utilización bien probando los hechos en que se concreta o bien los hechos constitutivos de la pretensión[44]. En este caso éstos vienen delimitados por los siguientes elementos fácticos:

1. Patente de procedimiento.
2. Novedad del producto que resulta de la aplicación del procedimiento.
3. Que el producto fabricado o comercializado por el demandado tiene las mismas características que el que ha sido obtenido por el procedimiento patentado.

43. Según JAUERNIG la parte beneficiada por la presunción legal no tiene por qué esforzarse en probar el hecho presumido, sino que lo único que está obligada a demostrar es la base de la presunción, en terminología española, el hecho-base, puesto que la ley ya da por probado el hecho presumido en cuanto dicha parte prueba el hecho-base (op. cit., pág. 190).

44. En ambos casos son aplicables las reglas sobre la carga de la prueba (ver supra su determinación legal y jurisprudencial), siendo válido incluso que se acredite a través de una nueva presunción (ver extensamente SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pág. 587).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La presunción legal del art. 61.2 LP exige que el actor acredite estos hechos constitutivos. Respecto de ellos están en vigor las normas generales sobre carga de la prueba. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

1. Patente de procedimiento

El primer elemento fáctico que debe acreditar el demandante es que la patente de la cual es titular y que alega como vulnerada es una patente de procedimiento. Esta presunción se dirige a facilitar la prueba de la utilización de una patente de procedimiento que produzca un objeto nuevo. El título de propiedad industrial debe proteger un procedimiento, ya que en caso contrario no se aplicaría esta presunción legal. Esta circunstancia se deducirá «prima facie» del tenor literal de las reivindicaciones[45], sin que se entienda cumplido el requisito cuando nos hallemos ante una patente de producto que sólo puede ser descrita a través del procedimiento de obtención.

2. Novedad del producto o sustancia obtenido

El segundo hecho que debe acreditar el actor es que el producto obtenido a través del procedimiento es nuevo. Debemos tener en cuenta que el título de propiedad industrial sólo supone la novedad del procedimiento patentado, pero no del producto obtenido. Por ello será necesario que el titular de la patente pruebe que el producto es nuevo[46].

El art. 61.2 LP exige que la patente tenga por objeto «un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos». A la vista de la redacción del precepto la doctrina se ha planteado cuál es la interpretación del término nuevo. La doctrina y la jurisprudencia afirman que es necesario que en este producto o sustancia concurra la novedad exigida en el art. 6 y 7 LP en el momento en que se solicita la patente[47].

45. En todo caso nunca se podrá encubrir una patente de producto a través de una patente de procedimiento. El ámbito de protección de la misma viene delimitado tan sólo por aquello que realmente sea digno de protección, es decir, por la actividad inventiva novedosa. En ningún caso se debe incluir conocimientos que ya estuvieran comprendidos en el estado de la técnica con la finalidad de lograr una mayor protección del producto resultante.

46. En el mismo sentido auto de la AP de la sección 15ª de Barcelona, de 14 de junio de 1994, pte. FERRÁNDIZ (en *Revista Jurídica de Catalunya*, Jurisprudencia, pág. 1033).

47. CUCARELLA GALIANA (op. cit., pág. 412), GÓMEZ SEGADE (*La inversión...*, cit., pág. 9) y LEMA DEVESA. (*La inversión...*, cit., pág. 67).

Este hecho no es necesario que sea acreditado si no se quiere hacer uso de esta presunción. El titular de la patente tiene dos opciones ante una presunta violación de su derecho: la primera sería acreditar la vulneración del derecho de exclusiva directamente, es decir, probando que el demandado está utilizando el procedimiento que tiene patentado; en segundo lugar haciendo uso de esta presunción, en este caso estaría obligado a acreditar la novedad del producto obtenido para que se aplicase el art. 61.2 LP, sería el demandado el que debería contraprobar bien la titularidad de la patente o bien la novedad. También podría defenderse demostrando que el nexo lógico no se puede aplicar o que el hecho resultante no se corresponde con la realidad[48].

Debemos tener en cuenta que la novedad que se debe acreditar es la prevista en los arts. 6 y 7 LP. Ante esta circunstancia surge la cuestión de por qué no se ha patentado el producto. En este supuesto sería más fácil proteger el derecho de patente y, además, el derecho de exclusiva no haría referencia solo a la protección del procedimiento sino a la del producto que se obtuviera. Sin embargo, existen supuestos en que no se ha patentado el producto o sustancia nueva. Éstos vendrían determinados por la prohibición legal que existía de patentar determinados productos hasta octubre de 1992, de la previsión del art. 4 LP[49], de la voluntad del inventor que decide no patentar el producto resultante y porque hay algunos productos que sólo se pueden describir a través del procedimiento de fabricación[50].

Por lo tanto el alcance del art. 61.2 LP se va a limitar a aquellos supuestos en que la patente de producto estuviera prohibida en el momento en que se realiza la actividad inventiva (patentes farmacéuticas hasta octubre de 1992), supuestos en que la única forma de describir el producto es a través del procedimiento de obtención[51] y casos en que se realiza un hallazgo científico susceptible de aplicación industrial y que, por lo tanto, no estaba comprendido en el estado de la técnica.

48. Ver infra el desarrollo de cada uno de estos elementos.

49. Este sería el caso de los descubrimientos, es decir, hallar un producto que ya existía en la naturaleza. En este caso el producto resultante tendría el carácter de nuevo al no estar incluido en el estado de la técnica (art. 6 LP); sin embargo, no se podría patentar por la prohibición expresa que se realiza en el art. 4 LP al prever que no se considerarán invenciones los descubrimientos. Pero el producto resultante, que no es patentable, tiene el carácter de nuevo y es susceptible de aplicación industrial. En este caso el descubridor sólo puede patentar el procedimiento para la obtención de ese producto.

50. LEMA DEVESA, *La inversión...*, cit., pág. 67.

51. En este caso debemos tener en cuenta que se trataría de una patente de producto, por lo que no sería aplicable la presunción de utilización del art. 61.2 LP.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

3. Productos o sustancias equivalentes

Otro de los hechos constitutivos que deberá acreditar el demandante es que el producto o sustancia fabricado o comercializado por el demandado tiene las mismas características que el que se obtiene a través del procedimiento patentado.

En este aspecto debemos plantearnos el significado de la expresión «las mismas características». La jurisprudencia alemana entiende que «debe considerarse suficiente el que entre las dos sustancias comparadas exista una estrecha relación lo cual sucede cuando la sustancia presuntamente infractora posee precisamente aquellas características que diferencian la sustancia obtenida por el procedimiento patentado frente a las sustancias anteriormente conocidas»[52].

En nuestra opinión esta equivalencia debe hacer referencia a aquellos elementos que motivan que el producto o sustancia resultante sea nuevo. Si el fundamento de esta presunción es favorecer la protección de las patentes de procedimiento de productos nuevos, el titular de la patente debe acreditar la identidad de los caracteres básicos del producto o sustancia que pueden haber sido fabricados a través del procedimiento patentado.

El titular de la patente, para hacer uso de esta presunción, debe probar el hecho constitutivo de la identidad de los elementos fundamentales de la novedad del producto. Es decir, no basta con que se predique la igualdad de caracteres que pudieran ser obtenidos de acuerdo con el estado general de la técnica, sino sólo de aquellos que determinen la novedad del producto. Éstos sólo podrían ser obtenidos a través del procedimiento patentado, y es el único extremo al que se extiende la norma contenida en el art. 61.2 LP.

4. Fabricación por un tercero del producto resultante

Otro elemento que debe acreditar el demandante es que el demandado o un tercero proveedor ha utilizado sin su consentimiento el procedimiento patentado[53].

52. Sentencia comentada por FERNÁNDEZ NOVOA, *La inversión...*, cit., pág. 8.

53. El Auto de la sección 15ª de la AP de Barcelona de 7 de abril de 1999, pte. GIMENO-BAYÓN COBOS, desestima la adopción de medidas cautelares solicitada porque la actora no ha demostrada que la demandada fabricaba el producto.

b) Nexo causal

El nexo causal de la presunción viene delimitado por el principio de normalidad[54], que FERNÁNDEZ NOVOA[55] y LEMA DEVESA[56] han identificado con el sentido común. Como indica FERNÁNDEZ NOVOA «cuando se trata de un nuevo producto con respecto al cual sólo se conoce un método de fabricación y cuando el fabricante de este producto se niega a revelar su procedimiento de fabricación, existe una fuerte presunción fáctica de que se ha utilizado el único procedimiento conocido... la ley se ha limitado a convertir esta presunción fáctica en una presunción jurídica»[57].

Este nexo causal desaparece si existe más de un procedimiento que permite la obtención del producto o sustancia nueva. La presunción se fundamenta en la lógica de que existiendo una única forma para la obtención de un producto nuevo, todo aquel que sea semejante se habrá obtenido a través de ella. Si se acredita la existencia de otros modos de lograr ese producto este criterio de lógica se desvirtúa, ya que en este supuesto se hubiera podido utilizar cualquiera de ellos.

Este matiz no ha sido incorporado por el legislador en el art. 61.2 LP. Pero se puede apoyar esta conclusión por los siguientes motivos:

— En primer lugar porque al tratarse de una presunción en sentido técnico es necesario que en la misma se hallen todos los elementos de la misma. El demandado puede oponerse a su aplicación demostrando que el nexo de unión no concurre en el caso concreto. En este supuesto radicaría en el hecho de que existe más de un procedimiento conocido para obtener el producto, por lo que de su fabricación no se puede deducir que ha utilizado el que está patentado por el actor.
— En segundo lugar porque para la correcta interpretación de este precepto es necesario acudir al derecho comparado, ya que se trata del cumplimiento que España adquirió al adherirse a la UE[58]. Así en Italia ROTONDI

54. Como afirma SERRA DOMÍNGUEZ «este principio indica que en el devenir de las fuerzas de la naturaleza, y entre ellas de las actividades humanas, existe una tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos. Dicho principio está íntimamente enlazado con el de causalidad: unas mismas causas producen siempre unos mismos efectos; y tiene justificación en la existencia de unas leyes más o menos inmutables según su naturaleza que regulan de una manera uniforme el constante devenir del universo» (op. cit., pág. 561).

55. FERNÁNDEZ NOVOA, en *La inversión...*, cit., pág. 9.

56. LEMA DEVESA, en *La inversión...*, cit., pág. 66.

57. FERNÁNDEZ NOVOA, con cita de doctrina alemana, loc. cit.

58. En este sentido ver BERCOVITZ, op. cit., pág. 25.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

afirma que «la presunción de que el producto fabricado por el tercero ha sido fabricado en violación de la patente, se circunscribe a la hipótesis no sólo de que el producto fuera desconocido en la fecha del depósito de la primera patente de procedimiento, sino incluso, que sucesivamente, no hayan sido concedidas otras patentes de procedimiento»[59].

Por ello la presunción sólo se puede aplicar en aquellos casos en que la patente de procedimiento del actor sea la única forma para lograr ese producto nuevo. Si existe otro para lograr el mismo resultado la presunción legal decae aplicándose las normas generales sobre la carga de la prueba. En todo caso el Juez deberá valorar la diferencia entre ambos procedimientos para determinar si se destruye el nexo causal.

De esta forma no nos hallamos ante una nueva versión de las patentes de cobertura ya que la protección conferida por la patente se mantiene. Si el actor demuestra que el demandado ha utilizado la patente de la que es titular sin su consentimiento la sentencia será condenatoria a pesar de que existan otros procedimientos para lograr el mismo resultado. Para facilitar la prueba en estos casos el demandante podrá solicitar la práctica de diligencias de comprobación de hechos (arts. 129 y ss. LP) y en último extremo ante la falta de prueba del hecho, se podría invertir la carga de la prueba atendiendo a la mayor facilidad de prueba que puede tener el demandado para acreditar que no está utilizando el procedimiento patentado por el actor.

Es decir, la patente de procedimiento despliega toda su eficacia, pero su titular no podrá ampararse en la presunción legal prevista en el art. 61.2 LP si existen otros procedimientos para lograr el mismo producto.

c) Hecho presumido

Cuando se acreditan los hechos constitutivos de la presunción y no existe otro procedimiento conocido para la producción de ese producto o sustancia nuevo, se presume que se está utilizando el procedimiento protegido por la patente que se puede beneficiar de la presunción regulada en el art. 61.2 LP.

59. ROTONDI, *Sul brevetto di procedimento, sulla sua estensione e sull'onore della prova della contraffazione*, en «Multitudo legem ius unum (Band II Kollisionsrecht und Rechtsvergleichung)», Berlín, 1973, pág. 720. En el mismo sentido BONASI al afirmar que «la inversión de la carga de la prueba se justifica precisamente porque se trata de productos que no eran fabricados por nadie antes de la patentabilidad del método, por lo que existe una fuerte probabilidad de que los productos iguales, obtenidos sucesivamente, utilizan el método patentado» (*Ambito di tutela del brevetto di metodo*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1960, pág. 269), FLORIDIA (*Procedimiento e prodotto nelle invenzioni farmaceutiche*, en «Rivista di Diritto Industriale», 1988, parte I, pág. 51) y CUCARELLA GALIANA, op. cit., pág. 415.

5. Posibilidades de defensa del demandado

Ante la demanda el demandado podrá reaccionar de diversas maneras. No vamos a analizar los métodos pasivos de defensa como puede ser el silencio o la rebeldía, ni la conformidad con los hechos[60] ni con la pretensión[61]. A continuación estudiaremos la oposición activa a la demanda, fundándolo precisamente en la forma de reaccionar frente a la pretensión, tanto respecto a los hechos como a la argumentación jurídica.

Respecto a los hechos «el perjudicado por la presunción puede evitar su formación, demostrando la inexistencia de cualquiera de dichos tres elementos»[62] (es decir, de la afirmación base, la afirmación presumida y el enlace entre ambas afirmaciones). Por otro lado, puede suceder que aún probada la utilización del mismo procedimiento resultase que no constituye una infracción de la patente al existir el consentimiento del titular de la patente, haber adquirido el producto o sustancia de un licenciatario o utilizar el procedimiento patentado con anterioridad al registro de la patente.

A) Afirmación base

Como hemos analizado, la afirmación base lo constituyen los hechos que el demandante debe acreditar para que se pueda aplicar la norma de presunción legal. En este caso concreto los hechos constitutivos de la afirmación base lo constituye el que la patente cuya vulneración se alega sea de procedimiento, que el producto o sustancia obtenido sea nuevo y que sea equivalente a la que fabrique o esté comercializando el demandado.

La circunstancia de que la patente sea de procedimiento derivará del mismo tenor literal de las reivindicaciones. En todo caso cabe plantearse aquellos casos en los que la novedad radica en el producto, pero sólo puede

60. Que sólo determinaría la no necesidad de prueba, quedando determinada la infracción de la patente.

61. Ver mi obra *El allanamiento a la demanda en el proceso civil*, Barcelona, 1999.

62. SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios...*, cit., pág. 620.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ser descrito a través del procedimiento de obtención. Nos encontraríamos ante un supuesto en el que si bien describimos un procedimiento la novedad radica en el producto o sustancia que se obtiene. Es decir, la protección que se concede no se halla en el procedimiento, que puede hallarse comprendido en el estado de la técnica, sino en el resultado del mismo. En este caso entendemos que no nos encontramos ante una patente de procedimiento, sino de producto. Por este motivo no sería de aplicación la presunción legal del art. 61.2 LP además de ser innecesaria, ya que la prueba de la violación se acreditaría meramente con la demostración de que el producto o sustancia protegida se halla en poder del demandado con intención de comercializarla.

En segundo lugar se requiere que el producto o sustancia sea nueva. Como hemos indicado la doctrina y la jurisprudencia entienden que debe reunir los requisitos de los arts. 6 y 7 LP. Esta circunstancia motiva que el titular de una patente de procedimiento a través de la cual se obtenga un producto o sustancia nueva esté más interesado en su protección a través de una patente de producto que de la modalidad indicada. Además de esta forma se le concedería protección frente a nuevos métodos para lograrla.

La novedad deberá ser acreditada en el proceso de forma plena e indubitada. Para ello se deberá acudir a la elaboración de informes periciales pudiendo el Juez solicitar la elaboración de un informe a la OEPM tal como prevé el art. 128.2 LP[63].

También puede desvirtuar la identidad entre los productos o sustancias que están en su poder y los que se logran a través del procedimiento patentado. Recordemos que la identidad exigida hace referencia a la de aquellos elementos que son consecuencia del procedimiento patentado y que tienen el carácter de nuevos. Esta presunción solo se aplicaría respecto a estos productos[64].

63. La STS de 4 de julio de 1997 (Ar. 1997\6150) afirma que «no pueden concederse a los aludidos informes de la Oficina de Patentes valor absoluto con efectos de vinculación automática para los juzgadores, en cuanto que los mismos son susceptibles de ser desvirtuados por pruebas contradictorias y en particular, por el informe del perito que por insaculación designó el Juzgador con las garantías de objetividad e imparcialidad necesarias, no constando reserva alguna sobre la persona nombrada, al constituir dicha pericia una auténtica prueba judicial directa, que se genera y desarrolla en el marco del proceso, actuando y proyectándose sobre el material en él aportado, y que al emitirse dentro del ámbito de la contradicción civil, atendida la efectiva intervención de las partes, y bajo control judicial, viene a revestir una mayor riqueza de elementos de juicio que los meros informes cuya creación se produce al margen del proceso, que por tal circunstancia no alcanzan el rango de auténticas pruebas procesales». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 18 de noviembre de 1991 (ref. ar. RJ 1991\8408) y la Sentencia de la AP de Barcelona de 19 de abril de 1995 (ref. ar. AC 1995\976).

64. Ver supra la identidad exigida.

Por último puede oponer que no ha fabricado el producto nuevo resultante de la aplicación del procedimiento patentado. De todas formas debemos tener en cuenta que si está comercializando el producto podrá alegar que lo ha adquirido de un tercero que tiene autorización del titular de la patente para utilizar el procedimiento o que lo realizaba con anterioridad a que ésta se solicitase[65].

B) Nexo causal

El demandado también puede atacar la aplicación de esta presunción desvirtuando el nexo lógico[66]. Éste consiste en que si se trata de un producto o sustancia nueva y sólo existe un procedimiento conocido para obtenerla, éste debe haber sido obtenido a través del mismo. Por ello se estima que se ha vulnerado el derecho de patentes de su titular.

65. En este sentido el Auto de la sección 15ª de la AP de Barcelona, pte. GIMENO-BAYÓN COBOS, afirma que «la actora no ha demostrado que A fabrique aquel compuesto y la demandada ha probado que no lo fabrica, por lo que también resulta falso que B comercialice paroxetina fabricada por A y que C lo distribuya al tratarse de simples eslabones de la cadena que se inicia con aquella producción, la falsedad del hecho base conlleva la de todos los que se fundamenta en el mismo».

66. Afirma JAUERNIG (op. cit., pág. 190) que la parte a quien perjudica la presunción no tiene por qué aportar una contraprueba del hecho-base (*Gegenbeweis*), aunque podría hacerlo perfectamente (en este sentido SCHRAMM y HENNER, op. cit., págs. 269-270) sino que lo lógico es que trate de aportar la prueba de la contraria (*Beweis des Gegenteils*), es decir, de nuevo en terminología española, trate de demostrar que el enlace lógico que la presunción legal establece entre el hecho-base y el hecho presumido no es correcto, dicho de un modo más técnico, no se ajusta a lo que disponen las máximas de la experiencia. Evidentemente todo ello supone, como lo afirma JAUERNIG, un desplazamiento de la carga de la prueba a la parte perjudicada por la presunción legal, que se ve obligada a discutir la logicidad de la presunción establecida por el Legislador (loc. cit.).

De esa forma el demandado no tendrá más que utilizar las máximas de experiencia técnicas que desvirtúen la presunción, demostrando que en el estado de la técnica, lógicamente pueden concebirse otros procedimientos de fabricación alternativos al utilizado por el demandante. Esa prueba, que no es sencilla en absoluto, lógicamente puede proteger además plenamente sus secretos industriales. A estos efectos SCHRAMM y HENNER (op. cit., pág. 270) apuntan, entre otras, las siguientes posibilidades de defensa relacionadas con la inexistencia del enlace, y que no implican desvelar realmente el procedimiento utilizado por el demandado. Por ejemplo, el demandado podría intentar demostrar que su procedimiento no es químico como el patentado, sino biotecnológico, o que la fabricación del producto idéntico es posible sin la utilización de algunos pasos originales del procedimiento patentado.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Entendemos que este es el enlace lógico de la presunción. Consecuentemente el demandado podrá atacar la afirmación consecuencia desvirtuándola. Esto se puede realizar acreditando la existencia de otros procedimientos para obtener el mismo producto o sustancia. Éste podrá ser obtenido a través de otros medios, por lo que su producción no tiene que implicar necesariamente la violación del derecho de propiedad industrial[67]. En todo caso el órgano jurisdiccional deberá analizar ambos procedimientos y determinar que se trata de distintos métodos de lograr el mismo producto o sustancia[68].

En contra se ha pronunciado VERCELLONE. Según este autor «lo que cuenta es que el producto obtenido con el procedimiento patentado sea nuevo en el momento de la demanda de patente y por ello que, lógicamente, no exista otro modo de fabricarlo. La sucesiva invención de un nuevo modo de fabricar el mismo producto será una invención de procedimiento, es decir, de un procedimiento para fabricar un producto ya conocido. El titular de esta patente tendrá el derecho exclusivo de utilizar su método o proceso, pero no por esto quedará liberado de la carga de probar que el producto ha sido fabricado con su procedimiento y no con aquél patentado en su momento, del cual es invento incluso el producto; naturalmente le será fácil dar esta prueba, pero la carga le incumbe siempre a él»[69].

Aparentemente este autor mantiene una posición contraria a la expuesta anteriormente. Sin embargo, estimamos que no es así. Cuando nos encontramos ante una patente de procedimiento para producir productos nuevos nos hallamos ante dos novedades del estado de la técnica: el producto o sustancia y el método de invención. Ambos son susceptibles de ser patentados cuando concurran los requisitos legalmente exigidos[70]. La persona que haya realizado la actividad inventiva podrá decidir solicitar una patente de procedimiento o también una patente de producto. Esta circunstancia determinará el ámbito de protección: en el primer caso nos encontraríamos ante una patente de procedimiento que sólo protegería el método de producción y los productos directamente obtenidos, en el segundo la protección se extendería al producto independientemente del procedimiento que se haya utilizado para su fabricación.

67. En el mismo sentido ROTONDI (*Sul brevetto...*, cit., pág. 720) y CUCARELLA GALIANA (op. cit., pág. 415).

68. Ver FERNANDEZ NOVOA, op. cit., pág. 10.

69. VERCELLONE, *Oggetto e contenuto del diritto di brevetto sulle invenzioni di procedimento*, en «Rivista di Diritto Industriale», 1959, pág. 165.

70. Ver supra los casos en que no se permitiría la patentabilidad de un producto nuevo.

La opinión de VERCELLONE parte del fundamento de que la patente de procedimiento por producto nuevo implica la de producto, pero no determina el ámbito de protección de ésta frente al producto. Creemos que esta confusión es la que le hace mantener la posición de que la norma de presunción, que él denomina incorrectamente de inversión de la carga de la prueba, se mantiene.

Se podría argumentar que la postura mantenida supone volver a utilizar la patente como un arma defensiva en vez de como un arma ofensiva[71]; es decir, que la patente se utilice para protegerse frente a una eventual reclamación y no para imponer el derecho de exclusiva[72]. Debemos tener en cuenta que la verdadera finalidad del derecho de patentes no es poder fabricar, sino evitar que otros exploten industrialmente la invención. En este caso no nos hallamos ante una excepción a la regla general, ya que la existencia de otra patente de procedimiento no implica que no pueda acudirse a la presunción del art. 61.2 LP, sino que si el órgano jurisdiccional estima que estos derechos de propiedad industrial protegen procedimientos distintos para lograr el mismo producto no la puede aplicar al desvirtuar el nexo lógico[73]. La única consecuencia de la existencia de otra patente de procedimiento, si el juez estima que el procedimiento es sustancialmente distinto, es acreditar que existen otros métodos para lograr el mismo producto o sustancia. Esta consecuencia también se podrá realizar con independencia de que aquéllos se hallen patentados o no.

Como hemos indicado cuando exista más de un procedimiento conocido para la obtención de un producto la norma de presunción del art. 61.2 LP no es aplicable, debiendo remitirnos al régimen general de carga de la prueba[74].

C) Afirmación presumida

Otra de las posibilidades de defensa que tiene el demandado es probar que no fabrica a través del procedimiento patentado[75]. En este caso tendría

71. Ver DÍEZ DE VELASCO, *El embargo preventivo en caso de usurpación de patentes de invención*, en «Revista de Derecho Privado», 1947, pág. 379.

72. Ver PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares...*, cit., pág. 28.

73. Es decir, si estima que la segunda patente es sustancialmente idéntica al procedimiento protegido a través de la primera aplicará la presunción y decretará la utilización del mismo procedimiento.

74. Ver supra.

75. En el mismo sentido Sentencia de la AP de Barcelona de 13 de noviembre de 1998, sección 15ª, pte. FERRÁNDIZ, que presenta esta posibilidad de defensa, si bien en el caso concreto no lo aprecia.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que acreditar a través de qué procedimiento logra la misma sustancia y demostrar qué es el que ha utilizado para fabricarla. Técnicamente nos hallaríamos ante la prueba de lo contrario, ya que la afirmación base no se discute[76].

En este caso se plantearía la dificultad de establecer quién tiene la carga de probar que nos hallamos ante procedimientos distintos. Recordemos que la presunción sólo significa que si se acreditan unos hechos base y tomando como referencia el principio de normalidad se fabrica a través del mismo procedimiento. Si el demandado en el escrito de contestación a la demanda aporta el método a través del cuál está fabricando, la formación de la presunción carece de sentido al poderse comparar ambos procedimientos. En este caso deberíamos analizar sólo la identidad de procedimientos.

La solución a este problema no es sencilla puesto que esta actividad se realiza en un periodo en el que las posibilidades de alegaciones de las partes ya han finalizado. Creemos que el momento procesal oportuno para establecer la posición de las partes en torno a la identidad de procedimientos será la comparecencia preparatoria del juicio ordinario de menor cuantía. El art. 693.2 LEC prevé que en la comparecencia se deberá «oír al demandante y al demandado e invitarlos para que, sin alterar lo sustentado en sus escritos con carácter sustancial, concreten los hechos, fijen aquellos en que no exista disconformidad y puntualicen, aclaren y rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar los términos del debate».

Este será el momento procesal oportuno para establecer si las partes están de acuerdo en que el procedimiento aportado por el demandado está incluido dentro del ámbito de la patente de procedimiento alegada por el actor o no. En caso de negativa el juez deberá comparar ambos procedimientos. Debemos tener en cuenta que en este momento no podemos hablar propiamente de carga de la prueba porque el demandado tiene la carga de probar el procedimiento que utiliza es distinto del patentado. Pero la identidad o no de ambos procedimientos debe analizarlo el órgano jurisdiccional a través de las máximas de la experiencia técnicas necesarias. Ante la ignorancia del juez de conocimientos especializados deberá acudir a la prueba pericial[77]. Finalmente el juez deberá realizar esta labor de comparación para llegar a la conclusión oportuna.

En caso de falta de prueba de las diferencias el órgano jurisdiccional deberá resolver. En nuestra opinión la presunción ya no sería aplicable, ya que el demandado ha desvelado el procedimiento a través del cual fabricaba. La prueba en contrario que prevé el art. 61.2 LP se ha logrado desvelando el procedimiento que utiliza. Una vez acreditado el método a través del cuál está fabricando resta por considerar a quien le corresponde la carga de probar la diferencia de procedimientos. En este caso nos encontramos ante un hecho constitutivo de la pretensión del demandante, por lo que sería a éste a quien le perjudicará la falta de prueba del hecho.

Finalmente las partes deberán hacer referencia a este extremo en el momento final del proceso. El art. 701 LEC prevé que las partes podrán presentar en el Juzgado «un escrito con el resumen de las pruebas redactado de conformidad con lo dispuesto en el art. 670 de esta Ley»; y el 670 LEC prevé que en este escrito las partes analizarán las pruebas propias y las del contrario. Este momento procesal también sería oportuno para que las partes realizaran nuevas alegaciones, pero sólo reconociendo hechos alegados por la parte contraria. De esta forma el juez debería tenerlos por acreditados en el momento de dictar sentencia al ser hechos no controvertidos.

Finalmente el juez podrá acordar la práctica de la prueba pericial oportuna como diligencia para mejor proveer de acuerdo con lo previsto en el art. 340.3 LEC.

6. Ámbito subjetivo de aplicación

Una vez analizada la naturaleza jurídica de la norma y sus consecuencias prácticas estudiaremos el ámbito subjetivo de aplicación. Debemos tener en cuenta que las acciones previstas en el art. 63 LP parten de la premisa de que el titular será el demandante. En estas circunstancias no existirá ningún inconveniente para que sea aplicado este precepto.

Sin embargo, existen supuestos en que el demandante no será el titular, sino un licenciatario. Si éste es exclusivo, el art. 124.1 LP le permite, salvo pacto en contrario, «ejercitar en su propio nombre todas las acciones que en la presente ley se reconocen al titular de la patente, frente a los terceros que infrinjan su derecho, pero no podrá ejercitarlos frente al concesionario de una licencia no exclusiva». Si éste fuera no exclusivo, o siéndolo no estuviera legitimado para ejercitarlas, el art. 124.2 LP prevé que «podrá requerir nota-

76. Ver SERRA DOMÍNGUEZ para un análisis de los efectos de la prueba de lo contrario sobre la presunción (SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios...*, cit., págs. 621 y ss.), finalmente concluye que «sea cual sea la solución del problema, éste tiene únicamente una importancia teórica, estando desprovisto de toda repercusión práctica judicial» (op. cit., pág. 622).

77. Y la contradicción surge en este momento, ya que recordemos que el perito es un auxiliar del órgano jurisdiccional, pero que se introduce en el proceso a través de la prueba.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rialmente al titular de la misma para que entable la acción judicial correspondiente. Si el titular se negara o no ejercitara la oportuna acción dentro de un plazo de tres meses, podrá el licenciatario entablarla en su propio nombre, acompañando el requerimiento oportuno...».

Es decir, las acciones que fueran oportunas se ejercitarán por el titular de la patente o por el licenciatario exclusivo en nombre propio[78] para proteger el derecho de exclusiva de la patente de procedimiento. El licenciatario no exclusivo actuaría siempre como sustituto procesal, puesto que ejercita un derecho ajeno como es el derecho de exclusiva en nombre e interés propio[79].

Con independencia de quien ejercite la acción el órgano jurisdiccional podrá aplicar el art. 61.2 LP. La presunción legal que regula este artículo se puede aplicar con independencia de quien ejercite la acción.

Por el contrario la aplicación de esta presunción resulta más complicada en función de la persona a la que se demande. El art. 50 LP prevé que «la patente confiere a su titular el derecho a impedir a cualquier tercero que no cuente con su consentimiento: ... b) la utilización de un procedimiento objeto de la patente o el ofrecimiento de dicha utilización, cuando el tercero sabe o las circunstancias hacen evidente que la utilización del procedimiento está prohibida sin el consentimiento del titular de la patente; c) el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización del producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente o la importación o posesión de dicho producto para alguno de los fines mencionados».

La acción se puede dirigir tanto frente al fabricante como contra aquella persona que utiliza el producto o sustancia obtenido con intención de comercializarla. En estos casos no surge un litisconsorcio pasivo necesario, sino que el actor puede decidir demandar a ambos, en el mismo proceso o en procesos independientes, o a uno solo de ellos.

Desde la perspectiva de la aplicación del art. 61.2 LP será muy importante la decisión del demandante de la persona a la que ha demandado. Si éste es el fabricante estará en disposición de acreditar que el procedimiento que ha utilizado para obtener el producto o sustancia nueva no es el protegido por la patente del actor. En este supuesto tiene todas las posibilidades de defensa que hemos enumerado anteriormente.

78. En este caso el licenciatario exclusivo interviene en el proceso defendiendo un interés y un derecho propios, como es la exclusividad que otorga la patente y que le ha sido transmitida contractualmente.

79. En este caso el contrato de licencia tan sólo le permite explotar la patente, pero no impedir que otros la realicen. Por ello cuando interponga una acción de las previstas en el art. 61.2 LP ejercita un derecho del titular de la patente que no le ha sido transmitido.

La situación es diversa si el demandado es un tercero que ha adquirido el producto del fabricante y lo utiliza para la obtención de un nuevo producto. Éste no estará en disposición de acreditar qué procedimiento ha utilizado el fabricante para su adquisición, salvo que el fabricante estuviera dispuesto a facilitárselo. En este caso se ha planteado la constitucionalidad de este precepto[80]. Entendemos que estas dudas se pueden salvar atendiendo a la verdadera naturaleza de este precepto. Si lo delimitamos como una verdadera presunción en sentido técnico lo único que se afirma es que si concurren unos requisitos (que sea una patente de procedimiento, que el producto o sustancia resultante sea desconocido en el estado de la técnica y que el que fabrica o comercializa el demandado sea idéntico) se presumirá que se ha vulnerado el derecho de patente. Como hemos analizado anteriormente el demandado tiene diversas posibilidades de defensa sin que sea preciso que conozca cómo se ha fabricado realmente el producto o sustancia. Recordemos que bastaría con que demostrara que se conocen otros procedimientos para obtener ese mismo producto. De esta forma la presunción no se aplicaría, rigiendo las normas de carga de la prueba[81]. En este caso el tribunal podría aplicar la regla jurisprudencial de mayor facilidad probatoria cuando estimara que el demandado está en disposición de conocer el procedimiento de fabricación sin que haya realizado ninguna actividad para aportarlo al proceso[82].

Por el contrario si entendemos que la norma del art. 61.2 LP implica una inversión de la carga de la prueba nos encontraríamos ante un precepto inconstitucional al no permitir que el demandado no fabricante pueda defenderse. En este caso se le impondría la obligación de acreditar unos hechos de

80. La sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de marzo de 1999, ponente GIMENO-BAYÓN COBOS, analiza en su fundamento jurídico décimo la alegación efectuada por el demandante de que se vulneraba el art. 24 de la Constitución razonando que no lo viola al considerar que «resulta muy difícil que a la demandada le es imposible saber y demostrar el procedimiento de fabricación de los productos», que era la alegación que efectuaba el demandado. Lo razona desde la perspectiva de la carga de la prueba afirmando que «desde la perspectiva de la facilidad de acreditar, de acuerdo con el sentido común, a la demandada le será más fácil acceder a la prueba para demostrar el procedimiento utilizado por quien sin fabricar comercia con el producto, pues quien lo fabrica tendrá interés común con el mismo en mantener el producto en el mercado —de ahí que doctrinalmente se defienda la posibilidad de su intervención voluntaria adhesiva e incluso su llamada en garantía— y que la demandada es la única que lógicamente posee el acceso a la fuente de prueba».

81. Ver supra su concreción.

82. Tal situación podría suceder en aquellos casos en que el demandado y el fabricante están unidos por una relación social o pertenecen a un mismo grupo de empresas o los casos en que pudiera decretar al alzamiento del velo de la persona jurídica mercantil.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

los que no tiene conocimiento, como es el procedimiento a través del cual está produciendo el producto o sustancia nuevo el fabricante[83].

Desde la posición adoptada, la aplicación del art. 61.2 LP a una persona distinta del fabricante no implica las dificultades derivadas de si entendemos que nos hallamos ante una norma de inversión de la carga de la prueba que no contempla ninguna excepción[84]. Como hemos indicado en diversas ocasiones el demandado puede desvirtuar la aplicación de la presunción del art. 61.2 LP a través de los diversos elementos de la presunción (afirmación base, nexo causal y afirmación presumida). Si lo logra en el proceso se aplicarían las normas generales de carga de la prueba. Por ello le corresponderá al demandante elegir a la persona o personas que va a demandar. Si opta por dirigir la demanda sólo frente al que comercializa el producto o sustancia nueva no podrá alegar que se halla ante una prueba diabólica, ya que en principio tiene el mismo carácter frente al demandado que desconoce cuál es el procedimiento de fabricación de la misma. Será el órgano jurisdiccional el que deberá valorar las circunstancias concurrentes para determinar a quién va a perjudicar la falta de prueba de este hecho. Uno de los elementos que deberá tener en cuenta serán los motivos por los que la demanda no se ha dirigido frente al fabricante del producto, única persona que podría acreditar debidamente qué procedimiento ha utilizado para lograr ese producto o sustancia nueva.

En todo caso ante un procedimiento en el que se demande a una persona no fabricante, éste podrá solicitar su intervención voluntaria en el proceso a través de la intervención litisconsorcial. Éste tiene un interés directo en el resultado del proceso, por lo que podrá intervenir en el mismo[85].

83. Desde esta perspectiva nos mostramos de acuerdo con la opinión de LEMA DEVESA. Afirma que «la regla recogida en el art. 61.2 de la Ley de Patentes a una persona distinta del fabricante supone colocar a ésta en una situación de indefensión, con la consiguiente vulneración del art. 24 de la Constitución» (en *La inversión...*, cit., pág. 70). A continuación analiza la indefensión que se provoca como consecuencia de la imposición a una de las partes de una prueba diabólica o imposible y afirma que en este supuesto «si bien no se le impone al demandado la prueba de un hecho negativo, se le impone una prueba de imposible realización. En efecto el demandado no fabricante, no podrá probar que el procedimiento empleado para la elaboración de la sustancia nueva es distinto del procedimiento patentado, pues desconoce el procedimiento empleado por el fabricante» (op. cit., pág. 71).

Pero recordemos que en nuestra opinión nos encontramos ante una norma de presunción. Por lo que es aplicable el régimen jurídico expuesto anteriormente.

84. Ver ampliamente el desarrollo de la problemática en LEMA DEVESA, *La inversión...*, cit., págs. 71 y ss.

85. En el mismo sentido LEMA DEVESA, op. cit., pág. 73.

Si el órgano jurisdiccional deniega esta intervención solicitada por el fabricante, éste podría ejercitar la acción de jactancia prevista en el art. 127.1 LP. Posteriormente se podría solicitar la acumulación de autos porque de seguirse separadamente ambos pleitos se divide la continencia de la causa (art. 161.5 LEC).

Otra posibilidad que tendrían las partes es provocar la intervención del tercero fabricante en el proceso que se sigue contra él por la comercialización de los productos directamente obtenidos por la aplicación de la patente de procedimiento. Debemos tener en cuenta que el demandante puede no haber demandado al fabricante no por dejación sino por simple desconocimiento de quién se trataba. En este caso no existe propiamente un litisconsorcio pasivo necesario porque su presencia no es necesaria para que el proceso sea eficaz, es decir, la ley permite que la parte se dirija directamente contra el comerciante y no contra el fabricante. Una de las opciones que se tendría es anunciar antes de la comparecencia del art. 493 LEC la conveniencia de citar a esta persona, pero esta citación puede ocasionar algunos inconvenientes[86].

Actualmente en el derecho español no existe ninguna posibilidad de obligar a un tercero a acudir a un proceso en el que no ha sido demandado. Sin embargo, en el derecho comparado nos encontramos ante la *litis denuntiatio* del derecho alemán[87] o la llamada en garantía del derecho italiano[88]; pero estas instituciones tampoco obligan al tercero a acudir al proceso.

En España el único mecanismo que existe para anunciar al tercero la pendencia de un proceso lo constituye la previsión que efectúa el art. 1481 de que «el comprador estará obligado al saneamiento que corresponda, siempre que resulte probado que se le notificó la demanda de evicción a instancia del comprador».

En el caso concreto que analizamos se ha discutido la posible aplicación de este precepto[89]. En nuestra opinión nos encontramos ante dos relaciones

86. Ver ampliamente en relación con el litisconsorte necesario ALONSO-CUEVILLAS y SAYROL, en *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, Barcelona, 1992, págs. 266 y ss.

El art. 422 del Proyecto de LEC prevé la posibilidad de citar a los litisconsortes necesarios preteridos en el momento de la audiencia previa al juicio.

87. Art. 72 ZPO. Si bien la intervención del tercero tendrá en todo caso carácter voluntario. Ver ampliamente GOLDSCHMIDT (*Derecho Procesal Civil*, Padua, 1973, págs. 140 y ss.) y WACH (*Manual de Derecho Procesal Civil*, tomo II, Buenos Aires, 1977, págs. 461 y ss.).

88. Ver ampliamente SATTA (*Diritto Processuale Civile*, Padua, 1973, págs. 140 y ss.) y (SERRA DOMÍNGUEZ, *Intervención del vendedor en el proceso de evicción*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1967, págs. 258 y ss).

89. Ver LEMA DEVESA, op. cit., págs. 74 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

jurídicas distintas. Una es la posible vulneración del derecho de patentes que une al titular y al que comercializa el producto o sustancia obtenido sin su consentimiento; y otra es la que vincula al demandado con el tercero fabricante, que, en principio, se tratará de una relación de compraventa del producto o sustancia. En este último supuesto nos encontramos ante una compraventa mercantil regulada en los arts. 325 y ss. Cco[90]; en estos preceptos se prevé la posibilidad del saneamiento por evicción en el art. 345 Cco[91]. Por ello el vendedor estaría obligado al saneamiento de la cosa objeto de la venta (art. 345 Cco), debiéndose entender como la «posesión legal y pacífica de la cosa vendida» (art. 1474.1 Cc)[92].

En el caso analizado nos encontramos ante un comprador de un producto o sustancia que es demandado por el titular de la patente para evitar que realice su comercialización, siendo una de sus consecuencias la pérdida de la propiedad del bien adquirido[93]. El tercero fabricante ha vendido el producto

90. El art. 325 Cco prevé que «será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa». Ver ampliamente BOIX RASPALL, *NEJca Seix*, tomo IV, voz «compraventa mercantil», Barcelona, 1952, págs. 534 y ss.

91. BROSETA PONT afirma que «en el ámbito mercantil se afirma corrientemente que la evicción y sus consecuencias son inaplicables a la compraventa mercantil, porque quien compra en tiendas o almacenes abiertos al público (dado que se parte de la naturaleza mercantil de estos contratos), no puede ser privado de la cosa o cosas adquiridas, aun cuando éstas no pertenecieran al vendedor (art. 85 Cco)... Si esto es cierto, no lo es menos que la evicción puede presentarse en la compraventa mercantil cuando ésta se estipula entre comerciantes fuera de estos establecimientos, o entre fabricantes y comerciantes fuera de ellos, con el fin de revender posteriormente lo así adquirido en tiendas o almacenes abiertos al público. En estos casos puede pensarse que las cosas adquiridas pueden ser susceptibles de evicción, al serles inaplicable la prescripción de derecho a favor del comprador prevista en el art. 85 del Código de Comercio» (en *Manual de derecho mercantil*, Madrid, 1989, pág. 405).

La STS de 15 de marzo de 1975 (base de datos Colex Data sin referencia) se pronuncia sobre un supuesto de saneamiento por evicción en una compraventa mercantil.

92. La STS de 11 de octubre de 1993 (ref. Colex Data 93C740) exige que el comprador «sea privado por sentencia firme de la cosa objeto de la venta» para que proceda el saneamiento por evicción. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 29 de diciembre de 1997 (ref. Colex Data 97C2608).

93. El art. 63 LP prevé que el titular de la patente cuyo derecho de patente sea lesionado podrá, en especial, solicitar «... c) el embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho... d) la atribución en propiedad de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior cuando sea posible... e) la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la patente y, en particular, la transformación de los objetos o medios embargados... o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la violación de la patente».

o sustancia como propio[94]. Sin embargo, el titular de la patente opone su derecho de propiedad industrial no para discutir la titularidad, sino para lograr su destrucción o atribución en propiedad. Es decir, afirma que el tercero fabricante no puede ser el titular de esos objetos puesto que existe una prohibición legal de producirlos sin su consentimiento. Por ello entendemos que son aplicables las normas del saneamiento por evicción.

Esta conclusión implica que el demandado no fabricante deba notificar la pendencia del proceso a la persona que le haya vendido el producto o sustancia resultante de la aplicación de la patente de procedimiento (art. 1482 Cc). De esta forma se logra que el tercero tenga conocimiento de la pendencia del proceso y pueda participar en el mismo. Pero en ningún caso estará obligado a intervenir, sino que puede realizar esta actuación si lo estima pertinente. Lo único que posibilitará esta actuación es que posteriormente se pueda iniciar un proceso posterior para reclamar el saneamiento (art. 1481 Cc). Es decir, la sentencia que se dicte no puede contener pronunciamientos condenatorios ni absolutorios respecto al tercero fabricante que no es parte en el proceso[95].

94. Según SERRA DOMÍNGUEZ «para que exista evicción es indispensable que el tercero se atribuya la propiedad» (op. ult. cit., pág. 306).

95. El TS se ha pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión. La STS de 26 de junio de 1993 (ref. ar. 1993\5383) afirma en el fundamento jurídico tercero que «a diferencia de la voluntaria o adhesiva, la intervención obligada o coactiva en el proceso tiene lugar a través de la institución conocida como 'llamada en causa' o 'llamada en garantía' (litisdenuntiatio), carente en absoluto de regulación en la Ley Rituaria Civil y admitida en supuestos muy específicos de nuestro ordenamiento jurídico sustantivo... y se produce generalmente del lado pasivo de la relación jurídico-procesal, cuando el que se ve demandado en el proceso y tiene, o cree tener, a virtud de una precedente relación negocial..., ciertos derechos frente a un tercero, que pueden verse afectados por la sentencia que recaiga en dicho proceso, pide al órgano jurisdiccional que llame a dicho tercero al expresado proceso para dejar así salvaguardados los expresados derechos que al demandado (garantizado) le puedan corresponder contra el mencionado tercero (llamado garante), ante cuya llamada el tercero puede personarse en el proceso y asumir las responsabilidades reclamadas al único demandado en el proceso, en cuyo supuesto pasará a convertirse también en demandado, o puede negar toda relación con el asunto reclamado al demandado principal, en cuyo caso las controversias existentes entre el tercero (llamado como garante) y dicho demandado principal habrán de ventilarse en otro proceso distinto, por lo que la sentencia que recaiga en él ya en curso habrá de referirse únicamente al demandado principal y único, pero no al tercero (llamado) que niega toda relación con el asunto litigioso debatido y contra el que el demandante no ha ejercitado acción alguna» (la doctrina de esta sentencia la acogen las SS de la AP de Córdoba de 6 de julio de 1998 —ref. ar. AC 1998\1362— y de la AP de Málaga de 10 de septiembre de 1998 —ref. ar. AC 1998\1882—). En el mismo sentido se pronuncia la STS de 13 de enero de 1998 (ref. ar. RJ 1998\113) en demanda de error judi-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En todo caso debemos tener en cuenta que la intervención del tercero fabricante tendrá siempre carácter voluntario para éste. El único mecanismo procesal al que se podría acudir es, como hemos indicado anteriormente, anunciarlo en la contestación a la demanda y reproducirlo en el momento de la comparecencia o iniciar un nuevo proceso contra el fabricante y solicitar la acumulación de acciones.

cial al afirmar en su fundamento jurídico segundo que «la citación de evicción a los vendedores en virtud de lo dispuesto en el art. 1481 del Código Civil, da pie a la figura procesal conocida con el nombre de 'llamada en garantía' que no les obliga, desde luego, a personarse en el procedimiento y mostrarse parte en él, pero cuando el citado en evicción acude al procedimiento, está claro que no puede asignársele el papel de simple coadyuvante, sino el de parte propiamente dicha»; y la STS de 5 de mayo de 1997 (ref. ar. RJ 1997\3673) al afirmar en su fundamento jurídico segundo que «cualquiera que sea la postura que se adopte acerca de la posición en el proceso de los vendedores llamados, es evidente que la sentencia que se dicte en el juicio de evicción, no podrá contener ningún pronunciamiento absolutorio o condenatorio para ellos, aunque queden vinculados por las declaraciones que en ella se hagan que no podrán ser discutidas en un posterior y eventual proceso que el comprador promueva para exigir la indemnización compensatoria de la privación sufrida frente al vendedor, dado que el vendedor llamado en garantía no es demandado en el juicio de evicción y la única consecuencia que para él tiene la sentencia estimatoria de la demanda de evicción, al haber quedado preparada la demanda de saneamiento con la notificación, es la de venir obligado a sanear a tenor del artículo 1475 del Código Civil».

EL JUICIO VERBAL «AUTÉNTICO» Y LOS PROCESOS SUMARIOS EN EL MARCO DE LA NUEVA LEC[1]

DAVID VALLESPÍN PÉREZ
Profesor titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

1. Planteamiento del tema. Reducción de los juicios declarativos ordinarios y «aparente» reducción de los procesos civiles especiales. — 2. El juicio verbal «auténtico». — 3. Los procesos sumarios «disimulados» bajo la vestidura del juicio verbal. — 4. Conclusión.

1. Este artículo es fruto de mi intervención como ponente en el marco de las Jornadas de Estudio y Debate sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil organizadas por el Iltre. Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife y el Área de Derecho Procesal de la Universidad de La Laguna (8 a 23 de mayo de 2000).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. REDUCCIÓN DE LOS JUICIOS DECLARATIVOS ORDINARIOS Y «APARENTE» REDUCCIÓN DE LOS PROCESOS ESPECIALES

1.1. Introducción

Quiero mostrar, en primer lugar, como no podía ser de otra forma, mi más sincero agradecimiento tanto al Iltre. Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife como a la Universidad de La Laguna, y muy especialmente al Prof. MORÓN, a quien mi maestro el Dr. VÁZQUEZ SOTELO alude siempre como ejemplo humano y científico del buen procesalista, por haberme brindado esta magnífica oportunidad de participar en estas Jornadas de Estudio y Debate sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Concretamente, mi intervención, como se refleja en el Programa de las Jornadas, se va a circunscribir al análisis específico del llamado juicio verbal y de los procesos sumarios.

A tal efecto estimo imprescindible comentar con carácter previo las líneas generales de la regulación que la nueva Ley contempla respecto a los juicios declarativos ordinarios y los procesos especiales.

1.2. Los juicios declarativos ordinarios en la Ley 1/2000

La Ley reduce a dos los cuatro tipos actuales de juicios declarativos.

Tradicionalmente en España ha habido y continúa habiendo: el juicio ordinario de mayor cuantía, encarnación del viejo «solemnis ordo iudiciarius» para las reclamaciones de máxima importancia; el juicio ordinario de menor cuantía, como trámite abreviado para reclamaciones de menor importancia; y dos tipos procedimentales más: el mal llamado «juicio de cognición», introducido para la Justicia municipal en la reforma de 1944; y finalmente el tradicional juicio verbal civil para reclamaciones de mínima o ínfima cuantía.

Frente a esta realidad, como se observa en el art. 248 de la nueva regulación se conservan ahora tan sólo dos juicios declarativos ordinarios[2]: uno,

2. Art. 248:

«1. Toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada por la Ley otra tramitación, será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda.

2. Pertenecen a la clase de los procesos declarativos:

1.º El juicio ordinario.

2.º El juicio verbal».

al que se llama sin más «juicio ordinario», denominación poco expresiva; y otro, el «juicio verbal», para reclamaciones hasta un valor de quinientas mil pesetas, con un trámite más simplificado si el valor de la demanda no supera las ciento cincuenta mil pesetas.

De este modo, la Ley 1/2000 ha supuesto la desaparición del juicio de mayor cuantía y sigue el camino de los llamados juicios plenarios rápidos, en los que se ha reforzado de modo extraordinario la aplicación de la oralidad[3].

1.3. Los procesos especiales en la Ley 1/2000

Por lo que hace referencia a los llamados procesos civiles especiales, conviene subrayar que uno de los argumentos propagandísticos de la Ley descansa en la eliminación de la innecesaria multiplicación de procedimientos especiales, cuya proliferación había criticado desde siempre la doctrina.

Concretamente, su Libro Cuarto, dedicado a los procesos especiales, incluye los relativos al estado civil, condición de las personas y matrimoniales; los procesos para división judicial de patrimonios; el proceso cambiario y el proceso monitorio.

En una primera aproximación de estudio este principio inspirador debe ser aplaudido. Sin embargo, si analizamos con más detalle la nueva regulación es posible poner de manifiesto variadas observaciones críticas[4]:

a) La primera estriba en que si bien es cierto que desde siempre la doctrina ha censurado la innecesaria proliferación de tipos procedimentales civi-

3. Es innegable que impulsando la oralidad el proceso civil español se moderniza y se ajusta a la directriz ya establecida en el texto constitucional de 1978, pero, por lo mismo, como bien ha significado VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Estado actual de la legislación procesal civil en España*, texto de la Conferencia pronunciada en San Martín de los Andes (Argentina - 5 a 9 de octubre de 1999), en el marco del XX Congreso Argentino de Derecho Procesal, Libro de Actas del Congreso, pág. 11:

«es seguro que la nueva Ley no podrá funcionar en la realidad con la dotación de Jueces y Magistrados de los que disponemos en la actualidad. Una audiencia previa como la ahora regulada en el juicio ordinario exigiendo la presencia activa del Juez, exigirá invertir como mínimo una mañana, es decir, un día de trabajo judicial. El juicio de prueba que seguirá después ocupará previsiblemente otro día y con frecuencia más. Con todo ello no es difícil deducir que un Juez no podrá atender en un año más de un centenar de procesos civiles de los más de 1.000 ó 1.500 que recibe. De esta forma, y aun cuando muchos de esos procedimientos no son propiamente contenciosos, cabe concluir que la nueva regulación supondrá una nueva causa de "atasco judicial" a añadir a una situación de clara "desertización judicial"», pues son numerosísimas las plazas desempeñadas por Jueces interinos, improvisados, sin la adecuada preparación para ejercer tal función».

4. VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Estado actual de la legislación procesal civil en España*, obr. cit., pág. 12.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

les, producto de la actuación en ocasiones caprichosa de legisladores ignorantes o poco respetuosos con la buena técnica procesal, no lo es menos que esta idea no es contradictoria con el mantenimiento de aquellos procesos civiles especiales que tengan una verdadera razón de ser.

A estos procedimientos, que con frecuencia más bien suponen especialidades procedimentales, corresponden, entre otros, los interdictos o juicios posesorios, con una larga tradición milenaria nunca interrumpida; los juicios de impugnación de acuerdos sociales, que exigen necesariamente una especialidad técnica en la reunión de acciones impugnatorias; o el tradicional juicio ejecutivo español, con una historia de cinco siglos, que pasó a Hispanoamérica, que funciona satisfactoriamente en la práctica y que innecesaria y erróneamente el legislador ha desdibujado, apedazándolo innecesariamente entre la ejecución de sentencias y el juicio cambiario[5].

b) Una segunda observación crítica encuentra su razón de ser en que para que el legislador pueda presumir de haber eliminado todos esos juicios especiales ha procedido de una forma técnicamente recusable e incluso demagógica.

Así, siguiendo la orientación ya observada en el Anteproyecto[6] y en el Proyecto[7], lo que se ha hecho en la Ley es convertir el tradicional juicio verbal civil, para reclamaciones de escasa cuantía económica, en una especie de «cajón de sastre», atribuyéndole todos esos procesos especiales que el legislador dice suprimir, y que en realidad subsisten, sólo que como «juicios verbales especiales»[8]. Convendran conmigo, que «para tan corto viaje no se necesitaban tantas alforjas».

Basta con leer, a título ejemplificativo, los arts. 250[9], 439[10], 441[11] y 444[12] de la Ley, para comprobar que la nueva regulación ha optado por esta-

5. Sobre esta realidad véase: VALLESPÍN PÉREZ, D. *La regulación del juicio ejecutivo en la legislación procesal civil española*, texto de la Comunicación presentada en el marco del XX Congreso Argentino de Derecho Procesal, celebrado en San Martín de los Andes, los días 5 a 9 de octubre de 1999 (Libro de actas del Congreso).

6. En este sentido, véanse las reflexiones apuntadas por GARNICA MARTÍN, J. F. *Sistemática de los nuevos procesos ordinarios y especiales*, en la obra colectiva *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1998, págs. 360 y ss.

7. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (noticia sumaria de un nuevo orden procesal)*, Ed. Forum, Oviedo, 1999, pág. 39.

8. LUCES GIL, F. *Los juicios verbales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en La Ley, número 4464, 1998, pág. 1.

9. Ámbito del juicio verbal.

10. Inadmisión de la demanda en casos especiales.

11. Actuaciones previas a la vista, en casos especiales.

12. Reglas especiales sobre contenido de la vista.

blecer al lado del auténtico «juicio verbal», como juicio plenario para reclamaciones de escasa cuantía, diversos «juicios verbales para casos especiales», que no son más que los procesos especiales que la Ley dice suprimir pero disimulados[13].

Esta afirmación se comprueba también si tenemos presente que siendo el juicio verbal un juicio plenario para reclamaciones de escasa cuantía, el art. 447 de la Ley en sus núms. 2, 3, y 4 excluye de los efectos de la cosa juzgada determinadas sentencias, a las que más tarde me referiré cuando analice los llamados procesos sumarios[14].

2. EL JUICIO VERBAL «AUTÉNTICO»

2.1. Introducción

El juicio verbal civil viene previsto en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil como juicio declarativo ordinario para los asuntos de mínima o ínfima cuantía[15], distinguiéndose cuando la competencia corresponde a los Juzgados de Paz (hasta 8.000 pesetas) o bien a los Juzgados de Primera Instancia (hasta 80.000 pesetas).

La nueva LEC continúa regulando el juicio verbal, distinguiendo también cuándo la competencia es propia del Juzgado de Paz (hasta 15.000 pesetas) y cuándo lo es de los Juzgados de Primera Instancia (hasta 500.000 pesetas).

Ahora bien, como muy agudamente ha significado MONTERO AROCA[16], la nueva regulación atribuye al juicio verbal una naturaleza jurídica triple:

a) Cuando la procedencia del juicio verbal civil viene determinada en función de la cuantía, estamos en presencia de un proceso declarativo ordinario y plenario (juicio verbal «auténtico»).

13. Entre otros: GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. *Comentario a los arts. 248 a 250 de la nueva LEC*, en *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000). Anotaciones, concordancias, apéndice legislativo y bibliografía* (obra colectiva dirigida y coordinada por el propio autor), Ed. Forum, Oviedo, 2.000, págs. 321 y 325; SERRA DOMÍNGUEZ, M. *La Ley 1/2000, sobre Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 33.

14. Vid. 3.

15. Arts. 715 y ss.

16. MONTERO AROCA, J. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 452.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Concretamente, en atención al art. 250.2:

> «Se deducirán también en el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de quinientas mil pesetas y no se refieran a ninguna de las materias previstas en el apartado primero del artículo anterior».

b) Por el contrario, si la procedencia del juicio verbal civil viene fijada en atención a la materia, estamos en presencia de un juicio especial[17].

c) Por último, tampoco son infrecuentes aquellas situaciones en que la procedencia del juicio verbal viene determinada por razón de la materia, pero matizándose, además, que la tutela será sumaria[18].

2.2. *La demanda*

Tal y como se deduce de la lectura del art. 437 cuando se trata de pretensiones dinerarias de cuantía igual o superior a 150.000 pesetas, sin superar las 500.000 pesetas, y siempre que el juicio verbal sea el procedente en función de la materia, dicho juicio principiará por demanda sucinta[19], en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o domicilios en que pueden ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida.

En cuanto a los requisitos subjetivos de esta demanda que vienen a coincidir a grandes rasgos con los de la demanda propia del juicio ordinario[20], cabe efectuar alguna precisión, pues, por ejemplo, de conformidad con el art. 54.1 no es válida la sumisión tácita o expresa en los asuntos que deben decidirse a través del juicio verbal.

Cabe observar también que el art. 437 no alude en absoluto a la necesaria fundamentación de la demanda sucinta, pues a diferencia del juicio ordinario en que la demanda es completa, en el marco del juicio verbal la demanda tan sólo contiene con claridad y precisión aquello que se pide, quedando

17. Art. 250.1 (2º, 8º y 9º).

18. Art. 250.1 (1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10º y 11º).

19. En cuanto al principio de la demanda como manifestación del llamado principio dispositivo, véase por todos: VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Los principios del proceso civil*, en la obra colectiva *Ley de Enjuiciamiento Civil (Doctrina y Jurisprudencia)*, coordinada por Albácar López, Madrid, Trivium, 1994, págs. 416-417.

20. Art. 399.

para el momento posterior de la vista la concreta expresión de su fundamentación[21]. Ahora bien, la referencia a la utilización de la demanda sucinta debe entenderse tan sólo como un simple consejo que da el legislador, sin ser vinculante, ya que es igualmente admisible una demanda «floreada».

Esta demanda sucinta deberá expresar la clase de proceso por el que ha de tramitarse el asunto, bien con referencia a la materia, bien en relación a la cuantía, que deberá especificarse[22]; y deberá acompañarse igualmente de aquellos documentos procesales y materiales a los que alude la nueva Ley en el marco de las Disposiciones Comunes a los procesos declarativos ordinarios[23].

Por el contrario, cuando lo que se reclama en los juicios verbales es una cantidad inferior a 150.000 pesetas, el apartado segundo del art. 437 opta por permitir que el actor pueda formular su demanda cumplimentando unos impresos normalizados que, a tal efecto, se hallarán a su disposición en el tribunal correspondiente[24].

Esta demanda en impreso normalizado es tan sólo una posibilidad que se le ofrece al actor, pero no una exigencia, pues éste podrá optar entre presentar la demanda en impreso normalizado, una demanda sucinta o, incluso, una demanda completa[25]. Este tipo de demanda en impreso normalizado debe ponerse en relación con los arts. 23 y 31, relativos a la no necesidad de abo-

21. MONTERO AROCA, J. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, obr. cit., pág. 454.

22. Art. 253.

23. Art. 264 (documentos procesales):

> «Con la demanda, la contestación o, en su caso, al comparecer a la vista del juicio verbal, habrán de presentarse: 1.º El poder notarial conferido al procurador siempre que éste intervenga y la representación no se acredite apud acta; 2.º Los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya; 3.º Los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento».

Art. 265 (documentos materiales):

> «1. A toda demanda o contestación habrán de acompañarse: 1.º. Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden ...».

24. La alusión a los impresos normalizados de demanda surge huérfana de indicaciones relativas a las pautas de su confección. Por ello no es de extrañar que determinados autores como LORCA NAVARRETE, A. M.ª *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. El nuevo proceso civil*, Dikynson, Madrid, 2000, vengan afirmando, pág. 975:

> «que se supone que han de ser confeccionados por el Ministerio de Justicia sin que se indique si su expendiduría será gratuita o tendrá algún coste adicional. Quizá sea conveniente que la expendiduría ubicada en el "tribunal correspondiente" pueda ser coparticipada por otro tipo de establecimientos como expendidurías de tabacos y timbres descargando o eliminando del tribunal correspondiente su conceptualización de expendiduría».

25. MONTERO AROCA, J. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, obr. cit., pág. 455.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gado y procurador en aquellos juicios verbales cuya cuantía no exceda de 150.000 pesetas[26].

Añadir, por último, que en el marco de la regulación del juicio verbal existe también una regla especial relativa a la acumulación de acciones[27].

Concretamente y de conformidad con el art. 438.3:

> «No se admitirá en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones, salvo en las excepciones siguientes: 1.º La acumulación de acciones basadas en los mismos hechos, siempre que proceda en todo caso el juicio verbal; 2.º La acumulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a otra acción que sea prejudicial de ella; 3.º La acumulación de las acciones en reclamación de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, simepre que lo reclamado no exceda de 500.000 pesetas, cuando se trate de juicios de deshaucio de finca por falta de pago. Cuando la cantidad reclamada excediera de dicha cantidad, las acciones de reclamación de rentas y de desahucio por falta de pago podrán acumularse en el juicio ordinario»,

cabe apreciar una importante limitación respecto a la regla general contemplada en el art. 71.2, en atención a la cual el actor podrá acumular en su demanda todas las acciones que le competan frente a un mismo demandado. De igual modo, el número cuarto del art. 438 admite la acumulación subjetiva de acciones.

2.3. *Admisión de la demanda y citación para la vista. Actuaciones previas a la vista*

El órgano jurisdiccional en el plazo de cinco días, previo examen de su jurisdicción y de su competencia objetiva y, cuando proceda, territorial, dictará un auto en el que ordenará, en su caso, la admisión de la demanda y su traslado al demandado y citará a las partes para la celebración de vista, con indicación de día y hora, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte[28].

26. En este sentido cabe traer a colación también el art. 32.1, cuando dispone que aun no siendo preceptiva la intervención de procurador y abogado, si el actor pretende comparecer en juicio con asistencia y representación, lo hará constar de este modo en la propia demanda.

27. Para un análisis de esta regla, véase: LORCA NAVARRETE, A. M.ª *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. El nuevo proceso civil,* obr. cit., págs. 994 y ss.

28. Art. 440.1.

De conformidad con lo establecido en el apartado segundo del art. 440, en la propia citación, por un lado, se hará constar que la vista no se suspenderá por inasistencia del demandado; y, por otro, se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse[29].

Ahora bien, entre la citación de los litigantes y la vista pueden tener cabida algunas actuaciones que cabe reputar como previas al acto de la vista.

Sin perjuicio de algunas actuaciones previas a la vista en casos especiales a las que más tarde me referiré, es posible invidualizar un elenco de actuaciones que son posibles en todos los juicios verbales:

a) La preparación de la prueba para la vista[30].

b) La comparecencia con abogado y procurador[31].

c) La compensación[32].

d) Y la reconvención. Tal y como se deduce de la dicción literal del art. 438, en ningún caso se admitirá la reconvención en los juicios verbales que, según la ley, deban finalizar por sentencia sin efectos de cosa juzgada. En los demás supuestos, sólo se admitirá la reconvención cuando ésta se notifique al actor al menos cinco días antes de la vista[33]; no determine la improcedencia del juicio verbal[34] y exista conexión entre las pre-

29. La citación indicará también a las partes que, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista para que declaren en calidad de partes o testigos, facilitando a tal fin todos los datos y circunstancias precisos para efectuar tal citación. De igual modo, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio de la parte, conforme a lo previsto en el art. 304, si no asistieren personalmente a la vista y se propusiere y admitiere dicho interrogatorio como medio de prueba.

30. Art. 440.1, III.

31. Para aquellas situaciones en que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador en el marco del juicio verbal «auténtico», el art. 32 de la nueva LEC articula un sistema de garantía de la igualdad de armas procesales para el supuesto en que una de ellas vaya a comparecer auxiliada de postulación profesional.

32. Art. 438.2:

> «Cuando en los juicios verbales el demandado oponga un crédito compensable, deberá notificárselo al actor al menos cinco días antes de la vista. Si la cuantía del crédito compensable fuese superior a la que determine que se siga el juicio verbal, el tribunal tendrá por no hecha tal alegación, advirtiéndolo así al demandado para que use de su derecho ante el tribunal y por los trámites que correspondan».

33. El no cumplimiento de este límite temporal hace inviable la reconvención.

34. LORCA NAVARRETE, A. M.ª *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. El nuevo proceso civil,* obr. cit., pág. 993: «... existen unos límites funcionales en orden a admitir la reconvención que implican homogeneidad entre ámbito funcional del juicio verbal y funcionalidad de la reconvención que implica que, en ningún supuesto, la admisión de la reconvención ha de suponer excluir el ámbito funcional que acota el juicio verbal».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tensiones de la reconvención y las que sean objeto de la demanda principal[35].

2.4. El acto de la vista

El juicio verbal viene caracterizado porque junto a la demanda simple y la sentencia que son escritas, todas las demás actuaciones se concentran en un acto oral único denominado «vista».

Como se deduce del art. 442, mientras que la inasistencia del demandante al acto de la vista se considera como desistimiento de la pretensión, con imposición de costas e indemnización de daños y perjuicios, si el demandado no alega interés legítimo para continuar el juicio; cuando la incomparecencia corresponde al demandado ello determina tan sólo su rebeldía.

Habiendo comparecido ambas partes, la vista viene caracterizada por el desarrollo propio de un acto oral, pudiendo el Juez conceder la palabra a las partes tantas veces como estime oportuno[36]. El actor expondrá oralmente la

35. La mayor parte de los ordenamientos procesales civiles de los países de nuestro entorno cultural exigen que la reconvención sea conexa, es decir, que guarde un nexo causal con lo que ha sido alegado en la demanda. No faltan ordenamientos como el alemán en que el parágrafo 33 de la ZPO exige que la reconvención sólo pueda deducirse en aquellos supuestos en los que la pretensión reconvencional esté en conexión con la que se hizo valer en la demanda o con los medios de defensa utilizados contra la misma (WACH, A. *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Banzhaff, Ejea, Buenos Aires, 1977-II, pág. 228); o como el italiano en que el art. 36 del c.p.c. permite que el demandado pueda aprovechar la pendencia de un proceso para introducir una acción propia, que habría también podido ejercitar autónomamente, en atención a la conexión entre la demanda original y la demanda sucesiva (DINI, M. *Riconvenzione*, Novissimo Digesto Italiano, Utet, Torino, 1968, T. XV, pág. 967).

Por el contrario, en el ordenamiento procesal civil español no se incorpora esta exigencia. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil con apoyo en el principio de economía procesal permite la denominada reconvención inconexa, de tal forma que el demandado aprovechando la pendencia del proceso puede proceder al ejercicio de cualquier acción que le competa contra el actor, sin que entre ambas acciones haya más conexión que la subjetiva.

Esta realidad sufre, no obstante, una importante modificación en la Ley 1/2000, que tratando de evitar que el contenido del proceso se complique innecesariamente, admite ahora tan sólo la reconvención expresa y la reconvención conexa con lo que es ya objeto de la demanda (MONTERO AROCA, J. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, obr. cit., págs. 389 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Aspectos problemáticos de la reconvención en el proceso civil español*, artículo en prensa para su publicación en la Revista Justicia, año 2000; y VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Estado actual de la legislación procesal civil en España*, obr. cit., pág. 10).

36. Art. 443.

fundamentación de su pretensión y si la demanda fue completa bastará con que se ratifique en ella.

La contestación a la demanda se efectúa en el acto de la vista, no admitiéndose como ya se ha anticipado la reconvención en los juicios sumarios y debiendo notificarse ésta cinco días antes de la vista en los restantes.

El demandado opondrá todas las excepciones procesales y materiales que estime oportunas, empezando por las primeras.

El demandado comenzará por las cuestiones relativas a la acumulación de acciones que estime inadmisible, así como a cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo. No podrá, sin embargo, el demandado impugnar en este momento la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo establecido en el art. 64 de la Ley, sin perjuicio de la posibilidad de la apreciación de oficio por el órgano jurisdiccional de la falta de competencia o de jurisdicción (art. 443.2)[37].

En la misma vista el juez tendrá que decidir o bien desestimar las excepciones procesales, ordenando que siga la vista y el juicio[38], o estimar alguna excepción procesal, bien declarando que el conocimiento del asunto corresponde a otro órgano jurisdiccional, bien poniendo fin al asunto[39].

Por lo que hace referencia a las excepciones materiales, el art. 443.4 dispone que:

> «Si no se suscitasen las cuestiones procesales a que se refieren los apartados anteriores o si, suscitadas, se resolviese por el tribunal la continuación del juicio, se dará la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos relevantes en que fundamenten sus pretensiones. Si no hubiere conformidad sobre ellos, se propondrán las pruebas y, una vez admitidas las que no sean impertinentes o inútiles, se practicarán seguidamente»,

de tal forma que puede concluirse con SERRA DOMÍNGUEZ[40], que previa fijación por las partes de los hechos relevantes se procede a la proposición y

37. LORCA NAVARRETE, A. M.ª *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. El nuevo proceso civil*, obr. cit., pág. 1013.

38. El demandado podrá solicitar que conste en acta su disconformidad, a los efectos de apelar contra la sentencia que en definitiva recaiga.

39. Sobre el carácter excesivamente simple de esta solución legal, véanse las reflexiones expuestas por MONTERO AROCA, J. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, obr. cit., pág. 66.

40. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, obr. cit., pág. 43.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

práctica de la prueba de no existir conformidad en los hechos, en la misma forma prevista para el juicio ordinario[41], pero con la singularidad de que frente a la inadmisión de pruebas o admisibilidad de las ilícitas únicamente cabrá protestar a los efectos de reproducirlas en segunda instancia[42].

2.5. *La sentencia*

Practicadas las pruebas si se hubieren propuesto y admitido o expuestas, en otro caso, las alegaciones de la partes, se dará por terminada la vista y el órgano jurisdiccional dictará sentencia dentro de los diez días siguientes[43], sin preverse la práctica de diligencias finales[44].

En orden a esta última cuestión, es decir, la relativa a lo que ahora el legislador denomina de forma inexplicable como «diligencias finales» en detrimento de una terminología mucho más gráfica contenida en la vigente LEC («diligencias para mejor proveer»), cabe adelantar que la falta de previsión expresa de estas diligencias en el marco del juicio verbal va a traer consigo importantes dudas interpretativas no sólo en la doctrina sino también en la jurisprudencia.

Existen argumentos para entender que estas diligencias no son admisibles en el juicio verbal civil, ya que la Ley ubica su regulación dentro del juicio ordinario y no en el marco de las potestades jurisdiccionales que es donde deberían estar. Sin embargo, de no admitirse estaríamos «atando de pies y manos al Juez», provocando importantes consecuencias insatisfactorias e incluso inconstitucionales. Por ello me parece más lógico entender que pese a su ubicación, al no establecerse expresamente su prohibición, estamos en presencia de una simple omisión del legislador que no debe llevarnos a estimar la inadmisibilidad de tales diligencias en el marco del juicio verbal[45].

41. Art. 445:
«En materia de prueba y de presunciones, será de aplicación a los juicios verbales lo establecido en los capítulos V y VI del Título I del presente Libro».

42. Art. 446:
«Contra las resoluciones del tribunal sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaran como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia».

43. Art. 447.1.

44. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil,* obr. cit., pág. 43.

45. En igual sentido y con apoyo tanto en el silencio legislativo, el modelo constitucional de proceso justo y la correcta interpretación del principio de aportación de parte, se ha expresado el Profesor Morón a lo largo del coloquio que ha seguido a esta Conferencia.

3. LOS PROCESOS SUMARIOS «DISIMULADOS» BAJO LA VESTIDURA DEL JUICIO VERBAL

3.1. *Introducción*

Si bien es cierto que la Ley ya no habla en plural de «los juicios verbales» como si sucedía, por ejemplo, en el Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por el Congreso de los Diputados, en su sesión del día 23 de septiembre de 1999, es lo cierto que se sigue observando la utilización de la técnica simplificada del juicio verbal para regular actuales procedimientos especiales o procedimientos con especialidades procedimentales[46].

Concretamente, el art. 250 dispone que se seguirán por los trámites propios del juicio verbal todas las reclamaciones cuya cuantía no exceda de qui-

46. Todo ello sin perjuicio de que el Libro IV de la nueva LEC regula con carácter específico ciertos procesos especiales. Así, se mantienen como procesos especiales los de incapacitación, matrimoniales y de filiación. Concretamente, el art. 748 de la Ley dispone:
«Las disposiciones del presente título serán aplicables a los siguientes procesos: 1.º Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad. 2.º Los de filiación, paternidad y maternidad. 3.º Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos. 4.º Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. 5.º Los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial. 6.º Los que tegan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. 7.º Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción».
A su vez, los arts. 782 y ss. incorporan una modificación del proceso de testamentaría, calificándolo ahora como de «división judicial del patrimonio», que aparece como comprensivo tanto de la división de la herencia como de la liquidación del régimen económico matrimonial.
De igual modo, este Libro IV incorpora dos nuevos procesos especiales: el monitorio y el cambiario.
El proceso monitorio (arts. 812 y ss.) viene configurado, tras las críticas recibidas por el Anteproyecto (CORREA DEL CASSO, J. P. *El proceso monitorio en el Anteproyecto de LEC*, en la obra colectiva *Presente y futuro del proceso civil,* Bosch, Barcelona, 1998, págs. 395 y ss.) como un juicio de cognición plenaria, con producción de plena eficacia de cosa juzgada (SERRA DOMÍNGUEZ, M. *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil,* obr. cit., pág. 63; VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Estado actual de la legislación procesal civil en España,* obr. cit., pág. 22).
Por el contrario, el juicio cambiario, regulado en los arts. 819 a 827, viene configurado como un proceso en el que los efectos de la cosa juzgada vienen limitados a las cuestiones que pudieron ser alegadas y discutidas en el juicio cambiario, pudiéndose plantear una demanda declarativa ulterior respecto de las restantes, lo cual a juicio de SERRA DOMÍNGUEZ, M. *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil,* obr. cit., pág. 66: «implica una clara discriminación respecto del juicio monitorio que disminuye aún más la utilidad de este procedimiento».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nientas mil pesetas, y además determinados procesos especiales que se tramitan por el juicio verbal:

a) los juicios de desahucio por falta de pago o por extinción del plazo;

b) el juicio de desahucio en precario;

c) los interdictos de adquirir la posesión, de retener y recobrar, de obra nueva y de obra ruinosa[47];

d) el juicio provocatorio hipotecario[48];

e) el juicio de alimentos[49];

f) el juicio de rectificación;

g) los juicios sobre venta a plazos de bienes muebles, cuando la ejecución se limite exclusivamente a los bienes adquiridos;

h) y los juicios sobre incumplimientos de contratos de arrendamientos financieros o venta a plazos con reserva de dominio, cuando únicamente se pretenda la entrega del bien[50].

La nueva LEC no regula ni en un apartado concreto ni con carácter particular la tutela procesal civil sumaria. Sin embargo, de algunas de sus disposiciones como se acaba de constatar es posible deducir su existencia, siendo posible afirmar que de entre todos estos procesos civiles especiales que aparecen disimulados en el marco de la regulación del juicio verbal, algunos además unen a su condición de especiales la de ser también procesos sumarios.

Ante las limitaciones que cabe constatar en estos juicios en cuanto a las alegaciones de las partes, el tema y los medios de prueba, y la cognición judicial, es posible afirmar que estamos en presencia de juicios que se centran en un aspecto del conflicto existente y en los que la sentencia que se dicte no tendrá los efectos de cosa juzgada material, siendo posible que las partes acudan a un juicio plenario posterior en el que poder plantear el conflicto en toda su amplitud[51].

Concretamente, no producirán efectos de cosa juzgada aquellas sentencias a las que, con cláusulas excesivamente amplias[52] y en conexión con el art. 250.1 (1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10º y 11º), se refiere el art. 447.2º, 3º y 4º:

a) las que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumaria[53];

b) las que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito;

c) y a las que, en casos determinados, las leyes nieguen esos efectos.

3.2. *Especialidades de los procesos sumarios*

Puesto que el juicio verbal se utiliza con cierta frecuencia en la nueva LEC como vestidura de procesos especiales por razón de la materia, existen reglas específicas que afectan a algunas demandas, las actuaciones previas a la vista y al propio acto de la vista[54].

Centrándonos en el análisis de estas especialidades en el marco de los juicios verbales especiales sumarios[55], pueden señalarse a título ejemplificativo las siguientes:

47. Respecto a los interdictos cabe concluir como bien ha señalado SERRA DOMÍNGUEZ, M. *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil,* obr. cit., págs. 41 y 42, que: «el interdicto de adquirir la posesión pese al cambio de denominación mantiene un similar tratamiento procesal en el art. 441.1; los interdictos de retener y recobrar la posesión, no sólo pierden su nombre, sino también gran parte de sus actuales especialidades, conservándose únicamente el plazo de caducidad de un año (art. 439.1); el interdicto de obra nueva mantiene la medida cautelar de suspensión de obra nueva pero permitiéndose evitar la suspensión a través de la prestación de caución (art. 441.2); y que en el interdicto de obra ruinosa se suprime toda especialidad».

48. Las demandas instadas por aquellos titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, que insten la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación, da lugar a un juicio verbal de corte sumario, con modificación de la redacción del art. 41 LH (Disposición final 9.º.1) y derogación de los arts. 138 y 139 RH. Sus especialidades se incorporan a los arts. 439, 441, y 444 de la nueva LEC.

49. Este juicio pierde toda singularidad y desaparece la distinción entre alimentos provisionales y alimentos definitivos.

50. GARCÍA SOLÉ, F. *Venta a plazos y leasing tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Rev. La Ley, núm. 5044, 2 de mayo de 2000.

51. FAIRÉN GUILLÉN, V. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953.

52. Una crítica a esta excesiva amplitud puede verse en SERRA DOMÍNGUEZ, M. *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil,* obr. cit., pág. 42.

53. Entre otras, véanse los números 10º y 11º del art. 250.1: incumplimientos de contratos de venta a plazos de bienes muebles y de arrendamiento financiero que deban tramitarse por juicio verbal.

54. VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Estado actual de la legislación procesal civil en España,* obr. cit., pág. 16.

55. Para un análisis más exhaustivo de este punto, véase: LUCES GIL, F. *Comentario a los arts. 437 a 447 de la nueva LEC*, en *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000). Anotaciones, concordancias, apéndice legislativo y bibliografía*, obra colectiva coordinada y dirigida por el Dr. Fernando Gómez de Liaño González, Ed. Forum, Oviedo, 2000, págs. 492 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1. Demandas especiales: se exige que con la demanda se aporten los documentos que justifiquen los requisitos actualmente exigibles para cada acción.

Así, por ejemplo, en el caso de los interdictos de retener y recobrar la posesión, suprimida la información testifical previa, no se admitirán aquellas demandas que se interpongan transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo (art. 439)[56].

No se admitirán tampoco, de una parte, las demandas de desahucio de finca urbana por la falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario si el arrendador no indicare las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio[57]; y, de otra, aquellas demandas presentadas por el titular de derecho inscrito en el Registro de la Propiedad pretendiendo la efectividad de ese derecho frente a quien se oponga o perturbe su ejercicio, sin disponer de título inscrito que le legitime para ello, cuando no se cumplan los requisitos de contenido de la demanda y de presentación de ciertos documentos previstos expresamente en el número 2 del art. 439[58].

Por último, respecto a aquellos casos de los números 10º y 11º del apartado primero del art. 250 (incumplimientos de contratos de venta a plazos de bienes muebles y de arrendamiento financiero que deban tramitarse en juicio verbal), el legislador alude a un elenco de documentos específicos de los que deben acompañarse las demandas, y sin los cuales éstas no serán admisibles[59].

2. Actuaciones especiales previas a la vista.

Por lo que hace referencia al interdicto de obra nueva, el legislador ha previsto que si la demanda pretendiere que se resuelva judicialmente, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva, el tribunal, antes incluso de la citación para la vista, dirigirá inmediata orden de suspensión al dueño o

56. MONTERO AROCA, J. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, obr. cit., pág. 457.

57. Art. 439.3.

58. Art. 439.2:

«En los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, no se admitirán las demandas en los casos siguientes: 1.º Cuando en ellas no se expresen las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere. 2.º Si, salvo renuncia del demandante, que hará constar en la demanda, no se señalase en ésta la caución que, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del apartado segundo del art. 54, ha de prestar el demandado, en caso de comparecer y contestar, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio. 3.º Si no se acompañase a la demanda certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante».

59. Art. 439.4.

encargado de la obra, que podrá ofrecer caución para continuarla, así como la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado. El tribunal podrá disponer que se lleve a cabo reconocimiento judicial, pericial o conjunto, antes de la vista[60].

En los casos del número 7º del apartado 1º del art. 250 (juicio provocatorio hipotecario), el tribunal, tan pronto admita la demanda, adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere[61].

Indicar también que la nueva LEC contempla ciertas especialidades relativas a las actuaciones previas a la vista, tanto en lo relativo a la entrega del bien mueble al arrendador financiero o al vendedor financiador, como a la ejecución exclusiva contra bien mueble adquirido a plazos[62].

3. La vista:

En primer lugar, cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de la finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada, sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación (art. 444.1)[63].

En segundo lugar, en aquellos supuestos en los que se pretenda la efectividad de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad frente a quien se oponga a ellos o perturbe su ejercicio, el demandado tan sólo podrá oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el órgano jurisdiccional, en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 2 del art. 64 de la nueva LEC. Además, la oposición del demandado únicamente podrá tener lugar con fundamento en las causas enumeradas en este precepto por el legislador[64].

De igual modo, en los supuestos de demandas que pretenden que el órgano jurisdiccional resuelva sobre el incumplimiento por el comprador de

60. Art. 441.2.

61. Art. 441.3.

62. Art. 441.4.

63. Como ha señalado MONTERO AROCA, J. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, obr. cit., pág. 468, de este precepto puede deducirse la limitación de lo alegable, pero no la limitación de los medios de prueba a utilizar, pues ahora se admite incluso la testifical.

64. 1.º Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada. 2.º Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito. 3.º Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción. 4.º No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

un contrato de venta de bienes muebles a plazos o sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, la oposición del demandado también viene limitada[65].

Así, como bien se observa en el art. 444.3, tan sólo podrá fundarse dicha oposición en: la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal[66]; el pago acreditado documentalmente; la inexistencia o falta de validez de su consentimiento, incluida la falsedad de la firma; y la falsedad del documento en que aparezca formalizado el contrato.

4. Conclusión

Como conclusión cabe decir que el nuevo juicio verbal civil comprende en realidad tres modalidades:

a) Una primera, el juicio verbal auténtico para reclamaciones de mínima o ínfima cuantía (menos de quinientas mil pesetas), que viene concebido como un proceso declarativo, ordinario, plenario y acelerado.

b) A su lado, una segunda modalidad de juicio verbal en el que sus trámites se van a utilizar para resolver materias propias del juicio ordinario al cual se sustraen por motivos de celeridad, pero en los que la sentencia produce plenos efectos de cosa juzgada.

c) Y finalmente, un tercer juicio verbal que el legislador utiliza para sustanciar lo que actualmente constituye materia de procesos especiales o con especialidades procedimentales, con requisitos especiales de admisibilidad de la demanda y con la nota característica de no producir autoridad de cosa juzgada.

65. Lorca Navarrete, A. M.ª. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. El nuevo proceso civil,* obr. cit., pág. 1016.

66. Sobre el claro error del legislador acerca de la inclusión de esta causa relativa a la falta de jurisdicción o de competencia, véase: Montero Aroca, J. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000),* obr. cit., págs. 468-469:

> «Si la falta de jurisdicción o de competencia ha de oponerse siempre por la vía de la declinatoria, no siendo posible alegarla como excepción procesal en la vista (sin perjuicio de la apreciación de oficio por el juez, art. 443.2), carece de sentido que ahora el art. 444.3 y respecto de un caso concreto permita la alegación en la vista de la falta de jurisdicción y competencia. El error proviene de haber asumido lo dispuesto en el art. 16.2,d) de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, al derogar esta norma la Disposición Final 8ª de la LEC, y de hacerlo sin sentido crítico...».

LAS DILACIONES INDEBIDAS Y EL SECRETARIO JUDICIAL[1]

Mar Jimeno Bulnes
Profesora titular de Derecho Procesal
Universidad de Burgos

SUMARIO:

I. Introducción. — II. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: 1. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; 2. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; 3. En la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios. — III. El Secretario Judicial y su contribución a la defensa de este derecho fundamental: 1. Actual regulación de las funciones del Secretario Judicial: problemática; 2. Posibles soluciones y propuestas de reforma legislativa. — IV. A modo de conclusión.

1. Este trabajo tiene su origen incialmente en la ponencia presentada bajo este mismo título en el Curso de Formación de Secretarios Judiciales organizado por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia española en Madrid los días 20, 21 y 22 de septiembre de 1999 bajo el título «Visión orgánico-procesal del Secretario Judicial». No obstante el mismo ha sido convenientemente actualizado para su actual publicación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. Introducción

La elección del presente tema no ha sido realizada al azar sino que deriva de una consciente y dirigida atención entre el indisoluble nexo que entendemos existente entre la protección efectiva del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, contemplado como derecho fundamental en el artículo 24.2 de la Constitución española, y el relevante papel que con respecto al mismo juega el Secretario Judicial. De este modo y ya en los últimos años destaca el trabajo de prestigiosos procesalistas[2] señalando la conjunción de ambos extremos, en muchos casos resultado de Jornadas similares a las que ha dado origen este modesto trabajo.

Desde luego, tampoco dicha preocupación resulta injustificada, por cuanto, sin lugar a dudas, las dilaciones indebidas se presentan como uno de los males más comúnmente denunciados, tanto por los destinatarios de la Justicia como por los «practicantes» de la misma. No en vano, la vigencia del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas supone uno de los índices más demostrativos del control de calidad de la Justicia, si cabe y al menos desde una perspectiva sociológica, con el riesgo también que ello produce[3]; por ello nuestra preocupación en procurar el necesario equilibrio entre la demandada celeridad procesal y el respeto de las garantías procesales constitucionalmente exigidas (debido proceso)[4].

2. Nos referimos, especialmente y entre todos, a los trabajos de Pedraz Penalva, E. «El derecho al debido proceso y el Secretario Judicial», Acta Judicial 1995, nº 6, pp. 9 y ss., y, aún más en particular, Calvo Sánchez, M. C. «Contribución del Secretario Judicial a la efectividad del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», Revista General del Derecho 1997, nº 632, pp. 5203 y ss. Así también merece destacarse, con especial incidencia en la renovación de la figura del Secretario Judicial, De Hoyos Sancho, M. «Nuevo diseño de la secretaria judicial y agilización de la justicia», Poder Judicial 1998, nº 50, pp. 13 y ss.

3. Puesto así de relieve, por ejemplo y entre otros, por Rodríguez Tirado, A. M. «El Secretario Judicial en la diligencia de entrada y registro», La Ley 1995, t. 3, pp. 847 y ss., esp. 1ª pág. en relación con la exigida presencia del Secretario Judicial en la práctica de esta diligencia; así y en concreto, se afirma que «el hecho de que se busque la celeridad y eficacia no debe conducir a que las reformas procesales acusen una colaboración apresurada, incluso atropellada de las normas que olvide el buen hacer legislativo».

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) muestra esta misma preocupación al recordar el necesario respeto de las garantías individuales que han de procurar las normas procesales, aún a costa de dicha celeridad; así por ejemplo, se pronuncia en el caso *König,* sentencia de 10 de marzo de 1968, esp. aptdo. 100.

4. Sobre este último, más ampliamente, por todos, Esparza Leibar, I. *El principio del proceso debido,* Barcelona 1995, esp. pp. 214 y ss., así como, en relación con nuestro tema, Seoane Cacharron, J. «El Secretario Judicial y las garantías constitucionales del derecho a un proceso debido», Revista de Derecho Procesal 1988, nº 1, pp. 69 y ss., esp. p. 111.

Ya el *Libro Blanco de la Justicia* en su día aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprecia que «"la lentitud de los Tribunales" aparece como una de las cuestiones que más atrae la atención de los ciudadanos, como criterio para evaluar la mejora o el deterioro de la Justicia", al tiempo que considera como "la reforma de la oficina judicial ... resulta urgente y prioritaria"»[5]. Tales problemas y, en especial, el de las dilaciones indebidas, son aprovechados oportunamente para sugerir incluso desde sede gubernamental otras vías de resolución de conflictos distinta al proceso —léase arbitraje— bajo cierta «publicidad» no exenta del calificativo de «engañosa»[6] que se impone así al justiciable como paradigma de eficacia y celeridad.

Por nuestra parte, en cambio, proponemos, dentro del conjunto de reformas orgánicas y procesales, la reformulación del papel y funciones desempeñadas por este profesional de la Justicia, cual es el Secretario Judicial, aún hoy día y pese al avance producido en este sentido por la actual Ley Orgánica del Poder Judicial (no así por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil[7]), claramente desaprovechado pese a su elevada preparación técnico-procesal. Sólo así podrá llevarse a cabo la llamada política legislativa de «aceleración» del procedimiento[8] en concordancia con otros países del entorno continental y las directrices señaladas por las instituciones europeas[9].

5. Madrid 1997, pp. 21 y 109 respectivamente. Asimismo y pese a su redacción a inicios de la presente década, entendemos aún vigente las estadísticas expuestas por Toharia, J. J. «Encuesta a muestras nacionales representativas de Jueces, Fiscales, Secretarios de Tribunales, Abogados y Procuradores, sobre la actual situación de la normativa procesal y su posible reforma», *Materiales para una Reforma Procesal,* Madrid 1991, pp. 15 y ss., esp. pp. 22 y ss., en relación con la duración media de los procesos, y pp. 80 y ss., exponiendo los resultados de la encuesta realizada respecto de las causas de tales dilaciones.

6. Coincidimos así plenamente con Calvo Sánchez, M. C. «Contribución del Secretario Judicial a la efectividad del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», op. cit., esp. p. 5204, y, más ampliamente, «El procedimiento arbitral: ¿eficaz alternativa al proceso?», Actualidad y Derecho 1995, nº 23, pp. 1 y ss.

7. Así se pone de relieve en la obra colectiva *Secretario Judicial: visión orgánico-procesal actual (enigma o realidad de una profesión jurídica devaluada),* Valencia 1999, esp. pp. 288 y ss.; también, en la relación con esta figura y la reciente LEC, por todos, Villagómez Cebrián, M. «Funciones del Secretario Judicial en el proceso civil. Análisis de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15 de abril de 2000, nº 1867, pp. 1365 y ss.

8. Así, Gimeno Sendra, V. «Las garantías constitucionales en el proceso y el secretario judicial dentro del marco del Consejo de Europa», Poder Judicial 1995, nº 38, pp. 253 y ss., esp. p. 258. En la misma línea, Pedraz Penalva, E. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», Poder Judicial 1996, nº 43-44, pp. 225 y ss., esp. primeras páginas, en referencia al ordenamiento jurídico alemán al que inmediatamente también haremos mención.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En suma, pues, recogemos las palabras del profesor MARTÍN OSTOS para finalizar esta breve introducción, señalando que «en la actualidad, difícilmente puede concebirse una Administración de Justicia rápida, eficiente, con garantías y credibilidad, dentro de un Estado social y democrático de Derecho, sin la presencia activa, constante y controladora, del fedatario judicial»[10]. Es por ello que, sin más preámbulos y anticipando el papel del Secretario Judicial como garante del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, acometemos el estudio de forma separada de ambos extremos de la proposición enunciada; así y en primer lugar, el contenido de este derecho fundamental para después y, en segundo lugar, analizar la concreta contribución del Secretario Judicial para procurar la defensa del mismo.

II. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas aparece recogido como derecho fundamental en el artículo 24.2 de nuestra Constitución bajo la expresión «todos tienen derecho ... a un proceso público sin dilaciones indebidas»[11]. De este modo, en cuanto derecho fundamental, goza de la especial protección de la que disfrutan los derechos de este carácter a tenor del texto constitucional español; son, pues, de aplicación, por una parte los artículos 9.2 y, especialmente, 53.1, en relación con su exigida observancia por los poderes públicos[12], así como, por otra, el artículo 53.2, en particular referencia a la tutela judicial reforzada mediante sendos «recursos de amparo» ordinario y constitucional[13].

Son varias las definiciones propuestas para explicar el contenido de este derecho[14] y más aún los trabajos dedicados a su estudio desde diversos sectores doctrinales[15], todo ello unido a la abundante jurisprudencia estatal y europea que se ha desarrollado en torno al mismo y parte de la cual será inmediatamente expuesta. Entre todas, destacamos precisamente el concepto ofrecido por el propio Tribunal Constitucional español en interpretación de este artículo 24.2 y para quien un proceso sin dilaciones indebidas será «aquél que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción»[16], sin que ello sea equiparable, a juicio del constitucional, con el «derecho (constitucional) a los plazos»[17].

Sin embargo, la juriprudencia constitucional de nuestro país no es la única en mostrar preocupación por la defensa de este derecho como tampoco es original la redacción empleada por la Primera Norma española en su men-

9. Por ejemplo y entre otras, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa nº 18, de 17 de septiembre de 1987; al respecto, CALVO SÁNCHEZ, M. C. «Exposición de proceso monitorio en el ordenamiento procesal penal alemán, italiano y portugués», *V Jornadas de fe pública judicial,* Documentación Jurídica 1991, nº 69, pp. 15 y ss., esp. pp. 18 y ss.

10. MARTÍN OSTOS, J. *El Secretario Judicial a examen,* Madrid 1994, p. 9. Aprovechamos para recomendar la lectura descansada de esta pequeña monografía, analizando las opiniones vertidas directamente por los propios Secretarios Judiciales en cumplimentación a los cuestionarios a tal efecto remitidos sobre los más diversos temas, muchos de ellos aquí de interés.

11. Obviamos ahora el tratamiento del principio de publicidad procesal, no obstante, también por nosotros estudiado en el trabajo «El principio de publicidad en el sumario», Justicia 1993, nº 4, pp. 645 y ss.

12. Sobre la naturaleza de los derechos fundamentales y su consideración como derechos subjetivos de los ciudadanos en clara correspondencia con los respectivos deberes estatales, consúltese ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid 1993, esp. pp. 173 y ss.

13. A este respecto, por todos, PÉREZ TREMPS, P. «La protección de los derechos fundamentales por jueces y tribunales», Poder Judicial 1996, nº 43-44, pp. 251 y ss.

14. Destacamos, por ejemplo, la ofrecida por GIMENO SENDRA, V. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», *Problemas actuales de la Justicia. Libro Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario,* Valencia 1988, pp. 170 y ss. (también en *Constitución y proceso,* Madrid 1988, pp. 137 y ss.), quien entiende este concreto derecho fundamental como «un derecho subjetivo constitucional, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, que asiste a todos los sujetos del Derecho Privado que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial ... creando en él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las Sentencias» (p. 171). Dicha definición resulta asimismo de la interpretación de la jurisprudencia constitucional, como ahora expondremos.

15. Sólo entre las monografías publicadas en estos últimos años puede citarse, entre otros, los trabajos de GARCÍA PONS, E. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales,* Barcelona 1996, cuyas pp. 89 y ss. también se ocupan del concepto de este «derecho subjetivo de naturaleza prestacional exigible a todos los poderes públicos»; LÓPEZ MUÑOZ, R. *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia,* Granada 1996, esp. pp. 151 y ss., en relación con dicha delimitación conceptual; RIBA TREPAT, C. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas,* Barcelona 1997, esp. pp. 91 y ss., respecto del contenido de tales dilaciones indebidas; etc. Merece, por último, destacarse la obra de PICO I JUNOY, J. *Las garantías constitucionales del proceso,* Barcelona 1997, esp. pp. 118 y ss., quien incluye además una extensa nota bibliográfica.

16. SSTC 43/1985, de 22 de marzo, y 133/1988, de 4 de julio, en ambos casos FJ 1.

17. STC 5/1985, de 23 de enero de 1985, FJ 5; a este respecto, con matices, PEDRAZ PENALVA, E. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», op. cit., esp. pp. 237 y ss. También volveremos sobre este punto.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción al mismo. En efecto, la referencia constitucional del artículo 24.2 recoge la influencia de textos internacionales anteriores, los cuales, junto con la correspondiente jurisprudencia en interpretación de los mismos, son de obligatorio acatamiento por Juzgados y Tribunales en virtud de la aplicación del artículo 10.2 de la Constitución española[18].

Así, en concreto, el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[19] refiere que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída ... dentro de un plazo razonable», mientras que, por su parte, el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en alusión exclusiva al proceso penal, señala que «toda persona acusada de un delito tendrá derecho ... c) a ser juzgada sin dilaciones indebidas». Así pues, el concepto de «dilaciones indebidas» resulta equiparable al de «plazo (ir)razonable», tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional español en la mayor parte de decisiones dictadas en esta línea, de ahí la constante consideración de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como punto de referencia, aún cuando no siempre resulte respetada.

Finalmente y antes de entrar en el examen de todo este conjunto jurisprudencial, puede hacerse también constar la preocupación por evitar tales dilaciones indebidas también en el entorno del Derecho Comparado. Es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos y la Sexta Enmienda que delimita el derecho del acusado al *speedy trial*[20] o de otros ordenamientos jurídicos europeos; en este sentido, merece particular atención el alemán a partir del principio de «aceleración» (*Beschleuningung des Verfahrens*) antes aludido y que, si bien no encuentra reflejo constitucional, sí aparece contenido al menos en la legislación procesal ordinaria[21].

18. En relación con este mandato constitucional, véase REY MARTÍNEZ, F. «El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 CE)», Revista General de Derecho 1989, nº 537, pp. 3611 y ss.

19. En adelante, CEDH. Precisamente el mismo, como se sabe, ha sido objeto de reciente reforma a partir de la entrada en vigor del Protocolo nº 11, firmado en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994, de ahí que manejemos el nuevo texto refundido publicado en el BOE de 6 de mayo de 1999, nº 108, pp. 16808 y ss.

20. «The accused shall enjoy the right to a speedy trial», interpretado en virtud del caso *Barker v. Wingo* (1972) haciendo uso de la consideración de cuatro factores; a saber, el alcance de la dilación, las justificaciones de la misma por parte de la autoridad competente, la previa denuncia de la misma por parte del recurrente y el perjuicio causado a éste. Para una consulta básica véase, por ejemplo, ISRAEL, J. H. y LA FAVE, W. R. *Criminal Procedure. Constitutional Limitations,* St. Paul 1990, esp. pp. 398 y ss.

21. Así, § 272 *Zivilprozeßordnung* (ZPO) y § 115 y 128 *Strafprozeßordnung* (StPO). Con respecto a esta última legislación procesal y la introducción de dicho principio de «aceleración», véase, en particular, PEDRAZ PENALVA, E. «La reforma procesal penal de la R.F. de Alemania de 1975», Revista de Derecho Procesal (iberoamericana) 1976, nº 2-3, pp. 647 y ss., esp. pp. 678 y ss.

22. Para un examen específico de la jurisprudencia europea véase, además de las publicaciones y monografías arriba citadas, VELASCO NÚÑEZ, E. «Publicidad, plazo razonable y derecho de defensa», *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* en la colección *Cuadernos de Derecho Judicial,* Madrid 1993, pp. 215 y ss., esp. pp. 223 y ss. Asimismo, analizando igualmente la jurisprudencia constitucional, GARCÍA PONS, E. «Contenido esencial del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas», Revista General del Derecho 1996, nº 627, pp. 12905 y ss., en cuyas pp. 12940 y ss. aporta además una serie de pautas indicativas respecto a los períodos de duración de tales procesos en sede estatal, en función de la materia del asunto.

Así pues, dada la interpretación de los preceptos anunciados por parte de la jurisprudencia constitucional y europea a tenor de las específicas vías de amparo previstas en los respectivos ordenamientos, se procede al análisis de la misma, advirtiendo ya inicialmente la carencia de un criterio general para apreciar tales dilaciones indebidas o plazo «irrazonable»; ha de acudirse, por tanto y en cada caso, a la casuística jurisprudencial para lo cual se hará exposición, al menos, a aquellas decisiones para ello más representativas. Comenzamos, pues, por el examen de la jurisprudencia del TEDH cuyos criterios son, en principio, asumidos —y posteriormente, corregidos— por el Tribunal Constitucional español.

1. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que realiza esta interpretación del derecho a un proceso «dentro de un plazo razonable» tiene lugar en virtud del amparo reconocido a los ciudadanos de aquellos Estados parte del Convenio a partir del actual artículo 34 (antes 25). De este modo, el Tribunal, a la hora de valorar la «razonabilidad» o no de este plazo, adopta una serie de criterios objetivos aplicables a cada caso concreto y de ahí la casuística jurisprudencial antes aludida. En suma, la consideración de tales criterios se realiza en función de las circunstancias particulares del litigio, pudiendo, por tanto, variar el resultado sobre la «razonabilidad» de los plazos que dependen además de las características del proceso, orden jurisdiccional, etc.[22].

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Así pues, el Tribunal europeo, una vez delimitado previamente el período a considerar como cuestión de previo pronunciamiento[23], procede a hacer aplicación de tres criterios objetivos que resultan constantes a lo largo de su jurisprudencia, a saber: la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y el de las autoridades competentes. Esta triple consideración, si bien tiene lugar ya en sentencias iniciales como las resultantes de los casos *Neumeister*[24], *Ringesein*[25], *König*[26]..., es, en concreto, en el caso *Foti y otros,*

23. Lo cual en ocasiones también ha sido motivo de discusión y que, en todo caso, nunca tomará en consideración el período anterior a la firma del Convenio por parte del Estado respectivo; así, para el supuesto español, el límite extremo viene señalado por la fecha de 1 de julio de 1981, en concreto, cuando entra «en vigor la declaración española aceptando el derecho de recurso individual» (Caso *Sanders*, con sentencia de 7 de julio de 1989, aptdo. 29).

Tampoco es esta la única cuestión previa a delimitar por parte del Tribunal europeo antes de entrar a conocer del fondo del asunto; no olvidemos así la exigencia impuesta por el art. 35.1 CEDH del necesario agotamiento de las «vías de recurso internas» como condición de admisibilidad para interponer tales demandas de amparo. En este sentido, podemos destacar recientemente el caso *Civet*, en cuya sentencia de 28 de septiembre de 1999, el Tribunal inadmite el recurso planteado (esta vez alegando violación del art. 5.3 CEDH) al no haber hecho del recurrente empleo del recurso de casación penal conforme al Derecho interno.

24. Sentencia de 27 de junio de 1968, estimando el TEDH el amparo por entender que ha tenido lugar la violación del artículo 6.1 del Convenio ya que «en siete años largos transcurridos desde la inculpación sin que se haya resuelto sobre el fundamento de la acusación, condenando o absolviendo, suponen, ciertamente, una duración ... que supera el plazo razonable» (aptdo. 20). Se imputa pues dicha violación a la conducta de las autoridades judiciales, ello pese a reconocer la «singular complejidad» del caso, aunque ésta más bien atañe a la duración de la prisión provisional cuya violación del art. 5.3 CEDH es igualmente alegada.

En efecto, el Convenio europeo contempla también la prohibición de dilaciones indebidas para el caso de la prisión provisional en dicho art. 5.3 CEDH, cuyo tratamiento, pese a la evidente conexión con el derecho al proceso dentro de un plazo razonable del artículo 6.1, entendemos que, aquí y ahora, excede del objeto de nuestro trabajo. En relación con este tema, por todos, PEDRAZ PENALVA, E. «El derecho a la libertad y seguridad (art. 5 del CEDH)», *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Madrid 1993, pp. 73 y ss., esp. pp. 135 y ss.

25. Sentencia de 16 de julio de 1971, concluyendo el Tribunal europeo la ausencia de violación del art. 6.1 CEDH por este motivo, al achacar la demora en más de cinco años en dictar sentencia penal, no sólo a la complejidad del asunto sino también al comportamiento del recurrente; éste instó varios incidentes de recusación contra diversos miembros del Tribunal además de presentar demanda en otros órganos jurisdiccionales para el conocimiento de los concretos supuestos de estafa y quiebra fraudulenta.

26. Vid. *supra* nota nº 3. De nuevo el TEDH estima la violación del artículo 6.1 debido a la actuación de los Tribunales administrativos alemanes que tardaron más de diez años y diez meses en decidir sobre la retirada de autorización para la explotación de una clínica médica, así como cinco años en dictar sentencia sobre la retirada de autorización para el ejercicio de la

con sentencia de 10 de diciembre de 1982, donde comienza a ser realizada de forma individual y razonada para cada uno de estos factores.

No obstante y siguiendo un orden cronológico en el examen de esta jurisprudencia europea, merece la pena detenerse en algún caso anterior donde comienza a sentarse los precedentes sobre el último de estos factores que fundamenta la apreciación del oportuno plazo como «irrazonable». De este modo, desechada la complejidad del asunto y un (mal) comportamiento por parte del recurrente, sólo cabe «disculpar» la demora o retraso procesal en la actitud de las autoridades nacionales competentes —claro está, judiciales[27]; comienza, pues, a establecerse una importante pauta de comportamiento para esta actividad judicial, cuya exigencia va a ser posteriormente reiterada en muchas ocasiones y sólo pocas veces excusada.

Así, en el caso *Buchholz*[28], siendo objeto de consideración la duración de divesos procesos desarrollados ante las sucesivas instancias del orden jurisdiccional social alemán, son desestimadas las alegaciones del recurrente al justificarse las dilaciones imputables al comportamiento de las autoridades judiciales en virtud de una acumulación «temporal» de asuntos en algunos de estos Tribunales laborales, acumulación que, a su vez, es provocada por circunstancias excepcionales[29]. Por ello, es esta «temporalidad» la que convierte excepcionalmente tales dilaciones (en este caso, una duración total de cuatro años y nueve meses para conocer de la causa de despido del recurrente) en «razonables», ya que, por el contrario, el Tribunal impondrá como norma general la obligación a los Estados contratantes de «estructurar su sistema

medicina. En este caso concreto y pese a reconocer el Tribunal europeo que «el doctor König, por la forma de defender sus intereses, es responsable personalmente de aproximadamente la mitad de la duración del procedimiento» en el primer supuesto (aptdo. 103), aprecia la violación al considerar el objeto del litigio, así, la propia «existencia profesional» del recurrente. En cuanto al comportamiento del recurrente que parcialmente se tiene aquí en cuenta, se hace especial referencia a la solicitud por su parte de nuevas pruebas tras la fase de investigación administrativa.

27. Aun cuando no nos es desconocido que el Tribunal europeo involucra también a autoridades no judiciales en la garantía al plazo razonable. Así, por ejemplo, en el caso *Martins Moreira,* con sentencia de 26 de octubre de 1988, ampliando la obligación de asegurar el respeto del Convenio y por tanto del mandato del artículo 6.1, a las distintas autoridades portuguesas, por tanto y en concreto, también las procedentes del poder legislativo o ejecutivo que el Gobierno portugués entendía eximidas (vid. esp. aptdo. 60).

28. Sentencia de 6 de mayo de 1981.

29. Estas no eran otras que la recesión económica por la que atravesaba Alemania en esos años, lo cual provocó un «aumento significativo en el volumen de la conflictividad en el ámbito del empleo» (FJ 51).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

jurídico para permitir a los Tribunales cumplimentar los requisitos del artículo 6.1, incluyendo el proceso en «un tiempo razonable»[30].

Precisamente y por el mismo motivo, el Tribunal europeo estimó en cambio el amparo a tenor de dicho art. 6.1 CEDH en el caso *Eckle*[31], al considerar que el exceso de trabajo alegado por el Tribunal cantonal de Colonia (*Amtsgericht*) «no tenía nada de excepcional», máxime cuando la totalidad del tiempo computado superaba la cifra de diecisiete años en sede penal. En efecto y lógicamente, el Tribunal europeo es especialmente sensible en materia penal, con preferencia sobre los demás órdenes jurisdiccionales[32], dadas las importantes consecuencias que del proceso penal se derivan para el recurrente/imputado.

Por su parte, a partir del caso *Foti* arriba mencionado, en el que por primera vez —o al menos así nos consta— el examen de cada factor o criterio se realiza de forma separada por parte del Tribunal europeo, comienza a establecerse también alguna premisa interesante respecto a los otros dos índices. Así, en concreto, a tenor de dicho asunto y en relación con el primer criterio aportado, se determina que la complejidad del asunto puede ser tanto de hecho[33]

30. Aptdo. 51. Tales son los denominados «atascos estructurales», a diferencia de los anteriores, de carácter «coyuntural»; en este sentido, GARCÍA PONS, E. «Contenido esencial del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas», op. cit., esp. p. 12916.

31. Sentencia de 15 de julio de 1982, esp. aptdos. 85 y 92.

32. En relación con la materia penal, por todos, PRIETO RODRÍGUEZ, J. I. *Dilaciones indebidas y Derecho penal*, Madrid 1997, esp. pp. 36 y ss.

Después, si cabe y en orden de importancia, podría situarse precisamente la materia laboral, en la que, como el anterior caso *Buchholz,* gran parte de los asuntos requieren particular celeridad; no en vano, en el supuesto comentado se trataba de la opción entre la readmisión al puesto de trabajo por parte del señor Buchholz o bien su «sustitución» por la correspondiente indemnización económica.

33. Aptdos. 57 y ss., afirmándose que «las infracciones de las que se acusa a los demandantes (insulto y resistencia a las fuerzas del orden, tenencia de granadas lacrimógena, obstrucción de la vía pública y manifestación o asamblea sediciosa) no pueden por sí mismas ser calificadas de complicadas» ya que fueron «cometidas en público y constatadas sobre el terreno», por lo que «no tenían por qué dar lugar a una instrucción difícil» (aptdo. 58). De este modo el Tribunal reconoce la violación del art. 6.1 CEDH, ello pese a la incidencia de tales disturbios acaecidos en el Reggio Calabria entre 1970 y 1973 en el funcionamiento de la justicia penal, al crear «un clima político y social particular, de forma que los jueces podían legítimamente temer, en caso de condenas precipitadas y severas, un recrudecimiento de la tensión e incluso la repetición de los desórdenes» (aptdo. 61). La duración de los procedimientos penales oscila entre tres años y cinco meses en el caso del señor Lentini y cinco años y diez meses para el segundo procedimiento contra el señor Foti.

como de derecho[34]. O bien, respecto al segundo, se recuerda, siquiera implícitamente, el derecho al recurso como contenido también del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 6.1 en su conjunto[35].

Precisamente, en relación con este segundo criterio relativo a la conducta del recurrente interesa destacar una pauta —aún si cabe, más importante— mantenida por el Tribunal europeo ya en el anterior caso *Buchholz* y reiterada en otros posteriores como, por ejemplo, en el asunto *Corigliano*. Así, la jurisprudencia europea, a diferencia de la constitucional (o gran parte de ella), no exige a los litigantes «una cooperación activa con las autoridades

Más recientemente y entre otros, puede destacarse también el caso *G.S. contra Austria,* con sentencia de 21 de diciembre de 1999, en el que el Tribunal europeo condena a este país por estimar excesivo el plazo de cinco años y cinco meses para conocer de la solicitud de licencia de apertura de una farmacia. Se reconoce así la violación del art. 6.1 CEDH en razón de la inexistencia de complejidad fáctica del asunto que justifique tales dilaciones (vid. esp. aptdo. 34).

34. En relación con la complejidad jurídica puede citarse, por ejemplo, el caso *Pretto,* con sentencia de 8 de diciembre de 1983, a tenor del cual tenía lugar la aplicación de una ley «relativamente nueva que no contenía disposiciones en cuanto al punto del derecho en litigio» y, «además, la jurisprudencia, "todavía muy poca", revelaba orientaciones contradictorias» (aptdo. 32). Sin embargo, el TEDH no estimó aquí el recurso de amparo, considerando —creemos— que la dilación denunciada de tres años, seis meses y cinco días era «razonable» para un proceso civil como el presente, en el que el objeto de discusión era el derecho de prelación en un contrato de compraventa, y el que además se comienza y se desarrolla a iniciativa de las partes» (aptdo. 33).

En otras ocasiones las dificultades derivan de la práctica probatoria y así, por ejemplo, tiene lugar para el caso *Marques Gomes Galo*, con sentencia de 23 de noviembre de 1999. Así el órgano jurisdiccional estatal justifica la mayor parte de las dilaciones causadas a tenor de un proceso de reclamación de daños por accidente de tráfico en la práctica de una prueba pericial, en concreto, un examen médico. Pese a todo el Tribunal considera el transcurso de dicho plazo (superior a 8 años) excesivo, recordando que «el examen en cuestión se sitúa en el marco de un proceso judicial controlado por el Juez que es el encargado de asegurar el rápido desarrollo del proceso» (aptdo. 30) y estima producida la violación del art. 6.1 CEDH.

35. Aptdo. 59. Derecho a los recursos que entra también en consideración en otros casos como, por ejemplo, *Corigliano*, con sentencia de 10 de diciembre de 1982, esp. aptdo. 41, o, más recientemente, *Ledonne*, con sentencia de 12 de mayo de 1999, esp. aptdo. 25. Sobre ello y otros temas, véase también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *El convenio, el tribunal europeo y el derecho a un juicio justo,* Madrid 1991, esp. pp. 134 y ss.

Lo mismo cabe aducir respecto de otras garantías contenidas en este mismo art. 6.1 CEDH y que conforman el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que tampoco servirían nunca para justificar una dilación «indebida»; así, por ejemplo, el derecho a la asistencia letrada. De este modo, en el caso *König* ya mencionado, el Tribunal no tiene en cuenta el cambio frecuente de abogados que realizó el recurrente a lo largo de todo el *iter* procedimental, pese a que reconoce que influyó en la demora (vid. *supra* nota nº 26).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

judiciales»[36], por lo que, en ningun supuesto, podrá achacarse al recurrente tal falta de colaboración, aún siendo de aplicación el principio (procesal) dispositivo[37]; el límite, claro está, lo impone la conversión de esta actitud pasiva del actor en activa, derivada en un comportamiento claramente obstruccionista ante la administración de Justicia.

Pero, reiteramos, el motivo que fundamenta la estimación de los amparos en sede europea lo constituye el anunciado tercer criterio o factor, en relación con el comportamiento de los Juzgados y Tribunales estatales; de este modo les serán imputables aquellas dilaciones que excedan más allá de lo razonable y siempre que no pueda apreciarse complejidad del litigio en cuantía suficiente ni el recurrente haya manifestado la actitud obstruccionista antes mencionada. Sólo existe una salvedad en dicho sentido, cual es la concurrencia de tales circunstancias excepcionales que permitan calificar dicho retraso judicial meramente de «temporal»; eso sí, siempre que acudan para ello «con la deseable rapidez, a medidas adecuadas para superar esa situación excepcional», como se afirma a tenor del caso *Zimmermann y Steiner*[38].

36. Caso *Buchholz,* aptdo. 82, y *Corigliano,* aptdo. 42. Así también y entre otros, el caso *Ledonne* inmediatamente citado, esp. aptdo. 25, provocando además este motivo dos votos particulares por parte de sendos miembros del Tribunal en acusación al demandante de causar las dilaciones denunciadas (cinco años, cinco meses y ocho días para conocer de una querella por difamación en una única instancia) a partir del planteamiento de excepciones de incompetencia, de nulidad de notificación, etc. La misma violación del art. 6.1 CEDH fue reconocida, entre otros, en el caso *Bouilly*, sentencia de 7 de diciembre de 1999, para un plazo de cinco años y tres meses, pese a que «la demandante, como lo reconoció ella misma, contribuyó a la prolongación del proceso esperando más de 14 meses para apelar al Tribunal administrativo» (aptdo. 22) a fin de reclamar el cobro de una indemnización ante la pérdida de su historial médico, o en el caso *Papadopoulos,* sentencia de 21 de marzo de 2000, estimándose también excesivo el plazo de cuatro años y nueve meses para conocer de una reclamación de cantidad por despido improcedente, a pesar de los diversos aplazamientos del juicio solicitados por ambas partes; en esta última además el Tribunal se permite aducir como «la duración total del procedimiento ... (supone) una fuente de ansiedad y de angustia para el interesado» (aptdo. 31).

37. Así se desprende, por ejemplo, del caso *Buchholz* citado en el que el Tribunal europeo, pese a reconocer la vigencia de la aplicación de este principio en el orden jurisdiccional civil y laboral a tenor de la legislación procesal alemana y a diferencia del proceso penal o administrativo, entiende que «no existe dispensa alguna a las autoridades judiciales para que aseguren la rápida tramitación de las acciones en los términos comprendidos en el artículo 6» (aptdo. 50).

38. Sentencia de 13 de julio de 1983, aptdo. 29. En el mismo fundamento jurídico se sugiere algún remedio para dar solución a este «atasco provisional»; así, en concreto, «la elección de un determinado orden de tramitación de los asuntos, fundado no sólo sobre la fecha de su presentación, sino sobre su urgencia e importancia, en especial sobre el riesgo que suponen

La misma conducta inadecuada llevada a cabo por las autoridades competentes provoca la estimación del amparo en ulteriores casos, al considerarse superado el «plazo razonable» en la tramitación procesal nacional; así, entre otros, *Guincho*[39], *Deumeland*[40], *Lechner y Hess*[41], *Capuano*[42], *Baget-*

para los interesados». En este caso concreto, el Tribunal europeo aprecia la violación del art. 6.1 CEDH estimando como «irrazonable» el plazo de, aproximadamente, tres años y medio que duró la tramitación judicial en sede administrativa por los Tribunales suizos, período en el que apenas hubo actividad procesal; el Tribunal entiende así que la situación de sobrecarga de trabajo judicial, si bien podía considerarse inicialmente de carácter temporal, no lo era ahora ya a partir del año 1973 en el que el Gobierno suizo comienza a tomar medidas de carácter estructural (modificación de la ley federal de organización judicial, aumento de la plantilla de Jueces, Secretarios y Escribanos, etc.). Vid. esp. aptdos. 12 y 30 y ss.

39. Sentencia de 10 de julio de 1984, entendiendo el Tribunal que «las excepcionales dificultades en que se encontraba Portugal no eran tales como para privar al demandante de su derecho a obtener justicia en "un plazo razonable" (aptdo. 41); ello tras realizar un largo alegato reconociendo los esfuerzos emprendidos por el país vecino para «mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y la administración de los tribunales, en particular después de la promulgación de la Constitución de 1976» (aptdo. 38). Sin embargo, el Tribunal europeo considera que un plazo de casi cuatro años para dictar sentencia en primera intancia respecto de una acción de responsabilidad civil, cuya cuantía indemnizatoria además no es determinada hasta la fase de ejecución, supera ciertamente el límite de lo «razonable», aún teniendo lugar la vigencia del principio dispositivo (vid. *supra* caso *Buchholz*).

40. Sentencia de 29 de mayo de 1986, donde el Tribunal calificó la duración de, aproximadamente, once años como «anómala ..., especialmente si se tiene en cuenta la diligencia que se requiere en la materia de la Seguridad Social» (aptdo. 90). No obstante, aquí la responsabilidad judicial es compartida con el recurrente, a quien también se debe «buena parte» (en palabras del propio Tribunal en el mismo fundamento jurídico) de los retrasos acaecidos ante el Tribunal social de Berlín para determinar si un accidente era reputado como laboral o *in itinere* a tenor del Código de Seguros del Reich; pero tal comportamiento, derivado de iniciativas como, entre otras, la formulación de recusación contra algunos miembros del Tribunal o la petición de prórrogas de ciertos plazos, no fueron calificadas por el TEDH como «obstruccionistas», sino, a lo sumo, como «falta de colaboración» y de ahí la incidencia en el tercer criterio como determinante de la violación del artículo 6.1 (vid. aptdo. 80).

41. Sentencia de 23 de abril de 1987, respecto de una duración de ocho años, tres meses y diecinueve días para un proceso civil por reclamación de daños que se sucedió en diversas instancias; así, primera instancia, apelación y, finalmente, «revisión» ante el Tribunal Supremo de Viena (*Oberster Gerichtshof*). De este modo, el Tribunal europeo «aunque ... está de acuerdo con el Gobierno en que el comportamiento de los demandantes y algunos de sus métodos elegidos por los diferentes abogados produjeron un lamentable efecto en la capacidad de los Tribunales austríacos para zanjar con suficiente rapidez la disputa presentada ante ellos, ... llegó a la conclusión de que "el tiempo razonable" establecido en el artículo 6.1 se sobrepasó y que las autoridades austríacas son en parte responsables de esta situación» (aptdo. 59); dentro de este comportamiento judicial se cita como causa de tal demora, por ejemplo, «los cambios repetidos

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ta[43], *Milasi*[44], *Bock*[45], *Nieves e Silva*[46], además del *Martins Moreira* ya citado ... etc. En todos ellos se utiliza como criterio decisivo este tercer factor, pese a ser en algún caso compartido (y, a veces, atemperado) con otros, incluso de novedosa y casuística consideración como ocurre con el «contexto político y social» del país introducido en el caso *Milasi*[47] o «lo que en él arriesga el interesado» en *Bock*[48]. No obstante, apreciada como factor determinante esta inactividad judicial, recae la responsabilidad última en el Estado contratante, obligado, como ha sido dicho, a disponer de los medios personales y materiales necesarios para hacer posible la observancia de los derechos recogidos en el Convenio, así también del reconocido en el artículo 6.1[49].

Interesa aquí destacar, ante la imposibilidad de afrontar un estudio completo de la abundante jurisprudencia europea en esta materia, al menos aquella que nos es más próxima desde la perspectiva española. Así podemos citar, por ejemplo, el caso *Sanders*, con sentencia de 7 de julio de 1989[50], y en el que fue nuestro país el demandado. A tenor del mismo, el Tribunal europeo de nuevo estima el amparo en atención a la aludida inactividad judicial, ello pese al intento del Gobierno español de atribuir la responsabilidad en el retraso a la conducta del demandante; precisamente, aduce el Tribunal que «el interesado tiene solamente la obligación de realizar con diligencia los actos que le corresponden, de abstenerse de actuaciones dilatorias y de aprovechar las posibilidades que le ofrezca el Derecho interno para abreviar el procedimiento»[51].

de jueces ... ya que cada uno de los jueces tenía que empezar por familiarizarse con el caso», lo cual «no exonera al Estado, que tiene que asegurar la buena organización de la administración de justicia» (aptdo. 58).

42. Sentencia de 25 de junio de 1987, estando aún pendiente a la fecha el dictado de sentencia en apelación tras un plazo de cuatro años y que, junto con la primera instancia, excedía ya de diez, todo ello para conocer de una reclamación de indemnización en sede civil. Así, por ejemplo y en concreto, imputando el Gobierno italiano la responsabilidad del retraso en obtener los necesarios dictámenes periciales a la parte actora, recuerda el Tribunal que «el perito trabajaba en el marco de un procedimiento judicial controlado por el Juez ... encargado del caso y de llevar el procedimiento de manera rápida» (aptdo. 30), razón por la que «la responsabilidad principal del retraso producido por los dictámenes periciales recae en definitiva sobre el Estado» (aptdo. 32).

43. Sentencia de 25 de junio de 1987, estimando el Tribunal como «irrazonable» un plazo superior a trece años para ser dictada sentencia en casación respecto a una acusación penal en relación con un delito de tenencia de armas y de daños; ello aún cuando el período a considerar por el Tribunal no comienza hasta el 1 de agosto de 1973, fecha de la declaración italiana de aceptación del derecho al recurso individual previsto en el Convenio.

44. Sentencia de 27 de junio de 1987, afirmando el TEDH que, «a pesar de los esfuerzos realizados para mejorar el funcionamiento del juzgado de distrito de Reggio Calabria, el demandante tuvo que esperar casi diez años antes de que se pronunciase en primera instancia sobre la "acusación penal" dirigida contra él», por lo que «un período de tal duración no puede considerarse como una consecuencia de una crisis transitoria» (aptdo. 18).

45. Sentencia de 29 de marzo de 1989, entendiendo aquí el Tribunal, a diferencia de la mayor parte de los casos como los comentados, que «no se trata tanto de una falta de actividad judicial como de una demasiado intensa, concentrada en el estado mental del demandante» (a efectos de determinar su incapacidad procesal) y cuya responsabilidad pertenece igualmente a las autoridades judiciales y, en suma, al Estado alemán. De este modo, el plazo de nueve años que duró la tramitación procesal de la demanda de divorcio es, a todas luces, «anormal ... si se tiene en cuenta la especial diligencia que se requiere en las cuestiones que se refieren al estado civil y a la capacidad de las personas» (aptdo. 49).

46. Sentencia de 27 de abril de 1989, a tenor del cual, «el Tribunal reconoce las mejoras introducidas por el Estado portugués, especialmente en la organización de los jueces y tribunales administrativos», pero califica de «irrazonable» un plazo de más de seis años para dictar una resolución por el Tribunal administrativo de Lisboa que, «por lo demás, se limitaba a declarar la prescripción» (aptdo. 45. En sentido estricto se trataba de la declaración de incompetencia, por lo que, entendemos, se trata de un error de traducción).

47. Vid. aptdo. 19, siendo este motivo alegado por el Gobierno italiano para justificar la demora procesal, ante el intento de proceder al apaciguamiento de la situación y lo que permitió al demandante además beneficiarse del decreto de amnistía de 1978. Esta última no obsta, lógicamente, para la admisión del recurso individual de amparo ante el TEDH y que pueda, como aquí, entenderse estimada la violación alegada, determinando asimismo la cuantía de la indemnización a abonar por el Estado italiano al recurrente en concepto de satisfacción equitativa.

48. Si bien con posterioridad no aparece este motivo considerado de forma explícita, se enumera como tal (vid. aptdo. 38). Si acaso, puede entenderse hecha su mención a partir de la referencia expresa que se hace a la «situación personal del demandante: durante nueve años, aproximadamente, padeció las dudas suscitadas sobre su salud mental que resultaron sin fundamento, con lo cual se atacó gravemente a la dignidad humana» (aptdo. 48).

49. Sólo en los últimos años y en relación con el deber de los Estados contratantes de organizar su sistema judicial a fin de garantizar el respeto de tal derecho a un proceso sin dilaciones indebidas véase los casos *Mavronochis*, sentencia de 24 de abril de 1998; *Podbielski*, sentencia de 30 de octubre de 1998, esp. aptdo. 38; *Caillot*, sentencia de 4 de junio de 1999, esp. aptdo. 27; *G.S. contra Austria*, citado, esp. aptdo. 35; *Djaid*, sentencia de 29 de septiembre de 1999, esp. aptdo. 31; *di Mauro*, sentencia de 28 de julio de 1999, esp. aptdo. 23, acusándose por ejemplo en este último a Italia de violaciones reiteradas del Convenio que reflejan una situación «permanente» de «atasco judicial» a la que no se ha puesto remedio y para la que «los justiciables no disponen de ninguna vía de recurso interno».

50. Véase a este respecto RIBA TREPAT, C. «Condena a España por dilaciones indebidas», Justicia 1989, nº 3, pp. 631 y ss.

51. Aptdo. 35, en discrepancia con el criterio mantenido por el Tribunal Constitucional español, tal y como arriba ha sido expuesto. En concreto, el Gobierno español alegaba que «la sociedad demandante no acudió al Tribunal Constitucional hasta el 21 de octubre de 1983 para denunciar la duración de la primera instancia, aunque el juez declaró visto el juicio para sentencia el 28 de diciembre de 1981»; precisamente la sentencia constitucional es la 5/1985, de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

De esta forma, el Tribunal europeo, a diferencia del Constitucional español, entendió que en modo alguno podía justificarse en la situación de «atasco» judicial la demora en más de cinco años[52] por parte del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona y, posteriormente, en apelación, la Audiencia Provincial, para conocer de una acción civil en reclamación de cantidad. Precisamente, la diferencia entre ambos criterios jurisprudenciales estriba —aquí y ahora— en la rigurosa interpretación que realiza el TEDH respecto del comportamiento judicial, cuyo retraso, reiteramos, sólo entiende disculpable en virtud de circunstancias excepcionales que provoquen un «atasco provisional» en la administración de Justicia; ello a diferencia del Constitucional que, al menos en la sentencia dictada en este asunto, incluye los supuestos de atasco «estructural»[53]. Por el contrario y para el caso concreto, el Tribunal europeo estimó que tal situación de sobrecarga judicial «continuó durante varios años, convirtiéndose así en un problema de organización»[54] y de ahí el reconocimiento de la violación del artículo 6.1 del Convenio.

Pocos años después y por el mismo motivo el TEDH dicta sentencia condenatoria también contra España en el caso *Ruiz Mateos*, concretamente el 23 de junio de 1993. En este caso el Tribunal causante de las dilaciones fue precisamente el Constitucional al conocer de sendas cuestiones de inconstitucionalidad[55] en cuya jurisdicción, en palabras del Tribunal europeo, «el

23 de enero, que con posterioridad comentaremos por dar lugar a «interesante» (y muy criticada) jurisprudencia en materia del respeto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas contenido en el art. 24.2 CE.

52. Por cuanto, tal y como ha sido dicho, el Tribunal europeo entiende como fecha límite de partida la entrada en vigor de la declaración del Estado respectivo aceptando el derecho al recurso individual reconocido en el actual art. 34 CEDH, en el sentido arriba indicado (vid. *supra* nota nº 23); en realidad el tiempo total superaba aquí los siete años.

53. Precisamente y en la línea que luego expondremos, introduce aquí el TC un nuevo factor a tomar en cuenta, cual es «la estimación de los *standars* de actuación y rendimientos normales en el servicio de justicia, según el volumen de asuntos» (FJ 8), desestimando por ello el recurso de amparo. La discrepancia con la introducción de este nuevo criterio jurisprudencial, entre otros motivos, provocó el voto particular del magistrado (y antiguo profesor, tristemente fallecido en circunstancias trágicas) Tomás y Valiente, para quien «la frecuente tardanza excesiva del "servicio de justicia", no puede reputarse como "normal", pues lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella, aunque sea lo más frecuente», con cuyas observaciones coincidimos plenamente. Volveremos sobre ello.

54. Aptdo. 41.

55. Así, la planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Madrid al igual que la interpuesta por la Audiencia Provincial, también de Madrid, ambas respecto de diverso articulado (y, en algún caso, el mismo ¿?) de la Ley 7/1983, de 29 de junio de 1983, bajo la cual se amparaba la expropiación al grupo Rumasa.

asunto quedó en hibernación por más de veinticinco meses en la primera y catorce en la segunda»[56]. Todavía en mayor medida se justifica la condena para nuestro país, por cuanto, a juicio del Tribunal, «el asunto presentaba un juego considerable, no solamente para los requirentes, sino también para la sociedad española en general, en razón de sus vastas incidencias sociales y económicas»[57]; tal interés del asunto para el demandante y, en su caso, sociedad española no se utiliza aquí como criterio diferenciado, sino como índice de valoración del comportamiento judicial.

Sin embargo, inútil es decir que, en ninguno de los dos supuestos expuestos —ni en cualesquiera otro— puede ampararse la denuncia de la violación del art. 6.1 CEDH en virtud del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad o la interposición de trámite procesal alguno, como en algún momento ha sido denunciado[58]. No en vano, la tramitación procesal y con ello, la determinación de la norma (procesal o material) aplicable compete estrictamente a la esfera judicial, en virtud del principio del *iura novit curia*, razón por la que, considerada de forma general, la demora que por ello se

56. Aptdo. 49, ello cuando el plazo legalmente dispuesto para dictar sentencia por parte del TC español es de quince días, en virtud del art. 37.2 LOTC 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, prorrogable a lo sumo por otros quince días. Precisamente, continúa el Tribunal europeo en el mismo fundamento jurídico, la brevedad de estos plazos «revelan la importancia atribuida por el legislador español al tratamiento rápido de semejante cuestión prejudicial».

No le falta cierta razón a FAIRÉN para calificar de «ironía» el argumento utilizado aquí por el Tribunal europeo para achacar al legislador español la «imprudencia» de prever plazos tan breves para un procedimiento tan complicado como es el constitucional de prejudicialidad, cuando además conoce el incumplimiento sistemático de los plazos previstos en la legislación procesal ordinaria; sobre ello y otros comentarios a esta misma sentencia, véase FAIRÉN GUILLÉN, V. *Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Variaciones sobre la sentencia de 23 de junio de 1993, Asunto «Ruiz Mateos v. España»*, Granada 1996, esp. p. 179.

57. Aptdo. 52, fundamento que añade además que «el gran número de personas interesadas —trabajadores, accionistas y terceros— así como el volumen de los capitales discutidos, operaban en favor de una pronta resolución del litigio».

58. Por ejemplo, en el caso *Pafitis*, con sentencia de 26 de febrero de 1998, siendo objeto de denuncia como causa de gran parte de las dilaciones el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; como justifica el Tribunal de Estrasburgo para desestimar la violación del art. 6.1 CEDH, tener en cuenta el plazo de dos años, siete meses y nueve días en que el asunto fue paralizado en sede estatal hasta obtener la sentencia comunitaria atentaría al sistema instituido por el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea y a la finalidad perseguida en sustancia por dicho precepto.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cause no resulta «irrazonada»; cosa distinta es ya la concreta dilación sufrida en cada caso y computable en términos ordinarios.

En suma, pues, la violación del artículo 6.1 por entenderse superado el «plazo razonable» debido a la conducta de las autoridades judiciales va a dar lugar a no poca jurisprudencia[59], si bien y lógicamente, se sigue teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso[60]. Es así también por ello

59. Sólo en la presente década, a modo de ejemplo, caso *Clerc*, con sentencia de 26 de abril de 1990 (tramitación procesal durante trece años en sede penal) ... ; caso *Santilli*, con sentencia de 19 de febrero de 1991 (aproximadamente, seis años y nueve meses para una demanda civil) ... ; caso *Nibbio*, con sentencia de 26 de febrero de 1992 (alrededor de nueve años y tres meses respecto del cobro de una pensión de invalidez) ... ; caso *Billi*, con sentencia de 26 de febrero de 1993 (algo más de dieciséis años) ... ; caso *Muti*, con sentencia de 23 de marzo de 1994 (ocho años y siete meses) ... ; caso *De Ribemont*, con sentencia de 10 de febrero de 1995 (once años y ocho meses) ... ; caso *Mitap y Müftüoglu,* con sentencia de 25 de marzo de 1996 (quince años, ocho de ellos en primera instancia) ...; caso *Guillemin,* con sentencia de 21 de febrero de 1997 (de momento, dos años y once meses, permaneciendo aún pendiente el dictado de resolución definitiva) ...; caso *De la Roche*, con sentencia de 9 de junio de 1998 (ocho años, nueve meses y dos semanas para resolver sobre un derecho de carácter estrictamente patrimonial) ...; caso *Scalvini*, con sentencia de 26 de octubre de 1999 (diez años y tres meses para conocer de una causa penal con motivo de los daños originados en un accidente de tráfico), etc.

60. De este modo, por ejemplo, un mismo plazo de ocho años se calificó de «razonable» en el caso *De la Grange*, en cuya sentencia de 27 de octubre de 1994, el Tribunal desestimó las alegaciones del recurrente al considerar que una materia tan «sensible» como es el ámbito urbanístico y de protección medioambiental demanda un «examen atento y evaluación prudente de los hechos»; así, las dilaciones resultan justificadas en virtud de la complejidad del asunto. O bien, el caso *Acquaviva*, dictando el TEDH sentencia desestimatoria el 21 de noviembre de 1995, al justificar el retraso de cuatro años y cuatro meses respecto de la tramitación de una acción penal en virtud del «contexto político» entonces vivido en Córcega, causante de la huida de los testigos ante el temor de su seguridad y por ello las «inevitables» dilaciones procesales; entra, por tanto, también en consideración el mismo factor relativo a la complejidad del caso, dado que aquí el Tribunal europeo no introduce el examen de este criterio de forma separada como antes exponíamos (vid. *supra* nota nº 47).

Por su parte y en cuanto al segundo criterio relativo a la conducta del recurrente, un ejemplo extremo en este sentido lo constituye el caso *Ciricosta y Viola*, con sentencia de 4 de diciembre de 1995; así y aun cuando la tramitación procesal en sede civil superó un período de quince años, el Tribunal europeo atribuyó la mayor parte de las mismas a la conducta de los actores, por cuanto solicitaron al menos diecisiete aplazamientos de la vista pública. Se acompaña además dicha fundamentación con el argumento de la vigencia del principio dispositivo en el orden jurisdiccional civil (excepcionalmente, ya que como vimos, ello no supone merma de la responsabilidad judicial de asegurar la tramitación procesal en plazo «razonable»), así como el interés mostrado por el legislador italiano en remediar la lentitud de la Justicia de este país a partir de la reforma de la legislación procesal civil y la creación de los Juzgados de Paz.

que, en ocasiones, viene siendo exigida una «diligencia excepcional» a tales autoridades judiciales, en función de la trascendencia que el asunto represente para el recurrente[61], lo que, en algun supuesto —recordamos— se convierte en el llamado «cuarto criterio» y, por tanto, objeto de valoración independiente por parte del Tribunal europeo a efectos de determinar la violación del derecho contenido en el art. 6.1 CEDH[62]. Infracción del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable que, además y por último, abarcará cualesquiera etapas o fases del mismo y así, en concreto, también la ejecución[63],

61. Así tiene especialmente lugar, por ejemplo, en los supuestos de recursos planteados por recurrentes enfermos como aquellos infectados por el virus del sida en los casos *Karayaka*, con sentencia de 26 de agosto de 1994; *A. y otros c. Dinamarca,* con sentencia de 8 de febrero de 1996; casos *Richard* y *Pailot*, con sentencia de 22 de abril de 1998; caso *Henra*, con sentencia de 29 de abril de 1998, etc. También se justifica dicha «especial diligencia de carácter excepcional» en virtud de otras circunstancias como, por ejemplo, «la naturaleza de los intereses en juego para el recurrente y las eventuales consecuencias, graves e irreversibles, de la toma a cargo del hijo sobre el disfrute del derecho al respeto de la vida familiar» que se ponen de relieve en el caso *Paulsen,* con sentencia de 19 de febrero de 1998, siendo aquí objeto de discusión en sede estatal el «derecho de visita de un padre a su hijo situado bajo la asistencia pública».

62. Vid. *supra* nota nº 48. Dentro de esta última jurisprudencia europea y además de los inmediatamente citados puede mencionarse, por ejemplo, el caso *Duclos*, con sentencia de 17 de diciembre de 1996, fundamentándose la violación del art. 6.1 CEDH en la propia situación del interesado y la trascendencia que el proceso tiene para éste, motivos por los cuales es exigible una celeridad especial; en concreto, el proceso principal resulta de un accidente de circulación y su discusión como accidente de trabajo a efectos de la correspondiente indemnización en concepto de invalidez. Así también, los casos *Garyfallou Aebe,* con sentencia de 24 de septiembre de 1997; *Doustaly,* con sentencia de 23 de abril de 1998; *Laino,* con sentencia de 18 de febrero de 1999, argumentándose, por ejemplo, en este último que «en los asuntos que afecten al estado civil de las personas, lo que está en juego para el demandante es también un *criterio* aplicable y, además, se impone una diligencia particular teniendo en cuenta las eventuales consecuencias que una lentitud excesiva puede tener, especialmente sobre el disfrute del derecho al respeto de la vida familiar» (aptdo.18. La cursiva es nuestra).

63. En esta línea, por ejemplo, el caso *Scollo*, con sentencia de 28 de septiembre de 1995, en la que el Tribunal europeo reconoce la violación del art. 6.1 CEDH para un período superior a once años y diez meses, siendo también computable la fase de ejecución. Más interesante resulta el caso *Zappia*, también contra Italia, en cuya sentencia de 26 de septiembre de 1996, toma en consideración un período aún inacabado al permanecer todavía pendiente la fase de ejecución y que de momento alcanza ya los veintitrés años; además y en concreto, dentro del examen de la conducta de las autoridades judiciales causante de tal demora, se acusa el mal funcionamiento de la secretaría judicial que provocó gran parte de los aplazamientos de la vista pública denunciados. Otro ejemplo reciente en sentido similar lo constituye el caso *Estima Jorge*, con sentencia de 21 de abril de 1998, en el que el plazo para dictar sentencia en virtud de título ejecutivo (acta notarial) alcanza los trece años.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cuyo ejercicio corresponde —al menos en nuestro país y otros del entorno europeo— asimismo a los órganos jurisdiccionales.

2. *En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

Una vez establecida a modo de extremo comparativo la anterior jurisprudencia europea, podemos ya anticipar como la constitucional obtenida con motivo de la violación del derecho a un proceso «sin dilaciones indebidas» (art. 24.2 CE)[64], resulta bastante más estricta por lo que respecta, tanto a la admisión como a la estimación de tales recursos de amparo formulados en virtud del art. 53.2 CE. Igualmente, cabe afirmar que la misma adolece en buena medida de la necesaria sistemática e incluso coherencia jurisprudencial, puesto que, en función de las particulares circunstancias del caso concreto[65], se acudirá o no a los criterios delimitados por el Tribunal europeo, siendo los mismos —en el supuesto de que, en efecto, lleguen a ser tomados en cuenta— en muchas ocasiones expuestos de forma muy diferente.

Así y en primer lugar, por lo que respecta a los requisitos de procedibilidad para la admisión de tal recurso de amparo en el ámbito español han de respetarse los presupuestos exigidos por el art. 44 LOTC. De esta forma, los mayores problemas se plantean respecto a la exigencia del previo agotamiento de las vías de recurso ordinarias[66] así como la preceptiva denuncia de la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en sede ordinaria[67],

64. Una exposición de la misma se realiza, de modo particular y además de buena parte de las obras ya citadas, por BARCELÓ I SERRAMALERA, M. y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Poder Judicial 1997, nº 46, pp. 13 y ss.

65. Si bien en no pocas ocasiones observamos que la disparidad de criterios depende del magistrado que actúe como Juez ponente para cada caso concreto.

66. Sobre ello, en particular, véase BACHMAIER, L. «Nulidad de actuaciones y agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo. A propósito de la STC 271/1994, de 17 de octubre», La Ley 1996, t. 1, pp. 1676 y ss., en crítica a la sentencia constitucional objeto de comentario, desestimatoria del recurso de amparo por este motivo.

67. Un ejemplo interesante en este sentido y aún reciente lo constituye la STC 136/1997, de 21 de julio, en la que el TC, pese a estimar el amparo con motivo de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva (en concreto, en relación con la inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes), no reconoce en cambio la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por cuanto el recurrente no ha acreditado que tal dilación hubiera sido denunciada ante el órgano judicial en el proceso *a quo*. Un comentario a la misma y a esta cuestión se realiza por GARCÍA PONS, E. «Aporía del principio *pro actione* en el ámbito temporal del

en virtud de la llamada «subsidiariedad» del recurso de amparo. Sin embargo, a ello se añade una ulterior exigencia, cual es la necesidad de que el proceso principal dentro del que se acusa la concreta dilación todavía se encuentre pendiente[68]; exigencia ésta tanto más discutible cuanto, además de no encontrar reconocimiento legal alguno, a nuestro juicio, la mera reanudación del mismo no puede suponer la reparación de una dilación ya consumada[69].

proceso debido: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1997», La Ley de 22 de diciembre de 1997, nº 4.443, pp. 1 y ss.

En el mismo sentido y de fecha posterior, véanse también, por ejemplo, las SSTC 156/1997, de 29 de septiembre, y 140/1998, de 29 de junio, con expresa mención del principio de subsidiariedad como «principio informador de la totalidad del proceso constitucional de amparo» (FJ 3) y con cita de abundante jurisprudencia al respecto; más recientemente y en el año en curso, véanse las SSTC 18/2000, de 31 de enero y 118/2000, de 5 de mayo, con desestimación del recurso de amparo por incumplimiento de este requisito. A este respecto, nuestro Tribunal se permite recordar las condiciones formales que ha de reunir la denuncia de las dilaciones producidas, por ejemplo, en la STC 32/1999, de 8 de marzo; estas son —dicho sea de paso— escasas en sede constitucional pues tal denuncia puede realizarse «a través de cualquier medio, incluso oral ... que permita su acreditación fehaciente en el posterior proceso de amparo» (FJ 4).

En relación con ello, mayor problema plantea a nuestro juicio la exigencia de la condición formal de plantear la demanda de amparo, no acto seguido de denunciar dichas dilaciones indebidas en sede jurisdiccional ordinaria, sino «después de guardar un tiempo para conseguir la reanudación del tracto procesal» como se afirma, por ejemplo, en la STC 231/1999, de 13 de diciembre, FJ 3; item más, declara el Tribunal la necesidad de «otorgar a los órganos judiciales un plazo razonable para que puedan reparar la lesión del derecho fundamental ante ellos invocado» según palabras textuales de la STC 103/2000, de 10 de abril, FJ 2, cuya ausencia para el caso concreto justifica la denegación del amparo solicitado. A nuestro juicio no se trataría de la reparación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas sino, a lo sumo, del derecho a la tutela judicial efectiva como inmediatamente intentaremos poner de relieve.

68. Así, por ejemplo y entre muchas, la STC 128/1989, de 17 de julio en la que el Tribunal recuerda que «no cabe aducir su vulneración cuando el proceso haya finalizado y previamente no se invocó ante el Juez o Tribunal» (FJ 4), remitiéndose para ello a resoluciones anteriores como las SSTC 51/1985 y 59/1988. Sólo por este motivo son cada vez en la actualidad más los recursos de amparo rechazados, como queda puesto de relieve, recientemente, en la STC 146/2000, de 29 de mayo (vid. FJ 3, con cita de precedentes constitucionales anteriores).

69. Coincidimos de este modo con BARCELÓ I SERRAMALERA, M. y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», op. cit., esp. pp. 29 y ss., recordando que «reanudar el proceso no es más que el cumplimiento de una obligación que el órgano judicial tiene, pero en modo alguno repara la lesión causada a la parte o partes procesales; porque la dilación, si es indebida, está ya consumada; y porque la dilación, si es indebida, no puede repararse del mismo modo que el derecho a la tutela judicial». Ello es consecuencia de la consideración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) como derecho diferenciado y autónomo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la línea que reconoce el propio TC y que a continuación pasa a exponerse, con la salvedad, si cabe, de las primeras resoluciones dictadas en este sentido.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En segundo lugar, la referencia a la propia estimación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas obliga a analizar ya con mayor detenimiento el *iter* jurisprudencial en sede constitucional. En este sentido y siguiendo el mismo orden cronológico utilizado con anterioridad para observar la evolución de la jurisprudencia europea, debemos comenzar señalando la íntima vinculación que en un inicio se realizaba entre el derecho cuyo tratamiento ahora nos ocupa y el derecho a la tutela judicial efectiva. Así acontece en la STC 21/1981, de 14 de julio, primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional español se pronuncia al respecto y en la que todavía el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es aludido como «el ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales», vigente —cuestión importante— en «cualquier proceso»[70]; ambos fundamentos se repiten en la STC 18/1983 de 14 de marzo.

Por su parte, la STC 26/1983, de 13 de abril, comienza a establecer la diferencia entre ambos derechos, al menos desde una perspectiva jurídica, por lo que, «en consecuencia, también pueden ser objeto de distintas violaciones»; ello pese a que desde una perspectiva sociológica y práctica «una justicia tardíamente concedida» suponga «una falta de tutela judicial efectiva»[71]. De este modo, se discrepa del criterio mantenido en precedentes jurisprudenciales anteriores como la aludida STC 24/1981 y, aún de mayor interés, se concede la base jurídica idónea para defender que la adopción de medidas

70. FJ 4. Es además de destacar en dicha sentencia, por último, el empleo que se hace de los tres criterios clásicos empleados por la jurisprudencia europea, a cuyos precedentes se acude haciendo uso explícito del cauce previsto en el art. 10.2 CE. Por todo ello y en conclusión resulta estimado el amparo, entendiendo el TC que «el retraso de más de un año sin procurar la Sala coactivamente por los medios legales a su alcance la remisión del expediente y sin que mediara obstáculo conocido para ello, ha de considerarse como una interrupción excesiva respecto al tiempo razonable en que debe desarrollarse un proceso» (FJ 4).

No obstante y en conformidad con el criterio jurisprudencial europeo, la dimensión temporal adquiere, ciertamente, una mayor relevancia en materia penal «pues están en entredicho valores o derechos que reclaman tratamientos preferentes» (STC 5/1985, cit., FJ 3). En el mismo sentido, entre otras, SSTC 133/1988, de 4 de julio, esp. FJ 3 y 381/1993, de 20 de diciembre, esp. FJ 2, teniendo lugar en ambos casos el amparo a tenor de un proceso penal. En el primer supuesto, la dilación es denunciada en la fase de diligencias previas ante un transcurso de un período de tres años sin obtener resolución alguna por las partes desde el Juzgado de Instrucción nº 13 de Barcelona y por ello estimado el amparo; no así en el segundo, cuyo período de cinco años para la tramitación de un recurso de casación ante el TS «parece» (no queda claro) entenderse dentro de «los márgenes ordinarios de la duración de procesos del mismo tipo», criterio utilizado a tal efecto.

71. FJ 2. Por ello el clásico aforismo «una justicia tardía es una denegación de justicia».

—entre ellas, el dictado de la correspondiente resolución jurisdiccional[72]— «con una tardanza excesiva e irrazonable», pese a satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, no reparan, por el contrario y en la línea arriba apuntada, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Una vez establecida ya la separación entre ambos derechos, resta proceder a la delimitación del contenido de este derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con ello el criterio jurisprudencial para fundamentar la estimación del recurso de amparo por tal motivo. Así, en la STC 36/1984, de 14 de marzo, siendo de nuevo ponente el magistrado Rubio Llorente, se califica a tal concepto jurídico de «indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico»[73]. Estos no son otros más que los ya clásicos enunciados por el TEDH, a saber «la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades», añadiéndose además para este caso concreto «las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para aquéllos»; criterio este último que, en el sentido apuntado, en ocasiones se utiliza por la jurisprudencia europea simplemente para matizar o atemperar los anteriores y en otras a modo de criterio independiente, como aquí tiene lugar. De esta forma, resulta estimado el amparo al entender el constitucional, en concordancia con la línea jurisprudencial europea, que «el abrumador volumen de trabajo que pesa sobre determinados órganos jurisdiccionales» como en el caso concreto no exime a los mismos de procurar la observancia del derecho objeto de comentario.

La misma resolución plantea también un tema no exento de interés, cual es el relativo a la concreta indemnización pecuniaria a obtener por el recu-

72. Y así se pondrá también de relieve en ulteriores resoluciones como, por ejemplo, la STC 10/1991, de 17 de enero, en la que el Tribunal declara que «ningún efecto reparador o sanatorio podrá tener, sobre la dilación indebida ya consumada, la actividad judicial que acaezca intempestivamente» (FJ 3). En el mismo sentido y entre otras, STC 61/1991, de 20 de marzo, esp. FJ 1 y, más recientemente, entre otras muchas, SSTC 21/1998, de 27 de enero, esp. FJ 2 y 198/1999, de 25 de octubre, esp. FJ 1; en estas últimas, por ejemplo, es estimado el amparo pese a haber sido dictada finalmente sentencia en casación, al considerar el TC totalmente irrazonable el transcurso de un período de dos años sin dar traslado de la interposición de tal recurso en casación a las demás partes personadas en el primer caso y más de tres años sin producirse el señalamiento de la vista en el segundo. Sin embargo, ya hemos puesto de relieve el criterio regresivo manifestado por el mismo Tribunal en otras sentencias como la ya citada 146/2000.

73. FJ 4. La existencia de dicho concepto jurídico «indeterminado o abierto» viene asimismo recordada sólo en los últimos años por resoluciones tales como las SSTC 43/1999, de 22 de marzo, esp. FJ 3; 58/1999, de 12 de abril, esp. FJ 6; 124/1999, de 28 de junio, esp. FJ 2; 160/1999, de 14 de septiembre, esp. FJ 2; 184/1999, de 11 de octubre, esp. FJ 2...

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rrente con motivo de la violación de un derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. De este modo, se reconoce aquí por vez primera que tales dilaciones indebidas constituyen «el supuesto típico de funcionamiento anormal» de la Administración de Justicia al que alude el art. 121 CE; pero igualmente se determina que, si bien puede entenderse en tales casos aplicable dicho precepto constitucional, no existe —aún a la fecha y hasta la promulgación de la LOPJ (arts. 292 y ss.)— vía legal disponible para hacer efectivo el cobro de la concreta indemnización. He aquí otra importante diferencia —no exenta de críticas[74]— respecto de la regulación del derecho a un proceso «dentro de un plazo razonable» realizada por el Convenio europeo, cuyo actual art. 41 (anterior art. 50) permite conceder «a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa» cuando se dé el supuesto de hecho en tal precepto contenido[75]. Pero, como el propio Tribunal reconoce, pese a esta naturaleza declarativa del pronunciamiento constitucional, ello no ha de traducirse en un carácter «simbólico y desprovisto de eficacia práctica» sino, por el contrario y en su caso, «presupuesto de un eventual derecho a la indemnización de daños y perjuicios por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia»[76], para cuya solicitud ha de estarse a la regla prescrita en el art. 293.2 LOPJ[77].

Por su parte, la STC 5/1985, de 23 de enero, en relación con el caso *Sanders* arriba mencionado, supone la primera y, si cabe, más importante ruptura con el criterio jurisprudencial mantenido en sede constitucional. A tal efec-

74. Sobre este tema, más ampliamente, BARCELÓ I SERRAMALERA, M. y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», op. cit., esp. pp. 35 y ss. Así también, merece destacarse la opinión vertida por el entonces magistrado GIMENO SENDRA a tenor del voto particular formulado en la STC 83/1989, de 10 de mayo, para quien no resulta «enteramente satisfactoria» desde el punto de vista constitucional «la utilización de esta vía administrativa como subsidiaria a la de amparo», que él justifica, entre otros motivos, por aquellos de índole presupuestaria.

75. Esto es, «si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación». De este modo, son muchas las sentencias dictadas por el Tribunal europeo en las que se procede a la concesión de tal reparación de carácter económico; entre todas y como ejemplo más reciente, en virtud de la aplicación del nuevo art. 41 CEDH, puede verse el caso *Laino* antes citado, esp. aptdos. 26 y ss.

76. STC 99/1998, de 4 de mayo, FJ único.

77. Recordemos, petición indemnizatoria directamente dirigida al Ministerio de Justicia. A la misma y a tal precepto alude el TC, por ejemplo, en su reciente STC 146/2000, cit., esp. FJ 4, recordando que dicha indemnización no puede obtenerse en vía de amparo constitucional; por esta razón se desestima el presente amparo sin que ello sea óbice para que el recurrente pueda interponer su reclamación en la forma descrita sin necesidad de declaración judicial previa.

to y tras la discutible afirmación que niega la completa existencia de un «derecho a los plazos»[78] dentro del contenido del art. 24.2 CE y que será repetida con asiduidad por la ulterior jurisprudencia constitucional[79], el más alto Tribunal español se permite llevar a cabo la introducción de otros criterios a valorar en la determinación de tales «dilaciones indebidas». Ciertamente, este hecho por sí solo no merece críticas sino que las mismas derivan en su caso del tipo de factores elegidos; esto es y en concreto, «las pautas y márgenes ordinarios en los tipos de proceso de que se trata... (estándar medio admisible)» y, aún más aberrante, «los *standars* de actuación y rendimientos normales en el servicio de justicia, según el volumen de asuntos»[80] y que, en el caso concreto, motivaron la denegación del amparo solicitado.

Dejando aquí a un lado la discrepancia que mantenemos respecto de la identificación entre administración de Justicia y «servicio público»[81], se detiene aquí nuestro comentario en la justificación y con ello «reconocimiento» que se hace respecto de tales dilaciones indebidas. Así, no compartimos la visión del TC que excusa la presencia de tales dilaciones en función,

78. Entendemos que, al menos, sí cabe mantener como contenido de este artículo 24.2 una «relativa» existencia de tal «derecho a los plazos», desde el punto y hora en que, como afirma PEDRAZ, «es el período temporal normativamente plasmado en la ley procesal el criterio objetivo que se ha de considerar en primer término para poder llegar a declarar el desconocimiento del tiempo razonable»; así, PEDRAZ PENALVA, E. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», op. cit., p. 237. De este modo, la importancia de los plazos procesales ha sido puesta de relieve desde otras jurisdicciones, como es el caso, por ejemplo, del Tribunal de Primera Instancia en la comunitaria, en cuya sentencia de 6 de abril de 1995, dictada al amparo del asunto *BASF* y otros, se afirma que «la aplicación rigurosa de las normas comunitarias relativas a los plazos procesales obedece a la exigencia de seguridad jurídica y a la necesidad de evitar toda discriminación o trato arbitrario en la administración de justicia» (as. 80/1989 y otros, Rec. 1995. II, pp. 729 y ss., FJ 58).

Pese a ello, el TC afirma, al menos en sentencias más recientes, que existen excepciones a este «incumplimiento de los plazos procesales»; de este modo, en la STC 99/1998, de 4 de mayo, declara que «aun cuando el concepto de dilación indebida no pueda ser identificado con el respeto a los plazos procesales, parece claro que convertir uno de tres días en otro mayor de un año, resulta lisa y llanamente inaceptable» (FJ único) y de ahí la estimación del recurso de amparo. Así también, respecto de la inobservancia de tales plazos procesales, consúltese, por todos, RIBA TREPAT, C. *La eficacia temporal del proceso...*, op. cit., esp. pp. 213 y ss.

79. Por ejemplo y entre otras, SSTC 133/1988, cit., esp. FJ 1; 10/1991, cit., esp. FJ 2; 73/1992, de 13 de mayo, esp. FJ 2; 69/1993, de 1 de marzo, esp. FJ 2; 197/1993, de 14 de junio, esp. FJ 2, etc.

80. FF.JJ. 6 y 8 respectivamente.

81. Por todos y sin entrar ahora en mayores profundidades de carácter doctrinal, véase SAINZ DE ROBLES, F. C. «A vueltas con el servicio público. La Administración de Justicia no lo es», Tapia 1997, nº 96, pp. 3 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

no sólo del orden jurisdiccional y tipo de proceso afectado[82] —lo que podría aún entenderse— sino de la existencia de una situación de sobrecarga de trabajo judicial de carácter estructural en el sentido antes denunciado por el TEDH; máxime cuando ni siquiera se acompaña por parte del órgano jurisdiccional afectado explicación alguna sobre la causa de las mismas[83]. Precisamente la carencia de tal justificación *ad casum* es la que provoca ya desde un inicio la calificación de la concreta dilación como indebida y así es puesto de relieve por el magistrado Tomás y Valiente en su voto particular cuestionando la adopción de este último criterio[84]; pero, aún más, creemos que, aún constando dicha justificación y por amplia que sea la misma, ello no es óbice para que siga mereciendo la dilación —siempre que ésta exista, claro está— el adjetivo de «indebida».

Coincidimos, pues y de la forma expuesta, con las acertadas manifestaciones vertidas por el profesor Tomás y Valiente en su discrepancia con la STC 5/1985 y así, en modo alguno «la frecuente tardanza excesiva del "servicio de justicia" ... puede reputarse como "normal", pues lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella, aunque sea lo más frecuente». De ahí nuestra crítica al nuevo factor introducido aquí en sede constitucional respecto de los mantenidos por el TEDH, cuya jurisprudencia en denuncia de tales situaciones de «atasco judicial», reputamos más acertada.

82. Y, añadiríamos, fase procesal, por cuanto el reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas también está presente en fase de ejecución, cuyo margen temporal no resulta equivalente, sabemos, al de la fase declarativa. Ejemplos de sentencias constitucionales dictadas al amparo de una ejecución procesal lo constituyen, entre muchas, SSTC 81/1989, de 8 de mayo; 10/1991, cit.; 61/1991, cit.; ... 109/1997, de 2 de junio; 78/1998, de 31 de marzo, etc. Por ejemplo, en esta última, la dilación indebida deriva del transcurso de un período mayor a ocho meses en acordar la entrega para su tramitación por cuenta propia al acreedor ejecutante del mandamiento judicial dirigido al Registrador de la Propiedad.

83. Todo lo contrario defiende el TC en su sentencia, declarando que «no es, sin embargo, la falta de explicación de a qué obedeció esta dilación lo que la convierte en indebida» (FJ 8). De este modo, la ausencia de justificación por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Barcelona respecto a la paralización de un proceso civil de mayor cuantía desde el 28 de diciembre de 1981 una vez concluso para sentencia y sin que la misma fuera dictada hasta el 17 de diciembre de 1983, ya interpuesto el recurso de amparo, no parece ser relevante para el TC; ello aun cuando la tramitación de tal proceso hasta entonces ya había excedido con mucho de los plazos señalados en la LEC, tal y como se pone de relieve en la propia sentencia constitucional. Actuó como ponente el magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra.

84. Concluye así que «esa cesación tan prolongada y excesiva de toda actividad judicial constituye en el sentido del art. 24.2 CE una "dilación" y no un mero incumplimiento de un plazo sin trascendencia constitucional; y es una dilación "indebida" a falta de la justificación *ad casum* que pudo y debió aportar el titular del órgano judicial».

Afortunadamente, podemos calificar de «aislado» este precedente jurisprudencial en sede española, por cuanto sentencias constitucionales posteriores vuelven, en su mayoría, a recoger el criterio mantenido por el Tribunal europeo al igual que a su exigida presentación de excusas por parte del órgano jurisdiccional *a quo* a fin de justificar las dilaciones causadas[85]. Ello aún cuando los factores aquí utilizados no responden siempre a los mantenidos en la instancia europea (o, aún conservados, se procede en ocasiones a una distinta interpretación de los mismos[86]), aprovechándose, en muchas ocasiones y a menudo de forma asistemática, para introducir nuevos índices de baremación de tales dilaciones indebidas; así, el aludido margen ordinario de duración de litigos del mismo tipo o el interés que arriesga el demandante de amparo[87], ambos expuestos, por ejemplo y entre otras, en las SSTC 223/1988 y 50/1989; la consideración de los medios disponibles, defendido en las SSTC 81/1989 y 10/1991, etc.[88].

85. Así, por ejemplo, de nuevo en la STC 133/1988, cit., en la que se estima el amparo, entre otros motivos, al «no constar en los autos explicación alguna que pueda considerar justificada la dilación» (FJ 3).

86. Es el caso, fundamentalmente, del criterio relativo a la conducta del recurrente, por cuanto el TC viene exigiendo una actitud mucho más diligente que la defendida por la jurisprudencia europea en la línea ya comentada. Destacamos entre todos un pronunciamiento relativamente reciente como es la STC 140/1998 ya citada, denegatoria del amparo, y en la que expresamente se declara que «la imputación a un órgano judicial de vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos obliga a una paralela diligencia de los particulares afectados en la pronta, eficaz y efectiva prestación de la tutela judicial que la Constitución no sólo protege, sino que le exige» (FJ 1); la exigencia de esta misma «conducta procesal diligente» es reiterada en el FJ 3.

Aún más reciente e interesante también en este sentido es la STC 75/1999, de 1 de junio, igualmente desestimatoria del recurso de amparo, por cuanto entra en consideración para el Tribunal un «hecho de extraordinaria relevancia, acaecido también con posterioridad a la interposición del presente recurso de amparo» (FJ 4), cual es la declaración del recurso de apelación suscitado en el proceso principal como desierto; en consecuencia, «no puede resultar admisible impetrar el amparo por las dilaciones indebidas producidas en un proceso civil concluido por la inactividad del propio demandante de amparo» (FJ 3). Así, el criterio utilizado es la conducta del recurrente, quien en este caso no actúa con la diligencia exigida en sede constitucional y por ello la desestimación del recurso de amparo, dada la «carencia sobrevenida del contenido» del recurso interpuesto.

87. En ocasiones expresado bajo la fórmula de «las consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes» (así, en la STC 133/1988, cit., FJ 1), lo cual es también computado como criterio por la jurisprudencia europea como ha sido señalado.

88. Una total confusión de criterios opera, por ejemplo, en la STC 69/1993, arriba citada y donde se señala la necesidad de atender, a fin de delimitar el contenido del derecho del art. 24.2 CE, «entre otros aspectos, a las circunstancias del proceso, su complejidad objetiva, la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Precisamente, esta última jurisprudencia señalada —en concreto, STC 223/1988— contiene una afirmación importante en relación con el contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas cuyo estudio ahora abordamos y en la línea por nosotros argumentada, entendiendo que «excluir ... del derecho al proceso sin dilaciones indebidas las que vengan ocasionadas en defectos de estructura de la organización judicial sería tanto como dejar sin contenido dicho derecho». Ello en consonancia con la defendida naturaleza prestacional que aquí se hace respecto del derecho fundamental recogido en el art. 24.2 CE y que, por tanto, conlleva la exigencia de disponer de «los medios materiales y personales que sean necesarios para satisfacer el derecho de los litigantes a una pronta respuesta de la jurisdicción a sus pretensiones procesales»[89].

No obstante, a esta naturaleza prestacional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se añade poco después una segunda faceta, de carácter reaccional, y que el TC entiende como «la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas»[90], ello en consonancia con la exigida pendencia del proceso *a quo* en la línea arriba comentada. Sin embargo, es reconocida la anterior y primera faceta prestacional como integradora de la fundamental naturaleza de este derecho, por cuanto, se recuerda, «la sentencia tardía sana la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva pero no el del proceso sin dilaciones»[91].

De este modo y finalizando el examen de la jurisprudencia constitucional española, comprobamos que, a diferencia de la europea arriba comentada, tiene aquí lugar la consideración de un mayor número de factores (de

duración normal de procesos similares, la actuación del órgano judicial en el supuesto concreto y la conducta del recurrente, al que es exigible una actitud diligente y la invocación en el proceso ordinario de las supuestas dilaciones» (FJ 2); la mención de este último resulta aún más sorprendente, por cuanto constituye un requisito de procedibilidad para la admisión del recurso de amparo a tenor del art. 44.1 c) LOTC, sin que ello sea óbice para su posterior reiteración en otra jurisprudencia como, por ejemplo, STC 197/1993, cit., esp. FJ 2. Así también, respecto de la exigida diligencia parcial, recuérdese el distinto criterio mantenido por la jurispudencia del TEDH, más arriba comentado.

89. En ambos casos, STC 223/1988, de 24 de noviembre, FJ 7; en idéntico sentido, SSTC 50/1989, de 21 de febrero, esp. FJ 5, y 81/1989, cit., esp. FJ 7. En relación con la naturaleza prestacional de este derecho, más ampliamente, García Pons, E. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales,* op. cit., esp. pp. 89 y ss.

90. STC 35/1994, de 31 de enero, FJ 2; en el mismo sentido y entre otras, SSTC 124/1999 y 198/1999, ambas citadas, FF.JJ. 2 y 3 respectivamente, aludiendo a ambas facetas.

91. STC 35/1994, de 31 de enero, FJ 3.

carácter no sólo objetivo sino también subjetivo[92]) a fin de valorar la producción de tales dilaciones indebidas, a partir tanto de las omisiones como de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales[93]. Consideración de tales criterios además que, aun no resultando inicialmente del todo sistemática como se puede deducir a partir de algunas de las sentencias mencionadas, parece haberse ido unificando en estos últimos años y así entran hoy en juego para determinar la existencia de tales dilaciones indebidas en sede constitucional sólo dos criterios más a los clásicos alegados por el TEDH; por tanto y en total, «la complejidad del litigo, *los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo*, su conducta procesal y la conducta de las autoridades»[94].

Así, en conclusión, hoy día el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es contemplado como un derecho autónomo y diferenciado del derecho (genérico) a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, hay que decir que en la jurisprudencia constitucional más reciente se percibe un cierto «retroceso» respecto de esta afirmada y, por todos los medios, defendida autonomía; en efecto, aun siendo reconocida la misma, se alude, no sólo a la «íntima conexión» entre ambos derechos[95], sino también —en un último intento represen-

92. Así se pone de relieve a partir de la STC 81/1989 antes citada, esp. FJ 3.

93. Se citan ejemplos en este último sentido en la STC 324/1994, de 1 de diciembre, esp. FJ 4; así, la suspensión de un juicio (STC 116/1983), la admisión de una prueba (STC 17/1984), la solicitud de nombramiento de un abogado de oficio (STC 216/1988), etc. La misma sentencia resulta interesante por la consideración de la llamada eficacia preventiva de la protección de tal derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, dado que, a juicio del TC, «no sólo tiene como objetivo declarar que se han producido unas determinadas dilaciones, sino garantizar que éstas no se produzcan» (FJ 4). Véase al respecto, García Pons, E. «Contenido esencial del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas», op. cit., esp. pp. 12939 y ss.

94. Por ejemplo y en los últimos años, además de otras ya citadas, SSTC 180/1996, de 12 de noviembre, FJ 4 ... ; 10/1997, de 14 de enero, FJ 4 ... ; 78/1998, de 31 de marzo, FJ 3 ...; ... 119/2000, de 5 de mayo ...; etc. La cursiva es nuestra.

Ante la imposibilidad de comentar todas y cada una de las sentencias expuestas aquí o en otro momento, nos permitimos, si cabe, mencionar algún supuesto en el que tales dilaciones «indebidas» adquieren un carácter llamativo y de ahí la estimación del amparo solicitado. Así, por ejemplo, opera respecto de los señalamientos y de ahí la STC 195/1997, de 11 de noviembre, siendo denunciado el señalamiento de vista pública para un término superior al transcurso de tres años; o bien la STC 20/1999, de 22 de febrero, resultando la demora de un señalamiento para votación y fallo de un recurso contencioso-administrativo fijado para el día 15 de enero del año; 2003! Ello aun cuando la fecha de la providencia databa de 18 de mayo de 1998.

95. Por ejemplo, SSTC 35/1994 y 324/1994, ambas citadas, esp. FF.JJ. 2.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tado, por ejemplo, por la aún reciente STC 75/1999, de 1 de junio— a su «indudable carácter instrumental»[96]. Parece que, ya lograda la conquista de la independencia de nuestro derecho fundamental, el intérprete constitucional puede permitirse una mirada atrás.

3. *En la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios*

Hasta aquí, pues, el resultado del análisis jurisprudencial respecto de los pronunciamientos obtenidos a partir de los recursos de amparo interpuestos ante el TC español y, en su caso, TEDH, cuya evolución marca el propio desarrollo del concepto y contenido de este derecho a un proceso sin dilaciones indebidas/dentro de un plazo razonable. Por tanto y a tenor del art. 5.1 LOPJ en relación con el 10.2 CE, la interpretación «casuística» de los criterios expuestos a fin de determinar la violación de este derecho debe ser respetada por los órganos jurisdiccionales ordinarios y así es el caso de nuestro Tribunal Supremo a la hora de conocer de los correspondientes recursos de casación[97], cuya cita aquí elegimos dentro del panorama jurisprudencia procedente de los Tribunales ordinarios.

96. FJ 4, «en tanto en cuanto una justicia tardía supone un serio menoscabo de aquella tutela».

97. Fundamentalmente en el orden jurisdiccional penal y así, por ejemplo, la STS de 5 de marzo de 1990 (Ar. 2396), en la que se dicta sentencia absolutoria para el procesado dada la dilación causada en la celebración de la segunda sesión del juicio oral —más dos años después de la primera— atribuyéndose, por tanto, las dilaciones causadas a «la inactividad y dejación del órgano jurisdiccional» (FJ 4). Para ello utiliza la Sala 2ª del TS una argumentación interesante a fin de fundamentar la estimación del recurso de casación, de este modo, «el Tribunal que juzga más allá de un plazo razonable ... está juzgando a un hombre —el acusado— distinto en su circunstancia personal, familiar y social y la pena no cumple ya o no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y de rehabilitación o reinserción social del culpable que son los fines que la justifican»; entre otras, SSTS de 11 de febrero de 1993 (Ar. 1042), FJ 2, y de 5 de junio de 1995 (Ar. 4519), esp. FJ 13.

Por otra parte, esta última sentencia, a la hora de proceder a la estimación del recurso —que no es aquí el caso— modifica el anterior criterio optando, no por la absolución del procesado por entender dicha solución en modo alguno se ajusta a razones de justicia (a lo sumo, de seguridad jurídica), sino por la aplicación del beneficio del indulto, fundamentándose para ello en amplia jurisprudencia constitucional; en el mismo sentido y, entre otras, STS de 14 de mayo de 1994 (Ar. 3700), esp. FJ 3. Sobre ambos «remedios» y otros propuestos, véase en particular, PRIETO RODRÍGUEZ, J. I. *Dilaciones indebidas y Derecho Penal,* op. cit., esp. pp. 93 y ss.

En efecto, la jurisprudencia del más alto Tribunal ordinario resulta ser un claro exponente del respeto de los órganos jurisdiccionales de este derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas en nuestro país. Para ello se sigue muy de cerca el modelo constitucional ya comentado y así, sólo entre las abundantes resoluciones dictadas el pasado año a este respecto, podemos encontrar diversos ejemplos en relación con la temática ya abordada, tal como la siguiente: la propia definición del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas[98], su carácter de concepto jurídico «indeterminado o abierto»[99], su no identificación con el respeto de los plazos procesales[100] y, por supuesto, el empleo de idénticos criterios para juzgar la apreciación de tales dilaciones indebidas para cada caso concreto[101].

98. En cuanto —reiteramos— «derecho a un proceso que se desenvuelva en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfación», aportada por la STS de 25 de junio de 1999 (Ar. 5987), FJ 2, con cita de las SSTC 43/1985 y 133/1988.

99. Así se pone de relieve, entre otras, por las SSTS de 21 de enero (Ar. 937), esp. FJ 2, de 25 de enero (Ar. 472), esp. FJ 4, de 22 de febrero (Ar. 2333), esp. FJ 9, de 16 de marzo (Ar. 30430, esp. FJ 3, de 18 de mayo (Ar. 3822), esp. FJ 10, de 22 de junio (Ar. 6906), esp. FJ 5, de 28 de diciembre (Ar. 9449), esp. FJ 4, todas ellas de 1999.

100. Por todas, la STS de 28 de junio de 1999 (Ar. 6331) en la que la Sala 3ª declara que «el simple incumplimiento de los plazos procesales meramente aceleratorios constituye una irregularidad procesal que no comporta ... por sí misma, una anormalidad funcional que genere responsabilidad» (FJ 3).

101. Así, por ejemplo, respecto del primer criterio relativo a la complejidad del asunto —en este caso fáctica— puede verse la STS de 25 de junio, cit. en la que la Sala 2ª desestima por tal motivo el recurso de casación interpuesto dada la dificultad del dictamen pericial solicitado, máxime cuando no tuvo lugar paralización alguna de la causa penal en la instancia. En relación con el segundo, se impone la exigencia de cooperación activa por parte de los litigantes, en la línea manifestada por la jurisprudencia constitucional y así STS de 20 de enero de 1999 (Ar. 944), desestimando la Sala 2ª el recurso de casación planteado porque, además de tratarse de una causa compleja, el acusado mantiene una «actitud entorpecedora ... (al) no poder practicarse diligencias durante un dilatado período de tiempo por desconocerse su cambio de domicilio» (FJ 1); también pueden verse, en relación con este criterio, SSTS de 25 de marzo (Ar. 3471), esp. FJ 4 y de 30 de marzo (Ar. 2853), esp. FJ 6, ambas de 1999. Finalmente el tercero, al igual que ocurría en la jurisprudencia europea y constitucional —pese a la divergente interpretación por parte de ambas— es el que da lugar al mayor número de dilaciones indebidas; así, SSTS de 29 de marzo (Ar. 3783), esp. FJ 1, de 23 de junio (Ar. 5847), esp. FJ 1, de 2 de julio (Ar. 5869), esp. FJ 4 ... siempre de 1999.

No obstante, el TS también asume los criterios de creación propia introducidos en sede constitucional, tales como la trascendencia que el asunto represente para el demandante en amparo o, en términos exactos, el «interés que éste arriesgue en el proceso» —véase STS de 25 de junio, cit., esp. FJ 2— y los «márgenes ordinarios de duración de litigios del mismo tipo»;

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Sin embargo, en otras ocasiones el Tribunal Supremo se muestra más estricto, especialmente por lo que atañe al cumplimiento de requisitos o presupuestos procesales como, de forma destaca, el relativo a la exigida denuncia de la existencia de dilaciones indebidas en sede jurisdiccional ordinaria en cumplimiento del art. 44.1.c) LOTC y así, con «cita expresa del precepto constitucional»[102]. También y por lo que respecta a los anteriores criterios de valoración del plazo denunciado como «indebido» o «irrazonable», se permite añadir algun otro hasta ahora no contemplado por la jurisprudencia constitucional ni, con menor motivo, europea; es el caso —y en una complicada intelección— del llamado «criterio objetivo que preside el instituto de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos»[103].

Por último ha de reconocerse como especialmente valiosa aquella jurisprudencia del Tribunal Supremo en el terreno del derecho a la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia a la que puede dar lugar el reconocimiento de la existencia de dilaciones indebidas; si bien se permite diferenciar entre ambos supuestos e, item más, «sin que el mero hecho de formular una pretensión indemnizatoria al amparo de lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución suponga y configure por sí solo la lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas»[104]. Además de la inexigibilidad de dicha declaración judicial previa, ha de recordarse el procedimiento arbitrado en el art. 293.2 LOPJ para la solicitud de dicha indemnización, en todo caso dirigida al Ministerio de Justicia y no susceptible de reclamación en vía de casación ante el TS, lo que da lugar a la desestimación de no pocos recursos por este motivo[105].

precisamente éste último sirve como causa de justificación de no pocas dilaciones por parte de Juzgados y Tribunales y así la desestimación de tales recursos de casación interpuetos ante el TS en sentencias como las de 16 de marzo, 25 y 28 de junio de 1999 inmediatamente citadas.

102. STS de 16 de marzo, cit., esp. FJ 3. Recuérdese en cambio, la flexibilidad constitucional en cuanto a las exigencias de dicha invocación, bastando la forma oral como se puso de relieve en la STC 32/1999, cit., esp. FJ 4 (vid. *supra* nota nº 67).

103. «Partiendo de una apreciación razonable de los niveles de exigencia que la Administración de Justicia, desde el punto de vista de la *eficacia*, debe cumplir según las necesidades de la sociedad actual y para alcanzar los cuales los poderes públicos están obligados a procurar los medios necesarios», criterio al que alude la STS de 28 de junio de 199, cit., FJ 3 (la cursiva es nuestra). Este criterio que podemos denominar de la eficacia no parece sino recordar las tesis utilitaristas de la Justicia procedentes de los años sesenta y entre cuyos precursores destaca J.S. Mill; sobre ello, más ampliamente, BERMUDO, J.M. *Eficacia y justicia (posibilidad de un utilitarismo moral)*, Barcelona 1992, esp. pp. 79 y ss.

104. STS de 19 de febrero de 1999, Ar. 2234, FJ 4, desestimando por este motivo la Sala 3ª el recurso de casación interpuesto al amparo de la violación de tal derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Hecha esta breve referencia de la jurisprudencia del TS relativa al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como exponente de aquella emanada de los órganos jurisdiccionales ordinarios, hemos de recordar que, componente imprescindible de estos últimos, resulta ser la figura del Secretario Judicial. De ahí el inmediato examen de su papel en contribución a la garantía y defensa de tal derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, contenido que constituye la segunda parte de nuestra exposición.

III. El Secretario Judicial y su contribución a la defensa de este derecho fundamental

No es necesario remontarse a épocas mucho anteriores, sino simplemente al siglo pasado para recordar como el Secretario Judicial o Escribano[106] era tradicionalmente encuadrado dentro del «personal subalterno» exis-

105. Por ejemplo, SSTS de 18 de marzo (Ar. 2902), esp. FJ 2, de 20 de mayo (Ar. 5093), esp. FJ 4, de 2 de julio (Ar. 7731 y 7732), esp. FJ 2, también de 1999, además de otras muchas del mismo año ya citadas. En puridad, a tenor de las dos últimas mencionadas y de la misma fecha, la desestimación por parte de la Sala 3ª se produce respecto del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra sendos Acuerdos de la Comisión Disciplinaria del C.G.P.J., aún cuando el objeto del recurso es el expuesto.

106. Denominación que todavía se conserva en bastantes países europeos y americanos. No obstante, para el tratamiento del orígen y visión comparada de esta figura, consúltese, por todos, SEOANE CACHARRÓN, J. «El Secretario como integrante funcional del órgano jurisdiccional civil», Revista de Derecho Procesal (iberoamericana) 1978, nº 2-3, pp. 573 y ss y, en especial, *La ordenación en el proceso civil e incidencias de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Madrid 1986, esp. pp. 53 y ss y 33 y ss, respectivamente; más recientemente, SÁEZ GONZÁLEZ, J. *El acta del juicio oral en el proceso penal. La figura del Secretario Judicial*, Barcelona 1997, esp. pp. 83 y ss y 65 y ss.

También el Secretario Judicial recibe otras denominaciones equivalentes; así, de procedencia legal, «actuario», por ejemplo, en las leyes procesales (entre otros, art. 263.1 LEC). Del mismo modo, han existido distintas propuestas doctrinales en este sentido; concretamente, en las conclusiones aprobadas en las *Terceras Jornadas de fe pública judicial*, celebradas en Madrid en octubre de 1987, se acordó «propugnar un cambio de denominación para nuestra institución, por considerar la actualmente existente inadecuada y equívoca, sustituyéndola por la de «Letrado de Justicia»; sin embargo, esta denominación no ha tenido éxito alguno y así, en contra, entre muchos, MARTÍN OSTOS, J. *El Secretario Judicial a examen*, op.cit., esp. p. 140. A nuestro juicio no es la denominación de Secretario Judicial —o de «Oficina Judicial», en su caso y de la que más tarde se hablará— la cuestión más importante, sino «dignificar y elevar el

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tente en el seno de la Administración de Justicia por parte de la legislación procesal y bibliografía española. Así consta, por ejemplo, en la inicial Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855[107] al igual que en los tratados clásicos —entre otros— de BECEÑA[108] y GÓMEZ DE LA SERNA, englobándose dentro de esta figura («agentes subalternos») categorías tan dispares como «los escribanos, los relatores, los cancilleres-registradores, los tasadores y otros dependientes de *inferior* escala»[109]; en cualquier caso, todos aquellos participantes diferentes a Jueces y Magistrados.

Pero aún hoy y pese a la supresión de tal denominación genérica está patente en la figura del Secretario Judicial este matiz «auxiliar» y «asistencial» de la actividad jurisdiccional (y judicial) desplegada por Juzgados y Tribunales. En efecto, no hay que recordar más que la regulación del Secretario Judicial que efectúa dentro del Libro VI de la actual LOPJ bajo la rúbrica «Del personal al servicio de la administración de Justicia», junto a oficiales, auxiliares, agentes y médicos forenses en un *tutto rivoluto*[110] y olvidando que, en idéntica medida, también este mismo *servicio* sería predicable de Jueces y Magistrados[111]; tampoco es más acertada la dicción del propio artículo 473.1 de la misma Ley, precepto según el cual —recordamos— el Secretario Judicial, no sólo «ejerce la fe pública judicial» sino que también «*asiste* a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones»[112].

contenido del nombre mediante una función adecuada a las circunstancias actuales» (citando a VÁZQUEZ SOTELO, J.L. «La intervención del secretario judicial en el proceso», *Primeras Jornadas sobre la fe pública judicial,* Barcelona 1985, p. 140).

107. Arts.140 y ss, relativos a la recusación de tales «subalternos de Juzgados y Tribunales».

108. *Magistratura y Justicia,* Madrid 1928, esp.p.165.

109. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M. *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales,* t. I, 2ª ed., Madrid 1855, p. 178. La cursiva es nuestra.

110. Así, coincidimos plenamente con las críticas formuladas a esta regulación por PEDRAZ PENALVA, E. «Notas sobre el Secretariado en el Proyecto de Ley orgánica del Poder Judicial de 23 de febrero de 1985», La Ley 1985, t. 2, pp. 1030 y ss, esp. pp. 1034 y ss y «Notas sobre la oficina judicial y su reforma», Justicia 1989, nº IV, pp. 847 y ss, esp. pp. 850 y ss. Ello pese al considerable avance que supuso esta legislación orgánica respecto del papel y funciones del Secretario Judicial en el proceso, como tendremos ocasión de exponer.

111. A esta conclusión llega FAIRÉN GUILLÉN, V. «Colofón a un comentario de la LOPJ de 1 de julio de 1985», Revista de Derecho Procesal 1985, nº 3, pp. 623 y ss, esp. p. 628. Concepto de servicio que, a su juicio, ni siquiera resulta válido para todas estas personas o, al menos, para el caso de los médicos forenses.

112. De este modo y a título estadístico podemos decir que en la encuesta realizada por el profesor MARTÍN OSTOS entre el Secretariado Judicial, la pregunta «¿suelen confundirte con un secretario particular del juez?» obtuvo más de dos tercios de respuestas afirmativas (MARTÍN OSTOS, J. *El Secretario Judicial a examen,* op. cit., esp. pp. 67 y ss.)

La misma reiteración del concepto de «servicio» se produce en la definición que respecto del Secretario Judicial realiza en sede española el artículo 1.1 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales[113], aprobado por RD 429/1988, de 29 de abril, si bien el artículo 1.2 de la misma norma le reconoce el «carácter de autoridad»[114], además de predicar la «autonomía e independencia» en el ejercicio de sus funciones. Por ello su indiscutible pertenencia al órgano jurisdiccional, que no el reconocimiento de potestad jurisdiccional alguna[115], pues, a tenor del art. 117.3 CE, la exclusividad de la potestad jurisdiccional es propia de Juzgados y Tribunales a quienes corresponde «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».

Potestad jurisdiccional que, por otra parte, tampoco necesita el Secretario Judicial, por cuanto las tareas que le son encomendadas son ya de por sí bastantes y lo suficientemente importantes como para hacer innecesaria cualquier intento de burda comparación con el «titular» del órgano jurisdiccional en el que, además, no saldría beneficiado[116]. Por ello, la inmediata referencia a tales tareas llevadas a cabo por este «cooperador» de la administración de Justicia[117]

113. Textualmente, «los Secretarios judiciales son funcionarios públicos, de carácter técnico, que constituyen, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, un Cuerpo Nacional Titulado Superior al *servicio* de la Administración de Justicia». La cursiva es de nuevo nuestra.

114. A este respecto, véase, en concreto, PEDRAZ PENALVA, E. «Sobre el carácter de autoridad del Secretario Judicial en la LOPJ», *Problemas actuales de la Justicia. Libro Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario,* op. cit., pp. 293 y ss.

115. Pese al interés de algunos en propugnar una defensa en este sentido; es el caso, por ejemplo, de ESCUDERO MORATALLA, J.F. y FRIGOLA VALLINA, J. «El Secretario Judicial. Concepto y complemento», Justicia 1997, nº 2, pp. 555 y ss, esp. p. 591, calificando de «impropia» la función jurisdiccional desarrollada por el Secretario Judicial o, más recientemente, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. «Funciones del Secretario Judicial en el proceso civil ...», op. cit., esp. p. 1367, entendiendo que la atribución de la potestad jurisdiccional realizada por el art. 177.3 CE se dirige al «órgano» (Juzgados y Tribunales), por tanto, también al Secretario Judicial. En cualquier caso, sobre este tema, por todos, MARTÍN OSTOS, J. «Poder judicial, función jurisdiccional y Secretario Judicial», Justicia 1990, nº 1, pp. 35 y ss.

116. En palabras de PEDRAZ, «ni el Secretario debe ser Juez ni el Juez Secretario», pues «cualquier intento de llegar a extrapolaciones extravagantes no conduce .. más que a una pérdida de identidad». Ni «tampoco le hace falta» ser cotitular jurisdiccional, «salvo que queramos convertirle en Juez de segunda clase»; no en vano «le compete plena y nítidamente la responsabilidad exclusiva de la tramitación del procedimiento y de la jefatura de la Secretaría», en la línea que ahora expondremos, siquiera brevemente. Así, PEDRAZ PENALVA, E. «La nueva Secretaría judicial», Poder Judicial 1992, nº 26, pp. 85 y ss, esp. p. 92.

117. Así, entre otros, FAIRÉN GUILLÉN, V. «Colofón a un comentario de la LOPJ de 1 de julio de 1985», op.cit., esp. p. 628. Como este mismo autor defiende, «administración», con minúscula».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en relación con los problemas que se suscitan a fin de evitar cualesquiera dilaciones indebidas, para luego abordar algunas propuestas de reforma en este sentido.

1. *Actual regulación de las funciones del Secretario Judicial: problemática*

En la tradicional división entre funciones procesales y «administrativas» del Secretario Judicial que se viene realizando[118] a partir de la lectura del anterior art. 1.2 ROCSJ, sin duda se observa una hipertrofia de las segundas en detrimento de las primeras, ello pese al considerable avance que supuso en nuestro país la promulgación de la actual LOPJ en 1985. De esta forma y conforme al citado precepto, consideramos funciones de carácter procesal el ejercicio de la fe pública judicial así como la ordenación del proceso mientras que el carácter administrativo lo ostentan aquellas «funciones de dirección de la Oficina Judicial»; en el cumplimiento de unas y otras el Secretario Judicial, desde luego, puede contribuir a la efectividad del derecho (fundamental) a un proceso sin dilaciones indebidas.

A) Funciones procesales. Por lo que respecta a las funciones procesales[119], se le encomienda en primer lugar —recordamos— el ejercicio de la fe pública judicial; de este modo y a tenor del art. 281.1 LOPJ, «es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones procesales»[120], sin perjuicio de la correspondiente habilitación a un funcionario de inferior escala (Oficial) para las actuaciones y el término previstos

118. Seguimos en este punto la sistematización ofrecida por los arts.6, 7 y 8 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales (en adelante ROCSJ), así como por CALVO SÁNCHEZ, M.C. «Algunas sugerencias para el diseño de la nueva Secretaría Judicial», Justicia 1992, nº 1, pp. 31 y ss, y, más recientemente, «Contribución del Secretario Judicial a la efectividad del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», op. cit., esp. pp. 5209 y ss. Así también, un estudio completo de las mismas se realiza, en fecha posterior, por DE HOYOS SANCHO, M. «Nuevo diseño de la secretaría judicial y agilización de la Justicia», op. cit., esp. pp. 24 y ss.

119. Más ampliamente y en particular, sobre las funciones del Secretario Judicial de este carácter, MARTÍN OSTOS, J. «Funciones procesales del Secretario Judicial en la Ley Orgánica del Poder Judicial», Justicia 1986, nº 2, pp. 263 y ss.

120. En sentido similar, el nuevo art.145.1 LEC: «corresponde al Secretario Judicial, con el carácter de autoridad, dar fe de la actuaciones procesales que se realicen en el tribunal o ante éste». Se conserva esta mención de la «autoridad» del Secretario Judicial pero se suprime pero se suprime su «exclusividad» (ya no es el «único» funcionario que da fe) precisamente a partir de su posibilidad de sustitución por otro funcionario (Oficial) en los términos descritos en la LOPJ.

legalmente[121]. Dación de fe que, siendo realizada por escrito, da lugar a la «creación» de documentos procesales y de ahí la indisoluble unión que predica el mismo precepto entre dicha tarea y la de «documentación»[122], labor esta última que realiza a partir de las «actas, diligencias y notas» a las que se refieren los arts. 279 y 280 LOPJ.

De este modo, el Secretario Judicial se erige en garante del cumplimiento de los presupuestos procesales legalmente necesarios en aquellas actuaciones judiciales donde es preceptiva su asistencia, a fin de evitar riesgos de incurrir en ulteriores causas de nulidad[123]. Un supuesto ejemplar en este sentido, sobre el que ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones la Sala 2ª del Tribunal Supremo español, lo constituye la presencia del Secretario Judicial en la práctica de la diligencia (sumarial) de entrada y registro en lugar cerrado[124], en observancia de la prescripción contenida en el

121. Arts. 282 LOPJ y 9 ROCSJ. Así también, el nuevo art. 145.2 LEC con remisión a la LOPJ, en los términos anticipados.

122. Distinta en todo caso de la «autenticación», pues mientras ésta se ocupa en «determinar la coincidencia entre apariencia y realidad», la dación de fe «se dirige a la autorización de actos procesales tanto a efectos de su validez como de garantizar la certeza del acto»; así, PEDRAZ PENALVA, E. «La nueva Secretaría judicial», op. cit., p. 96. Sobre la fe pública judicial y la documentación, en particular, consúltese SÁEZ GONZÁLEZ, J. *El acta del juicio oral en el proceso penal* ..., op. cit., esp. pp. 81 y ss.

A esta labor de documentación se refiere también de forma particular los recientes arts.146 y 147 LEC, con previsión además de nuevos instrumentos de documentación a los que inmediatamente aludiremos.

123. Y de las cuales podrá dar cuenta el Secretario Judicial al titular del órgano jurisdiccional a partir de las «notas de examen del trámite» a las que se refiere el art. 280.3 LOPJ, si bien su uso no es frecuente; así, CALVO SÁNCHEZ, M.C. «Contribución del Secretario Judicial a la efectividad del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», op. cit., esp. p. 5213. Sobre el tema de la nulidad procesal, más ampliamente y a partir de la promulgación de la LOPJ, VERGÉ GRAU, J. *La nulidad de actuaciones,* Barcelona 1987; HERNÁNDEZ GALILEA, J. *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de la ineficacia de la Ley Orgánica del Poder Judicial,* Oviedo 1995; MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M. *La nulidad de actuaciones en el proceso civil (Análisis constitucional de la nulidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial),* 2ª ed., Madrid 1996; etc.

124. Entre otras, la STS de 17 de enero de 1994 (Repertorio Aranzadi 1994, nº 19) en la que se declara que «la falta de presencia del Secretario Judicial en una diligencia de entrada y registro en un domicilio produce la nulidad de pleno derecho de la diligencia», producida por «la pérdida del valor de documento público del acta y en la falta de virtualidad, a efectos probatorios, en cuanto en ella se relata, porque tal acto resulta *nulo* por falta de los requisitos legales» (FJ 1). Sobre este tema, en particular, PEDRAZ PENALVA, E. «Acerca de la diligencia de entrada y registro en el domicilio. Necesidad de la presencia del Secretario Judicial», Actualidad jurídica Aranzadi de 15 de noviembre de 1991, nº 28, pp. 1 y ss, en clara crítica a la STS

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

art. 569.4 LECrim. Pero aún más acertada ha sido la dirección de la jurisprudencia europea, entendiendo que la ausencia de Secretario Judicial supone incluso la violación de un derecho fundamental contenido en el Convenio, como, por ejemplo, tuvo lugar en el caso *Wassink*[125].

A tal efecto y para el desarrollo de dichas tareas de documentación, la reforma del art. 230 LOPJ mediante la LO 16/1994, de 8 noviembre, introdujo una importante novedad, cual es la posibilidad de hacer uso de «cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos»[126]; posibilidad hoy además ampliada —al menos para el proceso civil— a los «sistemas de grabación y reproducción de imagen y sonido» que contempla el art. 147 de la nueva LEC[127]. Es así, en consecuencia, reconocida la validez de los documentos procesales recogidos mediante uno de estos soportes en igualdad de condiciones a los tradicionales documentos escritos, siempre, claro está, que se observen las necesarias garantías y requisitos procesales[128]

de 16 de octubre de 1991 (Repertorio Aranzadi 1991, nº 7274) que califica de mera «irregularidad procesal» a la ausencia del Secretario Judicial en la práctica de esta diligencia sumarial.

125. Sentencia de 27 de septiembre de 1990, entendiendo el TEDH que la ausencia de Secretario Judicial en el trámite de audiencia que precedió a un internamiento psiquiátrico supuso una violación del art. 5.1 CEDH, por cuanto no se respetó el procedimiento legalmente establecido que, para el caso concreto y conforme a la legislación nacional aplicable, exigía dicha presencia para llevar a cabo tal privación de libertad.

126. Más ampliamente, CALVO SÁNCHEZ, M.C. «Los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», Revista jurídica Aranzadi de 7 de julio de 1994, nº 157, pp. 1 y ss. Así también, con anterioridad, incidiendo en la importancia de tales medios para el desarrollo de la labor de documentación del Secretario Judicial, PEDRAZ PENALVA, E. «Documentación y medios mecánicos de reproducción», *V Jornadas de fe pública judicial,* op. cit., pp. 79 y ss, esp. p. 82.

127. En suma complementarios que no sustitutivos del acta pues la misma, en todo caso, habrá de consignar «junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones y propuestas de las partes y resoluciones que adopte el tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte» (art. 146.2 LEC); y es más, todavía se contempla la redacción detallada del acta para algun supuesto concreto, pese al empleo de tales medios de grabación de imagen y sonido como es el caso de la práctica de prueba de reconocimiento judicial (arts. 358 y 359 LEC). Quizá todo ello en previsión de la dificultad —o, cuanto menos, lentitud— en proveer de tales instrumentos técnicos a la totalidad de Juzgados y Tribunales civiles de todo el territorio estatal, a pesar de las «buenas intenciones» de la Disposición Adicional 3ª de la nueva LEC respecto de la dotación de tales medios materiales aludidos en el referido artículo 147.

A este respecto puede consultarse VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. «Funciones del Secretario Judicial en el proceso civil ...», op. cit., esp. pp. 1372 y 1373.

128. Art. 230.2 LOPJ. Así también, Exposición de Motivos de la nueva LEC, párrafo IX. 3; precisamente, para el proceso civil la previsión de tales garantías está contemplada en los arts. 146.3 y, en particular, 135.5 LEC

y correspondiendo así también la custodia de los mismos al Secretario Judicial[129]. Desde luego, no hay duda de la incidencia de estas nuevas tecnologías en el propósito de evitar las dilaciones indebidas causadas en la tramitación procesal, para lo cual será también de indudable beneficio la reciente legislación en materia de firma electrónica[130].

Dentro de estas mismas funciones procesales hemos de hacer, en segundo lugar, referencia al papel del Secretario Judicial como director «formal» del proceso, en sus facultades de ordenación e impulso del mismo conforme al dictado del art. 288.1 LOPJ. Para ello la ley le confiere la práctica de diligencias de ordenación[131], en la realidad cotidiana infrautilizadas no sin motivo alguno; en efecto, su actuación da lugar a una discutible revisión judicial por parte de Jueces y Magistrados[132], sin duda innecesaria e «inapropiada», por cuanto el Secretario Judicial también es un técnico en Derecho Procesal. Lo mismo ocurre respecto de las propuestas de resolución recogidas en el art. 290 LOPJ que, pese a la evidente voluntad del legislador de 1985 en contribuir a la agilización procesal, dada la exigencia del «conforme» judicial en cuanto tales propuestas, su empleo en la práctica es asimismo desacostumbrado, a falta además de proyección en la legislación procesal pertinente en ambos supuestos[133].

129. Arts. 473.3 LOPJ y 148 de la nueva LEC. En relación con esta tarea de custodia y el posterior deber de información por parte del Secretario Judicial recogido en los arts. 234 y 235 LOPJ (en términos similares, arts.140 y 141 nueva LEC), consúltese CALDERÓN CUADRADO, M. P. «El acceso a libros, registros y archivos judiciales (Publicidad de actuaciones concluido el proceso)», Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 1 de julio de 2000, nº 1872, pp. 5 y ss, esp. pp. 27 y ss, en clara crítica de la ausencia de trámite legal previsto para ello.

130. De momento a partir del RD-Ley 14/1999, de 17 de septiembre sobre firma electrónica (BOE de 18 de septiembre de 1999, nº 224, pp. 33593 y ss) y la Directiva 1999/93/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE de 19 de enero de 2000, nº L 13, pp. 12 y ss).

131. Sobre las mismas en particular y tras la promulgación de la nueva LEC, véase AGUILERA MORALES, M. «Resoluciones judiciales y diligencias de ordenación», Revista Tribunales de Justicia 2000, nº 3, pp. 275 y ss, esp. pp. 299 y ss.

132. Art. 289 LOPJ.

133. Una excepción en este sentido lo constituyen los arts. 51 y 52 LPL en el orden jurisdiccional laboral. Por el contrario y para el proceso civil, la redacción final de la nueva LEC suprime tales propuestas de resolución y con ello el inicial art. 211 APLEC (206 Borrador), justificándose la misma en que «no han servido de hecho para aprovechar el indudable conocimiento técnico de los Secretarios Judiciales, sino más bien para incrementar la confusión entre las atribuciones de éstos y las de los tribunales ... De ahí que no se haya considerado oportuno mantener su existencia y sí plantear fórmulas alternativas que redunden en un mejor funcionamiento de los órganos judiciales» (Exposición de Motivos, Párrafo IX.26), alternativas que, sin

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En esta labor de ordenación y de forma importante a fin de evitar las denunciadas dilaciones indebidas, le corresponde también al Secretario Judicial llevar a cabo el impulso procesal de oficio[134] que tiene lugar mediante la dación de cuenta regulada en los arts. 284 y 285 LOPJ[135]. En este sentido, es de lamentar la supresión de previsiones como, por ejemplo, la del antiguo art. 319 LEC[136] que imponía el deber al Secretario Judicial de expresar «bajo su responsabilidad, haciéndolo constar por medio de diligencia, si en la instancia o instancias anteriores se han observado la prescripciones de esta Ley sobre términos y sus prórrogas ..., así como también si se han practicado actuaciones innecesarias o no autorizadas por la Ley». Tales prescripciones, sin duda, conllevarían a una mejor y más eficaz defensa del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, al menos por parte del Secretario Judicial.

Por último, dentro de este capítulo de funciones procesales del Secretario Judicial como impulsor y ordenador del proceso, no hay que olvidar que el artículo 7.b) ROCSJ en consonancia con el art. 279.3 LOPJ[137] realiza una muy importante atribución en su favor, cual es la «práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación judicial», tarea que desarrolla en ejercicio de su papel de intermediario entre Juez y partes y viceversa. Precisamente queremos aquí y ahora resaltar esta última mención que se realiza respecto a tales actos de cooperación judicial de una forma vaga y genérica, pues, si bien los mismos hasta la fecha han originado en gran parte de las ocasiones costosos trámites e incluso no pocas dilaciones procesales al menos por lo que respecta al auxilio judicial internacional, cada día su desarrollo alcanza mayor relieve y, si cabe, mejor rendimiento; ello a partir de la firma de importantes convenios en esta línea, por de pronto, en el ámbito de los países pertenecientes a la Unión Europea[138] y cuyo objetivo prioritario es, sin duda, contribuir a la uniformización —y agilización— judicial, sumado a alguna reglamentación de carácter estatal respecto a esta y otras materias[139].

B) Funciones «administrativas», de gestión o burocráticas[140]. Finalmente y en la tradicional separación entre estas funciones y las anteriores procesales, le corresponde al Secretario Judicial, en tercer lugar[141], la «dirección de la oficina judicial» según anuncia el artículo 8.1 ROCSJ. De la referencia utilizada por este precepto —criticada con sobrada razón por unos y

embargo no aparecen posteriormente recogidas en el articulado; una crítica a esta regulación puede verse en VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. «Funciones del Secretario Judicial en el proceso civil ...», op. cit., esp. pp. 1381 y 1382.

134. Aún cuando en sentido estricto dicho impulso procesal parece venir referido al Juez o Tribunal correspondiente en virtud del art. 237 LOPJ, entendemos que nada impide e incluso es técnicamente más correcto su exclusiva atribución al Secretario Judicial, dado el reparto de competencias practicado entre ambos profesionales jurídicos y la inclusión de este último en la globalidad del concepto de «órgano jurisdiccional» utilizado por dicho precepto en el sentido arriba apuntado (vid. *supra* aptdo. III de nuestro trabajo). Ello además en conformidad con el anterior art. 288.1 LOPJ que reserva al Secretario Judicial la tarea de «impulsar formalmente el procedimiento en sus distintos trámites de conformidad con las leyes procesales»; de idéntica manera se pronuncia el art. 7.a) ROCSJ.

135. En términos similares, nuevo art. 178 LEC, incorporando además este precepto la posibilidad de delegación de esta tarea en otro funcionario de Juzgado (suponemos Oficial), previo consentimiento judicial y si el volumen de causas así lo justifica.

136. Derogación que tuvo lugar mediante la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este mismo sentido, CALVO SÁNCHEZ, M.C. «Contribución del Secretario Judicial a la efectividad del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», op. cit., esp. p. 5211.

137. Pese a que aquí la LOPJ engloba esta función del Secretario Judicial dentro del anterior capítulo relativo al ejercicio de la fe pública judicial y la consiguiente tarea de documentación. Diferente es el caso de la nueva LEC, cuyos arts. 150 y ss se ocupan además extensamente de la regulación de tales actos de comunicación, cuya dirección —que no necesariamente su realización material— compete al Secretario Judicial (art. 152.1 LEC).

138. Así, por ejemplo, en el ámbito procesal civil, el Convenio relativo a la notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o mercantil, de 26 de mayo de 1997 (DOCE de 27 de agosto, nº C 261, acompañado de un Protocolo para hacer posible su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y sendos informes explicativos). Sobre el tema de la cooperación judicial en particular, puede consultarse nuestro trabajo «La cooperación judicial y policial en el ámbito de la Unión Europea», Poder Judicial 1998, nº 50, pp. 79 y ss.

139. Así, el Reglamento número 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de la misma fecha (BOE de 13 de julio de 1995, nº 106, pp. 21545 y ss), cuyo título IV hace referencia a la cooperación jurisdiccional interna (arts. 60 y ss) e internacional (arts. 70 y ss). Por su parte y como es sabido, la Disposición Final 20ª de la nueva LEC prevé la promulgación de una futura Ley sobre cooperación jurídica internacional en material civil; según nuestra información existe al menos un Anteproyecto inicial cuyo texto data de 3 de septiembre de 1997. En fase más avanzada se encuentra, en cambio, el Proyecto de Ley Orgánica de cooperación jurídica internacional en materia penal, al menos oficialmente publicado en el BOC (Congreso de los Diputados) de 28 de mayo de 1997, VI legislatura, serie A, nº 61-1.

140. Sinónimos estos que consideramos más acertados en consonancia con nuestro interés en «desadministrativizar» las funciones de este carácter ejercidas por el Secretario Judicial. En este sentido, DE HOYOS SANCHO, M. «Nuevo diseño de la secretaría judicial y agilización de la justicia», op., cit., esp. pp. 30 y ss.

141. Recordemos la distinción realizada en las anteriores funciones procesales entre el ejercicio de la fe pública judicial y la dirección «formal» del proceso (vid. *supra* aptdo. A).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

otros[142]— se deriva ya *ab initio* el carácter administrativo en el ejercicio de tales funciones desplegadas por el Secretario Judicial, con el peligro de una intencionada «administrativización» en el judicial como en alguna ocasión el TC español ha pretendido defender[143] y ya, creemos, puesta legalmente de relieve mediante la adscripción del Secretario Judicial al Ministerio de Justicia junto con el restante personal «al servicio de la Administración de Justicia»[144]. Por ello y aún cuando formalmente el término de Oficina Judicial no tendría por qué ser rechazable —ni tampoco es la cuestión terminológica aquí y ahora la más importante— consideramos preferible la expresión Secretaría Judicial, siendo además ésta la empleada por la LOPJ.

En efecto, el art. 473.2 LOPJ —en desarrollo del cual se dicta así el precepto inmediatamente citado— atribuye al Secretario Judicial «la jefatura directa del personal de la Secretaría». Sin embargo, tal artículo no resulta por lo demás muy afortunado ya que, a salvedad del empleo de la expresión de Secretaría Judicial y dejando aparte otra cuestión terminológica como es el término de «jefatura», limita en grado bastante el ámbito de actuación del Secretario Judicial al someter el ejercicio de dichas funciones de gestión «a la superior dirección de Jueces y Presidentes». Si a ello se añade además y

142. Así, por ejemplo, CALVO SÁNCHEZ, M.C. «Contribución del Secretario Judicial a la efectividad del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», op. cit., esp. p. 5214, y PEDRAZ PENALVA, E. «La nueva Secretaría judicial», op. cit., esp. p. 92, habiendo experimentado una evolución en este punto respecto de trabajos anteriores («Notas sobre la oficina judicial y su reforma», op. cit.).

143. En concreto, la STC 56/1990, de 29 de marzo, en alusión al «deslinde que el Estado realiza entre la Administración de Justicia en sentido estricto y la "Administración de la Administración de Justicia"» (FJ 3). En esta sentencia y en el mismo fundamento jurídico el TC considera precisamente como personal «al servicio de la Administración de Justicia —esto es, no estrictamente integrado en ella— a Oficiales, Auxiliares y Agentes, médicos forenses ... pero para nada incluye al Secretario Judicial en tal relación.

Por otro lado y en cuanto al empleo del término de «Oficina Judicial» por parte de la jurisprudencia constitucional, puede destacarse, por ejemplo y en fecha relativamente reciente, la STC 33/1997, de 24 de febrero, esp. FJ 2, resultado además de un recurso de amparo con objeto de la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas motivada por el retraso en más de cuatro años en el señalamiento de fecha para la práctica de una diligencia (ya acordada) en fase de ejecución.

144. Art. 455 LOPJ, precepto además reformado en virtud de la LO 16/1994, de 8 de noviembre, con ocasión de la anterior STC 56/1990. En contra de tal dependencia orgánica, por todos, ROBLEDO VILLAR, R. «Justicia y Secretario Judicial. Notas para una definición orgánica», La Ley 1994, t. 3, pp. 1020 y ss, esp. p. 1022 y ss, reclamando su integración en la estructura del «Poder» Judicial, en cuanto tales «colaboradores necesarios e imprescindibles para la labor desarrollada por los órganos jurisdiccionales» (p. 1025).

como hemos dicho, la sujeción que la ley realiza de tales profesionales jurídicos —en suma, recordamos, también técnicos en Derecho Procesal— al Ministerio de Justicia, cuyas ordenes e instrucciones están obligados a acatar[145], es bastante probable que en la actual Secretaría Judicial se produzcan numerosas situaciones con síntomas de «esquizofrenia» en triple grado que se hace preciso atajar de inmediato[146].

Dentro de tales funciones de dirección de la Secretaría Judicial se encuentran además tareas tan dispares como la jefatura y ordenación del trabajo de los integrantes de la misma así como la vigilancia en el cumplimiento de sus funciones; proceder a las habilitaciones necesarias; supervisar la reunión de los medios personales y materiales necesarios para el (buen) funcionamiento de la Secretaría Judicial así como dirigir las propuestas pertinentes en este sentido; informar sobre lo hechos que puedan originar responsabilidad disciplinaria por parte de los miembros de la Secretaría Judicial[147]; la elaboración de estadísticas judiciales[148]; etc. Si a esta dispersión de funciones se suma la falta de concreción (y a veces confusión) de las tareas realizadas por los restantes integrantes de la Secretaría Judicial —así, Oficiales,

145. Art. 8.5 ROCSJ.

146. Por ello la propugnada reforma de dicho art. 473.2 LOPJ, así como la adscripción del Secretario Judicial también a las directrices del Consejo General del Poder Judicial en la línea que luego referiremos.

147. Por cuanto, a diferencia del anterior Reglamento Orgánico de 2 de mayo de 1968 (arts. 73 y 74), el actual no reconoce potestad disciplinaria al Secretario Judicial sobre el personal de él dependiente, expresión de esa superior dirección de Jueces y Tribunales a la que se refiere el art. 473.2 LOPJ. Coincidimos con VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. «Funciones del Secretario Judicial en el proceso civil ...», op. cit., esp. p. 1395, en reclamar la asunción de la misma y así la atribución de forma completa de esta «dirección de la oficina judicial».

148. Arts. 8.1.i) ROCSJ y 473.4 LOPJ, añadiéndose en el párrafo anterior de este último precepto la relación de otras tareas como «la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales así como ... el debido depósito, en las instituciones legales, de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan». En defensa de la descarga al Secretario Judicial de tales tareas «inapropiadas» para su preparación técnico-procesal, MARTÍN OSTOS, J. «Poder judicial. Función jurisdiccional y Secretario Judicial», op. cit., esp. pp. 44 y ss.

Precisamente, para el cumplimiento de estas tareas y otras de marcado carácter burocrático o de gestión (contabilidad, etc.), ha sido propuesta, no sin cierta lógica, la creación de una nueva figura, cual es el «administrador judicial»; así, PASTOR, S. «Elementos para la reforma procesal: Análisis de la litigación, oferta de tutela judicial, dilación, recursos económicos y acceso a los ciudadanos a la Justicia», *Materiales para una Reforma Procesal,* op. cit., pp. 87 y ss, esp. p. 131. La utilidad de la misma se ve además reforzada por la falta de especialización y preparación para dichas tareas de gestión por los Secretarios Judiciales en general, pues, como venimos reiterando, no son gestores administrativos *strictu senso* sino técnicos en Derecho Procesal.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Auxiliares y Agentes[149]— al igual que la ausencia de proyección de las mismas en la legislación procesal específica en la línea antes aludida, no cabe duda del modelo de «desorganización» judicial en el que puede llegar a encontrarse la actual Secretaría Judicial española, a falta del más mínimo criterio de racionalidad en el trabajo[150].

Por ello, pues, se hace preciso proceder a una importante reforma de la Secretaría Judicial que ha de abarcar también el capítulo legislativo, a fin de adecuar las funciones de este director de tal Secretaría Judicial a su carácter técnico-procesal en consonancia con la preparación jurídica por él reunida. Ello sin que sea óbice para que, paralelamente, se vaya haciendo uso de las posibilidades que hoy por hoy persisten en las leyes orgánicas y procesales a este respecto, tras la paulatina introducción de importantes reformas en este sentido, junto con la dotación de la infraestructura necesaria para tal fin.

2. *Posibles soluciones y propuestas de reforma legislativa*

Dentro de un planteamiento global de reforma de la Secretaría Judicial y conforme a la tradicional separación de funciones procesales y de gestión realizadas por este profesional jurídico se perfila una doble propuesta. Así, en cuanto a las primeras se hace necesario proceder a un reparto de tareas racional y teleológico entre, por una parte, Juez y Secretario Judicial y, por otra, Secretario Judicial y restante personal de la Secretaría Judicial sometido a su superior dirección; nos interesa aquí y ahora, de modo especial, la primera perspectiva[151], como inmediatamente pondremos de relieve. En cuanto a las tareas de gestión, es preciso atender a una reivindicación fundamental reclamada desde quien ha de ser único director de la Secretaría esto es, el Secretario Judicial[152]. Por ello es exigible una reforma legislativa en ambos sentidos.

149. Ello ya fué en su día puesto de relieve por PEDRAZ PENALVA, E. «Notas sobre la oficina judicial y su reforma», esp. pp. 855 y ss.

150. En este sentido, por ejemplo y entre otros, MARTÍN CONTRERAS, L. «La reforma de la Oficina Judicial», *Materiales para una Reforma Procesal,* op. cit., pp. 692 y ss, esp. pp. 704 y ss.

151. Respecto de la segunda, nos remitimos a las propuestas en su día sugeridas por PEDRAZ PENALVA, E. «Notas sobre la oficina judicial y su reforma», op.cit., esp. pp. 855 y ss.

152. En esta línea, NABAL RECIO, A. «El actual régimen jurídico interno de toma de decisiones en los órganos judiciales. Intervención de los distintos cuerpos de funcionarios. Líneas generales para su posible reforma en los cuatro órdenes jurisdiccionales. Su incidencia en la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Materiales para una Reforma Procesal,* op. cit., pp. 883 y ss (también en *V Jornadas de fe pública judicial,* op. cit., pp. 137 y ss), esp. pp. 891 y ss.

Pero tampoco tales soluciones de política legislativa son suficientes por sí solas para contribuir a la protección real del derecho (fundamental) a un proceso sin dilaciones indebidas. Habrán de adoptarse simultáneamente otras medidas de distinto carácter; y así, por ejemplo, en contraposición al supuesto anterior, medidas de «política ejecutiva» que incluyan, fundamentalmente y entre otras, la dotación de medios personales y materiales conforme a las necesidades de los distintos Juzgados y Tribunales adecuados al nuevo modelo de Secretaría Judicial.

A) Propuestas de reforma legislativa: en esta línea de innovaciones de carácter legislativo ha sido sugerido ya desde hace años por parte de diversos sectores doctrinales[153] la atribución de un mayor número de tareas de carácter procesal al Secretario Judicial, a fin de liberar al titular del órgano jurisdiccional de todas aquellas funciones y tareas «donde no esté directamente comprometida la potestad de juzgar»[154]. En este sentido, se acude a la referencia de otras legislaciones procesales europeas y, de modo particular, al modelo alemán (y austríaco) del *Rechtspfleger*[155], caracterizado básicamente por la notable ampliación de sus funciones procesales en comparación con el actual régimen español.

Hemos de anticipar que, en consonancia con esta dirección de descongestión de tareas no estrictamente jurisdiccionales en beneficio del Secretario Judicial, supuso notable avance la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 mediante la LO 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal al atribuir ciertas funciones procesales al Secretario Judicial en fase de ejecución; así, en concreto, la presidencia en el acto de celebración de la subasta judicial, con el problema de que, igualmente, habrá

153. Además de gran parte de la bibliografía hasta ahora utilizada, por todos, MARTÍN OSTOS, J. «Hacia un nuevo Secretario judicial español», *V Jornadas de fe pública judicial,* op. cit., pp. 129 y ss. Así también es esta la línea mantenida por el Consejo General del poder Judicial en su *Libro Blanco de la Justicia,* op. cit., esp. p. 131

154. GIMENO SENDRA, V. «Las garantías constitucionales en el proceso y el secretario judicial dentro del marco del Consejo de Europa», op. cit., p. 258.

155. Así, entre muchos, SEOANE CACHARRÓN, J. «Hacia un modelo europeo de Secretario judicial», *V Jornadas de fe pública judicial,* op.cit., pp.149 y ss, esp. p. 151, tras proceder a un amplio análisis de la figura del Secretario Judicial en unos y otros paises del entorno europeo. Un completo examen del modelo alemán se realiza también por PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. «El "Rechtspfleger"», *Libro homenaje a Jaime Guasp,* Granada 1984, pp. 475 y ss.

La regulación del *Rechtspfleger* alemán se realiza por la *Rechtspflegergesetz* de 5 de noviembre de 1969 que le atribuye en exclusiva materias como la jurisdicción voluntaria salvo determinadas excepciones (§ 14), Registro Civil (§ 17), procedimiento concursal (§ 18), conciliación (§ 19), etc.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de proceder a la documentación del mismo mediante acta[156]. Sin embargo, la reforma todavía no puede entenderse completa en este sentido, por cuanto la aprobación del remate todavía ha de hacerse por el titular del órgano jurisdiccional, previsión que mantiene de idéntica forma la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, desaprovechándose la oportunidad de atribuir la celebración de este acto en exclusiva al Secretario Judicial[157].

Así y en consonancia con la regulación alemana podría tener lugar la atribución al Secretario Judicial, de forma «exclusiva y excluyente»[158], de funciones procesales tales como —a título de ejemplo y además de la aludida ejecución procesal— las relativas a los actos de jurisdicción voluntaria[159],

156. Art. 1503 LEC. Al respecto, véase MONTERO AROCA, J. «Las medidas urgentes de reforma procesal civil en la Ley 10/1992, de 30 de abril», *Ensayos de Derecho Procesal,* Barcelona 1996, pp. 277 y ss, esp .pp. 288 y ss, defendiendo que el Secretario Judicial asume de esta forma dos funciones que no pueden acumularse en la misma persona, esto es la realización del acto, por un lado, y la dación de fe y documentación del mismo por otro. A nuestro juicio tal problema podría resolverse a partir de la habilitación para el concreto levantamiento de acta al Oficial, con la consiguiente reforma de los arts. 282.1 LOPJ y 9 ROCSJ que en la actualidad restringe la misma a los actos con «presencia judicial».

Sobre el papel del Secretario Judicial en fase de ejecución en particular, consúltese PEDRAZ PENALVA, E. y MORAL MORO, M.J. «El Secretario en la ejecución», Justicia 1997, nº 2, pp. 421 y ss, así como la monografía de esta última, La subasta judicial de bienes inmuebles, Barcelona 2000, esp. pp. 120 y ss, aludiendo igualmente a este problema de la «autodocumentación» por parte del Secretario Judicial del acto de celebración de la subasta judicial (esp. p. 126).

157. Art. 650.1 LEC. De esta opinión, ARANGÜENA FANEGO, C. «El procedimiento de apremio sobre bienes muebles en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», La Ley de 1 de junio de 1999, nº 4808, pp. 1 y ss, esp. p. 7.

Sin embargo, en alguna fase de la tramitación de la nueva LEC estuvo presente la intención de atribuir al Secretario Judicial gran parte de las funciones relativas a la ejecución forzosa; nos referimos al artículo 547.4 a partir de la redacción introducida por el Anteproyecto LEC (no consta sin embargo la misma en el inicial borrador), a tenor de la cual, «salvo los autos acordando el despacho de la ejecución, provisional o definitiva, y los que resuelvan sobre la oposición a la ejecución, la suspensión de ésta y las tercerías, las resoluciones que procedan en la ejecución forzosa se dictarán a propuesta del Secretario Judicial del tribunal correspondiente».

158. PEDRAZ PENALVA, E. y MORAL MORO, M.J. «El Secretario en la ejecución», op. cit., p. 444. Así también, respecto de esta ampliación de las funciones procesales del Secretario Judicial, véase MARTÍN OSTOS, J. «Hacia un nuevo Secretario judicial español», op. cit., esp. p. 134, y, más recientemente, DE HOYOS SANCHO, M. «Nuevo diseño de la secretaría judicial y agilización de la justicia», op. cit., esp. pp. 49 y ss.

159. A salvedad de aquellos actos actos con repercusión en derechos fundamentales, menores ... que seguirán siendo de patrimonio judicial; de este modo, el §14 de la *Rechtspflegergesetz* de 5 de noviembre de 1969 arriba mencionado. En la misma línea se decanta el informe del Consejo General del Poder judicial, *Libro Blanco de la Justicia,* op. cit., esp. p. 130.

asunción del Registro Civil[160], conocimiento del proceso monitorio en fase precontenciosa[161] y concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Tal además parecen ser asimismo las directrices propugnadas desde ciertas instancias europeas, en especial a partir de la Recomendación del Consejo de Europa de fecha de 16 de septiembre de 1986, dictada al amparo del anterior art. 6 CEDH[162].

En relación con las propuestas de política legislativa respecto de las aludidas tareas burocráticas o de gestión, entendemos que este funcionario judicial debe asumir la completa dirección de la Secretaría Judicial eliminando la actual estructura bicéfala[163] que radica hoy día en la misma y que provoca no

En cualquier caso creemos preferible su atribución al Secretario judicial en lugar de notario como no hace mucho ha tenido lugar para la declaración de determinados herederos *abintestato*, en virtud de la reforma del art. 979 LEC de 1881 mediante la LO 10/1992, de 30 de abril, precepto como sabemos todavía vigente hasta el dictado de la futura Ley sobre Jurisdicción voluntaria en cumplimiento de la previsión dispuesta en la Disposición Final 18ª de la nueva LEC.

160. Ampliando de este modo las funciones en la actualidad reconocidas a partir de la Instrucción de 10 de marzo de 1989, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre intervención de los Secretarios Judiciales en el Registro Civil (BOE de 27 de marzo de 1989, nº 73, pp. 8164 y ss.), dictada en interpretación del art. 290 LOPJ al calificar la institución registral de jurisdicción voluntaria. Por otra parte, sobre el carácter no jurisdiccional de tal institución registral, véase la STC 56/1990, arriba citada, declarando que «los Jueces a los que, además del ejercicio de la correspondiente función jurisdiccional, se les encomiende la llevanza del Registro Civil, en esta función no actúan como órganos jurisdiccionales, sino como registradores o encargados del Registro» (FJ 1).

161. Arts. 812 y ss de la nueva LEC; a este respecto, véase CORREA DEL CASSO, J.P. «El proceso monitorio en el Anteproyecto de L.E.C.», *Presente y futuro del proceso civil,* Barcelona 1998, pp. 395 y, más ampliamente, su monografía *El proceso monitorio,* Barcelona 1998. Respecto de la intervención del Secretario Judicial en tal procedimiento en concreto, LORCA NAVARRETE, A.Mª «El Secretario Judicial en el contexto de la técnica monitoria civil», *V Jornadas de fe pública judicial,* op. cit., pp. 31 y ss.

162. Recomendación nº 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a ciertas medidas encaminadas a reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales. Respecto de ésta y otras recomendaciones en la misma línea, SEOANE CACHARRÓN, J. «Hacia un modelo europeo de Secretario Judicial», op. cit., esp. pp. 154 y ss.

163. O «tricéfala», si tenemos en cuenta el dictado de ordenes e instrucciones por parte del Ministerio de Justicia a tenor del art. 8.5 ROCSJ y en la línea más arriba apuntada (vid. *supra* aptdo.III.1.B) de nuestro trabajo). Sobre esta «bicefalia», en concreto, PEDRAZ PENALVA, E. «La nueva Secretaría judicial», op. cit., esp. pp. 92 y ss.

En defensa de la plena dirección de la «oficina» judicial por parte del Secretario, por todos, SEOANE CACHARRÓN, J. «Configuración del Secretario Judicial como Director de una moderna Oficina Judicial, soporte del nuevo modelo de proceso», *Materiales para una Reforma Procesal*, op. cit., pp. 636 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pocas contradicciones —y, más aún, incluso tensiones— entre ambos cuerpos de funcionarios judiciales[164]; carece, pues, de lógica la actual «superior dirección de Jueces y Presidentes» respecto de la labor aquí desempeñada por el Secretario Judicial, por lo que sugerimos la inmediata derogación (o reforma) del art. 473.2 LOPJ. Modelo de Secretaría Judicial que, además, en la actualidad ha de abogar de forma prefente por la instauración generalizada de los llamados «servicios comunes» a una pluralidad de órganos jurisdiccionales, creados al amparo del art. 272.1 LOPJ[165] y cuyo propósito se encuentra al menos enunciado en el *Libro Blanco de la Justicia*[166].

Finalmente, en este capítulo de reformas legislativas y en conexión con el perfil «administrativo» del Secretario Judicial, creemos conveniente su separación del ejecutivo —en concreto, Ministerio de Justicia—, en línea con la defendida «desadministrativización» de este cuerpo de funcionarios judiciales. Por el contrario, en cuanto tales y a fin de preservar su necesaria independencia[167], ha de considerarse justificable su inserción en el seno del Consejo General del Poder Judicial, como parece haber admitido este último[168].

B) Otras posibles soluciones: en este capítulo podemos hacer mención al menos a la necesidad de proveer a la Secretaría Judicial de la infraestructura necesaria para hacer frente a su cometido, según una configuración de la misma desde una perspectiva moderna y actual. Supone ello así, por de pronto, la dotación de medios personales y materiales a fin, en este caso, de hacer posible la observancia y el respeto del derecho del justiciable a un proceso sin dilaciones indebidas.

164. Así se pone de relieve, por ejemplo, al hilo del cuestionario realizado por MARTÍN OSTOS, J. *El Secretario Judicial a examen*, op. cit., esp. pp. 69 y ss.

165. Tras la nueva redacción de la LO 16/1994, de 8 de noviembre.

166. Op. cit., esp. pp. 119 y ss, considerándose desde el CGPJ su potenciación como una de las soluciones a las deficiencias que presenta en la actualidad la organización de la Secretaría Judicial. Así también, la nueva legislación procesal civil prevé siquiera una mención en este sentido en el art. 163, en concreto respecto del Servicio Común de Notificaciones; a este respecto, véase el «Informe de la asociación «Jueces para la democracia» al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado por el Ministerio de Justicia», *Jornadas sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Zaragoza 1999, pp. 121 y ss, esp. pp. 133 y ss, en clara crítica a la parquedad de esta reciente regulación.

A tal efecto ha sido creado, por ejemplo, en la ciudad de Burgos el Servicio Común de Notificaciones y Embargos en fecha de 8 de septiembre de 1999.

167. Recuérdense las causas de abstención y recusación contempladas a tal efecto en los arts. 461 LOPJ y 63 ROCSJ, en remisión a la normativa aplicable a Jueces y Magistrados.

168. Vid. *Libro Blanco de la Justicia,* op. cit., esp. pp. 319 y ss. Tal venía siendo además la reclamación hecha desde diversos sectores doctrinales así como desde el propio cuerpo de Secretarios Judiciales; por todos, ROBLES ACERA, A. «El CGPJ y el Secretario Judicial», *El Gobierno de la Justicia. El Consejo General del Poder Judicial* (Coord. E. Pedraz Penalva), Valladolid 1996, pp. 275 y ss, esp. pp .287 y ss (p. 289).

En esta línea y aún pendiente la confirmación por fuentes oficiales, podemos decir que hemos tenido noticia de que el pleno del CGPJ parece haber aprobado en fecha reciente «una propuesta reiteradamente realizada por los secretarios judiciales, que solicitaba su adscripción al órgano de gobierno de los jueces» (El País de 26 de julio de 2000, p. 22).

Dejando aparte el tratamiento de los primeros, por cuanto, sin duda, requiere el complemento de futuras reformas de carácter orgánico[169], centramos aquí y ahora nuestra atención sobre los segundos y, de modo particular, respecto de alguno de ellos. Así y aún reconociendo la importancia de proceder a la dotación de otros medios materiales (por ejemplo, la remodelación del espacio físico, imprescindible en bastantes Juzgados y Tribunales de la geografía española[170]) queremos resaltar especialmente el importante papel que cumple la informática en una Secretaría Judicial que pronto alcanzará el siglo XXI[171].

169. En principio —y salvo excepciones como ahora referiremos— no previsibles pues el legislador actual muestra más preocupación por las reformas legislativas de carácter procesal, a la luz de los proyectos existentes en este sentido. Defendiendo la necesidad de abordar tales reformas orgánicas con carácter previo a las procesales, PICÓ I JUNOY, J. «Reflexiones en torno a la reforma del proceso civil», Revista jurídica de Catalunya 1998, nº 4, pp. 137 y ss, esp. pp. 141 y ss.

En este sentido es de lamentar que el Proyecto de Ley Orgánica sobre Medidas Urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (Boletín del Información del Ministerio de Justicia de 1 de julio de 2000, nº 1872, pp. 2275 y ss, acompañado de la memoria justificativa) silencia por completo la figura del Secretario Judicial, ocupándose exclusivamente de ciertas reformas parciales y a corto plazo en el seno de la carrera judicial y fiscal a fin de incrementar —entre otros objetivos— la plantilla en ambos sectores.

170. A este respecto se realiza una pintoresca —y, lamentablemente, en muchos casos real— descripción por parte de PEDRAZ PENALVA, E. «Notas sobre la oficina judicial y su reforma», op.cit., que cabe citar a título ilustrativo: «En habitaciones propias de una vivienda —y no de las mejores—, sin separación alguna entre sí ni del público, carentes en general de iluminación y ventilación, están hacinados Oficiales y Auxiliares, amontonados los autos y aun las piezas de convicción; prestan declaración —aun en asuntos penales, matrimoniales, etc.— las partes y los testigos, mientras en un continuo tráfago entran Procuradores y Letrados sin conexión con el proceso que se está «sustanciando», personas más o menos relacionadas con algun asunto pendiente, o simplemente, gente en busca de información general; todo ello sin perjuicio de que de forma simultánea suenen los teléfonos, se escriba a máquina en la mesa vecina, se cambien impresiones sobre la redacción de algun escrito o sobre los más variopintos temas, o esté esperando algun detenido esposado entre lloros y lamentos de algunos de sus familiares; etc.» (p. 870). Desde luego, su conclusión de tal panorama no puede resultar más desalentadora: «más que una Justicia kafkiana parece una Justicia de feria».

171. Más ampliamente y en particular pueden consultarse los trabajos de CARRASCOSA LÓPEZ, V. y XIRAU I SERRA, J. publicados en *Materiales para una Reforma Procesal*, op. cit, pp. 561 y ss, y 609 y ss, respectivamente.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En efecto, si hoy día se hace imprescindible contar con medios informáticos en cualquier despacho u «oficina» administrativa o empresarial, así también en una Secretaría Judicial o, cuanto más, en un «servicio común» a varios órganos jurisdiccionales. Pero la utilidad de su empleo no sólo es patente en el desarrollo de tales tareas de gestión o burocráticas por parte del Secretario Judicial, sino que repercute también favorablemente en el cumplimiento de sus funciones procesales, en unión a los restantes medios a los que hace referencia el art. 230.1 LOPJ de carácter técnico, electrónico o telemático[172]; todo ello en clara referencia tanto a la labor de documentación de las actuaciones judiciales[173] como para la práctica de actos de comunicación[174].

Así pues y a título de ejemplo, es vital en la moderna Secretaría Judicial (en suma, «servicio común») disponer de instrumentos —además del equipo informático en sí— tales como los siguientes: programas de tratamiento de textos[175]; bases de datos legislativas, jurisprudenciales y, si fuera posible,

172. Con clara preferencia por aquellos reproductores de la voz (grabaciones magnetofónicas o estenotipia) que no de la imagen (cine, vídeo o televisión), dada la subjetividad de estos últimos; en esta línea, PEDRAZ PENALVA, E. «La nueva Secretaría judicial», op. cit., esp. pp. 101 y ss. Sin embargo, no parece ser esta la línea a mantener en la futura legislación procesal y así puede deducirse de la redacción del nuevo art. 187.1 LEC relativo a la documentación de la vista pública para el caso del proceso civil: «el desarrollo de la vista se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o, *si no fuera posible, sólo del sonido*, conforme a lo dispuesto en el artículo 147 de esta Ley» (la cursiva es nuestra). Sobre ello nos remitimos a lo ya expresado en páginas anteriores de este trabajo (vid. *supra* aptdo. III. 1.A)

173. Además de lo inmediatamente expuesto para el proceso civil, esta posibilidad fué ya admitida de forma expresa para el levantamiento de acta en la fase de juicio oral del procedimiento abreviado a partir de la redacción del art. 793. 9 LECrim; sobre este tema, más ampliamente, SÁEZ GONZÁLEZ, J. *El acta del juicio oral en el proceso penal,* op. cit., esp. pp. 239 y ss, en relación con su propuesta de «otro» modelo de acta judicial.

174. Un ejemplo en este sentido lo constituye el art. 56.4 LPL, al prever la comunicación por medio de telégrafo «o cualquier otro medio idóneo de comunicación o de transmisión de textos». También cabe aquí aludir a la voluntad del nuevo legislador procesal civil mediante la redacción del art. 162.1 LEC; así, en la consideración a tales «medios electrónicos, telemáticos o de otra clase» habremos de incluir hoy día el fax, correo electrónico, etc.

175. Recuérdese como en virtud del art. 230.5.II LOPJ corresponde al Consejo General del Poder Judicial la aprobación de «los programas y aplicaciones informáticas que se utilicen en la Administración de Justicia». A tal efecto ha sido creada en el seno de dicha institución la Comisión de Informática Judicial, cuyas funciones se describen en el título VI (arts. 89 y ss) del Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, en desarrollo del precepto anterior.

Precisamente, a fin de obtener un mayor volumen de fondos presupuestarios, tiene lugar la firma de convenios de colaboración por parte del Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia con las distintas Comunidades Autónomas; así, por ejemplo, con la Comunidad de Madrid, cuya dotación presupuestaria en 1997 alcanzó la cifra de 30 millones;

bibliográficas[176]; cuenta de correo electrónico; acceso a *internet* ; ... sin perjuicio de las futuras novedades que se vayan incorporando en este campo. Todos ellos, pues, representan hoy día herramientas de trabajo básicas para los distintos funcionarios judiciales integrados en el concreto «servicio común» a los correspondientes órganos jurisdiccionales.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Restaría, pues, emitir nuestra modesta reflexión final sobre la exposición realizada, a fin de resaltar la importancia del papel desarrollado por el Secretario Judicial en defensa del derecho (fundamental) a un proceso sin dilaciones indebidas. Sin embargo, considerando que las conclusiones en tal sentido han ido siendo anticipadas a lo largo de nuestro trabajo —básicamente, en el capítulo relativo a las posibles soluciones y propuestas de reforma inmediatamente avanzadas— y dada la, creemos, dilatada exposición hasta aquí realizada, se impone la brevedad en esta última referencia.

De este modo, simplemente, queremos ahora recordar que, si a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional, se erige, sin duda, como factor fundamental en la apreciación de la existencia de dilaciones indebidas la «sobrecarga judicial de carácter estructural», desde luego un elemento importante en la valoración de la misma es también y junto con otros, la actividad del Secretario Judicial. De él también dependerá en gran medida la superación del plazo razonable[177] en la tramitación procesal cotidiana y por ello, dada su responsabilidad en este sentido, la propuesta de obtener un mayor margen de maniobra en el manejo de la Secretaría Judicial a partir del incremento de sus funciones procesales y administrativas en la línea arriba expuesta.

también con la de Murcia, etc. Dentro del territorio geográfico español, la Comunidad Autónoma pionera en estas lides es el País Vasco, en cuyo territorio la práctica totalidad de Juzgados y Tribunales disponen de, al menos, los más elementales medios informáticos.

176. Somos conscientes de las carencias de Juzgados y Tribunales en tal sentido, bien por falta de dotación presupuestaria o bien por demoras en la gestión (tramitación de pedidos y/o facturas, etc.). Así se pone de relieve en las reflexiones de MARTÍN OSTOS, J. *El Secretario Judicial a examen,* op. cit., esp. pp. 55 y ss.

177. Pese al interés del TC español de no equiparar en modo alguno el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el derecho a los plazos, por el contrario y como se sabe, la expresión utilizada por el art. 6.1 CEDH es la de «plazo razonable».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Por ello el Secretario Judicial no es ni ha de ser un «cuasicomparsa» en el comportamiento de los órganos jurisdiccionales[178], en tanto en cuanto es reconocida su integración en el mismo; su papel, si bien distinto, es tan principal como el ejercido por el Juez o Magistrado. De ahí la necesidad de emprender reformas legislativas como las sugeridas —algunas de las cuales ya han sido ciertamente iniciadas a raíz de las últimas modificaciones efectuadas en la legislación procesal española— a fin de equilibrar el reparto de tareas jurisdiccionales y no estrictamente jurisdiccionales entre ambos integrantes de los órganos jurisdiccionales (así, Jueces y Tribunales, por una parte, y Secretario Judicial, por otra); complemento de las mismas es además la introducción de medidas de política «ejecutiva» que faciliten unas y otras[179].

Somos así y por último, optimistas en el alcance de un *standard* mínimo de protección jurídica para el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el futuro, siempre y cuando se cuente para ello con una pieza clave del engranaje judicial en este sentido, cual es el Secretario Judicial. Este tiene por su parte el reto de afrontar la configuración de una moderna Secretaría Judicial cara al próximo siglo XXI que ha de poner a disposición del justiciable, quien sin duda se erige en el «termómetro» de precisión más directo para demostrar el (buen) funcionamiento de la administración de Justicia y con ello, la observancia del derecho fundamental analizado[180].

178. Así, MORENO CATENA, V. «Crisis de la Justicia y reformas orgánicas», *Crisis de la Justicia y Reformas Procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León),* Madrid 1988, pp. 81 y ss, esp. pp. 94 y ss, a quien se debe el término aquí mencionado.

179. Nos referimos, por ejemplo, a la aludida dotación de medios materiales, tales como la imprescindible infraestructura informática también mencionada. En este sentido parece previsible la inmediata realidad de la misma, al menos y por ejemplo, para los órganos jurisdiccionales de la ciudad de Burgos (Diario XXI de 24 de junio de 1999, esp. p. 12), a partir del proyecto de informatización presentado por la Subdirección general de Medios Informáticos del Ministerio de Justicia; dentro del mismo se incluye —asímismo y entre otras dotaciones— el acceso a Internet mediante la conexión a la página *web* del Ministerio y la conexión al *intraweb*. Así también y en el capítulo de dotación de otros medios materiales como es la infraestructura arquitectónica, el mismo medio de comunicación deja constancia del compromiso asumido por el ejecutivo de proceder a una «inversión» de 500 millones para llevar a cabo la rehabilitación del Palacio de Justicia de dicha ciudad.

180. Hasta el punto de haberse defendido que «la administración de la justicia sin retrasos indeseables es un tema de *voluntad* del Secretariado»; así, CALVO SÁNCHEZ, M.C. «Contribución del Secretario Judicial a la efectividad del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», op. cit., p. 5215 (la cursiva es nuestra). Por nuestra parte y en consonancia con la apuntada sugerencia de proceder a reformas legislativas y dotación de medios (materiales y personales) creemos que no es sólo un problema de *voluntad* sino también de *realidad*, por cuanto tal voluntad no pertenece en exclusiva al cuerpo de Secretarios Judiciales, si bien, que duda cabe, su conducta y reclamaciones son decisivas en este sentido.

LA PRUEBA EN LA APELACIÓN DE SENTENCIAS PENALES DEL PROCESO PENAL ABREVIADO

DRA. MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA
Profesora Asociada del Departamento de
Derecho Penal y Procesal
Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como es bien sabido, el motivo que verdaderamente convierte a la apelación de sentencias en el proceso penal abreviado en un medio de impugnación ordinario no es sólo el que se contiene en el párrafo segundo del artículo 795 de la LECr, por cuanto permite a la Audiencia Provincial la revisión de la actividad probatoria ya practicada pero incorrectamente apreciada en opinión del recurrente, sino también el contenido en el párrafo tercero de este mismo precepto legal por el que se posibilita la aportación de nuevas pruebas en alzada. Desde esta perspectiva, el órgano de apelación podrá dictar su sentencia basándose bien solamente en la actividad probatoria de primera instancia, o bien en esta actividad amén de la prueba que se haya podido practicar posteriormente en apelación. En efecto, en el escrito de formalización del recurso que se presentará, dentro del plazo establecido al efecto, ante quien dictó la resolución impugnada, el recurrente podrá alegar como fundamento de su impugnación no sólo el posible quebrantamiento de norma o garantía

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

procesal o la infracción de precepto constitucional o legal, sino también los posibles errores en la apreciación de la prueba cometidos por el Juez a quo. De igual modo, en este mismo escrito podrá el recurrente solicitar la práctica de nuevas diligencias de prueba. Pues bien, una vez que el órgano a quo haya resuelto admitiendo la apelación se dará traslado del escrito de formalización a las demás partes para que, en su caso, formulen oposición o adhesión al recurso. Se hayan o no presentado estos escritos el Juez que conoció de la sentencia impugnada deberá elevar a la Audiencia los autos originales con todos los escritos presentados en el plazo de dos días contando desde la finalización del fijado para impugnar o adherirse al recurso. Con la remisión de los autos y de los escritos de las partes se da por finalizada la primera fase procedimental del recurso que se desarrolla ante el Juez a quo y comienza la segunda de competencia exclusiva de la Audiencia Provincial o, en su caso, de la Audiencia Nacional.

En esta segunda fase puede acontecer que no se proponga prueba, con lo que la actividad del Tribunal de apelación queda reducida a la puramente decisoria, examinando la procedencia o improcedencia de los motivos alegados. Cuando, por el contrario, se practica prueba en apelación, le es posible al órgano ad quem realizar un nuevo enjuiciamiento no sólo sobre la base de lo actuado en la primera instancia, sino también con todo aquel material probatorio que se haya podido introducir posteriormente en segunda instancia. Esta diversidad obliga a que, en los siguientes epígrafes, hagamos referencia separadamente a uno y a otro supuesto[1].

II. RECURSO SIN PRUEBA

El motivo de «error en la apreciación de la prueba» posibilita que el recurrente pueda pedir la modificación de los hechos fijados en la sentencia dando lugar, en consecuencia, a un nuevo conocimiento por el Tribunal ad quem del objeto del proceso. Ciertamente, resulta notorio que las alegaciones referentes a este motivo serán las que abran la segunda instancia, las que originen un nuevo enjuiciamiento de la cuestión litigiosa. Ahora bien, la expresión «error en la apreciación de las pruebas» no debe inducirnos a pensar,

1. El presente artículo se halla extraído de la tesis doctoral La segunda instancia en el proceso penal. Doctrina y jurisprudencia, MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Ed. Comares, Granada, 2000.

como bien afirma CORTÉS DOMÍNGUEZ[2], que para que proceda la revocación de la sentencia de primera instancia resulta necesario que se haya producido una verdadera equivocación en la apreciación de la prueba por el Juzgador a quo. Sin duda alguna, esta interpretación limitaría extraordinariamente las posibilidades de impugnación, de ahí que «cuando la Ley habla de que es necesario expresar las alegaciones sobre ese error, lo que realmente exige es que se expresen las razones concretas por las que es más lógico una valoración probatoria distinta a la efectuada por el Juez de instancia». Éste y no otro es el sentido que ha de otorgársele a esta expresión legal, de lo contrario correríamos el peligro de restringir la apelación, precisamente en un aspecto tan trascendental como es el referido al material probatorio tenido en cuenta por el Juez a quo.

De este modo, con la consagración en nuestro ordenamiento procesal penal de la doble instancia se abandona la línea seguida por el legislador de finales del siglo XIX que veía en este sistema un serio atentado contra los principios de oralidad, inmediación y libre apreciación en conciencia por el Tribunal. Ciertamente, al estructurarse el juicio oral sobre la base de estos principios resultaba extremadamente complejo el establecimiento de un recurso de apelación contra sentencias en el que el Tribunal superior enjuiciara sobre la base de unas pruebas que no se hubieran practicado en su presencia. Ahora bien, el legislador actual parece obviar estos problemas al instaurar la segunda instancia en el proceso penal. No obstante, a este respecto, no ofrece soluciones adecuadas para resolver todos aquellos impedimentos que motivaron su supresión a finales del pasado siglo. Por esta razón, y pese a que en teoría el órgano ad quem tiene plenas facultades para resolver cuantas cuestiones se le planteen, apreciando nuevamente la declaración de hechos probados, lo cierto es que en la práctica oralidad e inmediación siguen erigiéndose, aún hoy en día, como los principales obstáculos que dificultan la eficacia de la segunda instancia en el proceso penal[3].

Así, viene siendo cláusula de estilo para los órganos encargados de conocer de la apelación que, si bien el Tribunal ad quem se encuentra en la misma posición que el Juez a quo ante el objeto del proceso, aquel debe remitirse a la valoración que de las pruebas se haya efectuado por el Juzgador de primera instancia por ser éste el que se encuentra en una posición más favo-

2. El nuevo proceso penal. Estudios sobre la LO 7/1988, con MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE y GIMENO SENDRA, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 241.

3. Este mismo razonamiento puede leerse en CALDERÓN CUADRADO: Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado, Ed. Comares, Granada, 1996, pág. 110.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rable al disfrutar de las ventajas que proporcionan los principios de oralidad e inmediación. Para comprender este razonamiento hemos de tener necesariamente en cuenta la situación en que se encuentra la Audiencia Provincial a la hora de dictar sentencia. En efecto, los Magistrados que integran la Sección cuentan tan sólo con el acta —en la mayoría de los casos insuficiente y sucinta— levantada por el Secretario sobre las pruebas que se hayan practicado en primera instancia, con los dictámenes periciales escritos y con la prueba documental[4]. A ello hemos de unir la esquemática motivación de las sentencias por cuanto los Jueces de lo Penal no suelen ser explícitos en orden a determinar las razones que les llevaron a convencerse en un determinado sentido. Por tanto, para apreciar el posible «error en la apreciación de las pruebas» el Tribunal ad quem cuenta tan sólo con el reflejo documental de las pruebas practicadas en la primera instancia. Desde esta perspectiva, no debe extrañar la postura adoptada por las Audiencias Provinciales al respetar todos aquellos elementos que se desprenden directamente de la inmediación.

Así, en lo que hace a la prueba pericial, es muy poderosa la orientación jurisprudencial conforme a la cual el tribunal de apelación penal tan sólo podrá controlar la adecuación del razonamiento seguido por el Juez a quo a las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos, habiéndose de respetar todos aquellos elementos de juicio que se desprendan directamente de la inmediación. De igual modo, se exige que los documentos que sirvan para modificar el relato fáctico contenido en la sentencia de primera instancia, sean de tal naturaleza y entidad que acrediten plenamente un manifiesto error del Juez a quo en la apreciación de los hechos declarados probados. En este sentido, resulta muy ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 14 de Febrero de 1979, (1 semestre, MJ, núm. 456), conforme a la cual:

> «...el tribunal de apelación está obligado a respetar y aceptar como norma general y dado el principio de inmediación de la prueba de que goza el Juez a quo, los hechos que se declaren probados en la sentencia apelada, salvo que del conjunto de la prueba practicada en las actuaciones, de los documentos públicos o de informes periciales, se demuestre de manera clara, patente e inequívoca, lo contrario de lo afirmado en los hechos probados por el Juez de Instancia»[5].

4. Vid., al respecto, interesantes reflexiones de MONTERO AROCA: Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado, Ed. Comares, Granada, 1996, págs. 15-18.

5. SAP, Huelva, 16 de Mayo de 1970, 1 semestre, (MJ, núm. 349).

A la luz de lo que llevamos expuesto podemos concluir que, aún cuando en un primer momento pudiera parecer que el «error en la apreciación de la prueba» del que habla el artículo 795.2 LECrim permite al Tribunal superior modificar el relato fáctico apreciado por el Juez de primera instancia, lo cierto es que, en la práctica, a raíz de lo que se desprende en innumerables sentencias y debido a las ventajas proporcionadas por los principios de oralidad e inmediación, tan sólo se permitirá la modificación de las pruebas practicadas en primera instancia si se estima que en su valoración se han vulnerado las reglas de la sana crítica o se disponen de otros medios de convicción por haberse practicado nuevas pruebas en la alzada.

III. RECURSO CON PRUEBA

En líneas anteriores señalábamos que el contenido del escrito de interposición y formalización del recurso no se limitaba a la exposición ordenada de las alegaciones en las que basa la impugnación el recurrente, sino que podía ampliarse a la solicitud de práctica de prueba proponiéndose las diligencias que se estimen pertinentes. Ahora bien, entendemos que esta posibilidad de solicitar prueba ha de extenderse, igualmente, a la parte apelada que se adhiera o impugne la apelación, pues atentaría contra los principios de contradicción e igualdad de las partes en el proceso el negar al apelado la posibilidad de proponer las pruebas que estime adecuadas para su defensa[6]. Por tanto, la proposición de las diligencias de prueba que vayan a practicarse en segunda instancia habrá de realizarse bien en los escritos de formalización, bien en los de impugnación o adhesión.

Por su parte, la admisión de la prueba corresponderá a la Audiencia que resolverá en el plazo de tres días desde la recepción de los autos. La decisión sobre la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas se hará atendiendo

6. Vid., CALDERÓN CUADRADO: Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado, cit., pág. 192; CORTÉS DOMÍNGUEZ: El nuevo proceso penal: Estudios sobre la LO 7/1988, cit., con ALMAGRO NOSETE, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA, pág. 243. En idéntico sentido se pronuncia la STC 23/1985, de 15 de febrero cuando dice que el artículo 795.3 de la LECr no puede interpretarse «en el sentido de que sólo el apelante puede proponer pruebas, pues es una exigencia insita en el principio contradictorio el de la posición de paridad de las partes en el proceso, y por esto también en los casos que señala el precepto, y cuando se puede producir efectivamente indefensión a los apelados..., con lo que no se hace más que dar virtualidad al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

a los requisitos generales de toda admisión, esto es, «proposición en forma, legalidad del medio propuesto, que el dato pueda ser objeto de prueba y que la prueba sea pertinente»[7] y a los específicos contenidos en el párrafo tercero del artículo 795 de la LECr[8].

En el supuesto que la prueba haya sido admitida se señalará en ese mismo acto el día para la vista dentro de los quince días siguientes, comunicándose tal decisión a las partes. Si, por el contrario, la prueba ha sido denegada la resolución de inadmisión será recurrible mediante súplica (arts. 236-238 LECr) que deviene firme.

Por tanto, la prueba en apelación se practicará en el acto de la vista que comenzará por su realización resumiendo, a continuación, las partes el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones (art. 795.8 LECr).

Ahora bien, para que en segunda instancia se admita la práctica de prueba resultará necesario que ésta se encuentre comprendida en alguno de los supuestos del párrafo tercero del Artículo 795 de la LECr, lo que, en opinión de CALDERÓN CUADRADO[9], nos viene a demostrar dos cosas. En primer lugar, que nos encontramos ante una apelación limitada, por cuanto la crítica a la resolución impugnada sólo podrá realizarse tomando por base los mismos materiales de primera instancia, más algunos nuevos para los que no rigen las preclusiones acaecidas en primera instancia[10], y en segundo lugar que nos encontramos ante una fase del proceso que no se rige por el principio de inmediación ya que el órgano de apelación ha de basar su decisión, por un lado, en las pruebas ante él eventualmente practicadas y, por otro, en un material probatorio no producido en su presencia y que no ha sido directamente percibido por él.

No obstante, lo cierto es que los términos en que el legislador del artículo 795.3 de la LECr prevé la práctica de diligencias de prueba en segunda instancia son muy amplios. Así, el recurrente estará facultado para pedir la práctica de todas aquellas pruebas que no pudo proponer en primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no les sean imputables, siempre que, además, se haya producido indefensión. Con ello, el Tribunal ad quem contará con nuevos elementos de juicio, ya que las tres posibilidades que contempla el legislador le permiten conocer no sólo de las diligencias de prueba que no se hubieran practicado en primera instancia por falta no imputable al recurrente, sino también de todas aquellas cuya existencia se desconociera en primer grado de jurisdicción[11]. Requisito común en todos estos supuestos es el de exponer las razones por lo que la falta de aquellas pruebas ha producido indefensión, por lo que no bastará con la mera solicitud de práctica sino que resultará necesario que el solicitante argumente y razone porqué se le ha producido un efectivo y real menoscabo.

El primer supuesto que contempla el legislador para permitir la práctica de prueba en apelación hace referencia a aquellas diligencias que no pudieron ser propuestas en primera instancia. Aquí se da cabida a todas aquellas pruebas que versen sobre «hechos acusados en primera instancia o sobre los que sean optativos o excluyentes de los acusados, de los que se desconociera la existencia de medios probatorios que los confirmaren», así como aquellas otras que «no hubiesen estado al alcance del recurrente durante la tramitación de la primera instancia»[12]. Nos encontramos ante una excepción al principio preclusivo que se funda en la razón subjetiva del desconocimiento de la parte[13]. Además, se hace necesario aclarar que no nos encontramos ante nuevos hechos sino ante nuevos medios de prueba que no pudieron ser propuestos en la primera fase del proceso[14]. Así, estos nuevos medios de prueba han de ser todos aquellos cuya existencia era desconocida con anterioridad, bien que aparecieron posteriormente, o bien que la parte demuestre no poder haber dispuesto de ellos en la instancia. De este modo, resulta necesario que la parte argumente unas mínimas alegaciones explicatorias del porqué no se propuso dicha prueba en la instancia[15].

7. ORTELLS RAMOS: Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil, con MONTERO AROCA y GÓMEZ COLOMER, Ed, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 336.

8. Vid., sobre este particular, CALDERÓN CUADRADO: Apelación de sentencias..., cit., pág. 222.

9. Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado, cit., pág. 215.

10. Así, ORTELLS RAMOS: Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 381. Sobre el dilema apelación plena- apelación limitada vid., asimismo, VEGAS TORRES: Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, Ed. La Ley, Madrid, 1993, pág. 196.

11. Vid., en este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ: Derecho Procesal Penal, con GIMENO SENDRA y MORENO CATENA, Ed. Colex, Madrid, 1996, pág. 653.

12. CORTÉS DOMÍNGUEZ: Derecho Procesal Penal, con GIMENO SENDRA y MORENO CATENA, cit., pág. 653.

13. ORTELLS RAMOS: Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil, con MONTERO AROCA y GÓMEZ COLOMER, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 336, que si bien referido al párrafo cuarto del artículo 862 de la LEC, resulta perfectamente aplicable al objeto de nuestro estudio.

14. En este sentido, CALDERÓN CUADRADO: La prueba en el recurso de apelación penal. (Doctrina y Jurisprudencia), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 87.

15. Vid., VARELA GÓMEZ: El recurso de apelación penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 326. Asimismo, CALDERÓN CUADRADO: La prueba en el recurso..., cit., pág. 89-90.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Lógicamente, si el recurrente hubiera tenido oportunidad de proponer la prueba en primera instancia y, por cualquier motivo, no hizo uso de esta facultad, el Tribunal de apelación podrá denegar su práctica sin poder considerar tal decisión como causante de indefensión.

El segundo supuesto hace referencia a aquellas pruebas que propuestas fueron indebidamente denegadas, siempre que se hubiera efectuado la oportuna reserva.

Se trataría de la «reproducción de una proposición de prueba de la primera instancia con modificación por parte del Tribunal ad quem del juicio sobre la pertinencia, en el que erró el Juez a quo con la consecuencia de denegar la admisión»[16]. Se analiza la corrección procedimental en la dirección de la actividad probatoria por el Juez a quo, de tal modo que en caso que el Tribunal superior adopte el juicio sobre su pertinencia se procederá a la práctica de la prueba cuya denegación haya causado indefensión en primera instancia. Por tanto, para que el órgano de apelación pueda ordenar su práctica se requiere la concurrencia de dos requisitos: en primer lugar, que haya sido denegada indebidamente, por lo que no procederá en el supuesto que la prueba fuera impertinente o inútil o si hubiera precluido el plazo para aportarla en primera instancia[17]. En segundo lugar, que se hubiera formulado la oportuna reserva, por lo que su falta impedirá la admisión de la prueba propuesta.

Por último, podrán acceder a segunda instancia las pruebas cuya práctica devino imposible por causas ajenas a la parte solicitante.

Al igual que en el supuesto anterior nos encontramos ante la reproducción de una prueba propuesta en primera instancia, pero que esta vez fue admitida aunque no practicada por cualquier circunstancia que no sea imputable al que la haya solicitado[18].

Argumenta CALDERÓN CUADRADO[19] que probablemente sea éste el supuesto que más se utiliza en la práctica, teniendo su referencia más frecuente en la prueba testifical que admitida no pudo practicarse por causa de incomparecencia del testigo. En estos casos, para que resulte procedente su

16. ORTELLS RAMOS: Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil, con MONTERO AROCA y GÓMEZ COLOMER, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 393, refiriéndose, en este caso, al motivo primero del artículo 862 de la LEC.

17. Vid., CALDERÓN CUADRADO: Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado, cit., pág. 218.

18. ORTELLS RAMOS: Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil, con MONTERO AROCA y GÓMEZ COLOMER, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 336, refiriéndose al artículo 862.2 de la LEC.

19. Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado, cit., pág. 219.

práctica será necesario que la parte demuestre la falta de relación entre la no realización de la prueba y su conducta en primera instancia, de manera tal que se considerará como causa suficiente para su denegación la pasividad del solicitante. Así, las partes deberán hacer constar las circunstancias causantes de que la prueba no pudiera llegar a practicarse y fundamentar que ellos no fueron los causantes de esa frustación en la instancia.

A este respecto se hace necesario advertir, como bien apunta MONTERO AROCA[20], que toda prueba que se practique en apelación ha de servir para complementar a la de primera instancia y nunca ha de constituir una repetición de la misma. Por consiguiente, la Audiencia Provincial, a la hora de realizar ese segundo enjuiciamiento, habrá de tener en cuenta una prueba en parte practicada ante ella y en parte ante el Juez Penal, situación ésta última que, en opinión del autor, puede conducir a que el Tribunal ad quem o bien no de valor a las diligencias probatorias ante él practicadas, «por cuanto constituye una pequeña parte de todo el conjunto probatorio», o bien finalice «atendiendo sólo a la prueba ante ellos practicada, con olvido de la realizada en la primera instancia». Estas dos situaciones son «teóricamente inadmisibles, pero prácticamente inevitables».

Por otra parte, la postura adoptada por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, en el caso de recurso con prueba, viene siendo la remisión a la valoración probatoria efectuada en la primera instancia, salvo que resulte ser «manifiestamente erróneo o arbitrario, inverosímil o ilógico o que exista desviación en la aplicación del Derecho o, en fin, se hayan practicado nuevas pruebas en la alzada que desvirtúen el resultado de las ya practicadas»[21]. Por consiguiente, la práctica de prueba en apelación puede servir para desvirtuar los hechos declarados probados en primera instancia.

Ahora bien, en estos supuestos, puede acontecer que la prueba practicada en segunda instancia resulte ser lo suficientemente expresiva como para poner de manifiesto el error padecido por el Juzgador a quo o, por el contrario, que el órgano de apelación necesite complementar su conocimiento con la práctica de otros medios de prueba que no se hayan propuesto por las partes en el escrito de formalización. Sobre este particular, se nos suscita el siguiente interrogante: ¿Estará facultada la Audiencia Provincial, al igual que lo está el Juez a quo, para proponer de oficio la práctica de nuevos medios de

20. Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado, cit., pág. 19.

21. SAP, San Sebastián, de 7 de noviembre de 1995, (Europea de Derecho, 1995-3, núm. 1626). Vid., asimismo, SAP, Castellón, de 30 de octubre de 1991 (MJ, núm. 245); SAP, León, de 29 de julio de 1993 (Ledico, 1993-3, núm. 2002).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

prueba, en beneficio del descubrimiento de la verdad histórica o material o, por el contrario, habrá de limitar su conocimiento a las pruebas que se hayan propuesto por las partes? Como es sabido, en la primera instancia del proceso ordinario por delitos se establecen una serie de correcciones al principio de aportación en beneficio de su opuesto, el principio de investigación[22], permitiéndose, de este modo, la práctica de oficio de nuevas diligencias probatorias. Así, conforme a lo que se dispone en los párrafos primero y segundo del artículo 729 de la LECr, el Tribunal puede de oficio proponer la práctica de diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que considere necesarias y, asimismo, disponer de oficio la diligencia de careo; de igual modo, y en virtud de lo que se dispone en el artículo 726 de la LECr, el Tribunal podrá examinar por sí mismo la prueba documental o formular, conforme a lo establecido en el artículo 708.2 de la LECr, preguntas a los testigos que estime pertinentes para un mejor descubrimiento de la verdad material. Por su parte, en lo que hace al proceso abreviado por delitos no se contempla en sus artículos reguladores una disposición similar a las anteriores. Tan sólo el párrafo sexto del artículo 793 de la LECr permite al Juez Penal, o en su caso a la Audiencia Provincial, solicitar del Ministerio Fiscal y de los letrados de ambas partes un mayor esclarecimiento de determinados aspectos de la prueba practicada en la primera instancia y de la valoración jurídica de los hechos sometiéndole a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados. No obstante, la posibilidad apuntada de introducir pruebas de oficio debe entenderse subsistente en la primera instancia del proceso abreviado debido a lo que se dispone por el artículo 780[23] de la LECr en relación al 729 del mismo cuerpo legal. Además, como bien afirma ORTELLS RAMOS[24], las posibilidades del juzgador de intervenir ex officio no deben verse como un peligro para con la imparcialidad ya que el juez no actúa como investigador sino que contribuye, junto con la prueba propuesta por las partes, «a comprobar la certeza de los elementos fácticos jurídicamente relevantes de aquel acaecer histórico». Pues bien, esta posibilidad de introducir pruebas de oficio en primera instancia nos obliga a plantearnos si el órgano ad quem está investido de tal facultad en el recurso de apelación. En este sentido, la Ley 3/1967, de 8 de abril[25] en su precepto 792.5 contenía un pronunciamiento por el que se permitía a la Audiencia Provincial que acordase libremente de oficio las pruebas que tuviera por conveniente, sin que pudiera interponerse contra ese acuerdo recurso alguno. No obstante, el legislador de 1988 no establece ninguna disposición similar, haciendo, tan sólo, alusión a la prueba propuesta por las partes y a la práctica de la prueba admitida. De ello pudiera deducirse que la intención del legislador, al configurar este recurso de apelación, ha sido la de limitar el conocimiento del Tribunal ad quem a la prueba solicitada por las partes. Desde esta perspectiva, el Tribunal de apelación no se encontraría facultado para disponer de oficio la práctica de nuevos medios de prueba que no se hubieran solicitado por las partes, y ello es lógico si pensamos que nuestro legislador ha regulado la apelación no como un nuevo juicio oral sino como una revisión de la primera instancia sobre la base de lo solicitado por las partes. Además, como bien afirma CORTÉS DOMÍNGUEZ[26], la necesaria correlación entre acusación y sentencia, que impone que el órgano de apelación quede vinculado a la imputación efectuada por las partes en el escrito de formalización del recurso, así como la garantía del derecho de defensa constituyen un límite claro a este poder. Desde esta perspectiva, toda prueba que se practique ante el órgano de apelación debe versar única y exclusivamente sobre el objeto procesal que conoció el Juez de instancia. De lo contrario, nos encontraríamos ante «un medio de impugnación que funcionaría como una primera instancia». Además, esta posibilidad de proponer prueba de oficio está limitada, igualmente, por la prohibición de la reformatio in peius. En efecto, si el único recurrente es el condenado en primera instancia el órgano de apelación no podrá practicar de oficio pruebas que vayan dirigidas a empeorar la situación del condenado. Ahora bien, en este sentido hemos de decir que aún cuando en la Ley tan sólo se alude a que una vez practicadas las pruebas en el trámite de vista oral, las partes resumirán oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones, no hay que descartar la posibilidad de que el Tribunal ad quem complemente la actividad probatoria practicada por las partes. Ciertamente, el silencio de la Ley sobre este particular puede ser interpretado en sentido negativo, como limitación del órgano de apelación a las pruebas propuestas por las partes, o afirmativo, significando entonces la posibilidad de introducir nuevas pruebas de oficio por el órgano de apelación. A nuestro parecer, ninguna de las dos soluciones debe reputarse correcta. La primera de ellas porque no hay que olvidar que nos encontramos en un proceso penal cuyo fin es el descubrimiento de la verdad material, y la segunda porque la intención del legislador ha sido la de estructurar la apelación sobre la base del principio de aportación de parte por lo que el Tribu-

22. En este sentido, se pronuncia GIMENO SENDRA: Derecho Procesal Penal, con MORENO CATENA y CALDERÓN CUADRADO, cit., pág. 372.

23. Así, en este artículo se dispone que todos aquellos delitos que hayan de enjuiciarse por el procedimiento abreviado han de acomodarse «a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente Título».

24. El proceso penal abreviado. (Nueve estudios), Ed. Comares, Granada, 1997, pág. 203.

25. B.O.E 11 de abril de 1967 (núm. 86).

26. Vid., Derecho Procesal Penal, con MORENO CATENA y GIMENO SENDRA, cit., pág. 657.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nal ad quem ha de atenerse a los hechos admitidos como existentes por las partes, no debe intervenir en más actividad probatoria que la que se haya solicitado por las partes ni, por supuesto, introducir por sí mismo hechos nuevos que revistan carácter fundamental. Resulta, por tanto, deseable buscar una solución ecléctica en la que el Tribunal ad quem sin aportar ex officio nuevos medios de prueba pudiera complementar la actividad probatoria llevada a cabo por iniciativa de las partes en orden a lograr una mejor aclaración de la causa petendi. En efecto, al igual que en el proceso civil el artículo 340 de la LEC regula las diligencias para mejor proveer como medio que posibilita al Juez la práctica de prueba tendente a complementar la efectuada por las partes y que no haya obtenido su convencimiento, estimamos que en la segunda instancia del proceso abreviado no debería ser negada tal posibilidad. Como es sabido, las diligencias para mejor proveer conceden al Juez unos poderes probatorios que están limitados a la mera complementariedad y, consiguientemente, limitados a la actividad probatoria propuesta por las partes. Desde esta perspectiva, la Doctrina se muestra unánime al sostener que estas diligencias no suponen alteración alguna del principio de aportación de parte en la medida en que el órgano judicial sólo podrá mejor proveer sobre lo alegado por ambas partes, por lo que su actuación ex officio es en todo momento complementaria de la de las partes y, además, «excepcional» por cuanto tan solo pretende una mayor aclaración sobre determinados hechos alegados que permanezcan dudosos. Una solución así permitiría al órgano de apelación lograr un mejor esclarecimiento de los hechos o una más segura investigación de la verdad complementando la actividad probatoria propuesta por las partes en todos aquellos aspectos que permanezcan dudosos y respetando, de igual modo, al máximo el principio de aportación de parte.

Esta misma solución puede adoptarse en el supuesto que compareciera en fase de apelación el declarado rebelde en primera instancia. En efecto, una vez que se haya dictado sentencia por el Juez a quo, y dentro del plazo preclusivo para apelar, el ausente en primera instancia puede formular recurso de apelación, o bien adherirse o impugnar el ya interpuesto. Ahora bien, tanto si comparece como apelante o como apelado tiene posibilidad de proposición y, en consecuencia, de práctica de la prueba, ya que aún cuando de la redacción del artículo 795.3 de la LECr pudiera deducirse que se limita la petición de diligencias probatorias a la parte recurrente no parece resultar factible que de este texto legal se deduzca su prohibición para la parte apelada que impugna o se adhiere a la apelación. Desde esta perspectiva, y resultando pacífica la proposición y práctica de prueba en ambos supuestos, a la vista de la declaración del rebelde en primera instancia en sede de apelación y de la práctica

de las pruebas por él propuestas —que lógicamente han de limitarse al primer supuesto contemplado en el párrafo tercero del artículo 795 de la LECr, esto es, al referido a todas aquellas pruebas que no pudieron practicarse en primera instancia como consecuencia, en este supuesto, de su no personación— el Tribunal ad quem puede o bien ratificarse en su postura, o bien suscitársele dudas resultándole necesario complementar su conocimiento. Ciertamente, en estos supuestos puede resultar imperioso que declare nuevamente ante el órgano de apelación la parte acusadora en primera instancia para contrastar su declaración con la parte comparecida en apelación, o que comparezcan nuevamente testigos o peritos que hubieran prestado su declaración en la instancia. Consiguientemente, siempre que ante la comparecencia en sede de apelación del declarado rebelde en primera instancia, al Tribunal ad quem se le suscitaren dudas en orden a la correcta apreciación de la prueba, podría mejor proveer sobre lo alegado por ambas partes complementando la actividad probatoria propuesta por éstas.

IV. Conclusiones

El motivo de «error en la apreciación de la prueba» concede a la Audiencia Provincial la posibilidad de realizar un examen completo de los hechos y de la valoración de las diligencias de prueba apreciadas por el Juez Penal. Por lo que este motivo es el que realmente convierte a la apelación en un recurso de naturaleza ordinaria.

Desde esta perspectiva, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la de las Audiencias Provinciales, se muestran conformes al afirmar que el recurso contenido en el artículo 795 de la LECr otorga plena jurisdicción al Tribunal ad quem, colocándole en la misma situación y con los mismos poderes que al Juez de instancia por tratarse de un medio ordinario de impugnación.

Ahora bien, lo cierto es que el órgano de apelación, a la hora de realizar ese segundo enjuiciamiento fáctico, se encuentra limitado por los motivos y las pruebas articuladas por el recurrente en el escrito de formalización. Pero, además de la limitación derivada de la pretensión impugnatoria, en la práctica sus facultades se ven notablemente reducidas por el respeto que ha de mostrar a la valoración probatoria del Juez de instancia, al ser éste último el que aprovecha al máximo las ventajas que se derivan de los principios de oralidad e inmediación. En este sentido, viene siendo ya cláusula de estilo en las sentencias de las Audiencias Provinciales que aún cuando, desde un plano teórico, el Tribunal ad quem tenga plenas facultades para resolver las cuestiones

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que se le planteen, a la hora de la verdad no puede modificar la narración de los hechos probados, por cuanto el juzgador a quo es el que se encuentra en una posición más favorable al disfrutar de las ventajas que proporcionan los principios de oralidad e inmediatividad, con la salvedad representada por todos aquellos supuestos en que habiéndose practicado nuevas pruebas en la alzada se desvirtúen el resultado de las ya practicadas o cuando se ponga de manifiesto un claro error en el razonamiento del Juez a quo que haga notoria su reforma. En estas circunstancias, resultará fácil comprender que es prácticamente imposible la revocación de la sentencia de instancia por los motivos propios y específicos de la apelación, por lo que la conclusión no puede ser otra que la inutilidad de la apelación no en sí, sino «en la parte del recurso que lo hace propiamente apelación»[27]. En este mismo sentido, se pronuncia CALDERÓN CUADRADO[28] al advertir que el Tribunal ad quem difícilmente podrá encontrarse en la misma posición que el Juez a quo ante el objeto del proceso, por lo que «la idéntica, o en este caso perfeccionada, plenitud de conocimiento de que hablaba GÓMEZ ORBANEJA respecto al órgano a quo no podrá en realidad producirse».

Por consiguiente, la posición del órgano de apelación se encuentra limitado en una doble vertiente. Desde un punto de vista práctico[29], por el respeto que ha de mostrar a los principios de oralidad e inmediación que impone la remisión a los hechos declarados probados por el Juez a quo y, desde un punto de vista teórico, ya que la Audiencia Provincial ha de limitar su conocimiento a los concretos motivos impugnados por el recurrente en el escrito de formalización del recurso. En este sentido, hemos apuntado que el motivo segundo del artículo 795 de la LECr, está concebido en términos amplísimos permitiendo al Tribunal superior realizar un nuevo enjuiciamiento fáctico del asunto y posibilitándosele, además, ampliar su conocimiento con la práctica de nuevas pruebas en la alzada. No obstante, hemos de decir a este respecto que, a nuestro parecer, hubiera resultado aconsejable que el legislador incluyese una disposición que expresamente permitiera a la Audiencia Provincial complementar la actividad probatoria solicitada por las partes en todos aquellos supuestos que resultara necesario para la formación de una correcta convicción fundada.

27. MONTERO AROCA: Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado, cit., pág. 16. De igual modo, reitera el autor, pág. 18, que «...hoy el recurso de apelación es inútil en su función de control de los hechos declarados probados por el juez de primera instancia y, más específicamente, del examen de la valoración de la prueba realizada por ese juez».

28. Apelación de sentencias en el proceso abreviado, cit., pág. 113-114.

29. Vid., a este respecto, las interesantes consideraciones de CALDERÓN CUADRADO: Apelación de sentencias..., cit., págs. 110-115.

APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO)*

ANTONIO GISBERT GISBERT
Fiscal del TSJ de la Comunidad Valenciana

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. — II. CUESTIONES GENERALES. — III. PROCEDIMIENTO PROBATORIO. — IV. MEDIOS DE PRUEBA. IV. A) Consideraciones generales. IV. B) Interrogatorio de las partes. IV. C) Documental. IV. D) Dictamen de peritos. IV. E) Reconocimiento judicial. IV. F) Interrogatorio de testigos. IV. G) Medios de reproducción de la imagen y el sonido e instrumentos para el archivo y reproducción de datos. — V. ANTICIPACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA. — VI. INICIATIVA PROBATORIA DEL TRIBUNAL. — VII. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. — NOTA BIBLIOGRÁFICA.

* Este trabajo fue ponencia en el Seminario sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, dirigido por el autor, que se celebró el 25 de mayo de 2000, en Valencia, dentro del Plan de Formación Continuada para Jueces, Fiscales y Secretarios de la Comunidad Valenciana.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. INTRODUCCIÓN

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil[1] nació anticuada como la precedente de 1855, de la que es una reforma y ampliación, conforme a lo dispuesto en la Ley de Bases de 21 de julio de 1880.Se inspira esta codificación procesal en el modelo del «solemnis ordo iudiciarius»[2] ignorando otros modelos modernos de países cercanos. No olvidemos que casi con el inicio del siglo, en 1806, Francia ya disponía de su primer Código de Procedimiento Civil, modelo a exportar a una Europa ilustrada, ya que señalaría el comienzo de otra etapa legal y doctrinal, la conocida como de «los procedimentalistas»[3]. Como se ha dicho, de manera muy expresiva, dentro de los distintos modelos de justicia civil surgidos en la historia, «feudal», «liberal» y «social», el que se consagró en nuestra ley de 1881 merece ser situado entre la justicia feudal y liberal, el cual recibió los principios de escritura, mediación y prueba tasada[4]. En conocida y muy citada metáfora, el ilustre procesalista James GOLDSCHMIDT calificaba a la Ley procesal española como un recipiente liberal del siglo XIX, en el que se había vaciado el vino antiguo del proceso común de los siglos pasados[5].

Durante su más que centenaria vigencia la LECv ha recibido numerosas y duras críticas y ha sufrido múltiples reformas que con unanimidad han sido calificadas de remiendos[6].

Es de señalar, sin embargo, que pese a su naturaleza y defectos ejerció gran influencia en las naciones hispanoamericanas[7].

1. En lo sucesivo utilizaremos la abreviatura LECv y para referirnos a la nueva ley la abreviatura LECn.

2. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia de Derecho,* 8ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 528 y GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, «Del "ordo iudiciarius" a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Justicia-1998, nº 1-2, págs. 6 a 13.

3. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, op. cit., pág.11.

4. GIMENO SENDRA, «Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo», La Ley, 15-1-99, pág.1.

5. *Derecho Procesal Civil,* traducción de Prieto - Castro, con adiciones de Alcalá - Zamora y Castillo, Labor, Barcelona, 1936, pág. x (Tomo la referencia de Gutierrez - Alviz Conradi, op. cit., pág. 13).

6. Sobre reformas y proyectos puede verse LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española- Proceso Civil,* Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1998. Consideraciones críticas se encuentran en FAIRÉN GUILLÉN, *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998),* Civitas Madrid, 1998, algunas de las cuales ya había realizado hace muchos años en obras como *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Bosch, 1953.

7. Vid sobre ello el trabajo de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «La reforma del enjuiciamiento civil español y el mundo procesal hispanoamericano», en *Estudios Procesales,* Tecnos, Madrid, 1975.

Tras su aprobación y promulgación apareció publicada en el BOE del día 8 de enero del año 2000 una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que según la Disposición Final Vigesimoprimera entrará en vigor al año de su publicación, es decir, el 8 de enero del año 2001. El texto consta de 827 artículos, cuatro Disposiciones Adicionales, siete Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y veintiuna Disposiciones Finales. Los artículos están estructurados en un Título Preliminar sobre normas procesales y su aplicación, y tres Libros, sobre disposiciones generales relativas a los juicios civiles, juicios declarativos, ejecución forzosa y medidas cautelares y el último sobre los procesos especiales. No se ocupa del derecho concursal ni de la jurisdicción voluntaria, materias para las que se prevén leyes distintas, quedando con ello la ley de menor extensión que la decimonónica, aunque objetivamente más completa[8].

A nadie escapa la importancia del instituto de la prueba para la eficacia social del proceso. De ahí que una de las claves para valorar el alcance de una reforma procesal nos la proporcione el conjunto de normas que regula el mismo[9]. Este es el motivo por el que, como director del seminario, decidí que una de las ponencias fuera la prueba.

La prueba es un medio para la verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio[10]. Dando también entrada a los sujetos de esa actividad y a la valoración de la prueba, podemos definirla como la actividad procesal, de las partes y excepcionalmente del propio tribunal, que tiende a obtener el convencimiento del juzgador respecto de los datos aportados por las partes, convencimiento que lo obtendrá en unos casos libremente y en otros le vendrá impuesto por disposición legal[11].

La regulación sobre la prueba se encuentra en los Capítulos V y VI del Título I, del Libro Segundo, que contiene como ya dijimos las normas relativas a los procesos declarativos, existiendo referencias al instituto en otros lugares de la nueva Ley.

8. DE LA OLIVA SANTOS, «Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales», Tribunales, nº2 – febrero 2000, pág. 128.

9. En el mismo sentido BONET NAVARRO, A., «Consideraciones sobre la prueba de los procesos civiles, en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Ponencias,* Consejería de la Presidencia de Murcia, Murcia, 1997, pág. 231; y GARCIANDIA GONZÁLEZ, «Aproximación a la nueva regulación de la prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», La Ley, 8-IX-99, pág. 1.

10. COUTURE, E. J., *Fundamentos del derecho procesal civil,* 3ª edición, póstuma, De Palma, Buenos Aires, 1997, pág. 217.

11. En sentido muy parecido MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil* Civitas, Madrid, 1996, pág. 31.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El Capítulo V de las disposiciones generales sobre la prueba y el VI sobre los medios de prueba y las presunciones. El primero se divide en cuatro Secciones:

Sec. 1ª Del objeto, necesidad e iniciativa de la prueba.
Sec. 2ª De la proposición y admisión.
Sec. 3ª De otras disposiciones generales sobre práctica de la prueba.
Sec. 4ª De la anticipación y aseguramiento de la prueba.
El Capítulo VI comprende las siguientes Secciones;
Sec. 1ª. Del interrogatorio de las partes.
Sec. 2ª. De los documentos públicos.
Sec. 3ª. De los documentos privados.
Sec. 4ª. De las disposiciones comunes a las dos Secciones anteriores.
Sec. 5ª. Del dictamen de peritos.
Sec. 6ª. Del reconocimiento judicial.
Sec. 7ª. Del interrogatorio de testigos.
Sec. 8ª. De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso.
Sec. 9ª. De las presunciones.

Los límites de la ponencia no nos van a permitir más que una visión general, forzosamente incompleta, de la nueva regulación. Se trata de una aproximación que nos permita conocer los trazos generales de la regulación del instituto de la prueba y nos allane el camino para futuros estudios en profundidad[12].

Dedico un primer capítulo al examen de las cuestiones generales, relativamente abundantes en la nueva normativa.

Seguirá, en segundo lugar, un capítulo dedicado al llamado por la doctrina procedimiento probatorio, es decir, a la proposición, admisión y práctica de la prueba. Omitiremos aquí la referencia a las normas que no tengan carácter general, a no ser claro está que la referencia a un medio concreto de prueba sea necesaria por especial relevancia en la nueva normativa.

12. Afirma DÍEZ – PICAZO GIMÉNEZ: «La tarea exegética, a veces injustamente infravalorada, se impone ahora como tarea primordial de los procesalistas y de los juristas en general. Porque sin perjuicio de que la nueva Ley sea sin ningún género de dudas mucho más clara que la anterior, es una obra humana y, por tanto, estará plagada de imperfecciones, de mayor o menor calado según los casos. Mi posición absolutamente favorable a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no me ciega como para no saber no sólo que lo que era opinable antes de la aprobación de la Ley sigue siéndolo después, sino también que en los aspectos realmente de técnica jurídica hay numerosísimos problemas que afrontar» («La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y la litigiosidad civil», Tribunales, nº 2 – febrero 2000, pág. 123).

En el apartado IV, examinaremos los diferentes medios de prueba con especial referencia a las novedades.

Veremos después la novedosa cuestión del aseguramiento de la prueba y del anticipo de la misma.

Estimo de especial interés, la cuestión relativa a las facultades de iniciativa probatoria del tribunal, por lo que le dedico el punto VI, donde veremos la trascendencia de la desaparición de las llamadas diligencias para mejor proveer, que vienen a ser sustituidas por las «diligencias finales».

En el capítulo VII, y último, analizaremos lo relativo a la valoración de la prueba, siendo ya de señalar que, aun habiendo cambios importantes, el sistema sigue siendo mixto: valoración libre y prueba tasada.

II. CUESTIONES GENERALES

En nuestra vigente legislación las normas sobre la prueba en el proceso civil se encuentran no sólo en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 550 a 666) sino también en el Código Civil (arts. 1214 a 1253). Se quiso seguir con ello el criterio mantenido por procedimentalistas y civilistas franceses de considerar como normas materiales aquellas reguladoras de la admisibilidad y valoración de la prueba y como procesales las que se referían al procedimiento probatorio. Se reprodujo con ello el sistema plasmado en el *Code Civile* de 1804 y en el *Code de Procedure Civile* de 1806[13].

La LECn termina con este sistema disponiendo la derogación de los arts. 1214, 1215, 1226, y 1231 a 1253[14]. Esto no obstante, quedan, como se ve, vigentes algunos arts. referidos a la naturaleza y valor de los documentos. Estimo discutible la permanencia de estas últimas normas en el Código Civil, ya que en la nueva ley también se hace referencia a esta cuestión al tratar de la prueba documental[15].

13. Vid. sobre crítica a este criterio MONTERO AROCA, *La prueba en ..., op. cit.* Civitas, Madrid, 1996, pág. 32.

14. La Disposición Derogatoria Unica, 2, 1º, establece también la derogación de los siguientes arts. del Código Civil: apartado segundo del 8, párrafo segundo del apartado sexto del 12,127 a 130, párrafo segundo del 134, 135, 202 a 214, 294 a 296, y 298.

15. FAIRÉN GUILLÉN, comentando el Anteproyecto dice: «De otro lado, la proposición implícita de que "toda la doctrina de la prueba es procesal"» es abusiva; y no es lo mismo que la de "toda la doctrina de la prueba *conviene* que sea tratada como procesal", afirmando después: «De ahí que si se estima "se debe concentrar toda la materia probatoria en una ley proce-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Hay que estimar también positiva la ubicación de las normas sobre la prueba: entre las disposiciones generales de la actividad jurisdicional declarativa y no en el seno de un determinado tipo procedimental, como ocurre en la LECv[16].

La LECn configura una serie de conceptos generales sobre la prueba que hasta el presente no fueron objeto de regulación y que han sido elaborados por la doctrina. Sin perjuicio de que en cada caso concreto se estime o no acertada su configuración, el criterio de inclusión en la Ley merece parabienes.

Se ocupa en primer lugar el legislador de lo que denomina objeto de prueba, es decir el llamado «thema probandi»[17]. Dice el art.281.1. «La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso». La referencia a los «hechos» nos recuerda, inevitablemente, la conocida polémica doctrinal iniciada por CARNELUTTI, al afirmar que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones de las partes sobre los mismos. No es este el lugar adecuado para explayarnos en esta cuestión.Baste decir que afirmar que lo que es objeto de la prueba son los hechos es correcto, pues debemos siempre tener presente que nunca interesa al derecho un hecho en su totalidad sino sólo parcialmente, y que esa parte es delimitada por los litigantes en virtud del principio dispositivo, por lo que noson necesarias mayores precisiones.

Sabido es que también pueden ser objeto de prueba las normas jurídicas en dos supuestos concretos: tratándose de costumbre o de derecho extranjero. Ello ha merecido referencia en la LECn. El art. 281.2 se dice: «También serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen la orden público[18]. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

sal", la normativa haya de ser muy expresiva y, en sus casos, concreta; sin dejar vacíos los Códigos Civiles (ni los penales, ni los laborales, ni los administrativos) por muy apetecedor que parezca» (*Panorama crítico del proceso.... op. cit., págs. 154 y 155).*

16. Así se expresa también en la Exposición de Motivos, como una de las características a señalar de la nueva normativa (XI, párrafo primero).

17. Para evitar confusiones hay que precisar que por algún sector de la doctrina se distingue entre el «objeto de la prueba» que hace referencia a las realidades que en general pueden ser probadas, y el «tema de la prueba», lo que debe probarse en un proceso concreto.

18. Por cierto, que MONTERO AROCA se manifestaba en *La prueba en...,* op. cit., contra este criterio calificándolo de absurdo (pág. 54).

Rigiendo en el proceso civil el principio dispositivo, es claro que los hechos alegados por una de las partes y reconocidos por la otra, son excluidos de la prueba. Es por ello por lo que el arriba mencionado precepto dispone en su punto 3 que «Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes»[19].

Aunque estemos en presencia de hechos alegados por las partes y no reconocidos por la contraria, no será necesaria prueba cuando se trate de hechos notorios, según ya se reconoció en el derecho común («notoria non egent probatione»). Definía CALAMANDREI los hechos notorios como aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento que ocurre la decisión[20]. La LECn hace referencia a ellos, diciendo en el art. 281.4 que «No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general». Estimo que dada la naturaleza del concepto y las discusiones doctrinales al respecto el legislador no podía ir mucho más allá de donde ha ido en la precisión de las características de los hechos notorios.

Ha creído también conveniente el legislador precisar a quién corresponde la iniciativa probatoria y así dice en el art. 282 que «Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley». Se reconoce así la llamada iniciativa probatoria del tribunal que en la LECv se manifiesta a través de las llamadas diligencias para mejor proveer. Más abajo nos extenderemos sobre la nueva regulación de esta iniciativa.

La prueba para ser admitida necesita ser pertinente y útil. La pertinencia no es otra cosa que la relación entre el medio que se propone y los hechos que deben ser probados. La determinación de la utilidad es sin duda más problemática y ha generado múltiples discusiones. La LECn no sólo menciona, como no podía ser de otra forma, la pertinencia y la utilidad como características para la admisión, sino que se atreve a definirlas. A la pertinencia se refiere el art. 283 .1: «No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse imperti-

19. Esta precisión sí que se realiza en la LECv, concretamente en el art. 565.

20. «Per la definizione del fatto notorio», en *Studi,* tomo 2, pág. 289 (Tomo la referencia de Couture, E.J., *Fundamentos del derecho procesal civil,* tercera edición (póstuma), Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 235).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nente». En el punto 2 del mismo art. se precisa cuales son las pruebas inútiles: «Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos». Estimo desacertada esta última definición, porque en realidad se esta refiriendo a una prueba impertinente, ya que si la pertinencia se caracteriza fundamentalmente por ser apta para formar la convicción del tribunal por referirse al objeto de prueba, aquella prueba que no contribuya a «esclarecer los hechos controvertido» no será pertinente[21].

También se hace mención en la LECn de la prueba ilícita (art. 287) y de la prueba prohibida (art. 283.3). Es dudoso si con esta última denominación no se está refiriendo a un concepto muy amplio que engloba al primero. Dice el último de los mencionados arts. «Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley». El art. 287 se refiere a la prueba ilícita mencionada en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes»[22].

También regula la LECn la carga de la prueba, aunque su regulación la realiza en el art. 217, situado dentro de la Sección dedicada a los requisitos internos de la sentencia y sus efectos. La carga de la prueba es sin duda, como dijo COUTURE, el problema «más complejo y delicado» del instituto de la prueba[23]. Contrariamente a lo que sucede con la legislación actualmente vigente, donde sólo existe un precepto de carácter general, el art. 1214 del Código Civil, que se refiere a las obligaciones[24], la materia está ampliamente desarrollada en el precepto mencionado. Se determina en primer lugar en que consiste la carga de la prueba: «Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones». Se ocupa después de la distribución de la carga. «Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y la reconvención» (art. 217.2). Por otra parte el demandado, o el actor reconvenido, tienen la carga de probar los hecho que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los alegados ene la demanda o en la reconvención (art. 217.3). Estos criterios no son los únicos aplicables, ya que habrá que tener en cuenta: a) las disposiciones legales concretas (art. 217.5) y b) que «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio» (art. 217.6). Es evidente el enriquecimiento normativo que se produce en nuestro ordenamiento con este precepto, aunque la complejidad de la cuestión no permite afirmar que se aborden todas las posibilidades que presenta la materia[25].

En último lugar, en este apartado, hay que referirse al secreto oficial como límite a la actividad probatoria. Es esta una apasionante materia que sobrepasa el derecho procesal y que entra en el ámbito del derecho constitucional, y a la que por tanto sólo vamos a referirnos en la medida que lo exige el comentario de la LECn. Se trata de dilucidar si la actividad probatoria tiene algún límite impuesto por los secretos de Estado o secretos oficiales. En primer lugar hay que salir al quite de posibles equívocos dado el tenor con el que se trata esta materia por algunos procesalistas, que se refieren a «hechos» que no pueden se objeto de prueba, cuando en realidad se trata de «medios de prueba» que no pueden ser utilizados[26]. La normativa aplicable a los secretos oficiales se encuentra en la Ley 91/1968, de 5 de abril, que fue modifica por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, así como por el Decreto 242/1969, de 20 de febrero. Sin entrar en este tema, de extraordinaria importancia, hay que decir que esta normativa no ofrece una solución satisfactoria, como lo puso de manifiesto el llamado «asunto de los papeles del CESID»[27].

La nueva Ley contiene referencias al tema, dentro de las disposiciones relativas a los documentos e interrogatorio de testigos. En el art. 332.1, des-

21. En sentido parecido se muestra PICO I JUNOY, «La prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», La Ley, 5-V-99, y llega a decir: «Sobre este punto debo destacar que el art. 284 del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil introduce otro limite del todo innecesario y excesivamente ambiguo, susceptible de provocar en su aplicación la indebida negación del derecho a la prueba» (pág. 3).

22. Véase el procedimiento a seguir en el resto del texto del mencionado art.

23. Op cit., pág. 240.

24. «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone>.

25. Véase sobre ello el extraordinario trabajo de MICHELI, G. A, *La carga de la prueba,* Temis, Bogota, Colombia, 1989.

26. En este error se encuentran MONTERO AROCA, *La prueba en* ...., op. cit, pág. 94, y PICO I JUNOY, *El derecho a la prueba.....,* op cit., pág. 189.

27. Véase al respecto, y entre otros, DIEZ PICAZO, *Sobre secretos oficiales,* Civitas, Madrid, 1998.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pués de afirmarse que las entidades de Derecho público no podrán negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los tribunales, así como oponerse a exhibir los documentos que obren en sus archivos, se exceptúa la «documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto». En este caso, continua diciendo el mencionado precepto que la entidad pública «dirigirá al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter».

Por su parte en el art. 371.2 se dice que el testigo alegare «que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el tribunal, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter». Aportado este documento, se unirá a la causa, «dejando constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial».

Es claro que estas disposiciones no solucionan los múltiples interrogantes que la arriba mencionada legislación plantea. No podía ser de otro modo pues el tema requiere una ley específica, por lo que los mencionados preceptos resultan, a nuestro entender, prácticamente inútiles.

III. Procedimiento probatorio

Al hablar de procedimiento probatorio nos estamos refiriendo al conjunto de actos ligados entre sí y dirigidos a probar los hechos alegados por las partes, y que consta de tres fases o momentos: proposición, admisión y práctica[28]. Se trata de responder a la pregunta ¿cómo se prueba? como apuntara Couture[29].

La vigente regulación, con evidente y criticada confusión entre los principios dispositivo y de aportación de parte, exige petición de esta para que se inicie el procedimiento. Es necesaria, pues, la petición de recibimiento a prueba, de modo que si no se produce el pleito sería fallado sin practicarse prueba alguna, no pudiendo por tanto acordarse de oficio dicho recibimiento.

28. Así me expresaba yo mismo en «Algunas cuestiones sobre procedimiento probatorio», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal,* ponencia en el curso sobre la prueba en el proceso penal, que yo mismo dirigí, Ministerio de Justicia, Madrid 1998, pág. 566.

29. Op. cit, pág. 248.

En la LECn no es necesaria la petición de recibimiento a prueba, basta para que se inicie el procedimiento probatorio con que existan hechos controvertidos. El estudio con cierto pormenor de todo ello no podemos hacerlo aquí, pues rebasaríamos los límites de la ponencia. Apuntemos que la proposición se hará en la audiencia previa, tratándose de juicio declarativo ordinario, y en la vista si se trata de juicio verbal. Si los medios propuestos fueren pertinentes y útiles el juez los admitirá, y deberán practicarse en el juicio o vista, con sujeción a las normas relativas a cada uno de ellos.

Tras la proposición de prueba por las partes, el juez tiene la novedosa facultad de «sugerir» nuevas pruebas (art. 429), a la que nos referiremos al hablar de la iniciativa probatoria del tribunal.

Es procedente recoger aquí, aunque sea someramente, cuáles son los principios que rigen en el procedimiento probatorio en la LECn.

En primer lugar nos encontramos con el de unidad de acto o de concentración: «Todas las pruebas se practicarán en unidad de acto» (art.290). Esto no obstante es posible la anticipación y la realización en día distinto (arts. 290, 291 y 429).

La oralidad preside la actividad probatoria en las pruebas personales: interrogatorio de las partes y de los testigos (arts. 302 y 368).

En directa relación con los dos anteriores principios está el de inmediación, que supone el contacto directo entre el juez que ha de resolver y la prueba, de manera que ésta se practicará en su presencia. Dice el art. 289.2: «Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y los testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales». Excepción a ello es cuando un medio de prueba se practica mediante auxilio judicial (art. 429). De la inmediación se deriva la necesidad de que el juez que ha presenciado las actuaciones sea el que dicte la sentencia, lo que viene recogido en los arts. 194 y 200 de la LECn[30].

La disposición constitucional sobre publicidad de las actuaciones judiciales, contenida en el art. 120, se reitera en el art. 289.1, referida a la práctica de las pruebas.

30. Según Berzosa Francos, «El problema que estos preceptos pueden plantear en el juicio ordinario es el de su interpretación, puesto que este juicio está integrado por más de una comparecencia o vista, y en consecuencia, no queda claro a cuál de ellas debemos referirnos» («Los principios inspiradores del futuro proceso civil», en *Presente y futuro del proceso civil,* director J. Picó i Junoy, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 39).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Es claro que, en cumplimiento de las disposiciones generales contenidas en la Ley Orgánica del poder Judicial, debe procederse a la documentación de todas las actuaciones judiciales, y por tanto de las relativas a la práctica de la prueba. En la nueva Ley se menciona la documentación con carácter general en el art.146.

Resultan evidentes, sin necesidad de mayores exposiciones, las diferencias entre este procedimiento probatorio y el actualmente vigente. La concentración, la oralidad y la inmediación, necesariamente unidas, tienen un predominio en la LECn que hará, si no imposibles, mucho más difíciles las actuales corruptelas.

IV. MEDIOS DE PRUEBA

IV. A) Consideraciones generales

Ante las enumeraciones de medios de prueba realizadas por los arts. 578 LECv y 1215, ha sido una discusión doctrinal mantenida durante muchos años, si tienen la condición de «numerus apertus» o «numerus clausus». El criterio hoy más generalizado es el de considerar que todos aquellos instrumentos y medios de imagen o sonido que no se encuentran mencionados en las leyes, tienen entrada en el proceso a través de uno de los medios con el que guardan mayor semejanza, el documento, o el reconocimiento judicial[31].

En la LECn se enumeran los medios en el art. 299: «l. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en el juicio son

1º Interrogatorio de las partes.
2º Documentos públicos.
3º Documentos privados.
4º Dictamen de peritos.
5º Reconocimiento judicial.
6º Interrogatorio de testigos.

2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias».

Con esta disposición queda zanjada la cuestión aludida al inicio. Estamos en presencia de un sistema de «numerus apertus» de medios de prueba. No será necesario acudir a algunos de los medios tradicionales para que tengan entrada en el proceso cualquier medio de representación por el que pueda obtenerse certeza sobre hechos relevantes en el proceso. Esto no obstante, algún autor, aferrado a la construcción teórica anterior, se niega a reconocer que a lo que se refiere el número 2 y el 3 del art. mencionado, es a medios y no a fuentes[32]. El legislador utiliza la palabra medio, y aún no incluyéndolos en la enumeración inicial los dota de una regulación específica para su entrada en el proceso. Otra cosa es que se esté de acuerdo o no con esa regulación (arts. 382, 383 y 384) y que se critique la misma estimando que en la práctica pueden plantearse numerosos problemas.

Ha querido el legislador prescribir un orden en la práctica de los medios de prueba que no es el de la enumeración del art. que acabamos de comentar. El orden será según el art. 300, el siguiente: interrogatorio de las partes, testigos, peritos, reconocimiento judicial, reproducción de palabras, imágenes y sonido y otros semejantes. Este orden puede ser alterado de oficio o a instancia de parte.

El Código Civil, en el art. 1215, al enumerar los medios de prueba incluye a las presunciones. En criterio doctrinal unánime, se estima que las presunciones no son medios de prueba, pues no consisten en una actividad realizada en el proceso para incorporar una fuente de prueba, sino en una actividad intelectual de inferencia que debe realizar el juez en el momento de la valoración de la prueba. La LECn no incluye las presunciones entre los medios de prueba, aunque sí se refiere a ellas dentro del Capítulo VI, Título I, Libre II, en la Sección novena. Se dedica, en primer lugar, un precepto a las presunciones legales (art. 385) y luego otro a las presunciones judiciales (art. 386).

31. Esta cuestión puede verse en cualquiera de los manuales de derecho procesal civil al uso, pero se encuentra expuesta con precisión y detalle en PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba....*, op. cit., págs. 174 a 186.

32. Me refiero a MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional,II. Proceso Civil. Conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,*con otros autores, 9ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 263 y 264.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

IV. B) Interrogatorio de las partes

Este medio consiste en la realización de preguntas a cualquiera de las partes para obtener certeza sobre los hechos controvertidos. Aunque guarda relación con la vigente confesión, en realidad, se trata de una prueba distinta dadas sus características. Vamos a ver sus trazos más importantes, pues no nos permite otra cosa la naturaleza del presente trabajo. Lo mismo haremos respecto de los restantes medios.

Recordemos que la confesión es una prueba muy rígida, donde la parte responde a las preguntas formuladas por escrito, en el llamado «pliego de posiciones», previa prestación de juramento, formalismo este totalmente inútil al no estar tipificado el perjurio como delito.

El interrogatorio se realiza oralmente, si bien las preguntas se formularan «en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión», no debiendo incluir valoraciones ni calificaciones «y si éstas se incorporaren se tendrán por no realizadas» (art. 301). La parte cuyo interrogatorio se solicite, no está obligada a prestar juramento o promesa, aunque tiene la carga de comparecer, ya que si no lo hiciera «podrá considerarse como ciertos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial» (art. 304). Las respuestas serán afirmativas o negativas, si ello fuere posible, y en cualquier caso, deberán ser precisas y concretas (art. 306.2). Aunque el interrogatorio no deja, pues, de tener ciertos formalismos, estamos ante un medio de prueba que, como arriba apuntábamos, resulta mucho más flexible que la confesión. Esto se pone todavía más en evidencia al permitir la Ley lo que ella misma llama «interrogatorio cruzado». Así, una vez respondidas las preguntas por el abogado de quien solicitó la prueba, los de las demás partes podrán también formular las preguntas que estimen procedente, pudiendo asimismo el tribunal realizar preguntas, pero sólo para «obtener aclaraciones y adiciones» (art. 306.1)

Es de destacar también, que si el interrogado se niega a declarar o da respuestas evasivas o inconcluyentes, el tribunal, tras apercibirle, podrá considerar «reconocidos los hechos como ciertos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte» (art.307). Se prohíbe la reiteración del interrogatorio sobre los mismos hechos que ya fueron objeto de declaración (art.314).

Merece especial regulación: la declaración sobre hechos no personales del interrogado (art. 318), el interrogatorio de persona jurídica o de entidad

sin personalidad jurídica (art.309) el de organismo público (art. 315) y se admite el interrogatorio domiciliario y mediante auxilio judicial en determinados supuestos (arts. 311, 312 y 313).

IV. C) Documental

Conocida es la discusión acerca del concepto de documento. Frente a una concepción muy estricta de documento como incorporación de un pensamiento por signos de escritura a un objeto material, generalmente papel, nos encontramos con una configuración muy amplia que lo identifica con objeto mueble de interés en el proceso, siendo lo importante no la grafía sino la representación.

La nueva regulación sobre los medios de prueba nos lleva a un concepto que no se corresponde con la concepción amplia, pero tampoco con la estricta. Documento será en primer lugar todo escrito que contenga una declaración de voluntad o expresión de ideas o pensamientos, pero también los dibujos, fotografías, pinturas, croquis, planos, mapas y otros objetos semejantes[33], siempre que no se trate de un medio de reproducción del sonido o la imagen o de instrumentos de archivo o reproducción de datos.

Como ya vimos, la LECn reconoce la distinción tradicional entre documentos públicos y documentos privados. En el art. 317 se precisa que se entiende por documento público, que viene a coincidir con lo dispuesto en el art. 1216 del Código Civil, aunque en el primer precepto se lleve a cabo una especificación más amplia. La definición de documentos privados es residual: se consideran documentos privados todos aquellos que no son públicos con arreglo a la Ley (art. 324).

Las partes vienen obligadas a la exhibición de los documentos que se hallen a su disposición y cuya presentación haya sido solicitada por la otra parte y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de las medios de prueba (art. 328). En el supuesto de negativa a la exhibición, el tribunal «tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiere dado» (art. 329). Esta simple carga puede convertirse en obligación a tenor de lo, dispuesto en el art.

33. Vid. art.334.2.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mencionado, punto 2, según el cual el tribunal puede formular requerimiento para que los documentos sean aportados «cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para formularlas».

Se refiere también la Ley a la obligación de terceros de exhibir los documentos trascendentes a los fines de dictar sentencia (art. 330), así como al deber de exhibición de entidades oficiales

IV. D) Dictamen de peritos

La LECn contempla la prueba pericial en los casos en que «sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos» (art. 335). Novedad importante en la nueva regulación sobre este medio de prueba es la de que los litigantes deben aportar en la demanda, contestación, o, en su caso, reconvención, los dictámenes periciales que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos (art. 336.1), aunque se admite la aportación posterior cuando no se puedan aportar con la demanda o con la contestación (art. 337), y siendo también posible la aportación en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda (art. 338).

Por otra parte es posible la solicitud de nombramiento de perito por el tribunal cuando la parte que lo solicite sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, o cuando se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda o contestación, o sea consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia previa (art. 339).

Es también de reseñar, que sólo los peritos designados judicialmente pueden ser recusados, mientras que los restantes podrán ser objeto de tacha, cuando concurra alguna de las circunstancias dispuestas en la ley (art. 343). Estas circunstancias coinciden, en lo fundamental con las que recoge el art. 621 LECv, si bien se añade una última y amplia circunstancia: «5º Cualquier otra... que les haga desmerecer en el concepto profesional».

Los peritos, que redactaran por escrito su informe, intervendrán en la vista siempre que lo soliciten las partes, a lo que accederá el tribunal siempre que no estime su improcedencia por su impertinencia o inutilidad (art.347).

IV.E) Reconocimiento judicial

Podíamos decir que es éste uno de los medios que han sido menos modificados en la LECn[34], pero hay que observar una diferencia muy importante derivada de los principios de oralidad e inmediación frente a los de escritura y mediación predominantes en la LECv. En la nueva Ley, y como consecuencia de los principios mencionados, no va a ser posible, en principio, que el juez que resuelva pueda apreciar un reconocimiento no realizado por él[35].

Con una precisión, de la que está carente la LECv, el art. 353.1 dispone que «El reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona». Así pues queda claro el triple objeto sobre el que puede recaer el reconocimiento: un inmueble, un mueble o una persona.

La parte proponente habrá de expresar los extremos principales sobre los que quiere que el reconocimiento recaiga, y esto sin perjuicio de «la amplitud que el tribunal estime que ha de tener el reconocimiento judicial....» y de que la otra parte proponga otros extremos que le interesen (art. 353.2). Las partes podrán, como en la vigente legislación, acudir al reconocimiento acompañadas de alguna persona práctica o técnica en la materia[36].

Es posible, como ocurre en la LECv, hacer coincidir esta prueba con la pericial y la testifical (arts. 356 y 357) y para su constancia, además de levantarse acta, podrán emplearse medios de grabación de imagen o sonido u otros instrumentos semejantes (art. 359).

Es conocida la actitud reacia de los tribunales españoles a la admisión de este medio de prueba, amparándose en que el art. 633 LECv dice que el reconocimiento judicial se decretará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos «sea necesario» que el juez examine `por si mismo

34. En este sentido GARCIANDIA GONZÁLEZ, «Aproximación a la nueva regulación de la prueba ....», op. cit., pág. 5.

35. Como sí lo es en la vigente regulación, ya que el art.1241 del Código Civil dice: «La inspección practicada por un Juez podrá ser apreciada en la sentencia que otro dicte, siempre que el primero hubiere consignado con perfecta claridad en la diligencia los detalles y circunstancias de la cosa inspeccionada».

36. Estas personas pueden ser oídas por el tribunal. Se discute la naturaleza de esta prueba. Es evidente que se va más allá del medio que nos ocupa. Se puede pensar en una prueba pericial o testifical.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

algún sitio o cosa litigiosa[37]. Al añadirse ahora, en el art. 353.1 LECn, a la necesidad la posible conveniencia, esta actitud no podrá parecer justificada.

IV. F) Interrogatorio de testigos

Algunas, y de importancia, son las diferencias existentes entre el tratamiento legal de este medio en la vigente regulación y el que recibe en la LECn. Tratemos de reseñar las más importantes.

Se comienza por precisar quiénes pueden ser testigos: «las personas que tengan noticias de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio» (art. 360).

Sabido es que la LECv sólo dispone tachas para los testigos, mientras que el Código Civil, promulgado después, dispone un régimen más rígido, como es el de las incapacidades (arts. 660 LECv y 1245 a 1247 del Código Civil). La LECn dice que «podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos, respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimientos por dichos sentidos», pudiendo declarar los menores de l4 años, «si a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente» (art. 361), no exigiéndose juramento o promesa de decir verdad a los menores de edad penal (art. 365.2)[38]. Con ello se pone término a la absurda dualidad de regulaciones y se establece un sistema de mayor libertad análogo al existente en el proceso penal, si bien es cierto que las preguntas iniciales al testigo sobre sus circunstancias personales y relaciones que puedan afectar a su imparcialidad tienen una mayor extensión (art. 367)[39] y se pueden formular tachas al testigo (art.377) con la misma finalidad de que el juzgador tenga presentes todas las circunstancias que puedan influir en el valor probatorio de sus manifestaciones.

Es obvio, que dado el predominio del principio de oralidad, el interrogatorio de los testigos se hará de esta manera. Las preguntas, no obstante

37. MONTERO AROCA, en *La prueba*... op. cit., en pág. 274, atribuye esta actitud a la pereza de los funcionarios, «porque suele suponer la salida del juzgado, del desplazamiento de aquél (el tribunal) y el del secretario y un empleo de tiempo que se considera excesivo», de ahí que, según él «la jurisprudencia ha reducido el reconocimiento judicial a prueba que sólo debe acordarse cuando de ella se obtenga un resultado decisivo, cuando ese resultado no pueda conseguirse por otros medios o cuando sea absolutamente necesaria».

38. Compárese con lo dispuesto en el art. 706 LECr.

39. Compárese el mismo con el artículo 436 LECr, al que se remite el art. 708 de la misma.

deberán formularse en sentido afirmativo y con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones (art. 368.1).

Se reconoce la figura del testigo-perito, es decir el de aquella persona que además de tener conocimiento de hechos controvertidos, posea conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos sobre esos hechos. El tratamiento que recibe es el mismo que el de cualquier otro testigo, si bien las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las tachas referentes a los peritos (art. 370).

Se regula con cierto pormenor lo que hoy se denomina «prueba de informes» y en la Ley respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas, aunque consciente el legislador de las peculiaridades de la misma, dirá que las normas sobre la prueba testifical sólo les serán aplicables «en cuanto sea posible» (art. 381).

IV.G) Medios de reproducción de la imagen y el sonido e instrumentos para el archivo y reproducción de datos

Este medio de prueba viene regulado en los arts. 382 a 384 de la LECn. Su regulación resulta parca, y los problemas que presentará en la practica no serán sin duda pocos[40].

La parte que proponga esta prueba podrá acompañar transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso (art. 382.1).

Tratándose de instrumentos para conocer, archivar o reproducir palabras o datos «serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga» (art. 384.1).

Por lo que se refiere a los medios atípicos mencionados en el art. 299.3, nada se dice sobre ellos, como es lógico, dada su naturaleza. El día que se presente la ocasión de utilizar este precepto habrá que tener en cuenta los

40. Según SANCHÍS CRESPO («Una reflexión acerca de la eficacia probatoria del soporte informático de escritura en el Anteproyecto de la L.C.E.», comunicación en *Presente y futuro del proceso civil* Picó i Junoy, coordinador, J. M. Bosch, Barcelona,1998) la eficacia probatoria de los soportes informáticos queda garantizada precariamente, por que entiende que no queda regulada de modo específico la actividad necesaria para incorporarlos al proceso, llegando a afirmar que esta carencia de regulación posibilita la vulneración del derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa recoogiod en el art. 24 de la Constitución (pág. 281).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

límites internos y externos propios de toda prueba y aplicar analógicamente las normas de la Ley que más adecuadas resulten a sus características.

V. ANTICIPACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

Desde el proceso canónico, como dice GÓMEZ ORBANEJA, es conocida la institución denominada «probatio ad perpetuam rei memoriam», que es un acto de prueba que se hace fuera del periodo probatorio, bien antes de ser recibido el pleito a prueba, bien incluso con anterioridad al comienzo del proceso por la demanda[41].

Aunque a esta actividad se le ha denominado «aseguramiento de la prueba», es desde luego más correcto hablar de «prueba anticipada», en cuanto la prueba no se practica en el periodo probatorio sino con anterioridad, anticipadamente. Y es conveniente dejar la denominación «aseguramiento de la prueba» para referirse a aquellas medidas realizadas, con anterioridad al periodo probatorio, que se dirigen a asegurar la práctica futura de algún medio, es decir, a adoptar cautelas para que una determinada fuente de prueba pueda en su momento dar lugar a un medio, en definitiva se «asegura »que en su día se practicará una prueba.

La LECv sólo regula la prueba anticipada en un supuesto, el del testigo que por determinadas circunstancias es probable que no pueda declarar en el momento oportuno (art. 502)[42]. Esta situación ha sido unánimemente criticada por la doctrina, llegando a considerarse la mencionada normativa como una limitación absolutamente injustificada a la plena virtualidad y eficacia del derecho a la prueba, que impide acreditar en el proceso aquellos hechos litigiosos cuya verificación deviene inviable, o muy difícil, por el transcurso del tiempo[43].

41. *Derecho Procesal Civil, volumen primero, Parte General, El proceso declarativo ordinario,* séptima edición, Madrid, 1975, pág. 321.

42. Dice este precepto: «Fuera de los casos expresados en el artículo 497, no podrá el que pretenda demandar pedir posiciones, informaciones de testigos, ni ninguna otra diligencia de prueba, salvo cuando por edad avanzada de algún testigo, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia a punto con el cual sean difíciles o tardías las comunicaciones u otro motivo poderoso, pueda exponerse el actor a perder su derecho por falta de justificación, en cuyo caso podrá pedir, y el Juez decretará, que sea examinado el testigo o testigos que estén en las circunstancias referidas, verificándose su examen del modo que se previene en los artículos respectivos de esta Ley ». Según el art. 545 esta facultad corresponderá también al demandado.

43. PICO I JUNOY, *El derecho a la prueba...* op. cit., pág. 170.

La LECn ha venido a remediar esta carencia normativa regulando la anticipación y el aseguramiento de la prueba en los arts.293 a 298 siguiendo en su regulación al «Selbständige Beweisverfhren» alemán y a la «istruzione preventiva» italiana[44] Se distingue entre anticipación y aseguramiento en el sentido mencionado más arriba.

La anticipación puede ser previa a la presentación de la demanda o posterior a ella, en uno u otro caso podrá solicitarse «cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas» no pueda practicarse la prueba en su momento (art. 293.1). La petición deberá dirigirse al tribunal que este conociendo y en el supuesto de que no se hubiere presentado la demanda a aquél que se estime que será el competente «para el asunto principal» (art. 293.2).

Si el tribunal estimare fundada la petición accederá a ella (art. 294.2). Esta admisión está condicionada a que se den los requisitos de pertinencia, utilidad y licitud. El control de la pertinencia y utilidad presentará sin duda especiales problemas cuando no se haya presentado la demanda, donde quedan expuestos los hechos que fundamentan la pretensión, por lo que en estos casos habrá que exponer detalladamente los fundamentos fácticos que se incluirán en la futura demanda, en cierto modo, podemos decir que habrá que anticipar aquélla en el escrito de petición de prueba[45].

Otros aspectos a destacar de la regulación son las siguientes: a) De no haberse presentado la demanda, el peticionario designará, a fin de que se respete el principio de contradicción, a la persona o personas que se proponga demandar en su día, que serán citadas para que puedan intervenir (art. 295.1); b) Si la demanda no se interpusiere en el plazo de dos meses desde que la prueba anticipada se practicó, no se otorgará valor probatorio a lo actuado, «salvo que se acreditare que por fuerza mayor u otra causa de análoga entidad, no pudo iniciarse el proceso dentro de dicho plazo» (art. 295.4); c) La prueba anticipada podrá practicarse de nuevo en el momento oportuno, si es posible y lo solicita alguna de las partes[46]; d) El Secretario del Juzgado custodiará los documentos y demás piezas de convicción en que

44. PICO I JUNOY, «La prueba en el Proyecto...» op. cit. pág. 3.

45. En el mismo sentido BACHMAIER WINTER, «Principios y notas características de la regulación de la prueba en el Proyecto de LEC», en *El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales.i-1999,* Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, pág. 232.

46. MONTERO AROCA entiende, sin argumentarlo, que no parece necesaria esta reiteración. (*Derecho Jurisdiccional...*, op. cit, pág. 277).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

consistan las pruebas anticipadas «hasta que se interponga la demanda, a la que se unirán, o hasta que llegue el momento procesal de conocerlos y valorarlos» (art. 296.1).

En relación a lo reseñado en el punto a), hay que decir que, puesto que en ocasiones es posible que no se esté en condiciones de precisar que persona va a ser demandada en su día, la ley debería de haber previsto para estos caso la intervención de alguna persona que representara al futuro demandado, a fin de garantizar el efectivo respeto de los principios de contradicción y defensa. Esta persona podría ser un letrado o bien el Ministerio Fiscal[47].

El aseguramiento de la prueba viene configurado en el art. 297.1 que dice: «Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento *útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla*»[48].

¿En qué consistirán esas medidas? Según el párrafo segundo del mismo art. en «las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características» y también podrán «dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad».

Los tribunales competentes para adoptar las medidas de aseguramiento serán los mismos que se determinan para la prueba anticipada (art. 297.3).

Será necesario para que acceda el tribunal a adoptar las medidas de aseguramiento, que concurran, según dispone el art. 298, los siguientes requisitos:

1º Que la prueba que se pretende asegurar sea, en el momento que se pide la medida, posible, pertinente y útil. Como con la prueba anticipada, tendremos que decir que en ocasiones esto resultara dificultoso y que la parte deberá realizar una exposición suficiente.

2º Que existan razones para temer que, de no adoptarse las medidas, la práctica de la prueba pueda resultar imposible en el futuro.

3º Que la medida «pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros».

47. En este sentido PICO I JUNOY, «La prueba en el Proyecto...» op. cit., pág.3, que menciona lo dispuesto sobre el particular en los ordenamientos alemán y portugués.

48. Como es de suponer, la cursiva es nuestra.

Para decidir sobre la procedencia de la adopción de la medida, el tribunal tendrá en consideración también el ofrecimiento que el solicitante haga de prestar garantía de los daños y perjuicios que la medida pudiera irrogar (art. 298 .3).

La medida de aseguramiento puede ser sustituida por caución bastante, prestada por la persona que tendría que soportar la misma, para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretende (art. 298.3) Parece claro, sin entrar en detallar supuestos concretos, que habrá supuestos en que la naturaleza de la medida o de la prueba que se pretende asegurar no permita esta sustitución.

VI. INICIATIVA PPROBATORIA DEL TRIBUNAL

Es necesario hacer unas previas precisiones. En términos generales podemos hablar de iniciativa probatoria del tribunal para referirnos a cualesquiera poderes del mismo, en este ámbito, que no necesiten para su ejercicio petición de parte, y que concretaríamos en: facultad de recibimiento a prueba cuando se estime que existen hechos controvertidos, intervención en la práctica de la prueba propuesta por las partes y posibilidad de decidir la práctica de alguna diligencia de prueba de oficio.

Al hablar ahora de iniciativa probatoria nos vamos a referir a la última de las facultades. A las otras ya hicimos alguna referencia más arriba. En términos generales, podemos decir que se encontrarían en la línea de las modernas exigencias de la doctrina encuadradas en la llamada «socialización del proceso»[49].

La iniciativa probatoria se concreta en la LECv en las diligencias para mejor proveer, reguladas en los arts. 340 a 342[50]. Según dispone el art. 340, los tribunales, después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar el fallo pueden acordar la practica de una serie de diligencias que

49. Vid sobre esta corriente GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «La socialización del proceso », en *Constitución, derecho y proceso. Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce y Quemada y Angel Duque Barragues,* Institución «Fernando el Católico», Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza,1983.

50. Para un estudio amplio de las mismas MARTÍN OSTOS, *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil,* Madrid, l981, y del mismo autor, y sobre la reforma de los mencionados preceptos en 1982, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* coordinador Valentín Cortés, Tecnos, 1985, págs. 222 a 244.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se enumeran, y que tras la reforma que se hizo de la Ley en 1982, comprenden todos los medios de prueba.

¿Cómo se ha recogido en la LECn. esta iniciativa probatoria? Ya vimos que en el art. 282, dentro del capítulo dedicado a disposiciones generales sobre la prueba, y bajo la rúbrica «Iniciativa de la actividad probatoria » se da acogida al principio de que aún cuando las pruebas se practicarán a instancia de parte, el tribunal podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas cuando así lo establezca la ley. Como manifestación de esa facultad se regulará después, en el Capítulo IV, del Título II, del Libro II, dedicado a la sentencia en procedimiento declarativo ordinario, lo que se llama diligencias finales, que pueden acordarse por el órgano jurisdiccional dentro del plazo para dictar sentencia, quedando en suspenso el plazo para dictar la misma.

Lo primero que llama la atención es el cambio de terminología. Como ha dicho un autor, causa extrañeza el nuevo nombre y el olvido del que ya estaba históricamente consagrado en el proceso civil de raíz hispana, y que además el calificativo de «finales» no es exacto en cuanto no se trata de las últimas diligencias a practicar en un proceso[51].

En realidad estas diligencias son en su mayor parte diligencias a solicitar por los litigantes en determinados supuestos extraordinarios: cuando no se pudieron pedir con anterioridad, las propuestas y no practicadas y las referentes a hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.l) Se permite, sin embargo que el juez pueda acordar de oficio unas muy concretas diligencias a las que se refiere el art. 435.2: «Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de las circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados paran creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos».

Como acabamos de ver la regulación de esta iniciativa probatoria se contiene en el Título dedicado a regular el juicio declarativo ordinario, con lo que se plantea la duda de si también podrá hacerse uso de esas facultades en el juicio declarativo verbal. El art. 445 dispone que «En materia de prueba y de presunciones, será de aplicación a los juicios verbales lo establecido en los Capítulos quinto y sexto del Título primero del presente libro», con lo que se

51. MARTÍN OSTOS, «La prueba de oficio en el nuevo proceso civil», La Ley, 26-X-98, pág. 2.

podría pensar que no encontrándose en ese lugar la regulación de las diligencias finales no sería de aplicación en los juicios verbales[52]. Sin embargo, se puede entender que sí tienen esas facultades los tribunales en el juicio verbal, ya que en el art. 282, que sí está incluido en el mencionado Capítulo sexto, se dispone que corresponderá la iniciativa a los tribunales «cuando así lo establezca la ley».

Resulta evidente la restricción de la iniciativa probatoria que suponen las diligencias finales, comparadas con las diligencias para mejor proveer.

Otra cosa es si la nueva regulación atiende a las exigencias de la moderna doctrina y si está o no al nivel de la regulación de esta cuestión en el derecho comparado. El examen de este tema nos llevaría en primer lugar a examinar la naturaleza de la iniciativa probatoria, sus pros y contras según la doctrina, tarea que evidentemente aquí no podemos realizar[53].

Hay quien opina que la nueva regulación supone un paso atrás en la configuración de la iniciativa probatoria, ya que no satisface la necesidad de que el juez sea algo más que un mero espectador que asiste al duelo entre las partes[54]. También hay quien, por el contrario, estima que en un tipo de proceso, como el civil, donde se tutelan intereses privados, donde corresponde a las partes alegar y probar lo pertinente en defensa de sus respectivos derechos, y donde se configura un sistema de carga de la prueba que pretende guiar al juzgador sobre las consecuencias que pueden derivarse de una insuficiente o nula actividad probatoria, carece de sentido una norma que atribuya importantes poderes al juez en el ámbito probatorio, puesto que una disposición así termina siempre por convertir a aquél en un gratuito e incomprensible benefactor de la parte negligente, de ahí que se estime como muy afortunada la regulación de la LECn[55].

Hay que tener muy presente que son las partes quienes, defendiendo sus intereses, deben proponer la prueba que estimen adecuada. Sin embargo esto no es óbice para que excepcionalmente, de forma supletoria y complementaria, el juez pueda tener iniciativa en este ámbito. Esta iniciativa no debe ir

52. Esta es la opinión de GARCIANDIA GONZÁLEZ, en «Aproximación a la nueva regulación de la prueba...», op. cit., pág. 3.

53. Para una exposición general, muy documentada, ver PICO I JUNOY, *El derecho a la prueba*...op. cit., págs. 207 a 281.

54. Así MARTÍN OSTOS, «La prueba de oficio en el nuevo...», op. cit, pág. 3.

55. BANACLOCHE PALAO, «El Libro Blanco de la Justicia y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», La Ley, 27-III-98, pág. 4. También es de esta opinión ROMERO REY, «Las diligencias finales de prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1857, pág. 3346.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dirigida a suplir la negligencia o incuria de alguno de los litigantes, debe limitarse a los hechos controvertidos, que son aportados por las partes, y, finalmente, no debe hacerle perder su imparcialidad[56]. De no reconocérsele a los tribunales esa facultad estaríamos en presencia de la figura tan criticada del «juez maniatado», que no se compagina con los principios propios de un Estado social de derecho. En mi opinión las diligencias para mejor proveer constituyen una facultad excesivamente amplia que había que modificar, otra cosa es que las diligencias finales sean la regulación mas acertada. Como ya deje apuntado más arriba la iniciativa de los tribunales resulta excesivamente restrictiva, y recalcando siempre el carácter supletorio y complementario, podría haberse regulado con mayor generosidad

Habrá que tener también en cuenta, para una equilibrada valoración de esta cuestión en la LECn., la novedosa facultad concedida a los tribunales de «sugerir» a las parte que complementen o modifiquen su proposición de prueba. Me refiero a lo dispuesto en el art. 429 para el procedimiento ordinario, que es de aplicación en el verbal en virtud de lo prescrito en el art. 443. Se dice en el primero de los mencionados preceptos, punto l, que tras la proposición de la prueba por las partes, el tribunal puede considerar que las pruebas propuestas «pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos», poniendo de manifiesto «el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria» y pudiendo «señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere convenientes». Si las partes hacen suya la sugerencia, completando o modificando la proposición, de manera que incluyan aquellas diligencias a que el juez se ha referido, se practicaran, en caso contrario no.

Y volviendo a la regulación de las diligencias finales, hay que decir en un último lugar: a) que se llevarán a cabo dentro del plazo de veinte días, en la forma establecida por la ley para las pruebas de su clase, y b) que una vez practicadas, las partes, dentro del quinto día podrán presentar un resumen y valoración de su resultado (art. 436.1).

56. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en algunas sentencias dictadas a partir de diciembre de 1993, ha considerado que el ejercicio de las facultades que concede a los tribunales el art. 729, 2ª, LECr, hace perder al juez su imparcialidad. Ver sobre esta cuestión GISBERT GISBERT, y entre otros trabajos, «El art. 729,2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reflexiones suscitadas por algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo)», Poder Judicial, tercera época, nº 46, 2º trimestre de 1997, y «La iniciativa probatoria del tribunal en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado»,*Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal,* I,Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997.

En los procesos no dispositivos la situación es diferente ya que el juez goza de unas amplias facultades en el ámbito que estamos tratando, de modo que : «Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, *el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes*» (art. 752.l)

VII. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Valorar es determinar los efectos de la prueba practicada en orden a formar el convencimiento del juez sobre la veracidad de las afirmaciones fácticas hechas por las partes. Se habla en la doctrina de dos sistemas de valoración de las pruebas: el sistema de valoración legal o prueba tasada y el sistema de libre apreciación o convicción[57]. En la prueba tasada será la ley la que determine el valor que debe tener determinado resultado probatorio en orden a la formación del criterio judicial. En la prueba libre únicamente el juez determinará, con arreglo a la lógica y a las máximas de la experiencia, el convencimiento producido por los medios practicados.

En el proceso civil han permanecido manifestaciones de prueba tasada, por lo que podemos decir que se recoge un sistema mixto. La LECn conserva esta dualidad de sistemas, si bien, como vamos a ver, hace retroceder un tanto al sistema de prueba legal[58].

Comenzando por el interrogatorio de las partes, hay que afirmar que aún manteniéndose la anterior regla de que la confesión hace prueba contra quien la ha hecho en cuanto le perjudica (arts. l232 y l238 del Código Civil y art. 580 LECv) se introducen matizaciones que la flexibilizan. Así dice el art. 316.1 LECn: «*Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas,* en la sentencia se considerarán ciertos los hecho que una parte haya reconocido

57. Se ha pretendido distinguir entre la valoración con sujeción a las reglas de la sana crítica, terminología utilizada en nuestras leyes procesales civiles, introducida en muchos códigos hispanoamericanos, y libre convicción, donde estaríamos ante una convicción moral sin necesaria sujeción a las reglas de la lógica y la razón. Hoy no podemos aceptar esta distinción en cuanto la libre convicción no puede ser irracional. (Sobre esta cuestión puede verse COUTURE, E.J., op. cit. págs. 270 a 276).

58. No es este el lugar para introducirnos en la polémica sobre si la modernidad procesal exige acabar con las reglas de valoración legal, polémica esta hoy poco viva. El valor seguridad jurídica es uno de los argumentos mas frecuentemente esgrimidos para la permanencia de las reglas legales (Véase por todos GUTIÉRREZ DE CABIEDES, op. cit., págs. 435 a 437).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial».

También se han mantenido reglas de valoración legal en lo que se refiere a la prueba documental. Por una parte continuarán vigentes la mayoría de los preceptos contenidos en el Código Civil referentes a los documentos, y por otra en el art. 316.l LECn. se dice que los documentos públicos harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha del documento y de la identidad del fedatario y de las demás personas que intervengan. Se prevén, no obstante dos importantes excepciones: a) cuando se trata de documentos administrativos no comprendidos en el art. 317 5º y 6º, que tendrán la fuerza probatoria que las leyes le reconozcan, y en se defecto se tendrán por ciertos «salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado» (art. 319.2) y b) cuando la materia sea la usura en donde los tribunales formarán libremente su convicción (art. 319.2).

Por lo que a los documentos privados se refiere, tendrán la misma fuerza probatoria que los públicos en tanto no sean impugnados por la parte a quien perjudique, y si no «se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica» (art. 326).

El art. 334 se refiere al valor probatorio de las copias reprográficas, las cuales si se discutiere su exactitud y no se pudieren cotejar con el original, su valor probatorio se determinará «según las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta el resultado de las demás pruebas», disposición esta que también será de aplicación a «los dibujos, fotografías, pinturas, croquis, planos, mapas y documentos semejantes».

La prueba pericial se valorará, como lo es ahora según las reglas de la sana crítica (art. 348). No hay pues aquí cambio alguno.

En el reconocimiento judicial, al tratarse de una percepción directa por el juez de personas, objetos o inmuebles, no tiene sentido hablar de prueba tasada o libre. Preceptos como el contenido en el art. 1241 del Código Civil no tienen lugar en el nuevo proceso, ante la preponderancia de los principios de oralidad e inmediación.

Si comparamos el texto del art. 659.l LECv con el art. 376 LECn, llegaremos a la conclusión de que no existe diferencia alguna respecto de la valoración de la prueba testifical: se realizará conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo los cambios que van a producirse con la nueva Ley son importantes. Hay que recordar que son reglas legales de valoración tanto aquellas normas que disponen directamente el valor que debe concederse a una fuente-medio, como las que imponen o excluyen alguna fuente-medio

para determinados supuestos[59]. Es por ello por lo que pueden considerarse reglas de valoración las actuales incapacidades para ser testigo del Código Civil y la contenida en el art 51 del Código de Comercio[60, 61]. Las primeras desaparecerán, como sabemos, pero, sin embargo, no se deroga el mencionado precepto mercantil, lo que no puede plantear demasiados problemas dado su carácter obsoleto.

Los nuevos medios de prueba de reproducción de sonidos e imágenes e instrumentos que permitan archivar y reproducir datos, serán valorados según las reglas de la sana crítica (arts.382.3 y 384.3).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

BACHMAIER WINTER, «Principios y notas características de la prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil,* Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999.

BERZOSA FRANCOS, «Los principios inspiradores del futuro proceso civil», en *Presente y futuro del proceso civil,* director J.Picó i Junoy, J. M. Bosch, Barcelona, 1998.

BANACLOCHE PALAO, «El Libro Blanco de la Justicia y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», La Ley, 25.III.98.

BONET NAVARRO, A.«Consideraciones sobre la prueba de los procesos civiles, en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Ponencias,* Consejería de la Presidencia de Murcia, Murcia,1997.

COUTURE, E. J., *Fundamentos del derecho procesal civil,* tercera edición (póstuma), Depalma, Buenos Aires, 1997.

DE LA OLIVA SANTOS, «Sobre la Ley 1/ 2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales», Tribunales, nº 2, febrero, 2000.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y la litigiosidad civil», Tribunales, nº 2, febrero, 2000.

59. Así lo entiende MONTERO AROCA, *La prueba en...*,op. cit, pág. 335.

60. Se dice en este precepto que «la declaración de testigos no será por si solo bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba»

61. GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional, II,* en colaboración con el mencionado Montero Aroca y otros, op. cit, pág. 329, no parece compartir el criterio de que las incapacidades mencionadas constituyan reglas legales de prueba.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

FAIRÉN GUILLÉN, *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Civitas, Madrid, 1998.
GARCIANDÍA GONZÁLEZ, «Aproximación a la nueva regulación de la prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», La Ley 8-IX-99.
GIMENO SENDRA, «Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el derecho procesal europeo», La Ley 15-II-99.
GÓMEZ COLOMER, con Montero Aroca y otros, *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil. Conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, «Del "ordo iudiciarius" a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Justicia 98, nº 1-2.
GUTIERREZ DE CABIEDES, «La socialización del proceso», en *Constitución, Derecho y Proceso, Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce y Quemada y Angel Duque Barragues,* Institución «Fernando el Católico», Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982.
MARTÍN OSTOS, Comentarios a los artículos 340 a 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Valentín Cortes (coordinador), Tecnos, Madrid, 1985.
MARTÍN OSTOS, «La prueba de oficio en el nuevo proceso civil», La Ley, 26-X-98.
MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil,* Civitas, Madrid, 1996.
PICO I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil,* J. M. Bosch, Barcelona, 1996.
PICO I JUNOY, «La iniciativa probatoria del Juez civil y sus límites», Revista del Poder Judicial, tercer trimestre de 1998, nº 51, tercera época.
PICO I JUNOY, «La prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», La Ley 5-V-99.
ROMERO REY, «Las diligencias finales de prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1857.
SANCHÍS CRESPO, «Una reflexión acerca de la eficacia del soporte informático de escritura en el Anteproyecto de L.E.C.», en *Presente y futuro del proceso civil,* director J. Picó i Junoy, J. M. Bosch, Barcelona, 1998.

ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS ARBITRALES DE CONSUMO ESPAÑOL Y ARGENTINO

ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz

SUMARIO:

I. PALABRAS PREVIAS. — II. REGULACIÓN LEGAL. — III. EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO: 1. Voluntariedad; 2. Gratuidad; 3. Arbitraje institucional; 4. Organización arbitral: A) Las Juntas Arbitrales de Consumo y la Autoridad de aplicación; B) Colegios y Tribunales Arbitrales de Consumo: 1) Designación de los árbitros; 2) Aceptación, sustitución y responsabilidad de los árbitros; 5. Objeto del arbitraje de consumo; 6. Las partes. — IV. EL CONVENIO ARBITRAL. ESPECIAL ATENCIÓN A LA OFERTA PÚBLICA DE ADHESIÓN. — V. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE CONSUMO: 1. Iniciación del arbitraje: solicitud y admisión; 2. Procedimiento: A) Alegaciones; B) Prueba; C) Laudo.

I. PALABRAS PREVIAS

En los últimos años, el arbitraje español en materia de consumo ha experimentado un notable auge en la resolución de las reclamaciones de los

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

consumidores en detrimento de la vía jurisdiccional civil, pues, con respecto a ésta, ofrece algunas ventajas destacables como son la celeridad y la economía; no en vano la gratuidad es uno de sus elementos característicos. Téngase en cuenta que el sistema español de arbitraje de consumo parece estar pensado para solventar aquellos litigios que, por su escaso interés económico, rara vez se llevan al proceso civil, al resultar desproporcionadamente oneroso en relación con la ínfima cantidad reclamada. No obstante, al no haberse fijado un límite máximo de la cuantía de las reclamaciones, en la práctica también se acude a este sistema con reclamaciones de montante elevado.

Se articula como un mecanismo al que las partes acuden voluntariamente, ya que a éstas no se les puede privar del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 C.E.) en el supuesto de que no quieran acudir a este método heterocompositivo del arbitraje. La voluntad de las partes, pues, cumple un papel primordial en el arbitraje de consumo.

Esta institución del arbitraje de consumo no es peculiar de nuestro ordenamiento, ya que se regula en otros, por ejemplo, en el portugués o en el argentino. Si comparamos nuestro sistema arbitral con el de cualquiera de éstos, podemos apreciar similitudes, pero también diferencias. Un modelo que presenta numerosas semejanzas con el sistema español es el establecido recientemente en la República Argentina, si bien presenta algunos rasgos peculiares y contiene una regulación algo más minuciosa que la del español con respecto a la reglamentación de la administración del arbitraje y selección de árbitros. Sin embargo, ambos sistemas contienen escasas normas reguladoras del procedimiento arbitral en sentido estricto que deberán completarse por el acuerdo de las partes y/o de los árbitros (*supra* veremos las matizaciones en uno y otro sistema), debiendo respetarse en ambos casos los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes.

Así, dejamos vislumbrar el objeto del presente trabajo que no es otro que realizar un estudio comparativo de los sistemas arbitrales de consumo argentino y español. En primer lugar, procede acercarnos a la regulación sobre la materia atendiendo al principio de jerarquía normativa: el texto constitucional, normas legales de defensa del consumidor, normas reglamentarias específicas, básicamente. En segundo lugar, nos centraremos en el análisis de ambos sistemas arbitrales, dedicando una especial al convenio arbitral y a la oferta pública de adhesión, que, en el sistema arbitral argentino, presenta una gran semejanza con la regulada en la normativa española. Concluiremos el trabajo con una exposición del procedimiento arbitral de consumo.

II. Regulación legal

Uno de los primeros aspectos a que se debe atender es el relativo a la regulación legal vigente en ambos ordenamientos sobre el denominado *sistema de arbitraje de consumo*, que, la normativa argentina concreta como sistema *nacional* de arbitraje de consumo[1], debido a que puede concurrir con los posibles sistemas que establezcan las respectivas provincias y la municipalidad de Buenos Aires en que se integra el Estado federal argentino[2].

A primera vista, se aprecia un claro paralelismo normativo en la materia en el ordenamiento jurídico argentino de ámbito nacional y el ordenamiento jurídico español: se garantiza la protección de los consumidores en sendos textos constitucionales; se protegen los derechos de consumidores y usuarios en sus respectivas leyes especiales, y en las que se prevé como mecanismo de protección un sistema de arbitraje, que, en ambos ordenamientos, se ha desarrollado reglamentariamente.

Así, la defensa de los consumidores y usuarios queda garantizada mediante el establecimiento de los mecanismos de protección adecuados por parte del Estado, correspondiendo, pues, al legislador ordinario la labor de articular estos concretos medios de tutela. Por ello, el artículo 51 de la Constitución Española de 1978[3] dispone en su párrafo primero que «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». Por su parte, el artículo 42 de la Constitución Argentina[4] proclama que «las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo [...]» (párrafo segundo), y «la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional previendo la necesaria participación de las asociaciones de

1. *Vid., v.gr.*, el artículo primero del Decreto argentino 276/98, de 11 de marzo.

2. En este sentido, el artículo 41 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor argentina dispone que «la Secretaría de Industria y Comercio será la autoridad nacional de aplicación de la presente ley. Los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas reglamentarias respecto a los hechos sometidos a su jurisdicción. Las provincias, en ejercicio de sus atribuciones, podrán delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los gobiernos municipales».

3. En adelante, C.E.

4. El derecho de los consumidores se introdujo en el texto constitucional argentino en la modificación sustancial de que éste fue objeto.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control» (párrafo tercero).

Este paralelismo se plasma también en la vigencia de sendas leyes de defensa de los consumidores, si bien existe una diferencia sustancial entre ellas[5]: la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios[6] desarrolla el mandato del artículo 51 C.E., lo que no puede predicarse de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor argentina[7] de 1993, que es anterior a la incorporación en su Carta Magna en 1994 del artículo 42 que garantiza la protección de los derechos de los consumidores.

El artículo 31 L.G.D.C.U.[8] dispone que:

> «1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.
>
> 2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.
>
> 3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.»

En efecto, a raíz de la previsión del artículo 31, relativa al establecimiento de un sistema arbitral de consumo por parte del Gobierno, al que también se refiere la Disposición Adicional segunda[9] de la Ley 36/1988, de 5 de

5. La española es anterior a la argentina; ésta se sancionó el 22 de septiembre de 1993 y se promulgó parcialmente el 13 de octubre de 1993. El artículo 59 que prevé la defensa de los consumidores por medio de tribunales arbitrales se incluyó entre los preceptos promulgados.

6. En adelante, L.G.D.C.U.

7. En adelante, L.D.C.

8. Esta Ley contiene también referencias al arbitraje de consumo en su artículo 10.4 y en la Disposición Adicional primera, regla 26 (tras la reforma acontecida por la Ley sobre Condiciones Generales de los Contratos, de 13 de abril de 1998).

9. La propia Ley de Arbitraje dispone que «el Gobierno establecerá reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que prevé, en sus características básicas, el artículo 31 de la Ley 26/1984» (Disposición Adicional segunda, párrafo primero).

diciembre, de Arbitraje[10], se promulgó el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo[11], por el que se regula el sistema arbitral de consumo, que contiene las normas relativas a su organización y funcionamiento, del que es norma subsidiaria la Ley de Arbitraje (artículo 1.º R.D.S.A.C.) que, al mismo tiempo, constituye el marco legal del arbitraje de consumo. Expresamente, esta ley encomienda su propia aplicación al arbitraje de que habla la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios en todo lo que no esté previsto en ésta y en las disposiciones que la desarrollan (Disposición Adicional primera, párrafo primero). Además, la Ley de Arbitraje proporciona el elemento característico de la *gratuidad* a este sistema, y también excluye la necesidad de protocolización notarial del laudo (Disposición Adicional primera).

Asimismo, se ha de tener en cuenta los textos comunitarios relativos a la protección de los consumidores, pues «la defensa de los consumidores se lleva a cabo por la Unión Europea a través de numerosas disposiciones de ámbito comunitario, que componen ya un cuerpo de normas sustantivas, sobre las cuales imperan cinco derechos que se han considerado esenciales para la política europea de protección e información de los consumidores», entre los que se sitúa el «derecho a la justa reparación de los daños por medio de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos»[12].

Por su parte, el artículo 59 L.D.C. declara que:

> «La Autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales, que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias.
>
> Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral.»

Este precepto, a semejanza del español, posibilita la resolución de tales controversias a través de los tribunales arbitrales de consumo. El legislados parece haber optado por un sistema arbitral, ya que habla de organiza-

10. Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. En adelante, L.A.

11. En adelante, R.D.S.A.C.

12. Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema de arbitraje de consumo*, Jerez de la Frontera, 1999, pág. 54. Para el estudio del sistema español de arbitraje de consumo hemos seguido totalmente la obra citada de este autor.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción de tribunales arbitrales, remitiéndose para su integración a las condiciones establecidas en una posterior reglamentación (artículo 59 L.D.C.). En concreto, la implantación efectiva en Argentina de este sistema de arbitraje de consumo[13] es muy reciente por obra del Decreto 276/1998, de 11 de marzo, que activa la previsión del artículo 59 L.D.C. Este Decreto argentino se ha reglamentado por medio de la Resolución 212/1998, de 26 de marzo, modificada por la Resolución 314/1998, de 12 de mayo.

El artículo 59 L.D.C. introduce la cláusula relativa a que «regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral», esto es, se remite a las normas procesales locales vigentes en materia de procedimiento arbitral[14]. No se debe olvidar que diversos cuerpos procesales argentinos (nacional y locales) se ocupan de la figura del arbitraje[15].

Por consiguiente, las leyes de defensa de los consumidores española y argentina establecen la base para el establecimiento de un cauce específico de protección de los consumidores y usuarios: un *sistema arbitral* para solventar los conflictos en materia de consumo (dentro los límites objetivos que luego se fijan[16]), con el matiz apuntado con respecto al argentino: es de carácter

13. «La experiencia internacional en materia de protección de los derechos del consumidor es demostrativa del uso creciente de modalidades simplificadas de interposición y resolución de demandas y reclamos, que actúan por medio de procedimientos extrajudiciales de arbitraje y conciliación» (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, *Sistema nacional de arbitraje de consumo*, Buenos Aires, enero, 1999).

14. En este sentido, el artículo 17 Decreto 276/98 dispone que el Tribunal Arbitral de Consumo puede «aplicar, en todo lo que sea compatible, las normas procesales locales que regulen el juicio de amigables componedores, o el arbitraje de derecho, según corresponda» para «resolver todas las cuestiones de procedimiento no previstas expresamente en el presente Decreto o en las normas dictadas por la Autoridad de aplicación». Al respecto, se pone en tela de juicio la virtualidad de este precepto, pues «requiere de una adecuada compatibilidad con los procedimientos arbitrales regulados en los códigos rituales del lugar en que actuare el Tribunal Arbitral» (Jorge Andrés SARAVIA, «Sistema nacional de arbitraje de consumo», en *Anuario de Derecho civil* (Universidad Católica de Córdoba, Argentina), 1999 (marzo), t. IV).

15. Al respecto, Jorge Andrés SARAVIA cita «Códigos de procedimiento civil y comercial de la Nación, de Córdoba, de Santa Fe, Provincia de Buenos Aires, Tribunal de Arbitraje General y Mediación del Colegio de Escribanos de la Capital federal» («Sistema nacional de arbitraje de consumo», *op. cit.*).

16. En el caso español, el propio artículo 31 de la L.G.D.C.U. se encarga de limitar el acceso a esta vía cuando «concurra intoxicación, lesión o muerte» o cuando «existan indicios racionales de delito», aparte de los que veremos contemplados en los artículos primero y segundo de la Ley de Arbitraje española de 1988 y en el propio Real Decreto de 1993 que desarrolla aquel precepto. Limitaciones que, de forma similar, también figuran en el Decreto 276/98 y en la Resolución 212/98.

nacional, ya que pueden existir paralelamente otros de ámbito local. Normas legales que apuntan las autoridades encargadas de establecer y desarrollar esta vía de protección. En España, el encargado de su creación y regulación reglamentaria es el Gobierno a través del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, esto es, se «autoriza al Gobierno a que desarrolle un sistema de arbitraje institucionalizado»[17]. En Argentina, se encomienda a la *Autoridad de aplicación* de la Ley de Defensa del Consumidor, que, según el artículo 41 L.D.C. es la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, dependiente del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. La Ley de Defensa del Consumidor le confiere la facultad de «proponer el dictado de la reglamentación de esta Ley [...]» (artículo 43.1.a).

III. El sistema arbitral de consumo

1. Voluntariedad

Ambos sistemas se configuran bajo la base de la *voluntariedad*. Expresamente, el artículo 31 L.G.D.C.U. deja patente este carácter corroborado con la expresión «sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial». La voluntad de las partes no está presente sólo en el artículo 31 L.G.D.C.U., sino también en la Ley española de Arbitraje de 1988. No puede ser de otro modo, al menos, en el ordenamiento jurídico español, ya que se consagra constitucionalmente el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 C.E.[18]). Todo lo cual significa que el consumidor podrá acudir o no a este sistema dependiendo de su voluntad, es decir, se deja a su libre elección, pero no depende sólo de su voluntad, sino que se requiere la concurrencia de las voluntades de consumidor y empresario de someterse a esta vía, que se debe formalizar en un convenio arbitral, preceptivo en todo caso, en el que se refleje el acuerdo de voluntades de someterse a este sistema.

Aunque en la Ley de defensa argentina nada se diga de forma expresa, se afirma que «se brinda una instancia de solución cuando se presuman situaciones de violación de los derechos del consumidor o eventuales infracciones» en esta Ley[19]. Las normas reglamentarias que desarrollan su artículo 59

17. Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español..., op. cit.*, págs. 113 y 114.

18. Precepto expresamente mencionado por el artículo 31 L.G.D.C.U.

19. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, *Sistema nacional de arbitraje de consumo, op. cit.*, pág. 1.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

destacan el carácter voluntario de sometimiento al mismo. De este modo, la formalización o perfección de *acuerdo arbitral*, en la terminología empleada por las normas argentinas, es preceptiva en todo caso.

El hecho de que el sometimiento a estos sistemas sea voluntario no obsta para que se predique el carácter vinculante y ejecutivo de su resolución una vez que se someten las partes voluntariamente. El propio artículo 31 L.G.D.C.U. se muestra en este sentido, y, aunque el precepto de la ley argentina no se manifieste al respecto, sus normas que lo reglamentan sí al poner de relieve el carácter vinculante y ejecutivo del laudo arbitral (*v.gr.*, el artículo 14 Decreto 276/98).

2. *Gratuidad*

Como hemos indicado, la Ley de Arbitraje española dota a nuestro sistema de arbitraje de consumo de una característica peculiar y es que ha de ser *gratuito*, «con lo que se modifica lo dispuesto en el artículo 35, no pudiendo existir condena ni en las costas ni en los gastos»[20].

La única posible condena en costas que regula el Real Decreto de 1993 es la relativa a los gastos ocasionados por la práctica de la prueba a instancia de parte, que «serán sufragados por quienes las propongan y las comunes por mitad, salvo que el Colegio Arbitral aprecie, en el laudo, mala fe o temeridad en alguna de las partes, en cuyo caso podrá distribuir en distinta forma el pago de los mismos» (artículo 13.3).

De forma expresa, las normas reglamentarias argentinas no predican la gratuidad del sistema que desarrollan. No obstante, aparecen algunas referencias en el sentido del Real Decreto español. Así, el artículo 11 Decreto 276/98 dispone que «las pruebas de oficio serán costeadas por la Autoridad de aplicación en función de sus disponibilidades presupuestarias», que reproduce prácticamente el apartado segundo del artículo 13 R.D.S.A.C. Cuando la prueba practicada haya sido ofrecida por la parte la regulación es similar al citado artículo 13.3 R.D.S.A.C., aunque no alude al supuesto de mala fe o temeridad.

Ahora bien, el artículo 40 Resolución 212/98 dispone que el acuerdo arbitral «fijará que las costas serán siempre en el orden causado», y, en su

20. Juan MONTERO AROCA, «Comentario a la Disposición Adicional primera de la Ley de Arbitraje», en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1.ª ed., 1990, pág. 332.

artículo 5.º, se dice que «se reconocerá a los árbitros una compensación de gastos por el desempeño de sus funciones en cada uno de los casos en que actúen». No se especifica quién debe afrontar estos gastos. No obstante, una de las funciones de la Autoridad de aplicación es «proponer y llevar adelante las acciones necesarias para la financiación del sistema nacional de arbitraje de consumo» (artículo 4.*e* Resolución 276/98).

Estos dos sistemas presentan visos de gratuidad, si bien únicamente se predique expresamente del español, evitando así cualquier género de duda respecto a cómo se repercutirán los gastos y las costas que genera el procedimiento arbitral, fuera del supuesto de la prueba practicada de oficio y a instancia de parte. Sin embargo, puede dudarse en el argentino al no explicitarlo: ¿se ha de entender tácitamente como gratuitos, es decir, que corren a cargo de la Autoridad de aplicación, los gastos derivados de las notificaciones, los honorarios de los árbitros, etcétera?

No obstante, nos surge la duda de qué ocurrirá si no se dispone de presupuesto suficiente para sufragar todos los gastos que generen los diversos procedimientos arbitrales que se tramiten tanto en uno como en otro sistema.

En la fase pre-procedimental, algunos gastos corresponden a la parte en el caso argentino, por ejemplo, la publicidad que se exige de la oferta pública de adhesión está a cargo del proveedor argentino, mientras que el sistema español la encomienda a la Junta Arbitral de Consumo a través del Diario Oficial correspondiente.

3. *Arbitraje institucional*

El sistema español de arbitraje de consumo responde al modelo de *arbitraje institucional*, frente al *arbitraje «ad hoc»*, por tres razones principales: a) el nombramiento de los árbitros se difiere a una persona jurídica; b) a ésta se le confiere también la administración del arbitraje; c) posee un reglamento propio.

Los artículos 9.2 y 10 L.A. prevén el arbitraje institucionalizado. Así, el marco legal del sistema español de arbitraje de consumo, además del acogimiento en las Disposiciones Adicionales de la Ley de Arbitraje de 1988, se constituye por esta misma ley[21].

21. El Tribunal Constitucional español ha declarado que el «establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la S.T.C. 15/1989, f.j.9 b, es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del artículo 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

A pesar de que algún autor considere que el sistema arbitral nacional de consumo argentino es un sistema que presenta «multiplicidad de ingredientes que lo hacen un *sistema particular*», pues, a su juicio, no podría ser considerado *totalmente* institucional, ya que existen árbitros sectoriales o el especializado, pero tampoco se trataría de un arbitraje *forzoso*, porque existirían algunas elementos coercitivos como es un procedimiento especial por cuantía, concluye con la afirmación de que se trata de un arbitraje institucional especial[22]. No creemos que, en ningún caso, se pueda hablar de arbitraje *forzoso*, pues, por definición el arbitraje no puede ser nunca forzoso; en él, la voluntad de las partes es primordial.

Hemos de tener en cuenta que el arbitraje está regido por la autonomía de la voluntad de las partes. Son éstas las que se someten voluntariamente al arbitraje de consumo aceptando las respectivas normas reglamentarias y lo que en ellas se prevé[23]. La Autoridad de aplicación es la encargada de administrar el arbitraje, como se deduce de la amplia relación de funciones atribuidas en el artículo 4.º Decreto 276/98.

En nuestra opinión, de la lectura del Decreto 276/98 y de la Resolución 212/98 se desprende que el modelo argentino conformado parece seguir un patrón similar al de nuestro sistema, que responde a las tres razones señaladas. Si bien es cierto que las partes también participan en la designación de los árbitros (aunque, por delegación de las partes, los nombra la Autoridad de aplicación en gran parte de los supuestos regulados), también en el español existe esta posibilidad, lo cual no afecta a esta consideración de arbitraje institucional. Además, la elección por las partes de los árbitros ocurre en algún

'equivalente jurisdiccional', mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil , relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia, tal y como lo confirma la supletoriedad que respecto del artículo 31 de la Ley 26/1984 establece la disposición adicional primera de la Ley estatal 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje» [...] (S.T.C. 62/1991, último párrafo de su fundamentación).

22. *Vid.* Jorge Andrés SARAVIA, *Sistema nacional de arbitraje de consumo, op. cit.*

23. Ello resulta patente en la regulación argentina en la que se dice, en varias ocasiones, «conforme» al Decreto 276/98 y a las normas de la Autoridad de aplicación (por ejemplo, la Resolución 212/98), o cuando el artículo 40 Resolución 212/98 dispone que «el acuerdo arbitral establecerá la aceptación lisa y llana de las partes de las reglas de procedimiento establecidas para los Tribunales Arbitrales de Consumo».

caso concreto, con respecto a algunos de los árbitros y se trata de una posibilidad articulada en el propio reglamento regulador del sistema arbitral.

4. *Organización arbitral*

El sistema de arbitraje de consumo ideado por uno y otro ordenamientos jurídicos constituye una organización compleja en la que se distinguen dos momentos en los que prevalecen órganos diferentes: en el primer momento, se administra el arbitraje y se selecciona los árbitros, y, en el segundo, tiene lugar el procedimiento arbitral propiamente dicho.

Sin embargo, la estructura arbitral creada para uno y otro sistema presenta diferencias estructurales, aun cuando tengan un punto de partida común: la separación entre los órganos que se encargan de la administración y designación de los árbitros, y los órganos que cumplen con la función de arbitrar.

En atención al esquema básico anterior, la organización arbitral de consumo española se estructura en Juntas Arbitrales de Consumo y en Colegios Arbitrales de Consumo. Las Juntas Arbitrales de Consumo, que tienen carácter permanente, se encargan de la administración del arbitraje y designación de los árbitros, y los Colegios Arbitrales, que desempeñan la función arbitral *stricto sensu*, se establecen para resolver la cuestión litigiosa concreta.

Por su parte, la organización arbitral de consumo argentina se integra por la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, que ha delegado en la Dirección Nacional de Comercio Interior la gestión del primer momento, y por los Tribunales Arbitrales de Consumo.

A) LAS JUNTAS ARBITRALES DE CONSUMO Y LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN

El sistema español de arbitraje de consumo establece *ex novo* unos órganos encargados de administrar el arbitraje y designar a los árbitros: las Juntas[24] Arbitrales de Consumo. Esto es, que se crean unas instituciones específicas, aun cuando tengan carácter administrativo, que desarrollan la función

24. Técnicamente, la denominación de Junta es incoherente en la medida en que está formada por el Presidente.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

arbitral (ésta se regula por el Derecho privado y desemboca en un equivalente jurisdiccional), y que, además, van a depender orgánica y económicamente de las Administraciones Públicas[25].

Ciertamente, el Estado español tiene competencia exclusiva sobre la legislación procesal civil, en la que se incluye el arbitraje, lo que no significa que tenga la competencia para constituir órganos arbitrales y procedimientos arbitrales, sino que establece el marco legal en que aquéllos y éstos pueden crearse.

Las Juntas Arbitrales de Consumo[26] se establecen mediante *acuerdos* suscritos[27] por la Administración General del Estado, a través del Instituto Nacional de Consumo, con las correspondientes Administraciones Públicas (artículo 3.2 R.D.S.A.C.).

No existe una única Junta Arbitral de Consumo, sino que el sistema español de arbitraje de consumo se estructura horizontalmente, «extendiéndose sobre todo el territorio nacional» (*vid.* el artículo 3.º R.D.S.A.C.). Así, varias son las Juntas que pueden existir atendiendo al ámbito territorial que asuman, sin que entre ellas medie relación de jerarquía alguna, pues se atiende a criterios de competencia territorial y, fundamentalmente, a la voluntad de las partes. Por ello, podemos hablar de una organización descentralizada que está formada por las siguientes clases de Juntas Arbitrales de Consumo:

25. Las Juntas Arbitrales de Consumo constituyen «una institución arbitral, si bien sobre ellas no encajan en ninguna de las dos previsiones que se hacen en el artículo 10 L.A., porque ni son Corporaciones de Derecho público ni Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro». Ahora bien, la Disposición Adicional segunda, apartado primero, de la Ley de Arbitraje «autoriza al Gobierno a que desarrolle un sistema de arbitraje institucionalizado [...] (Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español..., op. cit.*, págs. 113, 114 y 115).

26. «La opción elegida por la L.G.D.C.U. al procurar facilitar a los consumidores la tutela de sus derechos ha sido la de construir un complejo de Juntas Arbitrales de Consumo, las cuales deben extenderse por todo el territorio, apoyándose en Administraciones de inferior ámbito que la estatal. Se concede por tanto un alto grado de protagonismo a la Administración, en general, tanto porque será la encargada de la gestión del arbitraje y del nombramiento de los árbitros, a través de las referidas Juntas Arbitrales, como porque en el Colegio Arbitral la presidencia del mismo corresponderá, salvo alguna excepción, siempre a un funcionario» (Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español..., op. cit.*, pág. 43).

27. «Para lo que realmente sirven los convenios citados es para que la Administración del Estado conceda la patente de arbitraje de consumo a alguna inferior Administración, reglándose una serie de compromisos que ésta asume respecto de aquélla, quien siempre estará vigilante, pudiendo hacer cumplir lo pactado so pena de denunciar el convenio» (Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español..., op. cit.*, pág. 115).

— Una Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional, adscrita al Instituto Nacional de Consumo, cuyo ámbito objetivo queda limitado expresamente en el artículo 3.1 R.D.S.A.C.
— Las Juntas Arbitrales de Consumo, de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico, que requieren de aquellos acuerdos pará ser creadas, en los que se ha de fijar el ámbito funcional y territorial de las Juntas según los criterios fijados en el artículo 3.3 R.D.S.A.C.: la de otorgar preferencia al domicilio del consumidor, a la Junta inferior de ámbito territorial y salvaguardar la libertad de elección de la Junta por las partes.

Estas Juntas se constituirán por un Presidente y un Secretario que serán nombrados por la Administración de la que dependa la Junta respectiva. Serán designados entre el personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 3.º R.D.S.A.C.).

Al respecto, nada se concreta en la normativa reglamentaria argentina. No obstante, el sistema argentino también encarga a un órgano de la Administración la gestión del arbitraje de consumo, si bien no lo crea, sino que lo sitúa en la órbita de un órgano existente: la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, dependiente del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, el cual, a su vez, encomienda a la Dirección Nacional de Comercio Interior, la superintendencia de este sistema y todas aquellas actividades que sean necesarias para que el procedimiento arbitral principie (tramitación de las solicitudes de arbitraje, designación de los árbitros, etcétera), que, en buena parte, se corresponderían con las asumidas por las Juntas Arbitrales de Consumo.

Las normas reglamentarias argentinas no aluden a la distribución de los Tribunales Arbitrales de Consumo que se constituyan, dado que el sistema es de ámbito nacional. En la práctica, éstos se vienen conformando en la sede de la Dirección Nacional, es decir, en la capitalidad de Buenos Aires.

Ambos sistemas responden al esquema del arbitraje institucionalizado. Ahora bien, el sistema argentino centraliza en un órgano del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (artículo 3.º Decreto 276/98) su funcionamiento, atribuyendo un conjunto de funciones a este órgano, la Autoridad de aplicación, que es preciso que ejercite para que el sistema ideado pueda ponerse en marcha. Como regla general, delega en la Dirección Nacional de Comercio la gestión de aquellas funciones que se requieren para el funcionamiento efectivo del sistema, para que concluya con la resolución de la reclamación.

Por el contrario, el modelo español de arbitraje de consumo gira en torno a una estructura descentralizada a través de diversas Juntas distribuidas en

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ámbitos diferentes de forma horizontal por el territorio nacional, que no guardan una relación jerárquica, y que dependen de la correspondiente Administración pública, administrando el arbitraje dentro de su ámbito conforme a la regulación normativa vigente.

En cuanto a las funciones de las Juntas y de la Autoridad de aplicación, se regulan en sus respectivas normas reglamentarias, en concreto, en los artículos 4.º R.D.S.A.C. y 4.º Decreto 276/98, respectivamente. No obstante, la doctrina española entiende que las Juntas tienen otros cometidos que aparecen dispersos en la redacción de diversos preceptos del Real Decreto de 1993. Del análisis conjunto de ambos preceptos, se aprecia una clara diferencia funcional: la Junta Arbitral[28] correspondiente realiza una tarea mediadora entre consumidores y empresarios con el fin de solucionar la controversia sin llegar al procedimiento arbitral (artículo 4.*b* R.D.S.A.C.).

B) COLEGIOS Y TRIBUNALES ARBITRALES DE CONSUMO

La función arbitral es desarrollada, como hemos visto, por los Colegios Arbitrales de Consumo, en el sistema español, y por los Tribunales Arbitrales de Consumo, en el sistema argentino: son los encargados de conocer y resolver la reclamación planteada. Hemos de partir de la idea de que, en ambos sistemas, el Colegio o el Tribunal[29] requiere de tres árbitros para su válida constitución[30]. Cada uno de estos árbitros procede de un sector diferente: de la Administración, de los consumidores y de los empresarios o proveedores. No olvidemos que el artículo 31 L.G.D.C.U. exige esta distribución, y que el artículo 59 L.D.C. posibilita esta composición, que, finalmente, se adopta en la norma reglamentaria de desarrollo[31].

28. La Junta Arbitral de Consumo tiene como función, si no existe oferta pública de sometimiento (supuesto al que se equipara cuando no coinciden la solicitud de arbitraje y dicha oferta), deberá fomentar y formalizar la realización de «convenios arbitrales, entre consumidores y usuarios y quienes produzcan, importen o suministren o les faciliten bienes o servicios» (artículo 4.*a* R.D.S.A.C.).

29. En el ordenamiento jurídico español, se reserva, en buena técnica jurídica, la denominación de Tribunal para designar a los órganos jurisdiccionales.

30. Dejando a salvo la excepción del artículo 30 Resolución 212/98 que, en algunos casos, permite que se constituyan unipersonalmente los Tribunales Arbitrales de Consumo argentinos.

31. Artículo 5.º Decreto 276/1998.

1) *Designación de los árbitros*

En estos sistemas, el órgano encargado de su administración, con alguna matización, asume la función de designar a los árbitros, y sus respectivas normas reglamentarias se encargan de fijar las pautas generales a seguir. En concreto, asumen esta función, como regla general, las Juntas Arbitrales y la Autoridad de aplicación, que controlan el procedimiento de designación, si bien se deja, en el modelo argentino, a las partes el efectivo nombramiento de algunos de ellos; en el español, se permite en casos excepcionales[32].

La justificación de que el instituto español de la Junta Arbitral haya asumido esta tarea se encuentra en que, por una parte, se deja a la voluntad de las partes la designación de los árbitros en el convenio arbitral (artículo 9.1 L.A.), y, por otra, se les permite, conforme al principio de disposición, encomendar esta designación a una institución especializada de acuerdo con lo previsto en su reglamento (artículo 10.1 L.A.): el sistema arbitral de consumo español responde a este patrón. Las partes, al someterse a este arbitraje, aceptan el reglamento que regula el sistema y que debe incluir la forma de designación por mandato expreso de la Disposición Adicional segunda de la Ley de Arbitraje. No obstante, el reglamento español debe respetar los requisitos mínimos exigidos expresamente en la Ley de Arbitraje[33] (artículo 14) para que una persona sea nombrada como árbitro por una institución: han de tratarse de personas físicas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles desde su aceptación, no pudiendo actuar como árbitros los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel (artículo 12 L.A.), ni tampoco aquellos otros que no hubieran dictado laudo dentro del plazo correspondiente o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales (artículo 14 *in fine* L.A.).

Sobre estos requisitos, las dos normas reglamentarias argentinas no disponen nada expresamente. La única referencia que parece hacerse es que corresponde a la Autoridad de aplicación disponer la integración de los Tribunales Arbitrales de Consumo (artículo 4.*a* Decreto 276/98).

La regla general es que los tres árbitros que componen el colegio son designados de la siguiente forma: uno de ellos, que actúa como Presidente, es

32. *Vid.*, el artículo 11.1.a) R.D.S.A.C., al que nos referiremos *infra*.

33. Estos requisitos se exigen cuando las Corporaciones y Asociaciones designen a los árbitros, no cuando las partes los nombran directamente (no se verían afectadas entonces por tal límite).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

elegido por la Junta Arbitral o por la Autoridad de aplicación, según se trate del sistema español o del argentino respectivamente, y los otros dos representan a sendos sectores, al de los consumidores y al de los empresarios (artículos 11 R.D.S.A.C. y 5.º Decreto 276/98, este último precepto desarrollado por la Resolución 212/98), aunque difiere la persona u órgano que los nombra.

a) El árbitro institucional, como lo denomina la norma argentina (*vid., v.gr.*, artículo 5.º Decreto 276/98), que actuará como Presidente, es designado por la Dirección Nacional de Comercio Interno por delegación de las partes. De forma expresa, se dice en el artículo 40.3 Resolución 212/98 que, en el acuerdo arbitral las partes deberán, en forma inexcusable, aceptar la designación del árbitro institucional según el sorteo que haga dicha Dirección entre los inscritos en el Registro de Árbitros Institucionales. Aclaración necesaria, puesto que el artículo 7.1.I Resolución 212/98 encomienda esta labor a las partes a tenor del procedimiento de elección que establezca la citada Dirección. La disposición argentina, pues, destaca expresamente que las partes eligen al árbitro institucional argentino por delegación en la Dirección Nacional, que es la que procede a su efectivo nombramiento.

En el Real Decreto español, se determina que sea la Junta Arbitral correspondiente la que designe al Presidente del Colegio Arbitral (no habla de árbitro institucional o de árbitro designado por la Administración, sino que específicamente intitula al árbitro que elige como Presidente del Colegio) entre los previamente nombrados al efecto por la Administración Pública de la que dependa dicha Junta (artículo 11.*a* R.D.S.A.C.). La previsión de los artículos 9 y 10 L.A. permite a las partes deferir la designación de los árbitros; deferencia que se presume hecha desde el momento en que las partes aceptan el reglamento que contiene las reglas de designación.

No obstante, estas reglas de designación posibilitan que, excepcionalmente, las partes de mutuo acuerdo elijan al árbitro Presidente en dos supuestos concretos previstos en el artículo 11.1.a) R.D.S.A.C.[34]: por la especialidad del objeto de la reclamación (en realidad, en este supuesto se solicita a la Junta, pero ésta es la que decide) o por ser el reclamado una entidad pública que

34. Cuando las partes lo soliciten de mutuo acuerdo, atendiendo a la especialidad del objeto de la reclamación (en cuyo caso la solicitud será resuelta por el Presidente de la Junta Arbitral), y en el supuesto de que la reclamación se dirija contra una entidad pública vinculada a la Administración Pública de la que dependa la Junta Arbitral, las partes pueden elegir de mutuo acuerdo al Presidente, pudiendo tratarse en este caso de una persona ajena a la Administración de Justicia. De la interpretación conjunta del artículo 11.1.a) y del artículo 11.3 R.D.S.A..C., en el primer caso, se utilizara la lista preceptiva en cada Junta, y, en el segundo, no es obligatorio.

se halle vinculada a la Administración de la que dependa la Junta Arbitral. Una previsión similar aparece en la norma argentina, si bien se extiende a la designación excepcional y para casos concretos del Tribunal, por acuerdo de las partes y de la Dirección Nacional, que serán elegidos entre personas de reconocido prestigio y versación en la materia objeto de la reclamación (artículo 8.º Resolución 212/98): no se especifica si han de estar incluidas o no en los respectivos Registros de árbitros.

Resulta evidente que, aparte de las semejanzas existentes en los procedimientos de designación de ambos sistemas, cada uno de ellos presenta peculiaridades propias.

Ciertamente, el elemento común es que Juntas y Autoridad nombran al árbitro Presidente (o árbitro institucional), y todas ellas elaboran y actualizan las listas de árbitros Presidentes o institucionales a las que acuden para efectuar la designación en el caso concreto. Sin embargo, la Administración de que dependa la correspondiente Junta designa a las personas que formarán parte de esas listas (artículo 11.1.*a* R.D.S.A.C.), mientras que, en el modelo argentino, la propia Autoridad inscribe en el Registro de Árbitros Institucionales a las personas que ella misma seleccione, de acuerdo con unas pautas de selección[35], entre todas las postulaciones recibidas de quienes quieran desempeñar la labor de árbitro institucional (artículo 6.º Resolución 212/98).

Ello no significa que, aun cuando no se exprese en la norma española, al elaborar la lista de Presidentes de Colegios Arbitrales de Consumo con los nombres facilitados por la Administración correspondiente, la Junta no deba comprobar que los propuestos cumplen los requisitos exigidos o que no están incursos en alguna de las prohibiciones de la Ley de Arbitraje. Ha de controlar que se cumpla la legalidad.

Al Presidente del Colegio Arbitral de Consumo español se le exige que sea Licenciado en Derecho y que forme parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con la excepción a este último requisito en el supuesto del artículo 11.1.a) R.D.S.A.C. Por su parte, el Decreto argentino exige que el árbitro institucional posea el título de Abogado, cinco años en el ejercicio de la profesión (artículo 5.2) y desempeñe sus tareas en el ámbito de

35. Ha de seguir las pautas de evaluación previstas para los postulantes a árbitros sectoriales por expresa remisión del artículo 6.º Resolución 212/98. No parece adecuado la aplicación de algunas de las pautas que, más bien, son evaluables con respecto a los postulantes a árbitros sectoriales: por ejemplo, «haber pertenecido o pertenecer a una asociación de consumidores o asociación empresarial».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la Subsecretaría de Comercio Interior, dependiente de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería (artículo 6.º Resolución 212/98).

Una de las excepciones a la regla general se perfila en la norma argentina, que no es posible en el sistema español de arbitraje de consumo, y se refiere a que la composición del Tribunal Arbitral de Consumo será *unipersonal*[36] cuando la cuantía de la reclamación sea igual o inferior a quinientos pesos, que, necesariamente, ha de resolverse por el procedimiento especial de los artículos 28 y siguientes de la Resolución 212/98, o cuando las partes de mutuo acuerdo opten por este procedimiento si la cuantía no puede ser determinada o determinable (artículo 9.3 Resolución 212/98). Entonces, el único árbitro tendrá, al mismo tiempo, carácter de árbitro sectorial y de árbitro institucional, siendo elegido por la Autoridad de aplicación, en la que delegan las partes, por sorteo entre los inscritos en la lista de árbitros institucionales (artículo 30 Resolución 212/98)[37].

b) Los árbitros vocales, en el sistema español, y los árbitros sectoriales, en el sistema argentino, siguen reglas diferentes en su designación, aunque coinciden en el hecho de que cada uno procederá de sendos sectores (el empresarial y el de los consumidores y usuarios). Así, la designación de los árbitros sectoriales corresponde a las partes, mientras que el nombramiento de los árbitros vocales es atribuida a la Junta Arbitral correspondiente.

En efecto, según la Resolución 212/98, el consumidor (o su representante) elige al árbitro sectorial de su ramo entre los inscritos en el Registro Nacional de Representantes de Asociaciones de Consumidores, y el empresario, entre los que figuren en el Registro Nacional de Representantes de Asociaciones Empresariales (artículo 7.1.II.*a* y *b*). Por defecto, se encarga la Dirección de elegir al o a los dos árbitros sectoriales, es decir, cuando las partes no realizan la elección del representante de su sector (artículo 7.3 Resolución 212/98).

En el sistema español de arbitraje de consumo, depende de que la reclamación se haya efectuado a través de una organización de consumidores o no, y también de si el empresario forma parte o no de una organización adherida al sistema arbitral. A pesar de la confusa redacción del artículo 11.1.b) y c) R.D.S.A.C. que parece dar a entender que son designados los árbitros vocales por las propias partes, en la práctica se interpreta este precepto entendiendo que la designación del árbitro vocal, cuando la solicitud de arbitraje se ha efectuado por medio de una organización de consumidores, la realizará la propia Junta entre alguno de los que dicha organización hubiera propuesto; en cambio, si el consumidor ha presentado directamente su solicitud ante la Junta, ésta procede a nombrar a alguno de la lista sin circunscribirse a alguna asociación.

Igualmente, la práctica española entiende que la norma reglamentaria relativa a la designación del árbitro vocal representante de los empresarios quiere decir que, cuando el empresario reclamado pertenece a alguna asociación que se encuentre adherida al sistema de arbitraje de consumo, el árbitro será designado de entre los propuestos por dicha asociación. En otro caso, la Junta nombrará alguno de los propuestos por cualquiera de las asociaciones que sí estuvieran adheridas.

En definitiva, parece deducirse de la norma española que se tendrá en cuenta la organización que propone los árbitros, así como las indicaciones que ésta hubiera efectuado[38], a la hora de efectuar la Junta Arbitral su nombramiento: dependerá si la solicitud se presenta o no a través de una asociación, y si el empresario pertenece o no a una asociación adherida al sistema arbitral. Téngase en cuenta que, en uno y otro sistema, las listas de árbitros vocales o árbitros sectoriales, respectivamente, se elaboran tomando como base los nombres propuestos por las asociaciones u organizaciones de consumidores y usuarios y de empresarios.

Aparte de los requisitos mínimos y las prohibiciones marcadas por la Ley de Arbitraje española, a los árbitros vocales españoles no se exige reglamentariamente ningún otro requisito específico. Sin embargo, el Decreto 276/98 argentino requiere que los árbitros sectoriales posean, como mínimo, título universitario y cinco años de ejercicio en la profesión. Además, la Resolución 212/98 establece unas pautas de evaluación a la hora de seleccionar a los que engrosarán las respectivas listas de representantes de las asociaciones de empresarios y de consumidores.

Claro está, cuando se haya optado por arbitraje de derecho, en ambos sistemas se exige a los árbitros vocales o sectoriales que sean abogados en ejercicio[39].

36. Se produce la incoherencia de denominar *Tribunal* a un órgano unipersonal.

37. Las partes *deben* delegar en la Autoridad de aplicación el sorteo del árbitro único, bien al suscribir el acuerdo arbitral, bien en la solicitud de arbitraje, bien al realizar la oferta pública de adhesión, según se indica en el artículo 30 Resolución 212/98.

38. *Vid.* Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español..., op. cit.*, pág. 148.

39. El artículo 9.1 Resolución 212/98 dispone que, cuando las partes optaren por el arbitraje de derecho expresamente, los árbitros deben reunir las mismas condiciones requeridas para ser árbitro institucional: esto es, poseer título de Abogado y cinco años de ejercicio de la profesión (artículo 5.2 Decreto 276/98).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

c) Finalmente, tanto el Colegio Arbitral como el Tribunal Arbitral de Consumo están asistidos por un Secretario, la persona que ocupe este cargo difiere en uno y otro: en el primero, el Secretario de la Junta Arbitral de Consumo actuará como Secretario del Colegio, que, en caso de necesidad, puede ser suplido por un Secretario accidental conforme a la previsión del artículo 11.4 R.D.S.A.C. Sin embargo, en el segundo, la única mención del sistema argentino es que el cargo de Secretario del Tribunal será desempeñado por un agente de la Subsecretaría de Comercio Interior, dependiente de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería (Autoridad de aplicación), que ha de poseer título de Abogado, y que es designado por el Tribunal (artículo 5.1 Decreto 276/98).

Así, pues, el Secretario del Colegio Arbitral de Consumo español es un cargo permanente, previéndose la figura de Secretario accidental en caso de necesidad, y que, además, viene designado reglamentariamente: el que sea el Secretario de la Junta. Por el contrario, en el sistema argentino, cada Tribunal Arbitral de Consumo que se constituya previamente, y acto seguido elija a la persona que actuará como Secretario del mismo: la norma no especifica que deba ser uno concreto, sino que parece querer decir que puede elegir a cualquier agente de aquella Subsecretaría que esté en posesión del título de Abogado, es decir, no tiene por qué ser el mismo en los diferentes Tribunales que se constituyan para resolver cada caso concreto.

Destaca en favor de los Secretarios de los Tribunales Arbitrales de Consumo argentinos que se les exige el título de Abogado, lo que no acontece en el sistema español, en el que no se les exige, al menos, estar en posesión del título de Licenciado en Derecho.

2) *Aceptación, sustitución y responsabilidad de los árbitros*

En la doctrina española, se pone de relieve que «es imprescindible para que la designación de los árbitros sea eficaz, que éstos hayan sido notificados fehacientemente de su nombramiento, función que corresponde a la Junta Arbitral de Consumo. La notificación se hará a las personas concretamente propuestas»[40].

Al respecto, el Real Decreto española no contiene referencia a esta notificación a los árbitros, ni se refiere al plazo para aceptar el nombramiento, o si puede aceptarlo o rechazarlo como efectúa el artículo 15 L.A. Téngase en cuenta que una novedad con respecto a la Ley de Arbitraje de 1988 es que el procedimiento arbitral se inicia desde la designación de los árbitros, sin que se haga referencia a su notificación y aceptación. Esto es, se presume que los árbitros han aceptado con carácter previo y de forma general su nombramiento, en el instante en que pasaron a engrosar las listas correspondientes. Ello sin perjuicio de que puedan abstenerse.

En otro orden de cosas, en ninguno de los sistemas se regula la posibilidad de nombrar sustitutos de los árbitros titulares: por ejemplo, por enfermedad, fallecimiento, negativa a formar parte del colegio elegido, etcétera. Sólo la Ley de Arbitraje española se refiere a la posibilidad de sustitución en relación con la práctica de las pruebas y al plazo para dictar el laudo (artículos 28 y 30.1).

Sí se alude a la responsabilidad de los árbitros por incumplimiento de la obligación que nace de la relación que les vincula con las partes: los árbitros tienen la obligación principal de laudar, no pudiendo dictar resolución de *non liquet*. Así, el artículo 16.1 L.A. dispone que la aceptación obliga a los árbitros «a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa».

Precisamente, el incumplimiento de sus obligaciones se convierte en una prohibición en el artículo 14 L.A., pues se prohíbe designar como árbitro a quien no dictó el laudo dentro de plazo o no fue condenado como responsable por daños y perjuicios ocasionados en alguna actuación arbitral anterior. Ahora bien, ello no impide a las partes que lo nombren directamente. Esta prohibición se refiere a la designación por medio de una institución arbitral (autonomía de la voluntad de las partes). La norma argentina no alude a este supuesto, pues, expresamente, sólo prevé la exclusión o suspensión de los registros de aquellas personas que no reúnan los requisitos para ser árbitro o que dejaren de reunirlos (artículo 41.1 Resolución 212/98).

Por su parte, el Real Decreto español exige a los árbitros vocales que sean abogados en ejercicio, no exige una concreta experiencia como tal (artículo 11.3), y también deberá ser abogado en ejercicio cuando las partes hayan elegido de mutuo acuerdo al Presidente del Colegio en el caso apuntado anteriormente, es decir, cuando la reclamación se dirige contra una entidad pública vinculada a la Administración Pública de la que dependa la Junta Arbitral (artículo 11.1.*a*, párrafo segundo).

40. Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español..., op. cit.*, págs. 164 y 165.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

5. *Objeto del arbitraje de consumo*

En cuanto a las cuestiones que pueden solventarse a través de esta construcción del sistema arbitral de consumo, el artículo 31.1 L.G.D.C.U. adelanta que el sistema arbitral español ha de atender y resolver las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios «siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito», mientras que el artículo 59 L.D.C. especifica que se resolverán las controversias suscitadas «con motivo de lo previsto en esta Ley», es decir, las controversias que se susciten en materia de relaciones de consumo (*Considerando* del Decreto 276/98).

Tanto el Real Decreto español de 1993 como el Decreto argentino de 1998 dedican sendos Capítulos primeros a delimitar el objeto de este sistema. El artículo 2.2 R.D.S.A.C. completa la previsión del artículo 31.1 L.G.D.C.U. al añadir las exclusiones del artículo 2.1 L.A., que concreta en las siguientes:

— Aquellas cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. El artículo 2.a) Decreto 276/98 excluye, además, las cuestiones que puedan dar origen a juicios ejecutivos, y no hace referencia a la citada salvedad.
— Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. El artículo 2.c) Decreto 276/98 reproduce esta causa añadiéndole la siguiente cláusula: «y/o que no puedan ser sometidas a juicio arbitral».
— La prevista en el artículo 31.1 L.G.D.C.U., que es reproducida íntegramente por el artículo 2.d) Decreto 276/98.
— Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos. El Decreto argentino no acoge esta causa.

No obstante, debido al carácter de ley supletoria de la Ley de Arbitraje de 1988 se habrá de entender aplicables igualmente los límites de sus artículos 1.º y 2.2[41].

El Decreto argentino perfila con mayor amplitud que el artículo 59 L.D.C. las cuestiones litigiosas que pueden someterse a este sistema arbitral

41. Quedarían excluidas aquellas cuestiones litigiosas que surjan o puedan surgir sobre materias que *no* sean de libre disposición conforme a derecho, igualmente quedan excluidos los arbitrajes laborales.

de consumo al declarar que son susceptibles de resolverse todas las reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a los derechos y obligaciones emergentes de la Ley de Defensa del Consumidor, y por toda disposición que consagre derechos y obligaciones para los consumidores o usuarios en las relaciones de consumo definidas por la citada ley. Asimismo, excluye las cuestiones litigiosas que no pueden ser objeto de este sistema. Al respecto, reproduce, con pequeños matices diferenciales, las tres primeras enumeradas del Real Decreto español e incorpora dos limitaciones nuevas: las cuestiones que con arreglo a las leyes no puedan ser sometidas a juicio arbitral, y las cuestiones que, por el monto reclamado, queden exceptuadas por la reglamentación.

6. *Las partes*

El sistema español de arbitraje de consumo se caracteriza por su carácter *unidireccional*, esto es, la iniciación del arbitraje corresponde al consumidor o usuario, es el que ocupa la posición de sujeto activo en todo caso, y es el que ha de interponer la correspondiente solicitud de arbitraje, mientras que el empresario o reclamado figura como sujeto pasivo. Éste es el sentido que se desprende de la regulación prevista en nuestro arbitraje de consumo.

Así, el artículo 31.1 L.G.D.C.U. ordena la Gobierno que instaure un sistema arbitral que resuelva las *quejas* o *reclamaciones* de los *consumidores o usuarios*. No se menciona al empresario. Y el Real Decreto español contiene disposiciones en este sentido: habla de quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios (artículo 2.1), y sólo se refiere a las solicitudes de arbitraje presentadas por éstos (artículo 3.1), por ejemplo.

De la regulación argentina parece deducirse este carácter unidireccional, puesto que las referencias que se contienen a consumidores y a proveedores se efectúan en sentido similar a la efectuada por las disposiciones españolas. Al respecto, el artículo 1.º Decreto 276/98 se refiere a las reclamaciones de consumidores y usuarios; el artículo 11 Resolución 212/98 habla de proveedor reclamado al que se le notifica la solicitud de arbitraje; el artículo 13 Resolución 212/98 dispone que «los consumidores interesados en someterse voluntariamente al proceso arbitral deberán presentar su reclamación por escrito [...]», mencionando a continuación al proveedor reclamado; el artículo 14 Resolución 212/98 añade que «las partes, al presentar la reclamación y al contestar la misma, *respectivamente* [...]» (la cursiva es nuestra), o el artículo 15 establece que el proveedor adherido al sistema será notificado de la existencia

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la solicitud de arbitraje admitida. No obstante, en alguna ocasión no especifica y tanto el Decreto como la Resolución hablan de parte reclamada o de parte reclamante, pero se presume a quiénes corresponde tales posiciones, respectivamente.

En otro orden de cosas, los consumidores y usuarios pueden presentar personalmente o a través de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, las solicitudes de arbitraje (artículo 5.º R.D.S.A.C.). Se admite que las partes pueden actuar por sí mismas o debidamente representadas (artículo 10.2 R.D.S.A.C.), y se deja a la voluntad de las partes la posibilidad de actuar por medio de abogado, por aplicación supletoria del artículo 21.3 L.A.

Igualmente, el Decreto argentino admite que las partes puedan actuar por derecho propio o debidamente representadas, no siendo «obligatorio el patrocinio letrado para actuar ante los Tribunales Arbitrales de Consumo» (artículo 9.º). Sin embargo, esta previsión es desarrollada por la Resolución 212/98 en la que se concreta la posibilidad de que los consumidores o los empresarios sean representados por asociaciones de consumidores o empresariales, respectivamente, pero en todo caso deberán concurrir personalmente a las audiencias a las que se los convoque y demás actos que el Tribunal Arbitral de Consumo establezca (artículo 12).

IV. El convenio arbitral. Especial atención a la oferta pública de adhesión

El convenio arbitral es en un elemento imprescindible en el arbitraje de consumo y en el arbitraje en general, en el que se constata la voluntad inequívoca de las partes de someterse a este mecanismo de solución de conflictos (*vid.* artículo 5.1 L.A.), y que es exigido en estos dos sistemas.

Así, pues, el comienzo del procedimiento arbitral propiamente dicho requiere en todo caso la previa existencia de convenio arbitral, que «es siempre un *contrato*, pacto o acuerdo consensual: un acto de autonomía privada de la voluntad, que adopta la forma de contrato»[42].

En este sentido, el artículo 23.1 Decreto 276/98 exige que «el sometimiento voluntario de las partes contendientes se efectuará en todos los casos

42. Arturo Álvarez Alarcón, *El sistema español..., op. cit.*, pág. 174. En la Exposición de Motivos de la Ley española de Arbitraje se habla del convenio arbitral como del «instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición que reconoce el artículo primero».

y sin excepción a través del acuerdo arbitral que establezca la Autoridad de aplicación» (artículo 23.2). De forma similar, el artículo 1.1 L.A. dispone que las personas naturales o jurídicas pueden someterse al arbitraje *previo convenio*, exigiéndose que éste exprese la voluntad inequívoca de las partes de someterse a la decisión de uno o más árbitros (artículo 5.1 L.A.).

El convenio arbitral de consumo puede formalizarse o perfeccionarse de diferentes maneras a tenor de la regulación analizada, en lo que se asemejan tanto el sistema español como el sistema argentino. Con respecto al primero, de la interpretación conjunta de la Ley de Arbitraje de 1988 y el Real Decreto de 1993 se obtienen las siguientes posibilidades de formalizar un convenio[43] de esta naturaleza:

- Como cláusula incorporada a un contrato principal (artículo 6.1 L.A.).
- Como acuerdo independiente de un contrato principal reflejado en un solo documento (artículo 6.1 L.A.).
- Como contrato independiente que deriva del intercambio de varios documentos (artículo 6.2 L.A.).
- Por medio de una oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo realizada por el empresario y a la que, posteriormente, ha de seguirle una solicitud de arbitraje del consumidor que coincida con el ámbito de la oferta (artículo 6.1 R.D.S.A.C.).
- Cuando la solicitud de arbitraje del consumidor es aceptada por el empresario (no existe previo convenio arbitral ni oferta pública de sometimiento o existe con un ámbito que no coincide con el de la solicitud) (artículo 9.1 R.D.S.A.C.).

En relación con el modelo argentino, el Decreto 276/98 sin duda alguna deja reflejada la necesidad de suscribir *acuerdo arbitral* (*v.gr.*, artículos 8.º y 23), que es la expresión que utiliza. Los «los consumidores o usuarios que decidan someterse voluntariamente al sistema de solución de conflictos del consumo», conforme al procedimiento arbitral dispuesto en el mencionado Decreto, «deberán suscribir el convenio arbitral en los formularios que la Autoridad de aplicación proveerá al efecto. El proveedor o comerciante individual también deberá suscribirlo en el supuesto en que no se encuentre adherido a la oferta pública de adhesión al sistema nacional de arbitraje de con-

43. En el sistema español de arbitraje de consumo no se exige declaración de la existencia del convenio arbitral cuando la solicitud y la oferta pública de sometimiento coinciden en los ámbitos objetivo y territorial (en cuanto a la cuestión litigiosa y en cuanto a la Junta Arbitral de Consumo).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sumo» (artículo 23.1)[44]. Es decir, que este modelo acoge las dos últimas formas enumeradas que versan sobre la formalización o perfeccionamiento del convenio arbitral, y que se contienen en el Real Decreto español. En concreto, el artículo 8.º Decreto 276/98 dispone que «la solicitud de sometimiento al Tribunal Arbitral de Consumo, a través de la suscripción y presentación del correspondiente acuerdo arbitral, importará la aceptación y sujeción de las partes a las reglas del procedimiento que fije la Autoridad de aplicación».

El acuerdo arbitral queda formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje si el proveedor ha realizado la referida oferta pública de adhesión (artículo 13), haciéndose similar matización que en el modelo español: ha de encontrarse incluida dentro del ámbito de la oferta pública efectuada (artículo 13.1 Resolución 212/98). Además, debe encuadrarse en las materias objeto de arbitraje a que se refiere el artículo primero del Decreto 276/98. La Dirección Nacional de Consumo analiza las ofertas (artículo 37 Resolución 212/98) a efectos de incluirlas o no en el sistema. Aunque no se especifique en el caso español, ha de entenderse que la Junta Arbitral de Consumo correspondiente rechazará aquellas solicitudes de oferta pública de adhesión que no se adecuen a la legalidad.

En ambos casos, esta formalización o perfeccionamiento del convenio arbitral implica la obligación de cumplir el laudo arbitral. No se dice expresamente, pero se deduce al reiterar el carácter vinculante y ejecutivo del laudo arbitral para las partes (artículos 31 L.G.D.C.U., 17 R.D.S.A.C., 14 Decreto 276/98 y 25 Resolución 212/98).

1. *Especial atención a la oferta pública de adhesión*

El empresario, en el modelo español, o el proveedor, en el modelo argentino, han de presentar su solicitud por escrito en la que se ha de contener la declaración de voluntad de someterse al arbitraje del sistema de arbitraje de consumo (artículos 6.2 R.D.S.A.C., 19 Decreto argentino y 37.2.b Resolución 212/98), así como el compromiso de cumplir el laudo arbitral (artículos 6.2.c R.D.S.A.C. y 37.2.d Resolución 212/98). Además, nuestro

44. En los folletos informativos distribuidos por la Autoridad de aplicación y dirigidos a consumidores y proveedores, se expresa que «el sistema arbitral es voluntario, por lo que, para que el arbitraje pueda llevarse a cabo, es necesario que tanto el consumidor como el proveedor (empresa, comercio) manifiesten en forma explícita su acuerdo de someterse al mismo».

sistema admite que la solicitud se confeccione a través de alguno de los modernos medios de documentación mencionados en el artículo 5.º R.D.S.A.C. (artículo 6.2 R.D.S.A.C.).

Esta oferta pública de adhesión ha de reunir otros requisitos previstos expresamente en las normas reglamentarias respectivas. El Real Decreto español exige, por una parte, que especifique el ámbito de la oferta, pero no aclara a qué se está refiriendo: si al ámbito territorial, si al ámbito objetivo, etcétera. Por otra, debe constar el plazo de validez de la oferta, aunque si es omitido, se entenderá *ope legis* efectuada la oferta por plazo indefinido (artículo 6.2). No se menciona la posibilidad de prórroga: ni se prohíbe ni se admite expresamente. Mas resulta paradójico que los modelos elaborados por el Instituto Nacional de Consumo introduzcan la cláusula relativa a que el compromiso de adhesión de la empresa es de carácter indefinido pese al tenor de la norma reglamentaria[45]. La regulación de la oferta pública de adhesión es parca en el Real Decreto 636/1993, lo que puede originar problemas de interpretación.

Al respecto, el modelo argentino contiene una regulación más detallada que el nuestro en la medida en que concreta estos extremos, aparte de establecer algún otro requisito[46]. Se exige que la oferta contenga el ámbito material, territorial y temporal de la oferta, de modo que debe precisar el proveedor los bienes o servicios a que se ajustará la oferta, a qué jurisdicciones está circunscrita[47] y cuál es el plazo de validez de la oferta, que no puede ser inferior a seis meses. Este plazo es prorrogable automáticamente por un periodo igual, salvo que medie renuncia del proveedor conforme a las previsiones del

45. *Sistema arbitral de consumo, op. cit.*, pág. 86.

46. Este artículo 37 Resolución 212/98 ha de contener estos otros contenidos: delegación de la elección del árbitro institucional en la Autoridad de aplicación y renuncia a todos los recursos que se puedan interponer durante la sustanciación del procedimiento y contra el laudo, salvo en relación a los expresamente previstos en el artículo 16 Decreto 276/98 (recurso de nulidad o acción de nulidad). Algún autor muestra su recelo respecto a esta previsión, puesto que existen Códigos procedimentales locales que prevén la irrenunciabilidad de algunos recursos en materia de arbitraje, como son los nulidad y de aclaratoria (Jorge Andrés SARAVIA, *Sistema nacional de arbitraje de consumo, op. cit.*).

47. En cuanto al límite territorial, la referencia reglamentaria parece aludir a la determinación por el proveedor de los Tribunal Arbitrales de Consumo, nacional o provinciales, a los que se someterá, según se especifica en el folleto informativo distribuido a los proveedores por la Autoridad de aplicación. Resulta curioso comprobar en ese mismo folleto que incluye como posible limitación del proveedor a la oferta pública de adhesión la cuantía máxima de la reclamación, y, sin embargo, no se menciona el límite temporal.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

artículo 38 Resolución 212/98[48], o también es posible que amplíe el plazo de la oferta. En el caso de que la solicitud carezca de las indicaciones objetiva y territorial, «se entenderá que la oferta se ha realizado para todos los bienes producidos y/o comercializados por el proveedor, y que éste acepta la jurisdicción de todos los Tribunales Arbitrales de Consumo establecidos o que se establezcan en el futuro en el territorio nacional» (artículo 37 Resolución 212/98).

Sin embargo, según que estemos en presencia de uno u otro sistema, difiere el lugar y el órgano ante el cual el empresario o el proveedor han de presentar su solicitud. En el modelo español, el empresario debe acudir a la Junta Arbitral de Consumo a través de la que se adhiere al sistema (artículo 6.2 R.D.S.A.C.). Una vez que aquélla acepta la solicitud[49], le entregará el *distintivo oficial*[50] que acredita que el empresario ha efectuado dicha oferta, y de lo que se dejará constancia en el libro que a estos efectos elaborará la Junta Arbitral de que se trate. El otorgamiento del distintivo oficial se plasmará en el Diario Oficial que corresponda a dicha Junta (artículo 7.º R.D.S.A.C.), otorgándole así publicidad a esta oferta de adhesión. Ciertamente, la norma española no concreta de forma expresa nada con respecto al examen de estas solicitudes de oferta para su admisión o rechazo. Se presupone que es la Junta Arbitral la que debe efectuarlo y admitir aquellas que se ajusten a la legalidad.

Por su parte, el proveedor ha de utilizar los formularios aprobados por la Dirección Nacional de Comercio Interior, que debe presentar ante el Registro de Oferta Pública de Adhesión al Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (artículos 19 Decreto 276/98 y 37 Resolución 212/98). Esta Dirección se encarga de evaluar las solicitudes y de comprobar si cumplen los requisitos exigidos por el sistema nacional de arbitraje de consumo. En el caso de que proceda su admisión, la inscribirá en el citado Registro (artículo 37 Resolución 212/98), y le otorgará el distintivo oficial de sometimiento al arbitraje de consumo (artículo 20 Decreto 276/98), al igual que en el modelo español. En cuanto a la publicidad, el citado Decreto adopta otra perspectiva con respecto a la norma española: impone la obligación al proveedor de informar

48. Aunque el artículo 37 Resolución 212/98 se remite a las previsiones del artículo 36, creemos que se trata de un error tipográfico y que, en realidad, la mención es al artículo 38, relativo a la renuncia y a la modificación de la oferta pública de adhesión.

49. El Instituto Nacional de Consumo español ha elaborado un modelo de solicitud de oferta (*Sistema arbitral de consumo, op. cit.*, pág. 86).

50. Este distintivo oficial se configura en el Anexo del R.D.S.A.C. Del mismo modo, el Anexo I de la Resolución 212/98 reproduce el distinto oficial del sistema argentino.

adecuadamente a los consumidores o usuarios de tal circunstancia (artículo 20), lo que, en la práctica, puede resultar más eficaz que la publicación en un Diario Oficial como ocurre en el modelo español.

Las normas reglamentarias argentinas contienen la posibilidad de *modificar* cualquiera de las características de la oferta respecto de las anteriormente fijadas (artículo 37). Referencia que no se recoge en el Real Decreto español, así como tampoco la facultad que se atribuye a la Autoridad de aplicación de excluir del Registro de Oferta Pública de Adhesión al infractor de las obligaciones emergentes de los laudos dictados por Tribunales Arbitrales de Consumo (artículo 21 Decreto 276/98).

En ambos sistemas se posibilita que el empresario o el proveedor *renuncien* a la oferta pública de adhesión (artículo 7.3 R.D.S.A.C., artículo 22 Decreto 276/98 y artículo 38 Resolución 212/98). En uno y otro, se requiere denuncia expresa con antelación al vencimiento de la oferta pública de adhesión, si bien sólo la norma argentina establece un plazo al efecto: la renuncia ha de presentarse con dos meses de antelación. Pero, cómo se interpreta esta previsión en el caso español (renuncia con antelación al vencimiento) cuando se haya realizado por tiempo indefinido. Esta cuestión no parece suscitarse en el sistema argentino, debido a que parece improbable que el plazo de la oferta se fije por tiempo indefinido dado el tenor del artículo 37.3.III Resolución 212/98: el proveedor debe fijar un plazo no inferior a seis meses (parece referirse a un plazo concreto y determinado), además, en otro caso, parece no tener sentido la cláusula reglamentaria de la prórroga automática.

El Real Decreto español se limita a recoger la posibilidad de renuncia, que la Junta publicará en el Diario Oficial correspondiente (que deberá actualizar el registro o el censo), y que conlleva la pérdida del derecho a ostentar el distintivo oficial desde la fecha de comunicación de la renuncia[51]. Por su parte, en el sistema arbitral argentino, la renuncia también implica la pérdida del derecho de ostentar el distintivo oficial, pero especifica que desde la fecha de vencimiento del plazo de validez de la oferta (artículo 38 Resolución 212/98), lo cual es lógico si el plazo se fijó por tiempo definido, como parece ser el criterio seguido en la norma reglamentaria argentino, según lo expuesto.

51. Sin embargo, resulta curioso comprobar que el modelo de compromiso de adhesión de empresas previsto por el Instituto Nacional de Consumo prevé la siguiente cláusula: «que el presente compromiso es de carácter indefinido, salvo denuncia expresa por alguna de las partes realizada con seis meses de antelación». No olvidemos que el Real Decreto permite un plazo de validez de la oferta por tiempo *definido* y que el denunciante no es otro que el empresario que es quien realiza la oferta.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Es manifiesta la diferencia entre estos dos sistemas en lo que respecta a la publicidad de la renuncia (al igual que ocurría con la publicidad de la oferta). En el modelo argentino, se impone la obligación al proveedor de informar adecuadamente a los consumidores de su renuncia, incluso la Dirección Nacional de Comercio Interior puede ordenarle que informe de tal circunstancia «en un medio masivo de comunicación», y mientras no cumpla con estos requisitos la adhesión a la oferta pública subsistirá (artículo 38 Resolución 212/98). En nuestro sistema, el empresario no queda obligado a difundir su renuncia a la adhesión al sistema arbitral de consumo como tampoco su adhesión al mismo, aunque pueda hacerlo *motu proprio*.

Al hilo de la exposición, surge la cuestión relativa a los efectos de la eficacia temporal de la oferta. El reglamento español adolece de referencia alguna, por lo que es la doctrina la que proporciona alguna posible solución. Así, «el problema consiste en dilucidar qué cuestiones litigiosas referidas a qué relaciones jurídicas pueden ser suscitadas ante el arbitraje de consumo, considerando que la oferta pública de sometimiento tiene una vigencia temporal. A mi entender, cuando un empresario publica su oferta de sumisión al arbitraje la extiende a toda cuestión litigiosa que se pueda plantear desde ese instante, aunque se trate de contratos celebrados con anterioridad a la fecha de emisión de aquélla»[52].

Ahora bien, el problema se complica cuando «la cuestión litigiosa se plantee después de vencida la oferta pública de sometimiento, pero relativa a relaciones jurídicas nacidas bajo su vigencia. Si la oferta pública de sometimiento se había formulado por un plazo determinado, el cual ha debido gozar, lógicamente, de igual publicidad, la cuestión litigiosa posterior al vencimiento de aquélla no podrá llevarse al sistema de arbitraje de consumo; en cambio, si no se fijó un plazo de duración de la oferta pública de sometimiento y su autor la revoca, no parece que pueda extenderse los efectos de la revocación a todos los contratos celebrados bajo su imperio. La oferta pública de sometimiento habría de considerarse como una cláusula de un contrato principal por el que una parte ofrece a otra la posibilidad de celebrar otro contrato. No habiendo fijado un plazo de duración de esta oferta, rige durante la vida del contrato principal»[53].

Por su parte, la norma argentina contiene alguna alusión a esta cuestión suscitada, ofreciendo la solución siguiente: «la renuncia del proveedor no

52. Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español..., op. cit.*, págs. 184 y 185.
53. Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español..., op. cit.*, págs. 184 y 185.

invalidará su obligatoriedad de someterse a los Tribunales Arbitrales de Consumo, respecto de los productos y servicios comercializados con anterioridad al vencimiento del plazo de validez de la oferta» (artículo 38 *in fine* Resolución 212/98).

V. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE CONSUMO

1. *Iniciación del arbitraje: solicitud y admisión*

En nuestra doctrina, se define la solicitud de arbitraje como «la petición formal que el consumidor dirige a una Junta Arbitral de Consumo concreta para que acepte la administración de un arbitraje, así como la designación de los árbitros que en su día deban dictar el laudo. Al mismo tiempo contiene la invitación al empresario para que, si no lo ha hecho aún, acepte someterse al referido arbitraje»[54]. En similar sentido se configura en el sistema argentino, si bien la solicitud debe presentarse ante la Dirección Nacional de Comercio Interior (artículo 2.º Resolución 212/98).

El sistema español de arbitraje de consumo sólo alude a la *forma* que ha de revestir la solicitud arbitral de consumo (artículo 3.º R.D.S.A.C.), pero nada se dice acerca de su contenido. Esto es, se alude a que ha de presentarse por *escrito*[55], aunque también se admite a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad (artículo 5.º R.D.S.A.C.). Por su parte, la norma reglamentaria argentina exige que la reclamación del consumidor se efectúe por escrito (artículo 13 Resolución 212/98), sin que dé entrada a aquellos modernos medios de reproducción y documentación[56].

En el sistema español, no se exige la previa formalización del convenio arbitral antes de presentar la solicitud de arbitraje, como vimos, sino que

54. Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español..., op. cit.*, pág. 210.
55. Ciertamente, el artículo 31 L.G.D.C.U. alude sólo al carácter escrito, pero tal vez la explicación de que se añadan modernos medios de documentación sea una adaptación a la realidad técnica actual, que presenta un mayor grado de evolución que con respecto a 1984. No obstante, no vamos a detenernos en la cuestión de los modernos medios de documentación y reproducción sobre los que existe una amplia doctrina jurisprudencial, y sobre los que se plantea el problema de la fehaciencia.
56. De forma genérica, el Decreto 276/98 dispone que el sometimiento de las partes al arbitraje de consumo deberá constar expresamente por escrito (artículo 1.2).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

aquél puede perfeccionarse posteriormente si el empresario, en caso de no exista oferta pública de sometimiento (o no coincida objetiva y territorialmente con la efectuada), acepta someterse al sistema de arbitraje de consumo, o se formaliza con la presentación de dicha solicitud si existe oferta pública de adhesión, siempre y cuando con su ámbito objetivo y territorial.

Al respecto, el artículo 6.1 R.D.S.A.C. proclama que, cuando se recibe en la Junta Arbitral de Consumo correspondiente la solicitud de arbitraje, se formaliza o perfecciona el convenio si hubiera oferta pública de sometimiento del empresario con anterioridad a la presentación de aquella solicitud, siempre y cuando coincida el ámbito de la solicitud con el de la oferta pública de sometimiento (artículo 6.1 R.D.S.A.C.). Esto quiere decir que la Junta Arbitral de Consumo ha de comprobar este extremo.

Si, por el contrario, es una oferta de convenio arbitral, éste se perfecciona en el momento en que llega a conocimiento de la Junta Arbitral de Consumo la aceptación del empresario a tenor de lo previsto en el artículo 9.1 R.D.S.A.C. Si no media oferta, en el caso de que acepte, el convenio arbitral quedará perfeccionado, debiendo notificarse al consumidor la respuesta del empresario así como la declaración de existencia del convenio. Si no contesta el reclamado, al no constar formalizado previamente el convenio arbitral, no contestase en el plazo quince días, «la Junta Arbitral de Consumo ordenará el archivo de las actuaciones, notificándolo al reclamante» (artículo 9.2 R.D.S.A.C.).

En el sistema español, si las partes hubieran suscrito convenio arbitral en documento independiente o mediante cláusula de un contrato principal y el consumidor adjunta a su solicitud de arbitraje dicho documento, los trámites son los mismos que si mediara oferta pública de adhesión.

Del artículo 9.1 R.D.S.A.C. se deduce que el empresario ha de ser notificado en todo caso de la presentación de una solicitud de arbitraje contra él, exista o no oferta pública de sometimiento. En este último caso, aquél dispondrá de un plazo de quince días para aceptar o no aceptar la oferta del consumidor (artículo 9.1 R.D.S.A.C.), plazo que empieza a computarse desde que el empresario es notificado.

El Presidente de la Junta Arbitral de Consumo debe estudiar dicha solicitud con el fin de comprobar si es o no admisible conforme a los artículos 1 y 2 L.A. y 2 R.D.S.A.C. (artículo 8.1 R.D.S.A.C.). En caso de que no se ajuste su contenido a lo dispuesto en tales preceptos, el Presidente deberá rechazarla y comunicarlo así a los interesados, quedando abierta la vía judicial (artículo 8.2 R.D.S.A.C.). Si, por el contrario, se adecua su contenido, debe ser aceptada y, por consiguiente, notificarse al reclamado.

2. Procedimiento

Hemos de partir de la base de que el arbitraje de consumo está presidido por la autonomía de la voluntad de las partes. La Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios española ya advertía que el sistema arbitral debía crearse sin formalidades especiales, especificando la Ley de Arbitraje española que el desarrollo del procedimiento arbitral se regirá por la voluntad de las partes o por las normas establecidas por la institución arbitral a la que se haya encomendado la administración del arbitraje y, en su defecto, por acuerdo de los árbitros (artículo 21.2). De hecho, el Real Decreto de 1993 prevé unas escasas reglas relativas al procedimiento arbitral propiamente dicho, que se completan supletoriamente con las disposiciones de la Ley de Arbitraje, claro está que sin perjuicio de la mencionada cláusula del artículo 21.2 L.A. Téngase en cuenta que la mayor parte de las normas sobre el procedimiento arbitral de la Ley de Arbitraje son de carácter dispositivo.

El Decreto argentino también es parco en normas reguladoras del procedimiento arbitral. Igualmente, el espíritu de este sistema se halla en la autonomía de la voluntad de las partes: el artículo 40 Resolución 212/98 prevé que las partes acepten sin condiciones las reglas de procedimiento establecidas para los Tribunales Arbitrales de Consumo en el acuerdo arbitral. El reclamante y el reclamado, al aceptar someterse a este sistema arbitral, también aceptan esta norma reglamentaria y, con ella, las de la Autoridad de aplicación (por ej., la Resolución 212/98) y las que, por defecto, apliquen los árbitros de las normas procesales locales en la materia[57]. En este sentido, el artículo 17 Decreto 276/98 dispone que será el propio Tribunal el que resuelva todas las cuestiones no previstas en estas normas reglamentarias, aunque también puede aplicar las normas procesales locales que regulen el juicio de amigables componedores, o el arbitraje de derecho, según proceda, en todo lo que sean compatibles.

La Resolución 212/98 amplía mínimamente las escasas previsiones procedimentales del Decreto 276/98 (no indica ninguno de los posibles trámites del procedimiento arbitral: sólo alude a las amplias facultades instructorias

57. En este sentido, el artículo 17 Decreto 676/98 dispone que «el Tribunal Arbitral de Consumo podrá resolver todas las cuestiones de procedimiento no previstas expresamente en el presente decreto o en las normas dictadas por la Autoridad de aplicación, sin perjuicio de poder aplicar, en todo lo que sea compatible, las normas procesales locales que regulen el juicio de amigales componedores, o el arbitraje de derecho, según corresponda». *Vid.* el artículo 18 Decreto 676/98.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que se atribuyen al Tribunal, a que la inactividad de las partes no impide que se dicte el laudo y a la eficacia de éste) y establece tres procedimientos diferentes en atención a la cuantía de la reclamación y a se si se ha de resolver en equidad o en Derecho. El procedimiento base parece ser el de amigables componedores, mientras que el procedimiento de arbitraje de Derecho es optativo para las partes y el procedimiento especial deba aplicarse siempre que la cuantía sea igual o inferior a los quinientos pesos. Si la cuantía no puede ser determinada o determinables, las partes de común acuerdo podrán elegir someterse a cualquiera de los tres (artículo 9.3 Resolución 212/98). Los dos últimos contienen algunas especialidades con respecto al de amigables componedores, al que se remiten en todo lo demás (artículos 26 y 29 Resolución 212/98).

Esta actividad debe cumplir una serie de condiciones (previstas en los artículos 10 y ss. R.D.S.A.C., que deben ser completados con las disposiciones de la Ley de Arbitraje) para que el laudo adquiera un valor equivalente al de una sentencia, o como se declara expresamente, produzca efectos idénticos a la cosa juzgada (artículo 17.1 R.D.S.A.C.). Efectos del laudo que también se predican en el sistema argentino, como veremos.

Tanto el Real Decreto español de 1993 como el Decreto argentino de 1998 principian de igual modo al decir en sus respectivos artículos décimos que el procedimiento («proceso», en el Decreto argentino) arbitral comenzará con la designación del Colegio Arbitral[58] (en Argentina, «Tribunal Arbitral de Consumo»), debiendo regirse por los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes[59]. La norma española añade, además, el principio de gratuidad al que no se alude en la norma argentina[60].

La notificación de la designación de los árbitros ha de realizarse a las partes y a los propios árbitros a los oportunos efectos de plantearse causas de abstención y de recusación. En el Real Decreto español no se hace referencia alguna a la posibilidad de recusar a los árbitros, pero sí en los artículos 17 y ss. de la Ley de Arbitraje. En el Decreto argentino tampoco se hace referencia alguna, si bien habrá de estar a la previsión mencionada de su artículo 17: al acuerdo de los árbitros o la regulación que sobre recusación y abstención puedan contener las normas procesales locales de aplicación en la materia.

58. A este respecto, difiere el artículo 10 R.D.S.A.C. del artículo 22.1 L.A. que entiende de este inicio procedimental en el instante en el que los árbitros han notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje.

59. El Decreto 276/98 deja sentados los principios (audiencia, contradicción e igualdad de partes) por los que debe regirse en todo caso y que debe respetar la Autoridad de aplicación al desarrollar las normas de procedimiento en la Resolución 212/98 en virtud de la función atribuida en el artículo 4.1.a) Decreto 276/98.

60. En este sentido, la norma argentina reproduce estos tres principios enumerados en el artículo 21.1 L.A. española.

Una vez que se ha designado el Colegio Arbitral de Consumo, en buena técnica jurídica procede su efectiva constitución a pesar de que las disposiciones analizadas no dicen nada. La doctrina española entiende que el Presidente del Colegio ha de convocar a los demás miembros para su efectiva constitución, momento en el que deberían ponerse en conocimiento las posibles causas de abstención en que alguno o algunos de ellos puedan estar incursos, a fin de resolverlas, para que, en caso de ser aceptada o aceptadas, se proceda a la sustitución del árbitro afectado. Al respecto, el sistema argentino sí se refiere a la constitución o conformación del Tribunal en el artículo 10 Decreto 276/98, momento a partir del cual se inicia el cómputo del plazo máximo para dictar laudo, y en el artículo 16 Resolución 212/98, que establece un plazo de tres días para su constitución desde que son elegidos: habrá de entenderse desde que se les notifica la designación.

A continuación, según nuestra doctrina, procedería resolver la cuestión relativa a la falta de competencia objetiva o de convenio arbitral no perfeccionado debidamente, a pesar de que, previamente, el Presidente de la Junta Arbitral de Consumo ha analizado si la solicitud se adecua al objeto de los artículos 1.º y 2.º L.A. y el artículo 2.º R.D.S.A.C. Igualmente, el sistema argentino prevé la resolución de la falta de competencia objetiva (es decir, que se solicite el arbitraje sobre alguna materia excluida del sistema de arbitraje de consumo según lo establecido en el artículo 2.º Decreto 276/98) o de una solicitud que sea *inconducente* por parte de la Dirección Nacional de Comercio Interior que rechazará la solicitud y procederá a su archivo (artículo 10 Resolución 212/98)[61], sin otra alusión a un momento posterior cuando el Tribunal ya se ha constituido[62].

Ambas normativas advierten, en una redacción mimética, que la inactividad de las partes no impide que se dicte el laudo ni que se le prive de eficacia (o validez) (artículos 10.3 R.D.S.A.C. y 12 Decreto 276/98), aunque la norma argentina añade, como complemento de esta disposición, que el impulso del procedimiento es de oficio.

61. Añade que es una resolución irrecurrible que deja expeditas las vías administrativa y/o judicial correspondientes.

62. Similar al artículo octavo del Real Decreto español que dispone que «la Junta Arbitral de Consumo, por medio de su Presidente, no aceptará las solicitudes de arbitraje, procediendo a su archivo, cuando se trate de las cuestiones» relacionadas en el artículo 2.2 R.D.S.A.C. Igualmente, esta no aceptación se notifica a las partes y de ja abierta la vía judicial.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Como se comprobará de la exposición siguiente, la normativa argentina hace continuas referencias a breves plazos a diferencia de la regulación española. Téngase en cuenta que, al arbitraje de consumo español, le es de aplicación la disposición del artículo 25.1 L.A. en la que se libera a los árbitros de estar sujetos a concretos plazos en el desarrollo del arbitraje. Claro está, debiendo respetarse en todo caso el plazo para dictar el laudo. Las partes pueden fijar plazos mediante acuerdo, aparte de que los árbitros deban fijar a las partes plazos preclusivos para que formulen las alegaciones (artículo 25.2 L.A.).

A) ALEGACIONES

Una vez constituido el Colegio o Tribunal, el trámite siguiente difiere en uno y otro sistemas. En efecto, en el español, se prevé el trámite de audiencia, en el que las partes deducirán todas las alegaciones en toda su extensión. Se trata del momento procedimental idóneo para efectuarlas (artículo 12.3 R.D.S.A.C.)[63], puesto que, en principio, en el escrito en que las partes se someten al arbitraje sirve para determinar el objeto del arbitraje, pero no tiene por qué concretar las alegaciones. Además, en este trámite, cabe formular la oposición al arbitraje a tenor del 23.1 L.A., cuyos motivos de oposición se reconducen a la competencia objetiva de los árbitros y al convenio arbitral, aun cuando el Real Decreto de 1993 no contenga ninguna alusión al respecto.

En el sistema arbitral de consumo español, la audiencia es un trámite necesario en todo caso, no en vano este procedimiento se rige por los principios de audiencia y contradicción. Ahora bien, debe celebrarse en el plazo máximo de tres meses, computados desde la constitución del Colegio (artículo 12.1 R.D.S.A.C.), que, a su vez, no puede exceder del plazo de cuatro meses dispuesto para dictar el laudo, contados desde la designación de los árbitros (artículo 14.1 R.D.S.A.C.).

El modelo de arbitraje de consumo argentino, prevé una trámite anterior al de audiencia como parece deducirse de los artículos 16, 17 y 18 Resolución 212/98 y que no es otro que el de la contestación del proveedor a la reclamación del consumidor. En este sentido, el artículo 16.2 Resolución 212/98 dispone que la Secretaría del Tribunal notificará la reclamación al proveedor

63. En esta idea se corrobora en el artículo 23.1 L.A. que habla de alegaciones iniciales tras el inicio del procedimiento, es decir, una vez formalizado el convenio arbitral y designado el colegio.

en el plazo de cinco días desde la constitución del Tribunal (artículo 16.2), contando con un plazo de diez días para contestar a la reclamación.

En este punto, resulta confuso el momento en que las partes deben hacer sus alegaciones en el procedimiento de amigables componedores y en el de arbitraje de Derecho argentinos, puesto que este trámite previo al de audiencia no se prevé para el procedimiento especial (artículo 31 Resolución 212/98). Al respecto, se pueden hacer algunas puntualizaciones.

Por una parte, hemos de tomar como base la previsión de una contestación a la reclamación del consumidor, de la que no es obligatorio que haga uso el proveedor, sino que es suficiente que tenga la efectiva posibilidad de utilizarla. No se hace ninguna concreción sobre si debe contener alegaciones o efectuar su oposición, por ejemplo. Por otra parte, el artículo 19 Resolución 212/98, fiel reflejo del artículo 12.3 R.D.S.A.C., establece que las partes pueden hacer las alegaciones que estimen necesarias para la mejor defensa de sus intereses en la audiencia. En otras palabras, cabe pensar que las alegaciones pueden efectuarse, por parte del proveedor, en dos momentos distintos, concretándose la pretensión sucesivamente: en la contestación del proveedor a la reclamación del consumidor, tras iniciarse el procedimiento[64] y constituirse el Tribunal, lo que presupondría que la reclamación del consumidor también contiene alegaciones del consumidor, y, en la audiencia propiamente dicha.

Creemos que parecería lógico pensar que el empresario pueda oponerse al arbitraje en la contestación por medio de alguna causa de oposición que no afecte al fondo del asunto, por ejemplo, las causas de oposición previstas en el artículo 23.1 de la Ley española de Arbitraje: falta de competencia objetiva del Tribunal o algún vicio que se refiera a la validez del convenio arbitral. Ahora bien, si la Dirección Nacional cumple óptimamente sus funciones, rechazando *in limine* cualquier solicitud que sea inconducente o dé lugar a incompetencia objetiva del sistema (artículo 10 Resolución 212/98), esta oposición tendrá éxito si se ataca la validez del convenio arbitral, y, excepcionalmente, en algún supuesto de incompetencia objetiva.

En otro caso, nuestra duda es ¿cuál es la finalidad de este trámite de contestación, si las partes pueden alegar *todo* lo que estimen adecuado para su defensa en la audiencia convocada dándole un sentido similar al que se otorga a la audiencia del arbitraje de consumo español?

En la órbita del procedimiento de arbitraje de Derecho, es posible interpretar estos trámites de forma diferente: cabría pensar que las alegaciones y, por tanto, la pretensión, quedan fijadas con anterioridad a la celebración de

64. Se sobreentiende que el convenio arbitral previamente se ha perfeccionado.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la audiencia, puesto que la apertura a prueba se ordena una vez contestada la reclamación. Además, dichas pruebas pueden practicarse hasta la fecha fijada para la realización de la audiencia (artículo 27 Resolución 212/98).

En otro orden de cosas, la audiencia debe ser oral en todo caso en el sistema arbitral de consumo argentino (artículo 19.1 Resolución 212/98), mientras que, en el español, puede ser oral o escrita (artículo 12.3 R.D.S.A.C.). En ambos modelos, la audiencia tiene carácter privado, aunque el sistema argentino expresamente se deja a las partes que acuerden el carácter público de la audiencia (artículo 18 *in fine* Resolución 212/98).

Asimismo, coinciden en posibilitar una nueva audiencia, en cumplimiento de los principios que rigen el procedimiento arbitral, si, por causa justificada, no pudo celebrarse la anterior (artículos 12.2 R.D.S.A.C. y 18.2 Resolución 212/98). Ahora bien, procede matizar esta afirmación, puesto que la norma argentina parece entender que sólo puede fijarse una nueva fecha para celebrar la audiencia si por causa justifica no se celebró la primera. Así, si las partes o alguna de ellas no concurrieran a esta segunda audiencia, con independencia de que medie o no justa causa, la audiencia se celebrará: el artículo 18.2 Resolución 212/98 parece estar redactado en términos obligatorios[65].

Una vez contestada la reclamación o vencido el plazo para hacerlo, el Tribunal debe fijar la audiencia en el procedimiento argentino de amigables componedores para que las partes concurran en un plazo máximo de diez días (artículo 18.1 Resolución 212/98). Redacción algo confusa, que puede dar lugar a diversas interpretaciones, aunque parece lógico pensar que la audiencia ha de celebrarse dentro del mencionado plazo, debiendo fijar como término uno de esos días el Tribunal, o bien que el Tribunal tiene un plazo de diez días para fijar el día en que tendrá lugar la audiencia en una fecha posterior al fijado plazo. Con respecto a la eventual segunda y última audiencia mencionada, ningún plazo se prevé ni para fijarla ni máximo para su celebración.

No parece que el trámite de audiencia del procedimiento arbitral de consumo argentino esté sometido a un plazo preclusivo, a diferencia del español, si bien, en todo caso, el límite último lo determina el plazo máximo para dictar el laudo. No obstante, téngase en cuenta que se prevé la práctica de la

65. El tenor literal de este precepto reza como sigue: «Si por causa justificada la audiencia no pudiera realizarse, el Tribunal Arbitral de Consumo señalará por única vez una nueva fecha para su práctica, la que se desarrollará aún en el caso de incomparecencia del consumidor y/o proveedor reclamado».

prueba, al menos en el procedimiento de amigables componedores, pues «no lograda la conciliación el Tribunal oirá a las partes y ordenará la producción de las pruebas que estime pertinentes» (artículo 19.2 Resolución 212/98)

La norma española no está redactada en términos tan categóricos, pues parece posibilitar que se convoque nueva audiencia, si la anterior no pudo celebrarse por causa debidamente justificada: literalmente se dice que «si por causa debidamente justificada no pudiera cumplirse el trámite de audiencia, el Colegio Arbitral señalará una nueva fecha para su práctica» (artículo 12.2 R.D.S.A.C.). Ahora bien, con el límite del plazo máximo para celebrar audiencia, pues este trámite precluirá si no celebra en dicho plazo (*vid.* artículo 25.1 L.A.).

En ambos modelos de arbitraje de consumo, en el trámite de audiencia, el Colegio o el Tribunal intentarán conciliar a las partes, si bien se configura como una facultad del Colegio en el sistema español: «podrá intentar la conciliación» (artículo 12.4 R.D.S.A.C.), mientras que, en el argentino, constituye una obligación del Tribunal Arbitral: «deberán intentar la conciliación» (artículo 19.2 Resolución 212/98).

B) PRUEBA

Al respecto, la regulación española es escasa tanto en el Real Decreto (artículo 13) como en la Ley de Arbitraje (artículos 26 a 28), pues se apuntan sólo algunas reglas. Se deja así a la voluntad de las partes o al acuerdo del Colegio (artículo 21.2 L.A.) determinar las normas por las que se debe regir el período probatorio.

Tampoco en las normas reglamentarias argentinas se contiene una detallada exposición de la prueba. Las referencias son mínimas: por ejemplo, se ordena la apertura del procedimiento a prueba, se establece que el Tribunal ha de fijar el plazo máximo de su producción y que «son admisibles todos los medios probatorios establecidos por las normas procesales respectivas»[66] (artículo 19 Resolución 212/98)[67]. Será entonces el Tribunal Arbitral el que

66. En un sentido similar, el artículo 26.2 L.A., que se aplica supletoriamente, dispone que «los árbitros practicarán [...] las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en Derecho».

67. Alguna referencia a la prueba se hace también, como especialidad con respecto al procedimiento de arbitraje de amigables componedores, en los procedimientos de arbitraje de derecho y especial (artículos 27, 32 y 33 Resolución 212/98).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

concrete las reglas necesarias por aplicación del artículo 17 Decreto 276/98, en el que no se hace referencia al acuerdo de la voluntad de las partes a diferencia del sistema español.

El sistema español admite que la prueba sea a instancia de parte o de oficio (artículos 13 R.D.S.A.C. y 26 L.A.). El modelo de arbitraje de consumo argentino parece recoger esta opción a tenor de las referencias del artículo 11 Decreto 276/98 y de los artículos 19, 20, 27 y 33 Resolución 212/98.

Por su parte, el Tribunal argentino puede suspender la audiencia mientras que se practica la prueba, pues se dice textualmente que «el Tribunal Arbitral de Consumo podrá disponer un cuarto intermedio de la audiencia hasta tanto tenga en su poder el resultado de las pruebas ordenadas» (artículo 19.2 Resolución 212/98), además del deber de determinar un plazo máximo para la producción de las pruebas en el procedimiento de arbitraje de equidad.

Una vez practicada la prueba, el sistema español de arbitraje de consumo *posibilita* que el Tribunal cite a las partes para una nueva audiencia (artículo 12.4 R.D.S.A.C.). Aun cuando la reglamentación argentina se manifiesta en similares términos, parece que, en todo caso, debe celebrarse esta ulterior audiencia tras la práctica de la prueba, pues «oídas las partes, el Tribunal dictará sin más trámite el laudo» (artículo 22 Resolución 212/98)[68].

C) LAUDO

En este epígrafe únicamente aludiremos a la decisión que pone fin al arbitraje y que recibe, en sentido estricto, la denominación de *laudo*, dejando a un lado todas aquellas otras decisiones que los árbitros deben adoptar a lo largo de la tramitación del procedimiento arbitral: por ejemplo, admisión de pruebas, fijación de audiencia, etcétera. En este sentido, ambas regulaciones utilizan este término jurídico para referirse a la decisión que concluye el procedimiento arbitral.

Así, el sistema arbitral de consumo argentino, aparte de aludir providencias de mero trámite (artículo 7.º) o de auto de apertura a prueba en el procedimiento de arbitraje de Derecho (artículo 26), y, en general, utilizar los términos de decisiones o resolución del Tribunal (artículos 21 y 24), utiliza el

68. En términos similares se redactan los artículos 27 *in fine* y 34 Resolución 212/98 en los procedimientos de arbitraje de Derecho y especial, respectivamente.

término de *laudo* para denominar a la decisión que pone fin al procedimiento (*v.gr.*, artículos 22, 24 y 25). También el sistema español utiliza esta terminología para referirse a la resolución que pone fin al procedimiento, incluyendo el supuesto de conciliación que debe adoptar, igualmente, la forma de laudo (artículo 12.4 R.D.S.A.C.). Sin embargo, en el caso de que logre la conciliación en el procedimiento arbitral argentino, no se dicta laudo, sino que se hará homologada por el Tribunal de lo que se dejará constancia en el acta (artículo 19 Resolución 212/98).

En resumidas cuentas, los árbitros ponen fin al procedimiento arbitral de consumo con la emisión del laudo, cumpliendo así la obligación que asumieron. El laudo concluye de forma definitiva el arbitraje y adquiere el carácter de título ejecutivo en ambos sistemas en caso de que no se cumpla voluntariamente. No obstante, hemos de tener en cuenta que la regulación sobre el laudo arbitral es más exhaustiva en el sistema español (la norma reglamentaria complementada con las disposiciones de la Ley de Arbitraje) que la prevista en normativa argentina sobre arbitraje de consumo.

En ambos sistemas, se dispone que el laudo (así como cualquier otra resolución) se adopte por mayoría de votos, pero no se establece disposición alguna relativa al desarrollo de la deliberación y la votación[69]. El modelo español, especifica que, en caso de empate, el voto del Presidente como dirimente, es decir, al Presidente se le atribuye voto de calidad (artículo 15 R.D.S.A.C.), y, en el supuesto de negativa a firmar de alguno de los árbitros, se presume legalmente que se adhiere a la decisión de la mayoría (artículo 33.1 L.A.). Al respecto, no se dice nada en las normas reglamentarias argentinas, con la salvedad del Tribunal Arbitral de Consumo unipersonal argentino que, por su propia naturaleza, no requiere estas especificaciones.

El momento que sirve de inicio del procedimiento[70] (la designación de los árbitros) es importante en el sistema español a efectos de computar el plazo máximo de cuatro meses para dictar el laudo (artículo 14 R.D.S.A.C.). Sin embargo, la norma argentina fija el comienzo del cómputo del plazo máximo de ciento veinte días hábiles para laudar en un momento posterior al de inicio del procedimiento: desde la constitución del Tribunal Arbitral en un plazo de tres días (artículo 16 Resolución 212/98). El plazo, pues, para laudar en el sistema argentina resulta algo mayor que en el nuestro.

69. El artículo 7.º Resolución 212/98 atribuye al Presidente del Tribunal Arbitral de Consumo la función de dirigir el procedimiento. Se hecha en falta una disposición parecida en el Derecho español.

70. A partir del cual los árbitros han de cumplir su obligación de laudar.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Sendos plazos admiten prórroga por acuerdo expreso de las partes (artículos 14.2 R.D.S.A.C., 30 L.A. y 10 Decreto argentino)[71], con la diferencia de que el acuerdo expreso de prórroga ha de notificarse con, al menos, dos días de antelación al Tribunal Arbitral de Consumo argentino (artículo 23 Resolución 212/98), mientras que la norma española no contiene una precisión en este último sentido, pues sólo se indica que se notificará «antes de la expiración del plazo inicial» (artículos 14.2 R.D.S.A.C. y 30.2 L.A.).

En el procedimiento argentino de amigables componedores y en el de arbitraje de Derecho, el laudo ha de dictarse en el plazo máximo de diez días desde la fecha de finalización de la audiencia. En el procedimiento especial, debe dictarse en la misma audiencia a las partes o en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas (artículos 22 y 34 Resolución 212/98, respectivamente). Recuérdese que el sistema español libera a los árbitros de estar sujetos a concretos plazos como ocurre con el argentino (artículo 25.2 L.A.), con las salvedades hechas, entre ellas, el plazo máximo para dictar el laudo.

Los dos sistemas coinciden en exigir la emisión del laudo por escrito, si bien el argentino exige se motive la decisión tanto si es arbitraje de Derecho como si es de equidad (o se tramita por el procedimiento especial) (artículo 25 puesto en relación con los artículos 26 y 29 Resolución 212/98). El modelo español sólo exige la fundamentación del laudo en el arbitraje de Derecho (artículo 16.2 R.D.S.A.C.). De todas formas, debe presuponerse que, aun cuando se exija la motivación del laudo en el arbitraje de equidad argentino, aquélla no debe basarse en normas jurídicas: esta fundamentación queda reservada al arbitraje de Derecho por propia esencia.

Con respecto al contenido del laudo, nada se especifica en el modelo argentino, a diferencia del español que lo concreta en los artículos 12.4 y 16 R.D.S.A.C., a los que supletoriamente se les aplica lo dispuesto en los artículos 32 y siguientes de la Ley de Arbitraje.

En cuanto a la eficacia de los laudos emitidos en ambos sistemas, se predica su carácter vinculante y que producen efectos idénticos a la cosa juzgada (artículos 17.1 R.D.S.A.C. y 14 Decreto 276/98). En ambos casos, en caso de que no se cumplan voluntariamente, la parte puede acudir a la ejecución forzosa prevista en las normas procesales (artículos 17.2 R.D.S.A.C., 53 y siguientes L.A. y artículo 14 *in fine* Decreto 276/98).

71. Además, el artículo 30.2 L.A. dispone que, «transcurrido el plazo sin que se hubiere dictado el laudo, quedará sin efecto el convenio arbitral y expedita la vía judicial para plantear la controversia»; de todas formas, el laudo extemporáneo es causa de nulidad del artículo 45.3 L.A. En las normas reglamentarias argentinas, nada se especifica en este sentido.

COMISIONES ROGATORIAS

LAS REFORMAS PROCESALES PENALES EN AMÉRICA LATINA. UN RESUMEN

KAI AMBOS Y JAN WOISCHNIK*

SUMARIO:

Observación previa. — 1. Bases político-jurídicas y principios constitucionales del procedimiento penal. 1.1. Persecución penal. a) Persecución penal pública y privada. b) Monopolio acusatorio del Ministerio Público. c) Legalidad/Oportunidad. d) Organización del Ministerio Público. e) Funciones y organización de la policía. 1.2. Garantías individuales del imputado. a) Derecho de defensa. b) Presunción de inocencia. c) Principio de nemo tenetur. d) Facultades de injerencia estatal y sistema de control judicial. e) Prohibiciones probatorias. f) Ne bis in idem. g) Defensa pública. 1.3. Imparcialidad de los jueces. 1.4. Independencia de los tribunales. 2. El procedimiento tradicional (y en parte todavía) vigente. 2.1. Fuentes strictu sensu del Derecho procesal penal nacional. 2.2. Estructura del procedimiento común. 2.3. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal. 2.4. Ejecución penal. 3. La reforma ya vigente o diseñada. 3.1. Proyectos actuales y su estado. 3.2. Correlación de los proyectos con los principios del

* Traducción de Renate Hoffmann (Buenos Aires). Revisión de Kai Ambos y Katja Ponert, MPI.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

proceso penal de un Estado de Derecho. 3.3. Estructura del procedimiento común y órganos estatales encargados de llevarlo a cabo. 3.3.1. Prevalece la estructura de tres etapas. a) Procedimiento preliminar. b) Procedimientos intermedios. c) Procedimiento principal. 3.3.2. Otros modelos. 3.4. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal. 3.5. Participación del ofendido en el procedimiento. 3.6. Ejecución penal. 3.7. Organización judicial y del Ministerio Público. — Observación final.

OBSERVACIÓN PREVIA

En los últimos años, el proceso de democratización en América Latina ha recibido nuevos impulsos a partir de importantes proyectos nacionales de reforma del sistema judicial[1]. En el ámbito del Derecho procesal penal se observa una tendencia a reemplazar el tradicional proceso inquisitivo escrito por formas de juicio oral propios de un Estado de Derecho[2]. Se reduce la característica posición de poder del juez y como contrapartida mejora la posición del imputado que en los sistemas tradicionales era considerado esencialmente como objeto[3] del proceso penal iniciado en su contra. La reforma, en cambio, le garantiza determinados derechos[4]. Pese a que el

1. Comp. *Comisión Andina de Juristas* (ed.), Reforma del Estado y Derechos Humanos, Lima 1999; *Corporación Excelencia en la Justicia* (ed.), Reforma judicial en América Latina: una tarea inconclusa, Bogotá 1999, ambos con numerosas contribuciones.

2. Comp. *Ambos*, Strafprozeßreform in Lateinamerika. Normalverfahren und abgekürztes Verfahren in den neuen Strafprozeßordnungen von Chile, Bolivien, Venezuela, Paraguay und Uruguay. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 110 (1998), 225-251; versión ampliada en: Ahrens/Nolte (ed.), Rechtsreformen und Demokratieentwicklung in Lateinamerika. Francfort del Meno 1999, 175-206. *En edición en español*: El proceso penal alemán y la reforma en América Latina. Bogotá (Gusato Ibañez) 1998; *id.*, Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos. Contribuciones (KAS/CIEDLA, Buenos Aires) 3 (1996), 83-131; version revisada en: Revista de Derecho Procesal (España) No. 3 (1997), 545-597; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal (Argentina) 4/5 (1997), 275-326; Revista Peruana de Ciencias Penales 5 (1995, publicado 1997), 11-69; Revista Peruana de Derecho Procesal II (1998), 173-208.

3. *J. Bofill* define al imputado como al «verdadero ofendido del proceso penal» (Die Strafprozeßreform in Chile: ein Sprung in die Gegenwart. En: Gössel/Triffterer (eds.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, págs. 435-449, 441).

4. Esa misma evolución tuvo lugar en Europa continental en el siglo XIX (comp. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25a ed.. Munich 1998, pág. 117).

Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, presentado en 1988 por los profesores *Jaime Bernal Cuéllar*, *Fernando de la Rúa*, *Ada Pellegrini Grinover* y *Julio B. J. Maier*[5], puede ser considerado el punto de partida central del movimiento reformador, los legisladores de los diferentes países fueron apartándose y continúan haciéndolo en muy diversa manera de las estructuras tradicionales.

El siguiente Resumen Comparativo intenta brindar al lector un panorama general sobre la evolución y el estado actual de las reformas procesales penales en América Latina con base en 15 Informes Nacionales[6] que fueron preparados en el marco de un proyecto de investigación del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional en cooperación con la Fundación Adenauer (Programa de Estado de Derecho con sede en Buenos Aires, Argentina)[7]. En una *primera Parte* se hará referencia en una introducción comparativa a las bases de los sistemas procesales penales. Pese a que muchos de los Informes Nacionales hacen debido hincapié en las pertinentes disposiciones de los acuerdos sobre derechos humanos, en particular en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)[8], el análisis dedica especial interés a las respectivas disposiciones *constitucionales*. El derecho constitucional permite obtener una impresión de las particularidades nacionales y establece la base para una mejor comprensión de los Capítulos siguientes, en particular en cuanto a la correlación de las reformas con estas disposiciones.

5. Comp. respecto de la génesis del Código Procesal Penal modelo: *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* (ed.), Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, Buenos Aires 1989, págs. 7 y ss.

6. Argentina (F. *Guariglia*/E. *Bertoni*), Bolivia (R. *Imaña*), Brasil (F.H. *Choukr*), Chile (C. *Riego*), Costa Rica (D. *González*), Cuba (R. de la *Cruz Ochoa*) El Salvador (J.R. *Membreño*), Guatemala (L.R. *Ramírez*/M.A. *Urbina*), Honduras (J.M. *Palacios*), Colombia (O.J. *Guerrero*), Mexico (M. *Moreno*/M. *Bezares*/D. *Ruiz*), Paraguay (E.A. *Kronawetter*), Perú (C. *San Martín*), Uruguay (G.D. *Fernández*), Venezuela (S. *Brown*).

7. Ver http://www.iuscrim.mpg.de/de/forsch/straf/projekte/ambos_es.html. Los informes nacionales se publican en su idioma original —español o portugues— en: *J.B. Maier/K. Ambos/J. Woischnik* (eds.), La reforma procesal penal en América Latina, Buenos Aires (editorial ad hoc) 2000, aprox. 850 pp. con un prólogo de *Albin Eser* y una introducción de *Julio Maier*. Las siguientes notas se refieren a los informes nacionales publicados.

8. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José), OEA, Official Records, OES/Ser.K/XVI/I.I, Documento 65, Rev. 1, Corr. 2; comp. también http://www.oas.org. Comp. además *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (IPbpR), UN Treaty Series (UNTS) tomo. 999, 171; http://www.un.org/Depts/Treaty así como Convención Europea de Derechos Humanos, UNTS tomo. 213, 221; http://www.coe.fr

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Dado que cuando se procede a analizar un sistema jurídico ajeno, el lector extranjero por naturaleza tiene poca sensibilidad por las raíces y tradiciones que le subyacen, y las conquistas de una reforma sólo se tornan comprensibles ante el marco referencial de su punto de partida, en una *segunda Parte* se esboza —con la debida brevedad— el tradicional proceso penal inquisitivo. Según cual sea el estado de la reforma al momento del Informe (comienzos a mediados de 1999), es actualmente parte del pasado, subsiste en forma fragmentaria pese a reformas básicas, o se mantiene vigente sin mayores variantes. En el primero de los casos, es decir si las reformas ya cobraron vigencia, solo interesa la situación jurídica *previa* a la entrada en vigor de las reformas[9].

En una *tercera Parte* se ofrecerá una síntesis precisa del avance de las reformas en cada uno de los países estudiados al momento de escribir el presente Resumen y qué reformas entrarán en vigor en un futuro inmediato (*sub* 3.1.). En un segundo paso se analizarán las conquistas de la reforma que son típicas del Estado de derecho (3.2.). Quedará demostrado que no existe una «reforma procesal penal latinoamericana» homogénea[10]. Demasiado grandes son las diferencias entre aquellos países que se han apartado del derecho tradicional en todos sus aspectos, o que aspiran a hacerlo, y aquellos otros que han impulsado o proyectan introducir solo reformas parciales. Especial énfasis se hará en aquellos problemas que surgen con vistas al derecho constitucional o a los derechos humanos en los países pertenecientes al segundo grupo. Por fin se hará hincapié en las estructuras procesales y en algunos detalles relacionados con las mismas. (3.3.-7.).

No será posible, en cambio, realizar una descripción comparativa de datos *empíricos* sobre el proceso penal. Por un lado, sólo algunos Informes Nacionales brindan estos datos[11], por el otro, los datos disponibles no permiten hacer una comparación consistente.

9. Las informaciones se extraen de todas las partes pertinentes de los respectivos Informes Nacionales y no limitativamente de la segunda parte. No se trata de hacer una comparación de extrema exactitud de cada uno de los puntos del índice, sino brindar una descripción fácilmente entendible de la situación jurídica antes y después de la reforma.

10. No obstante, presentan una homogeneidad considerable los países que se guiaron en forma sustancial por el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica.

11. Comp. en particular los Informes de Argentina, Bolivia, Costa Rica y Colombia, **punto 4 respectivamente.**

1. Bases político-jurídicas y principios constitucionales del procedimiento penal

Con la sola excepción de Cuba, todos los países incluidos en el estudio cuentan hoy con constituciones liberales y de Estado de Derecho[12] y son Estados signatarios de diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos que —en forma más o menos explícita— contienen importantes principios referidos al procedimiento penal, además de datos sobre los derechos que le asisten al imputado (comp. más abajo 1.2.). La CADH es ciertamente el pacto más importante de este tipo en América Latina[13]. A menudo se lo define como la «columna vertebral de la defensa regional de los derechos humanos»[14]; en parte prevalece sobre las constituciones o tiene rango constitucional[15].

Además, en América Latina se ha adoptado en general el principio del debido proceso legal proveniente del derecho estadounidense (*due process of law*), aunque sólo algunas constituciones hacen expresa referencia al mismo. Ejemplos son las constituciones de *México*, *Perú* y *Brasil*[16]. En Guatemala tiene carácter tácito de principio constitucional[17].

No obstante, no todas las estipulaciones son recogidas en forma explícita en las leyes inferiores, en particular en las leyes procesales penales, ni implementadas en forma implícita. En muchos países deben lamentarse —aun después de la reforma— contradicciones considerables entre lo estipulado en la Constitución y los tratados sobre derechos humanos y el derecho procesal penal vigente. El Informe de *Venezuela* habla en este contexto del «reino

12. En muchos casos se remontan a constituciones de la primera mitad del siglo XIX (comp. p.ej. Uruguay, 1.), que tomaron como modelo a la Constitución de los Estados Unidos.

13. Comp. supra nota 8.

14. *R. Zaffaroni*, La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal, Revista de Derecho Público 2 (Buenos Aires 1987), pág. 49 y s.; igualmente: *E. Ezequiel Casal*, Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el Derecho Procesal Penal, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal 3 (Buenos Aires 1996), pág. 165. Comp. también *Ambos*, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, Freiburg i. Br. 1997, págs. 19, 165; *el mismo autor*, Impunidad y Derecho Penal Internacional, Buenos Aires (ad hoc) 1999, pág. 46, 66 y ss.

15. En algunos casos prevalece por sobre la Constitución, como en Guatemala cuando se trata de los derechos humanos (art. 46 Const.); Rango constitucional p.ej. en Argentina (art. 25 nro. 22 Const.; Argentina, I.4.). Comp. también la documentación en *Ambos*, supra nota 14, pág. 165, supra nota 14; *el mismo autor*, págs. 67 y s., supra nota 13.

16. Peru, II. § 1B 1; México, 1.2.a.; Brasil, 1. El Informe de Colombia contiene una extensa explicación sobre la interpretación conceptual de este principio (1.1.).

17. Guatemala, 1.2.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

del fraude de etiquetas»[18]. En relación al *Brasil* se habla de «marcante contradição» (contradicción marcada)[19].

1.1. Persecución penal

a) Persecución penal pública y privada

En todos los países latinoamericanos la acción pública es la norma. Al respecto los delitos se clasifican en diferentes grupos: La acción pública se presenta en la mayoría de los delitos. Se trata de los llamados *delitos de acción pública*. Se conocen además como casos de excepción los *delitos dependientes de instancia privada*[20] o *delitos semi-públicos*[21] y/o los *delitos de acción privada*[22].

Al igual que en el derecho alemán, en los *delitos dependientes de acción pública,* la presentación de la querella es condición para el proceso. En el caso de los *delitos de acción privada* la víctima tiene mayor influencia sobre la marcha del proceso además de otros derechos de intervención, que adoptan en detalle formas bastante diversas.

Particularmente definida es la posición del ofendido en *Argentina*. En este país, el ofendido no sólo decide sobre el inicio de la acción, sino que además

18. Venezuela, II.1.2. Comp. también Chile, 1.2.
Estas contradicciones solo se comprenden ante el marco referencial de la noción latinoamericana de Constitución. Por un lado existe una enorme confianza en la Constitución, que es considerada uno de los principales factores para la regulación de la vida social. Por el otro parece prevalecer en general la convicción de que la ruptura existente entre orden jurídico y realidad social, no es motivo de preocupación. Por el contrario, esta ruptura es considerado un hecho más o menos lamentable pero bastante intrascendente (comp. *E. Garzón Valdés*, Rechtsphilosophische Überlegungen über Verfassungsreformen in Lateinamerika, en: Ahrens/Nolte, supra nota 2, págs. 110 y ss.).

19. Brasil, 1.

20. Es el caso en Argentina (*ibídem*, I.1.), Brasil (1.1.a.), Chile (1.1.), Costa Rica (1.1.1.), Guatemala (1.1.), Colombia (1.1.2.), México (1.1.f.), Paraguay (1.1.), Uruguay (1.1.) y Venezuela (II.1.1.).

21. Peru, II. §. 3 A. 2.

22. Delitos de acción privada existen en Argentina (*ibídem*, I.1.), Bolivia (1.1.1.), Brasil (1.1.a.); Chile (1.1.), Cuba (I.1.1.), Honduras (1.1.1.), Paraguay (1.1.), Perú (II. § 3 A.1.), Venezuela (II.1.1., referido a la situación jurídica al 1.7.1999).
También en Colombia existe un procedimiento de acción privada; no obstante no se conoce la subdivisión en *delitos de acción pública* y *delitos de acción privada* (Colombia, 1.1.2.).

puede renunciar a la persecución después la sentencia condenatoria. En ningún momento del proceso está previsto una intervención del Ministerio Público[23]. El panorama es distinto en *Bolivia*, donde el Ministerio Público posee importantes derechos de injerencia y donde el rol del ofendido queda fuertemente relegado[24]. En *Brasil* se distinguen los delitos de acción penal privada pura y delitos de acción penal privada subsidiaria de pública («ação penal privada subsidiária da pública»); en el ultimo caso, el ofendido solo pueda actuar en la medida en que el Ministerio Público dicta la clausura de la causa. Sin embargo, la posibilidad de control que ello implica es prácticamente insignificante, porque el ofendido no es informado acerca de la decisión del Ministerio Público de proceder a cerrar las actuaciones[25].

b) Monopolio acusatorio del Ministerio Público[26]

En la mayoría de los países analizados, el Ministerio Público posee el monopolio acusatorio[27]. En parte así lo establece expresamente la Constitución[28] en parte está consignado en las leyes de nivel inferior o está reconocido como principio tácito[29].

Chile, en cambio, sigue plenamente enraizado en la tradición del proceso inquisitivo. También en Chile existe un Ministerio Público, pero la acción es formulada básicamente en forma de decisión judicial por parte del juez que ha

23. Argentina, I.1. Tampoco en Costa Rica (1.1.1.). y en Perú (II. § 3 A.1.) se da intervención al Ministerio Público.

24. Bolivia, 1.1.1.

25. Crít. Brasil, 1.1.a.

26. El concepto de «monopolio acusatorio», que fuera indicado a los Relatores Nacionales en el Indice general es ambiguo. Gran parte de los relatores entendieron que existía un monopolio acusatorio cuando —al margen de procedimientos especiales como el proceso penal privado—, sólo el Ministerio Público puede formular la acusación (comp. supra nota 28 y 29). El presente Resumen coincide con esta interpretación. No obstante, algunos relatores han interpretado el concepto en sentido más estricto, y negado la presencia de un monopolio acusatorio del Ministerio Público cuando existe un proceso penal privado (comp. Honduras, 1.1.)

27. Solo en principio, ya que en algunos países este monopolio es quebrado, por ejemplo cuando se trata de procesos políticos (Comp. p.ej. Guatemala, 1.1.; Colombia, 1.1.7.; México, 1.1.f.).

28. Argentina, I.1.; Brasil, 1.; El Salvador, I.1.1.; Colombia, 1.1.7.; Cuba, I.1.1.; México 1.1.b.; Uruguay, 1.1.

29. Bolivia, 1.1.1.; Costa Rica, 1.1.1.; Guatemala, 1.1.; Honduras 1.1.; Perú, II. art. 3 A.6.; aparentemente también en Venezuela (*ibídem*., II. 1.1.).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

llevado las actuaciones en el procedimiento preliminar y que una vez concluida la etapa de juicio también dictará la sentencia[30]. En el *Paraguay*, el procedimiento principal también puede ser abierto por decisión de un juez y sin que necesariamente el Ministerio Público deba formular previamente una acusación[31].

c) Legalidad/Oportunidad

En los países latinoamericanos, tradicionalmente rige el principio de legalidad procesal sin que se admitan los actos de potestad discrecional basados en el principio de oportunidad. Al momento de rendirse este Informe, los órganos de la persecución penal están obligados a la investigación frente a todos los casos en los que se toma noticia de presunta comisión de un delito en *Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Guatemala, Honduras, Colombia, México, Paraguay* y *Venezuela*[32]. Sin embargo, en algunos Informes Nacionales se hace hincapié en que en la práctica a menudo se prescinde de la persecución *praeter legem*[33].

En *Costa Rica, Cuba, El Salvador, Perú y Uruguay*[34], en cambio, al momento del Informe ya existe la posibilidad de desistir de una persecución, pese a la sospecha de criminalidad objetiva. Esta normativa está prevista ante todo para casos de delitos menores o casos en los que el imputado mismo se ha visto perjudicado sensiblemente por su acto delictivo (*poena naturalis*).

En *Costa Rica* existe, además, una interesante disposición respecto del imputado que colabora eficazmente con la investigación. En efecto: cuando se

30. Chile, 1.1.
31. Paraguay, 1.1.
32. Argentina, I.2.; Bolivia, 1.1.; Brasil, 1.1. b.; Chile, 1.1.; Guatemala, 1.1.; Honduras, 1.1.; Colombia, 1.1.2. y 1.1.7.; México, 1.1.c.; Paraguay, 1.1; Venezuela , II. 1.1. Algunos Informes Nacionales hacen referencia a diferentes tipos de procedimientos abreviados, posibilidades de diversión, etc. En el presente aporte, en cambio, se partirá *strictu sensu* solo en aquellos casos de «oportunidad», cuando queda a criterio del órgano encargo de la persecución penal, prescindir de la misma.
33. Honduras, 1.1.; México, 1.1.c.; Paraguay, 1.1. Pese a que los restantes Informes no recogen este aspecto, seguramente es de rigor en muchos otros países. En efecto: la permanente sobrecarga de trabajo muchas veces obliga a la Justicia a renunciar a una persecución, al menos en caso de delitos menores.
34. Costa Rica, 1.1.1.; Cuba, I.1.1.; El Salvador, I.1.1.; Perú, II. Art. 3 A.4.; Uruguay, 1.1.1.

trata de asuntos de delincuencia organizada el fiscal puede prescindir de ejercer la acción penal si el imputado brinda información esencial y evita que continúe el delito o se perpetren otros, ayuda a esclarecer el hecho investigado o proporciona información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la acción penal de la cual se prescinde resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita[35].

d) Organización del Ministerio Público[36]

En numerosos países latinoamericanos, específicamente en *Argentina, Bolivia, Brasil, Guatemala, Honduras* y *Venezuela*, en los últimos años se estableció por Constitución o ley simple el rango de órgano de Estado para el Ministerio Público, que es independiente y actúa con autonomía funcional y autarquía financiera[37]. En *Bolivia*, país en el que se dictó la norma correspondiente en 1993, continúa prevaleciendo en la práctica la tradicional dependencia del Ejecutivo[38].

En *Chile*, en cambio, son funcionarios del sistema judicial los que cumplen las (escasas) funciones del Ministerio Público[39]. También los Ministerios Fiscales de *Costa Rica, Colombia, México* y *Paraguay* dependen administrativamente de la Justicia, aunque gozan de independencia funcional[40]. Diferente es la situación en *Uruguay*, donde el Ministerio Público depende del Ejecutivo y actualmente está asignado al Ministerio de Educación y Cultura[41]. El Ministerio Público tampoco es independiente en *Cuba*: en ese país está subordinado a la Asamblea Nacional del Poder Popular así como al Consejo de Estado. El Consejo de Estado posee facultades para impartir al Fiscal General instrucciones directas[42].

35. Costa Rica, 1.1.1.b.
36. En el punto «Organización del Ministerio Público» del Indice general, los Informes en parte tratan su posición en la organización del Estado, en tanto que otros tratan su estructura interna y en algunos casos se hace referencia a ambos aspectos.
37. Argentina, I.1.; Brasil, 1.1.d.; Guatemala, 1.1.; Honduras, 1.1.; Venezuela, II.1.1.
38. Bolivia, 1.1.
39. Chile, 1.1.
40. Costa Rica, 1.1.2.; Colombia, 1.1.7.; México, 1.1.d.; Paraguay, 1.1. Tal parece ser también el caso del Perú (II. § 3 A.6.).
41. Uruguay, 1.1.2.A.
42. Cuba, I.1.1.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En cuanto a la *estructura* interna de las fiscalías latinoamericanas, cabe mencionar que son de tipo jerárquico. Están encabezadas por un Fiscal General de la República (Procurador-Geral da República). Asimismo, en muchos Estados latinoamericanos se observa el fenómeno de que en las diferentes etapas del procedimiento penal actúan diferentes fiscales. El fiscal responsable por cierta causa en la etapa preliminar no continúa interviniendo hasta que se cierra el caso. En la etapa de enjuiciamiento interviene un fiscal especialmente competente para esta etapa del proceso[43].

e) Funciones y organización de la policía

En la medida en la que los Informes Nacionales hacen mención a las funciones de la policía, surge de los mismos que la policía tiene asignadas tanto funciones preventivas como represivas[44]. En parte, los aspectos represivos forman parte de las competencias de una policía de justicia especial, la llamada Policía Judicial[45].

Pese a que en general los Informes no aluden a la existencia de una *policía militar*, de hecho existe un cuerpo de estas características en la mayoría de los países.

> En verdad sólo en *El Salvador* y *Honduras* se descarta expresamente su existencia[46]. En cambio se la menciona en forma explícita en el caso de *Brasil*[47]. Desde el *Paraguay* se informa que la policía de ese país ya no lleva los rasgos que identifican a una policía militar[48]. Lo contrario surge del Informe de *Perú*: la policía de este país continúa presentando rasgos fuertemente militares[49]. En *Chile* existen dos unidades policiales separadas en su organización. El cuerpo de Carabineros de Chile cumple fundamentalmente funciones preventivas, en tanto que la policía civil denominada Investigaciones de Chile actúa sobre todo en la persecución del crimen[50].

Numerosos Informes nacionales mencionan que la policía actúa en el cumplimiento de su tarea represiva como órgano auxiliar en la investigación criminal[51]. Desde *Colombia* se informa, que la policía puede actuar tanto durante las actuaciones preliminares como en el procedimiento principal sólo por orden del fiscal[52]. En *Brasil,* la policía judicial está sujeta al control externo del Ministerio Público[53].

Las facultades concretas de la policía represiva varían considerablemente entre los diferentes países latinoamericanos. En general, puede constatarse que las reformas impulsadas tienden a disminuir sus facultades.

> *Argentina* y *Guatemala* son ejemplos de países en los que en la actualidad las facultades policiales se han reducido conscientemente; en estos países la policía ni siquiera posee la facultad de interrogar a un imputado. Existen numerosos recursos que tanto en estos países como en *Paraguay* sólo pueden aplicarse excepcionalmente en caso de peligro en la demora. En particular, toda injerencia que afecte garantías individuales puede realizarse sólo con autorización judicial previa[54]. Amplias facultades posee, en cambio, la policía *peruana*. En la medida en que se dio intervención al fiscal y al abogado defensor, los resultados de sus investigaciones pueden ser aplicados en forma directa por el juez de la causa como medios probatorios y utilizados como base para el fallo[55]. Igual situación regía en *Uruguay* antes de la reforma; en la actualidad, las averiguaciones policiales sólo pueden ser utilizadas como sugerencia para una eventual diligencia de pruebas, pero no en forma directa como prueba[56].

Desde el punto de vista de la organización, en general la policía depende del Ejecutivo, diferenciándose en cuanto a la cartera ministerial competente.

43. Es el caso de Bolivia, p.ej. (1.1.). Lo mismo se aplica también a otros países, como Argentina, por ejemplo, sin que el Informe Nacional así lo haga notar expresamente en el punto pertinente.
44. Argentina, I.3.; Brasil, 1.1.f.; Chile, 1.1.; Uruguay, 1.1.2. El Informe sobre Costa Rica, en cambio, solo hace referencia a un «Organismo de Investigación Judicial», que actúa en el ámbito de la persecución penal (Costa Rica, 1.1.3.).
45. Brasil, 1.1.e.; México, 1.1.e.; Venezuela, II.1.1. En *Colombia,* las funciones de la Policía Judicial las cumplen tanto la Policía Nacional como los demás órganos obligados por ley a cumplir dichas funciones. La Procuraduría General de la Nación, coordina las actividades de los diferentes organismos. (Colombia, 1.1.8.).
46. El Salvador, I.1.1.3.; Honduras, 1.1.
47. Brasil, 1.1.e.
48. Paraguay, 1.1.
49. Perú, II § 3 A.7.
50. Chile, 1.1.
51. Argentina, I.3.; Costa Rica, 1.1.3.; Guatemala, 1.1.; México, 1.1.e.; Venezuela, II.1.1.
52. Colombia, 1.1.8.
53. Brasil, 1.1.e. (art. 129 Const.).
54. Argentina, I.3; Guatemala, 1.1.; Paraguay, 1.1.
55. Perú, II. § 3 A.7.
56. Uruguay, 1.1.2.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En *Brasil* el jefe de la policía provincial es nombrado por el gobernador y en el nivel federal por el Ministerio de Justicia[57]. En *Argentina, Cuba, Perú* y en *Uruguay* la policía depende del Ministerio del Interior; en *Bolivia* y *Guatemala* del Presidente de la República, ubicándose en *Bolivia* entre ambos el Ministerio de Gobierno[58]. Los dos cuerpos policiales de *Chile* dependen administrativamente del Ministerio de Defensa y operativamente del Ministerio del Interior. La policía militar cuenta con amplia autonomía, descrita exhaustivamente en el Informe Nacional de Chile. Su control democrático se ve significativamente reducido, debido a que solo está sujeto a la justicia militar[59]. El «Organismo de Investigación Judicial» de *Costa Rica* forma parte de la justicia y depende administrativamente de la Corte Suprema de Justicia[60]. En *Venezuela* depende a nivel nacional del Ministerio de Justicia[61]. En *Colombia* y *México* las tareas policiales son conducidas por la Fiscalía General de la República[62], en *Honduras* por la Secretaría de Estado en los Despachos de Seguridad[63].

Teniendo en cuenta la situación reinante en América Latina, llama la atención que tan solo el Informe de *México* hace referencia a que en la práctica existen numerosas transgresiones cometidas por la policía[64]. Es de suponer que lo señalado en este Informe Nacional puede hacerse extensivo a otros países y que muchos relatores lo han dado por sabido[65].

1.2. Garantías individuales del imputado

Tal como fuera señalado, casi todos los países latinoamericanos cuentan con constituciones liberales de Estado de Derecho y son signatarios de los acuerdos internacionales correspondientes, que en forma más o menos explícita también contienen referencias a las garantías individuales del imputado.

57. Brasil, 1.1.e.
58. Argentina, I.3.; Bolivia, 1.1.; Cuba, I.1.1.; Guatemala, 1.1.; Perú, II. § 3 A.7.; Uruguay, 1.1.2.
59. Chile, 1.1.
60. Costa Rica, 1.1.3.
61. Venezuela, II.1.1.
62. Colombia, 1.1.8.; México, 1.1.e.
63. Honduras, 1.1.
64. México, 1.1.e.
65. Comp. fundamentalmente *C. Schmid*, Justiz im Alltag: Die Rolle der Polizei in Lateinamerika, en: Ahrens/Nolte, supra nota 2, págs. 240 y ss. (246 y s.); *P. Waldmann* (ed.), Justicia en la calle. Ensayos sobre la Policía en América Latina, Medellín 1996, passim.

En cierta medida se agregan[66] evoluciones del derecho a partir de la jurisprudencia sentada.

a) Derecho de defensa

En la mayoría de los países, la Constitución garantiza el derecho a la defensa[67]. En *Argentina* a partir de la norma constitucional correspondiente se deducen tres garantías individuales: en primer lugar el derecho a ser informado de la imputación, ya que de lo contrario es imposible ejercer en forma efectiva la defensa; en otras constituciones, como la de *El Salvador*[68], por ejemplo, incluso se menciona expresamente este derecho. En segundo lugar el derecho a defensa técnica, incluso el derecho a un defensor de oficio en caso de ser necesario; este derecho se enuncia explícitamente en la Constitución *boliviana*. por ejemplo[69]. Y en tercer lugar el derecho a obtener la comparencia de testigos y de contradicción[70].

Este último aspecto, sin embargo, se ve cercenado en muchos casos, al menos en las investigaciones preliminares[71]. En algunos casos las posibilida-

66. Esto es así solo hasta cierto punto, dado que en la mayoría de los países no existe un tribunal de constitucionalidad y, por lo tanto, el imputado no puede presentar un recurso de amparo constitucional para hacer valer sus derechos y depende, en cambio, de la vía judicial ordinaria (comp. p.ej. Cuba, I.1.2.). Sin embargo, la reforma constitucional, en particular la institución de Cortes Constitucionales, es una de las prioridades de las reformas de los sistemas judiciales. (comp. *Comisión Andina de Juristas*, Democracia en la Encrucijada. Informe anual sobre la región andina, Lima 2000, págs. 117 y ss.; *Saligmann*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika, en: Ahrens/Nolte, supra nota 2, págs. 133 y ss. (135-37).
67. Argentina, I.4.a.; Bolivia, 1.2.; Brasil, 1.2.a.; Costa Rica, 1.2.3.; Cuba, I.1.2.; Guatemala, 1.2.; Honduras, 1.2.; México, 1.2.a.; Paraguay, 1.2.; Perú, II. § 3 B.1.; Uruguay, 1.2.; Venezuela, II.1.2.
68. El Salvador, I.1.2.1.
69. Bolivia, 1.2.
70. Argentina, I.4.a.1.-3. Una clasificación similar plantea también el Informe sobre Colombia (1.2.).
71. Ver p.ej. Argentina, I.4.a.3. En particular, cuando el derecho de defensa solo comienza a ser efectivo a partir de cierto momento de las investigaciones preliminares — por ejemplo a partir de la declaración indagatoria, ver además punto 2.2. —, aunque previo a ese momento se adoptan sustanciales acciones investigativas (tal el caso de Honduras, 1.2.). Otro aspecto esencial es en este contexto es el derecho a contar o no con defensa técnica durante la declaración indagatoria (la Constitución uruguaya así lo prevé, comp. Uruguay, 1.2.) y en que medida puede intervenir en la indagatoria. Haciendo un análisis más profundo surge que la pregunta verdaderamente relevante es cuál es el sentido de la declaración indagatoria. En el pasado ser-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

des de la defensa no sólo se ven extremadamente reducidas en las actuaciones preliminares sino también durante el juicio mismo. El Informe de *Chile* hace referencia a que la defensa en la instancia de juzgamiento debe limitarse a comentar los medios de prueba exhibidos[72].

b) Presunción de inocencia

Todos los países reconocen el principio de presunción de inocencia. En parte está consagrado en la Constitución[73], en parte en el Código Procesal Penal[74], en parte es tomado en consideración en la jurisprudencia, invocando, por ejemplo a la CADH[75].

> Muchos Informes hacen referencia a sus consecuencias más importantes, específicamente a la regla *in dubio pro reo*, la división de la carga de la prueba vigente en el proceso penal, así como el carácter de excepción de la prisión provisional; el Informe de *Argentina* hace una descripción pormenorizada[76]. Una caracterización adicional se encuentra en el derecho *cubano*. La declaración del imputado, de su cónyuge y, hasta cierto punto, de sus parientes, no es nunca prueba suficiente para demostrar su culpabilidad. Para demostrar la culpabilidad se requiere de otros medios probatorios adicionales[77].

Sin embargo, en el nivel legal inferior existen disposiciones difícilmente compatibles con la presunción de inocencia. El derecho procesal penal *paraguayo* permite presuponer dolo[78].

vía fundamentalmente para diligenciar pruebas de cargo porque el imputado era considerado un objeto del proceso, actualmente el fin primordial de la declaración del imputado como sujeto del proceso provisto de derechos, sirve ante todo a su defensa (comp. *A. Binder*, Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires 1993, S. 310 f.).

72. Chile, 1.2.

73. Ver p.ej. Bolivia, 1.2.; Brasil, 1.2.b.; Guatemala, 1.2.; Honduras, 1.2.; Paraguay, 1.2.; Perú, II. § 3 B.1. y Venezuela, II.1.2.

74. P. ej. en Colombia (Colombia, 1.2.)

75. P. ej. en Argentina (Argentina, I.4.b.) o México (México, 1.2.).

76. Argentina, I.4.b. En consideración a la presunción de inocencia, algunas constituciones establecen que quienes cumplen prisión preventiva deben permanecer separados de los condenados (comp. p.ej. Guatemala, 1.2.). Comp. respecto de la prisión preventiva desde la perspectiva latinoamericana en general *J. Llobet Rodríguez*, Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Freiburg. i. Br. 1995; *el mismo autor*, La prisión preventiva (limites constitucionales) San José (Costa Rica) 1997.

77. Cuba, I.1.2.

78. Paraguay, 1.2.

c) Principio de nemo tenetur

En todos los países latinoamericanos se conoce el principio de *nemo tenetur se ipsum accusare* y del *se ipsum prodere*, respectivamente. El art. 60 inc. 4 de la Constitución *venezolana* recoge una versión particularmente extensa: «Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo.»[79] En otros países como *Brasil, Cuba* o *Uruguay*, por ejemplo, el principio está consagrado en el nivel de leyes simples[80]. *Perú* es un ejemplo de aquellos países cuya legislación nacional no contempla expresamente el referido principio pero en los que lo dispuesto en el art. 8 inc. 2 g) de la CADH determina su vigencia a nivel nacional[81]. El art. 127 del Código Procesal Penal *peruano* ha caído en desuso por encontrarse reñido con la citada norma de la CADH[82].

El principio de *nemo tenetur* presenta dos consecuencias. Por un lado, la facultad del imputado de abstenerse de declarar sin que su silencio pueda producir consecuencias negativas para su persona. Por el otro lado, el derecho de declarar durante todas las etapas del procedimiento[83].

d) Facultades de injerencia estatal y sistema de control judicial[84]

Todas las constituciones latinoamericanas contemplan disposiciones tendientes a proteger la esfera individual. Se establece que son inviolables la libertad personal, la correspondencia, las comunicaciones privadas y el

79. Tanto en Venezuela (II.1.2.) como en Colombia (1.2.), Honduras (1.2.), Bolivia (1.2.) y Guatemala (1.2.), las disposiciones pertinentes son extensivas a los cónyuges y parientes hasta cierto grado. En estos países nadie puede ser obligado a declarar en contra de estas personas.

80. Brasil, 1.2.c.; Cuba, I.1.2.; Uruguay, 1.2.c. Sin embargo, en el Informe de Brasil se hace notar que en la práctica este principio se ve vaciado en la medida en que la (primera) indagatoria del imputado sirve para introducir pruebas y no es interpretada como ejercicio de su derecho de defensa.

81. Perú, II. § 3 B.4.

82. La norma reza: «Si el inculpado se niega a contestar alguna de las preguntas, el Juez Instructor las repetirá aclarándolas en lo posible, y si aquel se mantiene en silencio, se dejará constancia en la diligencia. El Juez le manifestará que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad».

83. El Salvador, I.1.2.5.2.

84. En principio bajo este punto del Indice General debían exponerse las facultades de injerencia en el proceso penal sobre todo del órgano sumariante. Una parte de los relatores

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

domicilio y sólo admiten injerencias excepcionales, ejecutadas con arreglo a la ley[85].

Sin embargo, en algunos países las reglamentaciones que facultan las injerencias estatales son tan amplias que la instrucción puede ordenarlas arbitrariamente, de modo que de hecho se desvirtúa la garantía correspondiente[86]. En algunos países la garantía de la libertad personal también se ve socavada porque no están dadas las condiciones necesarias para regular la prisión preventiva. En ciertos casos la prisión preventiva no es la excepción sino la regla[87].

Un segundo problema surge porque en algunos casos y a fin de garantizar la legalidad de estas injerencias, las mismas sólo pueden hacerse en base a una autorización judicial previa[88]. En el Informe de *Argentina* esta disposición es considerada como «principal mecanismo de control» de las injerencias que afectan las garantías fundamentales. En *Argentina* ese control es ejercido (o no ejercido) precisamente por el juez de instrucción que como dueño de la instrucción tiene un interés considerable en el esclarecimiento de los hechos y por lo tanto también en las medidas que interfieren con el ámbito de intimidad protegido frente a injerencias estatales[89]. En consecuencia, el

interpretó «*Facultades de injerencia estatal* (...)» de modo diferente —por cierto nada descabellada— y se ha referido a la influencia en la elección de los jueces (Cuba, I.1.2.) o a la suspensión de garantías constitucionales en el caso de un estado de emergencia nacional (Venezuela, 1.2.). Este punto del Indice general muestra una vez más (ver ya supra nota 26), que en proyectos de derecho comparado no es conveniente indicar los puntos a ser tratados sin ningún tipo de aclaración. Parece más razonable formular a los relatores preguntas específicas, formuladas en forma precisa. Es la única forma de evitar malentendidos en el tratamiento de los puntos y de poder comparar las informaciones brindadas.

85. Comp. p.ej. los Informes de Argentina, I.4.e.; Bolivia, 1.2. (la Constitución boliviana prohibe cualquier injerencia en la esfera privada); El Salvador, I.1.2.5.1.; Guatemala, 1.1. (en Guatemala un fallo emitido por la Corte de Constitucionalidad prohibe cualquier intervención de los teléfonos, ver ibídem.); Honduras, 1.2.; Colombia, 1.2.; México, 1.2.b. (Hasta el momento, en México ciertas medidas como por ejemplo la intervención de los teléfonos solo están permitidas cuando se trata de combatir al crimen organizado); Paraguay, 1.2.; Peru, II. § 3 B. 5.; Uruguay, 1.2.

86. Argentina, I.4.e. En Argentina, por ejemplo, la reglamentación que faculta a intervenir en la integridad y reserva de las comunicaciones telefónicas es el Art. 236 Código de Procedimiento Penal de la Nación CPPN): «El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado para impedirla o conocerla.» No se contemplan otros requisitos.

87. Bolivia, 2.2.; Chile, 2.2.; El Salvador, 2.2. (en este país en el 95% de los casos se dicta prisión preventiva); Honduras, 2.2.; Colombia, 1.2.; Uruguay, 2.2. Respecto de los datos sobre prisión preventiva ver *Ambos*, ZStW 1998, supra nota 2, 225 supra nota 1.

88. Argentina, I.4.e.; Bolivia, 1.2.

89. Es el caso de Argentina (Argentina, I.4.e.),

juez de instrucción difícilmente pueda ser imparcial en su juicio acerca de la legalidad de una cierta injerencia, siendo cuasi 'juez en propia causa'. En particular desde la perspectiva del imputado, su evaluación de la situación no constituye una garantía de la legalidad de la injerencia. Algo semejante ocurre en *Brasil,* donde el juez es el garante de los derechos fundamentales del imputado[90], pero su imparcialidad es cuestionable debido a que el mismo juez que está a cargo de la investigación preliminar es también el juez a cargo de la instancia de juicio[91].

También es problemático en este contexto que a menudo los jueces muestran escasa voluntad de insistir en una autorización judicial previa frente a la policía (en la medida en que no existe un estado de excepción que de por sí faculta a la policía a una injerencia sin necesidad de contar con una orden emitida por un juez). En la práctica a menudo se toleran los excesos policiales[92]. Aún subsiste la imagen del Estado todopoderoso y absolutista, cuyos personeros no están dispuestos a que sus esfuerzos por esclarecer un delito se vean trabados por «engorrosas» formalidades.

Una imagen realmente positiva se observa solo en *Costa Rica*. En este Informe se alude a numerosas posibilidades de control que pueden ser consideradas efectivas. Dentro del fuero penal está prevista la queja frente al juez que ordena la injerencia, la casación así como la revisión del caso; asimismo existen diferentes posibilidades de dar intervención al tribunal de constitucionalidad[93].

e) Prohibiciones probatorias[94]

En la medida en que los relatores se manifiestan sobre este punto, se conocen en los respectivos países diferentes prohibiciones probatorias[95]. En general se deducen del Código Procesal Penal o de la jurisprudencia. Un

90. Brasil, I.2.d., 2.b.

91. Brasil, 1.3.

92. El Salvador, I.1.2.5.1.

93. Costa Rica, 1.2.3.

94. También en este caso la especificación del Indice general, obviamente dio lugar a malentendidos. Bajo el punto «*Prohibiciones probatorias*» el Informe de Venezuela (II.1.2.) no trató prohibiciones de *utilizar* pruebas, sino solo prohibiciones de pruebas. En ese sentido ciertas pruebas son improcedentes en determinadas situaciones al margen de haber sido diligenciadas en forma legal o no.

95. Argentina, I.4.e.; Bolivia, 1.2.; Brasil, 1.2.d.; Cuba, I.1.2.; Honduras, 1.2.; México, 1.2.; Paraguay, 1.2.; Uruguay, 1.2.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ejemplo típico se encuentra en el art. 181 del Código Procesal de *Costa Rica*, que establece que los medios probatorios obtenidos aplicando tortura, malos tratos, coacción, amenaza, engaño o injerencias indebidas en la esfera privada solo podrán usarse si redundan en beneficio del imputado[96]. En algunos casos aislados, la Constitución recoge disposiciones comparables.

> El Art. 29 de la Constitución *colombiana*, de gran alcance, establece que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso[97]. El Art. 5 Nro. 56 de la Constitución *brasileña* establece que es nula toda prueba obtenida violando el derecho procesal[98]. Asimismo se prevén regulaciones especificas. El Art. 20 de la Constitución *boliviana* y el Art. 2.10 de la Constitución *peruana* establecen, que no producen efectos legales los documentos privados que fueren violados o sustraídos[99]. También el Art. 24 de la Constitución *guatemalteca* apunta en esa misma dirección y agrega las pruebas derivadas de violación de la correspondencia[100].

Las legislaciones y jurisprudencias de *Argentina, Brasil* y *El Salvador* se sirven de la doctrina americana del *fruto del árbol venenoso*[101]. Según este principio son nulas también aquellas pruebas obtenidas en forma indirecta[102].

Otro tema es determinar hasta qué punto efectivamente se observan estas disposiciones en la práctica. El Informe *Honduras* hace especial referencia a que los jueces que entienden en el juicio muchas veces fundamentan sus fallos en pruebas obtenidas violando la ley[103].

f) Ne bis in idem

De los Informes que hacen referencia a este punto se desprende la aplicación del principio de *ne bis in idem* o *bis de eadem re ne sit actio* respectivamente[104]. En general no se desprende expresamente de la Constitución sino

96. Costa Rica, 1.2.3.
97. Colombia, 1.1.4.
98. Brasilia, 1.2.d.
99. Bolivia, 1.2.; Perú, II. § 3 B.2.
100. Guatemala, 1.2.
101. Argentina, I.4.e.; Brasil, 1.2.d.; El Salvador, I.1.2.3.
102. *Roxin*, anterior supra nota 4, págs. 193 y s.
103. Honduras, 1.2.
104. Algunos Informes omiten ciertos puntos por completo o simplemente los nombran (es el caso de Costa Rica, 1.2.3. p. ej.). En todos estos casos se ha optado por la fórmula «(...) en la medida en que los Informes lo tratan» o similar. Es una evidencia más de la conveniencia de un desglose más detallado (ver anteriores supra nota 26 y 84).

del principio del debido proceso[105]. El Art. 11 inc. 1 de la Constitución de *El Salvador*, *el* Art. 95 de la Constitución de *Honduras*, el Art. 23 de la Constitución de *México* así como el Art. 60 inc. 8 de la Constitución de *Venezuela* hacen explícita referencia a este principio[106]. Establecen que nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiera sido juzgado anteriormente. Una revisión del juicio sólo es posible cuando favorece al imputado[107].

> Un problema interesante surge en este contexto en un Estado federal como *Argentina*, país en el que tanto el Estado Nacional como las provincias cuentan con Códigos Procesales Penales propios como así también con un fuero penal propio. El principal problema lo constituye en ese sentido el concurso formal o ideal de delitos en un hecho único, siendo uno de ellos de competencia de la organización judicial provincial y el o los restantes de competencia de la justicia federal. Así por ejemplo, un hecho delictivo perpetrado en un territorio provincial contra un agente federal, es de competencia de la justicia *local*, pero al mismo tiempo actúa la competencia *material* de los tribunales federales. El problema se soluciona concediendo a los tribunales federal prioridad de juzgamiento y unificando las penas[108].

En algunos casos se relata que la prohibición de una doble persecución no rige cuando el mismo hecho es al mismo tiempo un acto delictivo y una contravención[109].

g) Defensa pública

Frente a la imposibilidad material del imputado de costearse un abogado particular, en muchos países latinoamericanos existe el sistema de la

105. Argentina, I.4.d.; Bolivia, 1.2.; Brasil, 1.2.e.; Cuba, I.1.2.; Colombia, 1.1.; Uruguay, 1.i.
106. El Salvador, I.1.2.4; Honduras, 1.2.; México, 1.2.a.; Venezuela, II.1.2. Las constituciones de Guatemala y Perú contienen al menos una definición del *ne bis in idem* (Guatemala, 1.2.; Peru, II. § 3 B.3.).
107. Argentina, I.4.d.; El Salvador, I.1.2.4; Guatemala, 1.2.
108. Argentina, I.4.d.
109. Argentina, I.4.d.; El Salvador, I.1.2.4.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

defensa pública. A tal efecto, además del Ministerio Público existe un órgano de defensoría, organizado en muchos casos en forma muy similar al Ministerio Público[110]. Al igual que los fiscales, los defensores están asignados a los respectivos tribunales y a las diferentes etapas del proceso[111].

En la mayoría de los países, los defensores públicos están crónicamente sobrecargados de trabajo y deficientemente equipados[112]. Para solucionar este problema, se emplean para la defensa egresados de las escuelas de derecho[113] que carecen de experiencia, o que incluso aún no han completado sus estudios[114]. En *Chile* existe además la alternativa de los llamados abogados de turno que consiste en que el juez puede designar un defensor oficial de la lista de abogados de la ciudad de acuerdo con un sistema de turno[115]. No sorprende, pues, que ambas soluciones redundan cualitativamente en detrimento del imputado.

En términos positivos, en cambio, se informa desde *Costa Rica*. En este caso la defensa pública parece funcionar muy bien. Su compromiso ha generado decisiones de trascendencia a cargo de la más alta instancia judicial. Los defensores oficiales son descritos como independientes y «combativos»[116].

110. Argentina, I.4.f.; Brasil, 1.2.a., f.; Costa Rica, 1.2.4.; El Salvador, I.1.2.1.; Colombia, 1.2.; México, 1.2.b.; Paraguay, 1.2.; Uruguay, 1.2. En el Perú, la ley prevé la institución de la defensa pública, pero hasta el momento no ha sido puesta en funcionamiento por falta de recursos (Perú, II. § B.1.). Comp. también *Comisión Andina de Juristas*, Los sistemas de Defensa Pública en Bolivia, Colombia y Perú, Lima 1998; *los mismo autores*, anterior supra nota 66, págs.. 130 y ss.

111. Costa Rica, 1.2.4. comp. también n.a. p. 43.

112. Brasil, 1.2.a.; Paraguay, 1.2. En la capital uruguaya Montevideo, 13 defensores públicos tienen que asumir aprox. el 80% de todos los casos. En el estado de San Pablo (Brasil) con 30 millones de habitantes, el organismo de defensa pública cuenta 600 abogados, entre ellos estudiantes de derecho. Cifras similares son de lamentar también en Buenos Aires, Argentina; en este país el 80 a 90% de todos los casos son atendidos por tan salo 21 defensores oficiales (Argentina, I.4.f.). El Informe de México habla **«de la institución más olvidada de cuantas posee la administración pública»** (México, 1.2.b.).

113. Chile, 1.2.

114. Brasil, 1.2.a.; El Salvador, I.1.2.1.

115. Chile, 1.2.

116. Costa Rica, 1.2.4. La interpretación de su función así como la «ética profesional» personal del defensor público es de gran importancia para la eficiencia de la defensa. A diferencia de Costa Rica, en Argentina, por ejemplo, se aprecia el problema de que muchos defensores se muestran sumisos al tribunal y a la fiscalía y que interpretan su función defensora no como un deber sino más bien como una interferencia con la administración de derecho. Algunos defensores se resisten a obstaculizar al juez en la persecución penal a partir de un «espíritu corporativo» mal interpretado. (comp. *S. Maris Martínez*, Algunas reflexiones sobre el derecho de defensa en juicio, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal 8/C, 1999, págs. 237 y ss.). El Informe de El Salvador lamenta en este contexto la deficiente formación profesional de los defensores penales (El Salvador, I.1.2.1.).

En *Cuba* no existe la institución de la defensa pública. Si el imputado no cuenta con la necesaria defensa, el Estado puede dirigirse a la *Organización de Bufetes Colectivos*, que pasa a facilitarle un abogado. Una vez por año, el Estado abona el total de los costos generados[117].

1.3. Imparcialidad de los jueces

En algunos países, la Constitución consagra el principio de imparcialidad de los jueces[118], aunque en la mayoría de los países la imparcialidad rige en virtud de la ratificación de la CADH (Art. 8 nro. 1). En parte es deducida en forma directa de la definición misma de *juez* que por su naturaleza debe ser imparcial[119] No obstante, la mayoría de los relatores describen un cuadro más bien negativo en lo que se refiere a la imparcialidad objetiva[120] —sobre todo del juez juzgador— en el sentido de ecuanimidad e imparcialidad en el momento de dictar la sentencia[121].

En *Brasil, Honduras, México, Paraguay, Uruguay* y *Venezuela* la imparcialidad objetiva del juez juzgador, se ve normalmente afectada porque juzga en la misma causa en la que también tuvo a su cargo la investigación preliminar[122]. En *Perú* se trata exclusivamente del «juicio sumario», aunque es de destacar que ese proceso está previsto para la inmensa mayoría de infracciones penales. Otro aspecto problemático. aunque de menor entidad es que en el proceso penal peruano normal, los jueces del juicio han intervenido en la etapa intermedia del

117. Cuba, I.1.2.

118. Brasil, 1.3.; México, 1.3.; Paraguay, 1.3.

119. Argentina, I.4.g.

120. En la verificación de la imparcialidad de un juez se puede partir de un enfoque *objetivo* o de un enfoque *subjetivo*. En la imparcialidad subjetiva se trata de la actitud personal del juez en un caso concreto; ésta corre peligro cuando está emparentado o mantiene una amistad con una de las partes. Para el presente estudio solo resulta de interés interrogar acerca de la imparcialidad *objetiva*, funcional. Puede resultar dudosa cuando uno y el mismo juez interviene en el mismo caso en diferentes etapas del proceso. Respecto de esta distinción ver también el Informe sobre Brasil, 1.3.

121. En tal sentido El Salvador, I.1.4.1.

122. Brasil, 1.3.; Honduras, 1.3.; México, 2.2.; Paraguay, 2.2. así como 1.3.; Uruguay, 2.2.; Venezuela, 1.3.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

procedimiento[123]. Particularmente problemática es la situación jurídica en *Bolivia* y *Chile*, donde el juez que entiende en la causa también formula la acusación[124].

En la medida en que los Informes Nacionales hacen referencia a este punto, la legislación nacional prevé razones para la recusación de jueces fundada en causa legal y la recusación a pedido de parte.

Un enfoque positivo por lo equilibrado plantea *Costa Rica* donde puede ser recusado aquel juez que dictó en el procedimiento intermedio la resolución de apertura de juicio, pero no el juez que intervino como juez investigador en la instancia preliminar[125]. En *Paraguay*, los jueces que en la etapa preliminar se han manifestado sobre los hechos relevantes, luego no pueden decidir sobre los mismos[126]. En *Guatemala* existen razones de recusación muy amplias: cabe recusar todo juez que ha intervenido en algún otro período del procedimiento[127]. En *El Salvador* y *Honduras* un juez sólo es excluido, cuando previamente actuó en el proceso como parte o como juez de una instancia previa[128]. En *Argentina* ha merecido conceptos críticos, el que sólo exista un catálogo taxativo de motivos para un apartamiento pero sin que se haya previsto una cláusula general que pueda suplir eventuales vacíos legales. El catálogo no incluye, por ejemplo, el caso en el que el juez que integra el tribunal de juicio haya actuado en una etapa anterior del procedimiento. Esto genera el problema de que en el caso de causas penales correccionales[129] no existe una regla que impida al juez que intervino en alguna etapa anterior de la causa sea también el juez del juicio, sobre todo siendo que de ordinario el tribunal del juicio es unipersonal[130].

123. Perú, II. § 3 D.3.
124. Bolivia, 1.3.; Chile, 1.3.
125. Costa Rica, 1.3.
126. Paraguay, 1.3. El Informe de Paraguay no explica cómo esta causa de inhabilitación se compadece con el hecho de que en Paraguay el mismo juez indaga y juzga (comp. Paraguay 1.3., 2.2. y más abajo supra nota 150).
127. No queda claro, sin embargo, si esta constatación refleja efectivamente la situación jurídica vigente o sólo la opinión personal del relator (Guatemala, 1.3.). Un informe extenso presenta Brasil, 1.3.
128. El Salvador, I.1.4.1.; Honduras, 1.3.
129. El juez correccional argentino investiga y juzga en única instancia en una parte considerable de todos los delitos, más precisamente en todos aquellos que son reprimidos con pena no privativa de la libertad y en los delitos reprimidos con una pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda los tres años (art. 27, 33 en relación con art. 405 y ss.).
130. Argentina, I.4.g.

1.4. Independencia de los tribunales

La independencia de los tribunales queda garantizada, al menos en teoría, de diversa manera. En todos los países en los que se hizo el estudio, la Constitución en general consagra el principio de la división de poderes, cuya principal finalidad es garantizar la independencia del Poder Judicial del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo[131]. Cuanto menos los jueces no son destituibles y cuentan con un sueldo fijo[132].

En Costa Rica, la independencia que proclama la Constitución no encuentra ningún tipo de limitaciones[133]. También el Informe de *El Salvador* es positivo en ese sentido[134]. En la mayoría de los países, en cambio, la realidad jurídica marca un cuadro diferente. En la práctica, los Poderes Ejecutivo y Legislativo con frecuencia ejercen influencia sobre las decisiones de los jueces[135].

En este contexto el *nombramiento* de los jueces constituye un problema ampliamente discutido. Con el objetivo de acotar el peligro de la influencia política sobre los tribunales, un número creciente de países latinoamericanos ha instituido Consejos de la Magistratura, integrados en forma pluralista[136]. Un punto particularmente crítico es el tema del nombramiento de los jueces de la Corte Suprema. En parte se informa que juegan un papel importante motivaciones políticas, lo que afectaría su independencia[137].

Numerosos informes, sobre todo los de *Argentina, Bolivia, Chile, El Salvador, Honduras* y *Venezuela,* hacen referencia a limitaciones *internas de*

131. Argentina, I.4.h.; Brasil, 1.4.; Bolivia, 1.4.; Chile, 1.4.; Costa Rica, 1.4.; Cuba, I.1.3.d.; Guatemala, 1.4.; Colombia, 1.4.; México, 1.4.; Paraguay, 1.4.; Uruguay, 1.4.; Venezuela, II.1.4.
132. En particular el Informe de Honduras hace hincapié en el aspecto de la destitución (Honduras, 1.4.). Plantea como problemático en relación con la independencia de los jueces el hecho de que los funcionarios afectados por una destitución tienen derecho a recurrir ante el llamado Consejo de la Carrera Judicial, el que es dirigido por Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, organismos que tiene la facultad de nombrar y destituir a los jueces.
133. Costa Rica, 1.4.
134. El Salvador, 1.4.2.
135. Bolivia, 1.4.
136. Ver p.ej. Argentina, I.4.h.; Guatemala, 1.4.; México, 1.4.; Paraguay, 1.4. A modo de ejemplo valga citar que en el «Consejo de la Magistratura» paraguayo están representados, diputados parlamentarios, senadores, miembros de las universidades estatales y privadas, miembros del gobierno, integrantes de la Corte Suprema así como abogados (Paraguay, 1.4.).
137. Honduras, 1.4.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la justicia con respecto a la independencia de los jueces[138]. El Informe de *Chile* menciona que la independencia, sobre todo de los juzgados de primera instancia, se ve fuertemente cercenada desde adentro del Poder Judicial, debido a que los jueces que se desempeñan en esa instancia son evaluados anualmente por los jueces de las instancias superiores que le asignan un cierto puntaje. El informe señala que el sistema es extremadamente jerárquico y con considerable influencia de los tribunales superiores[139]. También desde *Bolivia* se informa de la existencia de tal jerarquía[140]. En *Honduras, toda* sentencia, absolutoria o condenatoria, cuando ninguna de las partes recurre en apelación, debe ser enviada en consulta a la respectiva Corte de Apelaciones, la cual puede confirmar, revocar o reformar el fallo de primera instancia[141]. Pese a los inconvenientes que plantea una excesiva jerarquización del aparato judicial no debemos olvidar que una cierta jerarquía es necesaria para preservar la unidad jurídica[142].

Finalmente existen normas legales para preservar la independencia de los jueces. En *Colombia,* una ley prohibe a los jueces de las instancias superiores a ejercer influencia sobre los jueces de las instancias inferiores[143]. En *Paraguay* debe destituirse a aquel juez que ha recibido instrucciones que puedan afectar sustancialmente en su independencia[144].

2. El procedimiento tradicional (y en parte todavía) vigente

2.1. Fuentes strictu sensu del Derecho procesal penal nacional

En América Latina la única fuente de derecho penal es la ley. No reviste carácter de fuente la jurisprudencia[145]. Además de la Constitución nacional y de

138. Argentina, I.4.h.; Bolivia, 1.4.; Chile, 1.4.; El Salvador, 1.4.2.; Honduras, 1.4.; Venezuela, II.1.4. El Informe de Cuba también alude cuanto menos a esta problemática (I.1.3.d.).

139. Chile, 1.4.

140. Bolivia, 1.4.

141. Honduras, 2.2.

142. Acertadamente Uruguay, 1.4.

143. Colombia, 1.4.

144. Paraguay, 1.4.

145. Señalado expresamente en los Informes Nacionales de Argentina (II.a.), Bolivia (2.1.) y Cuba (2.2.). Los restantes informes no hacen referencia explícita al tema, limitándose a enumerar los mencionados conjuntos de normas. El Informe de México (2.1.) cita una opinión mionoritaria divergente. Respecto de la evolución histórica del proceso penal, comp. Brasil, 2.

los tratados internacionales, se considera «ley» sólo una ley formal, es decir sancionada por el Poder Legislativo con arreglo al procedimiento previsto a tal efecto. Una particularidad constituye en este contexto el (antiguo) Código Procesal Penal *boliviano*, aprobado durante la dictadura militar del General Banzer no como ley formal, sino como decreto del Poder Ejecutivo[146].

2.2. Estructura del procedimiento común

Dado que el procedimiento penal tradicional de los países estudiados, tiene sus raíces en el procedimiento inquisitivo español, presenta en todos los casos rasgos y características similares. En la primera instancia[147] se divide en *dos fases procesales,* a saber das la etapa de la investigación preliminar y la etapa del plenario. Ambas fases están en manos del juez, debiéndose concluir la etapa preliminar dentro de un cierto plazo[148]. En parte actúan jueces diferentes[149], en parte el mismo juez investiga y juzga[150]. En algunos casos, la ley prevé ambas opciones y hace depender el procedimiento del delito perseguido[151].

Un caso extremo es *Chile*, país en el que el mismo juez no solo está a cargo de las investigaciones preliminares y del juicio, sino que además formula la acusación[152]. La concepción opuesta es la de *Costa Rica*. En este caso el pro-

146. Bolivia, 2.1.

147. En *Perú* el mismo tribunal colegiado que actúa en el procedimiento principal, también tiene a su cargo una etapa intermedia, en la que se establece si existe fundamento suficiente para enjuiciar a una persona. Emitida la acusación fiscal, se emite un auto de enjuiciamiento (Perú, III. § 2 C.2.). En *México,* el juicio consta de dos partes: las actuaciones preliminares a cargo del fiscal, las investigaciones del juez y el procedimiento principal (México, 2.2.). El derecho *uruguayo* también contempla una fase de investigaciones preliminares (Uruguay, 2.2.).

148. En la práctica en muchos casos no se cumple el plazo que la ley fija para la clausura de la investigación (comp. p.ej. Honduras, 2.2.). A menudo es arbitrariamente prorrogable (Uruguay, 2.2.).

149. Bolivia, 2.2.; Perú, III. § 1 a. und d. En *Perú* existen numerosas disposiciones especiales, según las cuales el procedimiento normal es modificado cuando se trata de perseguir determinados delitos (p.ej. delitos sexuales o de drogas) o determinados grupos de autores (p.ej. funcionarios) (Perú, III. § 2 A.).

150. Brasil, 1.3.; Honduras, 1.3.; México, 2.2.; Paraguay, 2.2. así como 1.3.; Uruguay, 2.2.; Venezuela, 2.2.

151. Argentina, II.b.1.

152. Chile, 2.2. También en Paraguay la acusación puede ser presentada por el juez mismo (2.2.).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cedimiento preliminar estaba ya desde 1973 en manos de la fiscalía para delitos sancionados con penas privativas de libertad inferiores a los tres años[153].

También son muy amplias las *atribuciones de la policía,* actuando en detrimento de los derechos del acusado. Una confesión policial ya puede tener normativamente[154] efecto probatorio, y en cualquier caso tiene un considerable efecto probatorio en los hechos.

La *fiscalía* se limita esencialmente a promover la iniciación del procedimiento principal formulando la «acusación»[155]. En algunos casos, se requiere de una iniciativa fiscal para iniciar la instrucción, aunque en general el juez de instrucción puede iniciar el sumario *de oficio*[156]. En el procedimiento preliminar mismo la fiscalía tiene ciertos derechos de presencia y de solicitud de recibimiento de pruebas[157]. Es decir que la posición de la fiscalía pasa notoriamente a segundo plano frente a la posición casi omnímoda del juez.

El proceso penal latinoamericano tradicional tiene como base la *escritura* y el *secreto*[158]. Si bien la ley prevé un juicio oral, debido a la importancia medular de la investigación preliminar, esta etapa reviste escasa importancia. Las pruebas obtenidas en el sumario revisten carácter definitivo y son centrales para determinar la culpabilidad o no del acusado en el juicio, no respetándose debidamente el principio de inmediación[159]. El juez de instrucción tiene jurisdicción investigativa en el sumario. Un aspecto problemático es sobre todo la amplia libertad que tiene para ordenar la instrucción, y en particular el no estar obligado a solicitarla ante un órgano imparcial[160]. Se corresponde con estas facultades un uso excesivo de la prisión preventiva que constituye la regla más que la excepción[161].

En términos globales, el *imputado goza de pocos derechos* en el proceso penal latinoamericano tradicional. Prevalece la concepción de objeto del procedimiento, y el imputado no es visto como un sujeto procesal dotado de derechos. Esta posición se refleja en que la declaración indagatoria como aspecto central del procedimiento, en el derecho tradicional tiene la función del diligenciamiento de prueba de cargo y no de defensa del imputado[162]. En consecuencia, en ciertos países la declaración indagatoria se presta sin presencia de un defensor, por lo que se violan gravemente las garantías constitucionales y los derechos humanos[163]. Asimismo, el derecho de defensa es insuficiente en otros aspectos[164]. El imputado dispone de pocas posibilidades de intervención y no se garantiza la igualdad de armas con el acusador[165]. No se conoce el principio de oportunidad[166]. En todos los países prevalece el principio absolutista de *ne delicta remaneant impunita*. Se antepone la condena de un inocente a la impunidad del culpable[167].

No se conoce el principio de la *libre apreciación de la prueba* por parte del juez. En cambio rige el sistema de prueba legal[168]. En *Chile,* la evidencia circunstancial sólo se admite excepcionalmente[169]. En los Informes de *El*

153. Costa Rica, 2.2. La medida recorta considerablemente el tradicional poder del juez de instrucción. En la actualidad, en Costa Rica todas las causas son investigadas por el Ministerio Fiscal.

154. Uruguay, 2.2.

155. Argentina, II.b.1.; Costa Rica, 2.2. En *Uruguay* no se requiere de un requerimiento del fiscal para la apertura del juicio (2.2.).

156. Argentina, II.b.2.; Bolivia, 2.2.; Honduras, 2.2.; Paraguay, 2.2.; Uruguay, 2.2.

157. Uruguay, 2.2.

158. Argentina, II.b.4. y 5.; Bolivia, 2.2.; Chile, 2.2.; Costa Rica, 2.2.; El Salvador, 2.2.; Perú, III. § 1 a.; Uruguay, 2.2.

159. Argentina II.b.3.; Bolivia, 2.2. (el Informe habla de la «incorporación automática» de las pruebas obtenidas en el sumario a la etapa de enjuiciamiento; Chile, 2.2.; Peru, III. § 1 g.; *Uruguay*, 2.2. En vista al persistente dominio de la instrucción y la consecuente deficiente implementación del principio de inmediación el informe de *Bolivia* constata que no basta con introducir el juicio oral si al mismo tiempo el sumario estructuralmente sigue en mano de un juez de instrucción casi omnímodo y quienes aplican el derecho pueden mantener sus habituales costumbres procesales (Bolivia, 2.2.).

160. Solo algunos Informes hacen expresa referencia a esta problemática (Argentina, II.b.2.; Paraguay, 2.2.).

161. Bolivia, 2.2.; Chile, 2.2.; El Salvador, 2.2.; Honduras, 2.2.; Colombia, 1.2.; Uruguay, 2.2. comp. anterior supra nota 87.

162. Argentina, II.b.4.; Bolivia, 2.2.

163. Honduras, 2.2.

164. Bolivia, 2.2.

165. Argentina, II.b.4.; El Salvador, 2.2. Según el derecho *uruguayo* el defensor no tiene derecho alguno de intervenir en la investigación preliminar. Desde la entrada en vigor del Pacto de San José, sin embargo, éstos le son concedidos *praeter legem*, a fin de observar el principio de la igualdad de armas (Uruguay, 2.2.).

166. Argentina, I.2.; Chile, 2.2.

167. En cualquier caso cuando resultado deseable desde el punto de vista (criminal) político. Respecto de la otra cara de la moneda, la ampliamente difundida impunidad, en particular la violación de los derechos humanos, comp. *Ambos*, supra nota 14.

168. Argentina, II.b.6.; Bolivia, 2.2. (como ejemplo se enuncia que en el sistema probatorio se asigna máxima importancia a la confesión del imputado). El informe de *Paraguay* contiene una exhaustiva enumeración de las reglas de evidencia (2.2.).

169. Chile, 2.2.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Salvador y *Honduras* se señala que es de aplicación el sistema de prueba legal, pese a que la ley también prevé la evidencia circunstancial[170].

Los procedimientos prevén recursos contra la sentencia dictada. Algunos códigos procesales solo prevén el recurso de casación[171], otros solo la apelación[172], en tanto que en algunos países están abiertos ambos recursos[173].

En *Bolivia* en el procedimiento de apelación no se lleva acabo un segundo juicio oral, con lo que se viola el principio de inmediación[174]. En el «complejo» sistema de recursos del *Brasil* está previsto básicamente la posiblidad de apelar los fallos, pero tratándose de fallos dictados por un Tribunal de Jurados («Tribunal do Júri»), el recurso sólo se puede interponer cuando existe evidencia de que el fallo se contradice con las pruebas aportadas[175]. En *Honduras* no rige en la apelación la prohibición de *reformatio in peius*[176]. En *Perú* no está previsto ni la apelación ni la casación, existiendo únicamente el llamado recurso de nulidad[177]. El recurso de nulidad es un instituto vastamente difundido en América Latina, con el que se puede hacer valer la nulidad de las actuaciones procesales. En *Brasil*, *Uruguay* y *Venezuela*, existen además otros recursos como la revisión del juicio, además de las instancias de apelación y casación[178].

2.3. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal

El modelo procesal tradicional prevé procedimientos especiales para ciertos delitos específicos (por ejemplo delitos de acción privada[179], delitos sorprendidos en flagrancia) o de escasa gravedad o cuando en la persona del imputado se dan ciertas condiciones, como por ejemplo ser menor de edad o funcionario[180]. Asimismo, en general están previstos procedimientos especiales para contravenciones.

170. El Salvador, 2.2.; Honduras, 2.2.
171. Costa Rica, 2.2.
172. Paraguay, 2.2.
173. El Salvador, 2.2.; Honduras, 2.2.
174. Bolivia, 2.2.
175. Ver exhaustivamente y en tono crítico Brasil, 2.f.; respecto del Tribunal do Júri más adelante 3.2. bie supra nota 243.
176. Honduras, 2.2.
177. Perú, III. § 1 c.
178. Brasil, 2.f.; Uruguay, 2.2.; Venezuela, 2.2.
179. Comp. al respecto punto 1.1.1.
180. Comp. p.ej. Bolivia, 2.3.; Brasil, 2.d. y e.; Cuba, 2.3.

Cuando se está en presencia de un *delito de menor gravedad*, los derechos del imputado se ven limitados más de lo normal. En el caso de delitos que se sancionan con una pena privativa de libertad menor, las funciones de investigar y de decidir se concentran en un mismo magistrado — también en aquellos países, en los que normalmente ambas funciones están separadas. De esta manera se viola el derecho a ser juzgado por un juez imparcial[181]. En muchos casos se pasa a juicio en forma directa, es decir sin una instrucción previa. Los actos de «prueba» realizados por la policía constituyen la base sobre la que se emite posteriormente la sentencia[182].

En general, en América Latina se admite un recorte a los derechos del imputado en el derecho penal especial, en particular cuando se trata de *delitos cometidos contra la ley de estupefacientes*. En este caso se registra en parte una neta recaída en las estructuras del proceso inquisitivo. A modo de ejemplo, nos detendremos a continuación brevemente en la situación en *Bolivia*. El Informe Nacional señala que las investigaciones en el caso de los delitos contra la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas está a cargo de una unidad policial especial que actúa con total autonomía. Los imputados son detenidos durante meses en sede policial, los allanamientos se practican sin orden judicial y en horas de la noches. El informe señala además que son ilimitados «el ejercicio de la fuerza y la utilización de armas» contra los imputados. Estas actuaciones policiales constituyen en la prueba fundamental en la etpa del juicio plenario. Los imputados se encuentran en un estado de «absoluta indefensión»[183].

En el proceso penal latinoamericano tradicional no se conocen *mecanismos de solución alternativos al sistema penal*[184]. Sólo recientemente y en

181. Acertadamente Argentina, II.b.1
182. Bolivia, 2.3.
183. Bolivia, 2.3. De aplicación general. Comp. en relación con el «triángulo blanco» (Colombia, Perú y Bolivia) *Ambos*, Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Perú und Bolivien – eine kriminologische Untersuchung aus Sicht der Anbauländer, unter besonderer Berücksichtigung der Drogengesetzgebung. Freiburg i.Br. 1993, págs. 181 y ss., 221 y ss., 249 y ss, 301 y ss., 336 y ss.; *el mismo autor*, Control de Drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y Alternativas (con anexo legislativo de normas interamericanas y nacionales de América Latina, EEUU y Europa). Bogotá (Gustavo Ibañez) 1998, pags. 100 y s., 125 y s.
184. Chile, 2.3.; Costa Rica, 2.3.; Cuba, 2.3. (salvo para determinados delitos); El Salvador, 2.3.; Guatemala, 2.3.; Honduras, 2.3.; Perú III. § 5. Una excepción —al menos en cuanto a la concepción normativa— plantean el derecho *mexicano* y *paraguayo*, que para determinados delitos prevén una *conciliación* entre autor y víctima con eventual *reparación del daño*. En la práctica, sin embargo, se hace muy poco uso de esta posibilidad (México, 2.3.a.; Paraguay,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el marco del clima general de reforma, éstos despiertan creciente interés. En la práctica del procedimiento tradicional, los esfuerzos de la persecución penal se concentran en delitos menos importantes, en tanto que muchas veces permanecen impunes los delitos capitales[185].

Un lugar destacado ocupa la *justicia militar* y los códigos y procedimientos penales militares. La existencia de este fuero conduce, por un lado, a una situación de impunidad general y, por el otro, a una considerable limitación de los derechos del imputado, en particular cuando se los utiliza contra la oposición política[186].

> En *Chile*, *Guatemala, México* o *Perú* los jueces mismos son miembros de las Fuerzas Armadas, con lo que se pone en duda la imparcialidad de los jueces[187]. En el Informe de *Venezuela,* en cambio, se pone en tela de juicio la independencia de los jueces en vista de los derechos de intervención del Presidente de la República[188]. Estas reservas cobran mayor importancia si se considera que la justicia penal militar en casi todos los países se extiende también a ciertos delitos generales (violación a los derechos humanos)[189], y por el otro no solo pueden ser juzgados miembros de las Fuerzas Armadas sino bajo ciertas condiciones también civiles[190]. Más positivo es el cuadro en *Honduras*, país en el que si bien existe una justicia penal militar, los condenados tienen la posibilidad de recurrir a un tribunal de apelación de la justicia ordinaria[191]. La Corte Suprema de aquel país ha constatado en más de una oportunidad que los tribunales militares no son competentes en ningún caso en el que se trata de un civil como «sujeto activo o pasivo»[192]. En este contexto también es de celebrar que en *Brasil,* y en virtud de una enmienda legislativa, los delitos dolosos contra la vida entran en la órbita de competencia de los tribunales ordinarios[193].

2.3.). En *Venezuela* el derecho procesal tradicional prevé la posibilidad del sobreseimiento en el caso de delitos menores (en la práctica sin mayor importancia) (Venezuela, 2.3.). Respecto de Brasil ver 3.4. supra nota 308.

185. Bolivia, 2.3. Comp. en relación con la situación jurídica en Argentina antes de la reforma de 1992 *J. Maier*, Derecho Procesal Penal. tomo I. Fundamentos, 2ª edición sin cambios. Buenos Aires 1999, págs. 782 y s.

186. El fenómeno de la justicia militar es tan complejo que requiere de un estudio por separado; compárese desde la perspectiva de los derechos humanos *Ambos*, Straflosigkeit, supra nota 14, págs. 115 y ss., 260 y ss.; *el mismo autor*, Impunidad, n.a.p 14, págs. 56 y ss., 191 y ss. con las respectivas demostraciones.

187. Chile, 2.3.; Guatemala, 2.3.; México, 2.3.c.; Peru III. § 5

188. Venezuela, 2.3.

189. Bolivia, 2.3.; Chile, 2.3.; Perú III. § 5

190. Bolivia, 2.3.; Chile, 2.3.; Cuba, 2.3.; Perú III. § 5

191. Honduras, 2.3.5. En Paraguay está abierta la vía judicial hasta la Corte Suprema (Paraguay, 2.3.).

192. Honduras, 2.3.5. Este principio está recogido también en la Constitución de México (México, 2.3.c.). Comp. en cuanto a competencia de los tribunales militares desde la perspectiva de la jurisprudencia y la literatura *Ambos*, Straflosigkeit, supra nota 14, págs. 144 y s., 268 y ss.; *el mismo autor*., Impunidad, supra nota 14, págs. 57 y s., 199 y ss.

193. Lei 9.299/96 (Brasil, 2. i.).

2.4. *Ejecución penal*

En el modelo tradicional del procedimiento penal latinoamericano, la ejecución de la pena en general[194] es competencia de las autoridades administrativas. Excepcionales mecanismos de control judicial previstos *de lege lata*, son escasamente relevantes en la práctica[195].

En la ejecución penal es particularmente evidente la tendencia ya mencionada[196] del procedimiento inquisitivo latinoamericano de considerar al autor del hecho un objeto del proceso carente de derechos. En tal sentido, los Informes Nacionales son mayormente críticos.

> Desde *Bolivia* se informa que en la práctica, el preso no tiene posibilidad alguna de hacer valer sus garantías individuales[197]. En *Honduras,* el preso no cuenta con defensa técnica[198]. En *El Salvador* se dictó en 1972 una ley, que se orienta por los principios básicos para el trato de presos de las Naciones Unidas de 1956; sin embargo no fue aplicado nunca[199]. Para toda *Costa Rica* existió (hasta la reforma) solo un único juez de ejecución penal. Sus decisiones en gran parte no eran vinculantes para las autoridades ejecutoras[200].

La situación que se vive en muchas cárceles latinoamericanas debe ser considerada indigna de la condición humana, sobre todo con vistas a la alimentación, asistencia sanitaria y situación social en particular[201]. En *Brasil* se lamenta el «estado infrahumano» («estado falimentar») que se vive en el siste-

194. Una excepción típica es la decisión sobre la libertad condicional (Bolivia, 2.4.; Costa Rica, 2.4.; Guatemala, 2.4.; Honduras, 2.4.; Paraguay, 2.4.; Uruguay, 2.4.).

195. Brasil, 2.j.; Chile, 2.4.; Guatemala, 2.4.; Honduras, 2.4.; México, 2.4.; Paraguay, 2.4.; Uruguay, 2.4.; Venezuela, 2.4.

196. Ver anterior.

197. Bolivia, 2.4.

198. Honduras, 2.4.

199. El Salvador, 2.4

200. Costa Rica, 2.4.

201. El Salvador, 2.4

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ma penitenciario en virtud de la falta de infraestructura y recursos[202]. En el informe de *Venezuela* el sistema penitenciario es considerado una «maquina de moler carne humana». Este estado de cosas es tanto más preocupante si se considera que en todos los países hay más presos procesados que condenados[203].

3. LA REFORMA YA VIGENTE O DISEÑADA

3.1. Proyectos actuales y su estado

Hasta el momento de redactar este Resumen Comparativo, las reformas encaradas en los diferentes países registraban diferentes grados de avance, como ya se mencionó. Comúnmente el grado de avance se mide en función de las categorías conceptuales «*acusatorio/inquisitivo*», utilizados en forma complementaria. Ambos términos se han alejado considerablemente de su sentido semántico original.

El adjetivo «acusatorio» ya no describe en primer lugar el inicio del plenario mediante la formulación de la acusación; y por «inquisitivo» ya no se interpreta básicamente la inquisición de la materia procesal. En general, ambas denominaciones se utilizan más bien para calificar al proceso penal en su conjunto. El concepto «acusatorio» tiende a denominar atributos tales como progreso, modernidad y Estado de Derecho. En cambio se define como «inquisitivo» a un proceso cuando el observador lo considera tradicional, conservador y, por ende, y en función del punto de vista personal, preocupante desde la perspectiva del Estado de Derecho. Con frecuencia, de este modo se argumenta unilateralmente a favor de una estructura procesal anglo-americana, porque el adjetivo «acusatorio» se interpreta en el sentido de «contradictorio» y como antónimo de «acusatorio».

> En términos estrictos, este desplazamiento semántico se debe a una equivocada traducción del término técnico inglés «adversarial»[204]. El término «acusatorio» no se refiere según su significado latín original (accusare = acusar) a la forma de diligenciar las pruebas sino exclusivamente a que el procedimiento (plenario) sólo puede iniciarse en base a una acusación. En América Latina, esta circunstancia rara vez se tiene en cuenta tanto en la acepción general del término como también en el sentido lingüístico científico. Ocasionalmente se habla de «acusatorio en el sentido formal» cuando se utiliza el término en el sentido descrito[205]. Otra razón de la mutación del sentido debe verse en la fuerte politización de esta palabra[206].
>
> En esencia, en el debate latinoamericano planteado, se trata de la antinomia entre estructuras procesales acusatorias versus estructuras contradictorias. Si nos atenemos al uso sujeto a definiciones de estos dos términos, la característica fundamental de un procedimiento de *instrucción* es que el juez determina o interviene en la determinación de la producción de pruebas en el juicio oral, es responsable por el esclarecimiento total y correcto de los hechos y se prepara debidamente estudiando el expediente[207]. En cambio, en el sistema *contradictorio* o de iniciativa de las partes, las partes presentan sus pruebas producidas unilateralmente y bajo su propia responsabilidad ante un jurado, hasta entonces no familiarizado con el caso. El juez profesional que dirige la audiencia, simplemente controla la observancia de las reglas de juego[208].

Evaluar los diferentes Códigos Procesales Penales solo según las categorías descritas no se compadece, sin embargo, ni con el actual estado de la investigación ni es particularmente fructífero. Por otro lado, la dicotomía clásica entre procesos de instrucción y juicios de adversación ha perdido importancia para evaluar la calidad de Estado de Derecho de un orden procesal ya que el principio del Estado de Derecho y las garantías del imputado están consagradas en (casi) todas las constituciones latinoamericanas y han quedado plasmados en los acuerdos internacionales pertinentes. Dado que todos los códigos procesales penales, al margen de su estructura procesal, están comprometidos con la observancia de ciertas normas mínimas, estas diferencias entre los sistemas parecen más bien secundarias[209].

202. Brasil, 3.a.

203. Comp. anterior supra nota 87.

204. Comp. *G.E. Lynch*, Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos, Nueva Doctrina Penal 1998/A, Buenos Aires 1998, págs. 293-330.

205. *Binder*, anterior supra nota 71, S. 219; *R. Gil Lavedra*, Legalidad vs. acusatorio. Una falsa controversia, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal 7, Buenos Aires 1997, S. 829-852 (836).

206. Un ejemplo del uso que se le da a los conceptos de acusatorio/inquisitivo en este sentido en *J.I. Cafferata*, Proceso penal mixto y sistema constitucional. En: Nueva Doctrina Penal 1997/A, Buenos Aires 1997, pags. 73-86.

207. Comp. *W. Perron*, Rechtsvergleichender Querschnitt und rechtspolitische Bewertung, in: ders. (ed.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Freiburg im Breisgau 1995, págs. 559 y ss. (560).

208. *Ibidem.*, págs. 562 y s.

209. Comp. también *W. Perron*, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß, Berlín 1995, pág. 107; *J.Maier,* Inviolabilidad de domicilio, Doctrina Penal 8, Buenos Aires 1985, págs. 59-117 (73).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Por lo tanto, utilizaremos como criterios referenciales para la evaluación de los sistemas procesales penales, la implementación del principio de Estado de Derecho y la definición exacta de la posición de sujeto[210] del imputado, que en el proceso penal se enfrenta como ciudadano a un poder público casi omnímodo. Además se considerará el control y la limitación de los órganos públicos a un ejercicio del poder identificado con el bien común y que actúa en forma prudente y no arbitraria.

Si se toma como base este parámetro, los sistemas procesales penales de *Costa Rica* y *Guatemala* pueden ser considerados precursores del movimiento reformista, al menos en lo que se refiere a la orientación normativa. En estos países, entraron en vigor en 1998 y 1994 códigos penales procesales concordantes con los requerimientos constitucionales y de Estado de Derecho, al menos hasta donde puede apreciarse[211]. En la medida en que efectivamente entren a regir las leyes correspondientes, se agregarán a este grupo de países *Bolivia*, *Chile, Honduras, Paraguay* y *Venezuela*, cuyos proyectos de reforma[212] se inspiran básicamente en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica[213].

En *Bolivia* se proclamó en 1999 un Código Procesal Penal que recoge estas sugerencias. Entrará en vigor a los dos años de su promulgación[214]. En *Chile,* la Cámara de Diputados aprobó y remitió al Senado en 1997 un proyecto de ley de reforma del Código Procesal. La comisión correspondiente del Senado aprobó la ley en general y en este momento está abocada al tratamiento de la ley en particular[215]. En *Honduras,* la *Corte Suprema* tomó en 1995 la iniciativa legislativa. Al momento de redactarse este Resumen, se aguarda el tratamiento del proyecto definitivo en sesión plenaria del Congreso[216]. También *Paraguay* y *Venezuela* han aprobado leyes que suplantan el proceso penal tradicional. Posiblemente entren en vigor en 1999[217].

210. Naturalmente el imputado sigue siendo objeto de la coacción pública, en la medida en que debe soportar el proceso penal. A diferencia del proceso inquisitivo en el derecho común, en los códigos procesales modernos se lo reconoce fundamentalmente como un sujeto del proceso dotado de derechos procesales propios (comp. *Roxin*, supra nota 4, pág. 117).

211. Costa Rica, 3.1.; Guatemala, 2.2.

212. Respecto de los proyectos de ley en Bolivia, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela comp. *Ambos*, ZStW 1998, anterior supra nota 2, 227y ss., *el mismo autor*, Proceso Penal, supra nota 2, págs. 37 y ss.; también Revista de Derecho Procesal, anterior supra nota 2, 560 y ss.

213. Comp. supra nota 5.

214. Bolivia, 3.1.

215. Chile, 3.1.

216. Honduras, 3.1.

217. Paraguay, 3.1. y 3.3.; Venezuela, 3.1.

En los países enumerados, la entrada en vigor de los respectivos códigos fortalece la posición jurídica del imputado. La jurisdicción de la instrucción pasa del juez al Ministerio Público. Esta reforma fortalece el derecho fundamental del imputado de enfrentarse en la etapa del plenario a un juez objetivamente imparcial, ya que el juez entra por primera vez en contacto con la causa en el plenario. También adquiere importancia el principio de inmediación. Hasta ahora las investigaciones estaban a cargo de jueces y en algunos casos un mismo magistrado concentraba la funciones de investigar y de decidir por lo que consideraba redundante un nuevo diligenciamiento de pruebas en el juicio oral, incorporando directamente los medios de prueba aportados durante el sumario. Otra innovación importante es que el órgano responsable de llevar adelante las investigaciones en la etapa sumarial, no puede ordenar por su propia cuenta injerencias en la esfera del imputado protegidas por las garantías constitucionales. Según se establece en las nuevas legislaciones, la fiscalía debe solicitar el diligenciamiento de estas injerencias ante un juez de investigación o garantías, que por lo demás no interviene en las investigaciones.

En los otros países estudiados no se han producido reformas básicas e integrales o éstas aún no han entrado en vigor. Cabe distinguir, sin embargo, entre aquellos países en los que se bloqueó todo intento de reforma (Cuba, México, Perú, Uruguay), y aquellos otros que introdujeron «tibias» reformas parciales (Argentina, Brasil, El Salvador, Colombia).

Cuba no integra el movimiento reformista sobre el que se informa en el presente trabajo[218]. En *México* no cabe aguardar reformas significativas. Al momento de redactarse el presente Resumen, en este país se está discutiendo un anteproyecto de ley que no permite esperar «modificaciones sustanciales» respecto de la actual situación jurídica vigente[219]. En *Perú* ya se ha presentado en 1991 un proyecto de reforma que merece ser calificado de progresista pero cuya entrada en vigor ha sido impedida en reiteradas oportunidades por el Poder Ejecutivo y que a juicio del relator tiene muy escasas posibilidades de ser aprobado (nuevamente) por el parlamento en su actual versión[220]. En *Uruguay,* se sometió en 1995 a consideración del parlamento un proyecto de ley inspirado en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica que, no obstante, fue desestimado. En su lugar se aprobó en 1997, y con consenso de todas las fuerzas políticas, una ley que no introdujo mayores cambios al proceso penal lati-

218. Cuba, 3.1.; comp. también Observación previa.

219. México, 3.1.-3.3.

220. Perú, IV. § 4. Respecto de este proyecto ver *Ambos*, Proceso Penal, anterior supra nota 2, págs. 49 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

noamericano tradicional[221]. La Comisión para Derechos Humanos de las Naciones Unidas comunicó al Uruguay con fecha 6.4.1998 que la prisión preventiva obligatoria prevista en dicha ley no se compadece con la presunción de inocencia (Art. 9 IpbpR) y que el juez unipersonal responsable de la instrucción y del plenario no es concordante con el principio de inparcialidad (Art. 14 Nro. 1 IpbpR). Como consecuencia de dicha comunicación el parlamento uruguayo pospuso la entrada en vigor de la ley hasta el 1.2.1999. Al momento de redactar el Informe no se sabía con exactitud si se introducirían modificaciones[222]. Por lo tanto, se descarta hacer una descripción detallada de la situación jurídica en estos países.

El derecho procesal penal de *Argentina* se encuentra en un proceso de reforma «tibia», ya que desde las modificaciones introducidas en 1991, únicamente se ha avanzado a nivel provincial en la puesta en práctica de otros proyectos de reforma[223]. En *Brasil*, hasta el momento sólo se intentaron introducir reformas parciales mediante leyes especiales que buscan moderar la anticonstitucionalidad del derecho procesal penal[224]. En *El Salvador*, un país básicamente progresista, no cabe esperar reformas integrales, luego de la amplia reforma de 1999[225]. El proceso penal *colombiano* fue reformado ampliamente. No obstante, al momento del Informe en el Congreso se está debatiendo sobre un nuevo proyecto de reforma[226]. A continuación se hará referencia específica a estos países en algunos puntos.

3.2. *Correlación de los proyectos con los principios del proceso penal de un Estado de Derecho*

Los proyectos de ley de *Bolivia, Chile, Honduras, Paraguay* y *Venezuela* y las reformas de *Costa Rica* y *Guatemala* merecen en todos los casos un juicio positivo en los respectivos Informes Nacionales. En general coinciden —al menos en su orientación normativa— con las condiciones que la Constitución y los derechos humanos que se exigen de un procedimiento penal[227]. Dado que los mismos ya han sido descritos

221. Respecto de este proyecto véase *Ambos*, ZStW 1998, anterior supra nota 2, 242 y ss.
222. Uruguay, 3.1.
223. Argentina, III.
224. Brasil, 3.b.
225. El Salvador, 3.
226. Colombia, 3.
227. Bolivia, 3.2.; Chile, 3.2.; Honduras, 3.2.; Paraguay, 3.2.; Venezuela, III.3.2.; Costa Rica, 3.2.; Guatemala, 3.2.

exhaustivamente[228], nos limitaremos a señalar que el proceso penal reformado se basa en los principios de publicidad, oralidad, contradicción y continuidad, con importancia medular del principio de inmediación. A cargo del juicio está el juez legal; se prohiben los tribunales de excepción. Se garantiza la imparcialidad (objetiva) y la independencia política del juez que conoce en la causa. También está previsto el derecho de defensa y de ser oído al igual que el principio de presunción de inocencia y las reglas de *ne bis in idem e in dubio pro reo*. Correlativamente, la prisión preventiva deja de ser la regla general y se convierte en la excecpión. Además está sujeta a tiempos máximos. Si durante el diligenciamiento de pruebas se viola la prohibicion de tortura, coacción o violencia física y moral, o si se violenta injustificadamente el domicilio o el secreto de correspondencia del imputado, los medios de prueba obtenidos no pueden ser utilizados como base para determinar la culpabilidad o la inocencia. El sistema de prueba legal forma parte del pasado; en su lugar rige el principio de la libre apreciación de la prueba. Se ha fortalecido claramente la posición del ofendido.

La reforma introducida al derecho procesal penal en *Argentina* constituye una aproximación considerable a los principios constitucionales y de derechos humanos, aunque el Informe también manifiesta críticas justificadas.

En primer lugar se manifiestan reservas respecto de las normas legales sobre *prisión preventiva*. Según el CPP, la prisión preventiva es la regla ante la presunta comisión de un delito amenazado con pena privativa de libertad si el juez estima *prima-facie* que ésta será de cumplimiento efectivo en caso de recaer sentencia condenatoria. Sólo podrá conceder el beneficio de excepción de presión bajo ciertas condiciones. Por lo tanto el nuevo derecho argentino mantiene la prisión preventiva como regla general de la que el juez se aparta sólo en casos excepcionales[229]. Esta sistemática limita considerablemente las garantías constitucionales y convencionales del imputado a la libertad personal y difícilmente sea compatible con la presunción de inocencia.

La ley tampoco ha recortado la posición omnímoda que históricamente ha tenido el juez de instrucción y la posibilidad de la arbitrariedad pública respecto de las *garantías* del imputado. El Informe Nacional de Argentina hace referencia al ejemplo de la intervención telefónica. La reglamentación correspon-

228. Comp. más arriba 1.
229. Argentina, I.4.b. Esta disposición implica que el intento de eludir la justicia o de entorpecer las investigaciones no son considerados motivos de prisión sino sólo razones para denegar la exención de prisión (Art. 316, 317, 319 CPPN).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diente se limita a establecer que una injerencia en el secreto de las telecomunicaciones sólo puede hacerse en virtud de una autorización judicial que explica las razones, y sólo en la casa del imputado. No contiene un catálogo de delitos cuya persecución puede dar lugar a la intervención telefónica ni determinar esos hechos en forma abstracta o genérica. Según los términos de la ley, el juez de instrucción está facultado a ordenar medidas de vigilancia ilimitadas en el tiempo ante la presunción de delito de toda índole y sin consideración de la gravedad del mismo[230]. Se destaca que el principal mecanismo de control previsto para el ejercicio de las facultades de injerencia estatal está constituido por el requisito de autorización judicial previa que intenta garantizar la legalidad de las injerencias. Este mecanismo se diluye prácticamente por completo como salvaguarda (...) ya que el mismo juez que autoriza la injerencia es quien está a cargo del desarrollo de la investigación preliminar (*juez de instrucción*)»[231]. La violación de los preceptos constitucionales y de derechos humanos aparecen como aún más graves en el análisis del conjunto del procedimiento penal argentino, ya que la ley permite introducir en el juicio oral los medios de prueba obtenidos por esa vía, que de este modo se constituyen en la base directa del fallo[232].

Otro déficit de la reforma del proceso penal argentino radica en que para todos los procedimientos correccionales, que hacen a una parte considerable del conjunto de los procedimientos penales, se mantienen *jueces unipersonales,* es decir que un mismo magistrado concentra las funciones de investigar y de decidir. Ya señalamos que este sistema viola el derecho del acusado a ser juzgado por un juez imparcial[233].

Finalmente también resulta problemático el *derecho de recursos* que concede la ley argentina. El *recurso de casación* está sujeto a considerables limitaciones. El recurso contra la sentencia dictada por el tribunal colegiado de primera instancia (pena privativa de libertad o pena pecuniaria) solo procede a partir de un monto mínimo de pena. Si la pena es menor, el recurso no procede. En tal caso, el acusado no cuenta con *ningún* recurso dado que el derecho argentino no prevé la apelación en ese sentido. La Corte Suprema ha reconocido la contradicción con el derecho del imputado de recurrir la sentencia y declaró anticonstitucional la norma correspondiente[234].

Menos problemático resulta el nuevo derecho procesal penal de *El Salvador*. El Informe Nacional sólo menciona las facultades de coordinación

230. Comp. supra nota. 86.
231. Argentina, I.4.e.
232. Argentina, II.c.
233. Argentina, I.4.h.
234. Argentina, II.c.

casi omnímodas del juez de instrucción en el procedimiento preliminar. Estas facultades se contradicen con la Constitución que establece que la investigación del delito está a cargo del Ministerio Público.

La crítica que se formula a la reforma procesal penal *colombiana* está igualmente referida a la etapa de instrucción que pese a la introducción del juicio oral y público sigue siendo el eje central del proceso[235].

> En este caso se abolió la figura del juez de instrucción, excesivamente poderosa que realizaba las investigaciones sin control alguno y la *instrucción* pasó a manos del Ministerio Público. Se critica la facultad del Ministerio Público de realizar injerencias que afectan garantías individuales tales como el derecho a la libertad personal, sin orden previa de un juez de instrucción[236]. En todo caso se informa que existen numerosas razones para recusar al fiscal y que el fiscal a cargo de las investigaciones no puede actuar en la etapa del plenario[237]. Mientras tanto se han introducido otras correcciones que buscan contrarrestar el poder excesivo del Ministerio Público. Un ejemplo es la institución de recursos judiciales contra las decisiones de la Fiscalía[238]. Se critica también que la reforma colombiana ha preservado ciertas características del proceso penal tradicional. El encarcelamiento preventivo sigue siendo la regla y no la excepción, lo que está reñido con los preceptos constitucionales[239].

Finalmente cabe mencionar que en el debate latinoamericano sobre la reforma procesal penal juega un papel importante el control popular al que puedan estar sometidos los jueces. Pese a que de muchas constituciones latinoamericanas se desprende un derecho del imputado a ser juzgado (al menos como opción) por ciudadanos «ordinarios», los legisladores se muestran más bien reticentes a establecer el *juicio por jurados*[240].

> En *Argentina*, el Poder Ejecutivo ha elevado al Congreso un proyecto de ley introduciendo el juicio por jurados. El proyecto otorga a todo imputado el derecho a elegir ser juzgado por un tribunal de jurados una vez concluida la etapa de investigación preliminar y decidido elevar la causa a juicio. En este caso se

235. Colombia, 2.1.
236. Colombia, 2.1. así como 1.1.7.
237. Colombia, 1.3. – De todos modos el Informe de Colombia se caracteriza por su crítica a la fuerte posición del Ministerio Público.
238. «Ley estatutaria de la administración de justicia» (comp. Colombia, 1.4.).
239. Colombia, 1.2. (comp. también supra nota 161).
240. Comp. en este contexto *Aroca/Gómez Colomer*, Comentarios a la Ley del Jurado, Pamplona 1999.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

consagra el sistema de *cross-examination*. El juez que conduce el juicio no puede formular preguntas él mismo. La sentencia recae en los jurados y en manos del juez solo queda la determinación de la pena concreta. Al momento de elaborarse el Informe, la ley aún no había entrado en vigor[241]. En *Bolivia* ya se ha introducido el juicio por jurados. Sin embargo, sólo se constituyen para ciertos delitos de catálogo como son los delitos contra la vida[242]. El *Brasil* es el país en el que el sistema de tribunales de jurados («Tribunal do Júri») probablemente es el más antiguo en América Latina. Sin embargo, los jurados no deciden sobre culpabilidad o inocencia del acusado en función de una discusión los hechos sino que deben responder por «sí» o por «no» a un catálogo de preguntas de los hechos puestas por el juez. Esto abre de par en par las puertas de la manipulación[243]. En *Venezuela* existen dos formas de participación de legos, el llamado «Tribunal Mixto», integrado por un juez profesional y dos jueces legos, y el «Tribunal de Jurados» integrado por nueve jurados y un presidente[244].

3.3. *Estructura del procedimiento común y órganos estatales encargados de llevarlo a cabo*

A diferencia del procedimiento tradicional, dividido en dos etapas, el juicio de conocimiento común reformado se subdivide en tres fases, a saber el procedimiento preliminar, el procedimiento intermedio y el procedimiento plenario. Existen variantes entre los diferentes países sobre todo en los procedimientos preliminar e intermedio, en tanto que las normas sobre la etapa del juicio se diferencian muy poco. Una de las diferencias sustanciales radica en que el procedimiento preliminar (instrucción) en algunos países está a cargo del Ministerio Público, en tanto que en otros casos continúa a cargo del juez de instrucción.

3.3.1. *Prevalece la estructura de tres etapas*

Seguidamente se hará hincapié en el desarrollo básicamente homogéneo del procedimiento en aquellos países en los que las investigaciones están a cargo del Ministerio Público. Son ellos *Bolivia, Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Paraguay, Venezuela* y la legislación de *El Salvador* con algunas ligeras desviaciones.

241. Argentina, III.
242. Bolivia, 3.2.
243. También se ha expresado en forma crítica Brasil, 2.e.
244. Venezuela, III.3.2.

a) Procedimiento preliminar

En este grupo de países la reforma incluye también la iniciación del procedimiento preliminar. Cobra plena vigencia la regla de *ne procedat iudex ex officio* y el procedimiento preliminar en ningún caso es abierto de oficio por un juez. Las acciones se inician siempre en virtud de una denuncia, en parte también de «investigación por iniciativa propia» de la policía o del Ministerio Público o querella presentada por el ofendido[245]. Si la policía actúa por iniciativa propia, debe informar de las actuaciones dentro de un determinado plazo al fiscal competente[246]. El imputado tiene derecho a ser informado sobre el delito que se le imputa y a la defensa técnica[247]. En *El Salvador*, antes de iniciarse la instrucción, se realizan investigaciones previas y se celebra una «audiencia inicial» en la que el fiscal informa al juez de instrucción que ha iniciado investigaciones contra una cierta persona[248].

La *finalidad* del procedimiento preliminar es determinar si el imputado ha cometido un cierto delito. El Ministerio Público o la policía a cargo de las investigaciones[249] debe considerar por igual circunstancias incriminatorias y exculpatorias[250]. A tal efecto se prevén plazos que bajo ciertas circunstancias, sin embargo, son prorrogables, por ejemplo cuando las investigaciones demuestran ser especialmente difíciles[251]. Los plazos relativamente cortos que se han previsto reflejan la voluntad del legislador de eliminar el tradicional dominio del procedimiento preliminar y desplazar la instancia decisiva a

245. Bolivia, 3.3.1.; Costa Rica, 3.3.1.; El Salvador, 3.2.1.; Guatemala, 3.3.; Paraguay, 3.3.A.; Venezuela, 3.3.1.
246. En Costa Rica la notificación debe hacerse en el término de las seis horas (Costa Rica, 3.3.1.).
247. Costa Rica, 3.3.1.
248. El Salvador, 3.2.1. Esta audiencia inicial debe distinguirse de la audiencia preliminar (El Salvador, 3.2.3.).
249. La relación entre la fiscalía y la policía se desarrolla con arreglo a detalladas reglas. En *Bolivia,* por ejemplo, la policía debe informar dentro de las ocho horas al fiscal acerca de eventuales medidas coercitivas (Bolivia, 3.3.1.).
250. Venezuela, 3.3.1.
251. Bolivia, 3.3.1. (seis meses a contar desde que se tomó por primera vez conocimiento del delito); El Salvador 3.2.2. (seis meses); Guatemala, 3.3. (tres meses, siempre que se hubiera dictado prisión preventiva, de lo contrario seis meses); Paraguay, 3.3.A. (seis meses),

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la etapa de juicio. Tal como se destaca en numerosos informes, la reforma concede a las investigaciones sólo un carácter *preparatorio* y puede reflejarse en la acusación, pero no constituirse en el fundamento principal del fallo[252]. Correlativamente en *Bolivia* la etapa del juicio es definida como la «cumbre» del procedimiento. Solo excepcionalmente un medio de prueba puede ser elevado en la etapa preliminar («prueba anticipada»), por ejemplo cuando es conocido de antemano que un testigo no podrá estar presente en el juicio. Esta diligencia, en general, está a cargo de un juez de instrucción denominado «juez de garantía» o «juez de control»[253].

> La denominación de juez de garantía o juez de control se explica a partir del hecho de que este juez también es responsable de ordenar medidas investigativas tales como allanamientos domiciliarios, requisas o intervenciones telefónicas a petición del fiscal. El Fiscal General no podrá ordenar por su propia cuenta estas injerencias en los derechos fundamentales, su legalidad debe ser «garantizada» o «controlada» por un juez[254]. Esto se aplica también a la prisión preventiva. En el informe de *Bolivia* se destaca que el estado de incertidumbre que debía soportar hasta ahora el imputado cuando era detenido por la policía, forma parte del pasado luego de la entrada en vigor de la reforma. Si el fiscal considera que corresponde que continúe la privación de libertad deberá solicitarlo así con un plazo de preclusión de 24 horas ante el juez de instrucción. De lo contrario debe ordenarse la libertad del imputado[255].

A diferencia de los procedimientos preliminares tradicionales a cargo del juez de instrucción, en *Costa Rica* la diligencia de las investigaciones es definida como «actividad creativa, informal y no sujeta a patrones rígidos»[256]. También el Informe de *Venezuela* ve en la ruptura con las metodologías tradicionales, formalizadas, la «llave del éxito» de los esfuerzos renovadores[257]. La intención de la reforma es que la investigación se distinga por su efectividad y no sea considerada un mero procedimiento rutinario.

Se renuncia a un cumplimiento estricto del principio de *legalidad*, conocido del derecho tradicional. El Ministerio Público no sólo puede dictar el

Venezuela, 3.3.1. (a los seis meses de haberse constatado al imputado, éste tiene el derecho de solicitar ante el juez de instrucción que se fije un plazo para la clausura de las investigaciones).

252. Comp. p.ej. El Salvador, 3.2.1.
253. Bolivia, 3.3.1.; Chile, 3.3.; Costa Rica, 3.3.1.; Venezuela, 3.3.1. y 3.3.3.
254. Venezuela, 3.3.1.
255. Bolivia, 3.3.1.
256. Costa Rica, 3.3.1.
257. Venezuela, 3.3.1.

sobreseimiento de una causa, cuando las investigaciones hacen aparecer como poco probable una condena en el juicio. Bajo ciertas condiciones también se le concede la posibilidad de suspender las actuaciones preliminares por razones de oportunidad[258]. Además, el nuevo derecho prevé bajo ciertas condiciones otras soluciones alternativas como por ejemplo el juzgamiento en *procedimiento abreviado*, la *suspensión condicional* o bien la *conciliación/composición autor-víctima*[259]. En algunos casos también está prevista la posibilidad de un *archivo fiscal*, cuando las investigaciones no permiten hacer afirmaciones claras sobre la comisión delictiva por parte del imputado. En caso de conocerse nuevas circunstancias, relevantes para los hechos, el procedimiento preliminar puede ser reabierto[260]. En el Informe de *Chile* se hace notar, sin embargo, que una suspensión condicional es considerada automáticamente definitiva una vez transcurridos seis meses (salvo en el caso de delitos particularmente graves)[261].

Si el fiscal no solicita ninguna de las alternativas descritas y del resultado de las investigaciones surge motivo suficiente, el Ministerio Público formula la acusación[262]. De este modo concluye el procedimiento preliminar y al mismo tiempo se solicita la apertura del juicio[263]. En cambio, y según se desprende de los Informes, en caso de dictarse un auto de suspensión[264], la víctima puede recurrir el misma[265].

b) Procedimientos intermedios

Con la formulación de la acusación, el procedimiento pasa a una etapa intermedia no pública[266]. Su eje central es una audiencia preliminar de las

258. Bolivia, 3.3.1.; Honduras, 3.3.
259. Estos tipos de proceso deben solicitarse ante jueces que pueden ser jueces no actuantes (Honduras, 3.3.; Paraguay, 3.3.A.) o ante el juez de instrucción, que fija una «audiencia preparatoria» de las partes (Bolivia, 3.3.1.; Chile, 3.3.).
260. Venezuela, 3.3.1.
261. Chile, 3.3.
262. En *Honduras,* al culminar la etapa de instrucción, el fiscal formula un requerimiento para apertura del juicio oral. De acuerdo con el Informe Nacional, la acusación recién es formalizada en la etapa intermedia (Honduras, 3.3.).
263. Costa Rica, 3.3.1.; Paraguay, 3.3.A.
264. En el Informe Nacional de *El Salvador* se hace constar que el archivo de una causa no significa la extinción de la acción penal (3.2.1.).
265. El Salvador, 3.2.1.; Venezuela, 3.3.1.
266. Venezuela, 3.3.2.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

partes, en las que pueden formularse proposiciones de prueba, objeciones contra medidas coercitivas dictadas, así como solicitudes de ejecución de uno de los procedimientos especiales nombrados anteriormente. La víctima puede adherirse a la acción publica iniciada como parte accesoria o presentar una acción privada[267].

En el procedimiento intermedio, la decisión del Ministerio Público es llevada a un control por parte de un juez. Se verifica el sustento de la acusación y en su caso se dicta un «auto de apertura a juicio». En el mismo se establecen las modificatorias con las que se admite la acusación[268]. En la medida en que los Informes Nacionales han hecho referencia a este punto, el procedimiento intermedio no es conducido por el juez o tribunal del plenario. En *Guatemala* y en *Venezuela* está a cargo de la etapa intermedia el juez de instrucción[269]. En *Costa Rica*, el procedimiento intermedio está a cargo de un juez que no conoce ni en la instrucción ni en el juicio[270].

c) Procedimiento principal

Al comienzo del procedimiento principal se fijan en una etapa preparatoria entre otros puntos, la fecha para el juicio oral y la integración del tribunal. A diferencia del procedimiento penal tradicional, que en principio se realizaba en forma escrita y secreta, y en donde el juez en la mayoría de los casos no veía al imputado una sola vez, prevalece ahora un juicio oral y público, continuo y contradictorio. Se realiza con presencia permanente de todas las partes que intervienen en el procedimiento[271].

Luego de la apertura de la sesión, lectura de la acusación[272] y testimonio del imputado, sigue como eje central del juicio el examen de pruebas. En este caso, el legislador que ha impulsado la reforma parece haber transitado un camino intermedio entre el modelo adversatorio de origen angloamericano y el modelo de la instrucción más bien de origen europeo continental. Por un lado, las partes siguen teniendo un rol gravitante en la medida en que pueden indagar a los imputados y a los testigos aun ante el tribunal sentenciador en forma autónoma («interrogatorio directo») recolectando de este modo importante material de prueba[273]. Por otro lado, el juez también puede ordenar exámenes de prueba *de oficio* para investigar la verdad[274]. Ante el marco referencial del procedimiento tradicional cabe destacar una vez más que básicamente todas las pruebas deben ser aportadas durante el juicio mismo. Sólo excepcionalmente puede introducirse una prueba obtenida durante la instrucción en forma directa en el juicio, por ejemplo mediante su lectura[275].

El imputado puede prestar declaración sobre los hechos, pero no está obligado a hacerlo[276]. La víctima también puede declarar sobre el fondo del asunto cuando no se constituye como querellante[277]. Una vez concluida la etapa de recibimiento de pruebas, las partes presentan sus conclusiones finales. El imputado recibe como último la palabra[278].

Inmediatamente después del juicio oral, el tribunal se retira para deliberar y al regresar procede a leer al menos la parte dipositiva de la *sentencia*. La lectura de los fundamentos puede diferirse por un determinado plazo[279]. En *Venezuela* existe la particularidad de que la apreciación jurídica así como la medida de la pena quedan reservadas al presidente del tribunal[280].

En *Costa Rica* y *Paraguay*, el juicio puede dividirse en dos partes, si así se solicita. En la primera parte se constata en el marco de un auto interlocutorio la culpabilidad, en tanto que en la segunda parte se procede a establecer la medida de la pena. En *Honduras* se procede de esta manera por regla general[281]. El fin que se persigue dividiendo en dos partes el juicio oral es generar mejores posibilidades de defensa y una mayor protección del imputado. Se intenta evitar que una decisión de tanta importancia como es la medida de

267. Venezuela, 3.3.2.

268. Bolivia, 3.3.2.; Costa Rica, 3.3.1.; El Salvador, 3.2.3.; Paraguay, 3.3.A.; Venezuela, 3.3.2.

269. Guatemala, 3.3.; Venezuela, 3.3.2.

270. Costa Rica, 3.3.2. y 3.7.

271. Comp p.ej. Bolivia, 3.3.2.; Paraguay, 3.3.C. En *Venezuela,* el imputado que se niega a seguir asistiendo al juicio oral puede ser conducido a una sala contigua. En tal caso basta la presencia de su defensor (3.3.3.).

272. En *Venezuela* en este momento del juicio se da lectura a los argumentos del defensor (3.3.3.).

273. Del Informe Nacional de *El Salvador* se desprende que el imputado es interrogado primero por el fiscal, así como por un eventual actor civil, luego por el defensor y finalmente por el tribunal (3.2.4.).

274. Venezuela, 3.3.3.

275. Al momento de confeccionar este informe, el Congreso *chileno* se encuentra inmerso en un fuerte debate sobre la posibilidad o no de permitir este tipo de excepciones (3.3.).

276. Chile, 3.3.

277. El Salvador, 3.2.4.; Venezuela, 3.3.3.

278. Chile, 3.3.; El Salvador, 3.2.4.

279. Chile, 3.3.; Paraguay, 3.3.C.; Venezuela, 3.3.3.

280. Venezuela, 3.3.3.

281. Costa Rica, 3.3.2.; Honduras, 3.3.; Paraguay, 3.3.C.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la pena sea sentida como un mero problema de números al final de procedimiento y fijada eventualmente en forma arbitraria[282].

El desarrollo de todo el juicio y, en particular, el cumplimiento de las normas procesales quedan documentados en un acta[283], al que puede recurrirse en una eventual instancia de recurso. En todos los países del citado grupo están previstos suficientes recursos contra la sentencia. Cabe destacar tan solo una diferencia importante respecto del derecho tradicional chileno: la instancia del recurso ya no puede ser abierta de oficio, sino sólo a pedido de una de las partes[284].

3.3.2. *Otros modelos*

Existen otros países en los que el desarrollo del procedimiento se diferencia del descrito precedentemente y en los que (en parte) las actuaciones preliminares no están a cargo del Ministerio Público.

El proceso penal federal *argentino* ocupa una posición intermedia entre el derecho tradicional y el derecho reformado. Se observan ciertas coincidencias pero también considerables desvíos respecto del grupo de países progresistas descrito arriba. En el marco de la reforma, la instrucción no fue derivada al Ministerio Público y continúa a cargo del juez de instrucción, que, sin embargo, ya no puede iniciarlo *de oficio*. No hay diferencia respecto del derecho de los países descritos arriba en lo referido a los posibles actos de iniciación.

> Si se formula una *denuncia*, el fiscal debe examinarla dentro de las 24 horas y, dado el caso, solicitar al juez de instrucción iniciar la instrucción. La ley establece que el juez no puede iniciar por propia cuenta la instrucción, sino que se requiere de un requerimiento fiscal de instrucción. La instrucción debe limitarse a los hechos presentados en el requerimiento fiscal. En consecuencia, el principio acusatorio rige en el derecho procesal penal argentino no sólo para el juicio sino también para la instrucción. Dado que el derecho procesal argentino reformado no contempla el principio de oportunidad, el fiscal no puede dejar de presentar el requerimiento, aun si a su juicio no existe perspectiva de una condena por parte del tribunal de juicio. Por lo demás y a diferencia del derecho

282. Paraguay, 3.3.C.
283. Comp. p.ej. Honduras, 3.3.
284. Chile, 3.3. (ver también supra nota 141).

> reformado del grupo de países descrito anteriormente, la instrucción es de neto corte inquisitivo, «formalizada y burocrática»[285].
>
> Una particularidad de la investigación preliminar consiste en que el juez de instrucción puede decidir si la dirección de la investigación queda a cargo del agente fiscal o si la asume él mismo. De todos modos, la facultad delegatoria no es ilimitada, dado que la ley ha interpuesto una serie de requisitos judiciales Medidas especialmente graves como por ejemplo el allanamiento domiciliario u otras medidas coercitivas, exigen una orden previa del juez. En este caso prevalece el principio del juez instructor.
>
> Cuando en función de los conocimientos obtenidos en las actuaciones hay motivo suficiente para *sospechar* que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procede a interrogarla[286]. La indagatoria constituye un punto de inflexión importante en el desarrollo de la investigación preliminar porque a partir de ese momento el imputado y su defensor tienen acceso al expediente. La primera indagatoria a cargo del juez marca también la iniciación de ciertos plazos. La investigación, por ejemplo, debe quedar clausurada dentro de los cuatro meses a contar de la indagatoria[287]. La ley argentina concede así mayor importancia[288].
>
> Además, una vez concluida la indagatoria, el juez debe decidir dentro de los diez días si dicta el sobreseimiento en la causa o el procesamiento del imputado. El auto de procesamiento no es similar al auto de apertura, tal cual fuera mencionado en el grupo de países tratados anteriormente, dado que no implica la apertura del procedimiento principal; se trata simplemente de una etapa previa o condición para el auto de elevación a juicio. El auto de procesamiento sólo determina la persecución formal del imputado, es decir el juez de instrucción declara formalmente que un cierto imputado podría llegar a ser a su juicio el autor del delito (inculpación). El objeto del proceso se establece de hecho y de derecho. Mientras que para iniciar la etapa de investigación preliminar basta la mera *posibilidad* de la autoría del imputado, un auto de procesamiento sólo puede ser dictado si la misma aparece ahora como *probable*. Correspondientemente, y cuando se trata de un delito no excarcelable, junto con el auto de procesamiento en general se dicta también el auto de prisión preventiva.

285. Argentina, II.c. Señalamos ya que a diferencia de otros países latinoamericanos, Argentina solo ha abandonado «a medias» el derecho tradicional (comp. más arriba 3.1., supra nota 225).
286. A diferencia del derecho tradicional, el derecho *argentino* reformado asume que el imputado ya no es solo un objeto del proceso sino ante todo también un sujeto procesal. El objeto de la indagatoria del imputado en la etapa de instrucción, al igual que sus declaraciones en el juicio oral, ya no es el diligenciamiento de pruebas sino ejercer su derecho de defensa.
287. Si el juez de instrucción juzga insuficiente el plazo, puede solicitar en la instancia de apelación una prolongación del plazo de hasta dos meses más.
288. Comp. supra nota 252.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Una vez terminadas las investigaciones, el fiscal puede solicitar el sobreseimiento o la *apertura* del procedimiento principal mediante el dictado de un requerimiento de elevación a juicio. Si el Ministerio Público ha solicitado el sobreseimiento, el juez lo cita si está de acuerdo con el requerido. De lo contrario debe dar intervención a la Cámara de Apelaciones. Si ésta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, aparta al fiscal interviniente e instruye a actuar en tal sentido a otro fiscal. No sorprende que en la literatura argentina, esta norma es criticada como violación al principio acusatorio[289].

Luego de una fase de actos preliminares se inicia el juicio oral que es el eje central del procedimiento penal, al menos según la intención del legislador. La reforma del derecho procesal penal argentino introdujo los principios de oralidad, publicidad y continuidad. Dirige el debate, sobre el que debe confeccionarse un acta, el presidente del tribunal. Sin embargo, la implementación de la reforma solo ha sido parcialmente exitosa en lo que se refiere al juicio oral. Si bien se realizan juicios orales, el eje del procedimiento continúa siendo la etapa preliminar, donde en general se fija el desenlace del procedimiento. También en la etapa del plenario se manifiestan *desvíos* respecto del grupo de países homogéneos tratado más arriba. Por un lado, al comienzo de la etapa del plenario solo se da lectura al requerimiento de apertura de juicio del fiscal; no se formula hasta ese momento una acusación[290]. El examen de pruebas tiene básicamente carácter de instrucción. Rige el principio de la investigación de oficio. Si en el transcurso del juicio oral se conocen nuevas pruebas que hacen a los hechos, el tribunal puede ordenar el examen de oficio. El juicio oral termina con la discusión final en la que se concede la palabra al ministerio fiscal, a la defensa y por último al imputado. Tras la clausura del debate el tribunal se retira a deliberar. Redactada la sentencia, el tribunal se constituye nuevamente en la sala y procede a leer la misma. En la sentencia, el tribunal puede dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el requerimiento del fiscal. Dado que no debe advertir previamente de ello al imputado sobre esta posibilidad, existe el peligro de que se vea afectado el derecho de defensa de imputado[291]. La ley no prevé suficientes posibilidades de recurrir el fallo, aunque la jurisprudencia ya ha introducido las correcciones necesarias[292].

289. *Cafferata,* anterior supra nota 206, págs. 78 y s.

290. La lectura no está a cargo del fiscal sino del oficial de justicia. Esta particularidad puede obedecer a dos razones. Por un lado el fiscal de instrucción que ha redactado el requerimiento de elevación a juicio no está presente en el juicio. El fiscal (del juicio oral) tampoco es el representante en la sesión del fiscal de instrucción sino un fiscal exclusivamente competente para la etapa de juzgamiento. Por otro lado, el Código Procesal Penal argentino no considera el requerimiento de elevación a juicio como «acusación» del fiscal. A diferencia de los países descritos más arriba, en los que la fiscalía está a cargo de la instrucción, en el caso de Argentina, la acusación recién se eleva en el marco de la discusión final, es decir luego del recibimiento de pruebas. La disposición correspondiente habla de *requerimiento fiscal* y la *acusación* solo se menciona más adelante en relación con el informe final de la fiscalía.

El procedimiento común de cognición *colombiano* consiste sólo de dos etapas, que son la investigación preliminar y el procedimiento principal. No está previsto un procedimiento intermedio. Si al iniciarse la instrucción se conoce muy poco acerca del delito, la investigación puede ser dividida en dos fases, las investigaciones preliminares y la investigación propiamente dicha que se llama la instrucción.

La ley no prevé un juez de instrucción con funciones de control y concede al Ministerio Público amplias facultades investigativas, cuyo alcance ha generado controversia en Colombia; en cualquier caso el juez que conoce en la causa, una vez concluida la instrucción y elevadas las actuaciones, verifica si las investigaciones se realizaron conforme con la ley o si el procedimiento debe declararse nulo por violación al principio del proceso justo. Al igual que en el derecho tradicional, en el centro de la investigación está la indagatoria del imputado, que sirve tanto a la defensa del imputado como a la práctica de pruebas. Sin embargo, en la indagatoria solo puede formular preguntas al imputado el fiscal y no el defensor. El defensor se limita a objetar las preguntas que considera improcedentes. La investigación concluye con la llamada fase de calificación, en la que se da vista a los medios de prueba disponibles, decidiéndose si y por qué delito se formulará la acusación.

Este modelo merece críticas sobre todo por la forma y el modo en el que se desarrolla la etapa del plenario. En lugar de la oralidad y de un juicio contradictorio se aplica un sistema rígido con carácter casi ritual. La posición del juez en el recibimiento de pruebas se orienta por el modelo europeo continental; el juez está obligado a practicar las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad[293].

Tampoco el procedimiento de cognición *cubano* forma parte del grupo homogéneo de los códigos procesales precedentemente tratados. Consta de un procedimiento preliminar, de una etapa intermedia y de un procedimiento principal. Pero el procedimiento previo en general está a cargo de un instructor de la policía o de Seguridad del Estado o eventualmente puede ser realizado directamente por el Ministerio Público. El Ministerio Público «puede controlar y supervisar» a estos órganos. Asimismo, ciertas medidas sólo pueden

291. Argentina, II.c.

292. Comp. supra nota 234.

293. Colombia, 2.1.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

adoptarse por orden del Ministerio Público, de modo que esencialmente cumple la función que en otros países ocupa el juez de instrucción[294]. La defensa tiene el derecho a ofrecer pruebas y estar presente cuando se realizan ciertas medidas investigativas, aunque en la práctica hace muy poco uso de este derecho[295]. En el procedimiento intermedio, el Ministerio Público examina si las investigaciones fueron completas y eleva la causa a juicio o dispone la suspensión del procedimiento. Si el ministerio fiscal estima que las investigaciones no están completas eleva a la instrucción la solicitud de diligenciar las medidas necesarias. En cuanto al procedimiento principal no se constatan diferencias sustanciales respecto de los países mencionados hasta el momento.

3.4. Procedimientos especiales. Soluciones alternativas al sistema penal

Ante la elevada tasa de criminalidad[296] que se observa en América Latina, el legislador se ve obligado por razones económicas a ofrecer a los usuarios del derecho procedimientos simplificados y soluciones alternativas[297]. Entre las principales soluciones alternativas introducidas por la reforma figuran el procedimiento abreviado y la conciliación/composición autor-víctima. También cumplen un rol significativo la suspensión condicional y la introducción del principio de oportunidad, al que ya hemos hecho referencia[298]. En la mayoría de los países existen normas sobre otros procedimientos especiales.

Un *procedimiento abreviado* puede ser iniciado, si el fiscal (y eventualmente el querellante accesorio) así lo solicitan y el imputado y su defensor están de acuerdo. Otra condición es que el hecho solo puede estar amenazado con una cierta pena máxima privativa de libertad[299]. El juez puede rechazar esta petición cuando considera apropiado el procedimiento común o cuando la víctima rechaza fundadamente la aplicación del procedimiento

294. Cuba, I.2.2.
295. Cuba, I.
296. Comp. *Ambos*, Die Bedrohung Lateinamerikas durch Kriminalität, en: W. Wagner/M. Gräfin Dönhoff/L. Hoffmann/K. Kaiser/W. Link/H.W.Maull (eds.), Jahrbuch Internationale Politik 1995/96, Munich 1998, págs. 316 y ss.
297. En tal sentido: Paraguay, 3.4.
298. Comp. más arriba 3.3.
299. Bolivia, 3.4.1. (5 años); Chile, 3.4. (5 años); Guatemala, 3.4. (5 años); Paraguay, 3.4.B. (5 años); Venezuela, 3.4. (4 años, a menos que el imputado fuera sorprendido *en flagrancia*).

abreviado[300]. En este caso se ejecuta el procedimiento común. La base del procedimiento abreviado es el acuerdo entre el fiscal y el imputado de que este último confiesa el hecho y que a cambio se prescinde de llevar adelante el procedimiento principal. Se investiga en forma directa en virtud de la prueba recolectada en el procedimiento de investigación preliminar[301]. Ya que esta mecánica acota derechos procesales esenciales del imputado es importante que el imputado haya accedido en forma voluntaria y sin medidas de coacción[302]. La principal ventaja para el imputado es que la pena no puede ser superior a la solicitada originalmente por el Ministerio Fiscal[303].

Para determinados delitos está previsto la posibilidad de una conciliación autor-víctima. En estos casos se archiva la causa, cuando el imputado ha reparado debidamente el daño infligido al ofendido[304]. También en este caso es necesario garantizar que todos los participantes se hayan decidido en forma voluntaria y sin coacción a favor de este procedimiento[305]. La víctima puede exigir este procedimiento en los casos previstos incluso si no ha tenido otra intervención en el procedimiento[306]. Cuando se trata de un delito de acción privada la conciliación autor-víctima puede ser obligatoria[307]. Un procedimiento consensual de este tipo fue introducido también por una de las numerosas reformas parciales *brasileñas* (Lei 9099/95). Según esta ley, en casos de delitos penales amenazados con penas de prisión inferiores a un año, también puede procederse, *inter alia*, a una conciliación autor-víctima luego de la constatación policial provisoria de los hechos en audiencia única[308].

El procedimiento puede ser *suspendido* provisoriamente a pedido del Ministerio Público, si es de esperar que en el juicio no se dictará prisión o si se trata de un delito que goza del beneficio de la libertad condicional. Por lo tanto se trata de una suerte de suspensión anticipada de la pena[309]. También para ello es condición que el delito solo esté amenazado por un monto máxi-

300. Bolivia, 3.4.1. En Costa Rica, la víctima al menos debe ser oída (Costa Rica, 3.4.1.).
301. Chile, 3.4.; Costa Rica, 3.4.1.; Guatemala, 3.4.
302. Paraguay, 3.4.B.
303. Paraguay, 3.4.B.
304. Chile, 3.4. Respecto de los diferentes tipos de reparación, comp. el Informe de El Salvador, 3.3.1.2.
305. Costa Rica, 3.4.1. Se informa que este procedimiento en la práctica no ha tenido muy buena acogida (3.4.8.).
306. Bolivia, 3.4.3
307. Bolivia, 3.4.4.
308. Comp. en detalle Brasil, 2.h.
309. Tal el Informe de Venezuela, 3.4.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mo de pena[310]. Además es necesario que el imputado no presente antecedentes penales[311]. El inculpado debe admitir el delito que se le imputa y someterse por un cierto «período de prueba», entre dos y cinco años, a determinadas condiciones judiciales[312]. Si el imputado cumple con las condiciones establecidas durante el período fijado, queda consumida la acción penal[313].

También los «restantes» sistemas conocen procedimientos especiales

Pese a no estar originalmente prevista en la reforma *argentina*, con posterioridad a su sanción, se ha introducido la llamada instrucción sumaria. En casos particularmente sencillos, como cuando una persona ha sido sorprendida *en flagrancia* de un delito de acción pública y el juez considera *prima facie* que no procede la prisión preventiva, la investigación queda directamente a cargo del fiscal, sin que el juez de instrucción[314] tenga la posibilidad de optar entre delegar o retener la investigación[315]. Con posterioridad a la sanción de la reforma, también se introdujo un procedimiento abreviado[316].

El derecho *colombiano* también prevé procedimientos especiales, aunque el legislador persigue un objetivo diferente. Pueden ser aplicados en el caso de delitos de drogas o en casos de terrorismo con el propósito de otorgar al usuario del derecho más seguridad personal, pero no para acelerar el procedimiento[317].

En el Informe Nacional de *Cuba* también se hace referencia a un procedimiento abreviado. Es admisible cuando el criminal fue sorprendido en flagrancia y confiesa el delito que ha cometido según indican todas las evidencias. Debe tratarse de un delito amenazado con pena de prisión entre uno y ocho años. La aceleración del proceso reside en que las investigaciones tienen que estar concluidas en el término de 72 horas y en el juicio oral básicamente no hay recibimiento de prueba. No se hace referencia a la necesidad de que el imputado preste su consentimiento[318].

3.5. *Participación del ofendido en el procedimiento*

En el marco de la reforma, la posición de la víctima en el proceso penal se vio considerablemente fortalecida respecto del derecho tradicional. En el

310. Chile, 3.4. (cinco años); El Salvador, 3.3.1.2. (3 años); Guatemala, 3.4. (5 años).
311. Costa Rica, 3.4.8.
312. Comp. el extenso listado en el Informe de El Salvador, 3.3.1.2.
313. Chile, 3.4.
314. Comp. más arriba 3.3.
315. Comp. art. 353bis y . 353° CPPN.
316. Argentina, III.
317. Colombia, 2.2.
318. Cuba, 2.3.

pasado, el ofendido como querellante exclusivo tenía derechos muy limitados, y como querellante adhesivo[319] prácticamente ninguno[320]. Ahora, en cambio, le asisten amplios derechos de participación, aun cuando no se constituye como querellante exclusivo ni adhesivo.

El ofendido puede proceder contra la decisión de dar por concluidas las actuaciones, aun cuando no haya tenido ninguna otra participación activa a lo largo de todo el procedimiento. Tiene derecho a ser informado por el Ministerio Público acerca de sus derechos y por el juez acerca del resultado del proceso. Puede interponer recursos contra un fallo de inocencia. Eventuales soluciones alternativas sólo pueden ser introducidas una vez oído el ofendido[321]. Cuando no dispone de los necesario recursos para una participación propia en el procedimiento puede recurrir a la ayuda de organizaciones sin fines de lucro, si existe el peligro de que el proceso incremente los daños causados o si eso aparece como lo más indicado para una defensa más efectiva de sus intereses[322]. Además, la víctima tiene la posibilidad de hacer valer el daño ocasionado por la vía del derecho civil[323].

En general se sostiene un *concepto de víctima* amplio. La víctima no es solo la persona directamente perjudicada: en caso de muerte de la víctima, sus derechos pasan al cónyuge, pareja o parientes cercanos. Si la perjudicada es una persona jurídica y el autor una persona a cargo de su dirección, administración o control, les asisten ciertos derechos a los integrantes de dicha persona jurídica.

3.6. *Ejecución penal*

En la medida en que fue considerado el derecho de ejecución penal en el marco de la reforma, se aprecia un cierto *desplazamiento de las compe-*

319. El Informe de *Guatemala* detalla los derechos del querellante accesorio. Se hace referencia a que en ciertas condiciones, la fiscalía puede desistir en casos que no sean de acción privada a la persecución penal y delegarla en el ofendido (3.5.).
320. Paraguay, 3.5. En el Informe de Venezuela se señala que hasta ahora la víctima ha venido siendo una figura absolutamente marginal (Venezuela, 3.5.).
321. Bolivia, 3.5.; Chile, 3.5; Costa Rica, 3.5.; El Salvador, 3.4.; Guatemala, 3.5.; Honduras, 3.5.; Paraguay, 3.5. En *Costa Rica* se editó una publicación informativa que alecciona a la víctima acerca de sus derechos (*op.cit.)* También Informes de otros países que no fueron incluidos más arriba (3.1.) en el grupo de los países particularmente progresistas, señalan un cierto fortalecimiento de los derechos de la víctima (México, 3.5.).
322. Bolivia, 3.5.
323. Costa Rica, 3.5.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tencias desde las autoridades administrativas[324] hacia los tribunales. Mientras que con anterioridad a la reforma la ejecución de la pena estaba básicamente a cargo de las autoridades administrativas —con graves consecuencias para los afectados[325]— en la actualidad el control de los derechos del condenado está fundamentalmente a cargo del juez. Según lo establece el derecho *chileno* y *cubano,* el condenado puede presentar quejas contra el sistema penitenciario directamente ante el juez que lo ha condenado[326]. La legislación de la mayoría de los otros países prevé *jueces de ejecución penal*[327] o también instancias de control integradas en parte por jueces[328].

> En el Informe de *Costa Rica* se plantea exhaustivamente las competencias que posee el juez de ejecución de la pena. Les corresponde especialmente mantener, sustituir o hacer cesar la pena dictada por el tribunal de juicio o el centro de reclusión previsto. Por otra parte debe visitar los centros de reclusión por lo menos una vez cada seis meses con el fin de constatar la situación real de los internos y si respetan los derechos fundamentales y penitenciarios[329].

No obstante se hace referencia a que las normas correspondientes no se han implementado en forma insuficiente, sobre todo por razones económicas[330]. Del Informe de *Uruguay* surge, además, la preocupación de que en las cárceles se encuentran recluidos sobre todo presos procesados, para los que no rige el nuevo régimen de ejecución penal[331].

3.7. Organización judicial y del Ministerio Público

Entre las modificaciones más importantes introducidas al derecho procesal penal de *Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay* y *Venezuela* figura por un lado la transferencia del dominio de

324. Comp. 2.4.
325. Comp. Paraguay, 3.6.
326. Chile, 3.6.; Cuba, 2.4.
327. Argentina, II.d.; Bolivia, 3.6.; Costa Rica, 3.3.5.; Guatemala, 3.6.; Honduras, 3.6.; Colombia, 2.3.; Paraguay, 3.6.; Uruguay, 3.6.; Venezuela, 3.6. Por el contrario no se registran cambios en el caso del Perú (IV § 7).
328. El Salvador, 3.5.
329. Costa Rica, 3.3.5.
330. El Salvador, 3.5.; Guatemala, 3.6.; Venezuela, 3.6.
331. Uruguay, 3.6.

las investigaciones preliminares del juez de instrucción al Ministerio Público[332], así como la institución de la figura del juez instructor[333], y por el otro la introducción del juicio oral y público. En algunos países está prevista la participación de jurados en el juicio[334]. La organización y estructura del Poder Judicial y del Ministerio Público está regulada en leyes especiales *(Ley Orgánica del Poder Judicial o la Ley Orgánica del Ministerio Público).*

En lo que se refiere a los jueces a cargo del juicio y los procedimientos de recurso, al menos funcionalmente se puede recurrir al régimen judicial tradicional[335]. La máxima instancia sigue siendo la Corte Suprema, en el peldaño inferior se ubican losTribunales de Casación seguidos por último por los juzgados de primera instancia. Según la importancia tradicional del juicio y la posición central del juicio oral, está previsto la creación de Tribunales de Sentencia, cuya integración en parte depende de la gravedad del delito[336].

En especial las modificaciones introducidas al procedimiento preliminar exigen una reorganización fundamental del sistema judicial y del Ministerio Público. El Ministerio Público debe realizar con ayuda de la policía a su cargo las investigaciones y cumplir las tareas administrativas correspondientes, que con anterioridad estaban a cargo del juez de instrucción. En la nueva legislación, la función del juez se limita en la investigación preliminar a decidir acerca de hechos que le someten las partes. Para la percepción de esta tarea es necesario facilitar los jueces o tribunales de instrucción correspondientes[337].

En el momento de realizar el Informe, los respectivos preparativos legislativos y prácticos en los diferentes países en una primera etapa[338]. Sin embargo, de la constitución de los órganos necesarios dependerá básicamente si (y en qué plazo) podrá ser implementado con cierto éxito el nuevo derecho.

332. Comp. respecto de su posición más arriba 1.1.4.
333. Comp al respecto más arriba 3.3.
334. Bolivia, 3.7.; El Salvador, 3.5.; Venezuela, 3.7.
335. Paraguay, 3.7.
336. Tal el caso de *Costa Rica* (tribunal colegiado compuesto por tres jueces en el caso de una pena privativa superior a los cinco años, de lo contrario juez unipersonal, 3.7.), en *Paraguay* (tribunal compuesto por tres jueces en caso de que quepa esperar una pena privativa de libertad de más de dos años, de lo contrario juez unipersonal, 3.7.) o en *Venezuela* (tribunal colegiado en el caso de que deba esperarse una pena privativa de libertad de más de cuatro años, de lo contrario juez unipersonal, 3.7.).
337. Previstos en Chile (3.7.). y Venezuela (3.7.).
338. Bolivia, 3.7.; Chile, 3.7.; El Salvador, 3.5.; Uruguay, 3.7.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

OBSERVACIÓN FINAL

Si tomamos como referencia para una evaluación cualitativa de los modelos procesales penales descritos, su compatibilidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos citados[339], así como las constituciones nacionales, podemos hacer una primera clasificación de los países en tres grupos.

> En la asignación cualitativa de un Código Procesal Penal en uno de estos grupos en el marco de un Resumen Comparativo, es necesario considerar diferentes factores individuales. Por consiguiente, la clasificación tiene que basarse en la impresión general que resulta de la descripción del respectivo procedimiento y nunca podrá ser totalmente objetiva. Dos aspectos aportan, sin embargo, un parámetro verificable. Por un lado cabe asignar especial importancia a la *imparcialidad* del tribunal de juicio[340] porque se trata de uno de los principales problemas del derecho procesal tradicional. *Eberhard Schmidt* calificó a esta problemática de «cuestión cardinal» de la discusión sobre la reforma europea del siglo XIX[341]. No podrá afirmarse que ha abandonado el tradicional proceso inquisitivo un país en el que aún juzga en la mayoría de los casos el juez que tuvo a su cargo la investigación preliminar o que ha formulado la acusación. Tampoco se ha dejado necesariamente atrás el proceso inquisitivo solo porque en el procedimiento preliminar y en la etapa de juzgamiento intervienen jueces diferentes. Será necesario examinar, además, si en la práctica efectivamente se aplica el juicio oral y público para el ofrecimiento y la práctica de pruebas.

Aparecen como particularmente *atrasados* aquellos países en los que hasta el momento de elaborarse el Informe no se habían implementado reformas significativas en dirección al Estado de derecho y que permanecen enraizados en el proceso inquisitivo tradicional español. Forman parte de este grupo *Bolivia*, *Chile, Honduras, México, Paraguay, Uruguay* y *Venezuela.* Una parte de estos países, sin embargo, se separará de este grupo en un plazo no muy largo para sustituir el derecho tradicional por sistemas procesales de Estado de derecho[342].

339. Comp. anterior supra nota 8.
340. Comp. anterior supra nota 1.3.
341. *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Parte I, 2ª ed. Göttingen 1964, nro. marginal 347.
342. Comp. 3.1.

El *medio campo* lo forman aquellos países que si bien han introducido una reforma básica, sobre todo han producido una separación entre el órgano de instrucción y el órgano de enjuiciamiento, así como el juicio oral y público, pero que aún dejan traslucir las estructuras tradicionales del proceso inquisitivo en ciertos ámbitos. Forman parte de este grupo *Argentina*[343], *Brasil* y *Perú,* en cierto modo también *El Salvador* y *Colombia.*

> En el Informe Nacional de *Argentina se hace referencia* a la neta posición de poder del juez de instrucción que tiene el dominio sobre la etapa de investigación preliminar. Siguiendo el ejemplo del inquisidor de otros tiempos, interfiere en forma arbitraria y sin control en los derechos fundamentales del imputado, para el diligenciamiento de pruebas. Es un circunstancia particularmente grave porque la investigación preliminar tiene gran importancia para todo el procedimiento y el resultado del proceso en general se decide ya en esta etapa[344]. En *Brasil* el actual derecho procesal penal está marcado por la contradicción entre la Constitución vigente desde 1988 y la ley procesal penal y la práctica procesal[345]. En *El Salvador* parece no haberse abandonado todavía por completo el modelo tradicional[346]. En *Perú* existe desde 1991 un proyecto de ley que intenta romper con las antiguas estructuras. Sin embargo no se espera su entrada en vigor inmediata[347]. Siguiendo la clasificación propuesta, *Colombia* también debería incluirse en el medio campo, aun cuando por motivos totalmente opuestos. Si bien se abolió el juez de instrucción dotado de excesivo poder y sin estar sujeto a ningún tipo de control, a juicio de las referencias hechas en el Informe Nacional, surgen como excesivas las facultades del Ministerio Público a manos de quien pasó la etapa preliminar[348].

Se ubican a la *vanguardia* del movimiento reformador *Costa Rica* y *Guatemala*. En este caso se ha abandonado por completo el antiguo proceso inquisitivo.

Una *excepción* es el caso de *Cuba*, que no adhiere al movimiento reformador descrito. En este país el proceso inquisitivo tradicional fue sustituido en 1973 por el actual sistema procesal penal que ha tomado como modelo a los ex Estados socialistas de Europa y la Unión Soviética[349].

343. Los Informes Nacionales comentan el respectivo derecho nacional, al menos como elemento central, y un eventual derecho a nivel provincial solo marginalmente.
344. Argentina, II.c.
345. Brasil, 1., 1.2.c., 3.a.
346. Pese a que las investigaciones están en manos del Ministerio Público, el «juez de instrucción» (*sic*!) tiene calidad de coordinador de la investigación (El Salvador, 3.2.2.).
347. Perú, IV. § 1
348. Colombia, 2.1. así como 1.1.7.
349. Cuba, I.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

NORMAS TRANSNACIONALES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL[1]

GEOFFREY C. HAZARD, JR.,
Universidad de Pennsylvania

MICHELE TARUFFO,
Universidad de Pavía

A. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y JURISDICCIÓN

1. LITIGIOS A LOS QUE SE APLICAN ESTAS NORMAS[2]

(a) Con observancia de las disposiciones constitucionales y legales no derogadas por las presentes Normas, los Tribunales de un Estado que las

1. La presente traducción ha sido elaborada y anotada por el Dr. Francisco Málaga Diéguez, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, a partir del texto original original en lengua inglesa de las *Transnational Rules of Civil Procedure - Discussion Draft* de 1 abril 1999, publicadas por el *American Law Institute*. En la realización de este trabajo se ha tenido en cuenta una traducción previa al español elaborada por la Profesora Evaluz Cotto de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Para la elaboración de las notas se ha empleado asimismo la traducción de las Normas al portugués efectuada por el Profesor Antonio Gidi, *Lecturer-in-Law* en la *University of Pennsylvania Law School*, cuyas remisiones a las propias *Transnational Rules (TR)* se han incorporado íntegramente a la presente traducción.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

hubiere reconocido deberán aplicarlas en litigios que surjan de una venta, arrendamiento, préstamo, inversión o cualquier otra transacción comercial:

(1) Si el demandante y el demandado fueren residentes habituales en diferentes Estados; o

(2) Si se refirieren a bienes, muebles o inmuebles, localizados en un Estado, en relación con los cuales un demandante que fuere residente habitual en otro Estado reclamare un derecho de propiedad o garantía.

(b) Una persona jurídica se considerará residente habitual, tanto del Estado en el que se hubiere constituido, como del Estado donde tuviere su sede principal.

(c) La participación de partes adicionales, sea como demandantes, demandados o terceros, se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 2[3].

(d) Si así lo solicitaren todas las partes que no fueren residentes habituales en el Estado en el que se hubiere presentado la demanda, el proceso se sustanciará conforme al derecho procesal ordinario del foro.

(e) El derecho interno puede incluir otros asuntos civiles en el ámbito de aplicación de las presentes Normas.

2. Jurisdicción y acumulación

(a) Se podrá tramitar un proceso conforme a las presentes Normas ante los Tribunales de un Estado:

(1) Designado por acuerdo previo entre las partes;

Téngase en cuenta que algunos de los términos incluidos en la versión original del Proyecto se refieren a instituciones procesales que no existen en nuestro Derecho, lo que dificulta su traducción al castellano. A los efectos de facilitar al máximo su comprensión, se ha optado por emplear expresiones más familiares para los juristas españoles, limitando la traducción literal a aquellos supuestos en que resultaba imprescindible. No obstante, para una mejor comprensión del borrador se recomienda la lectura del texto original en inglés.

Los responsables del Proyecto solicitan el envío de cualquier crítica o sugerencia que pueda suscitar la lectura de las Normas a la siguiente dirección:

The American Law Institute
Transnational Rules of Civil Procedure
4025 Chestnut Street
Philadelphia PA 19104-3099
Fax: 00.1.215.243.1664
transrules@ali.org
http://www.ali.org/ali/transrules.htm

2. Cfr. arts. 8(a) y 13(a)(1) *TR*.
3. Cfr. art. 9(d) *TR*.

(2) A cuya autoridad judicial estuviere sometido el demandado conforme a las normas estatales atributivas de jurisdicción[4] o a las previstas en un tratado internacional del que el Estado fuere parte;

(3) Donde el bien inmueble estuviere localizado, cuando la competencia se basare en lo dispuesto en el artículo 1(a)(2).

(b) Se podrá ejercer jurisdicción sobre un tercero que[5]:

(1) Tuviere un interés legítimo en el litigio o en el objeto del proceso y solicitare intervenir en el mismo; o

(2) Debiere participar en el proceso en interés de que se alcance una decisión justa y eficiente, si:

(A) La persona en cuestión estuviere sometida a la autoridad judicial del Estado[6]; y

(B) El Tribunal determinare que la sentencia no será eficaz a menos que esa persona esté presente, o que la participación de la misma será útil a los intereses de la justicia.

(c) Cuando un tercero deba intervenir en el proceso como parte[7]:

(1) Si el Tribunal tuviere jurisdicción sobre ese tercero, éste deberá ser emplazado conforme a lo dispuesto en el artículo 7.º

(2) Si el tercero no estuviere sometido a la jurisdicción del Tribunal, se le deberá dar traslado de una copia de la demanda y demás alegaciones, invitándosele a intervenir.

(d) La intervención de terceros en el proceso no afectará a la aplicación de las presentes Normas, con excepción de lo dispuesto en el artículo 1(d). Si con anterioridad a la vista de la causa tuviere lugar la intervención de un tercero cuya presencia como parte determinare la aplicación del artículo 1.º, se aplicarán las presentes Normas, a menos que el Tribunal dispusiere lo contrario en interés de una ordenada administración de justicia.

(e) Cualquier persona, pública o privada, podrá instar la incorporación a los autos de un informe *amicus curiae* incluyendo datos, informaciones y alegaciones que pudieren resultar útiles para una justa resolución del asunto[8].

---

4. Cfr. arts. 21 y 22 LOPJ.
5. Cfr. art. 9(d) *TR*.
6. Cfr. art. 2(c)(1) *TR*.
7. Cfr. art. 9(d) *TR*.
8. Como puede observarse, la figura cumple una función análoga a la de los intervinientes adhesivos o coadyuvantes existentes en nuestro Derecho. En este caso, el tercero que tiene un interés personal en el pleito o en el modo en que será juzgado no actúa junto a una de las partes, sino mediante la aportación de ese dictamen o informe *amicus curiae* a los autos, previa autorización del órgano jurisdiccional.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

3. Competencia territorial

El procedimiento se instará ante el Tribunal de primera instancia de la localidad que determinen las normas estatales sobre competencia territorial[9].

4. Composición del Tribunal

El Tribunal se constituirá en la forma prevista por el ordenamiento interno, con las siguientes excepciones:

(a) El Tribunal estará integrado por tres Jueces si el derecho interno lo permite;

(b) El Tribunal podrá, previo consentimiento de las partes, designar un máximo de dos asesores neutrales, que podrán ser expertos en la materia objeto de litigio. En la selección de dichos asesores, el Tribunal deberá tener en cuenta las recomendaciones de las partes. Los asesores no tendrán derecho de voto, pero el Tribunal podrá consultarles privadamente en sus deliberaciones. Los honorarios o gastos de los asesores serán sufragados por las partes o en la forma que disponga el Tribunal[10].

5. Principios interpretativos

(a) Las presentes Normas se interpretarán con el objetivo de promover la justicia material y procesal, teniendo en cuenta las tradiciones jurídicas y culturales de los litigantes.

(b) A cada parte se le concederá el derecho de presentar su caso apropiadamente y de recibir un trato igualitario.

(c) El proceso deberá satisfacer expectativas razonables desde una perspectiva de justicia, y resultar eficaz desde el punto de vista económico y temporal.

(d) El Tribunal deberá garantizar una conducta adecuada y profesional por parte de todas las personas involucradas en el proceso.

(e) Las restricciones procesales y sanciones contra partes y terceros se utilizarán sólo de manera razonablemente proporcionada a su finalidad[11].

9. Cfr. arts. 56 y ss. LEC.
10. Cfr. art. 27 *TR*.
11. Cfr. arts. 11(f), 12, 14(f), 16, 21, 23, 24, 27 y 32(b) *TR*.

6. Derecho procesal interno y autoridad general del Tribunal

Con observancia de lo dispuesto en el artículo 5, el derecho procesal interno se aplicará en las materias no reguladas por estas Normas, incluidos los plazos procesales. Además de las potestades que expresamente le confieren estas Normas, el Tribunal tendrá autoridad para impulsar el procedimiento y tomar decisiones para la promoción de la justicia.

B. PROCEDIMIENTO

7. Inicio del proceso

(a) El proceso se estimará iniciado conforme a lo previsto por el ordenamiento interno[12]. El proceso se denominará «Proceso Transnacional».

(b) En el momento de la presentación de la demanda, se emplazará al demandado, o demandados si fueren más de uno, de acuerdo con lo dispuesto en un tratado internacional aplicable o, en ausencia de un tratado internacional aplicable, mediante el traslado de una copia de la demanda y de una notificación anunciando de que el actor elige proceder conforme a las presentes Normas[13]. La citación indicará que puede dictarse sentencia en rebeldía contra el demandado si éste no contesta a la demanda. La notificación de la demanda se redactará en el idioma del foro y en el del Estado del cual el demandado fuere residente habitual.

8. Contenido de la demanda

(a) El actor expondrá los hechos en los cuales se basa su demanda, los fundamentos de derecho que la sustentan[14] y la justificación de la aplicabilidad de las presentes Normas[15]. El relato de los hechos especificará, dentro de lo razonablemente posible, los pormenores concernientes al tiempo, lugar, participantes y desarrollo de los acontecimientos. El actor podrá modificar su

12. Cfr. art. 524 LEC.
13. Cfr. art. 10(b)(1) *TR*.
14. Cfr. art. 524 LEC.
15. Cfr. art. 1 *TR*.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

demanda en la medida que el Tribunal lo autorice, y esta autorización será concedida de forma razonable[16].

(b) El actor acompañará a su demanda copias de todos los documentos, tales como contratos, en los que pretenda fundarla[17]. El actor enumerará asimismo todos los testigos de los que intente valerse, incluyendo tanto partes como terceros. La lista de testigos identificará a estas personas por su nombre, dirección y número de teléfono[18].

(c) El actor indicará la resolución que solicita, incluyendo el valor de la indemnización por daños que reclame y cualquier eventual petición de una condena de hacer o no hacer[19].

9. Contestación a la demanda; reconvención

(a) El demandado contestará a la demanda dentro del plazo de sesenta días admitiendo o negando las alegaciones del actor y, en su caso, ofreciendo una versión alternativa de los hechos y formulando excepciones[20]. El plazo para contestar podrá prorrogarse por un período razonable mediante acuerdo entre las partes o por orden del Tribunal. La contestación deberá:

(1) Negar los extremos de la demanda que el demandado desee discutir;

(2) Admitir razonadamente las alegaciones que el demandado no desee discutir tal y como aparecen formuladas;

(3) Exponer los hechos y fundamentos de derecho que justifiquen las excepciones propuestas.

(b) Las disposiciones previstas en el artículo 8 respecto del contenido de la demanda son igualmente aplicables a la contestación de la demanda.

(c) El demandado podrá proponer una reconvención frente al actor o una demanda contra un codemandado o un tercero, como por ejemplo en una acción de resarcimiento de daños o de corresponsabilidad, en la medida en que lo permita el derecho procesal interno. El actor y esas partes adicionales deberán responder a la reconvención o a la demanda acumulada[21].

16. Cfr. arts. 10(b)(1) y 13(b) *TR*, y 157 LEC.
17. Cfr. art. 504 LEC.
18. Cfr. art. 14(a) *TR* y 640 LEC.
19. Cfr. arts. 10(c) *TR* y 524 LEC.
20. Cfr. arts. 540 y ss. LEC.
21. Cfr. arts. 9(e) y 10(a) *TR*.

En el texto original en inglés figura la expresión *cross-claim*, que parece referirse a una acción incidental formulada por una parte contra otra que se encuentra (o debería encontrarse)

(d) Conforme a lo previsto en el derecho procesal interno, cualquier parte podrá instar la intervención de terceros que estén sometidos a la jurisdicción del Tribunal[22].

(e) Las alegaciones contenidas en un acto que no requiera contestación de la contraparte se tendrán por controvertidas. Las alegaciones contenidas en un acto para el que sí se requiera contestación se tendrán por admitidas si no se niegan. Los hechos admitidos o tenidos por admitidos no necesitan ser probados, con excepción de lo dispuesto en el artículo 10(b) respecto de la sentencia dictada en rebeldía.

(f) El Tribunal podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que las partes presenten alegaciones o contestaciones más específicas[23]. Si un litigante no ofreciere las especificaciones requeridas, el Tribunal podrá tener por no presentadas las pretensiones o excepciones relativas a esas materias.

(g) En su contestación, el demandado podrá formular las excepciones mencionadas en el artículo 13(a). Ni la contestación a la demanda ni la proposición de una reconvención suponen una renuncia a dichas excepciones.

10. Sentencia en rebeldía[24]

(a) Se dictará sentencia en rebeldía contra el demandado que no contestare a la demanda, no presentare una contestación sustancial o permaneciere inactivo después de haber contestado[25].

(b) Antes de dictar sentencia en rebeldía, el Tribunal deberá:

(1) Verificar que el emplazamiento se ha llevado a cabo correctamente[26]. Si la demanda hubiere sido modificada, deberá ser nuevamente notificada al demandado[27].

en la misma posición procesal, con el objetivo de obtener un resarcimiento o regreso. Al no existir una institución procesal en nuestro Derecho que abarque por igual la intervención provocada o forzosa a instancia de parte y la demanda a litisconsortes, se ha optado por emplear la expresión «demanda acumulada», aunque también serían aceptables las de «demanda incidental» o «demanda conexa».

22. Cfr. arts. 9(c) *in fine* y 10(a) *TR*.
23. Cfr. art. 10(a) *TR*.
24. Cfr. arts. 762 a 789 LEC.
25. Cfr. arts. 9(c) *in fine*, 9 (e) y 9(f) *TR*.
26. Cfr. art. 7(b) *TR*.
27. Cfr. art. 8(a) *in fine TR*.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

(2) Comprobar que la demanda está bien fundamentada en lo relativo a la responsabilidad y a la tutela solicitada, incluyendo el valor de los daños y perjuicios[28].

(c) La tutela concedida en la sentencia dictada en rebeldía no será más amplia que la que se hubiere solicitado en la demanda[29].

(d) Si una parte contestare después del vencimiento del plazo previsto en las presentes Normas, pero antes de que se dicte sentencia, se le permitirá comparecer previa justificación adecuada de su tardanza[30].

11. Oferta de transacción en un litigio transnacional

(a) Cada parte podrá entregar a la contraparte una oferta por escrito para llegar a una transacción sobre una o más demandas y las costas relativas a las mismas. La oferta tendrá una vigencia de sesenta días, a menos que se retirare mediante un escrito entregado al destinatario de la oferta antes de que éste comunique su aceptación.

(b) El destinatario de la oferta podrá hacer una contra-oferta que tendrá una vigencia de al menos treinta días. Si esta contra-oferta no se aceptare, la parte podrá aceptar la oferta original si ésta siguiere aún vigente.

(c) Toda oferta que no hubiere sido retirada ni aceptada en el momento de su caducidad se tendrá por rechazada.

(d) Las ofertas no se divulgarán ni comunicarán al Tribunal antes de que se dicte sentencia, bajo pena de sanciones o desestimación de la pretensión con eficacia de cosa juzgada.

(e) Durante los diez días posteriores al del pronunciamiento de la sentencia, las partes podrán revelar sus ofertas al Tribunal. Si el Tribunal determinare que la oferta o su rechazo fue irrazonable, impondrá las sanciones apropiadas teniendo presentes todas las circunstancias relevantes del asunto.

(f) A menos que el Tribunal apreciare circunstancias especiales que justifiquen una sanción distinta, ésta consistirá en el pago de las costas razonablemente generadas por la parte que hizo la oferta desde la fecha en que la hubiere entregado. Dicha sanción podrá sumarse a las costas determinadas conforme a lo dispuesto en el artículo 27.

28. Cfr. art. 9(e) *TR*.
29. Cfr. art. 8(c) *TR*.
30. Cfr. art. 766 LEC.

(g) Si una oferta aceptada no se cumpliere voluntariamente en un período de tiempo razonable, el aceptante podrá escoger entre instar su ejecución o la continuación del procedimiento.

12. Medidas provisionales[31]

(a) El Tribunal tendrá la potestad de adoptar medidas provisionales prohibiendo o exigiendo una determinada conducta frente a cualquier persona sometida a su autoridad, cuando ello fuere necesario para preservar el *status quo* o evitar un perjuicio irreparable durante la pendencia del litigio[32].

(1) El Tribunal sólo podrá adoptar la medida sin audiencia de su destinatario cuando existieren principios de prueba que justifiquen una necesidad urgente y una preponderancia de consideraciones de justicia en favor de su adopción[33]. La parte o persona frente a quien se acordare la medida tendrá una oportunidad razonable para manifestarse sobre la pertinencia de la misma[34].

(2) El Tribunal podrá, previa audiencia de las partes interesadas, adoptar, renovar o modificar una medida, cuando ello fuere necesario para preservar el *status quo* o evitar un perjuicio irreparable[35].

(3) El Tribunal podrá requerir la prestación de una fianza o de otra garantía para indemnizar a la persona frente a quien se hubiere acordado la medida[36].

(b) Mediante una medida provisional podrá prohibirse a una persona sometida a la jurisdicción del Tribunal la enajenación de bienes durante la pendencia del litigio, con independencia del lugar en que se encuentren, así como requerir a una parte que revele con prontitud la localización de bienes, incluidos aquellos que obren en su poder, y de personas cuya identidad o paradero fuere relevante. Esta potestad no impedirá a las partes obtener un embargo u otro remedio similar contemplado por el ordenamiento interno, pero el Tribunal podrá adoptar una medida provisional, conforme al procedimiento previsto en el apartado (a), para alzar, suspender o limitar dicho embargo.

31. Cfr. arts. 28 y 32(a) *TR* y 1397 a 1428 LEC.
32. Cfr. arts. 24(a)(1) *TR* y 1428 LEC.
33. Cfr. art. 1428 I LEC.
34. Cfr. art. 1428 V y VI LEC.
35. Cfr. art. 1428 VI LEC.
36. Cfr. art. 1428 II LEC.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

(c) Cuando los bienes estuvieren localizados en el extranjero, la ejecución de la medida provisional se regirá por el derecho del país donde dichos bienes se hallaren sitos, y se verificará a través de una medida provisional acordada por el Tribunal competente de ese país.

13. Resoluciones preliminares y primera comparecencia

(a) El Tribunal, a instancia de parte o de oficio y tan pronto como sea posible, podrá resolver[37]:

(1) Que el litigio no entra en el ámbito de aplicación de las presentes Normas[38], que el Tribunal es incompetente para resolverlo o que no tiene jurisdicción sobre una parte[39];

(2) Que la demanda, contestación a la demanda u otro acto procesal de parte incumple lo previsto en las presentes Normas o es de algún otro modo irregular;

(3) Que la demanda o contestación de alguna de las partes carece de fundamento desde la perspectiva del derecho sustantivo, o no puede sustentarse con el material probatorio necesario para obtener una sentencia favorable a dicha parte. Antes de adoptar esta resolución, el Tribunal deberá no obstante tener en cuenta el derecho de esa parte a obtener pruebas mediante la exhibición prevista en las presentes Normas[40].

(4) Otras cuestiones de derecho sustantivo o procesal cuya resolución resultare necesaria para poder abordar el fondo del asunto.

(b) Una vez adoptada alguna de las resoluciones contempladas en el apartado (a), el Tribunal podrá conceder a la parte perjudicada por la misma una oportunidad razonable para que modifique su escrito de demanda o contestación, siempre que el defecto apreciado fuere subsanable[41].

(c) El Tribunal ordenará a cada parte revelar información conforme a lo previsto en el artículo 14.

(d) Los Abogados de las partes asistirán a todas las comparecencias señaladas por el Tribunal, pudiendo éste ordenar que también asistan las

37. Cfr. art. 9(g) TR.
38. Cfr. art. 1 TR.
39. Cfr. art. 30(a) TR.
40. Cfr. art. 14 TR.
41. Cfr. art. 8(a) in fine TR y 693, 3.ª LEC.

partes o, en el caso de una persona jurídica, un directivo responsable de la misma[42].

14. Revelación y exhibición de pruebas[43]

(a) Antes de exigir a la contraparte la revelación o el descubrimiento de pruebas, cada parte revelará todos los documentos que tenga intención de presentar como prueba y aportará un resumen de la declaración de cada uno de los testigos de que intente valerse. A tales efectos, el Abogado de cada parte podrá interrogar posibles testigos.

(b) Las partes podrán exigir que cualquier persona, incluyendo terceros conforme a lo dispuesto en el artículo 24, proporcione información no confidencial[44], relevante para el asunto y admisible en el juicio; a saber[45]:

(1) Documentos y otras fuentes de información que guarden relación con las cuestiones controvertidas y estén identificados específicamente o pertenezcan a categorías específicamente definidas.

(2) La identidad y paradero de personas que tengan un conocimiento personal de los hechos litigiosos.

(3) La identidad de todo perito del que la otra parte intente valerse, y una declaración que refleje la opinión del mismo respecto de los hechos controvertidos.

(c) Cualquier persona podrá invocar la protección contra la autoincriminación reconocida por el ordenamiento interno, pero no constituye una objeción válida la de que la información resulta desfavorable a los intereses de la parte obligada a proporcionarla.

(d) Cuando existiere controversia acerca de la condición física o mental de una persona sometida a la jurisdicción del Tribunal, éste podrá ordenar un examen médico razonable.

42. Cfr. art. 17 TR.
43. Sobre la revelación de pruebas (*disclosure*), cfr. art. 8(b) *TR*, y sobre la exhibición de pruebas (*discovery*), cfr. art. 14(b) *TR*. Esta segunda institución, característica de los sistemas de *common law*, es prácticamente desconocida en los ordenamientos de *civil law*, por lo que para su traducción se ha buscado una expresión que resume su contenido sin resultar extraña a los juristas españoles, familiarizados con las exhibiciones de cosa mueble, títulos y documentos previstas como diligencias preliminares en el art. 497 LEC.
44. Cfr. art. 21 TR.
45. Cfr. arts. 13(c), 14(e), 16(a) y 24 (a)(4) TR.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

(e) El Tribunal podrá ordenar una exhibición de pruebas adicional concerniente a cualquier hecho, no confidencial, cuya divulgación parezca necesaria en interés de la justicia, incluyendo la declaración de una parte o de otros testigos. Esta declaración se practicará conforme a lo dispuesto en el artículo 15[46].

(f) Las solicitudes de exhibición de pruebas se efectuarán del modo siguiente[47]:

(1) Las solicitudes iniciales del actor se formalizarán en la demanda o dentro de los sesenta días posteriores a la contestación del demandado. Las solicitudes iniciales de los demandados se realizarán en la contestación o dentro de los quince días posteriores a las solicitudes del actor.

(2) Se podrá efectuar una segunda solicitud dentro de los treinta días posteriores a aquél en que la contraparte hubiere satisfecho las solicitudes iniciales.

(3) Se podrá presentar una ulterior solicitud relativa a pruebas cuya necesidad no hubiere sido posible prever razonablemente en las solicitudes anteriores.

(4) El Tribunal podrá autorizar ulteriores solicitudes.

(5) En defecto de acuerdo u orden del Tribunal en contrario, la contestación a una solicitud de exhibición de prueba se efectuará dentro del plazo de treinta días.

(g) A instancia de parte, el Tribunal podrá designar un asesor especial para presidir la toma de una declaración[48], supervisar la entrega de documentos o de algún otro modo vigilar el cumplimiento de las presentes Normas.

(h) A fin de hacer efectiva una solicitud de exhibición de prueba procedente, el Tribunal podrá:

(1) Extraer conclusiones desfavorables a la parte que desatendiere la solicitud de exhibición de prueba respecto de los hechos controvertidos;

(2) Emplear las medidas autorizadas por los artículos 23 y 24[49];

(3) Desestimar pretensiones, excepciones o alegaciones para las que la exhibición de prueba fuere relevante;

(4) Emitir una sentencia desestimatoria con eficacia de cosa juzgada contra el actor o una sentencia en rebeldía contra el demandado.

46. Cfr. art. 14(g) TR.

47. Téngase en cuenta que la solicitud se dirige directamente a la contraparte, y no a través del Tribunal.

48. Cfr. arts. 14(e) y 15 TR.

49. Cfr. art. 23(b) TR.

15. Declaración oral y testimonio mediante afidávit[50]

(a) Podrá tomarse una declaración cuando el Tribunal así lo ordene en interés de la justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 14(e).

(b) La declaración se prestará bajo el juramento previsto en el artículo 22(b)(2), y deberá transcribirse literalmente o mediante una grabación de sonido o vídeo, según acuerden las partes u ordene el Tribunal. El coste de la transcripción será sufragado por la parte que hubiere solicitado la declaración, a menos que el Tribunal disponga lo contrario.

(c) La declaración se tomará en el momento y lugar que las partes acuerden o el Tribunal determine. El lugar y la hora de la declaración se notificará por escrito a todas las partes y al Tribunal con un mínimo de treinta días de antelación. El interrogatorio se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 22. Antes de comience la declaración, el Tribunal podrá presentar repreguntas para que sean formuladas a la persona llamada a declarar.

(d) Si las partes lo acuerdan o el Tribunal lo ordena, la declaración podrá incorporarse a los autos como prueba testifical.

(e) Cada parte podrá presentar un afidávit firmado por un tercero bajo juramento de decir verdad, que contenga declaraciones sobre hechos relevantes para el caso. Si lo estima oportuno, el Tribunal podrá atribuir a esas declaraciones el mismo valor que tendrían de haber sido efectuadas oralmente durante la vista. Si alguna parte negare la veracidad de las declaraciones presentadas mediante afidávit, podrá solicitar al Tribunal la comparecencia personal del autor del mismo en la vista de la causa[51].

16. Medidas protectoras relativas a la revelación y exhibición de pruebas

(a) El Tribunal, de oficio o a instancia de una parte o tercero obligados a revelar o exhibir pruebas conforme a los artículos 14 ó 24, podrá limitar o prohibir esa revelación o exhibición cuando entienda que el cumplimiento de

50. Se ha traducido *deposition* como declaración oral, pero debe tenerse en cuenta que esa *deposition* no consiste en un examen de testigos como el que regula nuestra LEC, sino en un interrogatorio que efectúan los Abogados a esos testigos en presencia de la contraparte pero en ausencia del Juez. Cfr. arts. 14(e), 14(g) y 24(a)(3) TR. En cuanto a la expresión «testimonio mediante afidávit» (Testimony by Affidavit), se ha optado por una traducción literal por razones de simplicidad, aunque también sería aceptable la de «declaración jurada por escrito».

51. Cfr. art. 22 TR.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la solicitud resultaría gravoso, no conduciría a la obtención de pruebas admisibles o requeriría la presentación de pruebas referentes a información confidencial[52].

(b) El Tribunal concederá esa protección cuando la información cuya revelación se pretenda fuere constitutiva de un secreto comercial o mercantil, o cuando su divulgación pública fuere susceptible de causar un daño o vergüenza que podría ser evitado o mitigado mediante la medida protectora.

(c) La prueba requerida podrá ser examinada por el Tribunal a puerta cerrada, cuando ello le ayude a ejercer la potestad que le confiere el presente artículo.

17. Comparecencias posteriores[53]

(a) El Tribunal podrá señalar una o más comparecencias posteriores, así como:

(1) Ordenar la ampliación, eliminación o modificación de pretensiones, excepciones y cuestiones controvertidas, a la luz de las alegaciones vertidas por las partes hasta ese momento del procedimiento.

(2) Ordenar que una o más cuestiones litigiosas sean tramitadas y resueltas separadamente. En tal caso, el Tribunal pronunciará una resolución interlocutoria en la que abordará esas cuestiones y su relación con el resto del asunto.

(3) Ordenar la acumulación de autos pendientes ante él, estén o no tramitándose conforme a las presentes Normas, cuando tengan por objeto el mismo negocio o negocios conexos, y cuando la acumulación facilite su tratamiento y resolución[54]. La sentencia resolverá todos los asuntos acumulados.

(4) Tomar decisiones sobre la admisibilidad de la prueba.

(5) Determinar el orden en que deben declarar los testigos y peritos.

(6) Señalar una fecha para la vista.

(7) Dictar otras providencias para acelerar el procedimiento.

(b) El Tribunal podrá sugerir a las partes que consideren la posibilidad de una conciliación[55], mediación o arbitraje.

52. Cfr. arts. 14(b) y 21 TR.
53. Cfr. art. 13(d) TR.
54. La acumulación no puede decretarse de oficio en el Derecho español: cfr. art. 160 I LEC.
55. Cfr. art. 692 LEC.

18. Idioma

(a) El procedimiento, incluyendo los documentos, las manifestaciones orales y la prueba, se desarrollará en el idioma del Tribunal, a menos que éste permita lo contrario con el consentimiento de las partes[56].

(b) Las traducciones de documentos largos o voluminosos se limitarán a las partes relevantes de los mismos, del modo que seleccionen las partes o determine el Tribunal.

(c) El coste de la traducción será sufragado por la parte que presente la persona o el documento, a menos que el Tribunal ordene lo contrario.

19. Relevancia y admisibilidad de las pruebas

(a) Todas las pruebas pertinentes son admisibles, incluidas las pruebas circunstanciales[57].

(b) Toda persona con capacidad psíquica puede declarar en el juicio, incluidas las partes[58].

(c) Cada parte podrá llamar a declarar a cualquier persona cuyo testimonio sea relevante y admisible, incluida ella misma. El Tribunal también podrá llamar a declarar a cualquier persona de oficio con las mismas condiciones[59].

(d) Las partes podrán presentar como prueba cualquier documento relevante o pieza de convicción. El Tribunal podrá ordenar a cualquier parte o a un tercero que presente documentos o piezas de convicción que obren en su poder[60].

20. Prueba pericial

(a) El Tribunal podrá designar un perito o equipo de peritos, cuando considere que la prueba pericial podría resultar útil para el esclarecimiento de

56. Cfr. arts. 231 LOPJ, 601 y 657 LEC.
57. Cfr. arts. 565 y 566 LEC.
58. Cfr. arts. 579 y ss. LEC.
59. En el proceso civil español, el Juez de oficio sólo puede exigir confesiones judiciales o examinar testigos para mejor proveer: cfr. art. 340 LEC.
60. Cfr. arts. 602 III y 603 LEC.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cuestiones controvertidas en el pleito[61]. El dictamen pericial podrá versar sobre normas de derecho extranjero e internacional. El Tribunal determinará el objeto del reconocimiento pericial y las pruebas, evaluaciones y demás procedimientos que el perito deberá utilizar. El Tribunal podrá dictar las órdenes necesarias para facilitar el reconocimiento y el informe del perito, así como especificar el modo en que éste deberá elaborar su dictamen.

(b) Cada parte podrá designar su propio perito o equipo de peritos para cada cuestión litigiosa[62]. Los peritos de las partes tienen derecho a presenciar y participar en las pruebas, evaluaciones y demás procedimientos llevados a cabo por el perito del Tribunal. El Tribunal podrá ordenar a todos los peritos que conferencien entre sí antes de presentar sus opiniones[63]. Los peritos de las partes podrán presentar sus propias opiniones al Tribunal de la misma forma empleada por el perito del Tribunal para elaborar su dictamen.

(c) A menos que el Tribunal ordene lo contrario, los honorarios y gastos del perito del Tribunal serán adelantados por la parte que hubiere solicitado la pericia, o por el actor cuando ésta hubiere sido acordada de oficio. Cada parte correrá con los gastos generados por el perito que hubiere contratado[64].

21. Pruebas referentes a información confidencial[65]

(a) No se admitirán las pruebas tengan por objeto información protegida por uno de los siguientes secretos:

(1) Secreto profesional del Abogado.

(2) Secreto de las comunicaciones emitidas durante la negociación de una transacción[66].

(b) Tampoco se admitirán las pruebas que se refieran a informaciones protegidas por otros secretos reconocidos por la ley del lugar en el que la comunicación hubiere tenido lugar, a no ser que el Tribunal decida que la necesidad de esa prueba para averiguar la verdad es más importante que la necesidad de mantener la confidencialidad de la información. Dicha prueba

61. Sobre la posibilidad de acordar la prueba de peritos de oficio en el derecho español, restringida al ámbito de las diligencias para mejor proveer, vid. de nuevo el art. 340 LEC.

62. Cfr. arts. 610 a 613 LEC.

63. Cfr. art. 627 I LEC.

64. Cfr. art. 27(a) TR.

65. Cfr. arts. 14(b) y 16(a) *in fine TR*.

66. Cfr. art. 11 TR.

se practicará en una vista a puerta cerrada, pero en presencia de las partes y sus Letrados. El Tribunal adoptará las medidas necesarias para garantizar el secreto del material confidencial.

(c) El que reclamare la confidencialidad de un documento deberá describirlo con el detalle suficiente como para que la contraparte pueda rebatir esa reclamación.

(d) El derecho al secreto podrá ser objeto de renuncia por parte de la persona a quien beneficia o su representante. Se entenderá que una parte renuncia a ese derecho cuando se abstiene de protestar frente a una pregunta o solicitud de exhibición de prueba que persigue una comunicación confidencial. El Tribunal, en interés de la justicia, podrá permitir a las partes revocar sus propias renuncias.

22. Vista

(a) La prueba se practicará en una sola vista o en diversas vistas que se celebrarán en días hábiles consecutivos, excepto cuando el Tribunal disponga otra cosa por razones de economía procesal o para una mayor comodidad de las partes, testigos o peritos[67].

(b) La prueba se practicará conforme a las siguientes normas:

(1) Los declarantes deberán prestar juramento de decir verdad[68]. El Tribunal determinará la forma de este juramento.

(2) Cada declarante será interrogado por el Abogado de la parte que lo hubiere presentado. Seguidamente, los Abogados de las otras partes podrán formularle repreguntas[69]. El Tribunal podrá autorizar ulteriores preguntas y repreguntas[70]. El Tribunal inadmitirá, de oficio o a instancia de parte, las pruebas irrelevantes y las preguntas sugestivas[71]. El Tribunal evitará que se avergüence o acose a los declarantes.

67. Cfr. arts. 553 y 570 LEC.

68. Cfr. art. 647 LEC.

69. En la versión originaria del texto, el interrogatorio que efectúa el Abogado de la parte que presenta al testigo o perito se denomina interrogatorio directo (*direct examination*), mientras que el que posteriormente lleva a término el Abogado de la contraparte se califica como interrogatorio suplementario (*supplemental* o *cross examination*). A los efectos de respetar la terminología característica de nuestro ordenamiento, se ha optado por traducir *direct questions* como «preguntas», y *supplemental questions* como «repreguntas» .

70. Cfr. art. 652 LEC.

71. Cfr. arts. 639, 641 y 652 LEC.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

(3) El Tribunal podrá en todo momento formular preguntas encaminadas a aclarar una declaración, incluso mediante repreguntas posteriores al interrogatorio de las partes.

(4) Las personas llamadas a declarar por el propio Tribunal serán interrogadas por éste en primer lugar. Seguidamente podrán hacerlo los Abogados de las partes.

(5) Las preguntas podrán referirse a cualquier cuestión relevante para el asunto. Las repreguntas podrán referirse a cualquier cuestión abordada en las preguntas, a menos que el Tribunal permita que tengan un alcance más amplio.

(6) Serán admisibles como prueba las declaraciones que no consten en autos, cuando sean contrarias a los intereses de la parte que las hubiere efectuado.

(7) La credibilidad de un testigo o perito podrá impugnarse mediante el interrogatorio de las partes, la puesta de manifiesto de declaraciones anteriores contradictorias, o sobre la base de otras pruebas que puedan afectar a la credibilidad del testigo. Cualquier parte podrá tachar a cualquier testigo. El Tribunal podrá formular preguntas que afecten a la credibilidad de la persona. La tacha sólo se admitirá cuando se refiera a cuestiones sustanciales y tienda a sembrar serias dudas sobre la fiabilidad de la declaración[72].

(8) El Tribunal podrá permitir una análoga impugnación de la autenticidad o exactitud de un documento o de una pieza de convicción[73].

(9) El Tribunal podrá verificar la fiabilidad de las pruebas científicas y técnicas, así como establecer el procedimiento y las técnicas que deberán emplearse a tal efecto.

(10) El Tribunal decidirá si la declaración de un perito es lo suficientemente fiable como para ser admitida como prueba.

23. Potestades y resoluciones en materia de prueba[74]

El Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte:

(a) Inadmitir pruebas irrelevantes o redundantes, así como aquéllas cuya práctica supusiere un coste, carga o dilación excesivos[75].

72. Cfr. arts. 660 a 666 LEC.
73. Cfr. arts. 606 a 609 LEC.
74. Cfr. art. 14(h)(2) TR.
75. Cfr. art. 566 LEC.

(b) Extraer conclusiones desfavorables a la parte que se negare a declarar, presentar un testigo o exhibir un documento o pieza de convicción que dicha parte estuviere en condiciones de presentar o exhibir[76].

(c) Imponer una multa o considerar incursa en desacato a cualquier persona que desobedeciere sin justa causa la orden de presentarse a declarar, responder a las preguntas que se le formulen o exhibir un documento o pieza de convicción, o que de cualquier otra manera entorpeciere la administración de la justicia.

(d) En interés de la justicia, dispensar a las partes de las consecuencias de su incumplimiento de las normas reguladoras de la prueba.

24. Requerimientos a terceros[77]

(a) El Tribunal podrá ordenar a terceros sometidos a su jurisdicción:

(1) Que cumplan las medidas adoptadas conforme a lo previsto en el artículo 12(a);

(2) Que conserven sumas de dinero u otros bienes litigiosos, y que sólo los desembolsen en cumplimiento de una orden del Tribunal;

(3) Que declaren durante la fase de exhibición de pruebas o en la vista[78];

(4) Que exhiban documentos u otros objetos como prueba[79].

(b) El Tribunal podrá exigir el pago de los gastos necesarios para el cumplimiento del requerimiento a la parte que lo hubiere solicitado.

(c) Un requerimiento dirigido a un tercero podrá ejecutarse mediante la imposición de una multa por incumplimiento o mediante cualquier otra medida coercitiva autorizada por el Tribunal, tales como el desacato, el secuestro de material probatorio u otras. Véase asimismo el artículo 32.

25. Documentación de la práctica de pruebas

(a) El secretario judicial levantará un acta sumaria de la vista bajo la dirección del Tribunal.

76. Cfr. art. 14(h)(1).
77. Cfr. arts. 14(b), 14(h)(2) y 32(b)(5) TR.
78. Cfr. arts. 15, 16 y 22 TR, y 643 LEC.
79. Cfr. arts. 14 TR y 603 LEC.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

(b) Si alguna parte lo solicitare, se efectuará una transcripción literal o una grabación de sonido o vídeo de la vista, cuyo coste correrá por cuenta de dicha parte.

(c) Cada parte podrá encargar una transcripción literal a su costa.

26. Conclusiones y sentencia

(a) Una vez practicadas todas las pruebas, cada parte podrá presentar sus conclusiones por escrito. Si el Tribunal lo permite, todas las partes podrán exponer dichas conclusiones oralmente. El Tribunal podrá autorizar que los Abogados de las partes discutan brevemente entre sí y con el Tribunal acerca de las principales cuestiones controvertidas en el pleito[80].

(b) El Tribunal dictará sentencia oralmente o por escrito al final de la última vista. Las cuestiones de hecho se decidirán conforme al derecho aplicable en materia de carga de la prueba. Cuando fuere necesario, el Tribunal podrá retirarse a deliberar en secreto antes de pronunciar sentencia. Cuando resultare necesario debido a la complejidad del asunto, el Tribunal podrá levantar la sesión y señalar una nueva vista para pronunciar sentencia.

(c) El Tribunal publicará, sin dilaciones indebidas, una motivación por escrito que incluirá los hechos probados y los principales fundamentos jurídicos que sustentan su decisión.

27. Costas[81]

(a) Cada parte anticipará sus propias costas y gastos, incluidas las tasas judiciales, los honorarios de Abogados y los gastos accesorios[82].

(b) La parte vencida reembolsará a la parte vencedora sus costas y gastos[83], pero la tasación de costas podrá paralizarse en los términos previstos por el artículo 32(c) para la suspensión de la ejecución. Dentro de los treinta días posteriores al del pronunciamiento de la sentencia, la parte vencedora presentará una declaración de sus costas y gastos ratificada por ella misma o

80. Cfr. arts. 667 y ss., y 701 LEC.
81. Cfr. art. 11(f) TR.
82. Cfr. art. 20(c) TR.
83. Cfr. arts. 4(b) TR y 523 LEC.

por su Abogado. La parte vencida abonará sin dilación la cantidad solicitada, con excepción de los capítulos que impugnare. Las impugnaciones relativas a las costas se resolverán por el Tribunal o mediante cualquier otro procedimiento que las partes acuerden.

(c) El Tribunal podrá limitar el reembolso de las costas y gastos impuestos a la parte vencida, cuando ésta hubiere litigado sobre la base de argumentos legales o fácticos razonables. Si el Tribunal apreciare mala fe en alguna de las partes, podrá imponerle una multa no superior al doble de la cantidad prevista en el apartado (b).

(d) De interponerse recurso de apelación, las normas y el procedimiento descritos en el presente artículo se aplicarán a las costas y gastos generados durante la segunda instancia.

(e) Si el ordenamiento interno lo autoriza, el Tribunal podrá exigir a una parte no residente la prestación de una caución para garantizar las costas y gastos.

C. PROCEDIMIENTOS SUBSIGUIENTES

28. Apelación

(a) Exceptuando lo previsto en el apartado siguiente, sólo podrán apelarse las sentencias definitivas de Tribunales de primera instancia[84].

(b) Las resoluciones de un Tribunal de primera instancia en las que se conceda o deniegue una medida provisional solicitada conforme al artículo 12 podrán recurrirse inmediatamente. La medida mantendrá su eficacia durante la tramitación del recurso, a menos que el Tribunal que esté conociendo del mismo decida lo contrario.

(c) Las resoluciones interlocutorias distintas de las referidas en el apartado precedente sólo serán susceptibles de apelación inmediata si lo permiten el Tribunal de primera instancia o el Tribunal de apelación. Se podrá conceder dicho permiso cuando el recurso verse sobre una cuestión jurídica de importancia general o de especial trascendencia para la prosecución del pleito.

(d) El recurso de apelación sólo tendrá por objeto las pretensiones, excepciones y reconvenciones esgrimidas ante el Tribunal de primera instan-

84. Cfr. arts. 679, 702, 703 y 732 LEC, entre otros.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cia. No se admitirá ninguna prueba disponible anteriormente, a menos que sea imprescindible para evitar una injusticia manifiesta[85].

29. Ulteriores recursos

La sentencia pronunciada por el Tribunal de segunda instancia será susceptible de recurso de apelación o de otro medio de impugnación, en los términos previstos por el ordenamiento interno. El control efectuado por el Tribunal de tercera instancia sólo tendrá por objeto cuestiones de derecho sustantivo o procesal. Los hechos litigiosos no serán reconsiderados. Tampoco se admitirán pruebas ni pretensiones o excepciones adicionales.

30. Juicio de revisión[86]

Las sentencias sólo podrán anularse a través de un nuevo proceso, y únicamente si se demuestra que el actor actuó con la debida diligencia y que:

(a) La sentencia fue pronunciada por un Tribunal incompetente por razón de la materia o carente de jurisdicción sobre el actor[87]; o

(b) La sentencia se obtuvo mediante maquinaciones fraudulentas; o

(c) Existen pruebas, anteriormente no disponibles, que podrían conducir a una solución distinta[88]; o

(d) La sentencia constituye una injusticia manifiesta.

31. Firmeza

Con excepción de lo dispuesto en el artículo 30, las sentencias no podrán ser revisadas por presuntos vicios procesales o materiales una vez transcurrido el plazo para interponer recurso de apelación frente a las mismas.

85. Cfr. art. 30(c) TR.
86. Cfr. arts. 31 TR y 1796 a 1810 LEC.
87. Cfr. art. 13(a)(1) TR.
88. Cfr. art. 28(d) TR.

32. Ejecución de la sentencia

(a) Las sentencias definitivas y las resoluciones en las que se conceda una medida provisional serán inmediatamente ejecutables, a menos que se hubiere decretado la suspensión de su ejecución conforme a lo previsto en el apartado (c). En particular, una sentencia definitiva podrá ejecutarse mediante el embargo de bienes o créditos pertenecientes al condenado.

(b) Si la persona contra la que se hubiere dictado sentencia no la cumpliere voluntariamente en el plazo previsto por la misma, o dentro de los treinta días posteriores a su firmeza si no se hubiere especificado plazo alguno, el Tribunal podrá imponer medidas coercitivas al deudor. Estas medidas podrán incluir la revelación obligatoria de bienes, así como una multa que el obligado deberá abonar a la contraparte o a quien el Tribunal determine.

(1) La imposición de dicha sanción podrá ser solicitada por cualquier persona legitimada para instar la ejecución de la sentencia.

(2) La multa por incumplimiento englobará las costas y los gastos generados por el ejecutante, incluidos los honorarios de los Letrados, pudiendo asimismo comprender una multa por desacato al Tribunal que no será superior al doble del valor de la condena.

(3) Si la persona contra la que se hubiere dictado sentencia persistiere en su negativa a cumplirla, el Tribunal podrá imponerle multas adicionales.

(4) No se impondrá multa alguna a las personas que demostraren al Tribunal encontrarse en la imposibilidad de cumplir la sentencia, ya fuere por motivos económicos o por cualquier otra causa.

(5) El Tribunal podrá ordenar a terceros que revelen información relativa a los bienes del deudor[89].

(c) Tanto el Tribunal de primera instancia como el de apelación podrán, a instancia de la parte condenada, decretar la suspensión de la ejecución mientras esté pendiente el recurso de apelación, cuando ello resulte necesario en interés de la justicia[90].

(d) El Tribunal podrá exigir una fianza adecuada u otra garantía al apelante como condición para conceder la suspensión, o a los apelados como condición para denegarla[91].

89. Cfr. art. 24 TR.
90. Cfr. arts. 27(b) TR y 383 y ss. LEC.
91. Cfr. art. 385 IV LEC.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

33. AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL

Los Tribunales de un Estado que hubiere reconocido las presentes Normas deberán atender las solicitudes de auxilio judicial provenientes de Tribunales que estén conociendo de procesos pendientes en otro Estado. Los Tribunales de Estados que no hubieren reconocido las presentes Normas tendrán la mera facultad de hacerlo.

EXEQUÁTUR DE TÍTULOS PUBLICADOS

ARANZADI, EDITORIAL

ANTONIO J. GARCÍA GÓMEZ, *La Compensación de las Deudas Tributarias,* Pamplona, 2000, 291 págs.

— El contenido esencial de la compensación en el derecho de obligaciones.
— La admisión de la compensación en el derecho tributario.
— Titulares de las deudas y créditos a compensar.
— Aspectos objetivos y delimitación con otras figuras.
— Procedimiento de compensación de las deudas tributarias.
— Cuenta corriente tributaria.



PABLO GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos,* Pamplona, 2000, 581 págs.

— El interés
— Los intereses supraindividuales
— Repercusiones procesales
— Legitimación para su defensa
— Legitimación en nuestro ordenamiento
— Pretensiones ejercitables en su defensa
— Efectos de la sentencia
— Defensa de derechos individuales plurales
— Efectividad



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



Cecilio Gómez Cabrera, *La Concurrencia del Crédito tributario: Aspectos Sustantivos y Procedimentales*, Pamplona, 2000, 258 págs.

— El privilegio, preferencia o prelación del crédito tributario.
— La concurrencia de procedimientos de ejecución.
— Las tercerías de mejor derecho promovidas contra y por hacienda.
— La intervención de hacienda en quiebras y suspensiones de pagos.



Antonio V. Sempere Navarro, Guillermo L. Barrios Baudor, *La Jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* Pamplona, 2000, 482 págs.

— Régimen jurídico común
— Supuestos especiales de jubilación por anticipación de la edad mínima ordinaria.
— Peculiaridades de determinados colectivos integrados en el régimen general

Luis María Cazorla Prieto, *Comentarios a la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, Pamplona, 2000, 363 págs.

— Medidas Fiscales
— Medidas del Orden Social
— Medidas Administrativas



Tomás Vázquez Lépinette, *Compraventa Internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Pamplona, 2000, 351 págs.

— Convención de Viena de 11 de abril de 1980
— Disposiciones generales
— Formación de contrato en la compraventa internacional
— Reglas generales de parte III
— Obligaciones del vendedor
— Obligaciones del comprador
— Disposiciones comunes, obligaciones de comprador y vendedor



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



VICENTE CUÑAT EDO, RAFAEL BALLARÍN HERNÁNDEZ, *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, Pamplona, 2000, 668 págs.

— Análisis de jurisprudencia
— Fuentes de regulación de los contratos bancarios sobre valores negociables
— Condiciones generales de los contratos y protección de consumidores
— Cuenta corriente bancaria (TS)
— Cotitularidad indistinta
— Cláusula de compensación en el ámbito de las cuentas con contitularidad solidaria
— Pólizas bancarias de préstamo y apertura de crédito
— Crédito documentario (naturaleza, jurisprudencia TS)
— Transferencia bancaria
— Impago deuda por entidad emisora de tarjeta de crédito
— Fianza y suspensión de pagos
— Responsabilidad de los ganaciales por deudas
— Venta en garantía
— Investigación tributaria de cuentas
— Nombramiento de representantes en Cajas de Ahorro



ANA OLMEDO GAYA, *El Nuevo Sistema Ferroviario y su Ordenación Jurídica*, Pamplona, 2000, 307 págs.

— La evolución de la legislación ferroviaria española
— Naturaleza y actividad de la Red Nacional de los Ferrocariles Españoles y del ente público gestor de infraestructuras ferroviarias
— Ordenación del ferrocarril en la Comunidad Europea
— Actividades competitivas y no competitivas en el sector del transporte por ferrocarril

EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA, *Efectos de la Ley del Presupuesto sobre el Ordenamiento Tributario*, Pamplona, 2000, 292 págs.

— Ley de Presupuesto en sentido formal
— Ley de Presupuesto como Ley ordinaria
— Norma tributaria y presupuestaria. Efectos
— El art. 134.7 de la CE. La habilitación a la Ley de Presupuesto para modificar execiones.
— Aplicabilidad del art. 134.7 de la CE a los presupuestos de las Comunidades Autónomas
— Actualización del importe de las tasas a través de la Ley de Presupuesto.
— Anexo jurisprudencial: TC, TS, An y TSJ

JUAN L. ARPIO SANTACRUZ, *Las Ayudas Públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*, Pamplona, 2000, 333 págs.

— Ayudas de estado y defensa de la competencia en la Comunidad Europea
— El concepto de ayuda de Estado: consideraciones preliminares
— La existencia de un beneficio económico
— El ente otorgante y la financiación de la ayuda
— El beneficiario de la ayuda
— Las condiciones de incompatibilidad de la ayuda con el mercado común
— Las ayudas compatibles Ade iure@ con el mercado común
— Ayudas que pueden ser declaradas compatibles con el mercado común: aspectos materiales y procedimentales.
— Condiciones a la regla general de incompatibilidad, las categorías específicas previstas en el art. 87

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



JOSEP Mª TAMARIT SUMALLA, *La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y Explotación Sexual*, Pamplona, 2000, 204 págs.

— Aproximación criminológica a los abusos sexuales de menores, bases para su valoración jurídico penal
— Evolución de la política criminal en una perspectiva de derecho comparado
— Análisis de los tipos delictivos
— Tratamiento de los autores de delitos sexuales contra menores de edad: la cuestión de la imputabilidad del pedófilo
— La protección del menor víctima de abusos sexuales en el proceso penal
— Recapitulación y propuestas político-criminales



CAP GEMINI, SAP, *Tecnologías de la Información*, Pamplona, 2000, 768 págs.

— Planificación de la Infraestructura de TI
— Calidad de TI
— Gestión del proyecto
— Política de compras
— Externalización de recursos y procesos
— Herramientos y técnicas de TI
— Seguridad
— Protección de Datos
— Soporte para las TI
— Sistemas de gestión integrados: implantación y evolución
— Comercio electrónico
— Anexo de legislación. Las normas legales más importantes en protección de datos, propiedad intelectual, tributación fiscal del comercio electrónico y firma electrónica

HAY GROUP, SAP, *Factbook Recursos Humanos*, Pamplona, 2000, 1461 págs.

— Libro I: La Organización
— Libro II: El Equipo
— Libro III: La Persona
— Libro IV: Sistemas de Información en Recursos Humanos



AMANCIO L. PLAZA VÁZQUEZ, *El «Valor Real» Tributario*, Pamplona, 2000, 494 págs.

— Valoración de las adquisiciones a título lucrativo
— El valor real del IsyD en el sistema de valores tributarios



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



Jesús Estruch Estruch, *La Junta de Propietarios: Constitución, Acuerdos e Impugnación*, Pamplona, 2000, 289 págs.

— La junta y su constitución
— Los acuerdos de la junta
— La impugnación de acuerdos de la junta de propietarios
— Las actas de los acuerdos de la junta



Manuel Ortells Ramos, *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 2000, 786 págs.

— Introducción
— Libro I: El proceso de declaración
— Título I: Las partes
— Título II: Los Tribunales y su Competencia
— Título III: El Objeto del Proceso
— Título IV: La Demanda, la Contestación y Otras Alegaciones
— Título V: La Prueba
— Título VI: La Sentencia y Otros Modos de Terminación
— Título VII: Los Recursos
— Título VIII: La Cosa Juzgada y su Impugnación
— Título IX: La Diversidad de Procesos de Declaración, los Procesos Ordinarios y Desarrollo Anormal
— Título X: Los Procesos Especiales
— Título XI: Las Costas Procesales

Eduardo de Urbano Castrillo, Miguel Angel Torres Morato, *La Prueba Ilícita Penal, Estudio Jurisprudencial*, Pamplona, 2000, 287 págs.

— Aspectos Teóricos:
— El marco constitucional de la prueba penal
— El artículo 11.1 de la LOPJ: Breve examen
— Análisis Jurisprudencial de las Pruebas Ilícitas:
— Entrada y registro domiciliario
— Registro de automóviles y objetos cerrados
— Intervenciones telefónicas
— Prueba de vídeos
— Grabaciones magnetofónicas
— Soportes informáticos
— Apertura de paquetes e intervención de correspondencia
— Documentos



Antonio Cano Murcia *Urbanismo y Legislación Sectorial, Comentarios, Legislación y Jurisprudencia*, Pamplona, 2000, 589 págs.

— Urbanismo y patrimonio histórico artístico
— Urbanismo y carreteras
— Aguas, costas y puertos
— Montes, agricultura y vías pecuarias
— Transportes y telecomunicaciones
— Aeropuertos
— Urbanismo y medio ambiente
— Gas y electricidad



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, *Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud*, Pamplona, 2000, 389 págs.

— Fuentes de regulación y tipología de responsabilidades
— Contexto normativo e instrumentos complementarios
— Sujetos responsables
— Responsabilidad administrativa
— Responsabilidad penal
— Responsabilidad civil o patrimonial
— Responsabilidad de seguridad social
— Responsabilidad disciplinaria
— Pluralidad de empresarios
— Responsabilidad en la Administración Pública
— Competencia jurisdiccional
— Apéndice normativo
— Anexos legislativo y jurisprudencial



ÁNGEL CARRASCO PERERA, ENCARNA CORDERO LOBATO, MÖDEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Pamplona, 2000, 833 págs.

— Texto de la Ley de Ordenación de la Edificación, con los correspondientes comentarios a sus disposiciones y articulado
— Comentario artículo por artículo
— Apéndice legislativo

J. M. BOSCH EDITOR
LIBRERÍA BOSCH, S.L.

ANUARIO DE JUSTICIA ALTERNATIVA. DERECHO ARBITRAL. Año 2001 - N.º 1
Dirección: LUIS MUÑOZ SABATÉ
Coordinación: TERESA IRANZO ROURA

Año: 2001
Formato: 17 x 24
Págs. 222
Suscripción anual: 12.000 ptas. s/IVA – 12.480 ptas. c/IVA
Número suelto: 6.000 ptas. s/IVA – 6.240 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-616-5

Profundas transformaciones en el mundo actual como la globalización de la economía, la complejidad de las transacciones mercantiles, el comercio electrónico, la irrupción de la psicología científica en el tratamiento de las relaciones interpersonales o de las desviaciones sociales, y la urgencia que en general imponen los ritmos de la vida, han promovido la idea de que no toda solución a los conflictos que generan estas realidades debe inexorablemente pasar por el proceso judicial, cuyo modelo apenas si ha cambiado en veinte siglos. Es así cómo paulatinamente van enraizando y desarrollándose otras alternativas dirimentes que al margen de percepciones cerradamente tradicionales, no pretenden ni mucho menos eliminar la jurisdicción del Estado, sino elevarla a un plano y una función más trascendentales.

TEMARIO:

I. Scientia. Temas de fondo.
II. Praxis arbitral. Comentarios a los laudos dictados por el TAB.
III. Praxis judicial. Comentarios a las Sentencias de los Tribunales de justicia sobre laudos arbitrales.
IV. Notitia. Noticias sobre el arbitraje y demás fórmulas de justicia alternativa.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Índice del Volumen 1.º - 2001:

PRESENTACIÓN.
I. SCIENTIA.
1. Cuatro lustros de ley francesa de arbitraje comercial internacional. JUAN ANTONIO CREMADES.
2. Litispendencia y arbitraje. LUIS ANDRÉS CUCARELLA.
3. El arbitraje en propiedad intelectual: la necesidad de una inminente reforma del arbitraje especial del R.D. 479/1989, 5 de mayo. ELENA MARTÍNEZ GARCÍA.
4. Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final. FRANCISCO VICENT CHULIÁ.
5. La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales. PEDRO CARULLA.
II. PRAXIS ARBITRAL.
1. Aumento de capital por compensación de créditos y exclusión del derecho de suscripción preferente. JORGE MIQUEL.
2. Anulabilidad de un contrato de franquicia por deslealtad precontractual del franquiciador. FRANCISCO MERCADAL.
III. PRAXIS JUDICIAL.
Jurisprudencia Arbitral Comentada. FREDERIC MUNNÉ CATARINA.
IV. NOTITIA.
1. Comentarios al proyecto de ley de mediación familiar de Cataluña. MANUEL BLANCO SABIO.
2. Novedades Bibliográficas. TERESA IRANZO ROURA.
3. El arbitraje en el mundo. TERESA IRANZO ROURA.

DE LA ANTIGUA A LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO: RÉGIMEN TRANSITORIO DE LOS JUICIOS CIVILES

Autor: **MANUEL CACHÓN CADENAS, Catedrático de Derecho Procesal**

Año: 2001
Formato: 15 x 21
Págs. 161
P.V.P. 2.605 ptas. s/IVA – 2.709 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-595-9

La entrada en vigor de la nueva LEC está provocando numerosos problemas de derecho transitorio. Se trata de una materia en la que las dudas y el casuismo van a ser, a buen seguro, prácticamente inagotables. Así pues, resultaría imposible llevar a cabo un análisis exhaustivo del tema. El propósito que se persigue en este libro es mucho más modesto. Tan sólo se intenta esbozar algunos criterios generales y a examinar unos cuantos supuestos de entre los muchos posibles. Por lo demás, conviene tener en cuenta que, si bien las Disposiciones Transitorias están situadas al final de la nueva LEC, son las que programan las actuaciones más urgentes y la entrada paulatina en el nuevo sistema.

EJECUCIÓN DE CONDENAS DE DAR. TRATAMIENTO PROCESAL ADAPTADO A LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Autora: **L. CARBALLO PIÑEIRO, Profesora de la Universidad de Vigo**

Año: 2001
Formato: 17 x 24
Págs. 449
P.V.P. 7.212 ptas. s/IVA – 7.500 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-609-2

La operatividad de los procedimientos de ejecución debe rentabilizarse al máximo para conseguir el fin último del proceso, la satisfacción de la pretensión judicial mediante la encarnación del derecho en la realidad. Consciente de esta situación, la nueva Ley de Enjuiciamiento civil dedica su Título III a la ejecución procesal, donde se aprecia la incorporación a la realidad legal de autorizadas soluciones doctrinales y jurisprudenciales. Dada la complejidad de este proceso, esta obra centra su temática en torno a la ejecución de condenas de dar; modalidad ejecutiva que atiende a aquellas situaciones jurídicas que precisan la puesta en posesión del ejecutante de un bien, mueble o inmueble, genérico o específico. Una operación tan sencilla se complica cuando surgen las inevitables zancadillas derivadas de las dificultades, materiales y jurídicas, que entrañan la localización y transmisión jurídica del bien en cuestión. En modo particular debe preocupar la aparición de terceros, de cuya protección por el ordenamiento jurídico deriva en muchas ocasiones la imposibilidad de una ejecución in natura. Se intenta, en fin, exponer las principales situaciones de peligro, señalar el medio de evitar su creación y buscar soluciones al caso consumado, así como alternativas para que el ejecutante no quede defraudado en su derecho y burlado el sistema judicial.

ÍNDICE:

I. Estado actual de la teoría general de la ejecución no dineraria.
II. Ejecución de condenas de dar.
III. Presupuestos, sujetos y objeto.
IV. Procedimiento.
V. Imposibilidad de la ejecución in natura: ejecución por equivalente.

EL JUICIO DE FALTAS

Autor: **JOAQUÍN DELGADO MARTÍN, Magistrado**

Año: 2000
Formato: 17 x 24
Págs. 496
P.V.P. 5.654 ptas. s/IVA – 5.880 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-601-7
Colección: Biblioteca de Derecho Procesal

Esta obra contiene un estudio sistemático de todos y cada uno de los problemas planteados por el juicio de faltas, tanto en primera como en segunda instancia, desde su incoación hasta la completa ejecución de la sentencia que recaiga. Está llamada a convertirse en el punto de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

referencia de todos los profesionales del Derecho que se enfrenten a este procedimiento, tanto en su labor ante Juzgados y Tribunales, como en su actividad académica. La condición de Magistrado del autor proporciona una visión práctica de indudable interés para estos profesionales.

CONCEPTO NATURALEZA DEL CONVENIO EN LA SUSPENSIÓN DE PAGOS

Autor: **J. López Curbelo, Magistrado**

Año: 2000
Formato: 17 x 24
Págs. 600
P.V.P. 4.256 ptas. s/IVA – 4.426 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-585-1

En la ordenación del convenio preventivo confluyen normas de carácter mercantil, procesal y civil, conformando un instituto jurídico de extraordinaria complejidad, para cuyo análisis es menester deslindar con rigor y claridad las diferentes facetas que lo integran, a fin de centrar el estudio en aquellos aspectos que por su configuración técnica y carácter preliminar, revisten suma importancia. En este orden de ideas y a la hora de acotar el tema, las preferencias del autor se inclinaron desde el primer momento por el análisis del concepto y naturaleza del convenio propio de suspensión de pagos. Hay que considerar que se trata de un aspecto capital y prioritario que ha de preceder al estudio de otras cuestiones relacionadas con el instituto, tales como el contenido del convenio, efectos, incumplimiento, impugnación, etc., pues todas éstas, que son vicisitudes de la vida del convenio concursal, deben tener siempre un punto de referencia, que viene determinado por la construcción dogmática del instituto, esto es, qué cosa en un convenio preventivo y cómo ha de ser definido y entendido.

EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES

Autor: **Belén Mora Capitán, Profesora de Derecho Procesal**

Año: 2000
Formato: 17 x 24
Págs. 592
P.V.P. 6.250 ptas. s/IVA – 6.500 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-596-7

La inmovilización de un buque es una medida grave por los perjuicios económicos que puede reportar, sobre todo en atención a los elevados costes de mantenimiento de la nave y a la importancia del factor tiempo tanto en los planes de explotación de las empresas navieras como en la realización de los transportes. De otro lado, se trata de una medida de difícil adopción en muchos casos dada la movilidad inherente a dichos bienes. Con la finalidad de dotar al tráfico marítimo de seguridad jurídica eliminando las profundas divergencias existentes en los diversos ordenamientos internos, se concluyó un tratado internacional multilateral, de ámbito general, de derecho uniforme y de carácter *self executing:* el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima,

hecho en Bruselas el 10 de mayo de 1952, que fue ratificado por España mediante Instrumento de 11 de septiembre de 1953 (BOE n.º 5, de 5 de enero de 1954). El objeto de estudio del presente libro es la institución regulada en este tratado internacional, y **no la medida cautelar denominada por la Ley de Enjuiciamiento Civil embargo preventivo, cuando ésta recae sobre buques.**

FUNDAMENTOS DE PRUEBA JUDICIAL CIVIL LEC 1/2000

Autor: **Luis Muñoz Sabaté, Profesor titular de Derecho Procesal, Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona**

Año: 2001
Págs. 433
P.V.P. 8.077 ptas. s/IVA – 8.400 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-622-X

La sistemática que adopta el autor en esta obra obedece a un doble interés, pedagógico y práxico, cuya exposición se basa en una visión lineal de cómo pueden plantearse las grandes cuestiones de la prueba en un universo científico que hasta hace poco le había prestado muy ecasa atención. Para esta sistemática se ha inspirado en la sugerente fórmula que en su día nos diera Couture cuando escribió que «los problemas de la prueba consisten en saber qué es la prueba; qué se prueba; quién prueba; cómo se prueba; y qué valor tiene la prueba conducida» (Fundamentos de derecho procesal civil. 3.ª ed.). Considera el autor que esta fórmula proporciona no sólo una exposición cómoda y panorámica de la disciplina, sino que también facilita el centraje de sus grandes problemas. La solución de algunos de los mismos para, allí donde sea necesario, por la adopción de un método creativo que obviamente no es infalible, pero que ha sido destilado de lo que llamamos principios generales —es decir, lógica y experiencia con una cierta dosis de tradición como conservante— amén del camino meritoriamente ya desbrozado por la jurisprudencia dentro de estos últimos años. Si a todo esto añadimos o, mejor dicho, colocamos en primera línea las considerables innovaciones, no exentas de peligrosa oscuridad, que presenta al nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de prueba y trata de interpretarla e integrar sus numerosas lagunas de un modo instrumental operativo.

EL HECHO Y EL DERECHO EN LA CASACIÓN PENAL

Autor: **Jorge Nieva Fenoll, Profesor de Derecho Procesal**

Año: 2000
Formato: 17 x 24
Págs. 314
P.V.P. 3.846 ptas. s/IVA – 4.000 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-594-0

Esta obra se centra en el estudio en la práctica de los motivos de casación, para acabar demostrando, después de un profundo análisis jurisprudencial, la realidad de las conclusiones alcanzadas desde la perspectiva teórica.

Se ofrece además al lector un extenso estudio sobre las máximas de la experiencia, y las

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

posibles vías para su alegación en casación, sin olvidar el análisis de la jurisprudencia sobre el principio de presunción de inocencia, y un razonado juicio sobre los llamados «defectos de motivación».

INTRODUCCIÓN A LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Autor: **PEDRO BROSA & ASOCIADOS, Departamento de Derecho Procesal**

Año: 2001
Formato: 17 x 24
Págs. 326
P.V.P. 4.760 ptas. s/IVA – 4.950 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-619-X

Con esta obra se inicia la colección de Derecho Empresarial PEDRO BROSA & ASOCIADOS, que pretende ofrecer al profesional del Derecho una diversidad de títulos iniciados en el ámbito jurídico, sobre materias que afectan a la Empresa.

Ha sido voluntad de los diferentes autores de esta obra, todos ellos abogados integrantes del Departamento de Derecho Procesal de Pedro Brosa & Asociados, redactar un manual de consulta que resulte práctico y eficaz para el cotidiano trabajo ante Juzgados y Tribunales de Justicia. Por lo tanto, se ha pretendido realizar un análisis sistemático del texto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, enriquecido gracias a la reflexión, debate en común y a la notable experiencia de una serie de profesionales que viven y vivirán a diario la aplicación de la misma a los supuestos de hecho que se nos planteen, que superando opiniones personales más o menos acertadas o brillantes, impongan una unidad de criterio sobre lo que ha de ser una interpretación práctica de la nueva LEC, dando así al jurista que se acerque a estas líneas una uniformidad y visión en conjunto de este novedoso texto legal.

ÍNDICE:

I. Los sujetos procesales: jurisdicción, competencia, partes.
II. Las actuaciones procesales.
III. El juicio ordinario y la prueba.
IV. El juicio verbal.
V. Los recursos.
VI. Ejecución provisional.
VII. Proceso de ejecución.
VIII. Medidas cautelares.
IX. Procesos matriominales.
X. Proceso monitorio.
XI. Proceso cambiario.
XII. Derecho intertemporal.

PROBLEMAS ACTUALES DE LA JUSTICIA PENAL

Autor: **JOAN PICÓ I JUNOY, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Rovira i Virgili**

Año: 2001
Formato: 17 x 24
Págs. 236
P.V.P. 3.990 ptas. s/IVA – 4.150 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-621-1

ÍNDICE:

Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal (M.ª VICTORIA BERZOSA FRANCOS).
El Ministerio Fiscal, ¿eje de la reforma penal? (JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER).
Nuevas reflexiones sobre la regla «quien instruye no puede juzgar» (JOAN PICÓ I JUNOY).
El jurado: éxito o fracaso (MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ).
Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos (JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA).
El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto (JOAQUÍN DELGADO MARTÍN).
Los juicios rápidos y su problemática (XAVIER JOU MIRAVENT).
La protección de testigos en el proceso penal (M.ª DEL MAR GÓMEZ CINTAS).
La pena de días-multa: el difícil juicio sobre la capacidad económica del acusado (MANUEL CACHÓN CADENAS).
Soluciones a los problemas actuales de la Justicia Penal (ANTONIO CARRIL PAN).

GUÍA PARA UNA TRANSICIÓN ORDENADA DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Autor: **FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, Catedrático de Derecho Procesal**

Año: 2001
Formato: 15 x 21
Págs. 736
P.V.P. 14.324 ptas. s/IVA – 14.987 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-604-1

La Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, entró en vigor el 8 de enero de 2001.

Es una ley que renueva por completo el sistema procesal civil, con una filosofía de nuevo cuño. No hay que dejarse seducir por el número teórico de artículos (827) que contiene, sino por la extensión de éstos, que equivalen a unos 3.000 de la ley antigua. Por tanto, el proemio con que arranca esta nueva obra no es ninguna exageración: «Con el contador a cero».

A partir de este punto, el libro presenta en sociedad las *nuevas características de los juicios civiles, con una visión global y práctica de cómo está previsto que funcione el nuevo sistema.* Los diversos niveles en que se presenta la información y el entorno amigable la convierten en una *imprescindible herramienta de trabajo para la transición al nuevo sistema.*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EL PROCESO PENAL. SEXTA LECTURA CONSTITUCIONAL

Autor: Francisco Ramos Méndez

Año: 2001
Formato: 17 x 24
Págs. 320
P.V.P. 6.154 ptas. s/IVA – 6.400 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-606-8

Índice:

I. La constitucionalización del proceso penal.
II. El juez predeterminado por la ley.
III. La acusación y la defensa.
IV. Incoación del proceso penal.
V. La instrucción. Diligencias de instrucción.
VI. Terminación de la instrucción.
VII. Las medidas cautelares.
VIII. La formulación de la acusación.
IX. La prueba de la acusación y de la defensa.
X. El juicio oral y público.
XI. El juicio ante el jurado.
XII. La sentencia. Los recursos.
XIII. La ejecución. Juicios penales especiales.

EL SISTEMA PROCESAL ESPAÑOL. 5.ª EDICIÓN

Autor: Francisco Ramos Méndez

Año: 2001
Formato: 17 x 24
Págs. 435
P.V.P. 8.649 ptas. s/IVA – 8.995 ptas. c/IVA
ISBN: 84-7698-603-3

1. El sistema procesal en el estado de derecho.
2. Las garantías constitucionales del sistema procesal.
3. La posición del ciudadano en el sistema procesal.
4. La jurisdicción.
5. Los tribunales de justicia.
6. El personal al servicio de la administración de justicia.
7. El juicio.
8. Los actos procesales.
9. El juicio tipo.
10. El derecho procesal.

LA LEY 1/2000 SOBRE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Autor: Serra Domínguez, M.
Formato: 15 x 21
Págs. 96
P.V.P. 1.500
ISBN: 84-7698-586-X

Este estudio tiene por finalidad servir de guía a los profesionales del Derecho para acercar a las principales novedades de la LEC, siendo imposible abordar con la extensión requerida la múltiple problemática derivada de la nueva normativa procesal contenida en los 827 nuevos artículos de la Ley.

El autor se limita a resumir los aspectos más destacados y de mayor interés para dichos profesionales, centrándolos en los siguientes puntos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

OTROS EDITORES

GOZLAN, A., *International Letters of Credit: Resolving Conflict of Law Disputes*, Ed. Kluwer Law International, 1999.

En el marco de la emisión de una letra de cambio encontramos generalmente cuatro sujetos intervinientes: el comprador que da la orden de pago, el banco que emite la letra, el vendedor beneficiario de la misma y el banco correspondiente que la confirma o negocia. Estas partes contratantes a menudo se encuentran sometidas a jurisdicciones diferentes, y por lo tanto regidas por normas sustantivas y procesales distintas.

Frente al conflicto de leyes que se plantea en estos supuestos, la normativa específica aplicable en la mayor parte de los casos, la «UCP» (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*) no ofrece soluciones apropiadas, lo que obliga a recurrir a la legislación nacional en materia de conflicto de leyes.

Éste es el objetivo principal de la presente obra: examinar, desde el análisis doctrinal y jurisprudencial, si las reglas generales en materia de Derecho Internacional Privado pueden aplicarse para resolver los problemas de conflicto de leyes en materia de letras de cambio.

FENTIMAN, R., *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law*, Ed. Oxford University Press, Oxford 1998

Esta monografía, que es la segunda de la colección *Oxford Monographs in Private International Law*, examina, por vez primera desde el punto de vista del Derecho inglés, uno de los temas cruciales en el Derecho Internacional Privado: la alegación, prueba y elección del Derecho Extranjero.

Teniendo en cuenta tanto la perspectiva teórica como la práctica, el autor responde de forma exhaustiva a las preguntas relacionadas con el papel que juega el derecho extranjero en el proceso inglés: ¿qué estatus tiene el derecho extranjero?, ¿cómo debe ser tratado: como derecho o como hecho?, ¿cómo debe alegarse?, ¿qué tipo de prueba requiere?

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

CARPI, F.; COLESANTI, V., y TARUFFO, M., *Commentario breve al Codice di Procedura civile*, Ed. CEDAM, Padua, 1998.

El volumen que se presenta contiene un apéndice al conocido *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, en el que se recogen las modificaciones legislativas acaecidas en el ordenamiento jurídico italiano hasta el 30 de septiembre de 1999. En relación con las derogaciones o sustituciones normativas más relevantes, en particular aquellas que se derivan del Decreto Legislativo nº51, de 19 de febrero de 1998, se ha reproducido asimismo el texto de las disposiciones anteriores a la reforma, junto con un complemento jurisprudencial que recoge las máximas interpretativas de la *Corte di Cassazione*. Respecto a las modificaciones de relevancia menor, se recogen las aclaraciones oportunas.

SALVANESCHI, L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, Ed. CEDAM, Padua 1999.

El arbitraje con pluralidad de partes es una institución no regulada de forma expresa ni en el ordenamiento italiano ni en otros sistemas procesales. Por esta razón, en la primera parte de la obra, la autora se centra en el análisis de las posibles soluciones que a esta problemática se han propuesto en el extranjero. Posteriormente y una vez determinada la noción de parte en el arbitraje, se examina en los siguientes capítulos las reglas que rigen la formación del tribunal arbitral cuando el arbitraje es plurilateral, con especial énfasis a la estructura y vinculación de la cláusula compromisoria para que sea compatible con las especialidades del procedimiento arbitral litisconsorcial.

BRIGUGLIO, A., *L'arbitratio estero*, Ed. CEDAM, Padua 1999.

Análisis sistemático de la regulación del arbitraje internacional según los tratados internacionales vigentes en el ordenamiento jurídico italiano (principalmente la Convención de Nueva York de 1958, pero también los que se interconexionan con ella) y de la relación entre éstos y los ordenamientos procesales nacionales. El sistema convencional se examina como posible clave de una teoría general del arbitraje internacional. Dicho sistema es posteriormente estudiado en relación con dos instituciones fundamentales del arbitraje: el reconocimiento de la cláusula compromisoria en la que se acuerda un arbitraje internacional y el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero. Finalmente, se dedica una especial atención a la consideración del arbitraje (ritual o no ritual y formal o informal) italiano en el extranjero. Esta perspectiva teórica se complementa con una amplia recopilación de la jurisprudencia italiana y extranjera más relevante.

WILLIAMS, J., *The Fast Track Practice*, Ed. Sweet & Maxwell's, London 1999.

Con la reciente entrada en vigor, el 26 de abril de 1999, de las *Civil Procedure Rules*, los profesionales del Derecho inglés deberán hacer frente a los numerosos cambios que esta nueva regulación ha introducido en el proceso. Una de las reformas de mayor impacto se ha producido en el ámbito del *fast track procedure*: las partes deberán adaptar sus actuaciones a un juicio con unos límites temporales estrictos, a un sistema de costas prefijado, así como a un riguroso control del proceso por parte del *Procedural Judge*.

Ante la ausencia de una completa jurisprudencia en este campo, como consecuencia de la novedad de la normativa, el libro pretende, desde el análisis del texto normativo, ofrecer respuestas prácticas a las posibles dudas y dificultades que todo nuevo sistema procesal conlleva.

DE LAMO RUBIO, J., *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1998.

Las recientes reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el ámbito de la nulidad de actuaciones judiciales y más especialmente en relación con el artículo 240 de la misma, junto con el hecho tratarse de una de las instituciones procesales que más problemas suscita en la práctica debido a su estrecha relación con la tutela efectiva, hacen de esta monografía, una obra de suma actualidad.

La obra dedica la mayor parte de sus capítulos al examen del estado actual de la regulación de la nulidad de actuaciones, teniendo en cuenta la perspectiva jurisprudencial y doctrinal, así como la experiencia aportada por la práctica forense sobre dicha cuestión. Finalmente en el último capítulo el autor toma en consideración las perspectivas de la futura regulación de la nulidad de las actuaciones judiciales, analizando los proyectos de reforma de algunas de las leyes procesales de nuestro ordenamiento.

KAYE, P., *Law of the European Judgments Convention*, Ed. Barry Rose Law Publishers, Chichester 1999.

En estos últimos diez años el panorama convencional europeo ha sufrido muchos cambios; concretamente con relación al Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se ha ratificado el Convenio de Lugano de 1988 por parte de los países miembros de la EFTA, ha sido modificado por los convenios de adhesión de España y Portugal en 1989, y de Austria, Suecia y Finlandia en 1996 y se ha firmado el Convenio sobre competencia, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial en 1998.

En ese contexto de reforma, los cinco volúmenes que componen esta obra y que son la continuación de otra gran obra del autor, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* (1987) pretenden examinar toda esta evolución legislativa y jurisprudencial desde una perspectiva muy pragmática. Con este propósito, cada capítulo contiene una a una, las disposiciones que han sufrido modificaciones y lo estructura en tres partes: en la primera analiza los cambios acaecidos en el ámbito de la Convención de Bruselas; en la segunda, los correlativos cambios ocurridos en la Convención de Lugano y finalmente la última parte la dedica al estudio de la jurisprudencia de los tribunales nacionales y europeos con relación a la disposición examinada.

GUASP, J., *Estudios Jurídicos*, Ed. Civitas, Madrid 1996.

Frente a la extensa obra científica del Profesor Guasp, la presente edición ha hecho una selección de algunas de sus monografías, artículos y conferencias de marcado carácter doctrinal. Siguiendo este criterio, el libro contiene algunos de sus estudios sobre aspectos generales del Derecho, sobre la enseñanza del Derecho, sobre Derecho Constitucional y Administrativo y una amplia recopilación de los que han marcado un hito en la dogmática procesal contemporánea, entre los que cabe destacar su artículo sobre la pretensión procesal, publicado originariamente en el *Anuario de Derecho Civil*, en 1952 y su trabajo sobre los límites temporales de la cosa juzgada, publicado también en el *Anuario de Derecho Civil*, en 1948.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez