JUSTICIA 2000

NÚMERO I

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

Un interrogatorio cruzado y mágico, por Joan Verger Grau 5
Comentario breve al nuevo Procedimiento Abreviado Contencioso-Administrativo, por Jesús Sáez González 15
La prueba del Derecho Extranjero en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, por David Vallespín Pérez 35
La víctima en el proceso penal por delitos contra los Recursos Naturales y Medio Ambiente, por Ana M.ª Rodríguez Tirado 43
Invalidez y revisión de oficio de actos y disposiciones objeto de recursos contra la inactividad de la Administración, por Francisco Málaga Diéguez 81
Comentario auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Oviedo de 2 de junio de 1999, por Vicente Pérez Daudí 115

COMISIONES ROGATORIAS

El arbitraje de consumo en Portugal, por M.ª Marta Meléndez Luque 141
Panorámica actual de la doctrina procesal, por Eduardo Ferrer McGregor ... 179

AUDIENCIA PÚBLICA

Fútbol, derecho y proceso, por Juan Damián Moreno 213

DACIONES DE CUENTA

UN INTERROGATORIO CRUZADO Y MÁGICO

JOAN VERGER GRAU
Catedrático de Derecho Procesal

En la Ley de Enjuiciamiento Civil recién aprobada se introduce, con nombre y apellido traducidos del inglés, el *interrogatorio cruzado*. Hubiese podido ser, ciertamente, una ocasión magnífica para incorporar esta técnica centenaria y probadamente eficaz a nuestro proceso jurisdiccional (civil y penal). Por desgracia, me parece que no se consiguió. Probablemente por no haber ido a beber en la fuente misma (...) de aquella *agua pura*, como decía CARNELUTTI. Quizás la práctica, a veces tan sabia, consiga arreglar las cosas. En todo caso vayan estas líneas dedicadas a los magistrados, jueces, fiscales y abogados que, con toda seguridad, por la indudable importancia del tema, tratarán de sacarle mejores frutos que los que promete la estricta aplicación de la Ley.

I. EL MODELO ORIGINAL

La *cross-examination* es un método, una técnica desarrollada tras muchos años de experiencia, en países donde la existencia de un jurado de legos hacía necesario que los abogados, bajo la dirección del juez (ex aboga-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

do), fueran perfeccionando una técnica de interrogatorio que fuese eficaz para la crítica del testimonio oral y que aportara o facilitara al jurado las máximas de experiencia para valorar la prueba de testigos, peritos o declaración de partes; es decir, de todas las pruebas *personales*. Hoy en día, también en los juicios sin jurado se utiliza esta misma técnica, porque facilita al propio juez profesional la depuración y fijación de las afirmaciones de los medios personales de prueba.

Una de las primeras reglas de este sistema fue la exclusión (salvo ciertas excepciones) de testigos de referencia; especialmente los de cargo en el proceso penal. Y la razón está, precisamente, en que el testigo de referencia sustituye con desventaja al testigo directo (que es realmente la fuente de la prueba), sustrayéndole del interrogatorio cruzado y privando al juzgador de poder valorar y aplicar sus máximas de experiencia a la declaración del testigo que no comparece y que, justamente, es el verdadero testigo. De ahí que en la Enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos se proclamase el derecho del imputado a interrogar directamente al testigo de cargo (a carearse con él)[1]; es decir, con el testigo directo y no con el de referencia. Este precepto, que la jurisprudencia anglosajona considera un derecho constitucional del ciudadano sometido a juicio penal o civil (si bien se permiten, en determinados supuestos, testimonios de referencia), fue incorporado, con el alcance antes expuesto (el de impedir que el testigo de referencia sustituya al directo) al art. 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y al art. 14.3.e) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, ambos ratificados por España. En el mismo orden de ideas, en un sistema en que se permita como prueba (documental) una declaración escrita de un testigo que no comparece al acto del juicio, se sustrae al autor del escrito (de un testimonio escrito de *referencia*) al interrogatorio cruzado sobre el hecho en cuestión. De ahí que sólo se autorice (el testimonio de referencia, escrito o verbal) en determinados supuestos, dependiendo de si el proceso es penal o civil y, en el primer caso, de si el testimonio es de cargo o de descargo.

El interrogatorio cruzado, bajo el cual han de declarar las partes, los testigos y los peritos, obedece al principio de que, habiendo sido estas personas

1. *To be confronted with the witnesses agaisnt him*, dice literalmente el texto constitucional y es interpretado ya por la jurisprudencia más antigua que sin la presencia del testigo de cargo directo, las declaraciones de los testigos de referencia privan al acusado (demandado) de la *confrontación* (careo, interrogatorio) con el testigo directo y de poderle interrogar en *cross-examination*, para depurar sus afirmaciones (credibilidad, exactitud, mendacidad, honestidad, etc). LILLY, Graham, C. *An Introduction to tha Law of Evidence, 2nd. Ed.* St. Paul, Missesota (U.S.A.) 1987, ob. cit., pp. 311 y ss.

presentadas por las mismas partes interesadas, procurarán resaltar aquello que les favorezca y minimizar u ocultar aquello que les perjudique[2]. El sistema consiste, pues, en que las normas que rigen el interrogatorio son distintas, dependiendo de cuando el abogado interroga a su propio testigo o patrocinado o de cuando los interroga el abogado contrario. Y también son distintas las materias sobre las que puede interrogar el abogado a su propio cliente o testigo de las que puede sacar a relucir el abogado contrario cuando les «repregunta».

En primer lugar el abogado no puede hacer preguntas *sugestivas* a su cliente, testigo o perito. Y, desde luego, son preguntas sugestivas las que contienen *valoraciones o calificaciones*. Por esto, las preguntas en el examen directo al propio cliente, testigo o perito, *no pueden formularse en sentido afirmativo, porque son siempre sugestivas*. No puede preguntarse: *diga si la víctima llevaba una mancha roja en el traje azul*, por ser tres veces sugestiva[3] y contener (sugerir) la respuesta esperada. Es más, en el ejemplo citado ni siquiera se trataría de una verdadera *pregunta*, sino, a lo más, de una pregunta *indirecta*. La técnica del interrogatorio al propio testigo exigiría hacer, en este ejemplo, *tres preguntas: ¿de qué color llevaba el traje?* A la respuesta que diera, *¿vio algo anormal en el traje?* A la contestación de que vio una mancha, *¿de qué color?*

Además, no se puede sacar a relucir la *credibilidad* del propio testigo o cliente; su anterior declaración de igual o parecido tenor; sus cualidades morales o cívicas, etc. Tampoco puede el abogado pedir un *relato continuado* de los hechos al propio cliente o testigo. Por el contrario, cuando es el abogado de la otra parte quien interroga a este mismo litigante y a sus testigos, las reglas son *las contrarias*: les puede hacer *preguntas sugestivas;* pedir un *relato continuado*; sacar a relucir su *poca credibilidad, su declaración anterior contradictoria, sus defectos de memoria, exactitud, sinceridad y honorabilidad, etc.* Todo ello, claro está, bajo ciertos límites, sin autorizar lo que no sea necesario y útil para depurar la credibilidad del medio probatorio y bajo el control del juez. En este sistema, las impugnaciones pertinentes del abogado contrario a

2. Vid. también, para España, PRIETO-CASTRO en *La oralidad y la escritura en el proceso civil,* ponencia presentada en el I Congreso de Derecho Procesal (Instituto Español de Derecho Procesal), Lib. Bosch, ob. cit.

3. El nuevo Código Procesal Penal italiano, con mejor técnica, introduce (tímidamente) la *cross-examination*, que denomina *controesame* (art. 498). El el artículo 499 dispone que a los testigos se les harán *preguntas* (se entiende, *interrogativas*) sobre hechos concretos y que, en el interrogatorio a cargo de la parte que haya pedido la citación del testigo y en el de aquellos testigos con los que la parte tenga intereses comunes, *están prohibidas las preguntas que tiendan a sugerir la contestación.*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

las preguntas del que interroga han de ser, forzosamente, formuladas y autorizadas antes de que conteste el testigo, pues, si las impugnaciones se resuelven después, la contestación ya puede haber condicionado al juzgador.

II. El modelo en la LEC (arts. 302, 303 y 306)

1) Las preguntas y el *interrogatorio cruzado.*—Además de tratarse de preguntas que *guarden relación con el objeto del juicio* (301.1, y esta relación existe tanto si las preguntas se refieren a los hechos principales como a los que ilustran sobre la credibilidad de los declarantes), *las preguntas* (sobre tales hechos) *se formularán oralmente y en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión. No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaren se tendrán por no realizadas.*

El legislador, al art. 306, relativo a la intervención de los abogados de las partes en el interrogatorio, le coloca la rúbrica de *interrogatorio cruzado*, interpretando por tal aquel que formulan los abogados de las demás partes y el del propio declarante después de que éste haya contestado a las preguntas de los demás, pero sin que varíen un ápice las reglas y el método de interrogar; piensa que con esto concluye la famosa técnica de la *cross-examination* anglosajona[4]. El legislador está lejos de introducir el llamado *interrogatorio cruzado*. Pero como lo menciona expresamente en el texto de la Ley, reproduce su «técnica» en la prueba testifical y, en fin, este sistema se ocupa especialmente de las *valoraciones y calificaciones;* es decir, de las *preguntas sugestivas y sus impugnaciones*, es preciso compararlo con el modelo original antes esbozado[5].

4. También Pacheco incurrió en un error parecido, aunque se acercó algo más (hace más de cien años) a la institución que comentamos y, en su caso, debido a la práctica inexistencia de traducciones y publicaciones procesales anglosajonas en España, el error era más comprensible. Pacheco decía: *XII. En cuanto al interrogatorio de los testigos debe hacerse como ordena la Ley del Enj. Crim. (...), pero así como el interrogatorio de los procesados debe hacerlo el Presidente, el de los testigos es preferible que lo hagan las partes por el procedimiento que se conoce con el nombre de «examen en cruz», a fin de que los testigos citados por la acusación sean interrogados primero por la defensa y después por la acusación, y los testigos citados por la defensa sean interrogados primero por la acusación y, luego, por el Abogado Defensor (...)* en *La Ley del Jurado*, comentada por Dn. Francisco de Asís Pacheco, con un Prólogo del Excmo. Sr. Dn. Manuel Alonso Martínez. Madrid, 1888, p. 650.

5. Para mayor amplitud, puede verse mi trabajo *Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 20 de abril de 1994*, en la Revista *Justicia 1994*, nº III, pp. 527 a 582 y la bibliografía citada. Vid. También Welman, Francis. L.: *The Art of Cross Examination*, New York, 1989, 479 pp. 4ª ed. revisada y ampliada. Mauett, Thomas, A.: *Trial Techniques,* Nueva York, 1999, 5ª ed., 578 pp. Gorphe, F:. *La crítica del testimonio*, trad. de M. Ruiz-Funes, Madrid, 1933; Barnard, D.: *The Civil Court in Action*, London, 1977.

2) Oralidad.—En primer lugar, el art. 302 comienza diciendo: *las preguntas del interrogatorio se formularán oralmente.* Ello es, desde luego, un progreso importante respecto de la ley anterior si lo que se pretende, como es el caso, es valorar la credibilidad del propio litigante interrogado. La oralidad permite relacionar y modular la serie de preguntas que se le formulen según lo que vaya contestando a las anteriores, cosa que no permitía el interrogatorio preconstituido y presentado en el pliego de posiciones; puede ponerse inmediatamente en evidencia al declarante ante una contradicción, pedírsele aclaraciones y explicaciones, etc.

3) Preguntas *afirmativas.*—Inmediatamente, añade el art. 302, las preguntas se formularán *en sentido afirmativo*[6]. Además de causar cierta perplejidad[7], el mandato legal es difícil de llevar a cabo, porque, p.e., si se quiere preguntar si el coche iba muy deprisa, ¿cómo ha de hacerse? Si preguntamos, en sentido afirmativo: *diga que el coche iba muy deprisa*, hacemos ya una valoración o calificación que está prohibida en el siguiente renglón del mismo artículo. Si se formula así: *¿a qué velocidad aproximada iba el coche?*, la pregunta ya no es *afirmativa,* sino *interrogativa.* Por lo tanto, la pregunta será impugnada y quizás habrá de formularse de ese modo: *diga a qué velocidad aproximada iba el coche* (que es lo mismo que la pregunta, pero sin el interrogante).

4) *Sin calificaciones ni valoraciones (302.1).*—Naturalmente, evitar la calificación de la velocidad (mucha, poca, muy deprisa, muy despacio, etc.) para pedir datos objetivos concretos (kilómetros/hora) puede suponer una respuesta mucho más alejada de la verdad que si contesta que el coche corría mucho, poco o normal. Pero los adjetivos *calificativos y los comparativos* están prohibidos y tampoco deben utilizarse los *adverbios de cantidad, de modo, superlativos y diminutivos*, pues todos ellos consisten en *valoraciones* o *calificaciones*. ¿Podrán los que interrogan evitar estos adverbios que fluyen tan naturalmente en cualquier diálogo? Si no lo hacen —dice el 302, último renglón— las valoraciones y calificaciones *se tendrán por no reali-*

6. Curiosamente, en el Anteproyecto las preguntas no tenían que ser afirmativas, sino, como es lógico, sólo las *respuestas* (356.3 del Anteproyecto).

7. *Preguntar: (del latín percontari) t. Demandar e interrogar o hacer preguntas a uno para que diga y responda lo que sabe sobre un asunto. Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española); 21ª ed. Madrid, 1992, t. II, p. 1656, voz «preguntar».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

zadas[8] ¡aunque ya las haya oído el interrogado! ¿Qué hacer entonces? Preguntar de nuevo sustituyendo el adverbio por la medida o unidad adecuada de cantidad, velocidad, temperatura, distancia, etc. Por lo tanto, se tendrá que *preguntar* de manera *afirmativa,* excluyendo los adverbios y adjetivos antes mencionados y utilizar pesas y medidas. En lugar de «preguntar»: *Diga que era pequeño; diga que era grande; diga que anduvo poco trecho, etc. etc.,* habrá que recurrir a las ciencias exactas: *diga que medía tres metros y medio o que anduvo dos kilómetros, o que hacía una temperatura de dieciséis grados, etc.* ¿Existen preguntas más sugestivas?

Las preguntas han de ser interrogativas y no afirmativas; los abogados no pueden hacer a sus clientes o testigos preguntas que contengan valoraciones o calificaciones[9], pues son siempre preguntas sugestivas, pero *todavía pueden resultar más sugestivas* las preguntas hechas *afirmativamente,* pues contienen la respuesta exacta, sin necesidad de valoraciones ni calificaciones. Un interrogatorio compuesto únicamente por preguntas *afirmativas*; esto es, sugestivas, y quizás con *valoraciones o calificaciones* que, aun habiéndose oído, *se tendrán por no realizadas,* podrá ser todo lo cruzado que se quiera, pero si con él se consigue ponderar la credibilidad de los medios personales, resultará, además, *mágico.* En fin, nuestro ejemplo de pregunta tres veces sugestiva: *diga que la víctima llevaba una mancha roja en su traje azul* sería, en la nueva ley, perfectamente correcta y pertinente, pues está hecha en sentido *afirmativo* (no es una pregunta) y no contiene *calificaciones ni valoraciones.*

5) Orden a seguir.—El interrogatorio de parte comienza por *la parte contraria* (306), como la antigua *confesión en juicio.* No es el orden lógico. Puesto que se trata a la parte como a un *testigo* (interesado y parcial) debería comenzar el interrogatorio su propio abogado y, luego, los abogados contrarios en interrogatorio cruzado[10].

8. ¿De qué sirve *tener las sugerencias por no realizadas* cuando ya se han comunicado a la persona interrogada? Lo absurdo de la medida nos ha hecho consultar de nuevo el Anteproyecto. Y, en efecto, en el art. 353 —recordemos— se decía que las preguntas iniciales serían formuladas *por escrito*, y en el 356, que *las preguntas del interrogatorio escrito serán formuladas por el Juez o quien presida el tribunal.* Así, sí tiene sentido *tener por no hechas las calificaciones y valoraciones;* porque el Juez o el tribunal no las transmitiría al interrogado, las tendría por no puestas. ¿No se corrió demasiado para aprobar la Ley?

9. Sí pueden hacerlas, en cambio, cuando interrogan a la parte contraria o a su testigo, en la técnica correcta del interrogatorio cruzado (Vid. mi trabajo en *El Tribunal del Jurado,* C.G.P.J. y Minist. Just. e Interior, Madrid, 1995, p. 417 y también, en *Justicia 1994*, III, pp. 527 a 582.

10. También sigue este orden el Código Procesal penal italiano (art. 498) que, además, utiliza la terminología original; examen *directo*, *contraesame,* etc.

En la primera fase —interrogatorio directo— no habrían de permitirse preguntas sugestivas, valoraciones o calificaciones, relatos continuados, sacar a relucir anteriores declaraciones concordantes, ni realzar la honestidad y veracidad del interrogado. Sería después cuando, interviniendo el abogado de la otra parte, podría empezar el interrogatorio cruzado y, ahora sí, utilizar las reglas contrarias.

¿Por qué se ordena que las preguntas se hagan en sentido afirmativo? Si se tratara de *posiciones*, pensaríamos que puede ser debido a la necesidad de fijar con exactitud el «hecho» perjudicial admitido. Podría ser ésta la razón que inspiró el Anteproyecto, pues las preguntas-posiciones se hacían *por escrito.* Pero en las preguntas a los testigos también se exige el mismo requisito: que las «preguntas» se formulen *en sentido afirmativo* (368)[11]. Hay que buscar, pues, la causa, en motivos psicológicos o sociológicos que tienen que ver con la sospecha de que el testigo o la parte han sido previamente examinados por los abogados. Muy bien. Es una sospecha absolutamente fundada. Mejor dicho; es una constatación recogida en todos los tratados de *cross-examination* la de que ningún abogado desea presentar testigos cuya declaración pueda ser perjudicial para su cliente; por ello los abogados han de conocer previamente qué es lo que realmente vieron los testigos. Nunca debe hacerse una pregunta si no se conoce antes la respuesta.

Pero, precisamente, partiendo de esta premisa, se impone un sistema de interrogatorio que sirva para averiguar la credibilidad de los testigos, pues no basta penalizar el falso testimonio intencionado (raro, cuando está severamente penado y se persigue con eficacia), sino que es preciso comprobar, aun cuando no *mienta* en términos absolutos, la fiabilidad del testigo (o de la parte contraria cuando es interrogada); su memoria, precisión, imaginación, escrupulosidad, fabulación; noción de los valores, distancias, medidas, colores e incluso su honestidad personal. Esta es la finalidad de un interrogatorio eficaz y del que seguimos huérfanos en la Ley de 2000. Porque ahora, los testigos o litigantes que estén *prevenidos,* van a poder seguir estándolo, pero de modo distinto; con menos calificaciones y valoraciones, pero con una mejor noción de las distancias, cantidades, pesos, medidas, unidades de tiempo, velocidad, etc. y, sin embargo, su *predisposición o prevención a decir lo que favorece y ocultar lo que perjudica* no podrá ser puesta en evidencia si no existe el interrogatorio cruzado al estilo anglosajón, cuya técnica es fruto de una larga experiencia (máximas de experiencia) en depurar mejor las afirma-

11. Y, en cambio, en el Anteproyecto, no (art. 413).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ciones de los medios personales de prueba y que ya recibió la aprobación de la doctrina alemana[12] e italiana[13].

6) *Las respuestas.—Habrán de ser afirmativas o negativas y, de no ser ello posible según el tenor de las preguntas, serán precisas y concretas. El declarante podrá agregar en todo caso las explicaciones que estime convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas* (305.2). El interrogado no podrá valerse de ningún *borrador de respuestas, pero se le permitirá consultar en el acto documentos y notas o apuntes, cuando a juicio del tribunal sean convenientes para auxiliar a la memoria* (305.1).

7) *Impugnación y pertinencia de las preguntas.*—La Ley encomienda al juez intervenir de oficio en la admisión de la pregunta, como se desprende del examen de los diversos preceptos que regulan el interrogatorio de parte. El 301.1 ordena que el interrogatorio ha de verse sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia los interrogados y *guarden relación con el objeto del juicio*. La rúbrica del 302 se refiere expresamente a la *admisión de las preguntas*; manda que se formulen oralmente, *en sentido afirmativo*, con claridad y precisión y, en fin, que el tribunal *decidirá sobre la admisibilidad de las preguntas en el mismo acto en que se lleve a cabo el interrogatorio* (302.2).

Ahora bien; la *parte que haya de responder a la pregunta, así como su abogado (...) podrán impugnar en el acto la admisibilidad de las preguntas y hacer notar las valoraciones y calificaciones que* consideren *improcedentes y deban tenerse por no realizadas.* En primer lugar importa decir que la *deontología y lealtad procesal* que han de observar los abogados no puede permitir que, intencionadamente, introduzcan *valoraciones y calificaciones* en las preguntas, porque lo importante no es que se tengan por no hechas (como ingenuamente dice el precepto), sino que *no las haya oído* el interrogado. La prohibición ha de ser para impedir o *evitar la pregunta sugestiva*, pues es inútil «suprimir» la sugestión una vez que ya se ha hecho. En segundo lugar, la *impugnación* eventual del abogado de la parte contraria también

12. MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal,* Madrid, 1929, p. 88.

13. Regulada en el Codice de procedura penale (arts. 497 a 502). Vid. MARTIN, Richard A.: *Il ruolo del contrainterrogatorio nel processo penale americano*; también AMODIO, E.: Il nuovo processo a confronto con il modelo anglossassone en AAVV: *Atti del Congresso «Un nuovo Codice per una nuova Giustizia»*, a cura de FORTUNA, E., y PADOAN, A. Padova, 1989, p. 464. Richard A. En el proceso civil italiano, vid. TARZIA, G.: *Testo del disegno de legge delega; Relazione (...)*, en Riv. di Dir. Proc. It. 1996, nº 4, p. 945 y ss. El nº 24 f) dice: *previsione dell interrogatorio dei testimoni e della parte nel interrogatorio incrociato formale ad opera dei difensori sui capitoli ammessi (...)* (p. 956). En España, recientemente, Vid. REYES ALVARADO, Y.: *Recepción del testimonio*, en Rev. de Der. Proc. 1994, nº 1, pp. 81 y ss.

se revela inútil para evitar la sugestión que ya ha recibido quien debe valorar la prueba: el juez. Por consiguiente, cualquiera que sea la pregunta sugestiva que se autorice, el juez no ha de poder valorar la respuesta en beneficio del que interroga, pues una vez hecha la sugestión queda destruida la credibilidad del testigo sobre la respuesta sugerida. En otras palabras; el juez no ha de poder valorar esta pregunta si favorece al que la hizo; habrá de basarse en otras pruebas, pues la parte o testigo quedan *descalificados* en esta pregunta como medio de prueba del hecho sugerido. Esta es la sanción natural —y la más eficaz— contra la pregunta impertinente.

En último término, se plantea la necesidad de que la impugnación pueda hacerse también en el supuesto contrario; es decir, cuando no se admita la pregunta por sugestiva, no siéndolo a criterio de la parte que la formula. Bastará para el caso la *protesta* prevista en el art. 285.2 frente la inadmisibilidad de las pruebas[14], pues si la pregunta no se considera inválida o impertinente, en la apelación, podrá ser todavía formulada o, su contestación, valorada adecuadamente en aquella instancia.

8) *Nuevas preguntas.—Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de quien solicitó la prueba, los abogados de las demás partes y el de aquella que declara podrán, por este orden, formular al declarante nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos* (306.1). Este artículo es el que lleva la rúbrica de *interrogatorio cruzado.* Lo es cuando existe conflicto de intereses entre el que interroga y el que contesta; es decir, cuando interrogan los abogados de partes auténticamente *contrarias;* pero no lo es cuando interroga, al final, el abogado de la misma parte. Cuando preguntan los contrarios debería permitirse introducir en las preguntas *valoraciones y calificaciones,* hacer *preguntas sugestivas,* promover y pedir *relatos continuados*, poner en evidencia las contradicciones del declarante con sus anteriores contestaciones, con lo que afirmaba en la demanda, etc. Por el contrario, cuando le interroga, por último, su propio abogado, de nuevo han de prohibirse las preguntas sugestivas, etc., pues el objetivo es tratar de recomponer un poco las cosas, si es posible, usando las mismas reglas que en el interrogatorio o examen directo.

14. Aunque el precepto y la protesta se refieren a la resolución que decida sobre la admisión de *cada una de las pruebas* (medios de prueba), hemos de pensar que, a falta de otra disposición expresa habrá que utilizar esta *protesta* para que conste la oposición de la parte a esa resolución (oral) que admite o rechaza algún acto de prueba en concreto (pregunta), a los efectos de acreditar, en el recurso de apelación, que la parte *denunció oportunamente la infracción ...y la indefensión sufrida* (459) y, eventualmente, para el recurso de infracción procesal (469.2).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

9) *Preguntas del tribunal y careo.*—Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar a la parte llamada a declarar (306.1.II). Dice, además, el art. 306.2 que, cuando no sea preceptiva la intervención de abogado, las partes, con la venia del tribunal, que cuidará de que no se atraviesen la palabra ni se interrumpan[15], podrán hacerse recíprocamente las preguntas y observaciones que sean convenientes para la determinación de los hechos relevantes en el proceso. Naturalmente, también en este caso el tribunal controla la pertinencia de las preguntas y puede interrogar. El careo, sin embargo, no está regulado en la Ley aunque, posiblemente, tampoco sea necesario. Se trata de suscitar las explicaciones de las partes a la vista de sus contradicciones y de que, ellas mismas, intenten eliminar o componer sus discrepancias o, en último término, demostrar cuál es la versión que más se ajusta a la verdad. Lo que se desprende de la Ley es que, obviamente, este careo sólo tendrá lugar en el juicio verbal, que es el único que no requiere necesariamente abogado y que, siendo así, tendrá que ser el propio juez o tribunal quien, no sólo de la *venia* para el careo (306.2), sino el que realmente lo provoque.

15. Son términos sinónimos: atravesar la palabra, voz *atravesar,* acepción 14 (figura poco usual), *interrumpir la conversación de otros, mezclándose en ella*; interrumpir, acepción 2: *atravesarse uno con su palabra mientras otro está hablando* (Diccionario de la Lengua, cit. ed. 1992, T. I, p. 227, voz, *atravesar* y T. II, p. 1181, voz, *interrumpir*).

COMENTARIO BREVE AL NUEVO PROCEDIMIENTO ABREVIADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

JESÚS SÁEZ GONZÁLEZ
Universidad de Cádiz

SUMARIO:

1) Planteamiento. 2) Competencia. 3) Alegaciones. 4) Prueba. 5) Recursos. 6) Otros aspectos: 6.1 Emplazamientos. 6.2 Conformidad. 6.3 El acta. 6.4 Algunas expresiones. 7) Valoración final. 8) Nota bibliográfica.

1. PLANTEAMIENTO

La nueva ley reguladora del enjuiciamiento administrativo[1], que siguiendo la tradición se denomina Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, ofrece interesantes novedades. Merecen una especial atención tanto la creación de los órganos judiciales unipersonales, como la aparición de un nuevo procedimiento administrativo, llamado procedimiento abreviado, que viene caracterizado por las notas que acompañan los principios de oralidad, inmediación y concentración.

1. Ley Orgánica 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El procedimiento abreviado nace con la intención de dar respuesta a una situación que podría ser calificada de desesperada. Los comentarios diarios, las noticias de los medios informativos recogiendo datos y estadísticas, cuando no las mismas publicaciones institucionales, por no hacer mención a la doctrina, han venido advirtiéndonos de un lamentable estado de cosas que bien pudiera ser ya calificado de endémico[2]. El volumen del atasco de asuntos en los tribunales de lo contencioso-administrativo excede cualquier límite aceptable, haciendo del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones un derecho vano. No es extraño que se haya pretendido agilizar de diversos modos la actividad de estos órganos jurisdiccionales. De entre las medidas tomadas a fin de resolver el problema destaca la creación de este procedimiento[3] que, desde luego, rompe con los tradicionales a los que estábamos acostumbrados y cuyo estudio constituye el objeto de estas páginas.

Como es por todos sabido el procedimiento abreviado no aparecía en el texto del Proyecto de Ley que en su día fuera remitido para su debate y aprobación parlamentarios. Fue durante la discusión de las diversas enmiendas[4] cuando se introdujo de la mano de intervenciones de los grupos socialista y catalán, haciendo buena una propuesta ya contenida en el Libro Blanco sobre la Justicia que en su día publicara el Consejo General del Poder Judicial[5]. De los debates parlamentarios se desprende una idea que llama la atención por encima de otras: la de crear un procedimiento de enjuiciamiento administrativo muy rápido, capaz de resolver de forma expeditiva los asuntos cuya resolución le son encomendados.

De esos debates y del tenor que ha venido a tener el artículo 78 podría decirse que esta idea ha resultado ser todo un principio, trasunto de aquel otro conocido como principio de celeridad procesal[6], y, casi diríamos, propiciador de lo que un tanto irónicamente podríamos llamar principio de «supresión

2. Véase, por ejemplo, el Libro Blanco sobre la Justicia, publicado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 255 y 256.

3. *Recursos*, *procedimiento*, y otros términos anfibológicos son utilizados en este trabajo en su sentido procesal: recursos son medios de impugnación de resoluciones, cuando hablamos de procedimiento lo hacemos normalmente en relación al procedimiento contencioso-administrativo, etc.

4. Una síntesis del itinerario seguido desde la propuesta de estos grupos como procedimiento especial o sumario hasta su aprobación final sin debate sobre el fondo puede verse, por ejemplo, en SAINZ MORENO, F.: «El procedimiento abreviado», en «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Valladolid, 1999, págs. 363 y 364.

5. Libro Blanco..., cit., págs. 258, 259 y 263.

6. GIMENO SENDRA, V.: «Derecho Procesal Penal», Madrid, 1996, pág. 30.

procesal». Según tal habría que sacrificar cualquier actuación procedimental que supusiera un obstáculo a la celeridad en la tramitación. Así es como el procedimiento previsto por el Congreso, ya bastante sencillo, fue simplificado aún más por el Senado, eliminando la contestación escrita y la propuesta de prueba previas a la celebración de la vista y sustituyéndolos por sendas intervenciones orales de las partes dentro ya del juicio oral. De acuerdo con la formulación final, una vez presentada la demanda se cita a las partes a juicio sin más trámites.

Así las cosas nos encontramos ante un procedimiento que a grandes rasgos podríamos describir del siguiente modo:

Se rige, básicamente, por el artículo 78 y, a tenor del último de los números que componen ese artículo, subsidiariamente, por el resto de la Ley.

En cuanto a la competencia los asuntos atribuidos a los juzgados de lo contencioso-administrativo son aquellos que no superen las 500.000 pesetas y los relativos al personal que no tengan que ver ni con el nacimiento ni con la extinción de la relación de servicio de los funcionarios públicos de carrera. A ello hay que añadir las demandas basadas en la inactividad de la Administración no ejecutando sus propios actos firmes (art. 29.2).

El procedimiento es de marcado carácter oral. La demanda es escrita, pero con posterioridad no hallamos más actuaciones escritas que el acta de la vista y la sentencia.

La fase de alegaciones incluye esa demanda escrita, la remisión del expediente administrativo al juzgado que a su vez lo reenvía a los actores, y, ya iniciada la vista, la oposición por el demandado, que se realiza verbalmente.

En la primera parte de la vista se producen las correspondientes intervenciones de las partes sobre el fondo y sobre la forma. Los incidentes relativos a excepciones se resuelven sobre la marcha.

Sigue la fase de prueba totalmente oral, regida por el principio de concentración, propuesta y practicada durante esa misma vista.

Finalmente se dicta la sentencia. Hay un acta muy detallada en su regulación y en su contenido destinada a documentar todo lo acaecido en el juicio oral, susceptible de ser distribuida entre las partes.

Los recursos son bastante limitados. Existe en primer lugar un recurso de súplica para autos no apelables; revisión para las diligencias de ordenación; una apelación muy limitada; y, finalmente, una casación cuya existencia en los abreviados será una mera anécdota.

Nos encontramos, por consiguiente, ante un procedimiento que ha sido aligerado de toda tramitación escrita que pudiera reducir su rapidez. Esta celeridad es, de una parte, la base de las virtudes del nuevo procedimiento

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que pretende ser ágil, flexible, rápido; un tipo de procedimiento poco previsible no hace mucho tiempo para el ámbito contencioso-administrativo. En este sentido, no cabe la menor duda de que las enormes ventajas de la innovación resultan dignas de todo elogio. En todo ello debe jugar un papel decisivo la plasmación del principio de concentración recogido en el número 18 que, a modo de cerrojo, está destinado a impedir las conocidas fugas de la oralidad e inmediación habituales en aquellos procedimientos en los que la ausencia de una norma específica y concreta ordenando la concentración resulta una útil excusa para su incumplimiento[7]. Igual consideración merece la supresión del pliego de posiciones y la desaparición del interrogatorio de preguntas (números 13 y 14).

Pero esta misma rapidez procedimental, o, mejor dicho, la técnica que se ha utilizado para conseguirla, también constituye la base para reflexiones de otro carácter.

2. Competencia

Tal vez convenga comenzar por una observación previa referida a la competencia material. De una parte porque por sí misma requiere su propio comentario; de otra, porque como veremos, algunas de las apreciaciones que se exponen más adelante nacen de la disparidad de los asuntos previstos para este procedimiento abreviado.

En el número 1 del artículo 78 se establece cómo a través de los trámites del abreviado se sustanciarán los asuntos (recursos, dice el texto legal) cuando la cuantía no supere las 500.000 pesetas, o cuando se trate de cuestiones de personal (siempre y cuando estas cuestiones no se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios públicos de carrera). A ello hay que añadir la utilización de estos trámites para dar cauce a las demandas contra la Administración por incumplimiento de sus propios actos firmes[8]. *A priori* estos dos criterios, uno de cuantía y otro material, parecen limitar la

7. ¿Para qué insistir sobre lo que en la práctica ha sido (y todavía es en el momento de redactar estas páginas) los juicios de cognición o verbales civiles en los que la práctica de los medios probatorios ha venido siendo proyectada a lo largo de todo el periodo posible para practicar la prueba, incumpliendo una norma de claridad evidente como la del artículo 254.I de la LEC de 1881?

8. Art. 29. II: «Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición,

utilización del procedimiento abreviado a casos simples en los que el número de participantes es reducido. La experiencia está demostrando que ello no es del todo exacto. Al margen de la necesaria especialización de los órganos judiciales dentro de cada territorio, está claro que el día en que el legislador decida reformar las normas reguladoras del abreviado tendrá que proceder a una atribución de los asuntos en función de la problemática que generan. La experiencia está empezando a mostrar las insuficiencias del abreviado para ciertos asuntos. Estos trámites están previstos para casos supuestamente simples en los que se produce el ejemplo académico de *A demanda a B por una deuda líquida, concreta y vencida*, sin mayores complicaciones. Pero esas complicaciones están surgiendo en la práctica. Pensamos en situaciones complejas por el número de intervinientes. No es lo mismo dar trámite al procedimiento generado por un candidato a ocupar una plaza determinada en la Administración, en cuyo procedimiento son partes el demandante y la Administración demandada, que otro procedimiento generado por igual motivo pero en el que intervienen doscientos veintitrés ciudadanos que se consideran perjudicados con la decisión administrativa. Pensamos también en supuestos en los que la complejidad deriva de la propia materia del asunto: el caso de inejecución de actos firmes en materias que pueden ser muy complejas, por ejemplo en temas urbanísticos. Ciertamente aunque aún es pronto para concretar más los criterios a seguir en esta materia, no lo es para señalar que los escogidos han traído a estos trámites asuntos a los que el abreviado no se adapta del todo bien.

3. Alegaciones

La fase de alegaciones sugiere algunos comentarios. Desde una perspectiva amplia llama la atención el modo en el que se ha de plantear el objeto del proceso. Cuatro de los números del artículo 78 regulan este tema: 2, 6, 7 y 10.

El procedimiento, al que se denomina recurso[9], se *iniciará por demanda al que se acompañará el documento o documentos en que el actor funde su derecho y aquellos previstos en el artículo 45.2.*

podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.»

9. El vocablo recurso tiene concedida una gracia especial en el enjuiciamiento administrativo. Sirve para designar conceptos tan distintos procesalmente hablando como los de demanda, procedimiento, proceso, o incluso el del mismo concepto de recurso *strictu sensu*. Debería pedir aumento de sueldo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

— En el número 6 se establece que la *vista comenzará con la exposición por el demandante de los fundamentos de lo que pida o ratificación de los expuestos por la demanda.*
— En el número 7 se dice que *acto seguido el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan...*, comenzando por el posible planteamiento de excepciones.
— Finalmente, si no se suscitaren cuestiones procesales o, planteadas éstas, fueren resueltas por el Juez, el número 10 establece que *se dará la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos en que fundamenten sus pretensiones.*

Es lo común entender que el objeto del proceso es introducido a través de la demanda, y concretado a través del *petitum*. Las posibilidades que en ocasiones encontramos en los diversos procedimientos, como réplica y dúplica o intervenciones de raticificación en juicios orales, se supone que tienen como función matizar, aclarar, delimitar el alcance de los diversos contenidos de la pretensión ejercida con la demanda. De ahí que tenga que resultar extraño el hecho de que, a tenor de la redacción de los números citados, sea posible plantear el *tema decidendi* en varios momentos del procedimiento: en la demanda, en la ratificación del demandante con la que se comienza la vista, y con una segunda intervención oral en la que las partes fijan con claridad lo que pretenden.

Cualquiera de las posibles interpretaciones de este planteamiento legal nos parece rechazable. Un procedimiento no debe favorecer las sorpresas. El demandado ha de saber con exactitud antes del juicio oral qué es lo que pide el demandante, y con base en qué fundamentos. Sólo de ese modo tendrá la oportunidad de poder preparar su defensa convenientemente. Lo contrario implica dejar una puerta abierta a la indefensión. Esto es lo que puede suceder en el procedimiento abreviado, pues el demandante está facultado en la vista, no sólo para ratificar el contenido de la demanda, sino para «exponer los fundamentos de lo que pida» (n.6) y «fijar con claridad los hechos en que fundamenten sus pretensiones» (n.10). A su vez, este modo de plantear las alegaciones sugiere la existencia, más que de una demanda, de una «papeleta de demanda» en la que simplemente se haría mención esquemática de los posibles contenidos esenciales, dejando para la vista, una vez que el actor ya ha recibido el expediente, la concreción definitiva de los hechos. Esa posibilidad merece ser rechazada[10].

10. El hecho de que haya podido existir previamente un recurso en vía administrativa no debe llevarnos a engaño. Sin profundizar en este tema conviene traer aquí a título de ejemplo

Cabe preguntarnos si la Ley no habrá querido más bien algo distinto a lo que hemos comentado; a saber: que la demanda tenga el sentido conocido y habitual, conteniendo las alegaciones que constituyen el fundamento fáctico del *tema decidendi* y que las intervenciones orales de esta fase de alegaciones se limiten a las ratificaciones y aclaraciones correspondientes. Aunque tal interpretación resultaría deseable, lamentablemente hay que decir que se compadece bastante mal con el tenor de la norma. El número 10 expresa con claridad meridiana que las partes hacen uso de la palabra en la vista para «fijar con claridad los hechos en que fundamentan sus pretensiones». Lo mismo podría decirse en el caso de que el número 10 fuera entendido en el sentido de que, dado que estamos en un juicio oral, las partes deben comenzar haciendo una exposición clara al juzgador de los hechos descritos en la demanda. Si así fuera, cosa que en mi opinión sería deseable, en ese caso habría que criticar la redacción dada a los números 6 y 10, ya que, sin duda alguna, nos llevan a conclusiones diferentes e inducen a una interpretación que no habría sido la pretendida.

En lo relativo al alcance de la demanda la opinión común parece estar a favor de la demanda completa. A su vez, la fijación del objeto del proceso a lo largo de varias fases sucesivas se explica, precisamente, en función de los datos que el expediente aporta: expediente que no está al alcance del actor en el momento de interponer la demanda. Sin embargo, como decimos, la doctrina entiende que no se trata de una mera papeleta, sino de una demanda *strictu sensu*, lo que provoca algunas dudas. Si la demanda debe aportar a través de su *petitum* y fundamentos el *tema decidendi*, está claro que la misma no podrá ser formulada si no es teniendo el actor a su disposición toda la información precisa para redactarla. El expediente administrativo es fuente indudable de esa información. Consideremos que su disponibilidad para el actor es imprescindible a estos efectos: lo acertado habría sido esperar a que el actor hubiera tenido a su alcance toda la documentación para poder plantear sus alegaciones. Esto habría permitido entender las intervenciones orales del demandante en la vista, bien como un modo de ilustrar del tema que se plantea al juzgado, bien como un medio para formular matizaciones y preci-

dos preceptos que por sí mismos pueden explicar las posibilidades que ofrece la ley procesal administrativa. De una parte en el artículo 44 se establece que «en los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa». De otra parte recordemos que en el apartado 1 del artículo 56 se establece que «en los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

siones, bien para ambos cometidos. Sin embargo, con el fin de abreviar el procedimiento la Ley permite que las alegaciones se formulen por entregas. En consecuencia, o la demanda no es tal, o el expediente no es importante. Si la demanda no es tal, y las razones fácticas y jurídicas que le sirven de fundamento pueden ser *desveladas* al demandado en la vista, lo procedente hubiera sido permitir al demandado disponer de algún tiempo para poder preparar su contestación, evitando con ello situaciones de indefensión. Si, en cambio, consideramos que el expediente no es necesario para formular las alegaciones, la demanda sería el único acto de parte a través del cual plantear el *tema decidendi,* debiendo haberse eliminado toda posibilidad de concreción del objeto del proceso mediante el sistema de entregas.

En nuestra opinión la Ley ha pretendido que la demanda sea lo que ha establecido: un esbozo de lo que ha de ser concretado en la vista. Tratando de reducir los trámites procedimentales se ha tomado como base el procedimiento no abreviado y se han aglutinado actuaciones con el resultado que hemos comentado. Parece que no se ha tenido en cuenta el hecho de que un procedimiento oral tiene su propia estructura y que no puede ser simplemente el resultado de una reducción de un procedimiento escrito. La solución a la que se ha llegado en aras de la rapidez nos parece en consecuencia criticable, propiciadora de situaciones en las que se pueda producir indefensión de la demandada y, en consecuencia, merecedora de modificación.

La disponibilidad del expediente administrativo nos mueve a otras reflexiones que parten igualmente del papel que parece estar llamado a desempeñar en la formulación de la demanda. Habría una forma de poder salvar todo este sistema de alegaciones por etapas: *petitum* en la demanda, *causa petendi* en las intervenciones del juicio oral. El esquema podría tener sentido en el supuesto de que el actor (tal vez fuera más exacto decirlo en plural: actores) pudiera prescindir completamente de la remisión del expediente por la Administración. Esos supuestos serían aquellos en los que todos los posibles intervinientes hubieran tenido acceso pleno al expediente por haber tomado parte en el mismo desde el principio hasta el final. Habría, por oposición, que dejar fuera de este sistema de entregas aquellos supuestos en los que el actor no hubiera tenido acceso a los mismos. Los casos de demandas por las actuaciones administrativas de hecho parecen ser las más próximas a lo que exponemos, aunque habría que hacer matizaciones. Cuando decimos que habría que dejar fuera del sistema de alegaciones por etapas esos casos queremos decir que el procedimiento abreviado sólo está en condiciones de combinar la rapidez con la no indefensión en los supuestos en los que los intervinientes tienen conocimiento pleno del expediente administrativo. Desde el punto de

vista de la competencia objetiva implica una consecuencia: la tramitación de todos esos asuntos en los que no hay conocimiento previo del expediente deberían quedar al margen del procedimiento abreviado.

Centramos ahora nuestra atención en la contestación de la demanda. Ciertamente la regulación sobre la misma está impregnada del espíritu de la rapidez, sin embargo no se ven motivos suficientes para establecer que la contestación de la demanda sea efectuada de forma oral. Personalmente soy contrario a este tipo de soluciones en la inmensa mayoría de los supuestos[11]. No hay duda de que estamos en una situación en la que el demandante puede verse indefenso en el mismo acto de la vista al desconocer las razones que va a esgrimir su contrario para defenderse. ¿Por qué ocultarle al actor los fundamentos de la contestación antes de la vista? El hecho de que pueda adivinarlos como consecuencia de los diversos pasos producidos durante la tramitación administrativa del expediente previo, en los casos en los que ello es posible, no parece motivo suficiente. Una cosa es el expediente administrativo y otra las argumentaciones que puedan construirse con base en dicho expediente.

Desde luego entre las causas por las que se ha prescindido de la contestación escrita no podemos incluir la relativa a la rapidez del procedimiento. Para fijar la fecha de la vista el juzgado debe tener en cuenta no sólo el tiempo necesario para remitir el expediente a la sede judicial, sino también el emplazamiento de los posibles interesados. No cabe la menor duda de que en este plazo podría haberse encontrado un hueco para que la demandada hubiera procedido a contestar por escrito. Al fin y al cabo, se supone que estamos ante asuntos poco complejos. No parece tampoco que establecer la forma escrita para la contestación y los trámites que comportaría hubieran prolongado demasiado el procedimiento. El principio de aceleración se convierte aquí en principio de eliminación.

Tampoco veo problema en las exigencias que plantea el número 6 del artículo 9 de la LOPJ. Como sabemos este precepto conlleva la obligación por parte del juzgador de apreciar de oficio su falta de jurisdicción y de competencia. Una contestación a la demanda realizada de forma oral, en lugar de escrita, parece ofrecer la ventaja de evitar que el juzgador tenga conocimien-

11. La posición aquí expresada nace de la propia experiencia profesional. En ocasiones el demandado plantea en el juicio oral argumentos desconocidos por el demandante cuyo rebatimiento precisan de alguna preparación previa. Otras veces el supuesto juego de hechos impeditivos, extintivos y excluyentes se altera introduciendo nuevos hechos y esto, en un juicio verbal, con las limitaciones existentes para hacer efectivos los recursos por error del juzgador o por falta de correlación supone una causa clara de indefensión.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

to de tales circunstancias antes del juicio y, en consecuencia, que se adentre en los trámites correspondientes destinados a comprobar su competencia antes de esa fase del procedimiento. Se pretende con ello evitar unos trámites que ciertamente son dilatorios y que retrasan el posible comienzo de la vista.

Al anterior argumento se pueden oponer otros. En primer lugar la apreciación del juzgador de su falta de competencia no debe considerarse un supuesto de control de oficio, sino efectuado a instancia de parte. Nada impide que la cuestión se resuelva en la vista. De lo contrario no habría más remedio que considerar igualmente que el control de oficio sería posible abierto el juicio oral, con resultado igualmente dilatorio, ya que el artículo 9 en su número 6 establece, sin hacer matizaciones, la intervención del Ministerio Fiscal. En segundo lugar, establecido en el número 3 del artículo 78 el «examen de su jurisdicción y competencia objetiva» con carácter previo a la citación de la demandada, parece evidente que en caso de encontrar motivos para ello, tendrá que citar a la parte demandada desarrollando trámites que resultan ser a la postre igualmente dilatorios. Finalmente podríamos decir que, establecida en el artículo 78.3 el control de oficio del órgano judicial, el hecho de que la demandada pudiera oponer este tipo de excepciones en un posible escrito de contestación no debería suponer necesariamente un trámite saneatorio previo a la vista oral, ya que dicha actuación podría ser desarrollada perfectamente dentro de la vista.

De este modo, entendemos que habría que considerar la posibilidad de que una contestación a la demanda por escrito no tuviera que producir un efecto dilatorio, en ningún caso deseado. La contestación escrita puede aportar el material fáctico y jurídico que dará pie a la correspondiente intervención oral en el acto del juicio, preservando el derecho de defensa del actor.

De cuanto queda dicho se desprende por nuestra parte una posición más cercana al procedimiento acordado en el Congreso que al modelo que finalmente tomó cuerpo en el Senado. Entiendo que una fase oral como medio de acelerar el procedimiento, en la que se matizan los últimos aspectos, se sanea el procedimiento solventando todas las excepciones planteadas y en la que, sobre todo, se procede a practicar la prueba siguiendo los principios de inmediación, contradicción y oralidad, esa fase oral, como decimos, no tiene por qué estar necesariamente enfrentada con una fase de alegaciones escrita en la que demanda y contestación precisen antes de la vista las posiciones de las partes en cuanto a las alegaciones, las peticiones y los medios probatorios a seguir. Sobre todo, si tenemos en cuenta que es necesario dilatar el comienzo de la vista hasta que el expediente administrativo haya llegado a la sede judicial. Dicho expediente, limitado el procedimiento abreviado a los supuestos

en los que los intervinientes tienen acceso previo y pleno al mismo, jugaría su papel fundamental en el campo de la prueba, sin que ello quiera decir necesariamente que no pudiera servir de base posibles aclaraciones. En cambio habríamos ganado en garantías, reduciendo sensiblemente las posibilidades de indefensión a ambas partes: la limitación de el procedimiento abreviado a los supuestos.

4. Prueba

La fase de prueba aporta una serie de aspectos a mi modo de ver muy interesantes. Hay una apuesta clara por el llamado sistema oral que, de partida, abarca sus tres principios fundamentales: oralidad, inmediación y concentración. Si la fase de alegaciones da pie a observaciones serias, la prueba parece ofrecernos un panorama esperanzador en cuanto a la práctica de una prueba que debe discurrir por cauces distintos a los tradicionales, no sólo administrativos, sino también civiles. Desaparecen las posiciones escritas y el interrogatorio escrito para las pruebas de confesión y testifical, respectivamente, y se establece un criterio de concentración evidente.

En cuanto al trámite de proposición de prueba es cierto que el informar en el acto de la vista de qué medios probatorios intenta valerse cada parte reduce el tiempo del procedimiento. No es menos cierto, sin embargo, que no prolongaría demasiado el procedimiento el hecho de que cada parte expresase en su demanda y en su eventual contestación escrita los instrumentos probatorios con los que demostrar la veracidad de sus respectivos asertos. No sólo no sería perjudicial sino que evitaría esa situación propicia a posibles estados de indefensión que se ha creado al plantear la proposición de la prueba de forma oral en el momento de la vista.

Nos llama la atención el hecho de que los testigos no puedan ser tachados. ¿Nos lleva esto a un sistema similar al de la *cross examination*? Como todos sabemos, una de las características de este sistema reside en el hecho de que antes de proceder a plantear a los testigos cuestiones en relación al tema que se debate, puedan ser asaeteados con preguntas relativas a sus condiciones de tales. El objetivo es lograr con ello el convencimiento de que el testigo es fiable. ¿Qué provecho se puede obtener del testimonio de un testigo no creíble? Pues bien, el número 15 comienza estableciendo que «los testigos no podrán ser tachados y, únicamente en conclusiones, las partes podrán hacer las observaciones que sean oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones». La pregunta en este

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

caso es obligada: ¿Descartado el sistema de tachas, cómo puede plantearse la idoneidad de un testigo o de un testimonio en la fase de conclusiones si con anterioridad no se ha demostrado de algún modo la misma? ¿Basta con mencionar el motivo que hubiera dado pie a la tacha para que surta efecto? ¿No hay contradicción sobre las afirmaciones relativas a las circunstancias personales? Evidentemente habrá que articular algún sistema que permita a la parte contraria o al mismo testigo mostrar sus pareceres. Por ello tal vez sea necesario aceptar que dentro del interrogatorio, al margen de las estereotipadas generales de la Ley, haya que permitir ciertas preguntas dirigidas a poner de manifiesto las circunstancias personales del testigo en relación con el testimonio que presta. De otra parte no sólo las circunstancias personales son las que deben ser objeto de control, sino el testimonio mismo, toda vez que el mero comentario de la deposición tiene su propio lugar en las conclusiones de las partes. Está claro que cuando el número 15 habla de circunstancias personales y de la veracidad de las manifestaciones está haciendo referencia a dos aspectos íntimamente ligados con la interposición de tachas.

Un tema de común incidencia a la prueba y a las alegaciones es el relativo al uso del expediente administrativo. En el número 3 del artículo 78 se ordena a la Administración que remita el expediente administrativo con al menos quince días de antelación *al término señalado para la vista*. El expediente, una vez que llega al juzgado, es remitido igualmente al actor y a todos los interesados. Tal y como ha quedado redactado este número parece pretenderse que en la providencia que dicta el juez, ordenando la admisión de la demanda a trámite y trasladando la misma al demandado, debe quedar fijada la fecha de la vista. Ello obliga a observar cierta prudencia en el señalamiento de la misma, ya que dentro del plazo fijado hasta su celebración, el expediente ha de viajar de la Administración al juzgado y de éste a los intervinientes en el proceso. Comentado, párrafos atrás, el papel del expediente en la fase de alegaciones, conviene ahora concretar el que juega en la fase de prueba.

Como prueba, la función llamada a ser desempeñada por el expediente administrativo será la de dar por probados los hechos alegados por el demandante o, por el contrario, demostrar que no lo son. Si el expediente no llega a tiempo en el primer caso cabe pensar en que ha habido mala fe por parte de la Administración y, como consecuencia, que los hechos alegados por la actora son ciertos. Si no llega en el segundo caso no podrá probarse la falsedad de los hechos alegados por el actor. La Administración tiene la carga de aportar el expediente.

Así pues, si no llega puede celebrarse la vista. Nada impide que si se recibe el expediente incluso en plena vista se pueda dar traslado del mismo (de sus copias) a las partes, ya no para hacer alegaciones, sino para poder

valorarlo como documento en las conclusiones. Todo ello al margen del hecho de que según el 54.1 el juzgado puede apercibir a la demandada de que no se le admitirá la contestación a la demanda si no va acompañada del expediente administrativo. Por ello, si se entiende aceptable la propuesta realizada en favor de una contestación por escrito, tal vez lo más fácil sería lo siguiente: establecer la obligación de unir el expediente administrativo y de sus copias al escrito en el que se procediera a contestar la demanda.

5. Recursos

El procedimiento abreviado no tiene una regulación específica sobre recursos. Son de aplicación las normas generales reguladas en los artículos 79 y siguientes de la Ley. No es el momento de recordar los beneficios que se derivan de la existencia de estos medios de impugnar las resoluciones judiciales ni los problemas que plantean en relación a la duración del proceso. Lo que sí es cierto es que la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa modifica la visión tradicional de los recursos, de la mano de los nuevos tribunales individuales, creando un novedoso recurso de apelación. Tal vez la creación de los nuevos juzgados de lo contencioso-administrativo sea el punto de arranque de todo un proceso de reforma orgánica que termine por ofrecernos un sistema de juzgados y tribunales, según el cual quepa una primera instancia y una apelación en la mayoría de los casos y que, en la mayoría de los casos también, la casación quede reducida a su actividad nomofiláctica más eficaz. En cualquier caso todo ello no es sino posibilidades para el futuro, porque la realidad que nos ofrece la ley es muy otra.

Dentro de los diversos recursos susceptibles de ser utilizados en el procedimiento abreviado llama singularmente nuestra atención el de apelación, cuya regulación se encuentra en los artículos 81 y siguientes de la LJCA. Se configura siguiendo lo que podemos llamar el modo tradicional. Hay que preguntarse, sin embargo, cuál es el alcance efectivo del mismo en relación con el procedimiento abreviado. El artículo 81 establece una *summa gravaminis* para acceder a la apelación de tres millones de pesetas. Como es sabido, el procedimiento abreviado se ha previsto para aquellos asuntos de cuantía inferior a quinientas mil pesetas, cuestiones de personal que no estén relacionadas con el nacimiento y extinción de la relación de servicio de los funcionarios públicos de carrera, así como las demandas por inactividad de la Administración en la ejecución de sus propios actos firmes. Esto significa que carecen de apelación todas las sentencias recaídas sobre asuntos tramita-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dos a través del abreviado siguiendo criterios puramente cuantitativos de competencia objetiva. La duda se nos plantea en aquellos temas que son tramitados por el abreviado por razones materiales, *strictu sensu*. Es el caso de los asuntos relacionados con el personal al servicio de la Administración.

Sólo los asuntos relacionados con el nacimiento y extinción de la relación de servicio de los funcionarios de carrera quedan fuera de los cauces del procedimiento abreviado. Todos los demás asuntos de personal, incluidos los de los funcionarios de carrera, se enjuician a través de este procedimiento. En estos casos podemos encontrarnos tanto ante demandas que versan sobre reclamaciones de cantidad, como sobre otros derechos que no implican necesariamente una reclamación económica, pese a que dichas pretensiones puedan tener en la mayoría de los casos una cuantificación monetaria en función de los beneficios o perjuicios que se deriven en cada caso concreto. Es evidente que no puede establecerse ningún tipo de límite en cuanto a la apelación para las demandas entabladas sobre derechos que no conlleven reclamación de cantidades concretas. La duda puede surgir en aquellos casos en los que la reclamación conlleve cantidades de dinero inferiores a tres millones de pesetas.

En mi opinión, el límite de los tres millones establecido por la Ley opera de forma inexorable también en esos casos. Apoyan este criterio todas las opiniones en favor de un procedimiento con rápido desenlace, en el que la existencia de un recurso es sinónimo en la práctica de instrumento dilatador. En el mismo sentido hay que interpretar la razón de ser de esa barrera cuantitativa, creada con el fin de disminuir el número de asuntos que llegan a órganos superiores saturados de trabajo. Finalmente, hay que tener en cuenta que, aunque la atribución de los asuntos de personal es fruto de un criterio de competencia objetiva material y no de competencia objetiva cuantitativa, el límite establecido en el artículo 81, número 1, letra a), se hace con independencia de la atribución de asuntos en primera instancia.

Otra cosa totalmente distinta es que estemos de acuerdo plenamente con el contenido de las disposiciones legales y que asuntos como éstos queden huérfanos de todo recurso. Esencialmente por el hecho de que un tema tan variado y de difícil configuración como es el de las relaciones del personal con la Administración está llamado a encontrar soluciones muy contradictorias en los distintos juzgados. Sería conveniente que algún órgano estuviera encargado de desarrollar, cuando menos, algún tipo de labor nomofiláctica evitando con ello las indeseables consecuencias de una jurisprudencia menor contrariada.

Por otra parte, parece excesivo tener que admitir la existencia del recurso de apelación para demandas que de hecho puedan representar cuantías

mínimas, por muy ligadas que se hallen a este tipo de relaciones de personal; mientras que, por otra parte, no se puedan admitir apelaciones sobre cantidades derivadas de esas relaciones de personal cuando no lleguen al mínimo de tres millones. Tal vez, *lege ferenda* habría que introducir algún criterio corrector en este sentido de tal modo que el límite de tres millones de pesetas no jugara en los supuestos relacionados con el personal de la Administración, buscándose, a la baja, límites que parezcan más acordes a estos casos.

6. Otros aspectos

Junto a estos temas relacionados con el planteamiento general de estas fases procedimentales llaman nuestra atención otros temas más concretos. Algunos de ellos plantean serios problemas, otros merecen tan sólo un brevísimo comentario en la medida en que simplemente parecen defectos de construcción gramatical. Una exposición más o menos ordenada reflejaría los comentarios que siguen.

6.1. *Emplazamientos*

En primer lugar debemos hacer mención al tema de los emplazamientos. Para el procedimiento común el artículo 49 mantiene la solución tradicional de cometer el emplazamiento a la Administración interesada. En cambio, el número 3 establece que sea la secretaría del juzgado la que realice esta función. Esta postura puede resultar tanto recomendable como poco acertada en función de varias circunstancias. Estas circunstancias se refieren tanto al motivo que provoca la demanda como al número de posibles involucradas en el proceso que origina. La solución parece aceptable siempre y cuando el demandante pueda tener conocimiento de los datos de todos y cada uno de los posibles interesados en tomar parte en el procedimiento. Ello parece ocurrir en aquellos supuestos en los que los demandados son poco numerosos y se da una situación de accesibilidad a la totalidad del expediente administrativo. Pero estas circunstancias pueden no darse en otros supuestos. Pensemos no sólo en posibles casos en los que el demandante no haya tenido acceso a la totalidad de un expediente administrativo en el que interviene un número elevado de posibles demandados. La nueva ley prevé demandas en supuestos en los que se producen situaciones de hecho en las que difícilmente el deman-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dante podrá llegar a tener conocimiento de quienes puedan resultar afectados por las consecuencias de la actividad administrativa desarrollada y del proceso contencioso resultante.

Evidentemente el número 3 del artículo 78 conlleva una carga para el demandante. Sólo si el demandante aporta los datos de los posibles demandados podrán ser emplazados por la secretaría del juzgado. En los casos reseñados es evidente que tal actividad no podrá ser llevada a cabo. Esto nos debe llevar a entender que la interpretación de este precepto se ha de realizar de forma un tanto flexible, recurriendo, vía número 23 de este artículo 78, a las normas procedimentales establecidas a este respecto para el procedimiento no abreviado. Desde otra perspectiva, tal vez hubiera sido deseable que esta novedad se hubiese introducido como una posibilidad, de tal modo que en la providencia en la que se ordene la admisión de la demanda se proceda al aplazamiento de los posibles interesados siempre y cuando ello no resultare imposible por no haber tenido acceso el demandante a dicha información. En cualquier caso hay que tener en cuenta que la obligación de emplazar establecida en el artículo 49 no tiene por qué considerarse suprimida por los preceptos contenidos en el artículo 78.

6.2. *Conformidad*

Si de lo que se trata es de ganar tiempo, se echa de menos alguna indicación procedimental en favor de la conformidad o allanamiento dentro del procedimiento abreviado, un procedimiento verbal en el que este tipo de indicaciones normativas parece ser efectivo. No son muchos los segundos que se pueden perder a lo largo de una vista en hacer alguna indicación en favor de algún tipo de acto conciliador. Es cierto que nada se opone a que la demandada pueda manifestar su intención de allanarse a las pretensiones de la actora o que en el artículo 77 se regule de forma genérica la conciliación. Pero también es cierto que la actitud de los ciudadanos y de los letrados es otra cuando se sabe que existe la posibilidad de conciliar o de llegar a un acuerdo por conformidad cuando la celebración de la vista resulta ya inminente y tanto unos como otros encuentran un cauce favorable a tales efectos. Se echa de menos, en consecuencia, «expresas previsiones legales» en este sentido[12],

12. «Habrán igualmente de establecerse mecanismos transaccionales, imprescindibles para la evitación de procedimientos ya iniciados o pendientes de iniciación. El establecimiento de dichos mecanismos comporta forzosamente expresas previsiones legales que faciliten a los letrados representantes de las Administraciones públicas la disposición de la acción procesal así como el fenómeno de los mecanismos y la práctica de la transacción». Libro Blanco sobre la Justicia, cit., pág. 262.

tanto más cuanto que favorecer la conciliación o la conformidad y evitar con ello la celebración de la vista se encuentra en concordancia con ese principio de aceleración al que ya hemos hecho mención, máxime, según hemos visto, cuando el procedimiento abreviado no necesariamente ha de ser de breve duración, a tenor de los asuntos que pueden ser tramitados a través del mismo según hemos visto páginas atrás.

6.3. *El acta*

Los números 21 y 22 se dedican a la documentación del juicio oral. El número 21 constituye una loable reunión de disposiciones en orden a la extensión de un acta detallada de cuanto acontece de importancia en la vista. Desde esa perspectiva del número 21 pueden extraerse varias conclusiones. La primera es que nos encontramos ante una norma que pretende regular las formas y contenidos del acta escrita. Evidentemente así se ha de entender ya que, por principio, un posible acta audiovisual habría de documentar todo lo que sucediera durante la vista desde que ésta comience hasta que finalice. Los resúmenes y relaciones que se contienen en los cinco apartados de la letra c) del número 21 están pensados para un acta escrita. La segunda de las conclusiones es que existe una preocupación evidente por superar las limitaciones que caracterizan las actas en otros procedimientos. Finalmente, la tercera conclusión a la que nos lleva estos preceptos, irónicamente, es a la insuficiencia del acta escrita. Todos esos resúmenes y relaciones no son sino exponentes de las limitaciones del acta como medio escrito.

El número 22, en cambio, abre las posibilidades de la documentación procesal a los medios audiovisuales. Ello supone una disposición aún más loable pese al hecho de que tanto el acta escrita como el acta audiovisual verán reducida su eficacia por el sistema de recursos establecido[13].

Los comentarios sobre el acta han de ser negativos, en cambio, en lo que afecta a lo prescrito en el párrafo primero. A estas alturas debería estar ya bastante claro que el juez no tiene atribuida ninguna competencia en materia

13. Sobre el acta del juicio oral, a fin de evitar reiteraciones, me remito a mi trabajo sobre la mísma «El acta del juicio oral del proceso penal», Barcelona, 1997.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de fe pública judicial ni en asuntos de documentación. Este precepto, como el vigente 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lo que se refiere a este aspecto y en el que se han inspirado todos los preceptos posteriores sobre la materia, deben considerarse radicalmente nulos al contradecir las competencias que en estas materias se establecen en favor del secretario judicial en la Ley Orgánica del Poder Judicial[14].

6.4. *Algunas expresiones*

Resultan llamativas también algunas normas cuya redacción nos parece un tanto extraña. Por ejemplo, en el número 9 parecen existir dos ideas que se contraponen. Puede producirse una diferencia entre las partes en lo que se refiere al procedimiento por razón de la cuantía. Lo que se ha de realizar a tenor de lo dicho en este número 9 es una exhortación del juez a las partes para que traten de ponerse de acuerdo en este asunto. Si el acuerdo no se alcanza «decidirá el Juez, que dará al proceso el curso procedimental que corresponda según la cuantía que él determine». La solución está muy bien salvo por un dato y es que la exhortación al acuerdo entre las partes se puede producir antes de practicarse prueba, o, en su caso, antes de las conclusiones. Si lo hace antes de las conclusiones ¿qué le queda al pleito? Concluir y sentenciar. Si el juez decide que la tramitación haya de ser la del juicio ordinario ¿qué valor tiene todo lo actuado?

En los números 11 y 12 encontramos dos expresiones que parecen incorrectas. En el 11 al final se dice: dictará sin más dilación. ¿Tiene que dictar la sentencia en ese momento? ¿Está hablando de una sentencia *in voce*? Si es así debería haber dicho podrá dictar sentencia, haciendo referencia a otro modo de proceder en tales casos.

En el número 12 leemos: «Formulada la oposición, el Juez resolverá estimándola». Es de suponer que lo que se quiere decir es que formulada oposición el juez resolverá teniéndola por formulada, o simplemente dirá que formulada la oposición el juez resolverá mandando proseguir la vista conforme a lo reglado en los apartados siguientes... Si estima la oposición formulada una vez planteada ya no queda nada más por hacer: sobra la prueba, las conclusiones y se dicta sentencia estimatoria conforme a los pedimentos de la oposición.

Es de suponer que la Administración demandada hará, en su caso, entrega de tantas copias como demandantes haya, a fin de que, en caso de ser varios, no se produzcan dilaciones por traslado del expediente.

14. A fin de evitar reiteraciones nos remitimos a nuestro trabajo «Consideraciones acerca del apartado 2.° del artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Justicia 92*, págs. 39 y ss.

7. Valoración final

El procedimiento abreviado constituye sin duda una novedad importante en nuestros sistema procesal administrativo. Su valor no sólo hay que contemplarlo desde una perspectiva actual, sino también desde las posibilidades que se abren para el futuro con este primer paso. Aún es pronto para hacer una valoración acertada de sus posibles logros y deficiencias. No obstante hay temas que necesitarán pronto ser reformados. En otros casos más que la necesidad la bondad de un cambio se nos antoja positiva. Los cambios en la competencia se han de inscribir en el primer supuesto. Es evidente que los criterios utilizados en la Ley del 98 no han podido ser otros que los que *a priori* parecían recoger los asuntos susceptibles de ser resueltos a través de un procedimiento abreviado. Entre ellos no convendría olvidar la posible existencia de asuntos en los que el acceso al expediente administrativo de los posibles participantes en el procedimiento con anterioridad al proceso judicial no haya sido posible. De cara al futuro habrá que hacer recuento de los asuntos que realmente puedan ser encauzados a través de los trámites del abreviado.

Entre los segundos habría que incluir todos los temas relacionados con el planteamiento de las alegaciones y la prueba. La aceptación de esos cambios vendrá posibilitada u obstaculizada por la experiencia que ofrezca el abreviado durante sus primeros años de vigencia. En cualquier, no se oculta la preferencia por un procedimiento en el que la contestación a la demanda se realice por escrito; escrito al que se ha de acompañar necesariamente el expediente administrativo en el supuesto de que no se haya remitido con anterioridad. En el ámbito de lo deseable parece que sería positivo hacer mención en el escrito de demanda y en un eventual escrito de contestación a la demanda de los medios probatorios de los que cada parte desea valerse.

En cualquier caso lo que hay que valorar muy positivamente es el nacimiento de este procedimiento en la medida en que constituye la base para futuras reformas en este sentido. Parece indudable que el avance en la inmediación y en la oralidad tiene en el procedimiento abreviado, más que en nin-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gún otro procedimiento oral, una piedra de toque fundamental a la hora de determinar hasta qué punto las características propias de lo contencioso-administrativo se adaptan a un sistema procedimental oral. En ese futuro parece estar ubicado igualmente un proceso de reforma más profundo del sistema de recursos establecidos para el procedimiento abreviado. La desaparición de la *summa gravaminis* sería igualmente una buena noticia, siempre y cuando, claro está, ello implicara la correspondiente dotación de medios para hacer frente a esos recursos.

8. Nota bibliográfica

Sin ánimo de ser exhaustivos anotamos la siguiente referencia bibliográfica: Baena Alcázar, M.: *La ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1999, págs. 377-382. Fontecilla Rodríguez, F. J.: *Procedimiento abreviado*, «Breve comentario a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Suplemento al Boletín de Información del Ministerio de Justicia núm. 1833, págs. 125-132. Ruiz Ruiseñor, F.: *El procedimiento abreviado*, en «El proceso Contencioso-Administrativo», Madrid, 1998, págs. 244-259. Sainz Moreno, F.: *El procedimiento abreviado*, en «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Valladolid, 1999, págs. 361-382. Sanz Gandasegui, F.: *El procedimiento abreviado, «*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Pamplona, 1998.

LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN LA LEY 1/2000, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Dr. David Vallespín Pérez
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

1. Introducción.— 2. El derecho extranjero como norma jurídica.— 3. La solución tradicional del derecho español. Posición de la jurisprudencia y de la doctrina.— 4. La prueba del derecho extranjero en el Borrador, Anteproyecto y Proyecto de nueva LEC (texto aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de octubre de 1998).— 5. La prueba del derecho extranjero en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

1. Introducción

El estudio del *objeto de la prueba* supone determinar qué materiales de entre los que el Juez necesita para la cognición deben ser probados, es decir, conocer qué es lo que hay que probar.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Las afirmaciones sobre los hechos controvertidos deben ser probadas[1], ya que el Juez no conoce los hechos o los ha conocido por vía extraprocesal. Por el contrario, la prueba de las afirmaciones de derecho no puede reputarse como necesaria, pues el derecho está establecido objetivamente y el Juez puede conocerlo y aplicarlo[2].

Sin embargo, esta regla general sobre lo que hay que probar está sujeta tanto a matizaciones en el plano fáctico —hechos notorios, hechos evidentes— como a complicaciones relativas a ciertas normas jurídicas —costumbre, derecho foral y *derecho extranjero*—.

2. El derecho extranjero como norma jurídica

El primer problema con el que debemos enfrentarnos al averiguar el derecho extranjero aplicable en el proceso estriba en conceder a éste, a efectos procesales, una u otra naturaleza jurídica. Su consideración como hecho, como derecho, o como *tertium genius*, no es una cuestión baladí, sino que de ella va a depender en gran medida su tratamiento procesal[3].

Frente a la consideración jurisprudencial tradicional y aún hoy vigente del derecho extranjero como «hecho que deberá ser alegado y probado por la parte que lo invoque»[4], lo cierto es que el derecho extranjero tiene a todos los efectos el verdadero carácter de norma jurídica[5]. De admitirse lo contrario las normas extranjeras quedarían en cuanto a su aplicación a la entera disposición de las partes.

3. La solución tradicional del derecho español. Posición de la jurisprudencia y de la doctrina

El RD 1836/74 de 31 de mayo supuso la introducción en el Código Civil del art. 12,6:

1. Serra Domínguez, M. *Contribución al estudio de la prueba*, en sus *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pág. 359.
2. Micheli, G.A. *Iura novit curia*, en Rivista di Diritto Processuale, 1961, pág. 575.
3. Sapienza, G. *Il principio «iura novit curia» e il problema della prova delle leggi straniere*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1961, pág. 71.
4. Cit. 7.
5. Ramos Méndez, Fco. *La prueba del derecho extranjero*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1980-3, pág. 664.

> «Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español. La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas».

Este precepto con una notable ambigüedad[6], ha dado pie al asentamiento hasta nuestros días de una jurisprudencia que ha seguido el criterio tradicional de considerar la norma extranjera como un hecho objeto de prueba[7].

Frente a esta visión jurisprudencial del problema, la doctrina procesalista al ofrecer una respuesta al interrogante de si puede o debe el Juez aplicar de oficio el derecho extranjero sostiene una interpretación diferente.

No faltan autores que abogan por entender que será suficiente con que la parte ofrezca al titular de la potestad jurisdiccional «la probabilidad del contenido y de la vigencia de la norma extranjera»[8]. Otros, llegan aún más lejos al concluir que de la regulación citada no sólo cabe deducir la facultad del Juez para investigar de oficio el contenido del derecho extranjero, sino también la «obligación» de aplicar la norma extranjera[9].

Aprovechando estas reflexiones doctrinales, pero sin llegar a caer en el exceso de imponer al Juez o Tribunal la obligatoriedad del conocimiento y aplicación de oficio del derecho extranjero, cualquier nueva regulación debería haber optado por una formulación de colaboración entre el Juez y las partes. Sin embargo, el Borrador, el Anteproyecto y el Proyecto de nueva LEC[10] no han seguido inexplicablemente esta orientación.

6. Morenilla Allard, P. *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Ed. Edijus, Madrid, 1997, pág. 123.
7. Entre otras, véanse: STS de 4 de diciembre de 1935 (Ar. 2312); STS de 5 de noviembre de 1971 (Ar. 4524); STS de 10 de diciembre de 1990 (Ar. 9762); STS de 23 de octubre de 1992 (Ar. 8280); y STS de 3 de marzo de 1997 (Ar. 1638).
8. Cortés Domínguez, V. *Derecho Procesal Civil*, con Gimeno Sendra y Moreno Catena, Colex, Madrid, 1996, pág. 208; Montero Aroca, J. *Derecho Jurisdiccional*, II, *Proceso Civil*, con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo, 70 ed, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
9. Ramos Méndez, Fco. *Enjuiciamiento Civil*, I, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 326.
10. Texto aprobado por el Consejo de Ministros el día 30 de octubre de 1998.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4. La prueba del derecho extranjero en el Borrador, el Anteproyecto y el Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (texto aprobado por el Consejo de Ministros el día 30 de octubre de 1998)

Continuando con la tendencia ya apreciable en el art. 329.2 del Borrador de la LEC y en el art. 327.2 del Anteproyecto, el art. 282.2 del Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 30 de octubre de 1998 dispone:

> «También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero».

Con esta regulación el legislador se mantiene dentro de lo que ha sido criterio tradicional y todavía vigente en la jurisprudencia de nuestros días.

Parece oportuno preguntarse si este criterio de tratar el derecho extranjero como hecho es el más adecuado para una Ley que aspira a regular el proceso civil del siglo XXI. También ha sido tradicional exigir la prueba del derecho foral y hoy nadie defendería que el derecho establecido en las Compilaciones de derecho particular de las Comunidades o territorios con derecho propio, no pueda y no deba ser conocido y aplicado directamente por el Juez.

En esta materia dos extremos parece que deben ser evitados.

De una parte, la aplicación correcta del derecho extranjero necesaria para juzgar en el caso concreto no puede quedar sometida pura y simplemente al principio *iura novit curia*. Sería excesivo imponer al Juez o Tribunal la obligatoriedad de conocer y aplicar de oficio las normas jurídicas extranjeras.

Si con frecuencia resulta difícil conocer el derecho vigente interno sobre un punto determinado[11], mucho más lo será tratándose de normas extranjeras. No debe olvidarse que aplicar correctamente el derecho extranjero supone no sólo conocer las normas, sino también saber cómo son entendidas en su aplicación por la jurisprudencia actual y por la doctrina.

Imaginémonos que un Juez extranjero tiene que aplicar el precepto que regula la resolución de los contratos en el derecho español. No le bastará con acudir al texto del Código Civil y encontrar en el art. 1124 la facultad de resolver las obligaciones recíprocas. Si quiere aplicar correctamente esa norma tendrá que entenderla en conjunción con la norma más específica del art. 1504 del mismo Código, si se trata de un requerimiento absolutorio en el contrato de compraventa de bienes inmuebles. En caso contrario, el Juez se expone a aplicar la norma fuera del tiempo en que el proceso debe ser decidido. En la misma situación se encontrará el Juez español que tenga que aplicar una norma extranjera, respecto de la cual necesitará conocer con exactitud su vigencia e interpretación.

11. Piénsese en la legislación administrativa o en la fiscal, tan cambiantes.

En el otro extremo, conviene huir de una absoluta equiparación del derecho extranjero al hecho. Como bien ha significado Ramos Méndez[12], las normas jurídicas, aunque sean extranjeras, son normas jurídicas y nunca son hechos.

El Juez tiene facilidad para conocer las normas jurídicas extranjeras al estar incorporadas a textos legales que se difunden y circulan entre la bibliografía especializada, y no existe el peligro de que el Juez pueda aplicar respecto de tal conocimiento su saber privado fuera del debido contraste procesal. Esta afirmación cobra un mayor valor en el momento presente para aquellos países que están incorporados a un área supranacional, que supone siempre un cierto espacio jurídico común. Tal es el caso de España, en relación a la Unión Europea[13].

Si el derecho extranjero se equipara al hecho, el Juez español, aunque conozca correctamente las normas jurídicas, no podría aplicarlas de oficio, con lo que se le viene a imponer al Juez el deber de dictar sentencias injustas o jurídicamente incorrectas[14].

Las dificultades de la prueba del derecho extranjero se han salvado tradicionalmente mediante el dictamen de dos jurisperitos. Dos jurisconsultos del país correspondiente informan al Tribunal sobre la vigencia y el sentido de las normas en aplicación. Pero se trata de una prueba que aunque deba seguir estando disponible, no siempre será asequible, y cuyo coste económico y dilación temporal pueden ser difícilmente soportables.

Por tanto, puede concluirse que la regulación avanzada por el art. 282.2 del Proyecto (texto de 30 de octubre de 1998), que es la que se consideraba correcta en el siglo XIX y que ha llegado hasta nuestros días, no parece que sea la adecuada para regir en el siglo XXI, cuando las comunicaciones se han revolucionado y facilitado hasta extremos increíbles[15] y mucho menos en un país como España, incorporado a un espacio jurídico supranacional.

12. Ramos Méndez, Fco. *La prueba del derecho extranjero, obr. cit.*, págs. 664-665.

13. Sobre la realidad de un «derecho común europeo», véase Fazzalari, E. *Per un processo comune europeo*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1994-3, pág. 665.

14. Gómez Orbaneja, E. *Derecho Procesal Civil*, I, con Herce Quemada, Madrid, 1976, págs. 293-294.

15. Piénsese en lo que ha supuesto «internet».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En lugar del art. 282.2 del Proyecto que coincide con el art. 327.2 del Anteproyecto, se defiende como más acertada una fórmula de *colaboración entre el Juez y las partes en orden a la prueba del derecho extranjero*[16].

Ello es así, porque si bien las partes son las más interesadas en facilitar al Juez el conocimiento exacto de las normas extranjeras a aplicar en el proceso, no es menos cierto que también debe permitirse al Juez la indagación de las normas aplicables sin someterse a las limitaciones y exigencias propias de la prueba de los hechos, es decir, sin someterse a las limitaciones del principio de aportación de parte.

5. La prueba del derecho extranjero en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil

Frente a la consagración expresa del criterio tradicional de tratar el derecho extranjero como un hecho a los efectos de su prueba, apreciable en el Borrador, el Anteproyecto y el Proyecto de nueva LEC (texto de 30 de octubre de 1998), el art. 281.2 del Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 23 de septiembre de 1999, retoma la ambigua redacción del art. 12.6 del Código Civil. Siguiendo esta misma línea el art. 281.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero, dispone:

> «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 las normas no afectasen al orden público. 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».

De este modo, parece que la nueva Ley pretende consagrar, acertadamente, una fórmula de colaboración entre el Juez y las partes en orden a la prueba del derecho extranjero.

16. En este sentido véanse las críticas y argumentos esbozados en la Comunicación sobre «*La prueba del derecho extranjero en el Proyecto de nueva LEC*» que he tenido el honor de presentar y defender en el marco del I Congreso Gallego de Derecho Procesal (A Coruña, 27 y 28 de noviembre de 1998). Dicha comunicación ha sido publicada en el volumen colectivo sobre las investigaciones jurídicas del Congreso bajo el título de *A prova do dereito extranxeiro no Proge-to de nova Ley de Axuizamento Civil*, A Coruña, Ed. Tórculo SA, 1999, págs. 573 y ss.

Ahora bien, es deseable que la correcta interpretación de esta fórmula de colaboración no termine por conducir como sucedió con la previsión del art. 12,6 CC a una nueva reiteración jurisprudencial del criterio tradicional de equiparar la prueba del derecho extranjero a la de los hechos. Antes al contrario, dicha colaboración, recomendable desde el punto de vista práctico[17], debería culminar en que en el supuesto de que el conocimiento preciso de las normas aplicables sea difícil o discutible, el Juez conceda audiencia a los Abogados de las partes, permitiendo un debate procesal ilustrativo que garantice la contradicción procesal, hoy exigible como garantía constitucional que forma parte del modelo constitucional de proceso justo[18].

17. Al respecto, véanse, entre otros: Aguilar Benítez de Lugo, M. *La prueba del derecho extranjero ante los Tribunales españoles*, en Revista General del Derecho, 1989, págs. 6247 y ss.; Gutiérrez de Cabiedes, E. *Tratamiento procesal del derecho extranjero en el Título Preliminar del Código Civil*, ADI, 1975, págs. 43 y ss.; y especialmente Ramos Méndez, F. *La prueba del derecho extranjero, obr. cit.*, págs. 659 y ss.

18. En este mismo sentido se ha expresado el Prof. Dr. Vázquez Sotelo, J. L., en la Mesa Redonda que sobre *La regulación de la prueba en el Anteproyecto de nueva LEC*, ha tenido lugar en el marco del II Curso de Prueba Judicial (mayo de 1998), organizado por el Área de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL POR DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz

SUMARIO:

I. Apunte introductorio. — II. Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: 1. El bien jurídico tutelado *medio ambiente*; 2. Delitos de peligro. — III. La víctima de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: protección procesal: 1.Vías de protección procesal penal de la víctima *difusa* en el proceso penal medioambiental: A) El Ministerio fiscal; B) La acusación popular; C) La acusación particular; D) Idoneidad de las acusaciones popular y particular en la protección de la víctima de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. 2. La acción civil derivada de estos delitos.

I. APUNTE INTRODUCTORIO

En los últimos años el medio ambiente se ha convertido en uno de los bienes sociales al que la doctrina española, desde diferentes campos del orde-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

namiento jurídico (administrativo, penal, civil, procesal —en menor medida—), ha prestado una relevante atención. Esta preocupación doctrinal es fiel reflejo de la preocupación social de proteger este valor, pues existe cada día mayor grado de concienciación frente a su progresivo deterioro y frente a los indiscriminados ataques de que es objeto.

Además, la Constitución Española de 1978 garantiza el derecho que todos tienen a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo (artículo 45.1). Para ello, «los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva», de modo que, «para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado» (artículo 45.2 y 3).

Luego se hace necesario proteger jurídicamente el medio ambiente[1]. En un primer nivel, se ha desarrollado una vasta normativa administrativa[2] sobre el mismo en la que se prevé, en su caso, sanciones administrativas a aquellas conductas que contravengan alguna o algunas de sus normas de prohibición a través del correspondiente procedimiento sancionador[3]. Se establece, asimismo, un nivel superior de protección a través de la sanción penal[4]. Así, el Derecho penal va a castigar aquellas conductas o actividades de mayor gravedad dirigidas contra el bien jurídico medio ambiente y que son tipificadas en el vigente Código Penal. No en vano esta ciencia jurídica responde al principio de intervención mínima[5].

1. *Vid.* Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», en *Delito ecológico* (coord. Juan TERRADILLOS BASOCO), Madrid, 1992, pág. 48.

2. *Vid.* José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995», en *Actualidad Penal*, 1998, núm. 14 (del 6 al 12 de abril), pág. 287; Juan TERRADILLOS BASOCO, «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», en *Derecho penal del medio ambiente* (Juan TERRADILLOS BASOCO editor), Madrid, 1997, págs. 41 y 42; Javier BOIX REIG y Ángeles JAREÑO LEAL, «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Tomás S. VIVES ANTÓN), Valencia, 1996, vol. II, pág. 1593.

3. *Vid.* la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (L.R.J.-P.A.C.), y el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora (R.P.S.).

4. Téngase en cuenta el principio *non bis in idem*; al respecto, *vid.* los artículos 133 L.R.J.-P.A.C. y 7 R.P.S. *Vid.* Juan TERRADILLOS BASOCO, «El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa», en *El delito ecológico* (coord. Juan TERRADILLOS BASOCO), Madrid, 1992, pág. 87.

Junto a la protección penal, se sitúa indefectiblemente la procesal en la medida en que los órganos jurisdiccionales son los únicos que pueden aplicar el Derecho penal, esto es, sólo ellos pueden actuar el *ius puniendi* del Estado[6], sin que, en ningún caso, los particulares puedan imponer una pena[7] ni, mucho menos, ésta pueda dejarse a su discrecionalidad, lo que no obsta para que se les reconozca el derecho de reclamar la actuación de los Tribunales. Los titulares de la potestad jurisdiccional deben intervenir, además, por medio del proceso que está sujeto a todo un sistema de garantías constitucionales.

Dada la complejidad de la protección procesal de la víctima de los delitos medioambientales, puesto que hablamos de la protección de bienes jurídicos difusos, previamente, analizaremos de forma somera la regulación penal para, posteriormente, estudiar la respuesta que, en su caso, dispensa el ordenamiento procesal o, cuando menos, encontrar una posible respuesta en su parca regulación.

II. Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

El tradicionalmente denominado *delito ecológico* (al que se refería el artículo 347 bis del derogado Código Penal de 1973), que responde a esta exigencia constitucional de protección medioambiental (artículo 45 C.E.)[8], se regula en la actualidad, sustancialmente mejorado y ampliado, en el Capítulo III, *De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, del Título XVI del Libro Segundo del Código Penal de 1995[9] (artículos 325 a

5. En este sentido, *vid.* Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», *op. cit.*, pág. 48, quien señala que «[...] los ataques más graves, tanto por el resultado como por el desvalor de la acción, deberán ser objeto de respuesta penal».

6. *Vid., v.gr.*, el artículo tercero del Código Penal.

7. Juan MONTERO AROCA afirma que los órganos jurisdiccionales tienen el monopolio en la aplicación «del Derecho penal, de modo que no existe aplicación de este Derecho fuera del proceso» (*Derecho jurisdiccional*, Valencia, 7.ª ed., 1998, t. III, págs. 11 y 12). *Vid.* Fernando GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *El proceso penal*, Oviedo, 5.ª ed., 1997, pág. 17.

8. *Vid.* Javier BOIX REIG y Ángeles JAREÑO LEAL, «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», *op. cit.*, pág. 1592.

9. *Vid.* Alfonso SERRANO GÓMEZ , *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1997, t. II (2), págs. 655 y 656.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

331)[10]. Aludiremos únicamente a las actividades delictivas tipificadas en este Capítulo III, puesto que, aunque en otros pasajes de la norma penal vigente parecen castigarse otras actividades (u omisiones) que vulneran el bien jurídico medio ambiente como se ha puesto de relieve por una parte de la doctrina penal[11], somos conscientes de que corresponde a ésta su determinación, por lo que eludimos abordar esta cuestión.

Se ha señalado que las actividades delictivas comprendidas en los artículos 325 a 331 C.P. no son otras que la «contaminación ambiental, establecimiento de depósitos, vertederos y delito de daño grave de espacios naturales», a las que se ha de añadir la «figura de prevaricación específica en materia ambiental de funcionarios o autoridades y la sanción de la imprudencia grave»[12].

1. *El bien jurídico tutelado* medio ambiente

En efecto, en cumplimiento de la previsión del artículo 45 C.E., la ley penal convierte al medio ambiente[13] en un bien jurídico protegido, sin entrar en cuestiones doctrinales penales como se ha indicado *supra*, en el mencionado Capítulo III, del que se predican las notas características de la «utilización racional de todos los recursos naturales, protección y mejora de la calidad de vida, defensa y restauración del medio ambiente y promoción de la solidaridad colectiva en la materia»[14]. Desde este punto de vista jurídico-penal, goza de autonomía en el Código de 1995 con respecto a bienes personales o individuales[15], pues «la afectación a la salud de las personas sólo juega como agravante»[16] en el artículo 325 C.P.

Asimismo, este bien jurídico[17] forma parte de los tutelados de carácter colectivo cuya titularidad se asigna a la comunidad o a la sociedad, como «ente distinto de aquellos individuos que la integran»[18]. Se suele utilizar la expresión *intereses difusos*[19] para referirse a estos bienes colectivos, también considerados *macrosociales*[20], entre los que se incluye el medio ambiente. En este sentido, se afirma que «como bien jurídico, esto es, como objeto de protección del Derecho penal, el medio ambiente aparece como un bien jurídico de todos, o, en otras palabras, como un bien jurídico colectivo o macrosocial. Es decir, como uno de aquellos que están referidos al funcionamiento del sistema, a semejanza de la salud pública, la seguridad colectiva o la fe pública»[21].

El hecho de que nos centremos únicamente en la víctima de las conductas tipificadas en este Capítulo III contra un bien jurídico colectivo, como es el medio ambiente, no significa que estas mismas actividades no puedan

10. El Capítulo V del Título XVI del Libro Segundo establece unas disposiciones comunes a dicho título.

11. En este sentido, *vid., v.gr.*, Juan TERRADILLOS BASOCO, «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», *op. cit.*, pág. 35; José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995», *op. cit.*, pág. 291.

12. José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995», *op. cit.*, pág. 292.

13. Se destaca mayoritariamente que las expresiones *recursos naturales* y *medio ambiente* son equivalentes, y las expresiones *medio* y *ambiente* resultan redundantes. En el artículo 325 C.P. se habla de equilibrio de los recursos naturales. Acerca de los elementos que componen los recursos naturales, *vid.* José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995», *op. cit.*, pág. 292.

14. Javier BOIX REIG y Ángeles JAREÑO LEAL, «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», *op. cit.*, pág. 1592.

15. Definiciones de *medio ambiente*, *vid., v.gr.*, PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1984, *cit.* por Javier BOIX REIG y Ángeles JAREÑO LEAL, «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», *op. cit.*, pág. 1593; Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 11.ª ed., 1996, pág. 502; Vicente GIMENO SENDRA y José GARBERÍ LLOBREGAT, «La protección procesal del medio ambiente», en *Poder Judicial*, 2.ª época, 1995, núm. 37, págs. 37 y 38; Juan TERRADILLOS BASOCO, «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», *op. cit.*, págs. 42 y 43.

16. Juan TERRADILLOS BASOCO, «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», *op. cit.*, págs. 42 y 43. *Vid.* Javier BOIX REIG y Ángeles JAREÑO LEAL, «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», *op. cit.*, pág. 1593.

17. Una definición de bien jurídico protegido y de bienes individuales y colectivos, *vid.* Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 4.ª ed.,1996, págs. 293 y 294.

18. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», *op. cit.*, pág. 44.

19. *Vid.* Juan TERRADILLOS BASOCO, «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», *op. cit.*, págs. 42 y 43; Javier BOIX REIG y Ángeles JAREÑO LEAL, «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», *op. cit.*, pág. 1593.

20. *Vid.* Paz M. DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1995, pág. 159.

21. No obstante, «la protección de estos bienes jurídicos macrosociales sólo tiene sentido si se vinculan a las necesidades existenciales de los sujetos, como son la vida, la salud individual, la seguridad individual. [...] Sería inútil su protección si al mismo tiempo no se prohibiesen las actividades que signifiquen un riesgo para los bienes jurídicos vinculados a necesidades existenciales» (Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, «Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal», en *El delito ecológico* (coord. Juan TERRADILLOS BASOCO), Madrid, 1992, págs. 53 y 54).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

alcanzar a otros bienes protegidos por la norma penal, como la vida, la salud individual o la propiedad, lesionándolos.

2. *Delitos de peligro*

En atención a un sector mayoritario de la doctrina penal, las conductas delictivas contempladas en los artículos 325 y siguientes del Código Penal de 1995 se integran en los delitos de peligro, a excepción del tipo delictual regulado en el artículo 330 C.P. que se engloba en los denominados delitos de lesión.

Ello significa que si los delitos cometidos contra el medio ambiente y los recursos naturales no implican la lesión o el daño del bien jurídico protegido, sino que se adelanta la intervención penal sancionando la puesta en peligro de dicho bien. No en vano el tipo básico del artículo 325 C.P. requiere un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio de los sistemas naturales o un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas (en este caso, se agrava la pena).

No obstante, la doctrina penal discrepa a la hora de clasificar los delitos de peligro en delitos de peligro concreto, abstracto o hipotético. Lo relevante para el estudio propuesto es que no se requiere la lesión o daño del bien jurídico protegido, puesto que, en otro caso, entrará en juego el concurso de delitos (*vid.* el artículo 77 C.P.). Al respecto, TERRADILLOS BASOCO dispone que «la concurrencia de riesgo para los bienes jurídicos ambientales con lesión típica de bienes determinados de titularidad individual deja expedita la vía a las normas que regulan el concurso de delitos»[22].

La diferencia entre considerarlos como delitos de peligro concreto o abstracto o hipotético no es determinante a efectos de entender que, por ejemplo, el artículo 325 C.P. castiga el daño que sufran los sistemas naturales o la salud de las personas, sino la *puesta en peligro*, con independencia de que algunos autores exijan el efectivo riesgo y otros que la conducta delictiva sea idónea para lesionar el bien jurídico protegido.

Los delitos tipificados en este Capítulo III del Código Penal se configuran como *delitos de peligro*, puesto que esta técnica de los delitos de peligro «parece ser la única vía para la protección de los bienes jurídicos colectivos y difusos»[23].

22. «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», *op. cit.*, pág. 50.

23. Rocío CANTARERO BANDRÉS, «Análisis del actual tipo penal y sus antecedentes», en *Delito ecológico* (coord. Juan TERRADILLOS BASOCO), Madrid, 1992, pág. 77. No obstante, el

El artículo 325 C.P., por su parte, contiene el tipo básico de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente que es configurado como delito de peligro. En este precepto, se exige que el riesgo debe ser un *perjuicio grave* para el equilibrio de los sistemas naturales o consistir en un *riesgo de grave perjuicio* para la salud de las personas, agravándose en este caso la pena del tipo básico, aunque algún autor opina que se trata de una segunda modalidad básica del artículo 325 C.P.[24]. El juzgador es el que valora la gravedad del peligro proyectado sobre el bien jurídico tutelado, porque, si no fuera grave, la infracción tendría carácter administrativo[25] o, incluso, podría quedar expedita la vía jurisdiccional civil.

La redacción del artículo 325 C.P. ha dado lugar a la reflexión doctrinal en torno a la naturaleza de estos delitos de peligro, esto es, si son de peligro concreto, de peligro abstracto o de peligro hipotético[26]. TERRADILLOS BASOCO habla de delitos de peligro abstracto entendidos como «aquellos que comportan idoneidad lesiva objetiva para el bien jurídico tutelado, y que un importante sector doctrinal prefiere denominar de "peligro hipotético"». Tales conductas serán típicas en la medida en que sean «idóneas para lesionar los bienes cuya tutela se pretende»[27]. No obstante, algún autor considera que «el nuevo texto legal formula de forma gramaticalmente defectuosa» la estructura de delito de peligro concreto, puesto que «la producción del peligro lo es como consecuencia de la conducta concreta realizada o provocada»; depende del actuar del sujeto activo «y su producción deberá estar causalmente relacionada con la conducta y comprendida por la voluntad y conocimiento del agente»[28].

El artículo 326 C.P. se limita a recoger «una serie de circunstancias cuya

delito contra los espacios naturales protegidos del artículo 330 C.P. se establece como «un delito de lesión, en la medida en que exige el daño efectivo de alguno de los elementos que hayan servido para calificar un espacio natural protegido» (Juan TERRADILLOS BASOCO, «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», *op. cit.*, pág. 54).

24. *V.gr.*, José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995», *op. cit.*, pág. 293.

25. *Vid., v.gr.*, Carlos ALMELA VICH, «El medio ambiente y su protección penal», en *Actualidad penal*, 1998, núm. 2 (del 12 al 18 de enero), pág. 31.

26. Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial, op. cit.*, pág. 660.

27. «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», *op. cit.*, pág. 48.

28. «Además, el peligro que tiene lugar como resultado del delito es concreto» (Javier BOIX REIG y Ángeles JAREÑO LEAL, «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», *op. cit.*, pág. 1598). *Vid.* Paz M. DE LA CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, op. cit.*, págs. 93 y siguientes.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

concurrencia determina la imposición de la pena superior en grado» a «las previstas para la puesta en peligro tanto de los sistemas naturales como de la salud de las personas»[29] de que habla el artículo 325 del Código Penal.

III. La víctima de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: protección procesal

Al hablar de la víctima de estos delitos, se hace imprescindible realizar una previa alusión al concepto de víctima, al de víctimas colectivas y a la atención dispensada doctrinalmente. Hasta hace poco tiempo, nuestra disciplina ha sido prácticamente ajena al empleo del término víctima, cuyo uso se ha potenciado desde la doctrina penalista, pues se ha dicho que comporta «unas connotaciones menos frías, expresivas de una cierta aspiración a la necesidad de ofrecer alguna protección»[30], del que se empieza hacer eco nuestro legislador y la doctrina procesalista. Este término resulta casi extraño a la Ley de Enjuiciamiento Criminal[31] al haber optado el legislador por los de *ofendido* o *agraviado* como regla general, aunque lo hace con gran imprecisión técnica como lo demuestra el que no los utiliza siempre con el mismo significado que, en ocasiones, es confundido con el perjudicado. En realidad, el hecho de que el legislador o la doctrina se decanten por una u otras expresiones (víctima u ofendido o agraviado) no deja de ser una cuestión meramente formal.

La cuestión realmente relevante es de fondo y es que, desde hace algún tiempo, se viene produciendo una reacción ante la despreocupación por la víctima, frente a la mayor atención dispensada al imputado o al delincuente por el legislador y por la dogmática[32].

29. Juan Terradillos Basoco, «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», *op. cit.*, pág. 50.

30. Josep M. Tamarit Sumalla, *La víctima en el Derecho penal*, Pamplona, 1998, págs. 149 y 150. Este autor señala que, frente a la utilización residual del término víctima en el Código Penal de 1973, en el que se prefiere los de ofendido o agraviado o persona agraviada, el vigente Código «muestra en el aspecto terminológico la creciente sensibilidad hacia la víctima» (*ibidem*).

31. Este cuerpo legal también hace uso de la expresión *interesados* que puede coincidir con la de ofendido o también con la de perjudicado cuanto éste no sea, a su vez, el sujeto pasivo del delito, o, incluso, puede aludir a cualquier ciudadano en ejercicio de la acción popular: *vid., v.gr.*, el artículo 109.3 LECrim., al que se le ha añadido un párrafo nuevo en el que se utiliza el término víctima (reforma operada por la L.O. 14/1999, de 9 de junio —con rango de ordinaria a este respecto—).

32. Lorenzo Mateo Bujosa Vadell, «Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio fiscal y de la acusación popular», en *Justicia*, 1990, núm. I, pág. 108; Gerardo Landrove Díaz, *La moderna Victimología*, Valencia, 1998, págs. 21 y 22; Francisco Ramos Méndez, «La tutela de la víctima en el proceso penal», en *Justicia*, 1995, núms. III-IV, págs. 29 y ss., entre otros. Este último autor pone de relieve, en otras cuestiones, que la norma procesal penal no proteja a la víctima con mayor rigor desde el punto de vista de su resarcimiento económico cuando proceda, debido a que posibilita la renuncia de la acción civil *ex delicto* en reiteradas ocasiones.

La víctima o el ofendido o agraviado[33] no es otro que el sujeto pasivo de la actividad delictiva, esto es, el titular del bien jurídico protegido que ha sido dañado o puesto en peligro. Precisamente, esta titularidad determina la condición de sujeto pasivo del delito o, lo que es igual, de víctima del mismo[34]. En buena técnica jurídica, deben distinguirse los conceptos de ofendido o agraviado (víctima) y de perjudicado, puesto que este último es «sólo el que sufre alguna consecuencia dañosa del hecho delictivo»[35], lo que significa que el perjudicado puede ser, al mismo tiempo, ofendido por el delito, pero no necesariamente, ya que el término perjudicado puede abarcar también a los familiares del ofendido y a terceras personas (*v.gr.*, los artículos 113 C.P. y 281 LECrim.).

En el supuesto concreto de los delitos contra los recursos naturales y el

33. Desde el punto de vista procesal, se puede afirmar que los términos ofendido o agraviado son sinónimos del de víctima; con aquéllos, se alude al sujeto pasivo del delito. El ofendido «es la persona que soporta la lesión de un determinado bien de la vida social tutelado por la norma penal» (Vicente Gimeno Sendra, *La querella*, Barcelona, 1977, pág. 137). No obstante, algún autor hace uso de un concepto más amplio de víctima al incluir no sólo al ofendido, sino también al perjudicado, ya que presta atención, además, a la perspectiva económica del delito, así indica que se refiere «a ese concepto intuitivo y amplio de perjudicados por un hecho delictivo, que espera legítimamente una respuesta reparadora por parte del proceso penal» (Francisco Ramos Méndez, «La tutela de la víctima en el proceso penal», *op. cit.*, págs. 27 y 28). Debe tenerse en cuenta que no todos los delitos perpetrados generan responsabilidad económica, como puede ocurrir, por ejemplo, con los delitos de peligro, entre ellos, los delitos medioambientales objeto de estudio.

34. Para Juan Montero Aroca, «ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal bajo la cual la acción y omisión objeto del proceso se subsume; en otras palabras, es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito» (*Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, pág. 67). *Vid., v.gr.*, Josep M. Tamarit Sumalla, *La víctima en el Derecho penal, op. cit.*, pág. 149; Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, pág. 331. Por su parte, Elías Neumann define a la víctima como «el ser humano que padece daño en los bienes jurídicos protegidos [...]» (*Victimología*, Buenos Aires, 1984, pág. 25).

35. Juan Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, pág. 68. Aunque Juan Tamarit Sumalla utiliza un concepto más amplio que de sujeto pasivo para definir al perjudicado, reconoce que, desde el punto de vista de la victimología, «el concepto de perjudicado es entonces el que más se aproxima al concepto de víctima» (*La víctima en el Derecho penal, op. cit.*, págs. 150 y 151).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

medio ambiente, la víctima o el sujeto pasivo de los mismos es la sociedad, la colectividad, pues es la titular del bien jurídico protegido, es decir, del medio ambiente. Se trata de un bien jurídico de titularidad colectiva, por lo que trascienden en general «a una persona individual y se extiende(n) al propio cuerpo social o a una parte del mismo»[36], por ejemplo, en estos delitos.

En relación con estos bienes de carácter colectivo, se habla de los denominados *intereses difusos*, también de *intereses supraindividuales* e, incluso, de *intereses o bienes macrosociales*. Aun cuando se encuentren próximos a los intereses públicos o a los intereses generales, no parecen identificables[37].

El principal problema que plantea la víctima de los delitos medioambientales se refiere a su protección procesal penal, al igual que ocurre con los bienes protegidos de carácter colectivo, precisamente porque se trata de proteger intereses difusos y el sistema procesal está pensando en los individuales. De hecho, los intereses difusos[38] o intereses colectivos en sentido estricto

36. Francisco RAMOS MÉNDEZ, «La tutela de la víctima en el proceso penal», *op. cit.*, pág. 28.

37. *V.gr.*, Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL estima que «las actuales actividades socioeconómicas afectan a los intereses de una colectividad sin que, en muchas ocasiones, esos efectos negativos repercutan de modo directo e inmediato en la esfera de los individuos, originando con frecuencia consecuencias antijurídicas de carácter pluriofensivo. Surgen, por consiguiente, situaciones subjetivas de ventaja que en la práctica son difíciles de distinguir de conceptos más elaborados de nuestra doctrina jurídica, como son el de «interés individual» o «interés general». «[...] el derecho a la conservación del medio ambiente se acercaría más a lo que entendemos como interés general» (*La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995, págs. 56, 57 y 65). Julio PÉREZ GIL señala que los intereses «calificados de colectivos, difusos, metaindividuales, de grupo, o amparados bajo cualquier otra de las denominaciones posibles, ocupan una posición ambigua dentro del sistema de protección de los derechos» (*La acusación popular*, colec. *Estudios de Derecho procesal*, Granada, 1998, pág. 621). *Vid.* José ALMAGRO NOSETE, «La protección procesal de los intereses difusos en España», en *Justicia*, 1983, núm. I, pág. 69; Manuel LOZANO-HIGUERO PINTO, *La protección de los intereses difusos*, Madrid, 1983, pág. 249. Para Josep M. TAMARIT SUMALLA, «[...] nos adentra en el terreno de los denominados en ocasiones delitos sin víctima. Sujeto pasivo puede serlo la sociedad o el Estado, cuando nos encontramos ante bienes jurídicos colectivos o supraindividuales» (*La víctima en el Derecho penal, op. cit.*, pág. 152).

38. Al respecto *vid.* Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, «Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio fiscal y de la acusación popular», en *Justicia*, 1990, núm. I, pág. 108. Para Vicente GIMENO SENDRA y José GARBERÍ LLOBREGAT, los intereses difusos son «los que pueden surgir como consecuencia de daños y riesgos inminentes a una importante pluralidad de individuos pertenecientes a determinados colectivos de la comunidad social, que, dotados de personalidad jurídica o sin ella, pueden reaccionar procesalmente mediante el ejercicio de las, en el derecho comparado, denominadas «acciones de grupo» [...]» («La protección procesal del medio ambiente», *op. cit.*, pág. 149). Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL indica que el origen de estos intereses está en la Constitución de 1978, puesto

«serían referibles no al sujeto como individuo sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, dando lugar a una pluralidad de situaciones análogas». Así, «en la práctica, la doctrina utiliza la expresión intereses difusos para referirse a intereses tales como los relativos a un medio ambiente no contaminado [...], es decir, como referidos a bienes no susceptibles de apropiación exclusiva —es decir, no a bienes objeto de una mera relación propietario-cosa, donde existe esa exclusividad—, y en este sentido, entendidos como indivisibles». Se genera «una especie de ósmosis por la cual la lesión del interés colectivo es simultáneamente sufrida por todos y por ninguno»[39].

Así, podemos comprobar que, con respecto a estos intereses difusos medioambientales, «en nuestra legislación procesal no se contemplan supuestos de legitimación amplia, grupal, que atribuyan a una persona física o jurídica representación para actuar en nombre e interés de todos los afectados, aunque éstos no litiguen», y en la Constitución «no existe óbice para que en el futuro puedan construirse legalmente legitimaciones de esta naturaleza»[40].

Resulta curioso observar la situación creada en nuestro ordenamiento jurídico: por una parte, el Derecho material acoge la protección de intereses no individuales como son los intereses difusos, esto es, tutela bienes jurídicos

que «al proclamar los principios rectores de la política social y económica reconoce algunos que pueden tener trascendencia como intereses de grupo: [...] el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45 C.E.)» (*La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, págs. 56 y 57). Por su parte, José ALMAGRO NOSETE encuentra el fundamento constitucional de la protección de los intereses difusos en la expresión *libertad e igualdad de los grupos* del artículo 9.2 C.E., a lo que añade que «la Constitución reconoce los derechos que originan, en cuanto jurídicos, los intereses difusos. [...] el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (artículo 45); [...]» («La protección procesal de los intereses difusos en España», *op. cit.*, págs. 78 y 79).

39. Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, págs. 71, 81, 82, 83, 99 y 100. Este autor considera como intereses de grupo en sentido amplio los intereses difusos y los intereses colectivos. Un carácter distintivo de los intereses de grupo alude a «la existencia de cierta *indeterminación*, que implica dificultades para circunscribir la difusión de estos intereses, pues tienden a repetirse y a extenderse a todos los componentes de la colectividad. Se trataría por tanto de una indeterminación subjetiva que, sin embargo, suele ir acompañada por el dato de la solidaridad: es normal que haya una cierta interdependencia, un sentido comunitario entre los miembros. Si bien [...] no es necesaria una conciencia de grupo por parte de todos ellos para que exista un interés de grupo, pues puede haber desconocimiento por parte de algunos de éstos no sólo de la existencia de una dimensión colectiva del interés, sino incluso de la existencia del interés mismo. Pero es evidente que la existencia de esta conciencia colectiva facilita la organización de estos intereses y por tanto, ordinariamente, su protección jurisdiccional» (*ibídem*).

40. José ALMAGRO NOSETE, «La protección procesal de los intereses difusos en España», *op. cit.*, págs. 79, 80 y 81.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cuya titularidad no pertenece a un individuo, sino a un colectivo en lógica concordancia con la naturaleza del bien protegido, en este caso, el medio ambiente. Por otra parte, el sistema procesal penal se centra, básicamente, en la protección del individuo[41], generándose diversas cuestiones relativas a la capacidad, representación y legitimación de estas víctimas difusas para ejercitar no sólo la acción penal, sino también la acción civil *ex delicto*. Por ello, las doctrinas científica y jurisprudencial se han encargado de interpretar la normativa legal a fin de alcanzar algunas soluciones aplicables al acceso a la tutela jurisdiccional efectiva que, en lo que aquí respecta, afecta directamente a la víctima de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.

1. Vías de protección procesal penal de la víctima *difusa* en el proceso penal medioambiental

La realización de cualesquiera conductas, presuntamente delictivas, de las tipificadas en el citado Capítulo III del Código Penal tiene siempre un sujeto pasivo: el titular del bien jurídico puesto en peligro, en este caso, la sociedad como ente. Ésta, al igual que cualquier víctima titular de un bien jurídico individual por ejemplo, busca la reacción del Estado por medio de sus órganos jurisdiccionales para que restablezca el equilibrio perturbado del ordenamiento jurídico, sancionando al responsable penal.

Sin embargo, esta afirmación debe matizarse, puesto que todo hecho delictivo es susceptible de generar o puede generar dos clases de responsabilidad: penal y civil. En uno y otro caso, el acceso a la protección jurisdiccional varía aun cuando la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevea, como regla general, la acumulación de la acción civil *ex delicto* al proceso penal incoado[42] (artículos 111 y siguientes) por razones de economía procesal[43]. Los

41. Frente a proclamaciones, como la del artículo 9.2 C.E., de carácter constitucional y progresistas, «y otros reconocimientos legislativos que desarrollan aquéllas, se encuentran con una regulación, sobre todo hasta hace poco, en las normas procesales, dirigida todavía a un esquema del Estado liberal en el que existían relaciones entre la posición individual y la pública, pero sin mayores intermediarios sociales» (Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, pág. 58).

42. En estos casos, se tramitará *a priori* por el cauce del procedimiento abreviado, puesto que la pena más grave prevista para estos delitos en los artículos 325 y siguientes del Código, considerada en abstracto, no supera la pena de privación de libertad de nueve años, límite que sirve de tope para tramitar una causa por este tipo procedimental (artículos 14 y 779 LECrim.).

43. *Vid.* Eduardo FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal*, Madrid, 1991, págs. 17 y 18.

principios que rigen en una y otra clase de procesos son diferentes, y no se ven alterados por el hecho de que se acumulen. En el proceso penal, rigen el acusatorio mixto y el de investigación oficial, mientras que, en el proceso civil, el dispositivo y el de aportación de partes. Al respecto, BUJOSA VADELL advierte que la renovación dirigida a la sanción penal de violaciones de intereses supraindividuales «que se observa en el Derecho material, forzosamente se ha de reflejar en el proceso, pues el carácter colectivo o difuso, en definitiva supraindividual, de los intereses penalmente tutelados obligará a necesarios ajustes en relación con los sujetos que actúan como partes en el proceso mediante el cual se dirime el conflicto»[44].

La determinación de la responsabilidad penal de los delitos medioambientales ha de realizarse necesariamente por los órganos jurisdiccionales a través del proceso penal en cuanto que aquéllos deben aplicar el *ius puniendi* del Estado. Se excluye, pues, el ejercicio de la autonomía de la voluntad, descartándose así la posibilidad de su resolución extraprocesal. «En la aplicación del Derecho penal el interés público es el preponderante y ello tiene que suponer que», cuando existe «un hecho aparentemente delictivo ha de suponer la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, pues es la legalidad la que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal»[45], no dejándose a la libre disposición de los particulares. Así, la renuncia a la acción penal por la víctima (en los delitos públicos y semipúblicos —previa denuncia del ofendido—) no conlleva su extinción (artículo 106 LECrim.), ya que deberá mantenerla, en todo caso, el acusador público si, en virtud del principio de legalidad, procede.

En efecto, con la superación de «toda idea de odio o venganza»[46] privada contra el delincuente, el Estado asume íntegramente este Derecho de penar, que es aplicado por Jueces y Tribunales. Desde el punto de vista penal,

44. «Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio fiscal y de la acción popular», *op. cit.*, pág. 107.

45. Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, pág. 17.

46. «El *ius puniendi* estatal supone —sobre todo— el enjuiciamiento de los delitos desde el punto de vista de la colectividad, superándose toda idea de odio o venganza contra el delincuente. Como es sabido, con anterioridad el castigo de los actos criminales se llevaba a cabo mediante la venganza privada. En la administración de la justicia penal, la víctima o sus allegados desempeñaban un papel protagonista y socialmente tolerado» (Gerardo LANDROVE DÍAZ, *La moderna Victimología, op. cit.*, págs. 21 y 22). Según este autor, «se han ofrecido muy sugestivas explicaciones de la tradicional marginación de la víctima, tanto en el ámbito legislativo como en el de la literatura científica: el colectivo social demuestra siempre más interés por el criminal que por sus víctimas, en función del temor que inspira, despierta sentimientos morbosos de curiosidad» (*op. cit.*, pág. 24).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se explica este distanciamiento de las víctimas del protagonismo en la aplicación del Derecho penal en la formulación del concepto de bien jurídico[47].

Se prima el interés de la sociedad que se satisface con el restablecimiento de la paz social alterada por el hecho presuntamente delictivo perpetrado, con cuya satisfacción también se logra la del interés de la víctima. Ésta no tiene el derecho de castigar, pero sí el de instar la actividad jurisdiccional[48], que también puede reclamar cualquier ciudadano mediante la acción popular (artículo 125 C.E.).

Mas ello no nos debe inducir a error, esto es, por el hecho de que la sociedad sea portadora de un interés que se traduce en la necesidad de que se cumpla la legalidad vigente, no debe confundirse con la existencia de intereses difusos, con la existencia de bienes jurídicos colectivos protegidos, como el medio ambiente. Una cosa es que el Estado haya asumido el *ius puniendi* para castigar estas conductas que originan un sentimiento global de repulsa en la sociedad, y otra cosa es que, además, este ente colectivo se convierta en el sujeto pasivo del delito perpetrado, encontrándonos así con dos situaciones yuxtapuestas: por un lado, la de víctima y, por otro, la de portadora de ese interés de que el Estado asuma la sanción de las infracciones penales a través de los órganos jurisdiccionales, es decir, que se cumpla con la legalidad vigente. Cuando se produzca presuntamente alguno de los hechos que el Estado ha tipificado como delito, ha de ponerse en funcionamiento la maquinaria judicial.

No obstante, se afirma que «el título que faculta para instar la protección del medio ambiente es el del "derecho subjetivo al disfrute", el cual ostenta un carácter difuso por corresponder su titularidad a todas las personas, sin distinción y sin que entre ellas haya de existir necesariamente algún vínculo jurídico, lo que autoriza a pensar que son éstas quienes, organizadas en grupos o formando parte de los denominados "cuerpos intermedios" [...], al defender sus propios intereses, al propio tiempo asumen la tutela del medio ambiente, reaccionando incluso, ante su perturbación, con mucha mayor eficacia que una persona individual»[49].

47. «Al menos en cierta medida, se *despersonalizó* la agresión criminal para convertirse en un atentado contra valores de contenido abstracto, cuya protección corresponde al Estado» (Gerardo LANDROVE DÍAZ, *La moderna Victimología, op. cit.*, págs. 24 y 25).

48. En ese sentido, *vid.* Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, pág. 18. «El Ministerio fiscal y los acusadores particular y privado, en cuanto que no son titulares del [...] *ius puniendi*», son «titulares del derecho a la justicia, que deben conceder los órganos jurisdiccionales» (Leonardo PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ y Eduardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho procesal penal, op. cit.*, pág. 101).

49. Vicente GIMENO SENDRA y José GARBERÍ LLOBREGAT, «La protección procesal del medio ambiente», *op. cit.*, pág. 149. *Vid.*, Jesús JORDANO FRAGA, *cit.* por Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, 1996, pág. 190.

En el sistema procesal penal español, las vías de protección de la víctima de estos delitos, como públicos que son, se articulan en acusación pública, en acusación popular y en acusación particular. La víctima, no obstante, no accede a la tutela jurisdiccional por cualquiera de estas vías, aunque penalmente quede protegida por las tres. No obstante, estos intereses difusos plantean problemas de tutela, ya que «a veces se refiere a la ausencia de mecanismos procesales que sean útiles para que esa protección sea efectiva»[50].

El Ministerio fiscal tiene el deber[51] de constituirse en acusador público en ejercicio de una función pública (artículo 124 C.E.), en cumplimiento del principio de la legalidad y en defensa del interés social.

Los particulares, por su parte, tienen reconocido el derecho de acusar como se deduce de los artículos 24.1 y 125 C.E. y, por consiguiente, pueden ejercitarlo e intervenir en la posición de acusador, bien a través de la acción popular o de la denominada doctrinalmente acusación particular. Ahora bien, las diferencias entre la acción popular y la acción particular son evidentes y es necesario relacionarlas a efectos de delimitar estas dos vías de protección de la víctima. El perjudicado, igualmente, podrá ejercitar la acción civil cuando nazca de la comisión de alguno de estos delitos (artículos 109 y siguientes del Código Penal).

Por nuestra parte, hemos de apuntar que ni la acusación popular ni la acusación particular, tal y como está configurada, son satisfactorias a la hora de proteger estos intereses. No debemos olvidar que los intereses difusos, entre los que se hallan los medioambientales objeto de estudio, se encuentran cercanos a los intereses generales, pero no se confunden con ellos. Además, la puesta en peligro del bien jurídico medio ambiente afecta tanto a un ciudadano español como a un ciudadano extranjero que resida en territorio nacional o que, ocasionalmente, puede encontrarse en la zona afectada. La tendencia de la doctrina mayoritaria es acudir a la figura de la acusación popular como vía adecuada para la protección de los intereses generales entre los que sitúa a los difusos y colectivos. Sin embargo, como veremos, es la opción adoptada para paliar la falta de acomodación de la normativa procesal penal, que todavía responde a los principios del liberalismo y, por tanto, parten de una protección individualista, al Derecho penal que protege no sólo bienes de titularidad individual, sino también de titularidad colectiva, de los que tutela, en ocasiones, su puesta en peligro, como, por ejemplo, en los delitos castigados en los artículos 325 y ss. del Código Penal.

50. Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, págs. 56 y 57.

51. *Vid., v.gr.*, Juan Luis GÓMEZ COLOMER, «Acción particular y popular y sobrecarga de la Administración de Justicia penal», en *Poder Judicial*, 2.ª época, 1987, núm. 8, pág. 28.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

A) El Ministerio fiscal

En el proceso penal, la parte acusadora no está constituida esencialmente por la víctima (salvo en los delitos privados), sino que ésta es una parte contingente, puesto que no existe una relación jurídico-penal de aquélla con el imputado. Además, la asunción estatal de la punibilidad de los delitos y de las faltas impone la necesidad de no dejar en manos de los particulares la perseguibilidad de los delitos, pues se mermaría o se dejaría sin eficacia el ejercicio del *ius puniendi*[52] por los órganos jurisdiccionales. Por ello, se requiere de un órgano público que se encargue de sostener la acusación pública, el Ministerio fiscal, cuya actuación debe responder a los principios de legalidad e imparcialidad como se prevé constitucionalmente (artículo 124 C.E.). En este sentido, el artículo 105 LECrim. dispone que «los funcionarios del Ministerio fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada».

Según la doctrina mayoritaria, el Ministerio fiscal es parte acusadora *necesaria*[53] en los procesos por delitos públicos y semipúblicos. El Ministerio fiscal «es una parte, si bien pública, que responde a la idea de que el delito afecta a toda la sociedad estando ésta interesada en su persecución, y su actuación ha de basarse en la legalidad»[54]; no en vano el artículo 124 C.E. encomienda a este órgano la «misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante ellos la satisfacción del interés social»[55]. Además, deberá ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas y oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (apartado cuarto del artículo tercero de su Estatuto Orgánico).

Los delitos contra el medio ambiente que estudiamos tienen el carácter de delitos públicos, esto es, hablamos de aquellos que no requieren previa

52. *Vid., v.gr.*, Fernando GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *El proceso penal, op. cit.*, pág. 73; Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, pág. 18, entre otros.

53. Por contra, Fernando GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ lo considera parte principal, pero *contingente* (*El proceso penal, op. cit.*, pág. 73).

54. Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, pág. 18. *Vid.* Francisco RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona, 3.ª ed., 1993, págs. 116 y 117.

55. *Vid., v.gr.*, los artículos 435 L.O.P.J., 1.º y 3.º E.O.M.F. También, *vid.* Miguel FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, Madrid, 4.ª ed., 1982, págs. 64 y 65.

denuncia del ofendido para su persecución procesal (ni tampoco nos referimos a aquellos que únicamente son perseguibles a instancia de parte), pudiendo ser incoados de oficio, por denuncia o por querella (del Ministerio fiscal, del acusador popular o del acusador particular). En este sentido, el representante del Ministerio fiscal interpondrá la correspondiente querella en el ejercicio de las acciones penales en los casos en que estuviesen obligados (artículo 271 LECrim.) conforme a los artículos 105 y 781.1 LECrim. Es evidente la necesidad de esta querella del Ministerio fiscal para constituirse en parte en los delitos públicos[56] y, por tanto, en los delitos medioambientales, siempre que estime su procedencia conforme a los principios de legalidad y de imparcialidad que rigen su actuación.

No obstante, se han alzado voces en la doctrina que ponen en tela de juicio la eficacia de esta figura cuando se trata de la protección de intereses supraindividuales[57], entre los que figuran los relativos al medio ambiente, especialmente, por la falta de formación especializada que estas materias requieren. Así, BUJOSA VADELL relata que «se le ha calificado de institución inapropiada y con notorias deficiencias para la tutela de los intereses difusos», aunque añade que, en nuestro país [...], los problemas que surgen por la eventual ineficacia del Ministerio fiscal son mucho más fáciles de solventar al no ejercer esta institución el monopolio del ejercicio de la acción penal»[58]. Sin embargo, a juicio de ALMAGRO NOSETE, «corresponde, en definitiva, a las leyes, determinar los supuestos de legitimación del Ministerio fiscal para la satisfacción del interés social, en cuya expresión, pueden incluirse, sin dificultad, los "intereses difusos"»[59].

A nuestro juicio, el carácter difuso de los intereses tutelados en los artículos 325 y siguientes del Código Penal no sería lo relevante para determinar si el Ministerio fiscal debe interponer querella y, así, cumplir con la función de sostener la acusación pública, sino que debe actuar conforme a la estricta legalidad: estamos hablando de delitos públicos, y estos hechos delictivos contra el medio ambiente lo son, por lo que, igualmente, alteran la pacífica convivencia[60].

56. También en los semipúblicos, previa denuncia del ofendido.

57. *Vid., v.gr.*, Manuel LOZANO-HIGUERO Y PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos, op. cit.*, págs. 248 y 249.

58. «Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio fiscal y de la acción popular», *op. cit.*, págs. 113 y 115.

59. «La protección procesal de los intereses difusos en España», *op. cit.*, pág. 82.

60. Desde otro punto de vista, algún autor entiende que, precisamente, esta figura es la adecuada para la protección de los intereses supraindividuales como, por ejemplo, en los delitos medioambientales (*vid.* Julio PÉREZ GIL, *La acusación popular, op. cit.*, págs. 631 y 632).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El Ministerio fiscal, asimismo, debe ejercitar la acción civil derivada del ilícito penal contra el medio ambiente en caso de que haya nacido —téngase en cuenta que se trata de delitos de peligro y éstos no siempre generan responsabilidad civil—, haya o no acusador particular en el proceso incoado (artículo 108 LECrim.).

B) La acusación popular

La comisión de un delito, en este caso, de uno de los tipificados en el Capítulo III del Código Penal, afecta al equilibrio del orden social, por lo que nuestro ordenamiento admite que cualquier ciudadano ejercite la acción popular en defensa de este orden social y, por ende, de la legalidad. De esta forma, la protección de la legalidad lleva aneja la de la víctima desde el punto de vista penal. Por ello, al restablecer el Estado el orden mediante la correspondiente sanción penal, se está resarciendo penalmente también a la víctima del delito perpetrado.

Esta acción popular puede sostenerla cualquier ciudadano, porque «si el hecho delictivo supone una lesión del orden social, se reconoce a todos los miembros de la sociedad el derecho de pedir, en nombre de ésta, el restablecimiento del orden lesionado»[61]. Cualquier ciudadano puede tener interés en que el Estado aplique el *ius puniendi* y restablezca el equilibrio alterado. La legitimación viene determinada por la capacidad de ejercicio (artículo 102.1 LECrim.)[62], con salvedades *ope legis* (artículos 102, 103 y 270.2 LECrim.). Se trata de un derecho consagrado constitucionalmente (artículo 125 C.E.) y que se desarrolla en la ley procesal penal (artículos 100 y 783.1 LECrim.)[63]. El acusador popular «actúa por un simple interés a la legalidad»[64].

61. Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, pág. 63. El actor popular «persigue la defensa o restablecimiento de la lesión ocasionada a la sociedad como consecuencia de la perpetración de un hecho delictivo» (Itziar GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, Madrid, 1998, pág. 39).

62. Emilio GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho proceso penal* (con Vicente HERCE QUEMADA), Madrid, 8.ª ed., 1975, pág. 64.

63. Se afirma que «esta figura supone la posibilidad de participación de los ciudadanos en el ejercicio de una función que, dado el monopolio del *ius puniendi* por parte del Estado, tiene carácter público: la de acusar». El papel de la acción popular «se puede resumir en la vigilancia, complementación y suplencia de la actividad del Ministerio fiscal, contrarrestando eventuales inactividades del mismo» (Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, «Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio fiscal y de la acción popular», *op. cit.*, págs. 116 y 117).

64. Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, pág. 350. «Hay una legitimación abierta para el ejercicio del derecho a la jurisdicción, como afirma con acierto ALMAGRO NOSETE, es decir, todos los sujetos no titulares de un derecho, interés o bien jurídico vulnerado tienen, en este caso, derecho a incoar un proceso y a deducir en él una pretensión, en nombre de la sociedad, siempre que, evidentemente, se observen las reglas sobre capacidad» (Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, págs. 350 y 351).

Ahora bien, para un sector relevante de la doctrina, sólo los nacionales españoles pueden interponer la acción popular, en interpretación del artículo 125 C.E. en relación con los artículos 19.1 L.O.P.J. y 100 y 270 LECrim., aunque se ha propuesto su ampliación a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea[65]. Para algún autor, también sería extensible a los extranjeros cuando se trate de la defensa del medio ambiente[66].

65. Se ha considerado, partiendo de la estimación de integrar el derecho a ejercitar la acusación popular en el derecho a la tutela judicial efectiva, que «la plena equiparación entre los nacionales españoles y aquellos ciudadanos pertenecientes a un Estado miembro de la Unión Europea, a los efectos del disfrute de ciertos derechos fundamentales, con independencia además del específico marco territorial estatal en que se pretenda ejercitarlos, determina que hayamos de reconocer a tales "extranjeros cualificados" la eventual titularidad del derecho de acción popular» (Ana M.ª RÍOS CABRERA, *La acción popular en el proceso penal español*, Jerez de la Frontera, 1999, tesis inédita, pág. 608). No obstante, cabría hacer alguna objeción a esta posibilidad o, cuando menos sería dudosa, si se atiende a no considerar el derecho de acción popular integrado en dicho derecho fundamental, y si atiende a la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se dice que «los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables» (artículo 1.2), en la que se reconoce a los extranjeros el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 18.1), lo que consolida la posición tanto jurisprudencial como doctrinalmente en interpretación del artículo 24.1 C.E. venía admitiendo. En esta línea, se afirma que «no es posible apreciar una vulneración del Derecho comunitario en la prohibición de que ciudadanos nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea acusen en España sin ser ofendidos por el delito». El ejercicio de la acusación «no admite ser contemplado como derecho ni como facultad para la defensa de intereses propios extraños a la naturaleza de la justicia penal. No cabría entender la existencia de discriminación alguna por razón de la exigencia de nacionalidad española, precisamente porque no se trata de una actividad que admita ser englobada dentro del ámbito del Tratado, sino sólo del desempeño de una función dirigida a la satisfacción del interés público». «La acusación popular por ciudadanos comunitarios no españoles no es tampoco admisible ni parece oportuno considerar que, al excluirla, se esté vulnerando la prohibición de discriminación. Únicamente ha de ser posible la equiparación allí donde la actividad de los particulares se dirija a la tutela de derechos propios, tal y como ocurre en el ejercicio de la acción civil o, aun inapropiadamente, en el de la acusación particular» (Julio PÉREZ GIL, *La acusación popular, op. cit.*, págs. 373, 374 y 378).

66. Vicente GIMENO SENDRA y José GARBERÍ LLOBREGAT, con respecto al derecho al medio ambiente, entienden que «la Constitución no reserva su ejercicio a los ciudadanos españoles, por lo que ha de predicarse también de los *extranjeros*, lo que cohonesta con la naturale-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Para adquirir la condición de acusador popular se requiere necesariamente la presentación de escrito de querella (artículos 270 y 783.1 LECrim.[67]), así como la previa prestación de fianza (artículo 280 LECrim.), cuya cuantía debe ser proporcional a las posibilidades económicas del querellante popular, debiendo ser adecuada para que no se impida el ejercicio de esta acción (artículo 20.3 L.O.P.J.).

Esta querella es precisa en todo caso (artículo 270 LECrim.), con independencia de que se haya comenzado[68] o no el proceso penal, pues no cabe hacerle al acusador popular el ofrecimiento de acciones previsto para el ofendido (en algunos casos, también al perjudicado) (artículos 109 y 110 LECrim.)[69].

Esta parte contingente no necesita alegar si es o no ofendido por el delito, esto es, no tiene que poner de manifiesto ningún derecho ni interés legítimo, como se deduce de la interpretación de los artículos 100, 270 y 783.1 LECrim., sino que actúa, sencillamente, en defensa de la legalidad y, por ello, del orden social. No se exige que exista una vinculación entre el sujeto y el objeto del proceso penal, desde el punto de vista de la legitimación material[70]. Es pacífica la doctrina en admitir la acusación popular con respecto a los delitos públicos[71], de los que forman parte los estudiados. El ciudadano actuará, pues, en defensa del orden que ha sido perturbado por uno de estos hechos aparentemente delictivos, y «que todos podemos defender, y por eso no necesita el acusador popular invocar la lesión de un derecho [...] ni un interés específico»[72]. Por tal motivo, se afirma que se trata de «una parte acusadora,

za de este derecho que es, en general, patrimonio de la humanidad» («La protección procesal del medio ambiente», *op. cit.*, pág. 150).

67. El artículo 783.1 LECrim., de aplicación a los delitos medioambientales, se remite al Título dedicado a la querella (artículos 270 y ss.).

68. *Vid., v.gr.*, Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, págs. 65 y 66.

69. Al respecto, el párrafo tercero del artículo 109 LECrim. dispone que «fuera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales, notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa; lo cual no obsta para que el Juez procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente».

70. Con respecto a la distinción entre legitimación material y legitimación procesal, *vid.* Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», en *Justicia*, 1987, núm. II, págs. 306 y ss.

71. *Vid.* Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, pág. 63. Con respecto a los delitos semipúblicos, no hay consenso, ya que un sector postula en favor de admitir la acción popular con respecto a éstos, pues, una vez presentada la previa denuncia, adquieren el carácter de públicos: *vid., v.gr.*, Itziar GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, Madrid, 1998.

72. Fernando GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *El proceso penal*, Oviedo, 5.ª ed., 1997, pág. 74.

eventual, que actúa la pretensión punitiva, sin haber sido ofendido por la infracción penal»[73].

La acción popular queda reservada, pues, al no ofendido por el delito, precisamente porque, a la víctima le resultará más ventajoso constituirse en acusador particular, entre otras razones, porque quedará exento de la prestación de fianza (artículos 280 y 281 LECrim.)[74] o podrá acogerse al derecho de la asistencia jurídica gratuita, además del derecho al ofrecimiento de acciones, por ejemplo.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que cualquiera que no sea el ofendido (o bien el perjudicado en concretos supuestos) debe prestar fianza de la clase y en la cuantía que fije el titular de la potestad jurisdiccional «para responder de las resultas del juicio» (artículos 280 y 281 LECrim.). Como sabemos, que el acusador popular puede ser cualquier ciudadano español y no tiene que alegar su condición de ofendido, deberá constituir dicha fianza con el límite del artículo 20.3 L.O.P.J. que dispone que «no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita».

Un sector de nuestra doctrina ha reaccionado frente al no reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita de los actores populares. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado, con respecto a la previsión constitucional de la gratuidad de la justicia del artículo 119 C.E., que se trata de un derecho de configuración legal «al decir en la S.T.C. 16/1994 que «no proclama la gratuidad de la Administración de Justicia.... proclama un derecho a la gratuidad de la Justicia, pero en los casos y en la forma en que el legislador determine» (S.T.C. 12/1998, de 15 de enero de 1998, f. 4.*A*).

Al respecto, la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita no parece amparar que el actor popular le asista el derecho a la asistencia jurídica gratuita, puesto que el apartado cuarto de su artículo tercero dispone que «el derecho a la asistencia jurídica gratuita sólo podrá reconocerse a quienes litiguen en defensa de derecho o intereses propios». No olvidemos que interviene en defensa de la legalidad sin que precise alegar derechos o intereses propios (se trata de una legitimación abierta *ope legis*).

Se parte de la base de que las personas físicas pueden constituirse en actores populares; sin embargo, se ha debatido en la doctrina la posibilidad

73. Fernando GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *El proceso penal, op. cit.*, pág. 74.

74. Teniendo en cuenta la matización que hace la ley procesal penal con respecto a los extranjeros ofendidos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de que lo sean las personas jurídicas[75] o, incluso, los entes sin personalidad jurídica, a los que parece excluirse[76]. Esta cuestión subjetiva es importante (en especial, en supuestos delictivos de enorme trascendencia social y económica, como ocurre con estos delitos), puesto que cualquier ciudadano (de forma individual) no está dispuesto a hacer frente al elevado coste del proceso de que se trate por defender el interés general, entre otras razones, porque se le exige el depósito de fianza y no se puede acoger al derecho a la asistencia jurídica gratuita, sobre todo, si se encuentra en una posición económica débil frente a unos imputados con gran solvencia (por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente o contra los consumidores, los imputados pueden ser empresas fuertes económicamente[77]). Por ello, sería más factible a través de entes o grupos organizados (con o sin personalidad jurídica)[78].

El acusador popular no puede reclamar que se adopten medidas de carácter civil ni tampoco la reparación de los daños y/o perjuicios derivados del delito, lo cual afecta también a los delitos contra el medio ambiente, puesto que sólo el perjudicado (ofendido, familiares o terceros afectados directamente por las consecuencias dañosas del delito) y el Ministerio fiscal (según las previsiones legales) pueden accionar civilmente solicitando la restitución, la reparación y/o la indemnización de los daños y perjuicios producidos. Téngase en cuenta, además, que si se atiende al sector de la doctrina que considera

75. Aun cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo negó que las personas jurídicas pudieran interponer la acción popular en interpretación del artículo 101 LECrim., del que se deducía que sólo las personas físicas podían constituirse en acusadores populares, se advierte que el artículo 24.1 C.E. no diferencia cuando se refiere a que «todas las personas» tienen derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales, y que los artículos 38 C.C. y 2.3 de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil otorgan capacidad procesal a las personas jurídicas para usar acciones criminales (Vicente GIMENO SENDRA, «El derecho de acción», en *Constitución y proceso*, Madrid, 1988, pág. 86).

76. *Vid.* Julio MUERZA ESPARZA, *Derecho procesal penal, op. cit.*, pág. 135. A los entes intermedios «no parece que se les pueda admitir como acusador popular, pero sí como particular, por cuanto pueden ser sujetos pasivos de determinados delitos, especialmente de los que podemos calificar de patrimoniales» (Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, pág. 68).

77. «En la práctica forense ante supuestos tales como la defensa del consumidor o del medio ambiente, pretender que el ciudadano individual comparezca a ejercitar la acción popular, precindiendo del correspondiente movimiento asociativo, significa condenar a la acción popular al ostracismo» (Vicente GIMENO SENDRA, *La querella*, Barcelona, 1977, pág. 115).

78. *Vid., v.gr.*, Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, págs. 63 y ss. Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL trae a colación alguna sentencia del Tribunal Constitucional en la que dicho Tribunal sostiene que el término *ciudadanos* del artículo 125.1 C.E. hace referencia tanto a personas físicas como jurídicas (*v.gr.*, las SS.T.C. 53/1983, 147/1985 y 241/1992, de 21 de diciembre) (*La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, pág. 354).

la acción popular como el cauce adecuado para dar protección a los intereses difusos, entre ellos, los relativos al medio ambiente, se relegaría el ejercicio de la acción civil derivada de este ilícito (por ejemplo, que se adopten medidas reparatorias) a la actuación del Ministerio fiscal. En otro caso, si se legitimara al actor popular para reclamar dicha responsabilidad civil, se estaría desvirtuando su misma naturaleza, además, el proceso civil, acumulado al proceso penal, está presidido por los principios que le son propios por su naturaleza.

C) La acusación particular

Ésta es, por excelencia, la vía instaurada para que la víctima u ofendido pueda ejercitar el derecho a la tutela jurisdiccional en defensa de un derecho o interés legítimo (artículo 24.1 C.E.) constituyéndose en acusador particular[79]. Obviamente, también tiene abierta el acceso a través de la acción popular, como cualquier *español*, conforme a las previsiones legales, pero resulta más ventajoso alegar la condición de ofendido por el delito, principalmente, por razones económicas (aunque también existen otras motivaciones analizadas).

En su momento diferenciamos los conceptos de ofendido o agraviado y perjudicado, pues engloban significados distintos, vinculándose el primero a la acción penal, y el segundo, a la acción civil. No obstante, al abordar la figura del acusador particular, algunos autores entienden que pueden adquirir dicha calidad tanto la víctima como los perjudicados por la actividad presuntamente delictiva; confusión a la que contribuye el propio legislador en gran medida. Sin embargo, no son vocablos sinónimos, sino que poseen un significado distinto, aun cuando ambas condiciones puedan confluir en un mismo sujeto, pero ello no quiere decir que todo perjudicado ha de ser ofendido. Lo frecuente[80] es que éste, a su vez, sufra las consecuencias dañosas del delito, esto es, que también sea perjudicado por el delito[81].

79. No obstante, algunos autores utilizan la expresión acusación particular para incluir tanto al ofendido como a quienes ejercitan la acción popular: *vid., v.gr.*, Miguel FENECH NAVARRO, *El proceso penal, op. cit.*, págs. 69 y 70; Leonardo PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ y Eduardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho procesal penal, op. cit.*, pág. 102.

80. Algún supuesto puede imaginarse en que el ofendido no sea, al mismo tiempo, perjudicado, y, sin embargo, exista un perjudicado no ofendido por el hecho delictivo, en cuyo caso, si éste quisiera ejercitar la acción penal, deberá acudir a la acción popular (en atención a su configuración legal), según sostiene algún sector doctrinal. Al respecto, *vid., v.gr.*, Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, págs. 66 y siguientes.

81. Como hemos puesto de manifiesto, las figuras del ofendido y del perjudicado difieren en la medida en que la primera se vincula a la acción penal mientras que la segunda a la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Al igual que ocurre con el acusador popular, se trata de una parte contingente, es decir, que no es necesaria su presencia en el proceso para que éste exista. Al hablar de delitos de índole pública, la intervención como acusador del Ministerio fiscal es suficiente para que el proceso exista.

De los artículos 100, 270 y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[82], en clara consonancia con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 C.E., se deduce que la legitimación en la acusación particular no sólo alcanza a cualquier ciudadano español ofendido por el hecho presuntamente delictivo, sino que se extiende también a los extranjeros. Además, con carácter general, la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, corrobora de forma expresa que los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 18.1 C.E.). Ya la doctrina procesal como la jurisprudencia constitucional venían admitiendo esta interpretación de la expresión *todas las personas* del artículo 24.1 C.E.

El acusador particular para constituirse en parte no requiere necesariamente presentar una querella (para incoar y constituirse en parte en un proceso penal o, sólo para constituirse en acusador en un proceso ya comenzado) como ocurre con el acusador popular, puesto que la ley procesal penal articula otras formas de poder acceder a la condición de acusador: a través del ofrecimiento de acciones compareciendo antes del trámite del escrito de calificación provisional (artículos 109, 649 y 783.2 LECrim.) o del escrito de acusación como ha entendido la doctrina respecto del procedimiento abreviado —cauce aplicable en las causas medioambientales—, ya que en éste no se establece plazo en él[83] (artículos 787 y 790.1 LECrim.): lo hará por medio de un escrito en que solicitará que se le tenga por parte, sin que el artículo 783.2 LECrim. exija que revista forma de querella.

Por lo tanto, puede personarse sin necesidad de presentar querella mediante la presentación de un escrito en el que se manifiesta la intención de constituirse en parte (*v.gr.*, el artículo 783.2 LECrim.)[84]. Al respecto, RAMOS

acción civil. Ambas figuras pueden coincidir, es decir, que el ofendido al mismo tiempo sea perjudicado, pero pueden existir otras personas que han sufrido consecuencias dañosas del delito, pero que no son ofendidos o víctimas de él, y, en ese caso, estaríamos hablando del *actor civil* en sentido estricto.

82. *Vid.* Francisco RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Lectura constitucional, op. cit.*, pág. 119.

83. *Vid.* Itziar GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal, op. cit.*, págs. 49 y 50.

84. El ofendido «actúa bien a través de querella o mostrándose parte a través del ofrecimiento de acciones que es preceptivo realizar en los términos prevenidos en el artículo 109.

MÉNDEZ admite la invitación a intervenir en el proceso como parte acusadora a través del ofrecimiento de acciones que, «con instrucción de sus derechos, debe considerarse una garantía fundamental equiparable al emplazamiento civil»[85].

Además, ofendidos pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas que sean titulares de derechos e intereses protegidos por la norma penal como puede deducirse de la interpretación del artículo 24.1 C.E. El problema reside en la admisión de entes sin personalidad jurídica, es decir, entes que no sean personas físicas, pero tampoco sean personas jurídicas. Por su parte, MONTERO AROCA señala que «los entes intermedios entre las personas físicas y las jurídicas, como son las uniones sin personalidad, las sociedades irregulares y los patrimonios autónomos, también pueden ser ofendidos por el delito y, por tanto, acusadores particulares»[86].

El ofendido, además, está exento de prestar fianza, siempre que se trate de un ciudadano español, ya que los extranjeros (artículos 17 y siguientes del Código Civil) sólo están exentos si les corresponde en virtud de tratado internacional o del principio de reciprocidad (artículo 281 *in fine* LECrim.)[87]. No parece proporcional esta medida, sobre todo, con respecto al proceso medioambiental, puesto que ambos pueden ver afectado el mismo derecho al medio ambiente, cuya titularidad corresponde a la sociedad, de la que también puede formar parte un nacional extranjero[88]. El medio ambiente es un bien no susceptible de apropiación exclusiva, siendo su titular, la sociedad en su conjunto, la ofendida de forma directa por el hecho presuntamente delictivo, pero también lo son sus miembros mediatamente en la medida en que forman parte de aquélla, incluyendo al nacional extranjero. No parece descartable que pueda actuar como representante ideológico.

La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1996 reconoce este derecho sólo a aquellos que «litiguen en defensa de derechos o intereses propios» (artículo tercero, apartado cuarto)[89], como hemos visto. Además, parece estar refiriéndose a las personas físicas por las expresiones utilizadas (*vid., v.gr.*,

Sobre este particular» se pronuncia la S.T.S. de 4 de noviembre de 1971 (Sala Segunda) (*cit.* por Fernando GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *El proceso penal, op. cit.*, pág. 75)

85. *El proceso penal. Lectura constitucional, op. cit.*, pág. 120.

86. Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, pág. 68.

87. Obsérvese que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no excluye al perjudicado en el deber de prestar fianza como regla general, salvo en el supuesto del artículo 281.2.º LECrim.

88. *Vid., v.gr.*, los artículos 27 y siguientes de la citada Ley 4/2000, de 11 de enero.

89. El derogado artículo 119 LECrim. (por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita) preveía el entonces beneficio de pobreza para los perjudicados (hemos de entender también ofendidos) y sus herederos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

artículo tercero, apartado primero), reconociéndolo únicamente a las personas jurídicas enunciadas en el artículo 2.c)[90]. El acusador particular (o el actor civil, en su caso) podrá hacer uso de tal derecho en la medida en que se constituya en parte en defensa de un derecho o interés propio (¿legítimos?), atendiendo a las previsiones de esta Ley. Parece igualmente extensible al individuo o ente exponencial (tendría que tratarse de una persona jurídica a tenor del precepto mencionado) que intervenga como representante ideológico del titular difuso del bien jurídico medio ambiente en ejercicio de una acción colectiva en sentido amplio (en la que se incluyen los intereses difusos), en la medida en que presenta la peculiaridad de que actúa no sólo en interés ajeno (de la sociedad), sino también en interés propio, ya que también ha sido ofendido, aunque de forma mediata, en cuanto miembro de ese colectivo indeterminable.

Con respecto a los extranjeros, el artículo 2.e) de esta Ley de 1996 prevé que, «en el orden jurisdiccional penal, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español»[91]. Previamente, se reconoce que tienen derecho a esta asistencia tanto los ciudadanos españoles como los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar (artículo 2.*a*); claro está, han de actuar en defensa de un derecho o interés propio.

D) Idoneidad de las acusaciones popular y particular en la protección de la víctima en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

Si partimos de la base de que nuestro sistema procesal penal está aún anclado en los principios jurídicos del liberalismo decimonónico, que atendían al individuo, la protección de los intereses difusos, en este caso los relativos al medio ambiente, no quedaría amparada en sentido estricto por las vías

90. Asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo cuarto de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, reguladora de las Asociaciones, y fundaciones inscritas en el Registro administrativo correspondiente.

91. Al respecto, la L.O. 4/2000, de 11 de enero, concreta el alcance de este derecho a la asistencia jurídica gratuita a «los extranjeros residentes y los que se encuentran en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar» (artículo 20.2).

analizadas. Al respecto, son diferentes las soluciones aportadas por la doctrina e, incluso, las propuestas elaboradas. Somos conscientes de que cualquier propuesta que se haga puede resultar arriesgada, pero nuestro ordenamiento procesal penal debe dar respuestas, de la forma más eficaz, a los problemas sociales y, en concreto, a los que plantean este tipo de delitos, regulados en la normativa penal.

En principio, el Ministerio fiscal debe cumplir con la estricta legalidad y con la imparcialidad que rigen su actuación ejercitando la acusación pública cuando aprecie indicios racionales de la comisión de un hecho presuntamente delictivo, con independencia de que se trate de un delito que vulnere un bien jurídico individual o un bien jurídico colectivo como el medio ambiente. No obstante, una parte de la doctrina ha denunciado la posible ineficacia de este órgano en la tutela de esos delitos. La Administración deberá dotarle de los medios personales y materiales y, en su caso, de la preparación técnica necesaria para que cumpla con el deber que le es propio también en la protección procesal penal del medio ambiente[92].

Ello lleva a que una buena parte de la doctrina vea en la acusación popular la vía adecuada para encauzar la protección de la víctima de estos delitos, es decir, de la sociedad, de la comunidad en general, puesto que aquélla se prevé para la defensa genérica del interés general. Por ello, la acusación particular se deja de lado debido a que presenta, con respecto a estos delitos, dificultades relativas a la capacidad, representación y legitimación de la víctima difusa, pues esta vía estaría encaminada a la protección de bienes individuales dañados o puestos en peligro por el hecho delictivo y ejercitada por el ofendido (o, en su caso, por el perjudicado). Así, se afirma que «hoy se asume de manera generalizada en España que en este tipo de delitos todo ciudadano no sólo es ofendido por los hechos, sino que puede actuar, individual o colectivamente, en el proceso penal en calidad de acusador popular sujetándose a las condiciones que tal intervención conlleva»[93]. Se estima, además, que el ejer-

92. Se ha propuesto la necesaria creación de una Fiscalía Especial para el medio ambiente dada la relevancia y complejidad de estos delitos.

93. Julio PÉREZ GIL, *La acusación popular, op. cit.*, pág. 629. Sara ARAGONESES MARTÍNEZ señala que «si el delito ha afectado a intereses de titularidad supraindividual resultando ofendido un grupo, cuyos integrantes pueden estar vinculados jurídicamente (intereses colectivos) o no estarlo (intereses difusos), los obstáculos son mayores, tanto en lo que respecta al desenvolvimiento del proceso como tal, como en lo relativo a la adaptación de tales situaciones a una categoría procesal (acusación particular) en absoluto pensada para los casos en que no es factible, o resulta muy difícil, concretar o individualizar a las personas ofendidas». Entiende que ha de examinarse si existen otras posibles vías de defensa, apuntando la doctrina la acusación popular y la actuación del Ministerio fiscal. Esta autora considera que es posible que los incon-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cicio de la acción popular en estos delitos, y, en general, los que afectan a bienes jurídicos protegidos de carácter colectivo o difuso, debería articularse a través de grupos con el fin de lograrse una mayor eficacia (aunque no parece admitirse la legitimación de los entes sin personalidad jurídica).

Ahora bien, no debe confundirse la figura del actor popular que interviene en defensa de la legalidad o del orden social con el hecho de que el ofendido en los delitos medioambientales sea la sociedad, pues ambos intereses puedan correr paralelamente, pero no quedan confundidos ni se subsumen[94]. Con carácter general, los que deseen intervenir en la defensa de intereses supraindividuales en aras de actuar en protección de la legalidad pueden ejercitar la acción popular sin necesidad de alegar la condición de ofendido por el hecho presuntamente delictivo, como ocurre con respecto a cualquier otro delito público. La acción popular «es un medio igualmente tutelar de los intereses difusos»[95] y que se atribuye al ciudadano, pues se trata de una legitimación abierta a cualquier persona. En este sentido, desde un punto de vista meramente teórico, no habría ninguna dificultad en admitir la acción popular en los procesos medioambientales.

En principio, la interposición de la acción popular por cualquier particular no plantea novedad alguna con respecto a los demás delitos públicos: se trata de una institución reconocida constitucional y legalmente. No se exige

venientes que enumera, «relativos a la defensa de intereses supraindividuales penales mediante la acusación popular o la actuación del Ministerio fiscal, podrían ser obviados si se admitiera lo que cabría denominar "acción penal colectiva"», reconociendo que, en principio, su alcance debería ser igual al que se prevé para la acusación particular, aunque algunas diferencias podrían producirse («Introducción al régimen procesal de la víctima del delito (III)», en *Revista de Derecho procesal*, 1999, núm. 2, págs. 14, 15, 16 y 17).

94. En este sentido, se señala que «desde el momento en que hablemos de exigencia de un interés concreto, aun cuando pongamos a éste apellidos de contornos tan difuminados entre sí tales como "legítimo", "directo" o "personal", estaremos marcando ya la línea divisoria a partir de la cual el concepto de acusación popular ha de quedar automáticamente excluido. El ejercicio popular de la acusación no es comprensible como vía para la tutela de singulares intereses jurídico-materiales o como representación de éstos, y considerar al acusador popular representante de bienes jurídicos (medio ambiente, salud pública, etc.) sería realizar un enfoque desviado del tema, puesto que su propia naturaleza excluye la vinculación con el objeto de tutela de la norma material. El actor popular no actúa supliendo la voluntad de nadie que haya sufrido un perjuicio por el delito [...], sino que obra única y exclusivamente en virtud de un mandato que la colectividad autoorganizada ha atribuido al Estado: la función de acusar». Su ámbito de actuación únicamente es «la defensa del genérico y único interés público» (Julio PÉREZ GIL, *La acusación popular, op. cit.*, pág. 637).

95. *Vid.* José ALMAGRO NOSETE, «La protección procesal de los intereses difusos en España», *op. cit.*, págs. 79, 80 y 81.

la condición de ofendido por el delito y se debe prestar fianza proporcional a la capacidad económica del actor popular. Éste no está legitimado para interponer la acción civil *ex delicto*.

Por consiguiente, una cosa es afirmar que se puede ejercitar la acusación popular tanto para la defensa de las víctimas individuales como de las difusas y colectivas (legitimación abierta *ope legis*) en defensa de esa legalidad ante la comisión de cualquier hecho delictivo de carácter público, y otra cosa es ver en la acusación popular la vía idónea para proteger estos intereses difusos y colectivos, y en concreto, los que son objeto de nuestro estudio[96]. No parece, pues, adecuado ver en la acusación popular la vía que ha de potenciarse y a la que se ha de acudir para proteger el bien jurídico medio ambiente con carácter general. Ciertamente, es una vía válida y que, en la medida en que actúa en defensa de la legalidad, al mismo tiempo se protege penalmente a la víctima de cualquier delito público, pero ha de utilizarse dentro de los parámetros que le son propios, sin desvirtuar su naturaleza.

En realidad, la sociedad o la comunidad en general es la víctima o el ofendido por el hecho delictivo que, en un número considerable de ocasiones, pondrá en peligro el bien jurídico medio ambiente, sin que genere, en todo caso, la necesidad de indemnización por daños y perjuicios, ciñéndose, en buena medida, la responsabilidad derivada del ilícito a reclamar medidas reparatorias. No puede afirmarse que «ningún individuo, ningún miembro del grupo, considerado individualmente, puede ser reputado estrictamente como titular, la titularidad sería más indirecta y difuminada, no coincidiría con una

96. Con lo cual no deben confundirse estos intereses difusos, en concreto los medioambientales, con los intereses públicos, aunque se encuentran cercanos a ellos. En este sentido, se señala que «los que se han identificado como intereses de grupo en sentido estricto, para los que la relación con el individuo es más bien mediata e indirecta, en ocasiones, para encontrar más fácilmente protección han sido acogidos como intereses públicos. La transformación de las relaciones entre la sociedad y el Estado, con un mayor protagonismo de los grupos sociales y económicos y una mayor participación en la concreción de los intereses públicos, altera la concepción del interés público como interés de la Administración, acercándola a la noción de interés de grupo en sentido estricto: ambos coincidirían materialmente, y cada vez más subjetivamente, dada la creciente confluencia de la actividad administrativa con la participación social. No obstante, la relación mediata entre el sujeto de estos intereses de grupo en sentido estricto y su objeto, por la indivisibilidad de este último y la frecuente indeterminación subjetiva de los titulares afectados provoca una cierta objetivación de éstos que propicia, a su vez, cuando no su acogimiento por las autoridades públicas como derechos propios, la propuesta de vías objetivas de tutela ajenas a la existencia de situaciones jurídico-subjetivas amenazadas o lesionadas, pues lo único que se pretendería sería proteger el objeto de este interés y la integridad del ordenamiento jurídico, pretendiendo ajustar la realidad a sus prescripciones» (Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, págs. 237 y 238).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

titularidad en sentido individualista y "propietario": cada uno sería titular en tanto que miembro del grupo de afectados por la amenaza o lesión, y los efectos de éstas no repercutirían de modo directo e inmediato sobre la esfera de los individuos. En estos casos es el grupo el que ostenta la titularidad inmediata de estos intereses»[97].

Ahora bien, esta víctima difusa carece de personalidad jurídica por lo que adolece de capacidad[98]. Igualmente, la legitimación, desde la consideración individualista que parece presidir nuestras leyes procesales penales, si se entiende como la afirmación de una presunta titularidad, se difumina la titularidad cuando se trata de estos intereses difusos «en que no existe una inmediatividad entre el sujeto y el objeto», dificultándose así la cuestión de la legitimación, lo que conduciría a imposibilitar su tutela. Por ello, «se hace necesaria una ampliación de la legitimación, alejándola de referencias a titularidades exclusivamente privadas». Se haría preciso «ampliar el contradictorio con *acciones colectivas* (*sic*), a través de las que se puedan deducir en juicio situaciones que trascienden necesariamente a las partes, pues se refieren a colectividades más o menos amplias de ciudadanos. Se trata de lo que CAPPELLETTI denomina conexión o relación ideológica, más que propiamente jurídica, entre la parte y la relación deducida en el juicio, por la que un actor —el *ideological plaintiff* o representante ideológico— se hace portador no tanto de su propio interés jurídico individual, sino de un interés colectivo o comunitario, de grupo, de clase»[99]. Cabría, de esta manera, hablar de legitimación colectiva, pero concebida desde una perspectiva amplia que engloba también a los intereses difusos, entre ellos, los relativos al medio ambiente, tutelándose estos intereses a través de una acción colectiva.

En definitiva, los problemas que suscitan la falta de capacidad, de nombrar a un representante en sentido tradicional de los mismos (y la imposibilidad que genera el otorgamiento del subsiguiente apoderamiento) y las dificultades de la legitimación difuminada que presentan se pueden paliar a través de las figuras del representante ideológico (ya sea un individuo, ya un ente exponencial)[100] y de la legitimación colectiva, o través de la legitimación de entes que actúen en defensa de estos intereses difusos. Al respecto, se trae a colación la legitimación colectiva reconocida en el artículo 7.3 L.O.P.J.[101].

Así, quien actúe como representante ideológico del grupo presentaría la peculiaridad de que no sólo intervendrá en ejercicio de un interés propio de otro, sino también en nombre e interés propio en la medida en que forma parte de la sociedad, que es titular del bien jurídico medio ambiente. Por una parte, cualquier individuo integrante de dicho ente difuso podrá interponer la correspondiente acción de carácter colectivo (en este caso, difuso), al igual que los grupos o asociaciones integrantes del mismo. Ahora bien, podría cuestionarse si sólo se admitirían, aparte de las personas físicas, las jurídicas, excluyendo las agrupaciones sin personalidad jurídica. Por otra parte, se constituiría en *acusador particular colectivo* (en sentido amplio) el primero que, cumpliendo las exigencias legales y de manera fundamentada, presente querella o se persone en las actuaciones, una vez efectuado el ofrecimiento de acciones a través de medios de comunicación de amplia difusión, porque, ciertamente, podría darse la circunstancia de que se presenten numerosos escritos de querella, por ejemplo. Si partimos de la base de que dicho representante ideológico actúa en defensa de estos intereses en nombre propio y de toda la sociedad, difícilmente se puede admitir la intervención de diferentes sujetos en representación del mismo ente difuso y de todos sus integrantes, del que son miembros[102], y ello a diferencia del actor popular que actúa en nombre propio en defensa del interés genérico de la legalidad (desde un punto de vista dogmático, podrían constituirse varios en acusadores populares).

Desde esta perspectiva, quedaría abierta la vía de la acusación particular reservada a los ofendidos (o, en su caso, perjudicados), elimándose algunos de los inconvenientes que presenta la acusación popular: depósito de fianza, posibilidad de solicitar el derecho a la asistencia jurídica gratuita,

97. Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, págs. 223 y 224.

98. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», *op. cit.*, págs. 299 y ss.

99. «En definitiva, existiría una legitimación procesal activa, de tipo colectivo amplio, cuando quien interpone la demanda afirma encontrarse en una posición jurídico subjetiva equivalente a la de quien ejercita lo que se ha definido como un interés de grupo en cualquiera de sus modalidades: colectivo, difuso, individual pero de relevancia colectiva, y que puede corresponder tanto a un grupo organizado con capacidad para ser parte, como a un grupo inorgánico debidamente representado, bien por una persona jurídica o mero individuo (o también una pluralidad limitada de individuos), pidiendo el que actúa en el proceso los efectos jurídicos correspondientes a título de hipótesis según el Derecho material» (*sic*) (Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, págs. 261, 262, 263 y 264).

100. Por ejemplo, también se habla de «representantes de intereses materiales caracterizados por su indefinición subjetiva» (Julio PÉREZ GIL, *La acusación popular, op. cit.*, pág. 642).

101. En relación con este precepto, *vid.* Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, págs. 301 y ss.

102. En este sentido, Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL estima que el representante «es el depositario de la legitimación colectiva: al ser un representante cualificado del grupo, si existe una relación con el objeto del proceso, se derivará la existencia de legitimación» (*La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, pág. 187).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

legitimación de los extranjeros, ejercicio de la acción civil, por ejemplo[103]. Alguna dificultad presenta la realización del ofrecimiento de acciones a la víctima debido a la naturaleza de ésta en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente[104]. Una posible solución, apuntada por la doctrina, es que se realice a través de los medios de comunicación social, de modo que se proporcione una amplia difusión del inicio de un proceso penal de esta índole y se dé la posibilidad de que alguien (un individuo o un ente) intervenga como representante ideológico.

Se apunta que «en la hipótesis de acusación de un delito por agrupaciones en cuyo objeto social se encuentre la defensa del bien jurídico tutelado no estamos ante supuestos de acusación popular, sino ante una realidad diferente que debería ser reconocida de forma expresa por nuestras normas procesales». Así, se alude al artículo 7.3 L.O.P.J. que recoge de forma expresa «la legitimación procesal con un doble carácter en la participación de asociaciones y grupos», considerando que «en ninguno de los dos casos estaremos ante supuestos de acusación popular, sino ante otro tipo de legitimación más restringida: bien la que se otorga a una amplia pluralidad de afectados por el hecho delictivo que, con una finalidad utilitarista, pueden agruparse, bien la que previo reconocimiento normativo expreso corresponderá a grupos específicamente habilitados a tal efecto». En este sentido, se postula la posibilidad de habilitar a grupos portadores de intereses colectivos que actuarían en calidad de representante ideológico, en representación de esos intereses tute-

103. Algún autor añade como diferencia entre acusación popular y acusación particular en la protección que ofrece el recurso de amparo. Así, se aduce que «el acusador particular encuentra apoyo directo para el ejercicio de la acción penal en el artículo 24.1 C.E., por cuanto puede afirmar que él es ofendido por el delito; no es titular, evidentemente, de un derecho subjetivo a que se imponga una pena al delincuente, pero sí lo es de una legitimación ordinaria». Sin embargo, «el acusador popular tiene simplemente una legitimación extraordinaria, en cuanto se la reconoce el artículo 125 C.E., no precisando afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho al ejercicio de la acción penal. [...] La acción popular por sí misma, sin referencia a un posible interés común, no tiene la protección del amparo» (Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, págs. 66 y 67).

104. Se afirma que la observancia literal de la garantía del contradictorio significaría hacer prácticamente imposible la tutela judicial de las relaciones colectivas y difusas, «por imposibilidad material de identificar a todos los miembros ausentes, de notificar a todos ellos los actos del juicio, de ofrecer una efectiva posibilidad de intervención. En realidad, es imposible mantener rígidamente las exigencias del contradictorio. En estos procesos, en primer lugar, la defensa procesal se garantiza con una amplia publicidad del inicio del proceso», aunque tiene menor relevancia cuando se trata de intereses de grupo en sentido estricto (referidos a bienes indivisibles) (Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, págs. 199 y 200).

lables desde el punto de vista jurídico, pero de difícil atribución subjetiva. Se asimilan estos grupos al ofendido, pero no se identifican con él, puesto que no podría atribuirse dicha calidad a nadie con exclusión de los demás. Así, se propone incluir *lege ferenda* en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la base del artículo 7.3 L.O.P.J., «el reconocimiento expreso dentro de determinados límites de una cierta asimilación a la condición de ofendido de los grupos de afectados y de las asociaciones legalmente habilitadas para la defensa de intereses de naturaleza colectiva. El objetivo de esta propuesta se cifra en conferir una lógica interna al sistema que sitúe la línea divisoria entre quienes ostentan o representan un legítimo interés material, frente a los que hacen valer únicamente un abstracto interés en la garantía de la paz social a través del enjuiciamiento de las conductas afirmadas delito»[105].

2. La acción civil derivada de estos delitos

Desde la doctrina penal, se afirma que «al menos desde un punto de vista teórico, se tienen también en cuenta en nuestro sistema jurídico-penal los intereses de la víctima a fin de procurarle un resarcimiento por los daños sufridos como consecuencia de la victimización»[106]. Al respecto, el artículo

105. «La generalidad del precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial citado debería encontrar su concreción en el proceso penal sin servirse de la cobertura que le proporciona el reconocimiento de la acusación popular, en la medida en que ésta no da respuesta adecuada a los problemas que se tratan de solucionar» (Julio PÉREZ GIL, *La acusación popular, op. cit.*, págs. 634, 635, 636, 646 y 647). Este autor entiende que «al objeto de hacer valer concretos intereses en relación con el objeto jurídico dañado o puesto en peligro, el cauce no puede seguir siendo» la acusación popular, «sino que en el futuro podría articularse a través» de la acusación particular, pero «ejercitada no por la víctima sino por alguien que pretende la tutela de similares intereses». Así, «el ordenamiento jurídico, consciente de la trascendencia de que tales intereses materiales se vean representados en el proceso, podría habilitar a determinados sujetos, preferentemente agrupados, para ello», debiéndose admitir, por razones de pragmatismo, «la asimilación de estos colectivos a la figura del ofendido: la diligencia de quien voluntariamente asume la defensa de intereses compartidos debe suplir la carencia de una persona que sienta el daño como propio o individualizado». Serían sujetos, pues, portadores de intereses colectivos o de clases, la fórmula más adecuada sería la del representante ideológico (*op. cit.*, págs. 643, 644 y 645).

106. Gerardo LANDROVE DÍAZ, *La moderna Victimología, op. cit.*, pág. 181. Este autor añade que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar —en los términos previstos en las leyes— los daños y perjuicios por él ocasionados (artículo 109.1 del Código Penal). A pesar de lo tajante de la declaración, no deriva necesariamente de toda infracción criminal una responsabilidad civil; existen delitos y faltas que por ausencia

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

100 LECrim. señala que «de todo delito o falta nace una acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible», pero siempre éstos se producen, así el artículo 116.1 C.P. concreta que «[...] si del hecho derivaren daños o perjuicios», como puede suceder con los delitos de peligro. El artículo 109.1 C.P. prevé que «la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados».

A juicio de DE LA OLIVA SANTOS, «ni la sentencia penal condenatoria determina la existencia de responsabilidad civil y la correspondiente condena a restituir o indemnizar ni la sentencia penal que absuelva al acusado —incluida la que lo exonere por considerar que el hecho no es delictivo— supone que carezca de acción civil o que no se haya contraído responsabilidad civil a causa del comportamiento considerado como presuntamente delictivo en el proceso penal»[107].

La diferente configuración de los procesos civil y penal implica que, con respecto a la responsabilidad civil nacida del ilícito penal, los órganos jurisdiccionales no tengan el monopolio de la aplicación del Derecho privado, cuya actuación se requiere que la pida un particular expresamente[108], con la particularidad de que el Ministerio fiscal, salvo renuncia o reserva expresa del perjudicado, debe ejercitar la acción civil acumulada a la penal (artículo 108 LECrim.), con independencia de que el perjudicado haga uso o no de ella (a excepción de los delitos privados). Se deja así juego a la autonomía de la voluntad; *de iure*, la Ley de Enjuiciamiento Criminal acoge expresamente la renuncia de la acción civil derivada del delito (*v.gr.*, los artículos 106.2 y 107). Por tanto, puede resolverse en un proceso civil independiente del penal si hay reserva expresa (artículos 109.2 C.P. y 112 LECrim.), acumulada al proceso penal, o puede renunciarse a su ejercicio. Además, a diferencia del proceso penal, entre el perjudicado (que, a su vez, puede ser también ofendido) y el imputado (o responsable civil) media una relación jurídico-material, puesto que el primero ostenta un derecho subjetivo de esta naturaleza frente al segundo. En otras palabras, la comisión de un delito lleva aparejada la responsabilidad penal consiguiente, pero, además, puede derivarse una responsabilidad civil reparatoria. En realidad, aparte de que al culpable se imponga la sanción penal por el ilícito cometido; el ofendido o el tercero afectado (actor civil)[109] directamente por las consecuencias dañosas de dicho acto ilícito penal le interesa además la compensación económica del mismo.

La preocupación principal parece centrarse en el resarcimiento civil del daño sufrido por la víctima en sentido amplio, puesto que también parece quedar claro que la maquinaria judicial se va a encargar de actuar el *ius puniendi* del Estado en todo caso, con independencia de que aquélla intervenga o no como parte.

Sin embargo, cuando hablamos de delitos de peligro y de una víctima colectiva, es decir, el titular del bien jurídico perturbado es colectivo, las consecuencias varían. No necesariamente se ha de derivar responsabilidad civil del hecho presuntamente delictivo, o puede ocurrir que el culpable haya puesto en marcha las medidas adecuadas para paliar las consecuencias derivadas del mismo (artículo 340 C.P.). También puede ocurrir que, previamente, se hayan ordenado las medidas (de carácter administrativo) encaminadas a contrarrestar los efectos de las actividades delictivas de los artículos 325 y siguientes. En este sentido, el artículo 339 C.P. permite a los jueces o tribunales que motivadamente ordenen la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.

Es cierto que en esta clase de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente resulta muy difícil que se genere la indemnización de perjuicios de que hablan los artículos 110 y 113 C. P.: no olvidemos que estamos en presencia de delitos de peligro. No necesariamente deben haberse producido daños, puesto que estamos en presencia de delitos de peligro y, por este motivo, no debe confundirse con la lesión que, además, ocasionen estas actividades a bienes jurídicos individuales: la vida, la salud individual, la propiedad, etcétera.

La responsabilidad engloba la restitución, reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (artículo 110 C.P.). Es muy

de daño o perjuicio estimables no acarrean responsabilidades de esta naturaleza. Por ello, parece más correcta la previsión contenida en el artículo 116.1 del propio Código: toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente «si del hecho se derivaren daños o perjuicios»» (*ibídem*).

107. *Derecho procesal penal*, Madrid, 1.ª ed., 1993 (1.ª reimp., 1994), pág. 234.

108. *Vid.* Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. III, págs. 11 y 17.

109. «Cuando no coinciden ofendido por el delito y perjudicado y autor del delito y responsable civil, surgen el *actor civil* y el *responsable civil* como partes en el proceso penal» (Francisco RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Lectura constitucional, op. cit.*, pág. 116). Según Itziar GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «en sentido estricto, el actor civil es la persona física o jurídica, distinta del acusador, que ejercita únicamente la acción civil dentro del proceso penal» (*Pluralidad de partes en el proceso penal, op. cit.*, pág. 81). También, *vid.* Miguel FENECH NAVARRO, *El proceso penal, op. cit.*, pág. 72.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

difícil que pueda hablarse con respecto a estos delitos de restitución, y, cuando menos, resulta difícil que se genere indemnización por perjuicios morales. ¿Cómo podrían valorarse los perjuicios siendo el titular la sociedad, es decir, todos y cada uno de sus componentes si son delitos de peligro y no afectándose a bienes individuales? ¿A quién debería abonarse los posibles perjuicios morales? Sería muy complicado determinar los posibles perceptores de las cuantías indemnizatorias. Una cosa diferente es que se impongan obligaciones de hacer, no hacer o de dar al responsable de las emisiones, radiaciones, vibraciones, etcétera que hayan puesto en peligro grave el medio ambiente o en grave riesgo la salud de las personas[110].

Por consiguiente, debe tenerse en cuenta que estos delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, en cuanto delitos de peligro, no siempre van a generar responsabilidad civil, y en la mayoría de las ocasiones dará lugar a la adopción de medidas reparatorias imponiéndose obligaciones de dar, hacer o no hacer (artículo 112 C.P.), siendo improbables las indemnizaciones por perjuicios, no olvidemos que hablamos de la sociedad como víctima. Otra cosa es que estas actividades hayan producido daños en bienes individuales, en cuyo caso es susceptible esta indemnización por daños y perjuicios materiales y morales (artículo 113 C.P.), pero el ofendido, en este caso, será concreto, y ya no lo será la sociedad.

Con respecto al ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio fiscal, la titularidad colectiva del bien jurídico protegido medio ambiente genera un problema de interpretación de la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 108 LECrim. al decir que «si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables». ¿Cualquier ciudadano o cualquier ente, con o sin personalidad jurídica, podrá renunciar a esta acción civil en nombre propio y en nombre de la sociedad? ¿Cabría pensar que, en el ejercicio de esta acción civil, el representante del Ministerio público debe ejercitarla en todo caso, porque existe un interés social que

110. En todo caso, sería factible ejercitar la acción civil para la *reparación del daño*, que puede «consistir en obligación de dar, de hacer o no hacer que el juez o tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa» (artículo 112 C.P.). Además, habrá de tenerse en cuenta la previsión del artículo 339 C.P. Asimismo, resulta harto difícil imaginar en estos delitos un perjudicado diferente del ofendido cuando hablamos de la sociedad, de todos y cada uno de sus miembros. Téngase en cuenta que, con respecto a la indemnización de perjuicios materiales (los morales quedarían fuera), el artículo 113 C.P. alude a *familiares* o *terceros*.

proteger, a pesar de que un particular haya renunciado expresamente en nombre de aquélla?

Esta cuestión económica tiene una destacada trascendencia para el perjudicado, por eso no es lógico pensar que cualquier ciudadano, actuando como perjudicado por uno de estos delitos, que, al mismo tiempo, interviene en nombre de la sociedad, pueda renunciar a la acción civil en perjuicio de todos sus demás integrantes y, por tanto, de aquélla en su conjunto. La cuestión reviste cierta complejidad que no queda resuelta legalmente. Creemos que el Ministerio fiscal debe reclamar, en todo caso, la responsabilidad que se haya generado del ilícito, en su caso. Nuestra duda se centra en la posibilidad de renunciar a la acción civil por cualquier particular que actúe en interés propio y en interés de la sociedad, ofendida por el delito, en calidad de representante ideológico. No creemos que ello sea factible, puesto que actuaría desfavorablemente a los intereses de este difuso.

Alguna duda se suscita en torno a la eficacia o el alcance de la sentencia civil, pues no ha de olvidarse la diferente naturaleza de los bienes que se diluciden en un proceso civil y la eficacia material de cosa juzgada (artículo 1252 C.C.).

ALMAGRO NOSETE sugiere que «debe postularse [...] que la eficacia de la sentencia sea extensiva a terceros no intervinientes, sólo en lo que les beneficie, no en cuanto los perjudique, de acuerdo con la trayectoria jurisprudencial española aplicable a la legitimación del comunero y a los efectos de la sentencia obtenida por el mismo»[111]. Por su parte, GIMENO SENDRA y GARBERÍ LLOBREGAT opinan, con respecto al proceso civil, que «al no concurrir la «identidad subjetiva» prevista en el artículo 1252 C.C., no pueden extenderse los efectos materiales de la cosa juzgada a sujetos distintos a los personados en el proceso, a salvo, claro está, la posibilidad de que tales «cuerpos intermedios» legal, estatutariamente, o por obra de un contrato de mandato, asuman la representación individual de cada uno de los miembros del colectivo afectado por la sentencia, en cuyo caso habrán de comparecer en el proceso bajo una sola representación». Es decir, «el problema de la admisión de la legitimación de los portadores de los intereses difusos [...] no es otro sino el de la extensión de los límites subjetivos de la cosa juzgada en las sentencias civiles de condena»[112].

111. «La protección procesal de los intereses difusos en España», *op. cit.*, pág. 86.

112. «La protección procesal del medio ambiente», *op. cit.*, págs. 149 y 150. Además, estos autores sugieren que *lege ferenda* «debiera admitirse la condena de futuro, lo cual permitiría, una vez firme la sentencia, acceder directamente al proceso de ejecución para obtener la realización de aquellas obligaciones que fueran periódicamente venciendo con arreglo a las bases de ejecución que habrían de determinarse en la sentencia» (*op. cit.*, págs. 157 y 158).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La sentencia penal va a tener una eficacia de cosa juzgada diferente a la sentencia civil. En el primer caso, la identidad a dos elementos: al objeto y al responsable penal con independencia de quién haya sostenido la acusación, ya el Ministerio fiscal, ya la acusación popular (una o varias), ya la acusación particular (una o varias), no en vano el Estado es el titular del *ius puniendi* que es aplicado por los órganos jurisdiccionales. Con respecto a la sentencia civil, la extensión de los límites de la eficacia material de la cosa juzgada varía a tenor del artículo 1252 C.C.

INVALIDEZ Y REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS Y DISPOSICIONES OBJETO DE RECURSOS CONTRA LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

FRANCISCO MÁLAGA DIÉGUEZ
Área de Derecho Procesal
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

SUMARIO:

I. Delimitación del problema. — II. Los recursos contra la inactividad de la Administración (artículo 29 LJCA). — III. La alegación de la invalidez, anulación o revocación por parte de la demandada: hipótesis. — IV. Trascendencia procesal de la alegación. — V. Dinámica procesal. 1. Alegaciones. 2. Acumulación de autos y de acciones. 3. Prueba. 4. Conclusión del juicio. 5. Medidas cautelares. — VI. Conclusiones.

I. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Una de las principales innovaciones introducidas por la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), de 13 de julio de 1998, la constituyen los denominados «recursos contra la inactividad de la Administración» (artículos 25.2 LJCA y 9.4 LOPJ), cuya regulación viene a colmar

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

una antigua aspiración de la doctrina administrativista[1], al tiempo que incorpora a la Ley la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional[2]. Se trata de procesos en los que el actor ejercita frente a la Administración una pretensión de condena (artículo 32.1 LJCA), bien a una actividad de prestación debida en virtud de una disposición general que no precisa actos de aplicación, un acto, contrato o convenio administrativo (artículo 29.1), o bien a la

1. *Vid.* el apdo. V de la Exposición de Motivos de la Ley, y NIETO, A.: «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», en *Revista de Administración Pública*, 1962, núm. 37, pp. 75-126; COCA VITA, E.: «Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo* 1978, núm. 17, pp. 290-309; los diversos trabajos incluidos en el núm. 208 (abril-diciembre 1986) de *Documentación Administrativa*, monográfico sobre el tema, entre los que cabe destacar los de A. NIETO («La inactividad material de la Administración veinticinco años después», pp. 11-64) y J. FERRET I JACAS («El control jurisdiccional de la inactividad administrativa», pp. 263-275), y GUILLÉN PÉREZ, M.ª E.: *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Colex, Madrid, 1996. Con carácter monográfico sobre el control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en la nueva LJCA, cfr. AROZAMENA LASO, C.: «La inactividad material de la Administración y su control por la jurisdicción contencioso-administrativa», *Actualidad Administrativa*, 1998, núm. 39, pp. 843-859; GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la Administración*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1998, núm. 97, pp. 17-35; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «Nuevos tipos procesales. Recursos contra la inactividad administrativa y vía de hecho», en *Estudios sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dir. A. JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ), CEMCI, Granada, 1999, pp. 175-216; HERNÁNDEZ OLIVENCIA, A. R.: «La vía de hecho y la inactividad de la Administración», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1996, núm. 26, pp. 13-24; REAL FERRER, G.: «La inactividad de la Administración en la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 2381-2406, y RIBERA RODRÍGUEZ, T.: «La defensa frente a la inactividad y la vía de hecho administrativas en el anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 16 de enero de 1995», *Actualidad Administrativa*, 1995, núm. 28, pp. 455-469.

2. SSTC 294/1994, de 7 de noviembre, FJ 4.º, y 136/1995, de 25 de septiembre, FJ 3.º, donde se advierte que «de ningún modo puede excluirse que el comportamiento inactivo u omisivo de la Administración pública pueda incurrir en ilegalidad y afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. La plenitud del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), así como de la función jurisdiccional de control de dicha actuación (art. 106.1 CE), y la efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) impiden que puedan existir comportamientos de la Administración pública —positivos o negativos— inmunes al control judicial». Comenta la primera de esas Sentencias QUINTANA LÓPEZ, T.: «La inactividad de la Administración como acto administrativo tácito», *Poder Judicial*, 1994, núm. 36, pp. 415-418.

ejecución de un acto firme dictado por la propia Administración demandada (artículo 29.2). De dictarse sentencia estimatoria, el órgano jurisdiccional puede establecer en ella un plazo para que esa Administración lleve a cabo la actuación jurídicamente obligatoria (artículo 71.1 c), y, en caso de incumplimiento, las partes y personas afectadas pueden instar la ejecución forzosa del fallo una vez transcurridos dos meses desde la expiración de dicho plazo (artículo 104)[3].

Partiendo de lo anterior, el objeto del presente estudio radica en analizar qué ocurre cuando, estando pendiente un proceso contencioso-administrativo por inactividad material de la Administración en el que se reclama una prestación debida en virtud de una disposición o de un acto administrativo, o bien la ejecución de un acto administrativo firme, la demandada aduce estar revisando de oficio esa disposición o ese acto administrativo cuyo cumplimiento se solicita, o bien estar promoviendo su anulación por lesividad para el interés público. A su vez, el procedimiento de revocación[4] puede haber comenzado antes o después que el propio juicio, por lo que se impone determinar si las consecuencias son las mismas en ambos casos. La resolución de estos interrogantes exige a su vez analizar las consecuencias que producen los distintos grados de invalidez de los actos administrativos en los procesos por inactividad de la Administración, así como los cauces procesales existentes para su apreciación de oficio o a instancia de parte, puesto que también es posible que la demandada se limite a alegar la existencia de una causa de nulidad o anulabilidad del acto o disposición cuya ejecución se persigue.

El problema planteado se suscita debido a que nos encontramos ante una cuestión que no aparece regulada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En efecto, los artículos 74 a 78 de dicha Ley disciplinan los

3. En este punto, conviene recordar que la Ley trata de garantizar la ejecución en sus propios términos, a cuyos efectos ordena al Juez o Tribunal adoptar «las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado», refiriéndose en particular a la posibilidad de imponer multas coercitivas a las personas que incumplan sus requerimientos, o deducir testimonio para exigirles responsabilidad penal, todo ello previo apercibimiento (artículo 112). Si aún así no se logra el cumplimiento, el artículo 108 permite al órgano jurisdiccional ejecutar la sentencia a costa de la Administración condenada, ya sea a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de autoridades o agentes de esa u otra Administración pública (artículo 108).

4. A los efectos del presente trabajo, se utilizará el término «revocación» con dos acepciones: la genérica que comprende tanto la anulación como la revisión por motivos de oportunidad, y la específica que el legislador emplea para referirse a la revisión de actos desfavorables o de gravamen en particular. El contexto permitirá distinguir la concreta acepción empleada en cada caso. Por el contrario, no se empleará el término revocación como sinónimo de revisión por motivos de oportunidad.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

modos de terminación eventual del juicio, ocupándose sucesivamente del desistimiento, el allanamiento, la satisfacción extraprocesal de la pretensión y la transacción judicial. En un recurso contencioso-administrativo entablado *contra* un acto administrativo, la revocación del acto impugnado puede perfectamente configurarse como una satisfacción extraprocesal de la pretensión formulada en la demanda, por lo que bastaría con aplicar el procedimiento previsto por el artículo 76: notificación al Juez o Tribunal por cualquiera de las partes, audiencia de ambas partes por plazo común de cinco días y terminación del juicio por medio de auto, en el que se ordenará el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo. Sin embargo, cuando se trata de un proceso por inactividad de la Administración, la revocación del acto o disposición cuya ejecución se solicita no supone la satisfacción de la pretensión del actor, sino más bien todo lo contrario, su inviabilidad, por lo que lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley no resulta aplicable.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que la situación descrita no constituye en modo alguno una hipótesis de laboratorio, sino que puede verificarse con relativa facilidad en la práctica, habida cuenta de las amplias potestades con las que cuenta la Administración en materia de revisión de oficio. Por lo que respecta a la nulidad de pleno derecho, es bien sabido que cualquier Administración Pública debe declararla por sí misma cuando estime que un determinado acto firme cae en uno de los supuestos previstos en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC), de 26 de noviembre de 1992, a lo cual debe añadirse la novedosa revisión de oficio de disposiciones generales nulas conforme al artículo 62.2 de dicha Ley, introducida por la reciente reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. En ambos casos, el artículo 102 LPC establece como requisito de la declaración de nulidad un dictamen previo y favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma[5]; pero lo cierto es que una Administración demandada para que ejecute un acto o cumpla con lo previsto en una disposición puede perfectamente alegar estar procediendo a su revisión por presunta nulidad, por más que ese dictamen previo no se haya aún emitido ni tan siquiera solicitado.

En materia de anulabilidad, es preciso distinguir la anulación de actos favorables al administrado de la revocación de actos desfavorables o de gravamen[6]. Estos últimos pueden ser retirados por la Administración en cualquier momento, con las excepciones previstas por los artículos 105 y 106 LPC, por lo que nada impide que se verifique el problema procesal objeto de estudio[7]. Cuando se trata de actos favorables al administrado, por el contrario, la mencionada reforma de la LPC no sólo ha corregido la amplitud con la que su artículo 103 permitía su revisión de oficio[8], sino que ha eliminado totalmente esta posibilidad al generalizar la exigencia de que dichos actos sean impugnados ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, previa declaración administrativa de lesividad. Sin embargo, esta exigencia tampoco comporta en sí misma un impedimento a la posibilidad de que una Administración a la que se reclama la ejecución de un acto firme alegue estar promoviendo su anulación, incluso en aquellos supuestos en los que todavía no lo haya declarado lesivo para el interés público.

El estudio del problema descrito se ha estructurado del modo siguiente: en primer término, se efectuará un breve análisis de los recursos contra la inactividad de la Administración regulados en el artículo 29 LJCA, habida cuenta de la novedad de este tipo de procesos contencioso-administrativos; seguidamente, se sistematizarán las diversas hipótesis que pueden producirse cuando la Administración demandada en uno de esos procesos afirma estar revisando de oficio o promoviendo la anulación del acto cuyo cumplimiento o ejecución se pretende, o sencillamente alega su invalidez; en tercer lugar, se analizará la trascendencia procesal de esas alegaciones en cada una de las

5. Cfr., criticando la equiparación entre ambos organismos a estos efectos, GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., vol. I, 9.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pp. 641-642.

6. Sobre la distinción entre unos y otros, cfr. nuevamente GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., vol. I, p. 644.

7. A primera vista podría pensarse lo contrario, es decir, que los recursos contemplados en el artículo 29 LJCA nunca pueden entablarse cuando el acto administrativo es de gravamen, ya que sería absurdo que el administrado perjudicado iniciase un proceso reclamando la ejecución de un acto que le perjudica. Sin embargo, no debe olvidarse que pueden existir personas o entidades interesadas en la ejecución de ese acto limitativo de derechos. Piénsese por ejemplo en una orden de cierre de una fábrica por problemas medioambientales decretada por una Comunidad Autónoma, o en una orden de ejecución de obras de conservación y rehabilitación de un inmueble emitida por un Ayuntamiento. En caso de inejecución, es evidente que pueden existir terceros afectados (vecinos, residentes en la zona, organizaciones ecologistas), que podrían acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa solicitando la ejecución del acto, supuesto en el que la demandada podría alegar estar revisando ese acto administrativo en el que se ordena el cierre o las obras, o sencillamente haberlo ya revocado.

8. Frente a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (LPA), que limitaba la revisión de oficio de ese tipo de actos a los supuestos de vulneración de una ley formal, el originario artículo 103 LPC ampliaba esa posibilidad a los supuestos de infracción grave de normas de rango legal o reglamentario. Cfr. una crítica a esta ampliación en GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., vol. I, 8.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 649.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

hipótesis descritas y, finalmente, se examinará la dinámica procesal del problema, con especial atención a las particularidades que presenta el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78 LJCA.

II. Los recursos contra la inactividad de la Administración (artículo 29 LJCA)

Los recursos contra la inactividad de la Administración están previstos para dos supuestos aparentemente distintos: en primer lugar, pueden utilizarse para exigir el cumplimiento de una disposición general, un acto, un contrato o un convenio administrativo mediante el que la Administración se haya obligado a realizar una determinada actividad de carácter prestacional (vgr. de carácter económico, un servicio público, una licencia urbanística, etc.). En este primer caso, el artículo 29.1 LJCA limita la legitimación activa a los destinatarios de esa prestación[9], y les exige la formulación de una reclamación administrativa previa, permitiéndoles deducir su demanda por el procedimiento ordinario cuando la Administración no atienda dicha reclamación ni llegue a un acuerdo con ellos en el plazo de tres meses desde la fecha de la misma. En segundo término, el recurso puede plantearse frente a la inejecución de un acto firme (vgr. un acto declarativo de un derecho a favor del administrado, una orden de ejecución de una obra, una sanción administrativa consistente en el cese de una actividad cuyo cumplimiento interese a terceras personas, etc.), en cuyo caso también será necesario reclamar en vía administrativa la ejecución de dicho acto, aunque el artículo 29.2 LJCA reduce el plazo de espera para demandar a un mes desde la fecha esta reclamación, al tiempo que facilita una rápida sustanciación del juicio mediante su tramitación por el procedimiento abreviado. Además, la legitimación para interponer este segundo recurso se amplía a cualquier afectado por el acto de que se trate[10].

9. Critica esta limitación, apuntando su posible inconstitucionalidad por preterir a los meros titulares de intereses legítimos individuales o colectivos, J. J. Lavilla Rubira, en Arnaldo Alcubilla, E.; Fernández Valverde, R.: *Jurisdicción contencioso-administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, El Consultor, Madrid, 1998, pp. 557-560. Llega aún más lejos, afirmando que esa restricción es inaceptable y no debe aplicarse, González Pérez, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1998, vol. I, p. 724.

10. Este segundo apartado del artículo 29 fue introducido durante la tramitación parlamentaria de la Ley, a raíz de una enmienda del Grupo parlamentario socialista: cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 70-8, 27 noviembre 1997, enmienda núm. 286, en *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1998, pp.130-131.

Lógicamente, la distinción entre los dos supuestos descritos no plantea dificultad alguna cuando la prestación que se reclama en el primero de ellos deriva de una disposición general, un contrato o un convenio administrativo. Sin embargo, es lícito preguntarse si los límites entre uno y otro recurso están igualmente claros cuando la prestación a la que la Administración está obligada aparece recogida en un acto administrativo. En estos casos, si se acepta que el cumplimiento de esa prestación no es otra cosa que una modalidad de ejecución del acto administrativo del cual deriva, habrá de concluirse que los recursos contra la inejecución de actos firmes previstos en el segundo número del artículo 29 comprenden igualmente los que se plantean frente a actos, también firmes, que reconocen una prestación a favor una o varias personas determinadas. A resultas de ello, puede resultar complejo determinar cuál de los dos apartados del artículo 29 es el aplicable en cada caso concreto, lo que a su vez condiciona el procedimiento a seguir en primera instancia[11].

En la práctica, sin embargo, es presumible que el demandante optará siempre que pueda por emplear el cauce previsto por el número segundo del artículo 29 para los supuestos de inejecución de actos firmes, con lo que logrará reducir el tiempo de espera en la vía administrativa y la tramitación de su demanda por los trámites del procedimiento abreviado regulado en el artículo 78 de la Ley[12]. Teniendo en cuenta lo anterior, en las páginas que

11. Repara en esta dificultad T. de la Quadra-Salcedo, en AA.VV.: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1988», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1998, núm. 100 (monográfico), pp. 309 y 311-312.

12. Con carácter monográfico sobre el procedimiento abreviado, *vid.*, además de los estudios del art. 78 LJCA incluidos en los diversos comentarios a la Ley, Álvarez-Cienfuegos Juárez, J. M.: «El procedimiento abreviado en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1998, núm. 347, pp. 1-3; Bensusan Martín, M.ª del P.: *El procedimiento abreviado de la ley 29/1988, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Comares, Granada, 1999; *idem*, «Consideraciones sobre la regulación del procedimiento abreviado en la nueva Ley 29/1998, de 23 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Actualidad Administrativa*, 1999, núm. 16, pp. 443-472; Díaz Roca, R.: «El procedimiento abreviado en la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 385, 8 abril 1999, pp. 1-5; González-Varas Ibáñez, I.: «El procedimiento abreviado de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Argumentos a su favor», *La Ley*, núm. 4697, 21 diciembre 1998, pp. 1-4, y Solé Riera, J.: «El nuevo procedimiento abreviado de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Justicia*, 1999, núm. 2, pp. 157-197.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

siguen se prestará una especial atención a este tipo de recursos contra la inactividad de la Administración, en detrimento de los previstos en el primer número del artículo 29, los cuales quedarán reservados, en definitiva, para aquellos casos en los que el acto no haya adquirido firmeza[13].

III. La alegación de la invalidez, anulación o revocación por parte de la demandada: hipótesis

Cuando la Administración frente a la que se deduce un recurso contencioso-administrativo contra la inactividad opta por alegar la invalidez o la revocación del acto o norma reglamentaria cuya ejecución o cumplimiento se demanda, las circunstancias subyacentes a dicha alegación pueden ser muy variadas. A los efectos de exponer de forma ordenada las distintas hipótesis que pueden tener lugar en la práctica, se han adoptado tres criterios de sistematización: en primer lugar, se tendrá en cuenta el contenido de la alegación en sí misma; en segundo término, se distinguirá en función del grado de invalidez del acto o disposición afectados y, dentro de la anulabilidad, entre la impugnación por lesividad de actos favorables al administrado (art. 103 LPC) y la revocación de actos de gravamen (art. 105 LPC)[14]; finalmente, se atenderá a la mayor o menor evolución del procedimiento administrativo o jurisdiccional de revisión en el momento en el que se produce la alegación de la demandada.

A partir de esos tres parámetros de clasificación, las posibilidades más relevantes pueden esquematizarse del modo siguiente:

1. La demandada alega y acredita documentalmente que la nulidad del acto o disposición en cuestión ya ha sido declarada en vía administrativa o jurisdiccional. En tal caso, pueden apuntarse las siguientes variantes:

13. En este sentido Sánchez Morón, M.: «El objeto del recurso contencioso-administrativo», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dirs. Leguina Villa, J.; Sánchez Morón, M.), Lex Nova, Valladolid, 1999 (pp. 149-222), p. 188, y Lavilla Rubira, en *Jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., pp. 556-557. En opinión de este último autor, ese acto debe tener además carácter ejecutivo, «puesto que, de carecer de éste, la obligación impuesta a la Administración en virtud del acto no sería exigible». Hay que matizar, sin embargo, que ese carácter ejecutivo es predicable de todos y cada uno de los actos que obligan a la Administración a una actividad prestacional, hayan o no devenido firmes (arts. 57 y 94 LPC): cfr. en este sentido González Pérez, *Comentarios...*, cit., vol. I, p. 721.

14. Téngase en cuenta, no obstante, que en el caso de los recursos previstos en el artículo 29.1 LJCA se trata necesariamente de actos o disposiciones que obligan a la Administración a realizar una prestación y que, por lo tanto, son siempre favorables.

1.1. La nulidad se ha declarado antes de iniciarse el proceso contra la inactividad. En este caso, es importante advertir que el procedimiento de revisión puede ser anterior o posterior a la reclamación administrativa previa de ejecución o cumplimiento formulada por el ahora demandante.

1.2. La nulidad se ha declarado con posterioridad al inicio del proceso contra la inactividad, pero antes de que la Administración contestase a la demanda. Presumiblemente, en estos casos el procedimiento de revisión será siempre anterior al proceso contra la inactividad, pero en cambio puede ser posterior a la reclamación administrativa previa del actor. Las diversas posibilidades en este sentido serán objeto de estudio en relación con aquellos supuestos en los que la revisión de oficio se encuentra en curso cuando la demandada la alega; pero lo relevante en este caso es que, en el momento de la contestación a la demanda, la nulidad ya ha sido declarada por la propia Administración demandada (actos o disposiciones nulas), o por un órgano jurisdiccional tras el correspondiente recurso de lesividad (actos favorables anulables).

2. La demandada alega que el acto es nulo o anulable, pero no aporta documento alguno en el que se acredite que ha procedido o está procediendo a su revisión de oficio[15]. La Administración se limita por tanto a introducir en el proceso la nulidad como hecho impeditivo de la pretensión de condena formulada por el actor, pero no ha iniciado un procedimiento revisor o, si lo ha hecho, opta por no hacer constar su existencia en los autos.

3. La demandada alega que el acto es nulo de pleno derecho (o que la disposición es nula de pleno derecho) y que está procediendo a su revisión conforme a lo previsto en el artículo 102 LPC. En este caso, pueden distinguirse a su vez diversas hipótesis:

3.1. El procedimiento administrativo de revisión en curso ha comenzado con anterioridad al inicio del proceso contra la inactividad. De ser así, lo normal será que la Administración haya iniciado ese procedimiento con posterioridad a la reclamación administrativa previa del actor, ya que lo contrario implicaría a menudo la caducidad de aquél (cfr. el art. 102.5 LPC, en relación con el art. 29.1 LJCA). No obstante, en el caso de los procesos contemplados por el artículo 29.2 LJCA, que se sustancian por los trámites

15. No debe olvidarse que, en el caso de los actos nulos de pleno derecho, la Ley obliga a la Administración a proceder de oficio a su revisión (art. 102.1 LPC), pero no ocurre lo mismo en los demás supuestos de invalidez (*vid.* arts. 102.2, 103.1 y 105 LPC). En cualquier caso, es perfectamente viable que la demandada opte por limitarse a alegar la nulidad absoluta, ya que el Tribunal también tiene el deber de declararla.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

del juicio abreviado, podría ocurrir que el procedimiento administrativo de revisión fuese anterior incluso a la solicitud de ejecución del afectado, posteriormente demandante, por lo que también esta eventualidad deberá ser objeto de examen.

3.2. El procedimiento administrativo de revisión ha comenzado con posterioridad al inicio del proceso contra la inactividad.

Cada una de estas dos primeras hipótesis admite a su vez dos variantes:

a) La disposición o el acto administrativo no han sido declarados nulos todavía, pero ya se ha emitido el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

b) Ese dictamen previo no se ha emitido todavía, pero consta el inicio del procedimiento administrativo de revisión.

3.3. La Administración no acredita documentalmente el inicio del procedimiento administrativo de revisión, pero alega que existe.

4. El acto cuya ejecución se pretende es favorable o declarativo de derechos, y la demandada alega que dicho acto es anulable y que está procediendo a su anulación. En este caso, las posibilidades son las siguientes:

4.1. Está pendiente un recurso contencioso-administrativo de lesividad (cfr. arts. 43, 45.4 y 46.5 LJCA, entre otros), que puede ser anterior al proceso por inactividad o posterior al mismo, y que a su vez puede traer causa de una declaración de lesividad anterior o posterior a dicho proceso y/o a la reclamación administrativa previa del actor.

4.2. No está pendiente un recurso de anulación, pero existe una declaración administrativa de lesividad adoptada previa audiencia de los interesados (art. 103.2 LPC). A su vez, esa declaracion podrá ser anterior al recurso contra la inactividad o posterior al mismo y, en el primer caso, podrá haber precedido o no a la reclamación administrativa previa del demandante.

4.3. No existe una declaración administrativa de lesividad, pero se acredita que se ha iniciado el procedimiento para su adopción, lo que a su vez podría haber ocurrido con anterioridad o con posterioridad al inicio del proceso contra la inactividad y/o a la reclamación administrativa previa del actor, siempre que no se haya superado el plazo de caducidad previsto por el artículo 103.3 LPC.

4.4. No existe una declaración administrativa de lesividad, ni se acredita documentalmente que se ha iniciado el procedimiento administrativo previsto para su adopción, aunque la Administración alega lo contrario.

5. El acto cuya ejecución se pretende es de gravamen (en cuyo caso, como es lógico, su destinatario no coincidirá con el demandante en el proceso contra la inactividad). En este caso pueden advertirse tres variantes:

5.1. La Administración acredita haber revocado el acto administrativo cuya ejecución se pretende con anterioridad al inicio del proceso contra la inactividad.

5.2. La Administración acredita haber revocado el acto administrativo con posterioridad al inicio del proceso.

5.3. La Administración anuncia que el procedimiento de revisión de oficio está en curso, o su intención de revocar el acto inmediatamente o en un futuro próximo.

IV. Trascendencia procesal de la alegación

Pese a la complejidad que generan las numerosas hipótesis expuestas en el epígrafe precedente, el problema procesal planteado puede ser abordado a nivel de principios, para descender posteriormente a la resolución de los supuestos particulares. En este sentido, puede afirmarse que la integración de la laguna legal existente en esta materia gira en torno a tres claves fundamentales:

a) La primera de ellas la constituye el grado de invalidez afirmado por la Administración demandada, ya sea directamente o a través de la puesta en marcha del procedimiento de anulación cuya existencia se denuncia. Lógicamente, la alegación de una causa de nulidad absoluta o de pleno derecho no puede tener la misma trascendencia que la de la mera anulabilidad, puesto que aquélla comporta unas consecuencias jurídicas mucho más graves que ésta en el plano extraprocesal[16], lo que a su vez repercute en el propio juicio en los términos que posteriormente se verán. Por su parte, la revocación (de actos de gravamen) por razones de mera oportunidad requiere también un tra-

16. Invalidez automática e inmediata, es decir *ex tunc*, eficacia *erga omnes* de la nulidad, imprescriptibilidad, imposibilidad de sanación por convalidación, confirmación o consentimiento del afectado, etc. Sobre este tipo de nulidad y sus diferencias respecto de la anulabilidad, *vid.* ampliamente Garrido Falla, F.: «Los motivos de impugnación del acto administrativo (nulidad y anulabilidad en Derecho Administrativo)», *Revista de Administración Pública*, 1955, núm. 17, pp. 11-85; Santamaría Pastor, J. A.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*, 2.ª ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, y más recientemente Beladíez Rojo, M.: «La nulidad y anulabilidad: Su alcance y significación», *Revista de Administración Pública*, 1994, núm. 133, pp. 155-187; Jordano Fraga, J.: *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 167 y ss., y los estudios sobre la materia incluidos en los diversos Comentarios a la LPC de 1992.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tamiento diferenciado, ya que supone que el acto cuya ejecución pretende el demandante es o era perfectamente válido.

b) Un segundo elemento esencial a tener en cuenta es la relación temporal existente entre el momento inicial de la actividad revisora y la actuación del demandante. En todos los casos en los que aquélla es posterior a ésta en cualquiera de las variantes apuntadas anteriormente, deben extremarse las precauciones porque aumenta el riesgo de mala fe por parte de la demandada que formula este tipo de alegaciones. No puede olvidarse que los procesos por inactividad tienen su origen en una reticencia de la Administración a cumplir con lo previsto en una disposición o un acto que, en principio, están cubiertos por una presunción legal de validez (art. 57 LPC), ni tampoco que la demanda va precedida siempre de una reclamación administrativa que esa Administración ha desatendido. En estas circunstancias, sería intolerable que la demandada utilizase sus prerrogativas en materia de revocación para bloquear la pretensión del actor sin una causa justificada, puesto que ello sería contrario a lo previsto en el artículo 106 LPC, que prohíbe utilizar las facultades de revisión cuando «por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes». Pues bien, parece evidente que un indicio en este sentido podría ser el inicio del procedimiento de revisión con posterioridad a la interposición del recurso contra la inactividad o incluso de la reclamación administrativa que lo precede, ya que cabe plantearse si en estos casos la Administración está realmente reaccionando frente a la invalidez del acto, que habría descubierto precisamente cuando se le solicita su ejecución, o únicamente frente a la actividad del demandante.

c) El tercer factor a tomar en consideración para la resolución del interrogante planteado lo constituyen los diversos efectos procesales que genera la litispendencia desde el momento de la incoación del proceso e incluso, en los supuestos objeto de estudio, desde la reclamación o solicitud administrativa previa del actor[17]. Uno de esos efectos es la *perpetuatio obiectus* (tradicionalmente denominada prohibición de la *mutatio libelli*), que obliga a evitar en la medida de lo posible la modificación del objeto litigioso *lite pendente*, a los efectos de garantizar que la futura sentencia tendrá la misma eficacia que si se hubiese pronunciado el mismo día en el que se formuló la demanda o se llevó a cabo el primer acto procesal o extraprocesal necesario

17. En efecto, los efectos de la litispendencia deben retrotraerse al momento en el que el demandante lleve a cabo cualquier trámite que la ley le exija para poder demandar: cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, F.: *La litispendencia*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 57-59.

para ello[18]. Sin embargo, lo cierto es que esa ficción de inmutabilidad no tiene hoy en día carácter absoluto. De hecho, el principio de economía procesal aconseja aprovechar la pendencia del juicio para acumular al mismo todas las controversias conexas existentes entre las partes, con lo que se evita la necesidad de formular ulteriores demandas que, de producirse igualmente, serían eliminadas mediante la excepción de litispendencia[19]. Sin perjuicio de las concretas exigencias previstas por cada sistema procesal, el único requisito teórico exigible para que esa acumulación sea posible radica en que las partes puedan defenderse sin limitaciones frente a la nueva pretensión. Pues bien, aplicando esta teoría general al supuesto en examen, se impone determinar hasta qué punto es posible que todo lo relativo a la validez del acto o disposición se discuta o acumule en el proceso por inactividad, al efecto de evitar litigios prejudiciales paralelos encaminados a la anulación de aquéllos.

Partiendo de estas tres claves o factores de carácter general, pueden ofrecerse las siguientes soluciones a las diversas hipótesis esquematizadas en el epígrafe precedente:

1. En todos aquellos supuestos en los que la nulidad de la disposición o acto objeto del proceso ya haya sido declarada en una resolución firme cuando la Administración contesta a la demanda, la única solución factible es la terminación del juicio previa audiencia de las partes. Como se advertía anteriormente, es posible que el procedimiento de revisión sea posterior a la solicitud de ejecución o cumplimiento efectuada por el demandante con carácter previo, en cuyo caso se trataría de uno de los hechos sobrevenidos que la litispendencia tiende en principio a ignorar por medio de la *perpetuatio obiectus*. Sin embargo, la nulidad ya declarada constituye un elemento fáctico esencial que determina irremisiblemente la extinción de la pretensión del demandante por desaparición de su *petitum* mediato, por lo que es inevitable darle entrada en el proceso a los efectos de concluirlo. En el caso de la nulidad absoluta, que tiene efectos *ex tunc*, no nos encontramos ni siquiera ante un verdadero hecho sobrevenido, puesto que hay que entender que el acto o disposición ya eran nulos con anterioridad al inicio del proceso por inactividad.

No obstante lo anterior, la existencia de un litigante interesado en el cumplimiento de la disposición o en la ejecución del acto, unida al breve lap-

18. Sobre este efecto *ad intra* de la litispendencia y sus limitaciones en el proceso civil, cfr. nuevamente MÁLAGA DIÉGUEZ, *La litispendencia*, cit., pp. 237-256.

19. En esta línea se enmarca el artículo 400.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, en adelante LEC-2000), en el que se prevé que, «a efectos de litispendencia y cosa juzgada, los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

so de tiempo mediante entre el inicio del proceso por inactividad y la contestación de la demandada, permiten calificar la situación descrita como muy poco probable. Lo normal será que la declaración administrativa o judicial de nulidad, en caso de haberse ya producido, no sea aún firme, bien por haber sido objeto de un recurso contencioso-administrativo (en el caso de la nulidad de pleno derecho), o bien por haber sido impugnada ante un Tribunal superior (en el caso del recurso de lesividad contra actos anulables). En este último supuesto, no queda más solución que la suspensión del proceso por inactividad hasta la resolución del recurso contra la declaración de nulidad, ya que no es posible la acumulación de juicios que se encuentran en diferentes instancias[20]. Cuando se ha iniciado otro proceso en el que se recurre —en primera instancia— la declaración administrativa de nulidad de pleno derecho, en cambio, nos encontramos ante dos pretensiones deducidas en relación con un mismo acto, y por lo tanto acumulables en virtud del artículo 34.1 LJCA[21]. Por consiguiente, en este caso el órgano jurisdiccional podrá acordar la reunión de ambos juicios, ya sea de oficio o a instancia de parte (artículo 37.1 LJCA).

En todos los supuestos hasta ahora analizados, la posibilidad de mala fe por parte de la Administración demandada se ve atenuada por diversos factores: en el caso de la nulidad de pleno derecho, la intervención con carácter vinculante de un organismo más o menos fiable, cual es el Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma; en el supuesto de la anulabilidad de actos favorables, la existencia de una resolución de un órgano jurisdiccional —y por lo tanto imparcial— en el recurso de lesividad, así como el respeto de los derechos de audiencia y contradicción que rigen tanto en dicho proceso como en el previo procedimiento administrativo para la declaración de lesividad (cfr. art. 103.2 LPC); en el caso de los actos de gravamen, los límites a la potestad de revocación previstos en el artículo 105 LPC. Cuando, pese a estas garantías, el órgano jurisdiccional que conoce del proceso por inactividad llegue a la conclusión de que la Administración ha perjudicado de mala fe al demandante al retrasar el inicio del procedimiento de anulación, siempre queda la posibilidad de penalizarla por medio de una condena en costas (cfr. art. 139.1 I LJCA)[22].

20. Arts. 165 LEC-1881 y 77.4 LEC-2000, supletoriamente.

21. A mayor abundamiento, tanto en este supuesto de acumulación como en los que posteriormente se verán concurre también la «conexión directa» a la que se refiere el número 2 del mismo precepto. No debe olvidarse que la prejudicialidad no es otra cosa que una conexión cualificada, que en este caso es evidente por cuanto existe un juicio en el que se solicita la ejecución de un acto administrativo, que obviamente presupone su validez, y otro en el que se está cuestionando esta última.

2. En el supuesto de que la Administración se limite a alegar que la disposición o acto están viciados[23], las consecuencias procesales serán distintas en función del grado de invalidez afirmado. En el caso de la nulidad de pleno derecho, debe recordarse que se trata de una cuestión de orden público y que, precisamente por ello, el Juez tiene el deber de verificar su existencia sean cuales sean las circunstancias e incluso de oficio[24]. En cambio, cuando el presunto vicio sea constitutivo de nulidad simple y el acto viciado sea favorable o declarativo de derechos, hay que entender que su mera alegación en un juicio por inactividad no tiene trascendencia procesal a menos que vaya acompañada de una declaración administrativa de lesividad, puesto que lo contrario permitiría a la Administración eludir el procedimiento previsto por

22. Téngase en cuenta, no obstante, que esta posibilidad también puede actuar en contra del actor. Así ocurriría, por ejemplo, cuando quedase probado que éste interpuso su demanda a sabiendas de la existencia de una declaración administrativa o judicial de nulidad, o de un procedimiento de revisión de oficio o de anulación. En estos casos, la demanda bien podría calificarse de temeraria a los efectos de la imposición de costas, ya que el instrumento adecuado para combatir la declaración de nulidad es un recurso contencioso-administrativo contra la misma (en el caso de la revisión de oficio del art. 102 LPC) o la actuación como parte en el recurso de lesividad, pero no un recurso contra la inactividad que carece de todo fundamento en esas circunstancias. Sobre todo ello, *vid. infra*, ep. V.4.

23. En este caso, lo normal será que la demandada solicite expresamente una declaración judicial de nulidad que lleve a la desestimación de la demanda; pero las consideraciones que se harán son igualmente aplicables a los supuestos en los que el hecho impeditivo se introduce mediante una excepción que no va acompañada de una expresa pretensión declarativa de dicha nulidad. En estos casos, la invalidez será objeto de debate contradictorio y el Juez tendrá que pronunciarse sobre ella en su sentencia, por lo que este pronunciamiento quedará cubierto por la cosa juzgada una vez que esa sentencia devenga firme. Hay que entender incluso que la nulidad, en tanto que hecho impeditivo, queda cubierta por la cosa juzgada aunque no haya sido alegada: en este sentido, cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M.: Comentario al artículo 1.252 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigidos por M. Albadalejo), Revista de Derecho Privado-Edersa, Madrid, T. XVI, vol. 2.º (pp. 696-780), pp. 732-733, y el ya citado artículo 400.2 LEC-2000.

24. SSTS 1 febrero 1984 (Cdo. 1.º), 7 marzo 1988 (Ar. 1791), FD 3.º, 12 julio 1988 (Ar. 6075), FD 4.º, 26 abril 1989 (Ar. 3297), FD 1.º, 25 septiembre 1989 (Ar. 6694), FD 1.º, 19 noviembre 1991 (Ar. 8896), FD 5.º, y las que citan. En la doctrina, *vid.* por todos COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo, I*, 10.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 341; GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, *Curso...* (1999), cit., vol. I, pp. 606-607; MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Administrativo*, 19.ª ed., Trivium, Madrid, 1998, p. 353, y SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, vol. II, p. 152.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el artículo 103 LPC para obtener la declaración judicial de nulidad mediante el recurso de lesividad[25]. La cuestión se complica cuando se trata de un acto de gravamen anulable, cuya ejecución demanda un interesado que no coincide con el destinatario de dicho acto. Al contar la Administración con la potestad genérica de revocar este tipo de actos incluso cuando son válidos, podría pensarse que el Juez está de algún modo obligado a dictar sentencia desestimatoria. Hay que entender, sin embargo, que la propia pendencia de un proceso por inactividad en el que se insta la ejecución de un acto de este tipo constituye un límite a esa posibilidad de revocación, puesto que implica que existen interesados a los que el acto favorece, al tiempo que puede hacer jugar los límites previstos en los artículos 105 y 106 LPC. Por lo tanto, el Juez tendrá que valorar si el acto está viciado, pero podrá hacerlo con total libertad y prescindiendo de la tesis de la Administración demandada al respecto.

3. Cuando la demandada se defienda alegando que está procediendo a la revisión de oficio del acto o disposición conforme a lo previsto en el artículo 102 LPC, sólo hay una solución posible con independencia de lo avanzado del procedimiento de revisión y del momento inicial del mismo: al tratarse de un problema de nulidad absoluta o de pleno derecho, el Juez tendrá que verificar de oficio si ésta concurre en el caso concreto, para lo que podrá tener en cuenta los elementos aportados por la demandada y muy en particular el dictamen favorable del Consejo de Estado o consejo consultivo, si éste ya se ha emitido. Si llega a la conclusión de que existe una causa de nulidad, ya se ha indicado que ésta producirá efectos *ex tunc* y por lo tanto anteriores al proceso, por lo que ni siquiera existe una alteración de la ficción de inmutabilidad generada por la litispendencia. Por último, y al igual que en el caso

25. En efecto, como advierten E. ORTEGA MARTÍN (en ARNALDO ALCUBILLA, FERNÁNDEZ VALVERDE, *Jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., p. 579, siguiendo a J. PECES MORATE), D. CÓRDOBA CASTROVERDE [«Procedimiento en primera o única instancia», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dirs. LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN), *op. cit.* (pp. 223-298), p. 233], M. CUCHILLO FOIX (en AA.VV., «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1988», cit., p. 380) y F. RUIZ RISUEÑO (*El proceso contencioso-administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Colex, Madrid, 1998, p. 423), entre otros muchos, la declaración de lesividad es un verdadero *presupuesto de procedibilidad* de la acción de anulación de actos favorables. Como tal, debe exigirse con independencia de que dicha acción se ejercite en una demanda o por vía reconvencional o de excepción, tal y como afirma, refiriéndose concretamente a la reconvención, OROZCO MUÑOZ, M.: «Objeto del proceso: pretensión y actividad administrativa enjuiciable. Especial referencia a las pretensiones frente a la inactividad material», en *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dir. J. GARBERÍ LLOBREGAT), COLEX-ICSE, Madrid-Las Palmas de Gran Canaria, 1999 (pp. 131-157), p. 153.

de la nulidad ya declarada, el Juez siempre tendrá la posibilidad de imponer las costas a la Administración cuando aprecie mala fe en su actuación.

4. La situación es bastante más compleja cuando el acto cuya ejecución se pretende es favorable y la demandada contesta o comparece alegando que está en curso su anulación. En este caso, a diferencia de lo que ocurre en el que acaba de analizarse, el Juez no puede entrar a valorar de oficio la presunta nulidad relativa, pero tampoco puede ignorar la pendencia simultánea o inmediata de un proceso jurisdiccional (el recurso de lesividad) en el que se ha deducido una acción constitutiva que es claramente prejudicial a la que se encuentra en curso ante él (recurso contra la inactividad). En tales circunstancias, hay que entender que la solución más correcta es la acumulación, ya que parece evidente que existen dos pretensiones (contrapuestas) relativas a un mismo acto en los términos del artículo 34.1 LJCA. En este sentido, las posibilidades que pueden plantearse en el momento en el que la Administración contesta a la demanda son básicamente dos:

a) En primer lugar, puede ocurrir que la lesividad del acto cuya ejecución se pretende ya haya sido declarada en vía administrativa, o cuando menos que ya se haya iniciado el procedimiento necesario para adoptar esa declaración (hipótesis 4.2 y 4.3). En tal caso nos encontramos ante una mera actuación administrativa, por lo que el Juez no puede acordar de oficio la acumulación, que está prevista únicamente para los supuestos de pendencia simultánea de dos recursos contencioso-administrativos (art. 37.1 LJCA). Precisamente por ello, la única solución posible en estos casos consiste en que el demandante solicite la ampliación del objeto del proceso al problema de la validez del acto (art. 36.1 LJCA). De este modo, el actor conseguirá impedir que la Administración demandada interponga un recurso de lesividad autónomo[26], al tiempo que se cerciorará de que todos los problemas relativos a la validez del acto quedarán expresa y definitivamente zanjados en el proceso por él iniciado.

b) En segundo término (o bien como consecuencia de la no ampliación en el caso anterior), es posible que el recurso de lesividad se encuentre ya pendiente ante un Juzgado o Tribunal de lo contencioso-administrativo, que presumiblemente será el mismo que conoce del proceso por inactividad u otro de la misma clase y población (hipótesis 4.1). Una vez que la Administración demandada haya dado noticia al órgano jurisdiccional de la existencia de ese juicio —lo que está obligada a hacer desde el momento en que remite el expe-

26. Lógicamente, un eventual recurso de lesividad interpuesto a pesar de la ampliación del objeto del proceso por inactividad podría ser excluido mediante la excepción de litispendencia.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diente administrativo (art. 38.1 LJCA)—, éste no precisa una solicitud de parte para acordar la acumulación, sino que puede perfectamente ordenarla de oficio (art. 37.1 LJCA). En el caso de que la acumulación no fuese posible por encontrarse ambos juicios en diferentes instancias, deberá decretarse la suspensión del proceso por inactividad hasta la resolución del recurso de lesividad, dado el carácter prejudicial de este último.

5. En todos los supuestos en los que el demandante pretenda la ejecución de un acto de gravamen, obviamente dirigido a otra persona o entidad, la Administración puede contestar a la demanda alegando haber revocado dicho acto o estar a punto de hacerlo, pero sin cuestionar su validez (hipótesis 5). Se trata de una posibilidad susceptible de verificarse con relativa frecuencia en la práctica, ya que es en relación con ese tipo de actos donde la Administración tiene más poder para revisar de oficio y donde, al mismo tiempo, es fácil que surjan procesos por inactividad promovidos por terceros interesados a los que el acto de gravamen beneficia. En tales circunstancias, hay que entender que las facultades revisoras de la Administración priman en principio sobre el mero interés del actor en la ejecución del acto, por lo que el Juez no tiene potestad para impedir la revocación por más que ésta recaiga sobre un acto perfectamente válido. Sin embargo, lo que sí puede hacer este Juez es controlar la regularidad de la actuación administrativa y, en particular, el respeto de los límites previstos por los artículos 105 y 106 LPC[27], lo que resulta especialmente importante en los supuestos que se están analizando a fin de evitar abusos y actuaciones contrarias a derecho por parte de la demandada. A tales efectos, el demandante podrá solicitar la ampliación del objeto del proceso a ese control de la revocación, en aplicación del artículo 36.1 LJCA, tan pronto como tenga conocimiento de la misma, ya que se trata nuevamente de una actuación que presenta una «conexión directa» con el recurso contra la inactividad en los términos previstos por el artículo 34 LJCA. Si la revocación ha sido ya objeto de un recurso contencioso-administrativo, la solución será nuevamente la acumulación, que el Juez podrá decretar de oficio o a instancia de parte, o, de no ser ésta posible, la suspensión del proceso por inactividad hasta la resolución del juicio en el que se verifica la regularidad de la revisión de oficio.

27. El artículo 105.1 LPC se refiere en concreto a la revocación, prohibiendo que «constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico» (art. 105.1 LPC), mientras que el artículo 106 prohíbe, en general, ejercitar las facultades de revisión cuando «por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

6. Puede ocurrir, finalmente, que la Administración se limite a efectuar una alegación incompleta, oscura o confusa, del tipo «se está procediendo a la revisión del acto cuya ejecución se solicita», pero sin ofrecer prueba alguna de la existencia del procedimiento de revisión en el momento procesal oportuno (hipótesis 3.3 y 4.4). En estos casos, hay que concluir sencillamente que la eventual existencia de ese procedimiento carece de relevancia procesal, por lo que el Juez deberá continuar la tramitación del proceso y únicamente deberá comprobar la inexistencia de una causa de nulidad de pleno derecho en la disposición o acto cuya ejecución o cumplimiento se pretende.

Sea cual sea la solución que se adopte, no debe olvidarse la vigencia de una importante regla de carácter general que se desprende del artículo 106 LPC: siempre que la Administración alegue estar ejercitando sus facultades revisoras y el procedimiento de revisión o la revocación sean posteriores a la reclamación previa del demandante o al propio inicio del proceso, el Juez o Tribunal abocado a controlar la regularidad de dicho ejercicio podrá y deberá valorar si existe una vulneración de la equidad o la buena fe, a los efectos de invalidar la revisión. Como se advertía al principio de este epígrafe, en estos supuestos se aprecia un posible indicio de mala fe en la conducta de la demandada, que no parece percatarse de la necesidad de revocar el acto o disposición hasta que el actor le exige judicialmente su ejecución —después de reclamársela también en vía administrativa—, por lo que el órgano jurisdiccional debe ser especialmente cauteloso para evitar abusos. Hay que matizar, no obstante, que esa regla general cede en las hipótesis de nulidad de pleno derecho, por más que el precepto se refiera a «las facultades de revisión» sin hacer excepciones. En efecto, las graves consecuencias de este grado de invalidez impiden que el Juez o Tribunal, al conocer del recurso de lesividad en cualquiera de sus instancias, de la demanda del administrado contra la revocación o del proceso por inactividad a la que aquéllos se acumulan, pueda tener en cuenta la eventual mala fe de la Administración para impedir la revisión del acto en aplicación del artículo 106 LJCA, ya que semejante resolución comportaría una auténtica sanación encubierta del acto viciado, que como tal es inadmisible en los supuestos de nulidad absoluta.

V. Dinámica procesal

Como ya se ha indicado, el problema procesal objeto de estudio puede plantearse por igual en el procedimiento ordinario o en el abreviado, si bien es más probable que se suscite en este último, puesto que cabe prever que los ciudadanos aprovecharán su brevedad para canalizar por el mismo todas sus

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pretensiones de ejecución o cumplimiento de actos firmes, quedando el juicio ordinario relegado a las acciones de cumplimiento de una disposición general o de actos que aún sean susceptibles de recurso. Pese a ello, se efectuará un breve análisis de la dinámica procesal relativa a la cuestión que se está examinando en ambos procedimientos.

1. Alegaciones

En el juicio ordinario, el momento procesal oportuno para alegar la invalidez del acto o disposición cuya ejecución o cumplimiento se demanda, o bien la existencia de un procedimiento de revocación referente a los mismos, es lógicamente el escrito de contestación a la demanda (art. 54.1 LJCA). La formulación de dicha alegación en un momento anterior (vgr. al personarse la Administración mediante el envío del expediente administrativo) es extemporánea, y desde luego no exime a la demandada de reiterarla en su escrito de contestación, bajo pena de preclusión[28].

En el procedimiento abreviado, donde no existe un escrito de contestación a la demanda, la alegación se efectuará necesariamente en el acto de la vista (cfr. art. 78.7 LJCA). En este punto, hay que precisar que la regulación de este juicio no excluye en modo alguno la posibilidad que tiene la Administración demandada de oponer la invalidez del acto administrativo, como pretende SANZ GANDASEGUI[29]. Para empezar, el procedimiento abreviado no

28. Tampoco puede la Administración afirmar esas circunstancias mediante el trámite de las alegaciones previas regulado en los artículos 58 y 59 LJCA, ya que no concurre ninguno de los supuestos de inadmisibilidad del recurso previstos en el artículo 69. El único caso que podría plantear dudas en este sentido es la litispendencia, en aquellos supuestos en que esté pendiente un proceso contencioso-administrativo más antiguo, en el que se esté ventilando la cuestión de la validez del acto. Sin embargo, lo cierto es que en estas hipótesis no concurren las identidades necesarias para que esa excepción pueda prosperar, ya que la relación entre ambos pleitos sería de prejudicialidad, y ésta debe solucionarse mediante la acumulación de autos y no mediante la eliminación del proceso por inactividad. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda concurrir el actor que hubiera demandado conociendo la existencia de un proceso jurisdiccional en el que se pretende o revisa la anulación del acto o disposición cuya ejecución pretende, responsabilidad que podrá plasmarse desde luego en una condena en costas por mala fe o temeridad. Como posteriormente se verá, la situación podría cambiar con la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

29. SANZ GANDASEGUI, F.: «Procedimiento abreviado», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1988*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 694. Según este autor, la «especialidad material» del procedimiento abreviado impediría oponer dentro del mismo la invalidez como excepción o como reconvención, por lo que la Administración

es un proceso especial ni sumario, sino ordinario y plenario, por lo que el demandado puede defenderse esgrimiendo todos los hechos y motivos que considere oportunos[30]. Además, obligar a la Administración a iniciar un procedimiento de anulación cuando ella misma pretende debatir la invalidez del acto en el juicio ya pendiente es una solución anti-económica, que sólo genera ulteriores problemas procesales y que obvia las diversas posibilidades de acumulación previstas por la Ley[31].

Normalmente, la alegación de la invalidez o revocación provendrá de la Administración cuya inactividad se denuncia, pero cabe plantearse si es posible que sea un particular el que la formule. Piénsese por ejemplo en los supuestos en los que el actor reclama la ejecución de un acto de gravamen: ¿podría el destinatario de dicho acto comparecer alegando la nulidad del mismo?[32] Para responder a este interrogante, es preciso partir de un dato fundamental: en el nuevo proceso contencioso-administrativo, cualquier persona o entidad cuyos derechos o intereses legítimos puedan quedar afectados por una eventual sentencia estimatoria se considera parte demandada [art. 21.1 b) LJCA]. Así, en el procedimiento ordinario, los recursos contra la inactividad

debería iniciar el procedimiento de revisión de oficio o el de declaración de lesividad, y posteriormente solicitar la suspensión del proceso por inactividad.

30. Reconoce que ni el artículo 29 ni el 78 limitan los motivos de oposición al recurso de inactividad, por más que considera «sorprendente» que la Administración pudiera argumentar que el acto cuya ejecución se solicita es inválido sin iniciar el procedimiento para su revisión de oficio, DE LA QUADRA-SALCEDO, en AA.VV., «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1988», cit., pp. 310-311.

31. SANZ GANDASEGUI pretende solucionar esos problemas mediante la suspensión del proceso por inactividad, que según él debería producirse siempre que la Administración lo solicitase, bien por estar pendiente un recurso de lesividad relativo al acto litigioso, bien por estar en curso el mero procedimiento administrativo de revisión de oficio (*op. cit., loc. cit.*). Sin entrar por ahora en las dificultades que plantea la suspensión por prejudicialidad, debido a la ausencia de una base legal para la misma (cfr. *infra*, nota núm. 40), esa tesis no puede convencer: por un lado, es inadmisible que la mera actividad administrativa en que consiste el procedimiento de revisión de oficio pueda provocar la suspensión de un proceso jurisdiccional, especialmente cuando aquélla es posterior a éste; por otro, la pendencia simultánea de un recurso de lesividad debe solucionarse mediante la acumulación de procesos, y sólo cuando ésta no sea posible cabría plantearse la posibilidad de decretar la paralización de uno de ellos.

32. Como es lógico, esta eventualidad sólo podría producirse en aquellos supuestos en los que ese destinatario no haya intentado ya la anulación en otro proceso, puesto que de lo contrario la cuestión de la nulidad ya se encontraría pendiente en ese otro litigio (o resuelta por sentencia firme desestimatoria). En estos casos, el problema procesal es bien distinto del que se está examinando: la Administración demandada por su inactividad no sólo no alega la invalidez de la disposición o acto objeto del proceso, sino que está combatiendo esa invalidez en otro juicio en el que también aparece como demandada.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sólo pueden iniciarse mediante demanda cuando no existan terceros interesados (art. 45.5 LJCA), pero en caso contrario comienzan necesariamente por escrito de interposición (art. 45.1 LJCA), y es la propia Administración la que se encarga de emplazar a cuantos aparecen como interesados en el expediente administrativo para que puedan comparecer como demandados (art. 49.1 LJCA). Junto a ese emplazamiento inicial, se prevé la posibilidad de que otros terceros afectados intervengan posteriormente, a cuyos efectos el Juzgado o Tribunal puede dar publicidad a la interposición del recurso, tanto de oficio como a instancia de parte (art. 47.1 LJCA). Incluso en aquellos supuestos en los que el juicio comienza por demanda, la Ley se preocupa de buscar a esos posibles interesados en convertirse en demandados, obligando al órgano jurisdiccional a anunciar la interposición de dicha demanda[33]. En ambos casos, parece claro que la intervención del tercero no se produce en calidad de mero coadyuvante, sino que es claramente litisconsorcial.

La situación es ligeramente distinta en el procedimiento abreviado, debido a la celeridad que se pretende con su regulación. En principio, el artículo 78.3 parece atribuirle al Juez la obligación de emplazar a los interesados, en lugar de dejar dicho emplazamiento en manos de la Administración como ocurre en el procedimiento ordinario. Sin embargo, hay que entender que ello no exime a esa Administración de advertir a los terceros interesados de la pendencia del juicio, emplazándoles para que comparezcan como codemandados, como tampoco excluye la posibilidad de que ellos mismos intervengan *motu proprio* antes de la celebración de la vista o al principio de la misma (arg. *ex* arts. 49 y 78.23 LJCA)[34].

33. Cfr. el artículo 47.2 LJCA, que se refiere a «quienes tengan interés legítimo en sostener la conformidad a Derecho de la disposición, acto o conducta impugnados». Pese al tenor literal del precepto, hay que interpretar que también puede tratarse de personas o entidades que pretendan sostener la conformidad a Derecho *de la inactividad* de la Administración, ya que el precepto se refiere a «los supuestos previstos por el artículo 45.5» sin hacer distinciones. Como en tantos otros casos, el legislador está pensando exclusivamente en los recursos contra actos administrativos y olvida los restantes (cfr. vgr. art. 70 LJCA).

34. Por todos ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.: «Procedimiento abreviado», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)* (dir. J. M. SANTOS VIJANDE), EDERSA, Madrid, 1999 (pp. 589-607), p. 600; BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 379-380; BORRAJO INIESTA, I.: *Procedimiento abreviado*, en AA.VV., «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1988», *op. cit.* (pp. 560-577), p. 571; SAINZ MORENO, F.: «El procedimiento abreviado», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dirs. LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN), *op. cit.* (pp. 357-377), p. 369; SANZ GANDASEGUI, *Procedimiento abreviado*, cit., p. 695, y SOLÉ RIERA, «El nuevo procedimiento abreviado...», cit., p. 172.

De lo anterior se desprende que, con independencia de su personación inicial o intervención posterior, los afectados adquieren la condición de parte demandada, forman un litisconsorcio con la Administración y se verán afectados por la eficacia de cosa juzgada de la futura sentencia firme, por lo que deberán tener cuando menos las mismas posibilidades que esta última para efectuar alegaciones conducentes a la desestimación de la demanda[35]. Por consiguiente, nada impide que también ellos puedan denunciar la invalidez del acto o disposición cuya ejecución se pretende, e incluso la existencia de un procedimiento administrativo o jurisdiccional encaminado a su revocación. Paralelamente, hay que entender que los únicos límites a esta posibilidad son los mismos que se aplican a la propia Administración demandada (vgr. no podrá alegarse con éxito que un acto favorable es anulable sin aportar copia de la declaración administrativa de lesividad), sin perjuicio claro está de la eventual prescripción de la acción de anulación[36].

2. *Acumulación de autos y de acciones*

a) En el epígrafe precedente, se ha propuesto la acumulación de autos como solución a todos aquellos supuestos en los que, junto al proceso por

35. En este sentido, subrayando la autonomía de que gozan esos titulares de derechos o intereses legítimos respecto de la Administración demandada, EMBID IRUJO, A.: «Las partes», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dirs. LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN), *op. cit.* (pp. 123-147), p. 145; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pp. 601-602, y GARCÍA GIL, F.: *El proceso contencioso-administrativo (Conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, Dilex, Madrid, 1998, p. 393.

36. Efectivamente, puede ocurrir que al tercero le haya precluido el plazo para interponer la demanda de anulación del acto de gravamen, y que sea precisamente esa prescripción la que haya determinado que el acto ganase firmeza, lo que a su vez habría permitido al recurrente instar su ejecución conforme a lo previsto en el artículo 29.2 LJCA. En principio, ello supondría que ese tercero ha consentido el presunto vicio (cfr. art. 28 LJCA), por lo que iría contra sus propios actos si, por ejemplo, excepcionase la nulidad relativa del acto administrativo objeto del proceso. Mayores dudas se plantean en el caso de la nulidad de pleno derecho, ya que, pese a su imprescriptibilidad, la jurisprudencia viene excluyendo la interposición extemporánea de recursos contra actos viciados, por más que se basen en la supuesta nulidad radical de los mismos, obligando al administrado a solicitar la revisión de oficio de dichos actos [cfr. SSTS 28 septiembre 1998 (Ar. 7958), FD 2.º, 20 enero 1999 (Ar. 32), FD 3.º, y las que citan]. Sin embargo, no parece que ello implique la prescripción de la nulidad absoluta, sino únicamente de la posibilidad de denunciarla mediante el recurso directo contra el acto viciado, por lo que hay que concluir que el tercero codemandado sí podrá aducir esa nulidad en el proceso por inactividad, máxime teniendo en cuenta la obligación que el propio Tribunal tiene de apreciarla de oficio.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

inactividad, está pendiente otro anterior o posterior en el que se persigue la anulación del acto objeto de aquél (recurso de lesividad), o bien se impugna una declaración administrativa de nulidad o revocación que recae sobre dicho acto. Esta solución debe reputarse desde luego la más adecuada para este tipo de supuestos, ya que, hoy por hoy, resulta mucho menos problemática que una eventual exclusión del juicio posterior por litispendencia[37], pero debe analizarse hasta qué punto está exenta de dificultades técnicas.

En este sentido, no es fácil que se planteen problemas en relación con la competencia objetiva y territorial de los órganos jurisdiccionales afectados, ya que ambas se atribuyen en función del acto o disposición objeto del proceso y la materia sobre la que recae, pero con independencia de que el recurso se haya interpuesto contra ellos o para lograr su realización [cfr. artículo 13 b) LJCA][38]. Cabe plantearse, sin embargo, si constituye un problema la posibilidad de que el proceso por inactividad se esté tramitando por un cauce procedimental distinto al del otro recurso, lo que no es difícil si se tiene en cuenta la remisión que el artículo 29.2 LJCA efectúa al procedimiento abreviado. Ante esta disyuntiva, que no aparece expresamente resuelta en el texto de la Ley, es de aplicación supletoria el artículo 164 LEC (Disp. Final 1.ª LJCA), el cual establece como requisito de la acumulación la homogeneidad de los procedimientos a acumular y veta la posibilidad de

37. En efecto, supongamos por ejemplo que existe un recurso de lesividad que es posterior al proceso por inactividad, y que el actor en este último ha formulado una excepción de litispendencia en aquél. Dejando a un lado los numerosos obstáculos que obstarían a la admisión de dicha excepción en un supuesto semejante (principalmente la falta de identidad objetiva y causal existente entre una pretensión de condena y otra constitutiva), la eliminación del proceso de anulación podría comportar graves consecuencias una vez finalizado el juicio por inactividad, ya que existirían serias dificultades a la hora de hacer valer que la eficacia de cosa juzgada de la sentencia de condena a ejecutar el acto precluye una eventual demanda posterior en la que se pretenda cuestionar la validez de dicho acto. Aunque ya se ha indicado que ello debería ser así (cfr. *supra*, nota n.º 23), puesto que la Administración puede argumentar sin ninguna limitación en favor la nulidad del acto en el propio proceso por inactividad, la acumulación decretada de oficio garantiza que existirá un pronunciamiento expreso en la sentencia acerca de la existencia o inexistencia de nulidad, con lo que esta cuestión quedará resuelta con eficacia de cosa juzgada sin ningún género de duda.

38. Se prevé en este precepto que «la competencia atribuida a los Juzgados y Tribunales para el conocimiento de recursos contra actos administrativos incluye la relativa a la inactividad y a las actuaciones constitutivas de vía de hecho». Se equivoca por tanto REAL FERRER («La inactividad...», cit., p. 2404), cuando afirma que «la cláusula residual del artículo 10.1.j) parece atribuir a las Salas de lo Contencioso de los Tribunales de Justicia el conocimiento de todos los supuestos de inactividad, ya que no encontraremos, por más que busquemos, que tales causas estén atribuidas expresamente a la competencia de otro órgano».

reunir uno ordinario y otro especial. Sin embargo, lo cierto es que esta exigencia no supone obstáculo alguno a la acumulación de un juicio ordinario y otro abreviado, por la sencilla razón de que, a pesar de la contraposición que parece denotar su denominación en algunos artículos de la Ley, ambos son procesos ordinarios[39].

La situación podría cambiar a partir del 8 de enero de 2001, fecha en que entrará en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 77.1 establece que «sólo procederá la acumulación de procesos declarativos que se sustancien por los mismos trámites o cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales». Como puede observarse, el precepto no descarta la acumulación en el supuesto que nos ocupa, pero exige para ello que se garantice que el procedimiento resultante no supondrá una merma de las expectativas procesales con las que cuentan las partes. Con carácter previo, hay que advertir que la norma deja sin respuesta algunos interrogantes importantes que ponen en entredicho su futura operatividad. No queda claro, por ejemplo, cuáles son esos derechos procesales que no pueden perderse: si entendemos que es más garantista el procedimiento que más oportunidades de audiencia y contradicción concede a los litigantes, el procedimiento resultante de la acumulación debería ser siempre el ordinario. Si, por contra, consideramos la rapidez del abreviado como un derecho procesal esencial de quien reclama judicialmente la ejecución de un acto firme, esa solución no sería posible. Tampoco establece la nueva LEC si el Juez ante el que se acumulan los procesos puede basarse en esa norma para ordenar un cambio de procedimiento o si, por el contrario, la unificación de la tramitación exige respetar en todo caso el cauce que sigue el juicio más anti-

39. Como indica la propia rúbrica del Título V de la LJCA, los únicos procesos especiales contemplados en esta Ley son el previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona (arts. 114 a 122), la cuestión de ilegalidad (arts. 123 a 126) y el procedimiento para los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos (art. 127). Son exclusivamente estos procesos especiales los que no podrán acumularse a los ordinarios. De acuerdo GARCÍA GIL, *El proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 491; en contra, afirmando que el procedimiento abreviado es un proceso especial, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., vol. II, p. 665, a quienes sigue BENSUSAN MARTÍN, *El procedimiento abreviado...*, cit., pp. 13-14. Sin embargo, la tesis de estos autores no puede suscribirse, y ello no sólo porque contradice la sistemática de la propia Ley, sino también y sobre todo porque se sustenta en la errónea premisa de que sólo puede existir un procedimiento ordinario. De aceptarse esta premisa, habría que concluir igualmente que son procesos especiales los juicios abreviado, del jurado y de faltas en el orden penal, así como los juicios de menor cuantía, cognición y verbal en el orden civil. Conviene en que no se trata de un procedimiento especial, «al menos formalmente», SAINZ MORENO, «El procedimiento abreviado», cit., p. 364.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

guo. Sin perjuicio de todo ello, la interpretación más razonable en las hipótesis objeto de estudio pasa por entender que la acumulación será posible sin esa «pérdida de derechos procesales», aunque el juicio más antiguo sea un procedimiento abreviado. Al fin y al cabo, este último es un proceso declarativo y plenario, y las particularidades que presenta respecto del ordinario no impiden un debate con todas las garantías sobre el problema de la invalidez del acto. Por consiguiente, hay que concluir que tampoco tras la entrada en vigor de la nueva LEC deberían existir obstáculos a la acumulación del proceso por inactividad y el que tiene por objeto la validez o revocación del acto objeto de aquél, siempre claro está que no se encuentren en diferentes instancias[40].

Ahora bien, lo que no está tan claro es que los supuestos objeto de estudio puedan realmente llegar a solucionarse mediante la acumulación de autos bajo la vigencia de la nueva Ley. Ello se debe a que su artículo 78.1 excluye la reunión de procesos «cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia», y, a su vez, el artículo 400.2 permite excluir por litispendencia las demandas basadas en hechos y fundamentos jurídicos que hubiesen podido alegarse en un juicio anterior. Por lo tanto, cabe plantearse si, formulada esta excepción en un proceso por inactividad para denunciar la pendencia de otro juicio, en el que se persiga o revise la anulación o revocación del acto o disposición cuya ejecución pretende el recurrente, el órgano jurisdiccional debería limitarse a verificar cuál de ellos se inició primero, y sobreseer el asunto si el recurso con-

40. En efecto, si los dos procesos están pendientes en distintos grados de jurisdicción, la acumulación de autos es inviable porque la prohíbe el artículo 165 LEC (artículo 77.4 LEC-2000). Ya se ha indicado que, cuando así ocurra, el proceso por inactividad deberá suspenderse hasta que finalice el recurso de lesividad o el interpuesto contra la declaración administrativa de nulidad o revocación, ya que la validez o subsistencia del acto o disposición constituyen un presupuesto lógico de su ejecución o cumplimiento. Sin embargo, debe reconocerse que esta solución se ve obstaculizada por el hecho de que en la LJCA no exista ningún precepto legal en el que se prevea la suspensión por prejudicialidad. Podría pensarse acaso en una aplicación analógica del artículo 37.2, pero lo cierto es que este precepto está pensado exclusivamente para aquellos supuestos en que los dos recursos tienen el mismo objeto y están pendientes ante un mismo órgano jurisdiccional. A pesar de ello, hay que insistir en que la suspensión resulta absolutamente imprescindible para eliminar el riesgo de futuras sentencias contradictorias. Además, si ese proceso prejudicial está ya en segunda instancia cuando la Administración contesta al recurso contra la inactividad, lo más probable es que el demandante ya conociera su existencia cuando formuló ese recurso, en cuyo caso su temeridad justificaría sobradamente la paralización —que no eliminación— del juicio.

tra la inactividad es posterior. En principio, esta solución parece viable, dada la supletoriedad de la LEC en materia de litispendencia, y también podría ser positiva, por cuanto favorece el principio de economía procesal al obligar a acumular en un solo proceso todas las controversias conexas existentes entre los litigantes. Sin embargo, hay que matizar que su aceptación está supeditada a que el inicio de la litispendencia del proceso por inactividad se retrotraiga al momento de la reclamación administrativa previa del demandante. De lo contrario, la Administración podría aprovechar el período que media entre esa reclamación y la efectiva interposición del recurso para iniciar un proceso de anulación encaminado a paralizar el inminente recurso contra su inactividad, lo que supondría un considerable perjuicio para el administrado, amén de un evidente fraude procesal. En todo caso, nada impide al Juez o Tribunal hacer uso de la regulación de la LJCA sobre acumulación de autos, dado el carácter supletorio de la LEC, por lo que, en definitiva, hay que entender que tendrá la opción de aplicar una u otra solución atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Por lo demás, el procedimiento previo a la acumulación es muy simple: siempre que la Administración u otro demandado acrediten la existencia de otro juicio en el que se esté cuestionando la validez del acto o disposición objeto del proceso por inactividad, el Juez deberá dar audiencia a las partes por plazo común de cinco días, y resolverá lo que proceda mediante auto motivado, que será recurrible en súplica (cfr. arts. 37 y 39 LJCA).

b) La acumulación resulta menos problemática cuando el procedimiento de anulación o revocación del acto objeto del proceso por inactividad, cuya existencia denuncia la Administración demandada, se encuentra todavía en vía administrativa. Como ya se ha indicado, así ocurrirá, en primer lugar, en todos aquellos casos en los que esté en curso el procedimiento conducente a la declaración administrativa de lesividad del acto favorable cuya ejecución se demanda, e incluso cuando esa declaración, que constituye un presupuesto ineludible del recurso de lesividad, se haya ya producido. Es posible, en segundo término, que el acto sea de gravamen y se esté tramitando o se haya acordado su revocación. Como también se ha expuesto, la solución a ambas hipótesis consiste sencillamente en que el actor solicite —y el Juez acuerde— la ampliación del objeto del proceso a la cuestión de la validez del acto o al control de su revocación, lo que, en definitiva, no es otra cosa que una acumulación sucesiva de acciones.

En principio, el demandante puede efectuar esa solicitud de ampliación en cualquier momento de la primera instancia, aunque lo normal en los casos que nos ocupan será que lo haga inmediatamente después de conocer la con-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

testación de la demandada[41]. El único requisito que exige el artículo 36.1 LJCA consiste en que no haya transcurrido el plazo de dos meses previsto por el artículo 46.1 de la Ley. Sin embargo, es evidente que esta exigencia sólo rige en los supuestos en los que la declaración de lesividad o la revocación ya hayan sido adoptadas y no quepa interponer frente a ellas ningún recurso administrativo, puesto que, en caso contrario, tan sólo existirá una actuación administrativa y aquel plazo no habrá podido empezar a correr. La solicitud de ampliación se efectuará mediante un simple escrito, en el que, habida cuenta de la actuación conexa puesta de manifiesto por la demandada, se pedirá al Juez o Tribunal que declare la validez del acto cuya ejecución se ha reclamado en la demanda o la ilegalidad de su revocación, según el caso. Una vez presentada, el órgano jurisdiccional deberá acordar la suspensión del pleito, suspensión que durará como mínimo hasta que se produzca la declaración administrativa de lesividad o la revocación, si es que aún no han tenido lugar (art. 36.3 LJCA). Paralelamente, la Administración contará con un plazo de cinco días para presentar alegaciones (art. 36.2 LJCA), en las que presumiblemente instará la nulidad del acto sobre la base de aquella declaración o bien justificará su revisión de oficio. Si en cambio optase por oponerse a la ampliación, será el Juez el que decida si accede o no a esta última, mediante una resolución frente a la que cabrá interponer recurso de súplica (art. 39 LJCA). De decretarse la acumulación, la suspensión continuará hasta que las actuaciones relativas a la nueva pretensión alcancen el mismo estado que tuviera el procedimiento inicial en el momento de la suspensión (art. 36.3 LJCA). En el supuesto en examen, en el que la Administración demandada alega la existencia del procedimiento de anulación al contestar a la demanda, esas actuaciones serán únicamente las correspondientes a la fase de alegaciones.

3. *Prueba*

En los supuestos objeto de estudio, lo más habitual será que los únicos medios de prueba de que se haga uso sean determinados documentos obrantes en el expediente o expedientes administrativos incoados en relación con la disposición o acto cuya ejecución o cumplimiento se solicita. Sea cual sea

41. Como es lógico, nada impide al actor solicitar la ampliación aunque la Administración no ponga de manifiesto la existencia del procedimiento de anulación o en un momento anterior a su contestación. Téngase en cuenta, en este sentido, que el demandante puede haber tenido conocimiento de esa actuación, por ejemplo, con ocasión del trámite de audiencia previsto por el artículo 103.2 LPC.

el cauce procedimental que se esté siguiendo y el modo de iniciación del proceso, esos expedientes ya deben obrar en autos en el momento en el que se solicite el recibimiento a prueba (cfr. arts. 48 y 78.3 LJCA), por lo que su práctica se limitará, en la mayor parte de los casos, a la reproducción de dichos documentos públicos mediante testimonio que se unirá a la pieza de prueba de cada una de las partes. Sin perjuicio de ello, es preciso realizar algunas observaciones sobre esta materia, a cuyos efectos se distinguirá en función de la parte que solicite la prueba.

Por lo que se refiere a la Administración, hay que entender que tiene la carga de probar las alegaciones que efectúa al contestar a la demanda (artículo 1214 CC), carga que se ve reforzada, en este tipo de juicios, por el hecho de que el acto o disposición cuya ejecución o cumplimiento pretende el demandante está cubierto por una presunción de legalidad. La excepción a lo anterior tendrá lugar cuando la demandada aduzca la nulidad de pleno derecho de ese acto o disposición objeto del proceso, cuya existencia también debe verificar de oficio el órgano jurisdiccional. Sin ánimo de exhaustividad, los documentos relevantes a efectos probatorios para esta parte podrían ser, según el caso, los siguientes: la resolución administrativa o judicial en la que se declara la nulidad del acto o disposición; la declaración administrativa de lesividad o una copia del expediente administrativo incoado para su adopción; los documentos que acrediten o respalden la concurrencia de una causa de nulidad o anulabilidad (vgr. dictamen del Consejo de Estado, sentencia penal en la que se condene al funcionario autor del acto por delinquir con ocasión del mismo, etc.); la resolución administrativa por la que se revoca el acto por motivos de oportunidad, si es de gravamen, o el expediente correspondiente al procedimiento iniciado a tal efecto. Como puede comprobarse, se trata en todos los casos de documentos públicos.

Por su parte, el demandante también puede tener interés en que se practiquen pruebas, ya sea para demostrar la validez del acto o disposición cuyo cumplimiento solicita, o para acreditar que la Administración está excediendo sus facultades de revocación (vgr. porque ha actuado con mala fe). En ambos casos, necesitará pedir el recibimiento a prueba con posterioridad a la contestación a la demanda, o cuando menos ampliar la petición que en tal sentido haya efectuado en su escrito de demanda a los nuevos hechos afirmados por la demandada. Ello no supone problema alguno en el proce-dimiento ordinario, donde se concede al actor un plazo de tres días desde que se le da traslado del escrito de contestación para que efectúe esa solicitud, así como el derecho a aportar nuevos documentos (arts. 56.4 y 60.2 LJCA)[42]. Por el contrario, en el procedimiento abreviado, donde las pruebas se propo-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nen en el acto de la vista, el actor podría necesitar un mínimo período de tiempo para aportar el medio de prueba de que intenta valerse. En estos casos, el Juez podrá acordar la suspensión del juicio conforme a lo previsto en el apartado 18 del artículo 78, que hay que entender aplicable por analogía.

Por último, no puede olvidarse que, en el proceso contencioso-administrativo, el órgano jurisdiccional tiene iniciativa probatoria «para la más acertada decisión del asunto», iniciativa que perdura hasta el momento en que el pleito es declarado concluso para sentencia (art. 61 LJCA). Esa potestad deberá utilizarse, en particular, cuando la Administración demandada alegue la nulidad de pleno derecho del acto o disposición objeto de litigio, tal y como repetidamente viene indicándose. En los demás casos, en cambio, no parece compatible con el principio de igualdad procesal que dicha iniciativa probatoria se emplee para hacer desaparecer la carga de la prueba que recae sobre las partes, de modo que, si la Administración no ofrece justificación alguna de las alegaciones que efectúa, hay que entender que el Juez o Tribunal no podrá suplir su inactividad o negligencia mediante la práctica de pruebas *ex officium*[43].

4. *Conclusión del juicio*

El problema procesal que se está examinando no presenta ninguna particularidad digna de mención en la fase de conclusiones. A estas alturas del procedimiento, la cuestión de la invalidez, anulación o revocación del acto o disposición ya deberá haber sido formulada por la demandada e incorporada al objeto del juicio o resuelta en el proceso respectivo. Su alegación en este momento supondría una modificación de dicho objeto que está prohibida por la Ley (art. 65.1 LJCA). La única excepción a lo anterior se verifica, una vez más, en relación con la nulidad absoluta. Cuando el órgano jurisdiccional

42. Cuando se produzca la ampliación del objeto del proceso a la cuestión de la validez del acto o disposición, o la acumulación de procesos, el actor contará asimismo con un escrito de alegaciones complementarias en el que podrá pedir el recibimiento a prueba en relación con dicha cuestión.

43. Así lo establece una reiteradísima jurisprudencia: cfr., por citar sólo las más recientes, las SSTS 3.ª 4 noviembre 1994 (Ar. 8666), FD 1.º, 2 diciembre 1994 (Ar. 10024), FD 2.º, 2 febrero 1995 (Ar. 999), FD 1.º, 16 y 22 septiembre 1995 (Ar. 6852 y 6735), FD 2.º y 1.º respectivamente, 12 julio 1996 (Ar. 6286), FD 2.º, 23 julio 1997 (Ar. 6125), FD 1.º, 7 octubre 1997 (Ar. 7027), FD 5.º, 18 abril 1998 (Ar. 3928), FD 2.º, 8 octubre 1998 (Ar. 7902), FD 3.º, y 13 octubre 1999 (Ar. 8850), FD 1.º, así como el ATS 3.ª 12 marzo 1999 (Ar. 4038), FD 4.º En contra CORDÓN MORENO, F.: *El Proceso Contencioso-Administrativo. Conforme a la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 171.

estime que el acto o disposición cuya ejecución se solicita podría estar viciado de nulidad de pleno derecho, podrá ponerlo de manifiesto para que se analice en el acto de la vista o en las conclusiones, dando diez días a las partes para ser oídas sobre ello (art. 65.2 LJCA)[44].

En la sentencia, el Juez o Tribunal deberá decidir todas las cuestiones controvertidas en el juicio (art. 67.1 LJCA), pero siguiendo para ello un orden lógico. Por consiguiente, siempre que se haya acumulado al proceso por inactividad la cuestión de la invalidez o revocación del acto o disposición, que resulta perjudicial respecto de la pretensión de ejecución o cumplimiento de los mismos, se resolverá primero ese extremo y, sólo de llegar a la conclusión de que el acto es válido o su revocación contraria a la ley, podrá estimarse el recurso y fijarse un plazo para que se cumpla el fallo [art. 71.1 c) LJCA]. Como es lógico, la mayor o menor eficacia subjetiva de la sentencia dependerá de cuál sea su contenido, en los términos previstos por el artículo 72 LJCA[45].

Por otro lado, ya se ha indicado que el órgano jurisdiccional podrá tener en cuenta en la sentencia la mala fe o temeridad de cualquiera de las partes para imponerle las costas. Podrán imponerse a la Administración si, por ejemplo, se considera probado que ésta ha retrasado el inicio del procedimiento de anulación o revocación en perjuicio del administrado, o que no le informó de la existencia de dicho procedimiento cuando éste le reclamó la ejecución en vía administrativa. Del mismo modo, se podrá condenar en costas al actor cuando se demuestre que éste demandó a sabiendas de la existencia de un procedimiento de revisión de oficio o de anulación, o de una declaración administrativa o judicial de nulidad, en lugar de utilizar los remedios que el ordenamiento le ofrece para combatir esas actuaciones o resoluciones. Por contra, no constituye motivo suficiente para esta imposición de costas al demandante el mero hecho de que el acto cuya ejecución hubiera solicitado no sea firme, puesto que, como ya se ha indicado, el artículo 29.1 LJCA también permite recurrir contra la inactividad de la Administración en estos casos.

44. Idénticas consideraciones pueden hacerse respecto de cualquier supuesto en el que la Administración alegue la invalidez, la anulación o la revocación en un momento procesal posterior, como por ejemplo durante la segunda instancia o como defensa frente a la ejecución provisional de la sentencia estimatoria. Dicha alegacion carecerá de trascendencia procesal, a menos que el órgano jurisdiccional aprecie un motivo de nulidad absoluta en el acto o disposición en cuestión.

45. Eficacia limitada a las partes si la sentencia es desestimatoria o inadmite el recurso, así como cuando ordena la ejecución o cumplimiento del acto o disposición objeto del mismo; eficacia respecto de todas las personas afectadas si se anula una disposición o acto, y eficacia *erga omnes* si se anula una disposición general.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

5. *Medidas cautelares*

Un último problema procesal en el que es preciso detenerse es el que puede plantearse cuando el recurrente contra la inactividad de la Administración solicite como medida cautelar la ejecución del acto o disposición. Como es sabido, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ya prevé la adopción de medidas cautelares de carácter positivo, así como la posibilidad de concederlas *inaudita altera pars*. Pues bien, el artículo 136.1 LJCA establece expresamente que, tratándose de un recurso contra la inactividad, «la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada», pudiendo solicitarse y acordarse incluso con carácter previo a la interposición del recurso[46]. Con carácter general, por lo tanto, el legislador es claramente proclive al otorgamiento de la tutela cautelar en este tipo de juicios.

Sin embargo, lo cierto es que la concesión de la medida no está exenta de obstáculos cuando está en curso un procedimiento de revisión de oficio relativo al acto objeto del proceso por inactividad. Por un lado, aun suponiendo que no concurra ese riesgo de «perturbación grave de los intereses generales o de tercero», la Administración podría oponerse alegando perjuicios de imposible o difícil reparación, cuya existencia le faculta para suspender la ejecución del acto a tenor del artículo 104 LPC. Por otro, la tutela cautelar puede ser una solución especialmente positiva cuando el proceso tenga que suspenderse hasta la resolución del juicio en el que se examina la validez o la revocación del acto o disposición, por no ser viable la acumulación de procesos. Sin embargo, esta inviabilidad implica que ese otro proceso se encuentra ya en fase de recurso y que, en consecuencia, existe una sentencia

46. En cuyo caso, el interesado tendrá que pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que deberá hacer en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas (cfr. art. 136.2 LJCA, que a su vez se remite al procedimiento regulado en el art. 135). Hay que entender, en todo caso, que esa solicitud anticipada no podrá efectuarse antes de que transcurran los plazos de espera previstos por el artículo 29 LJCA desde la reclamación administrativa previa [BAENA DEL ALCÁZAR, *Ley Reguladora...*, cit., p. 904; CHINCHILLA MARÍN, C.: «Medidas cautelares», en AA.VV., «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1988», *op. cit.* (pp. 863-894), p. 893; TERRERO CHACÓN, J. L., en ARNALDO ALCUBILLA, FERNÁNDEZ VALVERDE, *Jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., p. 1353, y TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa...*, cit., p. 1088].

de instancia que puede ser inconciliable con la ejecución cautelar del acto por declarar su nulidad o confirmar su revocación[47].

VI. CONCLUSIONES

A lo largo del presente estudio, se han analizado los problemas procesales que se suscitan cuando, interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, la demandada se defiende alegando que la disposición o acto cuya ejecución se pretende está viciado, está siendo revisado de oficio o es objeto de un procedimiento de anulación por lesividad. Se trata de una cuestión que no soluciona la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que, sin embargo, es susceptible de verificarse con relativa frecuencia en la práctica, habida cuenta de las amplias potestades que ostenta la Administración en materia de revisión de oficio.

A la vista de las consideraciones hasta ahora formuladas, puede concluirse que, cuando un ciudadano acude a ese tipo de procesos, lo hace porque ha sufrido la negativa reiterada de la Administración a realizar una prestación a la que tiene derecho, o a ejecutar un acto firme que le afecta. En estas circunstancias, lo deseable es que el recurrente no sufra ulteriores retrasos en la satisfacción de un derecho o interés que goza de una indudable apariencia de legitimidad, por derivar de un acto o disposición cubiertos por una presunción legal de validez. Ello requiere que, en la medida de lo posible, cualquier problema que obste a la estimación del recurso se resuelva en el seno del mismo, aplicando el criterio del antiformalismo que inspira la LJCA[48]. A tal efecto, lo correcto es que la Administración demandada solicite al Juez la declaración de nulidad (aportando la declaración administrativa de lesividad si el acto es declarativo de derechos) o la confirmación de la revocación efectuada, o bien, si ya está pendiente otro proceso en el que se está debatiendo esa nulidad o controlando esa revocación, que se produzca la acumulación de ambos juicios. Una vez entre en vigor la nueva LEC, el órgano jurisdiccional podrá optar entre esta acumulación y la exclusión del proceso iniciado en segundo lugar, aunque esta última solución puede generar abusos si los efectos de la litispendencia del recurso contra la inactividad no se retrotraen al momento de la reclamación administrativa previa del demandante.

Las únicas excepciones a ese principio general se producirán cuando la

47. Efectivamente, aunque esa sentencia no haya sido ejecutada provisionalmente, puede haberse acordado cautelarmente la suspensión de la ejecución del acto o del cumplimiento de la prestación, lo que impediría la adopción de una medida de signo contrario en el proceso por inactividad.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nulidad del acto o disposición ya haya sido declarada en una resolución firme, en cuyo caso el juicio debe extinguirse previa audiencia de las partes, o cuando esté pendiente ese otro recurso y no sea posible la acumulación de procesos por encontrarse éstos en diferentes instancias, en cuyo caso deberá decretarse la suspensión del procedimiento para conjurar el riesgo de sentencias contradictorias. En este último supuesto, el perjuicio que la paralización supone para el recurrente podría paliarse mediante la solicitud de la ejecución cautelar del acto o disposición, pero el Juez la denegará cuando entienda que su concesión perturbaría gravemente los intereses generales o de terceros, produciría perjuicios de imposible o difícil reparación o sería inconciliable con la situación generada a raíz de la pendencia de ese otro proceso.

Por el contrario, cuando la demandada se limite a alegar que ella misma está revisando o ha revocado el acto o disposición, o que está promoviendo su anulación por lesividad, existe un riesgo evidente de mala fe por su parte, ya que habrá tenido sobradas oportunidades para proceder a esa revisión antes de la firmeza del acto, o cuando menos antes de que el actor solicitara su ejecución en vía administrativa y posteriormente jurisdiccional. Por lo tanto, en estos supuestos el Juez tendrá que apreciar la nulidad absoluta si la hay, pero de lo contrario deberá ser estricto, rechazando la alegación si no está debidamente fundamentada, y favoreciendo en caso contrario la ampliación del objeto del proceso al control de la revocación o a la cuestión de la validez del acto mediante la acumulación sucesiva de acciones, a los efectos de verificar si realmente concurre un motivo de nulidad relativa y si se han respetado los límites a la revisión de oficio previstos en los artículos 105 y 106 LPC.

Sea cual sea el signo de la sentencia, la condena en costas podrá desde luego utilizarse como instrumento sancionador de la eventual mala fe o temeridad por parte de cualquiera de los litigantes.

48. Así se prevé en en apartado I de su Exposición de Motivos, donde se establece que «la reforma compagina las medidas que garantizan la plenitud material de la tutela judicial en el orden contencioso-administrativo y el criterio favorable al ejercicio de las acciones y recursos y a la defensa de las partes, sin concesión alguna a tentaciones formalistas, con las que tiene por finalidad agilizar la resolución de los litigios. La preocupación por conseguir un equilibrio entre las garantías, tanto de los derechos e intereses públicos y privados en juego como del acierto y calidad de las decisiones judiciales, con la celeridad de los procesos y la efectividad de lo juzgado constituye uno de los ejes de la reforma. Pues es evidente que una justicia tardía o la meramente cautelar no satisfacen el derecho que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución». En la jurisprudencia, también es constante la alusión al antiformalismo que debe regir el enjuiciamiento administrativo: cfr. por todas las SSTS 3.ª 2 abril 1992 (Ar. 3328), FD 2.º, 15 enero 1993 (Ar. 391), FD 3.º, 11 mayo 1993 (Ar. 3520), FD 2.º, 14 octubre 1994 (Ar. 7770), FD 1.º, 19 marzo 1997 (Ar. 2099), FD 3.º, 18 septiembre 1997 (Ar. 6642), FD 2.º, y 17 mayo 1999 (Ar. 6149), FD 4.º, y los ATS 3.ª 2 noviembre 1993 (Ar. 1293), FD 2.º, y 20 julio 1995 (Ar. 6762), FD 1.º.

COMENTARIO AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 5 DE OVIEDO DE 2 DE JUNIO DE 1999
(El conflicto entre las marcas y los nombres de dominio)

VICENTE PÉREZ DAUDÍ
Profesor titular de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

El auto comentado resuelve una solicitud de medidas cautelares realizada por el titular de la marca NOCILLA contra una empresa que utilizaba esta denominación como nombre de dominio. A continuación vamos a analizar la problemática jurídica que se plantea en el auto, concretamente aquellos temas que hacen referencia al procedimiento aplicable, el fumus boni iuris, al periculum in mora, a la falta de legitimación pasiva y a las medidas cautelares que se adoptan. De forma previa realizaremos unas reflexiones generales sobre Internet y los conflictos que pueden surgir por la utilización de este medio de comunicación.

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente hemos presenciado una revolución en el mundo de las comunicaciones bajo el nombre de INTERNET. Este concepto engloba la idea de que cualquier persona puede comunicar con otra distinta desde cual-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

quier parte del mundo de forma inmediata. Al menos esta fue la idea con la que surgió en un primer momento. De hecho en su origen no fue más que una red de comunicaciones empleada por el Ejército y las Universidades de los EEUU de América. Sin embargo, su eficacia se veía disminuida como consecuencia del empleo de direcciones numéricas que identificaba cada uno de los ordenadores conectados. A medida que se difundió la idea surgió la necesidad de asignar un nombre a estos números. Se crearon de esta forma los dominios DNS, distinguiendo los niveles de los mismos.

El primer nivel DNS corresponde al país, encargándose un administrador nacional del mismo. El segundo nivel está integrado por los servidores de internet que ofrecen conexión a los usuarios particulares y por instituciones públicas como pueden ser las universidades. Por último nos encontramos con el tercer y sucesivos niveles, que corresponden a páginas particulares de usuarios particulares. Cada uno de estos niveles reciben una serie de denominaciones. Así el primero se identifica por dos letras que designan el país (por ejemplo es en el caso de España). El segundo consiste en el nombre de la institución pública, de la marca o del servidor de Internet. El tercero identifica a los usuarios concretos bajo distintas denominaciones[1].

La difusión del concepto de Internet se debió a un doble motivo: la enorme eficacia de este medio de comunicación que permite intercambiar información de forma prácticamente inmediata, pudiendo incorporar determinados archivos, tanto de texto como imágenes; y la popularización a través de nombres fácilmente reconocibles.

Sin embargo este medio de comunicación no se limitó a permitir la comunicación de personas que se encontraban en lugares lejanos, sino que incluyó la posibilidad de emitir información de productos en cada una de sus direcciones a través de las páginas web.

De esta forma nos encontramos con que actualmente Internet permite la difusión de material gráfico y escrito a través de las páginas web y la comunicación entre personas distantes entre sí, bien de forma inmediata (vía telnet o vía web a través de los chats) o de forma mediata (a través del correo electrónico).

1. Actualmente este sistema se está replanteando. El gobierno de los Estados Unidos delego en una sociedad privada para que administrara los nombres de dominio. El organismo encargado se denominó IANA, actuando el resto de niveles nacionales por delegación de éste. Al haber finalizado el plazo por el que se efectúo esta delegación el gobierno de los EEUU de América no renovó la concesión, por lo que asumirá la gestión de los nombres de dominio. Actualmente se está sometiendo a un amplio debate la gestión de los nombres de dominio, de los que son muestras el libro verde emitido por el gobierno de los EEUU de Norte América, la contestación de la Comisión Europea y el informe emitido por el Consejo de Estado Francés sobre Internet y las redes informáticas el 2 de julio de 1998. La evolución de este debate se puede consultar en la web de Javier Maestre *http://www.dominiuris.com.*

Cómo todo fenómeno colectivo, Internet provocará una serie de conflictos en su funcionamiento. Por citar solo alguno de ellos pensemos en la posible apropiación de un signo distintivo por persona distinta de su titular para denominar un registro DNS de tercer nivel o inferior, los conflictos que pueden surgir en virtud de una declaración de voluntad emitida vía correo electrónico o vía chat, la posible difusión de material delictivo (por ejemplo la apología del terrorismo), etc.

La resolución de estos conflictos se ve agravada por la misma idea de Internet. Este medio de difusión y comunicación ha motivado la denominación de aldea global. Pero cada uno de los «aldeanos» o usuarios de Internet vive en un Estado soberano. Es más los DNS de primer nivel se realiza a través de dos letras (salvo excepciones como el dominio com, edu, gov, etc, que se utilizan en EEUU de América) que designan el país en el que están situados (por ejemplo, es hace referencia a España o fr a Francia). A este elemento se añade la circunstancia de que cualquier persona u organización puede obtener un registro en cualquiera DNS de primer nivel a través de los distintos servidores DNS de segundo nivel.

Los creadores de Internet han sido conscientes de esta circunstancia y prevén en sus normas de registro la posibilidad de que se plantee un conflicto. Así según la norma 15 del registro español de 29 de abril de 1997 «*cualquier disputa sobre los derechos de uso de un determinado nombre de dominio habrá de ser resuelta entre las partes contendientes utilizando los cauces legales normales, tal y como establece el documento de Internet RFC 1591. En caso de disputa, el ES-NIC no tendrá otro papel ni responsabilidad que el de facilitar a las partes en conflicto la información de contacto necesaria para que puedan resolver cualquier cuestión litigiosa de la forma que crean oportuna (acuerdo bilateral, Juzgados y Tribunales competentes, etc.)*»[2]. Es decir, se limita a remitir la cuestión a los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos[3].

2. Ver la evolución de los centros encargados del registro de los nombres de dominio que realiza GARCÍA VIDAL (en *Marcas y nombres de dominio en Internet*, en «Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor», tomo XVIII, 1997, págs. 200 y ss.).

3. Actualmente una de las cuestiones debatidas es la resolución de los conflictos que puedan surgir como consecuencia del registro de nombres de dominio, siendo la propuesta más viable la asunción por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual la resolución de los conflictos que puedan surgir a través del arbitraje. El informe final se puede consultar en *http://wipo2.wipo.int/process/esp/final_report.html.*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Otro tipo de conflictos que pueden surgir hacen referencia al contenido de las páginas web. Éstas pueden contener cantidades muy importantes de comunicación que puede consistir en material audiovisual o escrito. Así podemos individualizar posibles vulneraciones de derecho de propiedad intelectual (por ejemplo una novela que es reproducida en una web sin permiso de su autor), de propiedad industrial (la utilización ilegítima de un derecho de marcas) o que incluso pueden ser constitutivos de delito (por ejemplo un delito de calumnias, injurias, amenazas, apología del terrorismo, exhibicionismo, agresiones sexuales, etc.)[4].

Por lo tanto podemos individualizar tres tipos de conflictos que a priori pueden surgir por la popularización de Internet:

— La infracción de derechos sobre bienes inmateriales como la propiedad industrial o intelectual, en la que se incluirían los conflictos entre las denominaciones DNS y marcas.
— La realización de negocios jurídicos.
— La comisión de delitos.

También se pueden plantear problemas sobre la aplicación de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la

4. Una de las preocupaciones actuales es la difusión de imágenes sexuales de menores de edad. Se trata de un problema que ha preocupado a las altas instancias nacionales e internacionales. A título de ejemplo podemos citar el acuerdo 1.3.112 de la Comisión europea de 16 de octubre de 1996 , publicado en el Boletín UE 10-1996, Sociedad de la información, telecomunicaciones, dirigido al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet. La Comisión europea «propone medidas prácticas para una acción inmediata de lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en Internet, que van más allá de la protección de los menores y de la dignidad humana. La Comisión propone, en particular, las siguientes medidas a corto plazo: 1- en materia de contenidos ilícitos, prevé intensificar la cooperación entre los Estados miembros en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior, estudiar la responsabilidad de los suministradores de acceso y de servicios de ordenador central, y fomentar la elaboración y la utilización de las normas de autorregulación por parte de los suministradores de acceso; 2- en materia de contenidos nocivos, la Comisión prevé utilizar programas informáticos de filtrado y sistemas de codificación, incitar a los productores de contenidos europeos a cooperar adoptando su propio código de conducta, promover acciones nacionales de sensibilización dirigidas a padres y profesores, y crear un emplazamiento de información en Internet, como actividad de apoyo; 3- en materia de cooperación internacional, la Comisión propone organizar una reunión de trabajo de los países miembros del G7, con el fin de examinar el marco jurídico existente y la posibilidad de negociar un convenio internacional sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet.

Ver la enumeración de los delitos que se pueden ejecutar a través de Internet realizada por RIBAS, en *Comercio electrónico en Internet. Aspectos Jurídicos*, que se puede consultar en la dirección de internet http://www.onnet.es.

intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la L.O. 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

El auto comentado resuelve el primer tipo de conflicto. En este caso debemos tener en cuenta que se plantea el problema de que el nombre de dominio coincide con una marca ya registrada. Como hemos observado en España el es-nic intenta respetar la norma de no conceder nombres de dominio que coincidan con marcas notorias a una persona distinta a su titular. Sin embargo la lentitud del administrador español en concederlos ha motivado que numerosas empresas españolas hayan acudido a registrar un dominio bajo el nivel DNS com, encontrándose con que el mismo ya había sido solicitado por otra persona.

En este caso se ha planteado la problemática de los mecanismos que tiene el titular de una marca para reclamar a un tercero la propiedad de un nombre de dominio que coincide con su signo distintivo. La problemática no es sencilla y exige diferenciar una serie de supuestos en función de la utilización que se haya realizado del nombre de dominio:

— si éste permanece inactivo y se ha intentado vender al titular de la marca.
— Si está siendo utilizado con una finalidad comercial, distinguiendo en este caso si el ámbito comercial coincide o no con el del registro de la marca.
— Si el titular realiza contrapublicidad de los productos del titular de la marca.

En este caso concreto nos encontramos ante el supuesto de hecho, como desarrollaremos posteriormente, de que el titular de un nombre de dominio bajo el nivel DNS com difunde pornografía. Es decir, se plantea la relación entre nombres de dominio y marcas renombradas y como se resuelven los litigios.

En España esta cuestión es novedosa[5]. Entre los casos destaca el auto de adopción de medidas cautelares del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Bilbao de 30 de diciembre de 1997 en el que se ordena «la cesación inmediata de los actos llevados a cabo por OZUCOM S.L. y D.E. y que suponen una intromisión ilegítima en la esfera de la exclusividad del ejercicio de la marca OZU prohibiéndoles la utilización de dicha denominación hasta que recaiga sentencia definitiva en el proceso principal» y la prohibición a D.E. la utilización del dominio OZU.COM[6]. Otro de los antecedentes es la senten-

5. Ver una síntesis de los casos planteados en España en la web de Javier MAESTRE *http://www.dominiuris.com*. Sin embargo, en EEUU de América es una cuestión en la que ya existen numerosas resoluciones jurisdiccionales, que se puede consultar en la web indicada. También es interesante la consulta del Boletín de los Nombres de Dominio elaborado por Javier MAESTRE y que se encuentra en *http://www.dominiuris.com/boletines*.

6. El auto se puede consultar en la página web *http://www.dominiuris.com*, así como un comentario de su titular Javier MAESTRE.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cia del Juzgado de Primera Instancia del Juzgado de Primera Instancia número 36 de Barcelona de 26 de junio de 1998 que, en un caso en que el titular de un nombre de dominio, idéntico en su denominación a una marca registrada, la utilizaba para comercializar productos en el mismo sector de actividad, por lo que el órgano jurisdiccional estima parcialmente la demanda declarando que «el uso que la demandada realiza, en sus comunicaciones de Internet e Infovía, de la marca NEXUS, constituye una violación de los derechos de los demandantes, condenando a que cese dicho uso».

1. Comentario

A) Supuesto de hecho del auto

El auto resuelve una solicitud de medidas cautelares de la empresa propietaria de la marca nocilla contra una persona jurídica española que tenía registrado el nombre de dominio bajo la denominación NOCILLA.COM y lo utilizaba de forma habitual para difundir contenidos pornográficos.

El incidente de adopción de medidas cautelares se realiza al amparo del art. 1428 LEC solicitándose en un primer momento las siguientes medidas:

a) Prohibición y ordenación de cesación inmediata de uso en cualquier forma en su publicidad (directa o indirecta) o actividades de la denominación NOCILLA.

b) Prohibición y ordenación de cesación inmediata del uso del dominio de internet *http://www.nocilla.com* prohibiéndole incluir contenido alguno en el mismo y, de manera especial, la palabra NOCILLA, así como cualquier remisión a otros dominios de internet.

c) Todo ello bajo apercibimiento de desobediencia y multa coercitiva de 500.000 ptas. por cada día o fracción de retardo en su cumplimiento, desde que hayan transcurrido tres días desde la notificación del otorgamiento de las presentes medidas cautelares.

Tras diversas incidencias procesales se celebra la comparecencia en la que el solicitante se ratifica en las medidas solicitadas y las amplia en los siguientes extremos:

a) Ordenación de embargo y depósito, en la persona que este juzgado señale, a resultas de este proceso, del dominio de Internet *http://www.nocilla.com*, haciendo constar en el registro de dominio los datos del depositante que el juzgado señale.

b) Prohibición expresa de efectuar cualquier otro cambio en el dominio de internet *http://www.nocilla.com*, salvo los ordenados expresamente por

este juzgado, bajo el apercibimiento de desobediencia y multa coercitiva que el juzgado señale prudencialmente por cada cambio efectuado.

La parte demandada se opone a estas medidas sin que conste en el auto los argumentos que utiliza. Las pruebas que se practican en el incidente son la confesión en juicio del representante de la demandada, la prueba de reconocimiento judicial consistente en la conexión a internet y entrada en el dominio objeto del litigio y la prueba documental. También opone la excepción de falta de legitimación al afirmar que se había limitado a la gestión de la titularidad del nombre de dominio.

Finalmente el Auto acuerda las siguientes medidas:

a) La prohibición y orden de cese inmediato a la demandada en el uso en cualquier forma en su publicidad (directa o indirecta) o actividades de la denominación NOCILLA.

b) La prohibición y orden de cese inmediato del uso del nombre de dominio de Internet *http://nocilla.com* por parte de la demandada, prohibiéndole incluir contenido alguno en el mismo y, de manera especial, la palabra NOCILLA, así como cualquier remisión a otros dominios de Internet.

c) Orden de embargo del nombre de dominio *http://www.nocilla.com*, comunicándolo al registro de dominio perteneciente a la empresa NSI (Network Solutions Inc).

d) Prohibición de efectuar cualquier otro cambio en el nombre de dominio *http://www.nocilla.com*, salvo los ordenados expresamente por este Juzgado.

e) Todo ello con apercibimiento de desobediencia y multa coercitiva de 500.000 pesetas por cada día o fracción de retardo en el cumplimiento de las medidas a y b, y 500.000 pesetas por el incumplimiento de la medida d.

Finalmente condena en costas a la parte demandada.

A continuación analizaremos los fundamentos jurídicos de este auto.

B) Procedimiento aplicable

La primera cuestión que se plantea es el procedimiento utilizado para adoptar esta medida cautelar. La solicitud de medidas cautelares se fundamenta materialmente en el art. 25 de la Ley de Competencia Desleal, en relación con los artículos 5, 6, 9, 11, 12 y 18 de la misma ley, así como en los artículos 30 y 36 de la Ley de Marcas.

A continuación el auto afirma que «conforme a dichos preceptos citados en la demanda y teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 133 y ss. de la Ley de Patentes, aplicables en materia de marcas por la remisión del art. 40 de la Ley de Marcas y a tenor de lo dispuesto en el art. 1428 LEC, aplicable

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de acuerdo con los arts. 25.4 de la Ley de Competencia Desleal y 125.4 de la Ley de Patentes, para la adopción de medidas cautelares...».

El juzgado ha optado por seguir el procedimiento de adopción de medidas cautelares previsto en el art. 1428 LEC en vez del que se regula en los arts. 133 y ss. LP. Sin embargo el actor y el auto hacen continuas referencias a la LP y a la LCD.

La duda que se plantea es el procedimiento que debe utilizarse en estos casos. Debemos tener en cuenta que nos hallamos ante una materia que tiene una diversidad de regulaciones. La Ley de Marcas y la ley de Competencia Desleal regulan, en ocasiones, la misma cuestión de hecho resolviéndola de forma distinta. El problema procesal se plantea cuando el legislador regula en el art. 25 LCD un sistema de adopción de medidas cautelares distinto al previsto en la Ley de Marcas[7]. La dificultad se incrementa cuando la solución que da el legislador a un mismo problema (la adopción de medidas cautelares) es totalmente diversa[8].

A todo ello debemos añadir el carácter indisponible que tienen las normas procesales ya que son reglas que se dirigen al Juez para que esté en condiciones de formarse el juicio jurisdiccional; en este caso, para adoptar las medidas cautelares.

Ante todo queremos indicar que no nos hallamos ante una actividad meramente privada. La misma noción de Internet ha motivado que lo que surgió siendo una actividad desinteresada haya pasado a convertirse en una actividad económica. Esta circunstancia se acredita en este caso si observamos que el titular del nombre de dominio es una sociedad limitada que tiene carácter mercantil. Por otro lado las páginas web suelen cobrar una cantidad según los accesos que sus visitantes realizan a los diferentes links publicitarios que se incorporan en la página.

Una vez establecido que nos hallamos ante una actividad estrictamente mercantil debemos delimitar la ley material aplicable para, de esta forma, identificar la norma procesal. La solicitud de las medidas cautelares fundamentándolas en los arts. 5, 6, 9, 11, 12 y 18 LCD y en los arts. 30 y 36 LM.

7. Que es el previsto en los arts. 133 y ss. LP por la remisión que efectúa el art. 40 LM en todo aquello que no sea incompatible con la naturaleza del derecho de marcas. Ver el desarrollo de la problemática en el análisis que realiza BELLIDO (*La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Granada, 1998, págs. 344 y ss.).

8. Hubiera sido conveniente la aprobación de la enmienda del CDS que remitía a la normativa procesal de la LP, con lo que se hubieran evitado los problemas expuestos (ver MASSAGUER, *Las medidas cautelares en la Ley de Competencia Desleal*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1992, oct-dic., núm. 206, pág. 736, nota 6).

El juzgado de primera instancia se muestra dubitativo. En un primer momento parece considerar que la fundamentación jurídica del demandante es correcta al afirmar que «conforme a dichos preceptos citados en la demanda y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 133 y siguientes de la Ley de Patentes, aplicables en materia de marcas por la remisión del artículo 40 de la Ley de Marcas y a tenor de lo dispuesto en el artículo 1428 de la LEC, aplicable de acuerdo con los artículos 25.4 de la Ley de Competencia Desleal y 125.4 de la Ley de Patentes para la adopción de las medidas cautelares es preciso, con carácter general la concurrencia de dos presupuestos...».

En nuestra opinión en este momento el órgano jurisdiccional parte de una base equivocada como es el estimar que la remisión que efectúa el art. 125.4 LP a la Ley de Enjuiciamiento Civil en todo lo no previsto en este título incluye la aplicación del art. 1428 LEC. Estimamos que este precepto no será nunca aplicable en el ámbito de la LM. El art. 40 LM, tal como indica el auto comentado, se remite a «las normas contenidas en el título XIII de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes», entre las que se hallan las previstas en los artículos 133 y ss. LP. Una cuestión distinta será que exista alguna de estas normas que sean incompatibles con el derecho de marcas y que por ello sea necesario aplicar la LEC[9]. Estimamos que el órgano jurisdiccional hubiera tenido que delimitar en primer lugar que norma material era la aplicable y posteriormente remitir al procedimiento de adopción de medidas cautelares pertinente. Recordemos en este punto que las normas procesales son de orden público.

Como hemos indicado el órgano jurisdiccional remite al procedimiento de adopción de medidas cautelares previsto en el art. 1428 LEC. Sin embargo acierta al seguir este incidente porque al fundamentar materialmente la demanda afirma que «en consecuencia la conducta de la entidad demandada podría encajar tanto en la cláusula general del artículo 5 como comportamiento objetivamente contrario a la buena fe, como en los demás artículos citados en la demanda, 6 (actos de confusión), 9 (actos de denigración), 11 (actos de imitación) y 12 (explotación de la reputación ajena)». Sin embargo

9. Este sería el supuesto del art. 133 LP que exige la explotación comercial del derecho de propiedad industrial (ver la argumentación que realizo en *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Barcelona, 1996, pág. 134; y en *La reforma de las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social*, en «Revista General de Derecho», núm. 649-650, octubre-noviembre 1998, pág. 12749) y la adopción de la caución sustitutoria «en caso de que las medidas solicitadas impliquen restricciones para la actividad industrial o comercial del demandado...» (ver la justificación en *Las medidas cautelares...*, cit., págs. 341 y 342).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

no cita entre ellos los artículos de la Ley de Marcas que también consideraba el actor que se habían infringido[10].

Por ello consideramos que el juzgador ha seguido el procedimiento pertinente, si bien estimamos que es criticable el argumento en lo que se refiere a la remisión que efectúa el art. 125.4 LP. En todo caso la dificultad deriva de la regulación dispersa de las medidas cautelares, hecho que se ha visto incrementado con la aprobación de leyes mercantiles que han pretendido agilizar su adopción regulando procedimientos de adopción incompatibles entre sí como es el caso del art. 25 LCD y 133 y ss. LP.

C) Presupuestos

A continuación el auto analiza los presupuestos que deben concurrir para que se adopte la medida cautelar.

a) Fumus boni iuris

Para la adopción de una medida cautelar se exige que se acredite una apariencia de derecho o probabilidad cualificada[11]. Ésta también se exige en el art. 25 LCD al prever que «cuando existieren indicios de la realización de un acto de competencia desleal, o de la inminencia del mismo» se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares[12].

10. En esta línea la doctrina se muestra favorable a esta posición al considerar mayoritariamente que en este supuesto debe aplicarse la LCD y no la LM (GARCÍA VIDAL, op. cit., pág. 209, MAESTRE RODRÍGUEZ, *Planteamiento de la problemática jurídica de los nombres de dominio: comentario a la sentencia dictada en el caso panavisión*, septiembre de 1997, que se puede consultar en la web del autor http://www.dominiuris.com y MASSAGUER FUENTES (*Conflictos de marcas en Internet*, en «Revista General de Derecho», núm. 648, septiembre 1998, pág. 11129), que se reservaría a aquellos casos en que el titular del nombre de dominio realiza una actividad mercantil en el ámbito protegido por el derecho de marcas, es decir, que exista una identidad o similitud entre los productos o servicios para los que la marca está registrada y aquellos en relación con los cuales se produce la utilización del nombre de dominio (GARCÍA VIDAL, op. cit., pag. 210, y MASSAGUER FUENTES, op. cit., pág. 11127).

11. Ver ampliamente el desarrollo que efectuo en *Las medidas cautelares...*, cit., págs. 109 y ss.

12. En este punto la doctrina es unánime al exigir la presencia del *fumus boni iuris* para adoptar una medida cautelar. En este sentido ver BELLIDO (op. cit., pág. 331), CALDERÓN CUADRADO (en *Sobre el régimen cautelar en defensa de la competencia y competencia desleal y su posible contribución a la efectividad de las resoluciones respectivas*, en «Revista de Derecho Procesal», 1992-3, pág. 481) y MASSAGUER FUENTES (*Las medidas cautelares en la Ley de Competencia Desleal*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1992, oct-dic., núm. 206, pág. 742;

El auto comentado analiza la concurrencia de este requisito desde una doble perspectiva: los elementos fácticos para lo que admite la prueba de confesión del representante de la demandada, la documental aportada y la prueba de reconocimiento judicial consistente en la conexión a Internet y entrada en el dominio objeto de litigio; analizando posteriormente el fundamento jurídico de la pretensión. Finalmente estima que concurre este presupuesto.

La discusión que se ha planteado en este punto es la posibilidad de practicar pruebas distintas a la documental para acreditar el *fumus boni iuris*. El art. 25 LCD no prevé nada al respecto, pero el art. 1428 LEC, al que se remite el apartado 4 del art. 25 LCD en lo no previsto en este artículo, prevé que «cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito...». Lo que parece indicar que el *fumus boni iuris* sólo se podrá acreditar a través de la prueba documental.

Debemos tener en cuenta que «en sede cautelar, el órgano judicial está limitado en su conocimiento por la finalidad de las medidas cautelares y por la urgencia inherentes a las mismas. Es por este motivo por el que el legislador suele restringir los medios de prueba a la prueba documental, aunque posteriormente algunos órganos judiciales admitan otros cuya práctica atenta a la finalidad y fundamento de la institución que analizamos...»[13]. En el caso concreto de la competencia desleal debemos preguntarnos si basta con la restricción de los medios de prueba que se pueden practicar para limitar el conocimiento. La conclusión a la que debemos llegar es que esta técnica conduciría a la indefensión del actor al no poder acreditar el acto de competencia desleal porque en muchas ocasiones éste no se realiza con ningún soporte documental. Por ello es necesario ir más allá de la dicción legal del art. 1428 LEC y permitir la práctica de cualquier medio de prueba[14]; además debemos tener en cuenta que en muchas ocasiones se admite una prueba distinta a la documental en el incidente de adopción de medidas cautelares regulado en el art. 1428 LEC. La única limitación a esta interpretación amplia de los medios de prueba practicables será que sólo se pueden admitir aquellos que se puedan realizar en el momento de la comparecencia[15]. Es decir, la práctica de la

y *Les mesures cautelars en matèria de competència deslleial*, en «La Llei de Catalunya», 21 de junio de 1999, pág. 1).

13. Esta afirmación la realizo en *las medidas cautelares...*, cit., pág. 117.

14. En el mismo sentido BELLIDO (*La tutela...*, cit., pág. 341), CALDERÓN (*sobre el régimen...*, cit., pág. 484) y MASSAGUER (*Las medidas cautelares...*, cit., pág. 741; y en *les mesures...*, cit., pág. 1).

15. Ver el análisis que realizo sobre la valoración de estos medios de prueba en sede cautelar en *las medidas...*, cit., págs. 122 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

prueba no debe obstar a la rapidez del incidente para la adopción de la medida cautelar[16].

Por ello estimamos que el órgano jurisdiccional ha actuado correctamente en el auto comentado al admitir las pruebas que se pueden practicar en el acto de la comparecencia.

b) Periculum in mora

El auto comentado afirma que «teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 133 y ss. de la Ley de Patentes, aplicables en materia de marcas por la remisión del art. 40 de la Ley de Marcas y a tenor de lo dispuesto en el artículo 1428 LEC, aplicable de acuerdo con los artículos 25.4 de la Ley de Competencia Desleal y 125.4 de la Ley de Patentes, para la adopción de medidas cautelares es preciso, con carácter general la concurrencia de dos presupuestos:... B) el peligro en la demora de la solución judicial o riesgo de ineficacia futura del fallo de la sentencia que llegue a dictarse, que haría ilusoria la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24.1 de la Constitución».

En el razonamiento jurídico 5.º analiza la concurrencia del presupuesto del *periculum in mora*. Para ello tiene en cuenta dos elementos: el retraso en la solución judicial del litigio y la actitud del demandado que ha dejado la página web sin contenido.

Es cierto que el proceso precisa de un tiempo para desarrollarse. Precisamente para evitar que este plazo temporal convierta en ineficaz la sentencia que se dicte se articula un sistema de medidas cautelares. El auto comentado afirma que «con carácter general, el retraso en la solución judicial del litigio, suele justificar determinadas medidas cautelares». Esta concepción se enmarca dentro de la consideración del *periculum in mora* como fundamento de la medida cautelar y no como presupuesto[17]. En el ámbito de la competencia desleal BELLIDO afirma que «normalmente, el peligro se presume, sin que sea necesario el acreditamiento de la urgencia»[18]. Sin embargo, según CALDERÓN CUADRADO el órgano encargado de resolver la cautela «tendrá que comprobar

16. Otra solución podría dar lugar a situaciones de indefensión. Este es el supuesto de la LP, que en su artículo 135 LP regula un procedimiento en el que el periodo de práctica de la prueba es de 20 días y no se limita la posibilidad de practicar prueba (ver extensamente el comentario que realizo en *Las medidas...*, cit., págs. 287 y ss.).

17. Ver ampliamente el análisis que efectuo en *Las medidas cautelares...*, cit., págs. 128 y ss.

18. BELLIDO, op. cit., pág. 351.

tanto si el riesgo mencionado puede afectar realmente a la efectividad de la resolución final, como si los hechos concretos aducidos son constitutivos de ese *periculum* ya individualizado»[19]. MASSAGUER adopta una posición intermedia y parece no exigir su justificación con carácter general, si bien «no parece que la pendencia del proceso sea suficiente para fundamentar la existencia de un *periculum* en relación con conductas conocidas desde hace tiempo y no atacadas en el momento en que fue posible hacerlo»[20].

En nuestra opinión el juez deberá valorar las circunstancias concurrentes para la adopción de la medida cautelar. Es cierto que la duración del proceso se puede traducir en la inefectividad del mismo. Pero esta circunstancia no se puede presumir, sino que se debe justificar en cada caso. Es decir, el órgano jurisdiccional deberá valorar en el caso concreto si la no adopción de la medida cautelar puede ocasionar la inefectividad del proceso principal. Para ello deberá tener en cuenta tanto la conducta de las partes como las circunstancias objetivas que concurran.

En este caso concreto el órgano jurisdiccional, a pesar de que parece no exigir el acreditamiento del *periculum in mora*, analiza la conducta del demandado consistente en dejar sin contenido la página web, justificando la adopción de la medidas en que el demandado «podría reactivar la página, volviendo a establecer un contenido sexual y enlaces pornográficos, utilizando el nombre de un producto que como es notorio está dirigido al público infantil, o en todo caso podría seguir utilizando, con cualquier otra finalidad, una marca que pertenece al demandante».

Entendemos que la valoración del órgano jurisdiccional es correcta. Consideramos que la actividad del demandado satisfaciendo extraprocesalmente la pretensión ejercitada no tiene repercusión alguna en el incidente de adopción de medidas cautelares. Una cuestión distinta es la valoración que esta conducta tiene en el proceso de declaración, ya que satisface extraprocesalmente la pretensión[21].

Por último el órgano jurisdiccional hubiera tenido que justificar la no aplicación del art. 133 LP. Como indicábamos anteriormente el órgano juris-

19. CALDERÓN CUADRADO, op. cit., pág. 487.

20. MASSAGUER, *Les mesures...*, cit., pág. 2. En el mismo sentido se pronunciaba en *Las medidas cautelares...*, cit., págs. 743 y ss.

21. En este caso afirmamos que «el órgano jurisdiccional deberá decretar la adopción de la medida cautelaer si ésta es idónea para asegurar la eficacia de la pretensión. El solicitante de la medida iniciar posteriormente el proceso principal dentro del plazo que establezca la ley para la medida concreta. Si no realiza esta actividad la medida cautelar se alzará por el mero transcurso de este plazo de tiempo debido a su carácter instrumental» (en *El allanamiento en el proceso civil*, pendiente de publicación, págs. 99-100)

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diccional afirma que es aplicable los arts. 133 y ss. LP, si bien se remite al procedimiento de adopción del art. 1428 LEC. Por ello hubiera tenido que justificar porqué no exige la explotación de la marca[22]. En todo caso entendemos que en este caso concreto no es aplicable la regulación de la LM al tratarse de un acto de competencia desleal.

c) Caución

El último de los presupuestos de adopción de la medida cautelar lo constituye el ofrecimiento de la caución[23]. A través de ella se asegura el derecho del demandado a la indemnización de daños y perjuicios[24].

Entendemos que este presupuesto es exigible en este caso concreto porque el art. 25.1 LCD indica expresamente que la medida cautelar se adopta bajo la responsabilidad del solicitante y por la remisión que se realiza el art. 25.4 LCD al art. 1428 LEC, que exige en su apartado 2º que el solicitante de las medidas cautelares preste fianza previa y bastante[25].

Sin embargo el auto comentado no establece ninguna caución. Hubiera sido deseable que el órgano jurisdiccional estableciera una caución a prestar por el solicitante de la medida cautelar para asegurar los daños y perjuicios que se causan al demandado por su eficacia. En todo caso el órgano jurisdiccional hubiera tenido que justificar su no exigibilidad en el caso concreto.

D) Legitimación pasiva

La parte demandada alegó falta de legitimación pasiva porque manifestó en el acto de la comparecencia que «el titular del nombre de dominio

22. En nuestra opinión el art. 133 LP no es aplicable a la Ley de Marcas al ser incompatible con la propia naturaleza de las marcas (ver extensamente la justificación que realizo en *Las medidas cautelares...*, cit., págs. 133-135; y en *La reforma de las medidas cautelares...*, cit., pág. 12749).

23. Ver extensamente el análisis que efectuamos en *Las medidas cautelares...*, cit., págs. 144 y ss.

24. Otra de las funciones es evitar el fraude impidiendo la adopción de medidas cautelares a personas que sólo buscan una situación de ventaja frente al demandado para forzarle a llegar a un acuerdo (ver extensamente el comentario que realizo en *Las medidas cautelares...*, cit., pág. 148).

25. En el mismo sentido se pronuncian BELLIDO (op. cit., pág. 356), CALDERÓN (op. cit., pág. 492) y MASSAGUER (*Las medidas cautelares...*, cit., pág. 747; y en *Les mesures cautelars...*, cit., pág. 2).

nocilla.com es A.Mc L con domicilio en Kiev (Ucrania), cliente de la empresa G. S.L., empresa que se ha limitado a tramitarle dicho nombre de dominio». El órgano jurisdiccional desestima la excepción al afirmar que «no es más que una maniobra de la demandada que ha actuado con mala fe en este proceso cautelar». Posteriormente justifica la presencia de la mala fe en las maniobras de la demandada para dilatar el incidente de adopción de medidas cautelares, y la actitud de cambiar el contenido de la página web apareciendo como titular la empresa demandada y la sociedad extranjera a la que se refiere. Por último considera que aunque fuera cierta la afirmación del demandado estaría legitimado pasivamente porque el art. 20 LCD permite que las acciones previstas en el art. 18 se ejerciten «contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado en su realización».

En este caso concreto se plantean diversas cuestiones que analizaremos a continuación:

— La influencia en el incidente de adopción de medidas cautelares de los cambios extraprocesales de la titularidad del dominio.
— Si la jurisdicción española podría conocer en el caso de que el demandado sea extranjero.

a) Litispendencia

Cuando se inicia un proceso jurisdiccional se produce la litispendencia. Ésta consiste en la ficción jurídica de considerar que las circunstancias subjetivas y objetivas que existían en el momento de iniciar el proceso permanecen invariables[26], conservando intactas la situación procesal tal como existía en el momento de la presentación de la demanda y anticipando los efectos de la cosa juzgada eventual que puede producirse al momento de la demanda[27]. Uno de los efectos procesales de la litispendencia es la *perpetuatio legitimationis*, que consiste en que «la legitimación de demandantes y demandados debe determinarse igualmente en el momento de presentar la demanda judicial», siendo las modificaciones posteriores irrelevantes[28]. Existen algunas excepciones a esta norma de carácter general como la sucesión procesal cuando se produce una transmisión de la cosa litigiosa[29].

26. Ver extensamente SERRA DOMÍNGUEZ el concepto de litispendencia y momento de producción, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XV, Barcelona, 1974, págs. 699 y ss., voz «litispendencia».

27. SERRA DOMÍNGUEZ, op. ult. cit., pág. 700.

28. SERRA DOMÍNGUEZ, op. ult. cit., pág. 704.

29. SERRA DOMÍNGUEZ, loc. cit.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En este caso concreto el demandado alega su falta de legitimación pasiva al haber actuado por encargo de un tercero. El órgano jurisdiccional analiza la excepción y constata que con posterioridad a la presentación de la solicitud de adopción de medidas cautelares se había modificado la página web objeto del litigio constando como cotitular de la misma cuando antes era su único titular. Esta circunstancia no es coherente con el argumento que se había limitado a la tramitación del registro, por lo que el órgano jurisdiccional desestima la excepción.

Si fuera cierto que con posterioridad a la solicitud se ha transmitido la titularidad del nombre de dominio a un tercero, ello no implicaría un cambio de partes. El nuevo titular podría solicitar actuar como parte a través de la sucesión procesal, o en caso de ser cotitular a través de la intervención litisconsorcial alegando la existencia de un interés legítimo, como sería en este caso la circunstancia de que su cotitularidad del nombre de dominio es un acto de competencia desleal.

b) Jurisdicción

En este caso concreto si se acogiera la excepción podría producirse un supuesto de falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de este litigio. Efectivamente, si en este supuesto el tribunal llegase a la conclusión de que el demandado tan sólo ha recibido un encargo de una empresa con domicilio en el extranjero se plantearía el problema del contenido de este proceso ya que no podría consistir en la orden de cesar en las actividades al no ser parte el titular del nombre de dominio. Por lo tanto las medidas cautelares solicitadas no podrían ser adoptadas o, en todo caso, éstas serían ineficaces al no afectar al titular del nombre de dominio. En todo caso al demandado con residencia en España sólo se le podría condenar por su carácter de cooperador necesario (art. 20.1 LCD) al pago de una indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 18.5 LCD.

De todas formas en este caso concreto también nos encontramos con que en el momento de solicitar las medidas cautelares el titular del nombre del dominio era la empresa española demandada. Otra de las consecuencias del inicio de un proceso judicial es la *perpetuatio iurisdictionis*, que consiste en que el Juez no puede apartarse del litigio porque una circunstancia ocurrida con posterioridad a la demanda desvirtúe su primitiva jurisdicción[30]. Como en este supuesto el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Oviedo tenía jurisdicción para conocer de la cuestión litigiosa, una posible alteración extraprocesal de las circunstancias subjetivas no afectará su jurisdicción.

30. SERRA DOMÍNGUEZ, loc. cit.

Para determinar la jurisdicción la norma general aplicable en España es el art. 20 LOPJ. Este precepto prevé que «los Juzgados y Tribunales conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte». Al remitirse a lo «establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte» la respuesta que se dé no puede ser unívoca y generalizable para todos los supuestos que hemos enumerado en el apartado anterior. A continuación analizaremos solo la problemática planteada en el auto comentado.

En el auto analizado el demandado tenía su domicilio en España en el momento de iniciarse el proceso, por lo que el tribunal español tiene jurisdicción para conocer de esta acción de competencia desleal al ser aplicable el art. 22.3 LOPJ que prevé que será competente la jurisdicción española con carácter general «en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España[31]. En todo caso cabría la posibilidad de adoptar las medidas cautelares en España cuando las personas o bienes se hallen en territorio español e iniciar el proceso ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado que tenga jurisdicción en este caso concreto (art. 22.5 LOPJ).

Además debemos tener en cuenta que en este caso no se plantea la falta de jurisdicción del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo al haber comparecido el demandado y no haberla alegado, por lo que se ha producido sumisión tácita. Por ello sería de aplicación el art. 22.2 LOPJ que prevé que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes «con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados y Tribunales españoles...». En este caso concreto las partes se han sometido tácitamente a la jurisdicción de los tribunales españoles en el incidente de adopción de medidas cautelares, siendo esta actividad sea extensible al proceso principal[32].

31. En el mismo sentido GARCÍA VIDAL (en *Marcas y nombres de dominio en Internet*, cit., pág. 204) y MASSAGUER (en *Conflictos de marcas en Internet*, cit., pág. 11140).

En este momento se está en fase de elaboración un sistema de resolución de conflictos entre nombres de dominio y marcas a través de un arbitraje administrado por la OMPI (ver extensamente en www.wipo.com).

32. Para un mayor desarrollo ver mi monografía *Las medidas cautelares...*, cit., págs. 247 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

E) Medidas adoptadas

Por último haremos referencia a las medidas adoptadas y su corrección desde el punto de vista del derecho español. Las medidas cautelares que adopta el auto son las siguientes:

a) La prohibición y orden de cese inmediato a la demandada en el uso en cualquier forma en su publicidad (directa o indirecta) o actividades de la denominación NOCILLA.

b) La prohibición y orden de cese inmediato del uso del nombre de dominio de Internet *http://nocilla.com* por parte de la demandada, prohibiéndole incluir contenido alguno en el mismo y, de manera especial, la palabra NOCILLA, así como cualquier remisión a otros dominios de Internet.

c) Orden de embargo del nombre de dominio *http://www.nocilla.com*, comunicándolo al registro de dominio perteneciente a la empresa NSI (Network Solutions Inc).

d) Prohibición de efectuar cualquier otro cambio en el nombre de dominio *http://www.nocilla.com*, salvo los ordenados expresamente por este Juzgado.

e) Todo ello con apercibimiento de desobediencia y multa coercitiva de 500.000 pesetas por cada día o fracción de retardo en el cumplimiento de las medidas a y b, y 500.000 pesetas por el incumplimiento de la medida.

Las cuestiones que se plantean es la congruencia de la resolución judicial y la posibilidad de condenar al pago de multas coercitivas.

Debemos tener en cuenta que el actor en el escrito de solicitud de medidas cautelares solo pedía la adopción de las medidas a, b y e del fallo. La d y e las incorporó en el momento de la comparecencia y que respondían a la actitud del demandado. Debemos tener en cuenta que éste, ante el incidente de adopción de medidas cautelares, había dejado sin contenido la página web al que remitía el nombre de dominio. Por ello el titular de la marca solicita este cambio.

En nuestra opinión la resolución no es congruente ya que las únicas medidas que pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional son aquellas solicitadas en el escrito inicial u otras que teniendo la misma naturaleza impliquen una menor injerencia en la esfera jurídica del demandado[33]. El solicitante hubiera tenido que ampliar la solicitud inicial poniendo de relieve el cambio de circunstancias fácticas ya que en este caso concreto las nuevas medidas no son de la misma naturaleza que las solicitadas en el momento procesal oportuno, implicando nuevos contenidos. En todo caso éstas pueden

33. Ver ampliamente el análisis que realizo en *Las medidas cautelares...*, cit., págs. 310 y ss.

ser adoptadas por el órgano jurisdiccional al tratarse no de medidas cautelares que tienen la finalidad de asegurar la eficacia del proceso principal, sino de las medidas cautelares solicitadas. Además en este caso concreto existen circunstancias que explican la adopción de estas medidas debido a la actitud dilatoria del demandado.

La segunda de las cuestiones radica en la validez de las multas coercitivas en el proceso civil español. El órgano jurisdiccional condena al pago de una serie de multas coercitivas. Para que éstas fueran admisibles sería necesario que la ley permitiera su adopción. Sin embargo éstas no se regulan ni en la LCD ni en la LEC. Por ello en el proceso civil de competencia desleal no se permite su adopción. En este caso nos encontramos ante un agravio comparativo porque el art. 45.4 Ley de Defensa de la Competencia permite que el Tribunal de Defensa de la Competencia, «por sí o a propuesta del Servicio, para asegurar el cumplimiento de las medidas cautelares, podrá imponer multas coercitivas...»[34]. Esta circunstancia nos obliga a replantearnos la razón por la que el legislador permite que un órgano administrativo puede adoptar este tipo de medidas ejecutivas de una medida cautelar y un órgano jurisdiccional no puede realizar esta actividad[35]. En este sentido CALDERÓN[36], MASSAGUER[37] y PALAU[38] optan por permitir la adopción de multas coercitivas[39].

El fundamento de la imposición de una multa coercitiva en la ejecución de una medida cautelar se halla en que «nos encontramos ante una cautela que se adopta para asegurar la efectividad de la tutela judicial que se presta

34. Con carácter general se permite su imposición en el art. 11 de la Ley de Defensa de la Competencia.

35. En el mismo sentido deberíamos plantearnos con carácter general por qué el art. 96 y 99 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite que las Administraciones Públicas impongan multas coercitivas reiteradas por lapsos de tiempo para la ejecución de determinados actos que sean actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado, o que proceda y la administración no lo estime conveniente o que el obligado pueda encargar a otras personas. Sin embargo en el sistema de ejecución de la LEC no se regula esta posibilidad.

36. CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 504.

37. MASSAGUER, *Las medidas cautelares...*, cit., pág. 765; y en *les mesures...*, cit., pág. 3.

38. PALAU, *Algunas cuestiones en torno al régimen de tutela cautelar establecido en la Ley de Competencia Desleal (comentario al auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Castellón de 30 de julio de 1991)*, en «Revista General de Derecho», 1992, págs. 8505 y 8506.

39. Sin embargo, ARAGONESES MARTÍNEZ afirma que «la aplicación de la *astreinte*, en las medidas cautelares con la redacción actual, une a su dificultad intrínseca una dificultad legal, insuperable, sino es mediante una reforma legislativa» (en *Las astreintes —su aplicación en el proceso español—*, Madrid, 1985, pág. 153).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en el proceso y que, en consecuencia, sin las limitaciones del artículo 923 de la LEC y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LOPJ, podría utilizar, precisamente en aras de dicha efectividad, modos de actuación diferentes de los previstos *en los artículos siguientes*»[40].

Entendemos que en este caso concreto la multa coercitiva es una medida de garantía de la medida cautelar adoptada. Ésta, si bien no está prevista en los arts. 923 y ss. LEC puede ser adoptada gracias a la cláusula genérica del art. 1428 LEC que permite la adopción de «las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere». En todo caso sería conveniente que con el fin de eliminar dudas sobre su aplicación el legislador introdujera una modificación en este sentido en la LEC[41] de forma similar a la regulación que ha realizado en la Ley de Procedimiento Administrativo[42], en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998[43] y en la Ley de Procedimiento Laboral[44].

ANEXO I: AUTO JPI N º 5 DE OVIEDO DE 2 DE JUNIO DE 1999

En Oviedo, a 2 de junio de mil novecientos noventa y nueve.

HECHOS

1º) Por la procuradora Dª María José Ronzón Fernández, en nombre y representación de la Sociedad B. E. S.A. bajo la dirección del letrado D. Jesús M. de Alfonso Olivé, se presentó demanda de medidas cautelares contra la sociedad G. S.L. en fecha 10 de abril de 1999, en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho aplicables al caso, se solicitaban las siguientes medidas: a) Prohibición y

40. CALDERÓN CUADRADO, op. cit., pág. 504.

41. El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de octubre de 1998 y actualmente en fase de tramitación parlamentaria, prevé la imposición de multas coercitivas en los arts. 708 y ss.

42. Ver supra.

43. El art. 112 prevé que «transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el Juez o Tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado, y, singularmente, previo apercibimiento, podrá: a) imponer multas coercitivas de 25.000 a 250.000 pesetas a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial...».

44. El artículo 239.2 LPL pre´ve que cuando la parte requerida «dejare transcurrir, injustificadamente, el plazo concedido sin efectuar lo ordenado y mientras no cumpla o no acredite la imposibilidad de su cumplimiento específico, el Juzgado o Tribunal, con el fin de obtener y asegurar el cumplimiento de la obligación que se ejecute, podrá, tras audiencia de las partes, imponer apremios pecuniarios...».

ordenación de cesación inmediata de uso en cualquier forma en su publicidad (directa o indirecta) o actividades de la denominación NOCILLA; b) Prohibición y ordenación de cesación inmediata del uso de dominio de Internet http://www.nocilla.com prohibiéndole incluir contenido alguno en el mismo y, de manera especial, la palabra NOCILLA, así como cualquier remisión a otros dominios de Internet; c) Todo ello bajo el apercibimiento de desobediencia y multa coercitiva de 500.000 ptas. por cada día o fracción de retardo en su cumplimiento, desde que hayan transcurrido tres días desde la notificación del otorgamiento de las presentes medidas cautelares.

2º) En fecha 13 de abril de 1999, por comparecencia de la demandante se puso en conocimiento del juzgado que se había solicitado la acumulación de las presentes medidas a las que se seguían en el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Oviedo, solicitando la suspensión del trámite hasta que se resolviera la acumulación solicitada, suspensión que se acordó por propuesta de providencia de 13 de abril de 1999. En fecha 17 de mayo de 1999, se comunicó por el Juzgado nº 1 de Oviedo la denegación de la acumulación solicitada por la demandante, por lo que, por providencia de la misma fecha se acordó alzar la suspensión y citar a las partes a la comparecencia prevista en el artículo 1428 de la L.E.C. señalándose para el día 21 de mayo de 1999. Habiendo concurrido las partes a la comparecencia señalada, por el procurador Sr. Cobián Gil-Delgado, en nombre y representación de D. G. A. Q. como legal representante de la demandada G. S.L. se solicitó la suspensión de la misma por encontrarse el abogado de dicha parte enfermo e imposibilitado de acudir al acto. La parte actora no se opuso a la suspensión, acordándose la misma y citando a las partes a nueva comparecencia a celebrar el día 28 de mayo de 1999, concediéndole a la demandada hasta dicho día de plazo para formular alegaciones a la demanda de medidas cautelares.

3º) El día 28 de mayo de 1999 se celebró la comparecencia, solicitando la parte demandada nueva suspensión por enfermedad del letrado de dicha parte, suspensión que fue denegada, continuandose el acto en el que la parte actora se ratificó en la petición de medidas ampliando las mismas con las siguientes: a) Ordenación de embargo y deposito, en la persona que este juzgado señale, a resultas de este proceso, del dominio de Internet http://www.nocilla.com, haciendo constar en el registro de domino los datos del depositante que el juzgado señale; b) Prohibición expresa de efectuar cualquier otro cambio en el domino de Internet http://www.nocilla.com, salvo los ordenados expresamente por este juzgado, bajo el apercibimiento de desobediencia y multa coercitiva que el juzgado señale prudencialmente por cada cambio efectuado. La parte demandada se opuso a la adopción de las medidas solicitadas conforme a los argumentos que constan en autos. Las partes solicitaron el recibimiento del incidente a prueba, proponiendo la demandante la confesión del representante de la demandada, la documental aportada en ese momento y la prueba de reconocimiento judicial consistente en la conexión a Internet y entrada en el dominio objeto de litigio, pruebas que fueron declaradas pertinentes, proponiendo la parte demandada la documental aportada en el acto y prueba pericial, declarandose impertinente esta última. Las pruebas se practicaron en el mismo acto con el resultado que obra en autos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1º) Las medidas cautelares solicitadas por B. E. S.A. y que se transcriben en los anteriores hechos de esta resolución, se fundamentan en la demanda, en el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal, en relación con los artículos 5, 6, 9, 11, 12 y 18 de la misma ley, así como en los artículos 30 y 36 de la Ley de Marcas. Conforme a dichos preceptos citados en la demanda y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 133 y siguientes de la Ley de Patentes, aplicables en materia de marcas por la remisión del artículo 40 de la Ley de Marcas y a tenor de lo dispuesto en el artículo 1428 de la L.E.C., aplicable de acuerdo con los artículos 25.4 de la Ley de Competencia Desleal y 125.4 de la Ley de Patentes, para la adopción de medidas cautelares es preciso, con carácter general la concurrencia de dos presupuestos: A) La fundada apariencia de buen derecho en las pretensiones del demandante, valorándose la probabilidad de que dichas pretensiones sean estimables en el proceso principal, valoración que deberá hacerse en este caso teniendo en cuenta la aplicación de los preceptos de la Ley de Competencia desleal y la ley de Marcas. B) El peligro en la demora de la solución judicial o riesgo de ineficacia futura del fallo de la sentencia que llegue a dictarse, que haría ilusoria la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24.1 de la Constitución.

2º) En cuanto al primero de los requisitos, la apariencia de «buen derecho» por parte de la empresa demandante, y que es el que mayores problemas plantea, resulta de los documentos aportados con la demanda y de la prueba practicada en la comparecencia, que existen indicios suficientes para entender que las pretensiones de la demandante pueden ser acogidas en el pleito principal, ya que B. E. S.A. es la titular de la marca NOCILLA, a nivel nacional, comunitario e internacional, y tal denominación ha sido utilizada por la empresa G. S.L. en Internet, tras conseguir inscribir, su administrador único D. G. A. Q., el nombre de dominio «nocilla.com», en el registro INTERNIC (Internet Network Information Center) por medio de la empresa NSI (Network Solutions Inc) empresa que asigna, entre otros, los nombres de dominio «.com» que son los designados para uso comercial en la Red. El registro del nombre de dominio «nocilla.com» lo efectúa el administrador de la empresa G. S.L. a pesar de conocer el producto alimenticio NOCILLA y constandole que NOCILLA es una marca registrada, como reconoce dicho administrador en la prueba de confesión judicial, manteniendo la pagina Web en Internet con dicha denominación, aún después del requerimiento notarial hecho por B.E. S.A. al citado D. D. G. A. Q..

3º) El conflicto entre los nombres de dominio utilizados en Internet y las marcas es un conflicto que aunque es novedoso en España (si bien ya existe al menos un auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Bilbao de 30 de diciembre de 1997) ya ha sido tratado por la jurisprudencia de otros países donde la implantación de Internet es mayor y anterior en el tiempo y ha sido estudiado por la doctrina. En un amplio estudio sobre dicha problemática, Javier A. Maestre («Planteamiento de la problemática jurídica de los nombres de dominio», Revista Actualidad Informática Aranzadi nº 29,

octubre 1998 y en http://www.dominiuris.com), entiende que el registro de un nombre de dominio puede violar el derecho de marcas si se registra una marca ajena debidamente inscrita, puede suponer también una práctica de competencia desleal, si se pretende, por poner un caso, aprovecharse de la reputación ajena y puede suponer también una violación de los derechos de propiedad intelectual. Este autor, siguiendo la doctrina estadounidense, enumera los distintos tipos de conflicto que pueden suscitarse con los nombres de dominio, refiriendose a las apropiaciones del nombre de dominio (Domain Name Grabbing), supuesto de conflicto que surge cuando alguien, de forma intencionada, registra un nombre de dominio que otro usa como nombre comercial o marca, para evitar que su propietario se establezca con su nombre en la Red o forzar al propietario de la marca a pagar una determinada suma de dinero para adquirir el dominio registrado. Tales supuestos de apropiación, son señalados por los especialistas en la materia, como supuestos habituales surgidos desde el momento en que la Red pasa a ser usada con un carácter comercial, convirtiendose el nombre de dominio no solo en una dirección sino en un signo distintivo de las empresas en la Red, que constituye sin duda el mayor escaparate del mundo (Así lo señalan José Manuel Ortecho «Dominios Internet ¿Qué son?», y Enrique Bardales «Conflicto entre los nombres de dominio en Internet y los derechos sobre Marcas» en Revista Electrónica de Derecho Informático, http://www.derecho.org/redi/). El supuesto de hecho objeto de las presentes medidas cautelares, reúne todas las características para considerarlo como un caso de apropiación de una marca con fines evidentemente no lícitos y que no es mas que una versión actual de otros supuestos estudiados por la jurisprudencia en materia de marcas, como aquellos en que terceros ajenos a alguna marca de prestigio y notoriamente conocida, inscribían dicha marca como nombre comercial, al no haberlo hecho la empresa titular de la marca, actuación que ha sido considerada por la jurisprudencia como «deslealtad competitiva» e «indiscutible fraude» (S.T.S. 15 octubre de 1992).

4º) El requisito de la apariencia de «buen derecho» de las pretensiones de la demandante, tiene otro aspecto vinculado en concreto al derecho de marcas y al de competencia desleal y que se relaciona con el hecho de que la marca NOCILLA y el nombre de dominio «nocilla.com», no compiten en el mismo sector de productos y servicios, la primera es utilizada para distinguir productos alimenticios, el segundo fue usado, (aunque no en la actualidad según el resultado del reconocimiento judicial) para exhibir pornografía y facilitar enlaces con empresas de este sector. Esta cuestión la trata también Javier A. Maestre en el estudio citado, y siguiendo a Fernández Novoa (»Derecho de Marcas», Ed. Montecorvo, 1990)dice que partiendo de una interpretación del artículo 31 en relación con el artículo 12 de la Ley de Marcas, y en concreto del término «asociación» que utiliza este último precepto, considera que para apreciar el riesgo de asociación no es requisito la identidad o similitud de los productos o servicios confrontados. A soluciones similares ha llegado la jurisprudencia de Estados Unidos, en el caso Panavisión International v. Denis Toeppen, sentencia del Juez Pregerson de 5 de noviembre de 1996 de la Corte Federal del Distrito de California,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en un supuesto de registro como nombre de dominio de una marca conocida para posteriormente vender a la empresa titular de la marca el nombre de dominio, y en el caso Hasbro, Inc. v. Internet Entertainment Group, resolución del Juez Dwyer de 9 de febrero de 1996 de la Corte del Distrito Oeste de Washington, recaída en un proceso similar a las medidas cautelares (preliminary injuction) en el que precisamente se trataba de la utilización como nombre de dominio de una marca conocida de productos infantiles, usandola para una pagina Web de contenido pornográfico. Menores problemas plantea la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, en cuanto al supuesto de productos o servicios que no compitan en el mercado, pues así no solo se deduce de los artículos 2 y 3 de dicha Ley, sino que se refleja claramente en el preámbulo de la Ley, cuando dice que el derecho de competencia desleal «deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado», resaltando como significativo a este respecto el artículo 5 de la Ley. En consecuencia la conducta de la entidad demandada podría encajar tanto en la cláusula general del artículo 5 como comportamiento objetivamente contrario a la buena fe, como en los demás artículos citados en la demanda, 6 (actos de confusión), 9 (actos de denigración), 11 (actos de imitación) y 12 (explotación de la reputación ajena).

5º) El requisito del peligro en la demora o el riesgo de ineficacia futura del fallo de la sentencia que en su momento se dicte, plantea bastantes menos problemas, pues si con carácter general, el retraso en la solución judicial del litigio, suele justificar determinadas medidas cautelares, en los supuestos de violación del derecho de marcas o en supuestos de competencia desleal, aparece con una mayor justificación. Así, Rodríguez San Vicente («Medidas cautelares en competencia desleal», Cuadernos de Derecho Judicial nº XVII, 1997), opina que en materia de competencia desleal, la sola pendencia actual o futura del proceso principal es por si misma relevante para generar el riesgo que justifique la medida, sin necesidad de circunstancias adicionales. Tampoco es un obstáculo para la adopción de las medidas cautelares, en este caso, el hecho de que actualmente la página web cuyo nombre de dominio es «nocilla.com», aparezca sin contenido, se halle «en construcción», como pudo apreciarse en la prueba de reconocimiento judicial, pues de no adoptarse las medidas solicitadas, la demandada, que sigue teniendo la titularidad de dicho nombre de dominio, podría reactivar la página, volviendo a establecer un contenido sexual y enlaces pornográficos, utilizando el nombre de un producto que como es notorio está dirigido al público infantil, o en todo caso podría seguir utilizando, con cualquier otra finalidad, una marca que pertenece a la demandante. Incluso el cierre definitivo de la página, voluntariamente por el titular del nombre del dominio, antes de la presentación de la demanda de medidas urgentes contra el mismo, no ha sido motivo para denegar la adopción de medidas, en la jurisprudencia de otros países, como en la reciente resolución de 3 de mayo de 1999 del Tribunal de Gran Instancia de Paris, recaída en el caso RATP, (dicha resolución puede encontrarse en http://legalis.net).

6º) En cuanto a la alegada falta de legitimación pasiva de la demandada al manifestar en la comparecencia que el titular del nombre de dominio «nocilla.com» es A. Mc L. con domicilio en Kiev (Ucrania), cliente de la empresa G. S.L., empresa que se ha limitado a tramitarle dicho nombre de dominio, tal alegación no puede acogerse y no es mas que una maniobra de la demandada que ha actuado con mala fe en este proceso cautelar, pues consiguió que se suspendiera la comparecencia señalada en su momento alegando enfermedad del letrado de dicha parte, aportando un certificado médico que si bien recogía que ya estaba dado de alta, se accedió a la suspensión, mostrandose de acuerdo ambas partes en señalar nueva comparecencia una semana después, concediendo a la demandada ademas, dicho plazo para formular alegaciones, a pesar de lo cual en la nueva comparecencia, no se presentó el letrado, intentando la parte una nueva suspensión presentando para ello, los mismos documentos sobre la enfermedad del letrado que ya se habían presentado en la comparecencia anterior, comprobandose por la prueba de reconocimiento judicial y por la aportación de documentos por la demandada, que ésta había aprovechado la suspensión de la comparecencia para modificar el contenido de la página web y para que ahora apareciera como titular, junto a G. S.L. el tal A. Mc L. con un apartado de correos de Kiev, figurando el registro de la citada página el 21 de mayo, fecha en la que también figura una imposición del citado Alexander de 17.400 ptas. en la cuenta de G. S.L. Tales fechas son posteriores a la de la primera comparecencia. La conducta de la demandada, hace dudar incluso de la existencia real de tal persona, por lo que debe rechazarse la alegada falta de legitimación pasiva que en todo caso es rechazable, tanto porque el registro «nocilla.com» sigue figurando a nombre de G. S.L. como por el hecho de que aun cuando fuera cierto que dicha empresa tramitó el nombre de dominio para un cliente, aun en ese hipotético y poco creíble caso, igualmente estaría legitimada pasivamente la demandada, al menos conforme al artículo 25.4 de la ley de Competencia desleal que legitima para dirigirse no solo contra los que hubieran realizado u ordenado el acto de competencia desleal, sino también a los que hubieran cooperado a su realización.

7º) Dado el carácter de «numerus apertus» del sistema de medidas cautelares regulado tanto por el artículo 1428 de la L.E.C (»las medidas que... sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recaiga»), como por el artículo 134 de la Ley de Patentes (»las que aseguren debidamente la completa efectividad del eventual fallo que en su día recaiga»), o como por el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal (»las que resulten pertinentes»), deben considerarse pertinentes y necesarias para asegurar el fallo que en su día recaiga, las solicitadas por la entidad B.E. S.A. en la demanda, consistentes en la prohibición a la demandada del uso en cualquier forma de la denominación NOCILLA y del uso del nombre de dominio «nocilla.com», así como el apercibimiento y multa coercitiva diaria, ya que de no adoptarse tales medidas, lo que permitiría a la demandada seguir usando la denominación NOCILLA, la sentencia firme que en su día recayera sería muy poco eficaz y el daño a la empresa demandante difícilmente reparable. Asimismo también son ade-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cuadas las medidas que la demandante amplió en la comparecencia, ampliación justificada por la actitud de la demandada, que aprovechó la suspensión de la primera comparecencia, para tratar de eludir las medidas solicitadas en la demanda. Tales medidas consistentes en el embargo y deposito del nombre de dominio litigioso y la prohibición de efectuar cualquier otro cambio en el mencionado dominio, deben adoptarse, si bien no parece necesario nombrar depositario a un tercero del nombre de dominio, pues resulta suficiente embargar dicho nombre mediante comunicación a la NSI, entidad que asigna dichos nombres.

8º) La estimación de la demanda de medidas cautelares debe llevar ademas la condena de la demandada al pago de las costas, debido a la mala fe con que ha actuado en el presente incidente, según se hace constar en el razonamiento jurídico sexto de esta resolución.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

En méritos de lo expuesto S.Sª. DECIDE: Que procede estimar la solicitud formulada por la entidad B.E. S.A. representada por la procuradora Dª María José Ronzón Fernández y dirigida por el letrado D. Jesús M. de Alfonso Olivé, contra la entidad G. S.L. representada por el procurador D. Rafael Cobián Gil-Delgado, y en su virtud, debo acordar las siguientes medidas: A) La prohibición y orden de cese inmediato a la demandada del uso en cualquier forma en su publicidad (directa o indirecta) o actividades de la denominación NOCILLA. B) La prohibición y orden de cese inmediato del uso del nombre de dominio de Internet http://www.nocilla.com por parte de la demandada, prohibiéndole incluir contenido alguno en el mismo y, de manera especial, la palabra NOCILLA, así como cualquier remisión a otros dominios de Internet. C) Orden de embargo del nombre de dominio http://www.nocilla.com, comunicándolo al registro del dominio perteneciente a la empresa NSI (Netwwork Solutions Inc). D) Prohibición de efectuar cualquier otro cambio en el nombre de dominio http://www.nocilla.com, salvo los ordenados expresamente por este Juzgado. E) Todo ello con apercibimiento de desobediencia y multa coercitiva de 500.000 pesetas por cada día o fracción de retardo en el cumplimiento de la medidas A) y B), y 500.000 pesetas por cada incumplimiento de la medida D), multas que regirán a partir de los tres días desde la notificación de esta resolución. Procede además la condena de la demandada al pago de las costas del presente proceso cautelar.

Notifiquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto ante este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo en el plazo de CINCO DÍAS.

Así por este Auto lo pronuncia y firma el Ilmo. Sr. D. Agustín Azparren Lucas, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Oviedo.

COMISIONES ROGATORIAS

EL ARBITRAJE DE CONSUMO EN PORTUGAL(*)

M.ª MARTA MELÉNDEZ LUQUE
Universidad de Cádiz

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Régimen Jurídico del Arbitraje de Consumo Portugués. — III. Características. — IV. Materias susceptibles de ser objeto de Arbitraje de Consumo. — V. Sujetos del Arbitraje de Consumo. — VI. El Convenio Arbitral: A) Noción de convenio arbitral; B) Forma y contenido del convenio arbitral; C) Revocación, nulidad y caducidad del convenio; D) Adhesión. — VII. Estructura del Arbitraje de Consumo. — VIII. Procedimiento Arbitral: A) La tentativa de conciliación; B) Fase

(*) Concluido este trabajo, se ha producido, el día 20 de diciembre de 1999, la transferencia del territorio de Macao (hasta ese momento colonia portuguesa) a la República Popular China. Aunque el gobierno de Portugal se ha preocupado de adoptar medidas para salvaguardar el sistema judicial y el respeto a los derechos humanos, así como del mantenimiento de determinadas instituciones, tales como la Fundación Oriente, la Escola Portuguesa, el Instituto Portugués de Oriente, etc., no sabemos si este amparo incluye la *Lei de Bases de Organizacão Judiciaria de Macau*, el *Decreto-Lei 26/96/M* regulador del arbitraje en este territorio y el Reglamento del Centro de Arbitraje de Conflictos de Consumo de 12 de marzo de 1998, cuestión ésta que habrá de ser tenida en cuenta en la lectura de las notas que hacen referencia al sistema establecido en este territorio.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

arbitral; C) Decisión arbitral; D) Impugnación del laudo; E) Ejecución de la decisión arbitral. — IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los medios heterocompositivos de solución de conflictos se distinguen de los demás —autotutela y autocomposición— por la aparición de un tercero y por la situación que detenta éste frente a las partes. Es decir, en las fórmulas heterocompositivas una persona, individual o colectiva, a la que las partes previamente han acudido, es la encargada de poner fin a la controversia, mediante la emisión de una resolución que es, en todo caso, definitiva, irrevocable e imperativa para las partes. Entre los medios de heterocomposición se encuentran el proceso y el arbitraje. En el primero de ellos es un juez —en virtud de la razón de su oficio— el encargado de resolver el conflicto por medio de la sentencia, y en el arbitraje, es un árbitro —en virtud del convenio arbitral que han celebrado las partes— el que resuelve a través de la emisión del laudo arbitral[1].

El arbitraje es señalado frecuentemente como alternativa a la vía judicial para los conflictos en los que se va a litigar por poca cuantía, principalmente por dos motivos: por tratarse de una vía más rápida que la anteriormente mencionada y por la escasez de su coste. Los conflictos en materia de consumo son prototipo de este tipo de asuntos «bagatela», debido a que, en la mayoría de los casos las cuantías litigiosas no superan una cantidad, que de ser solventada a través de un proceso, éste supondría un mayor coste a los litigantes que el objeto de dicho proceso[2]. Este hecho se ha puesto de manifiesto en nuestro país, estableciéndose el Sistema Arbitral de Consumo y en otros países, tales como Argentina o Portugal.

En el presente trabajo se pretende hacer un estudio sobre el arbitraje portugués comparado con el sistema español, no sólo por la cercanía geográfica con este país, sino por existir, cada vez con más frecuencia, los llamados litigios transfronterizos, en los que ciudadanos españoles plantean conflictos de consumo ante tribunales arbitrales portugueses, y viceversa.

1. *Vid.* GIMENO SENDRA, V. y OTROS, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid 1997, pp. 5 y ss.

2. Señala la Memoria del Sistema Arbitral de Consumo Español del año 1998, publicada por el Instituto Nacional del Consumo, que «la cuantía media de las reclamaciones recibidas de las diversas Juntas Arbitrales de Consumo supera en estos dos últimos años las 100.000 ptas.» (concretamente, en el año 1997, 118.011 ptas. y en el año 1998, 154.565 ptas.).

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO PORTUGUÉS

La Constitución de la República de Portugal[3] (aprobada y decretada el 2 de abril de 1976)[4] no hacía, en principio, mención alguna a los consumidores, salvo lo deducido en el artículo 81 j), en el que se establecía como competencia (*incumbençias*) prioritarias del Estado la protección del consumidor. Posteriormente, tras la reforma sufrida en 1989, se introduce, dentro de la Parte Primera «De los derechos y deberes fundamentales» y más concretamente en el Título III, Capítulo I «De los derechos y deberes económicos», un precepto que regula los derechos de los consumidores, elevando, de este modo, a derecho fundamental todo lo relativo a éstos. Así, el artículo 60 CRP establece que «*1. Los consumidores tendrán derecho a la calidad de los bienes y servicios consumidos, a la formación y a la información y a la protección de su salud, su seguridad y de sus intereses económicos, así como a la reparación de los daños sufridos. 2. La publicidad será regulada por ley. Se prohiben cualesquiera formas de publicidad oculta, indirecta o engañosa. 3. Las asociaciones de consumidores y las cooperativas de consumo tendrán derecho, en los términos que disponga la ley, al apoyo del Estado y a ser oídas sobre las cuestiones que tengan relación con la defensa de los consumidores*»[5]. Haciendo una lectura completa de esta norma fundamental veremos que, a pesar de haberse hecho referencia expresa a los derechos de los consumidores, existen otros preceptos en los que se establecen parámetros en clara referencia a la protección de aquéllos. De esta forma, el artículo 81 j)

3. En adelante, CRP.

4. La CRP de 1976 ha sufrido, en su corta existencia, tres revisiones que han introducido amplias modificaciones. La primera de ellas fue la acontecida el 30 de septiembre de 1982 (Diario de la República, Parte I, núm. 227, de la misma fecha); la segunda, la más profunda y extensa, por la que se añadió el precepto relativo a los derechos de los consumidores, de 8 de julio de 1989 (Diario de la República, Parte I, núm. 155, de la misma fecha); y la tercera y más reciente, la del 25 de noviembre de 1992 (Diario de la República, Parte I, Serie A, núm. 273, de la misma fecha). (*Vid.* RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M. *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona 1997, pág. 397).

5. Podríamos entender equiparado este precepto de la CRP con el artículo 51 de la Constitución Española de 1978, en lo referente a la protección de los consumidores «*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos*», pero creemos que no es así, pues el artículo 60 de la Norma Fundamental portuguesa no hace mención a quien es el encargado de garantizar la defensa de los consumidores, ni a los medios que deben ser utilizados para la protección de éstos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

CRP, al que mencionamos con anterioridad, pone de manifiesto que será el Estado a quien corresponda asegurar la protección de los consumidores; también, el artículo 20 CRP regula, como derecho fundamental, el derecho a acudir a los tribunales en defensa de derechos e intereses legítimos, el beneficio de justicia gratuita para aquellos que acrediten insuficiencia de medios económicos, así como el derecho a la información, al asesoramiento jurídico y la protección judicial[6]; y, el artículo 168, apartado ñ) que establece que será la Asamblea de la República la encargada de legislar sobre la «*organización y competencia de los tribunales y del Ministerio Fiscal y régimen especial de los respectivos magistrados, así como de las entidades no jurisdiccionales de solución de conflictos*»[7]. Así, con este último precepto se abre la vía para resolver las controversias que nazcan entre dos sujetos a través de entidades de naturaleza no jurisdiccional, entre las que se encuentran los Tribunales Arbitrales; y aún más, será la Asamblea de la República —como órgano del Poder Legislativo con competencia exclusiva para legislar en las materias detalladas en el artículo 168— la encargada de regular o establecer las pautas para la organización, competencia y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

6. Literalmente el precepto señala que: «*1. Se garantiza a todos el derecho a dirigirse a los tribunales para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. No se podrá denegar la justicia a nadie por insuficiencia de medios económicos. 2. Todos tendrán derecho, dentro de los términos dispuestos por la ley, a la información, asesoramiento jurídico y a la protección judicial*». El apartado primero del precepto fue reformado por la revisión de 1989, que introdujo la referencia a los intereses legítimos, igualándolo, de este modo, al artículo 24. 1 de la CE de 1978.

7. En atención a lo expuesto en la CRP sobre el territorio de Macao (art. 292 CRP: «*1. El territorio de Macao se regirá por un estatuto adaptado a su situación especial mientras permanezca bajo administración portuguesa.[...] 5. El territorio de Macao dispondrá de organización judicial propia, dotada de autonomía y adaptada a su particularidad, en las condiciones que establezca la ley, la cual deberá salvaguardar el principio de independencia de los jueces*») ha sido aprobado por el Gobernador de Macao, dentro del marco que establece la *Lei de Bases da Organizacão Judiciaria de Macau* (aprobada por la *Lei núm. 112/91, de 29 de agosto*), el *Decreto-Lei núm. 29/96/M* (con las modificaciones realizadas recientemente a través del *Decreto-Lei núm. 19/98/M*) que regula el arbitraje en este territorio. Como consecuencia de esa regulación fue aprobado el 12 de marzo de 1998 el Reglamento del Centro de Arbitraje de Conflictos de Consumo de Macao, en el que se establece como objeto de este Centro, promover la resolución de los conflictos de consumo que ocurran en el territorio de Macao, además del procedimiento arbitral a llevar a cabo ante el Tribunal, aplicándose como derecho subsidiario el *Decreto-Lei núm. 29/96/M* que regula el arbitraje voluntario. Al haber sido diseñado un sistema arbitral propio por las características especiales de este territorio, creemos que estas disposiciones deberían ser objeto de otro estudio independiente.

En cumplimiento del mandato constitucional se promulga la *Lei núm. 24/96, de 31 de Julho*[8], que establece el régimen aplicable para la defensa de los consumidores[9]. Esta ley consta de veinticinco artículos divididos en cinco capítulos. En el primero de ellos «Principios generales» (arts. 1-2) se determina que serán el Estado, las Regiones Autónomas y las autoridades locales (*autarquias locais*) las encargadas de proteger a los consumidores, facilitando, a través de su apoyo y de una labor normativa, la constitución y funcionamiento de las asociaciones de consumidores y de las cooperativas de consumo. Además, en el artículo 2 se detalla, en su apartado primero, el concepto de consumidor, poniéndose de relieve que aunque el precepto se inicia con la expresión «*Se considera consumidor...*», al final del párrafo se detalla qué ha de entenderse por la contraparte en el litigio en materia de consumo, esto es, por agente económico o empresario «*[...] pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*»; y en el apartado segundo, fija el ámbito de aplicación de la ley[10].

8. También en cumplimiento al mandato constitucional fijado en el art. 51 CE, se promulgó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores. En el artículo 31 de esta disposición se establecen las bases del futuro sistema arbitral en materia de consumidores y usuarios que será desarrollado posteriormente. De este modo, se determina la potestad que tiene el gobierno para establecer un sistema arbitral por el que se resolverán las controversias en materia de consumo, así como el carácter vinculante y ejecutivo de la solución (laudo arbitral). También se realiza una limitación en cuanto a la materia objeto de estos litigios, es decir, en ningún caso serán objeto de arbitraje aquellas cuestiones en las que concurran intoxicación, lesión o muerte, ni aquellas en las que existan indicios racionales de delito, acudiéndose en estos casos a la vía administrativa o judicial, según corresponda. En el apartado segundo se precisan dos características del sistema arbitral de consumo español: la voluntariedad y la escritura. Por último, en el apartado tercero se designan quienes serán los integrantes de los órganos de arbitraje, esto es: representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas.

9. En adelante, LDC. El artículo 24 de esta ley derogó la anterior Ley de Defensa de los Consumidores de 1981, *Lei núm. 29/81, de 22 de agosto* (Diario de la República, Parte I, núm. 192, de la misma fecha). Este cambio en esta materia ha sido debido a diversos motivos, entre ellos: a) la incorporación de Portugal a la Unión Europea, que lleva consigo la adaptación de la normativa nacional de los estados miembros al derecho comunitario; b) la libre circulación de mercancías con la creación del mercado único; c) la introducción e implantación de nuevas tecnologías que facilitan el abastecimiento de bienes, la prestación de servicios o la transmisión de derechos. (*Vid.* TRIGO GARCIA, B., «La nueva Ley portuguesa de Defensa de los Consumidores» en *Actualidad Civil*, núm. 2, 1997, pág. 453)

10. Concretamente, el articulo 2. 2 LDC señala que «*Consideram-se incluídos no ámbito da presente lei os bienes, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autar-*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En el capítulo segundo «De los derechos del consumidor» (arts. 3-15) se determinan, cuáles son estos derechos, realizando una enumeración taxativa a modo de lista cerrada: «*El consumidor tiene derecho: a) a la cualidad de los bienes y servicios; b) a la protección de la salud y de la seguridad física; c) a la formación y educación para el consumo; d) a la información para el consumo; e) a la protección de los intereses económicos; f) a la prevención y reparación de los daños patrimoniales o no patrimoniales que resulten de la ofensa de los intereses o derechos individuales homogéneos, colectivos o difusos; g) a la protección jurídica y a una justicia accesible y pronta; h) a la participación, por vía representativa, en la definición legal y administrativa de sus derechos e intereses*». Con posterioridad, desarrolla en cada uno de los preceptos qué debe entenderse incluido en cada uno de los derechos detallados en el precepto anterior.

Es de especial interés, a nuestro entender, y en cuanto a la materia que es objeto de nuestro estudio, el artículo 14 de esta ley, que comprende el derecho a la protección jurídica y a una justicia accesible y pronta en una doble vía: una primera, que aparece enunciada en el apartado primero de este precepto, al manifestarse la obligación de los órganos de la Administración Pública «*de promover la creación y patrocinar centros de arbitraje con el objetivo de dirimir los conflictos de consumo*», mostrándose la aceptación del arbitraje como medio de solución de conflictos en materia de consumo; y recogiéndose en los siguientes apartados, una serie de medidas tendentes a facilitar el acceso efectivo de los consumidores a los tribunales, dispensándole de los «*preparos*» en los procesos en que pretenda la protección de sus intereses o derechos, así como eximiendo al actor o actores del pago de las costas en caso de procedencia parcial de la acción y condenando a éste o éstos en caso de decaimiento total.

En el capítulo tercero «Del carácter obligatorio (*injuntivo*) de los derechos de los consumidores» (art. 16) se recoge, principalmente, la nulidad de cualquier convenio o disposición contractual que excluya o restrinja los derechos atribuidos por la ley a los consumidores, circunstancia que puede ser invocada bien por el propio consumidor o por su representante. Por último, y

quias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos» (Se consideran incluídos en el ámbito de la presente ley los bienes, servicios y derechos abastecidos, prestados y transmitidos por los organismos de la Administración Pública, por personas colectivas públicas, por empresas de capitales públicos o detentadas mayoritariamente por el Estado, por las Regiones Autónomas o por las entidades locales y por las empresas concesionarias de servicios públicos) (traducción libre).

como consecuencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes, se atribuye al consumidor la facultad de optar por la conservación del contrato o convenio aún concurriendo en él alguna cláusula que le afecte de nulidad.

En el capítulo cuarto «Instituciones de promoción y tutela de los derechos del consumidor» (arts. 17-22) se detallan cuales serán las asociaciones, instituciones o entidades (Asociaciones de Defensa de los Consumidores, Ministerio Público[11], Instituto del Consumidor y Consejo Nacional del Consumo) que velarán por la protección y tutela de los derechos de los consumidores[12], así como el régimen, funciones y derechos de éstas. De esta forma, los artículos 17 a 19 se refieren a las Asociaciones de Consumidores, que son asociaciones dotadas de personalidad jurídica, sin fines lucrativos y con la finalidad principal de proteger los intereses y derechos de los consumidores en general o de aquellos que sean sus asociados. Éstas pueden ser de ámbito nacional, regional o local, diferenciándose, a su vez, según el interés que representen en asociaciones de interés general y asociaciones de interés específico[13]. Finalmente, se detallan en los artículos 18 y 19 cuáles son los derechos y facultades de estas Asociaciones. Por su parte, el artículo 21 establece las funciones del Instituto del Consumidor y las medidas de que dispone para llevarlas a buen término. Y, en cuanto al Consejo Nacional del Consu-

11. Se prevé la intervención del Ministerio Público en todas las acciones administrativas y civiles tendentes a la tutela de los intereses individuales homogéneos, así como de intereses colectivos o difusos de los consumidores (art. 20).

12. En el ámbito de la Unión Europea también han sido creadas instituciones o entidades con la misma finalidad. A modo de ejemplo, destacamos: la Oficina Europea de Uniones de Consumidores (BEUC) fundada en 1962, que agrupa a organizaciones nacionales de consumidores de los estados miembros de la Unión Europea, teniendo como finalidad, representar y defender el interés de los consumidores ante las instituciones comunitarias; la Confederación Europea de Sindicatos (CES) que agrupa a ciertas organizaciones sindicales nacionales de dieciocho países europeos; la Comunidad Europea de Cooperativas de Consumo (EUROCOOP) que reúne a las federaciones de Cooperativas de Consumo de los países integrantes de la Unión Europea; la Federación de Usuarios de Transportes Aéreos (FATUREC) creada en 1982 y cuyo objetivo es la protección de los intereses de los consumidores, principalmente en materia de precios; la *European Consumer Law Group* integrada por un grupo de juristas miembros de organizaciones de consumidores, siendo su finalidad principal, preparar comentarios sobre los diversos aspectos de la política comunitaria en esta materia; etc. (*Vid.* BRAÑA PINO, C. en *Europa y los consumidores*, Madrid 1989, pp. 43 y ss.)

13. Son asociaciones de interés general, aquéllas cuyo fin estatutario sea la tutela de los derechos de los consumidores en general y cuyos órganos sean libremente elegidos por el voto universal y secreto de todos sus asociados; y son asociaciones de interés específico, las demás asociaciones de consumidores de bienes y servicios determinados, cuyos órganos sean libremente elegidos por el voto universal y secreto de todos sus asociados (art. 17. 3 LDC).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mo, el artículo 22 lo configura como órgano independiente de consulta y de acción pedagógica y preventiva, que ejercerá su acción en todas las materias relacionadas con los intereses de los consumidores.

Al igual que la disposición anteriormente detallada, es decir, en cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 168 ñ) CRP, el 24 de julio de 1986 es aprobada por la Asamblea de la República la *Lei núm. 31/86, de 29 de Agosto, da Arbitragem Voluntária*[14]. Esta disposición viene a facilitar un cauce sencillo, económico y eficaz para dirimir aquellas controversias emanadas entre dos sujetos a través de entidades no jurisdiccionales, en aquellas materias que determina la ley. Esta ley consta de cuarenta artículos, divididos en ocho capítulos. En ella se detallan los aspectos generales acerca del convenio arbitral (forma, revocación, nulidad y caducidad *da convenção de arbitragem*); las obligaciones del proceso; la composición de los Tribunales encargados de resolver las controversias; designación, sustitución y demás cuestiones en torno a los árbitros; el procedimiento arbitral (arts. 15-18); la producción del laudo arbitral (plazo, forma, derecho aplicable, etc.); los medios de impugnación de la decisión arbitral (arts. 27-29); y, la ejecución del laudo (arts. 30-31). Finalmente, en el capítulo octavo (arts. 36-40) se postula al gobierno para que desarrolle mediante *decreto-lei* la creación, constitución y funcionamiento de los centros de arbitraje (art. 38)[15]. Esta disposición es de

14. En adelante, LAV. Hasta la entrada en vigor de esta ley, se aplicaban al arbitraje voluntario las normas reguladas en el Título I del Libro IV «*Do Tribunal Arbitral*» (arts. 1508 a 1524) del *Código de Processo Civil* aprobado el 28 de diciembre de 1961. A pesar de ser de fecha posterior, la LDC no ha derogado ni modificado ninguno de los preceptos de esta ley.

15. El art. 38 LAV insta al gobierno a que establezca por medio de una disposición los parámetros generales para el funcionamiento de los centros de arbitraje, órganos arbitrales o como se les quiera llamar: «*O Governo definirá, mediante decreto-lei, o regime da outorga de competência a determinadas entidades para realizarem arbitragens voluntárias institucionalisadas, com especificação, em cada caso, do carácter especializado ou geral de tais arbitragens, bem como as regras de reapreciação das autorizações concedidas, quando tal se justifique*». Podríamos hacer una comparación entre este precepto y lo contenido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 36/88, de 5 de diciembre, reguladora del Arbitraje en nuestro país («*El Gobierno establecerá reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos 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*»), pero esto no es posible, debido a que este último se refiere únicamente a las instituciones arbitrales en el ámbito de materia de consumo, y el precepto de la ley portuguesa a órganos de arbitraje para cualquier materia, es decir, se insta al gobierno a determinar las normas generales para la constitución, composición y funcionamiento de instituciones arbitrales para cualquier ámbito, más concretamente, para todas aquellas materias que establezca la LAV.

especial importancia en el arbitraje portugués, porque a partir de ella, se van a crear los Centros de Arbitraje de Conflictos de Consumo, que establecerán sus propias normas reguladoras a través de sus Reglamentos.

Pues bien, en cumplimiento del mandato legal señalado anteriormente, el Gobierno de la República de Portugal aprobó el 13 de noviembre de 1986 el *Decreto-Lei núm. 425/86, de 27 de Dezembro, do Arbitragem Institucionalizada*[16]. Aunque en principio, y por seguir un pretendido paralelismo entre la legislación española y la portuguesa en esta materia, podríamos decir que esta disposición es equiparable al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo Español[17], debemos entender que no es así, pues esta última disposición regula no sólo la forma de constitución y funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo, sino también otras materias como las relativas al objeto del arbitraje, la formalización del convenio arbitral, el procedimiento a seguir y todo lo relativo a la producción del laudo arbitral. Sin embargo, estos aspectos son regulados en Portugal, de forma general —como hemos señalado con anterioridad— en la LAV, y más concretamente en cada uno de los Reglamentos que regulan los Tribunales Arbitrales integrados dentro de los *Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo* creados por toda la geografía portuguesa. De este modo vemos, como en cada uno de esos Reglamentos, a los que haremos referencia pormenorizadamente con posterioridad, se regulan aspectos concretos no sólo en cuanto a la constitución del Tribunal, del laudo arbitral, sino también sobre el convenio, que en todo caso, debe ser suscrito por las partes en conflicto. En base a lo expuesto, debemos señalar que no existe en Portugal una disposición con carácter general —como sí ocurre en nuestra legislación— que funcione a modo de punto de encuentro entre todos los órganos o entidades autorizados para este tipo de actividad; e igualmente, no existe en nuestro país una disposición que regule cuáles son los trámites a seguir para poner en funcionamiento este tipo de entidades.

Por otra parte, nos parece interesante la exposición que se realiza en el preámbulo de este Decreto-Ley, pues en él se detallan los motivos que han llevado a reglamentar este tipo de centros u órganos[18]: en primer lugar, para

16. En adelante, DLAI.

17. En adelante, RDSAC.

18. Concretamente establece que: «*Na difusão dos mecanismos de arbitragem voluntária estará uma das vias para desbloquear a actividade dos tribunais: da-se, para mais, a circunstância das experiências comparastísticas revelarem que este meio alternativo da justiça judicial possui virtualidades de realização de uma justiça igualmente certa e dignificada.*».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

desbloquear la actividad de los tribunales, pues se entiende que, al facilitar institucionalizadamente otra vía de solución de conflictos, el consumidor acudirá a ella sin ningún tipo de reparos y con total confianza; en segundo lugar, porque la creación de estos centros a funcionar permanentemente, llevará a una difusión entre la sociedad de las soluciones arbitrales; y, por último, dará lugar a una profesionalización de la actividad. Esta disposición, básicamente, asienta los cauces que deben seguir las entidades que pretendan promover con carácter institucionalizado la realización de arbitrajes voluntarios. Así, dichas entidades deberán requerir al Ministerio de Justicia una autorización para su creación, exponiendo circunstanciadamente en dicha solicitud las razones que justifican su pretensión (art. 1). Una vez examinado el escrito, el Ministro de Justicia dictará un despacho, que debe ser motivado, especificando, en cada caso, el carácter especializado o general de los arbitrajes a realizar por la entidad requirente, siendo publicada —con una periocidad anual— una lista de entidades autorizadas a realizar arbitrajes voluntarios. Esta autorización puede ser revocada, si ocurre algún hecho que demuestre que la actividad que se desarrollaba en el centro dejó de poseer la condiciones técnicas y de idoneidad que se requieren. Por último, se establecen las sanciones que recaeran en aquellas entidades que efectúen arbitrajes voluntarios sin la debida autorización[19].

Tampoco podemos dejar de lado la extensa normativa creada a través de los Reglamentos de los Centros de Arbitraje de Conflictos de Consumo que existen en Portugal, pues en ellos se contienen normas relativas a la creación, constitución y funcionamiento de dichas entidades y otras que versan sobre el convenio arbitral, composición del órgano, procedimiento y laudo arbitral. Existen en la actualidad cinco centros ubicados en: Lisboa[20], Oporto[21], Braga[22], Coimbra e Figueira da Foz[23] y Vale do Ave[24]. Junto a éstos, hay que hacer referencia al Centro de Arbitraje del Sector del Automóvil, con sede en Lisboa y de ámbito nacional[25].

Finalmente, debemos tener en cuenta que en los últimos años estamos asistiendo en el ámbito de la Unión Europea, a un crecimiento importante de la regulación en torno a la protección de los consumidores y usuarios y, más concretamente, en lo referente al acceso de éstos a la justicia[26].

Acontece que para a difusão dessas soluções arbitrais contribuirá, de modo muito significativo, a existência de centros a funcionar, institucionalizada e permanentemente, como que profissionalizando a actividade; tais centros de arbitragem tendem, nos países com uma vida económica mais intensa, a absorver muito do que antes estava imputado a arbitragens ad hoc.[...]».

19. Señala el art. 6 DLAI que las sanciones serán de 300.000 a 500.000 escudos y que la aplicación de dicha multa corresponderá al Secretario General del Ministerio de Justicia.

20. Fue creado el 28 de octubre de 1988 tras la firma del Protocolo entre la Cámara Municipal de Lisboa, el Instituto Nacional del Consumidor (INDC), la Asociación Portuguesa para la Defensa del Consumidor (DECO) y la Unión de las Asociaciones de Comerciantes del Distrito de Lisboa, autorizándose el funcionamiento del Centro por el Ministro de Justicia el 23 de febrero de 1990.

21. El Protocolo para la creación del *Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto* fue firmado el 14 de septiembre de 1992 por la Cámara Municipal de Oporto, la DECO, el INDC y la Asociación de Comerciantes de Oporto, siendo autorizada por el Ministro de Justicia el 22 de diciembre del mismo año.

22. La fecha de creación de este Centro, tras la firma del Protocolo por la Cámara Municipal de Braga, el INDC y la Asociación Comercial de Braga, es de 15 de marzo de 1996. En su preámbulo no se detalla la fecha de la concesión de la autorización.

23. En este supuesto la firma del Protocolo se realizó el 15 de abril de 1997.

24. El Protocolo fue aprobado por la Asamblea General del Centro el 18 de noviembre de 1997.

25. El *Centro de Arbitragem do Sector Automóvel* —en adelante, CASA— fue constituido por el Protocolo celebrado entre el Ministerio de Justicia, el Instituto Portugués de Calidad, el INDC, la Asociación Nacional del Ramo Automovilístico, la Asociación del Comercio del Automóvil de Portugal y la Asociación Nacional de las Empresas del Comercio y de la Reparación del Automóvil, siendo suscrito con posterioridad por la DECO, el Centro de Formación Profesional de la Reparación del Automóvil, la Unión General de Consumidores y la Dirección Regional del Ambiente de Lisboa y Vale do Tejo. La autorización para la creación del Centro data de abril de 1994.

26. Una aproximación al tema puede verse en BRAÑA PINO, C. *Europa y..., op. cit.* y ÁLVAREZ ALARCÓN, A. *El Sistema español de Arbitraje de Consumo*, Ministerio de Sanidad y Consumo - Instituto Nacional de Consumo, Jerez de la Frontera 1999, pp. 54 y ss.. A modo de ejemplo, citaremos la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 sobre el Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, en el que se reconocía a los consumidores los siguientes derechos: derecho a la protección de su salud y seguridad, derecho a la protección de sus intereses ecónomicos, derecho a la información y a la educación, derecho a la representación y derecho a la justa reparación de los daños por medio de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos. Además, este programa significó un cambio en la concepción del consumidor, pues ya no se le va a considerar como un comprador y usuario de bienes y servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino que se le va a ver como una persona involucrada en los diferentes aspectos de la vida social que le puedan afectar. Otro ejemplo, es la Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981 sobre un Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores; la Comunicación de la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia de 4 de enero de 1985; la Resolución del Consejo de 25 de junio de 1987 sobre el acceso de los consumidores a la justicia; la Recomendación 12/86 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que postula a los gobiernos de los países miembros de la Unión Europea a adoptar las disposiciones adecuadas para que el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial; la III Conferencia

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

III. CARACTERÍSTICAS

Una vez analizado el régimen jurídico del arbitraje de consumo portugués, podemos concluir cuáles son las características que en él imperan:

A) Voluntariedad. Esta característica se concluye de la multitud de preceptos referidos tanto al convenio arbitral como a la adhesión que puede realizar un empresario a un determinado Centro de Arbitraje. Es decir, en el arbitraje de consumo portugués es necesario que las partes manifiesten su voluntad de someter el litigio a la decisión arbitral, teniendo que ser reflejada inequívocamente dicha intención a través de un documento. Prueba de esta voluntariedad es que el convenio arbitral, por el que las partes se someten a arbitraje, puede ser revocado con anterioridad al pronunciamiento de la decisión arbitral, siempre que las partes lo realicen por escrito[27].

B) Coste menos elevado que la vía judicial. No podemos afirmar la gratuidad del arbitraje en Portugal, porque serán las partes las encargadas de solventar la remuneración de los árbitros y de otros intervinientes en el proceso, y de fijar las reglas de reparto de esas obligaciones[28] (art. 5 y 23 LAV), aunque el art. 14. 2 LDC sostenga lo contrario «*Está asegurado al consumidor el derecho a la dispensa (isenção) de las obligaciones en los procesos en los que pretenda la protección de sus intereses o derechos [...]*». Lo que sí está asegurada es la exención del pago de las costas para la parte que se viera obligada, por no cumplimiento voluntario del laudo arbitral, a solictar su ejecución al órgano jurisdiccional que corresponda. Este beneficio aparece tras la publicación del Decreto-Ley núm. 103/1991, de 8 de marzo.

C) Unidireccionalidad. Es constante en la doctrina en torno a esta materia, la discusión acerca de la bidireccionalidad o unidireccionalidad de esta vía, es decir, si una vez surgido el conflicto puede ser presentada la solicitud de arbitraje indistintamente por el consumidor o por el empresario (bidireccionalidad) o si, por el contrario, únicamente los primeros pueden plantear dicha solicitud. El Sistema español de Arbitraje de Consumo mantiene claramente una postura hacia la unidireccionalidad, pero dicha claridad no está patente en el arbitraje de consumo portugués. De este modo, no hay precepto alguno, en toda la normativa portuguesa, que exprese concretamente que el único legitimado para la presentación de la solicitud sea el consumidor, pero ésto puede ser así entendido, si observamos que todos los Reglamentos de los Centros de Arbitraje regulan que el agente económico puede formular contestación a la solicitud de arbitraje, acompañada de todos los medios probatorios de los que se haga valer en el proceso[29]. Esta unidireccionalidad tiene su excepción en el caso del Centro de Arbitraje de Conflictos de Consumo de Vale do Ave —en adelante, CAVA—, que establece en su artículo 8 la bidireccionalidad del procedimiento ante él, es decir, puede ser iniciado dicho procedimiento arbitral bien por el consumidor, bien por el empresario que haya realizado la adhesión plena al Centro («*Quer o agente económico, que tenha aderido genericamente, quer o consumidor poderão desencadear o processo com vista à resolução dos conflitos de consumo definidos no artigo 7º*»). Por ser esta la única manifestación sobre la bidireccionalidad del arbitraje de consumo, y no haber sido manifestado nada al respecto por la LAV, creemos que no podemos concluir como característica del arbitraje de consumo de Portugal a la bidireccionalidad, al contrario, entendemos que imperará la unidireccionalidad[30].

Europea sobre el acceso de los consumidores a la justicia celebrada en Lisboa los días 21 a 23 de mayo de 1992, cuyas ponencias están recogidas en *III European Conferenca on Consumer Access to Justice*, Instituto do Consumidor, Lisboa 1992; el Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el Mercado Único; la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde; la Comunicación relativa a un Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior, que propuso la utilización de un único formulario como forma de simplificar el acceso de los consumidores a los procedimientos judiciales; y, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión «Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior» de 14 de noviembre de 1996; entre otras.

27. A modo de ejemplo, algunos de los preceptos que señalan esta característica: art. 1. 1 LAV «*qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis, pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros*».

28. Más concretamente, el Reglamento del Centro de Arbitraje del Sector Automovilístico —en adelante, RCASA— dispone que el paso a la fase de conciliación y arbitraje, implica el pago de «*um preparo*» por cada parte, que será del 3% o 5% del valor de la causa, según hayan optado por un árbitro o por un tribunal, con un mínimo de 5.000 escudos.

29. A modo de ejemplo, art. 11 del Reglamento del Centro de Arbitraje de Conflictos de Consumo de Lisboa —en adelante, RCAL—; art. 13 del Reglamento del Centro de Arbitraje de Coimbra e Figueira da Foz —en adelante, RCACF—; etc.

30. Así, mostramos nuestra opinión contraria a la formulada por ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (*El Sistema español..., op.cit.*, pág. 50) al expresar que el ordenamiento portugués en esta materia se ha decantado por establecer un sistema bidireccional: «Existe el temor a que si se establece la «bidireccionalidad» del SAC se incrementen los arbitrajes, desbordándose con ello la capacidad del sistema. Sin embargo, no ocurre así en Portugal donde, siendo su sistema de arbitraje «bidireccional», el número de solicitudes es significativamente inferior al que se produce en nuestro país.».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

D) Carácter vinculante y ejecutivo. La decisión arbitral tiene la misma fuerza ejecutiva que la sentencia dictada por un Tribunal «judicial» de 1ª Instancia (art. 26 LAV) y su ejecución será llevada a cabo, en el supuesto de no realizarse voluntariamente, por dicho órgano jurisdiccional, en los términos que el Código Procesal Civil establezca[31] (art. 30 LAV). Prueba del carácter vinculante es que se señalan restricciones a los derechos del agente económico en el supuesto en que éste no respete las decisiones arbitrales: al agente económico adherido a un Centro de Arbitraje que no respete los laudos arbitrales, le será retirado el derecho a utilizar el símbolo distintivo y a figurar en las listas de empresarios adheridos a dicho Centro.

E) Celeridad y simplicidad del proceso. La vía arbitral es mucho más rápida que la judicial, debido a que el procedimiento arbitral está sujeto a menos formalidades que el judicial. Un ejemplo de esta simplicidad es que «*las reclamaciones y demás piezas del proceso serán presentadas a través de los formularios que existen en cada uno de los Centros*»[32]. En cuanto al plazo para la toma de decisión del tribunal arbitral, el artículo 19 LAV manifiesta que será fijado por las partes en el convenio arbitral —deduciéndose que se establecerá el más corto posible, pues seguramente así lo decidirán

En este orden de cosas, manifiesta PIRES DE SOUSA, P. («A unidireccionalidade da arbitragem de conflitos de consumo: os agentes económicos podem reclamar dos consumidores?» en *O Consumidor*, núm. 81, febrero 1999, pp. 44-48) que los Centros de Arbitraje portugueses imposibilitan, salvo el Centro de Vale do Ave, que los agentes económicos reclamen de sus clientes en cuanto consumidores, señalando, por tanto, la unidireccionalidad como característica del arbitraje portugués. Afirma, además, que el art. 1 LAV permite que las partes —en general, no fijando a una de ellas— puedan someter la controversia a la decisión de los árbitros —afirmación realizada del mismo modo en el art. 290 CPC—, manteniendo este autor, que el hecho de que se permita únicamente al consumidor realizar el primer trámite procesal, esto es, la petición inicial o reclamación, parece violar claramente el principio de igualdad de partes establecido en el art. 16 LAV. Finalmente, declara que «Para uma verdadera protecção dos consumidores é necessária a adesão da outra parte; e essa só se consegue se tiverem os comerciantes direito de pedir para recorrer à arbitragem dos conflitos de consumo que tenham com os seus clientes. [...] Estando o funcionamento da arbitragem e dos própios tribunais arbitrais na dependêcia desse mesmo reclamado, afigura-se-me conveniente o consumidor poder ser, ele próprio parte requerida, porquanto só assim conseguirá um real e efectivo acceso à justiça arbitral».

31. Con la entrada en vigor de la LAV de 1986, se modificaron los preceptos del Código Procesal Civil —en adelante, CPC— relativos a la ejecución forzosa del laudo arbitral. De este modo, el artículo 90 señala que es competente para ejecutar la decisión arbitral el Tribunal de la comarca donde hubiera tenido lugar el arbitraje.

32. *Vid.* entre otros, art. 19 RCAL, art. 19 del Reglamento del Centro de Información y Arbitraje de Consumo de Braga —en adelante, RCAB—.

ellas—; y de no resultar acordado, será de seis meses[33]. En uno u otro supuesto resulta más rápido que la vía judicial.

IV. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE SER OBJETO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO

El artículo 1 de la Ley 21/86, de 29 de agosto, de Arbitraje Voluntario concreta de forma general y negativa qué litigios pueden ser resueltos —siempre y cuando hayan consentido ambas partes— por la decisión de los árbitros. De esta forma, excluye aquéllos que estén sometidos exclusivamente a través de ley especial a la vía judicial o a arbitraje necesario y aquellos que comprendan derechos indisponibles[34]. Por tanto, las controversias en materia de consumo no son las únicas que pueden dirimirse a través de la vía arbitral.

Paralelamente, pero siempre dentro del marco señalado por la ley, los Reglamentos de cada uno de los Centros de Arbitraje han realizado límites en cuanto al objeto del arbitraje a dirimir en cada uno de sus centros. En primer

33. Señala MENDES CABEÇADAS, I. («Centro de Arbitraje de Conflictos de Consumo en la Ciudad de Lisboa» en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 7, 1997, pág. 423) que en el Centro de Arbitraje de Lisboa transcurren normalmente una media de treinta días desde la admisión de la reclamación por el Centro y la resolución efectiva del conflicto.

34. Del mismo modo, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje española —en adelante, LA— regula el marco general de las materias que pueden ser objeto de esta vía de solución de conflictos. Este marco se define negativamente, es decir, descartando aquellas materias que no pueden ser objeto de arbitraje: «*1. No podrán ser objeto de arbitraje: a) las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución; b) las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición; c) 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 puedan actuar por sí mismos. 2. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los arbitrajes laborales.*».

Igualmente, el *Decreto-Lei núm. 29/96/M* (con la nueva redacción dada por el *Decreto-Lei núm. 19/98/M*) regulador del Arbitraje Voluntario en el territorio de Macao señala genéricamente como límites a las dos cuestiones señaladas arriba, y a otras dos: «*En especial, no pueden constituir objeto de arbitraje: a) los litigios ya decididos por decisión judicial, excepto cuando se trate de decidir cuestiones referentes a la futura ejecución que no consten en aquella decisión; b) los litigios objeto de proceso en que deba intervenir el Ministerio Público, en representación de personas que carezcan de la necesaria capacidad procesal para actuar por sí en juicio.*» (art. 2. 2 del mencionado Decreto-Ley). Como vemos estas dos limitaciones son recogidas, entre otras, por la legislación española, más concretamente, en el artículo 2. 1 a) y c) LA.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

lugar, hay que señalar que éstos resolverán controversias en materia de consumo, y al hacer esta afirmación debemos aclarar qué debe entenderse por conflictos de consumo: son aquellos que surgen de la adquisición de bienes, de la prestación de servicios o de la transmisión de derechos, destinados al uso no profesional, bien por persona que ejerza con carácter profesional una actividad económica que le revierta beneficios, bien por organismos de la Administración Pública, personas colectivas públicas, empresas de capital público o detentadas mayoritariamente por el Estado, las Regiones Autónomas o las entidades locales y por las empresas concesionarias de servicios públicos[35].

En segundo lugar, siempre con las limitaciones indicadas anteriormente, se excluyen las siguientes materias: a) por razón de la cuantía litigiosa, descartándose aquellos litigios que superen una determinada cantidad[36]; b) controversias ocasionadas por los servicios prestados por profesionales liberales[37]; c) litigios relativos a intoxicaciones, lesiones o muerte o cuando existan indicios de delitos de naturaleza criminal[38]; d) conflictos que hayan sido ocasionados fuera del ámbito competencial que señalan cada uno de los

35. Este concepto aparece claramente definido en algunos Reglamentos, tales como el de Vale do Ave, el de Coimbra e Figueira da Foz y el de Oporto, así como en el art. 2 LDC.

36. Algunos Reglamentos se refieren a una cantidad expresada numéricamente y otros se refieren a la competencia por razón de la cuantía en el orden civil que tendrá un determinado órgano jurisdiccional integrante de la «Organización de los Juzgados y Tribunales» de Portugal. Así, en el primer supuesto se sitúan el RCAL que establece en su artículo 5 la cuantía de 750.000 escudos (no parece clara esta cuantía, pues MENDES CABEÇADAS, I. , («Centro de Arbitraje...», op. cit., pág. 423) manifiesta que será de 500.000 escudos, aproximadamente 380.000 ptas.) y el RCAB fija la de 500.000 escudos (art. 5); y en el segundo supuesto indicado, se encuentran el RCACF, el *Reglamento do Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto* —en adelante, RCAP— que establecen un montante no superior al valor de la competencia (*valor da alçada*) de los Tribunales de Primera Instancia y el *Reglamento do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Vale do Ave* —en adelante, RCAVA— que regula un valor no superior a lo fijado legalmente para la competencia de los Tribunales de Comarca. Creemos importante la aclaración que realiza el RCACF en su artículo 2. 3 en cuanto a la determinación del valor de la acción, resultando de aplicación las reglas del proceso civil estipuladas en el CPC (arts. 305 a 319). Esta puntualización no ha sido realizada en ninguno de los otros reglamentos. Asimismo el Tribunal Arbitral del Centro del Sector del Automóvil tiene competencia para dirimir los litigios independientemente de su valor.

37. Como apunta TRIGO GARCÍA, B. («La nueva Ley...», op. cit., pág. 456) la ley no define qué ha de entenderse por profesional liberal y, en todo caso, deja para su posterior regulación (art. 23 LDC) el régimen de responsabilidades de éstos por los servicios prestados, pues, en definitiva, los clientes de los profesionales liberales son también consumidores.

38. Esta exclusión se produce también en la legislación española.

Reglamentos de los Centros[39]. La vulneración de estos límites supone —según lo expuesto en el artículo 27. 1 a) LAV[40]— la posibilidad de ser planteado el recurso de anulación contra la sentencia arbitral.

Cuestión aparte merece la materia susceptible de ser objeto de arbitraje en el Centro del Sector Automovilístico, pues en él se dirimen todas aquellas controversias suscitadas por la prestación de servicios de asistencia, manutención y reparación del automóvil, de la venta de combustibles y de la compra y venta de vehículo usados. En definitiva, en este Centro se resuelven conflictos de consumo producidos en un ámbito específico —el automóvil—, por ello, se aplicarán supletoriamente la disposiciones de la Ley de Arbitraje Voluntario.

V. SUJETOS DEL ARBITRAJE DE CONSUMO

Como ocurre en el proceso, el arbitraje está regido, entre otros, por el principio de dualidad de partes, o mejor dicho, de dualidad de posiciones y, como examinaremos posteriormente, por el principio de igualdad entre las partes intervinientes. Estas dos partes son: consumidor y agente económico[41].

En cuanto al primero de ellos, es definido —vagamente— en el artículo 2 LDC al expresar en su apartado primero: «*Considera—se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional [...]*»[42]. Los moti-

39. A modo de ejemplo, el art. 1 RCAVA determina que: «*[...] tiene por objeto promover a través de mediación y arbitraje la resolución de conflictos de consumo ocurridos en las áreas territoriales de las Cámaras Municipales de Vieira do Minho, Póvoa de Lanhoso, Fafe, Guimarães, Vila Nova de Famalicão, Santo Tirso, Vila do Conde e Póvoa de Varzim*».

40. Art. 27 LAV: «*La sentencia arbitral sólo puede ser anulada por el tribunal judicial por alguno de los siguientes fundamentos: a) no ser el litigio susceptible de resolución por vía arbitral*».

41. Esta es la expresión utilizada por toda la legislación portuguesa, debido a que en ella, y como veremos posteriormente, se va a incluir no sólo a la persona física que realiza una actividad económica, sino también a personas jurídicas privadas o públicas, y a organismos de la Administración Pública. Alude ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (*El Sistema..., op. cit.*, pág. 104) a otros términos dados a esta parte, por ejemplo: empresario, comerciante, profesional (esta última, como expresa el propio autor, es la preferida por la normativa comunitaria, pero debemos mencionar que no podrá ser utilizada en la regulación portuguesa debido a que, ésta excluye expresamente a los profesionales liberales).

42. Del mismo modo, el artículo 1 de la Ley española para la Defensa de los Consumidores y Usuarios confecciona la definición de consumidor y empresario, en su primer apartado

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

vos por los que hemos calificado de vaga esta disposición son: en primer lugar, porque no se hace referencia, contrariamente a la dispuesto en la ley española, al destinatario final del acto de consumo[43]; y, en segundo lugar, porque no se aclara si se puede encuadrar dentro de la noción de consumidor a las personas físicas y jurídicas[44], o sólo a las primeras[45].

La noción de agente económico puede ser deducida a través de los dispuesto en la LDC, así como en cada uno de los Reglamentos que regulan los Centros de Arbitraje de Conflictos de Consumo. De este modo, agente económico serán: las personas físicas o jurídicas privadas que ejerzan, con carácter profesional, una actividad económica —consistente en el abastecimiento

de forma positiva y en el segundo con un matiz negativo: «*1. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualesquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, suministran o expiden. 2. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.*». La definición que realiza este precepto nos resulta mucho más exhaustiva y pormenorizada que la realizada en el precepto de la ley portuguesa.

43. En este orden de cosas, nos parece muy interesante la explicación que realiza ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (*El Sistema..., op. cit.*, pág. 100) acerca del art. 1 LGDCU, que contiene el aspecto al que hacemos referencia en la parte superior del texto. Señala este autor, que «se abandona la noción abstracta de consumidor en favor de una concreta; se deja la de «consumidor cliente» en favor de la de «consumidor final» [...] No es preciso advertir aquí que consumidores lo somos todos los ciudadanos, lo que no empece a la afirmación anterior, pues el empresario, cuando actúa como tal, nunca puede ser tenido por consumidor, sin perjuicio de que en muchísimas ocasiones ya no realice actividades en el ámbito empresarial, sino como consumidor final, momentos en los que sí le será ya aplicada la normativa de consumo». Sigue más adelante este autor diciendo que «la propia LGDCU entiende que no es sólo consumidor quien adquiere algún bien, sin también quien lo utilice o disfrute».

44. Respecto a las personas jurídicas, manifiesta ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (*El Sistema..., op. cit.*, pp. 103 y 104) que «no cabe excluir a priori a las personas jurídicas, pues las mismas pueden ser también destinatarias finales de bienes o servicios, sin que éstos vayan a ser integrados en ningún proceso de producción o de comercialización. Estaríamos en presencia de una persona jurídica que hace las veces de consumidor jurídico, mientras que sus integrantes asumen la posición de consumidores materiales, quienes, precisamente gracias a que aquélla realizó el acto de adquisición, gozarán de la cobertura del Derecho de consumo.».

45. Creemos, realizando una interpretación amplia del precepto, incluidas en la noción de consumidor tanto a las personas físicas como a las jurídicas, a pesar de que la única puntualización que se realice al respecto es «uso no profesional» que se le de al bien o servicio por parte del consumidor, frente la carácter profesional que va a tener la actividad que realiza la persona que suministra dicho bien o servicio. (*Vid.* TRIGO GARCÍA, B. «La nueva ley...», op. cit., pág. 455)

de bienes, prestación de servicios o transmisión de derechos— por la que obtengan beneficios o, los organismos de la Administración Pública, las personas colectivas públicas, las empresas de capitales públicos o detentadas mayoritariamente por el Estado, por las Regiones Autónomas o por las entidades locales y las empresas concesionarias de servicios públicos.

En cuanto a la representación, señala el artículo 17 de la LAV que «*las partes pueden designar a quien les represente o asista ante el Tribunal*». De este modo, los Reglamentos reguladores de los Centros de Arbitraje determinan que la representación de los consumidores la puede llevar a cabo la Asociación de Defensa del Consumidor a la que pertenezca. Esta última apreciación se contempla en todas las disposiciones, excepto en el RCACF, en el que se estipula que «*O consumidor pode sempre mandatar una associação de consumidores, para defender os seus interesses em litígio*» (art. 21. 2), no siendo necesaria la condición de miembro o asociado para que esa entidad intervenga[46]. Esta cuestión es especialmente relevante cuando nos encontremos con un conflicto transfronterizo, es decir, conflictos originados por adquisiciones efectuadas por turistas en establecimientos portugueses situados en el ámbito territorial de un Centro de Arbitraje. En estos supuestos la representación será llevada a cabo por la intervención gratuita de un abogado de la Asociación Portuguesa para la Defensa del Consumidor[47]. En esta mate-

46. Nada se dice, ni en Ley ni en los Reglamentos, acerca de la representación para la firma del convenio arbitral. En cuanto a la capacidad para celebrar convenios arbitrales, señala la LAV que el Estado y las personas colectivas de derecho público pueden celebrar convenios arbitrales si fueren autorizadas para ello a través de ley especial. Igualmente, pero en cuanto a las personas físicas, establece el *Decreto-Lei núm. 29/96/M* (con la nueva redacción dada por el *Decreto-Lei núm. 19/98/M*) que éstas son capaces para celebrar convenios arbitrales si se encuentran en el pleno ejercicio de sus derechos. En esta materia, sí resaltaremos lo manifestado en el artículo 11 del RCACF que, al hablar de la homologación del acuerdo de tentativa previo al arbitraje, lo hace depender de la verificación —no se deduce de este precepto quien es el encargado de realizar dicha verificación, quizás el tribunal judicial que corresponda en la comarca o municipio, quizás el Director del Centro, el árbitro, etc.— de algunos presupuestos entre ellos, el poder para actuar del mandatario («*[...] de serem as partes as próprias ou terem os seus mandatários poderes para o acto*»).

47. Señala MENDES CABEÇADAS, I. («Centro de Arbitraje...», op. cit., pág. 427) que la solicitud o reclamación de arbitraje puede ser presentada, en estos supuestos, por el interesado o su representante, bien ante el Centro de Arbitraje que corresponda según la localización del establecimiento comercial, bien ante departamentos relacionados con el turismo en Portugal o en el país donde reside el consumidor. El incremento en los últimos años de este tipo de conflictos ha puesto de manifiesto la necesidad de firmar Acuerdos en esta materia, así por ejemplo el Protocolo de Acuerdo firmado entre Lisboa y Madrid o entre Elvas y Badajoz.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ria es necesario hacer otro apunte y es que sólo el RCAVA sostiene la posibilidad de que el agente económico sea representado en el proceso por una asociación comercial, siempre y cuando sea miembro de ella.

Por último, en lo que se refiere a la postulación, coinciden todos los Reglamentos que no es obligatoria la constitución de abogado en el proceso, manteniéndose esta posibilidad, en los Reglamentos de Braga, Lisboa y Oporto.

VI. El convenio arbitral

A) Noción de convenio arbitral

Es necesario, para que un conflicto sea sometido a arbitraje, que las partes hayan convenido previamente su solución a través de la decisión de unos árbitros. La necesidad de la existencia de un convenio arbitral es consecuencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes que impera en esta materia, no sólo en cuanto al convenio arbitral sino en muchas otras cuestiones relativas al procedimiento arbitral. Por ello, el convenio arbitral (*Convenção de Arbitragem*) es el acto o contrato[48] que realizan las partes por el que deciden someter el litigio, para su solución, a la decisión de uno o varios árbitros[49].

La LAV (art. 1. 2 y 2. 3) fija dos modalidades para la celebración del convenio arbitral[50]: el compromiso arbitral, cuando el acuerdo tiene por objeto un litigio actual, aunque se encuentre sometido a un órgano jurisdiccional («*quando o acordo tem por objecto um litígio actual, ainda que afecto a tribunal judicial*») y la cláusula compromisoria, cuando tiene por objeto litigios eventuales emergentes de una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o extracontractual («*quando o acordo tem por objecto litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica de natureza contractual o extracontractual*»).

48. Manifiesta acertadamente Álvarez Alarcón, A. (*El Sistema... op. cit.*, pág. 174) que el convenio arbitral es «un acto de la autonomía privada de la voluntad, que adopta la forma de contrato» y que la naturaleza contractual del convenio «se aprecia en la eficacia obligatoria que tiene sobre las partes».

49. Según Mendes Cabeçadas, I. («Centro de Arbitraje...», op. cit., pág. 424) «el convenio arbitral ser resume en la aceptación por parte del reclamante y del empresario de someterse a la decisión del tribunal de arbitraje». La Exposición de Motivos de la LA proporciona una idea de lo que el legislador español entiende sobre esta materia: «instrumento en que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición».

50. Se han señalado, en nuestro país, diferentes maneras de celebrar el convenio arbitral de consumo: como un contrato separado, como cláusula contractual incorporada en un contrato principal, mediante oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo (OPS) seguida de solicitud de arbitraje del consumidor y mediante solicitud de arbitraje del consumidor seguida de aceptación del empresario. (*Vid.* Álvarez Alarcón, A., *El Sistema..., op. cit.*, pp. 177 y ss.)

B) Forma y contenido del convenio arbitral

Aparece como mandato imperativo que el convenio arbitral, en cualquiera de sus modalidades, sea realizado por escrito: «*A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito*» (art. 2. 1 LAV). Se considera formalizado por escrito el convenio arbitral que resulte de un documento firmado por las partes del que inequívocamente resulte la intención de las partes de someter la resolución del conflicto al Tribunal Arbitral, o del intercambio (*troca*) de cartas, telefax, telegrama u otros medios de telecomunicación que pruebe su existencia, ya porque esos instrumentos contengan directamente el convenio, ya porque de ellos conste cláusula de remisión a algún documento en el que el convenio esté contenido[51].

En cuanto al contenido del convenio arbitral[52], resaltaremos que no existe ningún precepto que lo estipule, por ello, y tras la lectura de la LAV, el convenio arbitral tendrá el siguiente contenido:

a) delimitación de la cuestión litigiosa que se somete a consideración arbitral[53], en el supuesto de compromiso arbitral; y en la hipótesis de cláusula compromisoria, se debe especificar la relación jurídica de referencia[54];

51. En parecidos términos se expresa el art. 6. 2 LA. Es novedosa, en cuanto a la legislación portuguesa, el apunte que hace la Ley de Arbitraje del territorio de Macao, sobre la forma de realización del convenio arbitral, y es que establece que queda constancia de la celebración de un convenio, cuando una de las partes alegue su existencia y tal afirmación no sea impugnada por la otra parte en lo articulado para su defensa (art. 6. 2).

52. De forma muy concisa, el artículo 5. 1 LA señala que «*El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes a someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de alguna de estas cuestiones [...] a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión*». Del mismo modo, el art. 9 expresa que en el convenio podrá contener la designación de los árbitros o la reglas para ello.

53. En la normativa española en materia de consumo se expresa la necesidad de determinar el objeto litigioso dentro del convenio arbitral.

54. En la Ley de Arbitraje del territorio de Macao se permite que sea fijado por el Tribunal Arbitral cuando exista divergencia entre las partes (art. 7. 3).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

b) fijación del número de árbitros —uno o varios, siempre en número impar, y si esta cuestión no fuera fijada, el tribunal estará compuesto por tres árbitros (art. 6 LAV);

c) designación del árbitro o árbitros o, en su caso, fijación del modo por el que serán escogidos, y de no ser así, cada parte indicará un árbitro, a menos que acuerden que cada uno indicará a más de un árbitro, siempre en número igual, quedando a éstos la competencia de designar al árbitro que deba completar el Tribunal (art. 7 LAV);

d) remuneración de los árbitros y de otros intervinientes en el proceso, así como el reparto de tal pago entre las partes (art. 5 LAV);

e) determinación de las reglas del proceso a observar en el arbitraje, así como el lugar de realización del mismo (art. 15. 1 LAV);

f) fijación del plazo de decisión o el modo de establecimiento de ese plazo (art. 19. 1 LAV)

g) fijación, en el supuesto de órgano colegiado, de la mayoría necesaria para la adopción de la decisión arbitral (art. 20. 1 LAV);

h) derecho aplicable o autorización a juzgar según equidad (art. 22 LAV).

Todo lo relacionado anteriormente, excepto lo referido en el apartado a), puede ser comprendido en el convenio arbitral o en documento escrito suscrito o firmado por las partes antes de la aceptación del primer árbitro. En este orden de cosas, hay que tener en cuenta que el resto de las materias reseñadas pueden no ser de determinación por las partes, pues una vez suscrito el convenio arbitral y planteado el litigio para su resolución en uno de los Centros de Arbitraje, ambas partes están incluyendo en dicho convenio el Reglamento del Centro al que han acudido. Como veremos ulteriormente, esto es así, a modo de ejemplo, en la designación y fijación del número de árbitros.

C) Revocación, nulidad y caducidad del convenio arbitral

Con anterioridad a la toma de decisión por el Tribunal Arbitral, las partes podrán, a través de un documento firmado por ambas, revocar la decisión de someter a arbitraje la resolución del conflicto (art. 2. 4 LAV)[55].

55. Esta referencia a la revocación del convenio arbitral ha sido recogida por todos los Reglamentos de los Centros de Arbitraje, salvo el de Coimbra e Figueira da Foz y el de Vale do Ave. Nada se dice en ellos, acerca de las obligaciones u honorarios surgidos desde el inicio del proceso hasta el momento de la revocación. El art. 8. 3 de la Ley de Arbitraje del territorio de Macao se refiere a ello, expresando que, las partes tendrán que determinar las reglas para el pago de los honorarios que hubieren originado los árbitros hasta ese momento, y a falta de estas reglas, se aplicará la tabla que se aprobará por despacho del Gobernador.

Respecto a la nulidad, la LAV entiende que es nulo el convenio arbitral celebrado cuando se de alguna de las siguientes circunstancias: a) que el objeto litigioso verse sobre derechos indisponibles; b) que el Estado y otras personas colectivas de derecho público no hayan obtenido autorización por ley especial para celebrarlo; c) que no haya sido realizado por escrito. En todo caso, si el convenio arbitral fuese manifiestamente nulo, debe declararse no haber lugar a la designación de los árbitros o a la determinación del litigio (art. 12. 5 LAV).

Por último, el compromiso arbitral caduca y la cláusula compromisoria queda sin efecto cuando: alguno de los árbitros designados fallezca, se excuse o se imposibilite permanentemente para el ejercicio de la función, siempre que no sea sustituido; si, tratándose de órgano colegiado, no puede formarse la mayoría necesaria para emitir la decisión; y, si ésta no fue pronunciada en el plazo acordado. Salvo pacto en contrario, la muerte o extinción de alguna de las partes no produce la caducidad del convenio arbitral ni extingue la competencia del Tribunal Arbitral (art. 4 LAV).

D) Adhesión

Puede ocurrir que los agentes económicos o empresarios se adhieran al Reglamento de un determinado Centro de Arbitraje de Conflictos de Consumo, realizando un compromiso de someter una determinada controversia (adhesión puntual) o cualquier conflicto que pueda surgir desde ese momento (adhesión genérica) al Tribunal Arbitral integrado dentro de ese Centro de Arbitraje[56]. Aunque la LAV no haya recogido la adhesión a un Centro de Arbitraje como modalidad de convenio arbitral, podemos afirmar, tras el examen de la normativa española (arts. 6 y 7 del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo) y los preceptos dedicados a la adhesión en los Reglamentos de los Centros de Arbitraje por-

56. Matiza MENDES CABEÇADAS, I. («Centro de Arbitraje...», op. cit., pág. 424) que cuando la aceptación es formulada por el empresario recibe el nombre de adhesión.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tugueses, que ésta coincide con la llamada «Oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo (OPS)» español[57].

Mediante la solicitud de adhesión presentada en el Centro de Arbitraje que le corresponda según la localización de su establecimiento comercial, el empresario se obliga —en el supuesto de estar de acuerdo el consumidor— a someter a arbitraje en ese Centro todos los litigios surgidos con posterioridad a esa declaración. Aunque se haya realizado la adhesión, es necesario, para resolver el asunto por el Tribunal Arbitral de ese Centro, el acuerdo del consumidor, es, por ello, que hasta que éste no preste su consentimiento no se entenderá cerrado el convenio arbitral. En esta modalidad el Reglamento del Centro de Arbitraje queda integrado en el contenido del convenio arbitral. Por último, señala el RCAVA que la revocación de la adhesión plena se puede producir con anterioridad a la decisión arbitral, siempre que se presente a través de escrito firmado por ambas partes[58] (art. 12. 5 LAV).

Por la misma declaración, se compromete el agente económico a insertar, en los contratos que realice, una cláusula compromisoria designando como competente, para resolver todos los conflictos que se susciten contra él, al Tribunal Arbitral del Centro al que se ha adherido.

Todos los empresarios que se adhieran a un Centro de Arbitraje serán incluidos en una lista, que será expuesta al público en el edificio donde se sitúe el Centro y tendrá derecho a utilizar en sus establecimientos un símbolo distintivo, que los identifique ante los consumidores. Estos dos derechos —utilización del símbolo distintivo y exhibición en la lista publicada en la sede del Centro— serán retirados al agente económico si no respetare alguna de las decisiones tomadas por el Tribunal Arbitral de ese Centro o por decisión del propio adherido.

VII. Estructura del arbitraje de consumo

La estructura del Arbitraje de Consumo portugués está constituida partiendo de lo establecido en el Decreto-Ley núm. 425/86, de 27 de diciembre,

57. Manifiesta Mendes Cabeçadas, I. («Centro de Arbitraje...», op. cit., pp. 426 y 427) que existe en el Centro de Lisboa la posibilidad de poder anunciar públicamente la adhesión al sistema arbitral.

58. La revocación de la adhesión plena afecta principalmente al empresario, pues tras su renuncia no podrá someter las controversias que se planteen contra él al Tribunal Arbitral de ese Centro. Entendemos que también influye esa revocación en el consumidor que tiene planteado

de arbitraje institucionalizado. En este Decreto se reseñan las reglas generales para la constitución de los *Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo*. En la actualidad existen en Portugal seis Centros: el de Vale do Ave, que comprende las áreas de las Cámaras Municipales de Vieira do Minho, Póvoa de Lanhoso, Fafe, Guimarães, Vila Nova de Famalicão, Santo Tirso, Vila do Conde y Póvoa de Varzim, con sede en Guimarães; el de Braga, con sede y competencia en esa ciudad; el de Coimbra e Figueira da Foz, con competencia en esos dos municipios y sede en Coimbra; el de Oporto, con sede y competencia en ese municipio; y dos en Lisboa —ambos con sede en esta ciudad—, el de Conflictos de Consumo con competencia en el ámbito municipal de Lisboa, y del Sector del Automóvil con ámbito en todo el territorio nacional[59].

La finalidad principal de estos Centros va ser: resolver conflictos de consumo, a través de la mediación, conciliación y arbitraje; informar a los consumidores y a los profesionales sobre el mercado de productos y servicios o sus derechos y deberes; y, encauzar a los órganos competentes, los procesos resultantes de las reclamaciones recibidas en el Centro que tengan naturaleza criminal.

Estos Centros disponen de un Director[60], personal técnico y administrativo, y estando integrados, a su vez, por dos órganos con funciones diferentes: un Servicio de Consulta Jurídica[61] y un Tribunal Arbitral[62].

en esos momentos un conflicto, pues esto significará que ya no puede ser sometido a arbitraje y que habrá que acudir al órgano jurisdiccional que corresponda para dirimir la cuestión. Es éste el motivo que ha llevado al Reglamento a señalar que será necesaria la firma del consumidor para esa revocación.

59. Difiere bastante la organización del Arbitraje de Consumo portugués del sistema español, pues en el art. 3 del RDSAC, se precisa que se constituirán una Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional y Juntas Arbitrales de Consumo de ámbito municipal, de mancomunidad, provincial y autonómico.

60. Las Juntas Arbitrales españolas se componen de un Presidente y de un Secretario, que son designados por la Administración de la que dependan. Los Centros de Arbitraje portugueses no dependen de entidad pública alguna, debido a que se constituyen a través de un Protocolo firmado por el Ayuntamiento de un municipio, la Asociación de Comerciantes de dicho municipio, la Asociación portuguesa para la Defensa del Consumidor, el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor, entre otros, consolidándose de esta forma, como asociación de derecho privado sin fines lucrativos.

61. El RCACF no menciona la existencia de ese órgano, pero entendemos que debe existir pues, dentro de las funciones del Centro (art. 4) se establece la de información y apoyo jurídico, funciones éstas que son desempeñadas en los otros centros por el Servicio de Apoyo Jurídico o de Consulta Jurídica.

62. En el Sistema español de Arbitraje de Consumo, no existe dentro de cada Junta Arbitral un Tribunal Arbitral, sino que éste, denominado Colegio Arbitral, será constituido específicamente, para cada uno de los casos (art. 10 RDSAC).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Debido a que son entidades autónomas —es decir, con personalidad jurídica propia— y responsables, con un presupuesto y gestión financiera propio[63], el Director es nombrado por la Asamblea General, a propuesta del Consejo de Administración, siendo sus funciones principales: coordinar la ejecución de las tareas necesarias para la buena gestión técnica, administrativa y financiera del Centro; seleccionar y formar al personal técnico y administrativo del Centro; asegurar las funciones de acogida e información de los consumidores y profesionales; elaborar el Plan de actividades del Centro; y, realizar la tentativa de conciliación, salvo que sea celebrada por un jurista asistente del Servicio de Apoyo Jurídico. Señala el RCACF una función más: sustituir al juez-árbitro, en el supuesto de quedar vacante la plaza, por ausencia o impedimento del titular, por un tiempo superior a siete días.

Es competencia del Servicio de Consulta Jurídica: apoyar al Tribunal Arbitral; informar a los consumidores y a los profesionales sobre cualquier problema relacionado con temas de consumo; recibir directamente las reclamaciones de consumo; proceder a la tramitación de las mismas; e instruir los procesos con vistas a las fases de conciliación y de arbitraje.

En cuanto al Tribunal Arbitral, tenemos que hacer referencia no sólo a la competencia que le va a ser asignada, sino también a otras cuestiones como son: lugar de funcionamiento, composición, designación y nombramiento de sus miembros, etc.:

a) Competencia. Regulan los Reglamentos de los Centros que cada Tribunal va a conocer de los litigios resultantes de la adquisición de bienes, prestación de servicios o transmisión de derechos que se hubieren realizado en el municipio o municipios que territorialmente competan al Centro[64]. Por tanto, rige el lugar de realización de la adquisición, prestación o transmisión[65]. El

63. Así es señalado en los preceptos de los Reglamentos dedicados a la gestión financiera y administrativa: «*Constituiem receita do Centro as verbas que lhe forem anualmente afectadas pelas entidades responsáveis pelo projecto do Centro de Arbitragem e as que venham a ser obtidas por comparticipação comunitária ou otras*». (*Vid.* art. 4. 1 RCAL; art. 4 RCAP; art. 6 RCAVA; entre otros). Con esto queremos aclarar que, se trata de entidades autónomas en el sentido de que no pertenecen a organismo alguno de la Administración Pública —como sí ocurre en las Juntas Arbitrales españolas—, pudiendo ser subvencionadas por entidades públicas de distinto carácter, tales como las Cámaras Municipales del lugar donde radique el Centro, o por el Instituto Nacional del Consumidor, y por entidades privadas, tales como la Asociación de Comerciantes del municipio donde tenga competencia el Centro.

64. En esta materia hay que tener en cuenta lo dicho sobre el Centro de Arbitraje del Sector del Automóvil (ámbito nacional).

65. En cuanto al arbitraje español, señala el art. 3 RDSAC que la Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional será competente para resolver aquellas solicitudes que hayan sido presentadas por una Asociación de Consumidores y Usuarios de ámbito nacional sobre controversias que superen el ámbito de una Comunidad Autónoma. Por su parte, las Juntas Arbitrales de ámbito inferior para determinar su competencia se regirán por los siguientes criterios: «*a) Otorgar preferencia al domicilio del consumidor; b) Otorgar preferencia a la Junta de inferior ámbito territorial; c) Salvaguardar la libertad de elección de la Junta por las partes*».

RCAVA, junto a este criterio que acabamos de señalar, fija otro para el caso de conflictos de consumo acaecidos como consecuencia de contratos a distancia, ventas a domicilio o equiparadas, rigiendo en estos supuestos la residencia del consumidor[66]. En todo caso, el Tribunal Arbitral puede pronunciarse sobre su competencia para conocer del asunto planteado ante él[67].

b) Composición del Tribunal. Apunta la LAV en este tema, que el Tribunal Arbitral podrá ser constituido por uno o varios árbitros —siempre en número impar— y que serán las partes las encargadas de la designación de dicho miembro o miembros. Pero los Reglamentos que normalizan los Centros se han encargado de señalar que un único árbitro, nombrado por el Consejo Superior de la Magistratura[68], será el que componga el Tribunal[69]. Por lo tanto, y como las partes al someter un litigio a un determinado Centro están implícitamente aceptando el Reglamento que lo regula, entendemos que en materia de consumo los Tribunales Arbitrales estarán compuestos por el miembro adscrito a ese Centro[70].

66. Expone el Reglamento en su artículo 10. 2 que tendrá competencia este Tribunal en esos supuestos desde el momento en que el consumidor tuviera su residencia en alguno de los municipios que integran el ámbito de actuación de ese Centro.

67. Expresa literalmente el art. 21. 1 LAV: «*O tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própia competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção*».

68. Excepción a la regla general que hemos señalado, es el Reglamento de Braga y el de Vale do Ave. En el primero se determina que será designado por la Asociación Comercial de Braga, después de la obtención del parecer de la Comisión de Evaluación y Seguimiento, y en el segundo no se expresa quien es el encargado de su nombramiento.

Por otra parte, señala MENDES CABEÇADAS, I. («Centro de Arbitraje...», op. cit., pág. 422) que en el Centro de Arbitraje de Lisboa, el árbitro será simultáneamente juez de derecho.

69. El Tribunal que integra el CASA estará compuesto por uno o tres árbitros, de acuerdo con la opción de las partes. En caso de ser un único árbitro será el del Centro, y en el supuesto de ser órgano colegiado, cada una de las partes designará a uno y esos dos miembros fijarán al tercero.

70. Los Colegios Arbitrales, en el sistema español, estarán compuestos por tres miembros: el Presidente —licenciado en derecho—, designado por la Junta Arbitral de entre el personal al servicio de la Administración de la que dependa, salvo que las partes acuerden que sean ellas las encargadas de su designación; un representante de los consumidores, designado por la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

c) Designación y nombramiento de los árbitros. Expone la LAV que serán las partes las encargadas de llevar a cabo la designación del árbitro o de fijar las reglas para su designación a través del convenio arbitral (art. 7), pero tal y como dijimos en el apartado anterior, al someterse las partes a un determinado Centro de Arbitraje, interpretamos que será éste el encargado de designar al miembro del Tribunal Arbitral. Por su parte, el nombramiento del árbitro se produce con la notificación[71] realizada por carta certificada con acuse de recibo por la parte que pretenda instaurar el litigio a la parte contraria, indicando en la notificación el convenio arbitral, el objeto del litigio si no ha sido determinado en dicho convenio, el árbitro o árbitros que van a dirimir la cuestión, así como la invitación a la otra parte para que lo acepte o proponga otro u otros (art. 11 LAV). Si no se ha realizado el nombramiento según lo expuesto, el encargado será el Presidente del órgano jurisdiccional del lugar fijado para el arbitraje o el del domicilio del requirente. En todo caso, en el arbitraje de consumo el árbitro será nombrado por el Centro de Arbitraje en el que se interponga la solicitud de arbitraje.

d) Aceptación del cargo. La función de árbitro no es una obligación para quien ha sido propuesto para su desempeño, de ahí que esté sujeto a aceptación (art. 9 LAV). Se considera aceptado el cargo, si la persona designada revela la intención de actuar como árbitro o no declara, por escrito dirigido a cualquiera de las partes, su intención de no ejercer dicha función[72].

e) Requisitos, impedimentos, excusas, recusación y sustitución de los árbitros. Expresa el art. 8 LAV que «*los árbitros deben ser personas físicas y plenamente capaces*[73]». En cuanto a los impedimentos y excusas[74], se realiza una distinción en la Ley de Arbitraje, según que haya sido aceptado el cargo o no. Si ha sido confirmada la aceptación, únicamente será legítima la excusa fundada en una causa sobrevenida que imposibilite el correcto ejercicio de dicha función (art. 9. 1 LAV). En el caso de haber sido nombrado pero no aceptado el puesto, y si hubiera habido en su nombramiento acuerdo de las partes, le será aplicable el régimen de impedimentos y excusas que regula para los jueces el CPC (art. 10. 1 LAV). En cambio, si el árbitro hubiera sido designado por una de las partes, ésta podrá únicamente recusarlo si concurre en él, y de forma sobrevenida, una de las circunstancias fijadas en la Ley Procesal Civil[75]. En

Organización de Consumidores a través de la cual se haya realizado la reclamación o bien de oficio si esa solicitud se hubiera hecho a través de la Junta; y, un representante de los sectores empresariales, designados por éstos o de oficio por la Junta.

71. Las partes serán notificadas, con la antelación suficiente, de todas las audiencias y reuniones que vaya a hacer el Tribunal. Las notificaciones para estos actos como para todos los demás que se hayan de producir en el proceso, serán hechas siempre por vía postal, mediante carta certificada con acuse de recibo, considerándose efectuadas el día que conste el acuse.

72. Creemos que tendrá que ser, igualmente, elaborada por escrito la intención de actuar como árbitro en ese asunto. Así ocurre en el sistema español: «*Si los árbitros no hubiesen aceptado por escrito ante quienes los designó en el plazo de quince días naturales a contar desde el siguiente a su notificación, se entenderá que no aceptan el nombramiento*».

73. Nada dice la ley, acerca de qué ha de entenderse por capaces. Capaz: «con capacidad y aptitud o disposición para cierta cosa» (*Vid.* Diccionario Enciclopédico Larousse, Tomo 2, Barcelona 1990, pág. 543); «apto, con talento o cualidades para una cosa determinada» (*Vid.* Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 21ª ed., 1992, pág. 280); «apto, proporcionado, suficiente para alguna cosa determinada» (*Vid.* Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española, 2ª ed., Madrid 1981, pág. 302). Sin embargo, la LA estipula como requisito para ser árbitro «*las personas naturales que se hallen, desde su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles*».

74. Fija el art. 12 LA que «*No podrán actuar como árbitros, quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez [...]*», además tampoco podrán ser árbitros los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas remuneradas con el sistema de arancel. En cuanto a la recusación se establece una especialidad, y es que, se pueden plantear por las partes todas las causas establecidas para los jueces y magistrados en nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, pero una vez designado el árbitro, sólo podrán ser recusados por las causas que hayan sobrevenido o que se conozcan a partir de ese momento, estableciéndose la obligación de los árbitros de poner de manifiesto aquellas circunstancias que puedan determinar su recusación (art. 17 LA).

75. El CPC de 1961 regula en el Capítulo VI «De las garantías de la imparcialidad» de su Libro II «De la competencia y de las garantías de la imparcialidad» (arts. 122 a 136), cuáles son las causas a las que hace referencia el art. 10 LAV. En este capítulo se hace una distinción entre impedimentos (arts. 122 a 125) y *suspenções* (arts. 126 a 136) concebidas estas últimas como recusaciones. De este modo, el art. 122 CPC señala los motivos de impedimentos del juez: a) ser parte en la causa, por sí o como representante de otra persona, o tener un interés que le permitiese ser parte principal; b) ser parte su cónyuge o algún pariente o afín, en línea recta o en segundo grado de línea colateral, o cuando alguna de estas personas tenga en la causa un interés que le permita figurar en ella como parte principal; c) haber intervenido en la causa como mandatario o perito, o haber decidido cuestión o haber dado su parecer o haberse pronunciado, incluso oralmente; d) haber intervenido en la causa como mandatario su cónyuge o algún pariente o afín en línea recta o en el segundo grado de línea colateral; e) cuando se trate de recurso, haber intervenido anteriormente, ya sea dictando la decisión recurrida, ya sea tomando, de otro modo, posición sobre cuestiones suscitadas en el recurso; f) ser parte en la causa, persona que contra él, haya propuesto acción civil para indemnización de daños, o que contra él haya deducido acusación penal por hechos practicados en el ejercicio de sus funciones, o ser parte el cónyuge de esa persona o un pariente o afín, en línea recta o en el segundo grado de línea colateral, desde que la acción o la acusación haya sido admitida; g) intervenir o

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ningún caso, expresa la ley cuál es el procedimiento para revocar la designación del árbitro cuando esté afectado por alguna de las causas establecidas, interpretándose en este caso que también tendrán cabida las normas reguladas en el CPC[76]. En cualquier caso, el árbitro responderá de los daños causados, si una vez aceptado el cargo, se excusara injustificadamente (art. 9. 3 LAV). Por último, en cuanto a la sustitución, ésta se producirá, según las normas fijadas para el nombramiento, cuando algún árbitro fallezca, se excuse o se imposibilite permanentemente para el ejercicio de las funciones o si la designación quedare sin efecto.

VIII. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Respecto a las reglas del proceso, la LAV señala que serán las partes las encargadas de acordarlas, a través del convenio arbitral o del escrito realizado antes de la aceptación del árbitro; aunque las partes pueden acogerse a las formalidades fijadas en el Reglamento del Centro que decida sobre el asunto planteado. En cualquier caso, el proceso arbitral deberá respetar los principios fundamentales de igualdad entre las partes, defensa, contradicción y audiencia (art. 16 LAV)[77].

En cuanto al lugar de celebración del arbitraje, éste será realizado en la sede del Centro[78], aunque por las características especiales del litigio se puede, excepcionalmente, constituir el Tribunal en otro lugar[79]. La decisión para el cambio corresponde al árbitro.

Únicamente el RCACF y el RCASA regulan la presentación y recepción de la reclamaciones[80]. Éstas podrán ser presentadas en los Centros de Arbitraje, en los Centros de Información al Consumidor y en las Asociaciones de Defensa del Consumidor. Esta colaboración con otras entidades, permite disfrutar al consumidor[81] de una atención personal en una institución próxima a su residencia con la garantía de que la solicitud presentada será enviada al Centro correspondiente. La reclamación debe contener los sujetos intervinientes y el objeto del conflicto, y debe ser realizada en el impreso o formulario existente para ello en el Centro[82]. A pesar de no haber sido reseñado ni por la Ley ni por los Regla-

tener que intervenir como testigo. El art. 124 CPC señala un impedimento más en el caso de los miembros de los órganos colegiados: intervenir simultáneamente jueces que sean cónyuges, parientes o afines en línea recta o en el segundo grado de la línea colateral. Por su parte, el art. 127 CPC estipula que las partes pueden pedir la suspensión o recusación del juez en los siguientes casos: a) si existe parentesco o afinidad no comprendidos en el art. 122, en línea recta o hasta el cuarto grado en línea colateral, entre el juez o su cónyuge y alguna de las partes o persona que tenga, en relación al objeto de la causa, interés que le permitiese ser parte principal; b) si hubo causa en que sea parte el juez o su cónyuge o algún pariente o afín de cualquiera de ellas en línea recta y alguna de las partes fuera juez en esa causa; c) si hubo, o ha habido en los tres años anteriores, cualquier causa civil por indemnización de daños o causa penal por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo entre alguna de las partes o su cónyuge y el juez o su cónyuge, o algún pariente o afín de cualquiera de ellos en línea recta; d) si el juez o su cónyuge, o algún pariente o afín de cualquiera de ellos en línea recta, fuera acreedor o deudor de alguna de las partes, o tuviere interés jurídico en que la decisión del pleito sea favorable a una de las partes; e) si el juez fuere tutor, heredero presumido, donatario o patrón de alguna de las partes, o miembro de la dirección o administración de cualquier persona colectiva, parte en la causa; f) si el juez hubiere recibido dádivas antes o después de iniciado el proceso; g) si hubiere enemistad grave (manifiesta) o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes.

76. El artículo 123 CPC regula el procedimiento de abstención y recusación de jueces cuando concurra causa de impedimento. Los artículos 126 a 136 CPC regulan las normas del procedimiento de abstención y recusación del juez en el caso de *suspenções*.

77. Estipula concretamente el art. 16 LAV: «*En qualque caso os trâmites processuais da arbitragem deverão respeitar os seguintes principios fundamentais: a) As partes serão tratadas com absoluta igualdade; b) O demandado será citado para se defender; c) Em todas as fases do processo será garantida a estreita observância do principio do contraditório; d) Ambas as partes devem ser ouvidas, oralmente ou por escrito, antes de ser proferida a decisão final.*». Del mismo modo, el art. 10 RDSAC, señala como principios que imperan en el procedimiento arbitral de consumo español: la audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad.

78. Señalan los Reglamentos de los Centros que abarcan más un municipio (el de Coimbra e Figueira da Foz y el de Vale do Ave) que el árbitro podrá acordar que el arbitraje será realizado en la sede del Ayuntamiento del municipio donde se hubiera producido el litigio, siempre que así lo requieran las partes.

79. Matiza el RCACF que el cambio del lugar de funcionamiento del Tribunal Arbitral puede ser por las características especiales de la producción de las pruebas y no por el litigio como establecen los demás Reglamentos.

80. Aunque el Reglamento de Lisboa no contiene nada al respecto, matiza MENDES CABEÇADAS, I., («Centro de Arbitraje...», op. cit., pág. 423) los requisitos necesarios para la admisión del conflicto en ese Centro: «1. que el mismo provenga de transacciones de bienes de servicios entre consumidores y profesionales (art. 2 Ley 29/81); 2. que el valor de la causa no sobrepase los 500.000 escudos (380.000 ptas.); 3. que el conflicto haya sido originado en la adquisición de bienes y servicios efectuados en la ciudad de Lisboa».

81. No olvidemos las especialidad que establece el art. 8 del RCAVA, que permite presentar la reclamación indistintamente por el consumidor o por el agente económico que se haya adherido previamente a ese Centro.

82. Casi todos los Reglamentos disponen que las reclamaciones y demás piezas del proceso serán presentadas a través de los formularios existentes en el Centro. Una excepción a esta regla general aparece en el del Sector del Automóvil que permite que las reclamaciones se puedan presentar personalmente, por escrito o por teléfono.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mentos, debemos entender que junto con la reclamación deberán presentarse todos aquellos medios de prueba de los que intente valerse el requirente.

A) Tentativa de conciliación[83]

Una vez presentada la reclamación, aparece esta tentativa como trámite previo, sin el cual no podrá dirimirse la cuestión ante el Tribunal Arbitral. Compete su realización al Director del Centro o a un jurista asistente designado para tal efecto[84]. Las partes serán convocadas —por carta certificada con acuse de recibo— a una audiencia en las que se intentará ponerlas de acuerdo para no tener que celebrar el arbitraje. Puede suceder en esta vista dos cosas: a) que sea obtenida la conciliación, siendo elaborada la respectiva acta, que una vez homologada[85] por el árbitro[86], tiene el mismo valor y eficacia que el laudo arbitral, sirviendo de título ejecutivo; b) que no resulte solución, inciándose la fase arbitral después de la notificación de dicho hecho a las partes.

83. Aunque los Reglamentos han insistido en señalar como una de las funciones de los Centros la solución de conflictos a través de la mediación, conciliación y arbitraje, no se fijan las reglas para la realización del primero de los medios, por lo que creemos que la primera y segunda institución han sido subsumidas en una única figura: la conciliación. Por el contrario, el RCASA indica que en la primera fase —de la mediación— un jurista del Servicio Jurídico llevará a conocimiento de la empresa reclamada la solicitud, intentado el acuerdo entre las partes; de no ser así el juez-árbitro llevará a cabo la tentativa de conciliación. Del mismo modo, manifiesta esta posibilidad MENDES CABEÇADAS, I. («Centro de Arbitraje...», op. cit., pág. 423), señalando que será el Servicio de Apoyo Jurídico, integrado en el Centro de Arbitraje de Lisboa, el encargado de realizar las mediación, y de no ser celebrada, serán las partes convocadas para acudir al Centro para la tentativa de conciliación. Resaltamos que lo manifestado por esta autora no se corrobora con lo establecido por la regulación de este Centro.

84. Esta tentativa de conciliación, según en art. 12 RDSAC, se realizará en el plazo máximo de tres meses desde que se constituyó el Colegio Arbitral. No parece que sea un trámite previo obligatorio, pues en el apartado 4 de este precepto se dice que «*el Colegio Arbitral podrá intentar la conciliación entre las partes*».

85. En cuanto a este punto, debemos señalar que la homologación consistirá en verificar por el árbitro si en ese acuerdo tomado a través de tentativa, han concurrido aspectos como: si las partes o sus mandatarios tienen poderes para la realización del acto; si disponen de capacidad jurídica; si el objeto de la conciliación es materia susceptible dentro de las causas objeto de arbitraje, etc. Pues bien, una vez homologado el acuerdo, éste tendrá el carácter de laudo arbitral manifestándose en algunos Reglamentos que la decisión homologada posee el mismo valor y eficacia que la dictada por el Tribunal Arbitral, sirviendo por tanto de título ejecutivo. (Por ejemplo, art. 11 RCACF; art. 14. 3 RCAVA; art. 10. 3 RCAL; etc.)

86. Dispone el art. 10 del RCACF que, finalizada la conciliación, serán remitidos al juez —es decir, al árbitro encargado de dirimir la cuestión en caso de no llegar a buen término la tentativa de conciliación— todos los autos realizados en esa fase.

B) Fase arbitral

Este período se inicia con la notificación a las partes del día del juicio, así como con la citación a la parte reclamada para que conteste, por escrito u oralmente, a la solicitud de arbitraje[87], pudiendo presentar en estos momentos todos los elementos probatorios contra los hechos alegados por la contraparte y los medios de prueba que pretenda presentar en el juicio. Únicamente el RCACF se encarga de manifestar qué ocurre ante la falta de contestación (art. 13. 2): «*La falta de contestación será apreciada libremente por el juzgador, no implicando condena automática de lo pedido o confesión de los hechos*». También, en este mismo momento, será remitido al juez-árbitro todo lo instruido con anterioridad, facilitándole todos los documentos necesarios, principalmente: la identificación de las partes, la indicación del objeto del litigio, los hechos alegados por las partes, las pruebas aportadas[88], los fundamentos de la pretensión y el convenio arbitral.

Cualquier prueba de las admitidas en el CPC, puede ser practicada ante el Tribunal Arbitral. Cabe la posibilidad de que sea realizada ante el órgano jurisdiccional del lugar del arbitraje, cuando la parte interesada así lo requiera, teniendo los resultados, en estos casos, los mismos efectos que si hubiera sido producida ante el Tribunal Arbitral. Éste, de oficio o a petición de parte[89], podrá: a) recoger declaración personal de las partes; b) oír a terceros[90];

87. Se entiende que dicha contestación será realizada ante el juez-árbitro (*Vid.* MENDES CABEÇADAS, I., «Centro de arbitraje...», op. cit., pág. 423)

88. Habiendo pruebas documentales, éstas serán adjuntadas al proceso.

89. Sí fija el RDSAC las reglas para el abono de los gastos producidos por la práctica de pruebas en el procedimiento arbitral español: «*1. Las pruebas acordadas de oficio, serán costeadas por la Administración de la que dependa la Junta Arbitral de Consumo[...]; 2. Los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte serán sufragados por quienes las propongan y las comunes por la mitad[...]*». Por el contrario, la normativa portuguesa no establece a quien corresponde el pago de los gastos ocasionados en esta fase del procedimiento. Entendemos que al haberse fijado que serán las partes las que remuneren a los árbitros, también serán éstas las encargadas de sufragar dichos gastos.

90. Señalan los Reglamentos de Vale do Ave y de Coimbra e Figueira da Foz que no podrán exceder de tres el número de testigos aportados por cada parte.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

c) conseguir la entrega de documentos necesarios; d) designar a uno o más peritos, fijando su función y recogiendo su declaración[91]; e) ordenar la realización de análisis o verificaciones directas. Finalizada esta fase probatoria, el Tribunal decidirá de inmediato y de forma oral. De esta audiencia, será elaborada un acta, firmada por el juez-árbitro, que contendrá la identificación de las partes y de los demás intervinientes en el proceso, una breve referencia al litigio y la decisión arbitral.

C) Decisión arbitral

El juez-árbitro juzgará según el derecho constituido[92] salvo que las partes, en el convenio arbitral, hayan autorizado a juzgar según el criterio de la equidad (art. 22 LAV)[93].

En cuanto al plazo para adoptar la decisión arbitral, dispone la LAV que éste o las reglas para su determinación, será fijado por las partes en el convenio arbitral. Si las partes no hubieran llegado a un acuerdo en esta materia, se establece un plazo máximo de seis meses, contado a partir del día de la designación del árbitro[94]. Cabe la posibilidad de que sea prorrogado el plazo de emisión del laudo hasta el doble de su duración inicial.

El RCAVA señala que la decisión será dictada después de finalizada la fase probatoria, salvo que por la complejidad de la cuestión, sea emitida en

91. Dispone el RCASA que las partes pueden solicitar al Centro de Formación Profesional de Reparación de Automóviles (CEPRA), a través del Centro de Arbitraje, que se realicen peritajes a vehículos, o informaciones e informes escritos sobre las reparaciones efectuadas o los servicios facturados.

92. Detalla la legislación española una distinción en cuanto a los miembros del Colegio Arbitral si las partes optan por un arbitraje de derecho. Es decir, en este caso señala el art. 11. 3 RDSAC que serán los miembros del Colegio Arbitral abogados en ejercicio.

93. Indica MENDES CABEÇADAS, I., («Centro de Arbitraje...», op. cit., pág. 425) que cuando el Tribunal Arbitral juzga según equidad se puede decir que en el resultado predomina el principio de la verdad material. En cuanto a los recursos que se pueden interponer contra la resolución arbitral, regulados en el Capítulo V de la LAV «*Impugnão da decisão arbitral*», señala el art. 29. 2 de esta ley, que si las partes hubieran decidido que los árbitros resolvieran conforme a equidad, implícitamente estarán renunciado a la posibilidad de impugnar la resolución una vez emitida: «*A autorização dada aos árbitros para julgarem segundo a equidade envolve a renúncia aos recursos*».

94. Limita el art. 14. 1 RDSAC a cuatro meses, el plazo máximo para la emisión del laudo, contados desde la designación del Colegio Arbitral. Puede ser prorrogado este plazo por acuerdo expreso de las partes, antes de la expiración del plazo inicial.

un plazo no superior a cinco días. Igualmente, el RCACF establece en este supuesto un plazo máximo de diez días. Por último, responderá por los daños causados, el árbitro que sin causa justificada no emitiera la decisión en el plazo fijado para ello.

El laudo debe ser formalizado por escrito o emitido en el acta de la audiencia del juicio[95]. En cualquier caso, la decisión final debe ser sucintamente fundamentada y contendrá la identificación de las partes, la referencia al convenio arbitral, el objeto del litigio, la identificación del árbitro, el lugar y fecha de realización del arbitraje, la firma del árbitro, la referencia de aquellos miembros que no pudieren o no quisieren firmar cuando se trate de colegio arbitral, así como, el reparto por las partes de las obligaciones resultantes del proceso (art. 23 LAV)[96].

Una vez emitida la resolución arbitral, será notificada, en el plazo de cinco días, a cada una de las partes, mediante carta certificada con acuse de recibo, siendo el original depositado en la Secretaria del órgano jurisdiccional del lugar de realización del arbitraje, a menos que las partes, en el convenio arbitral hayan acordado otro lugar (art. 24 LAV)[97]. Igualmente, el depósito de la decisión será notificada a las partes. Esta última notificación produce como efecto principal la finalización de la función de los árbitros (art. 25 LAV).

Por último, la decisión arbitral tiene carácter vinculante, produce efecto de cosa juzgada[98] y tiene la misma fuerza ejecutiva que la sentencia dictada por un Tribunal de 1ª Instancia (art. 26 LAV).

95. No se determina ni en la LAV, ni en los Reglamentos, quién es el encargado de realizar, no sólo el acta de la audiencia, sino todas las notificaciones a las partes. Por el contrario, en la legislación española, el art. 11. 4 del RDSAC señala que «*El Secretario de la Junta Arbitral de Consumo actuará como tal en el Colegio Arbitral, con voz pero sin voto, facilitando el oportuno soporte administrativo y siendo el responsable de las notificaciones*»; y en este orden de cosas, permite el art. 20 LA que «*De acuerdo con las partes, los árbitros podrán nombrar un Secretario*».

96. Igualmente, el art. 16 RDSAC señala como elementos que debe contener el laudo arbitral: lugar y fecha en que se dicte; identificación de las partes y de los árbitros; objeto del litigio; alegaciones formuladas por las partes; pruebas practicadas; decisión sobre cada uno de los puntos debatidos; plazo de ejecución del laudo; votos emitidos; y, firma de los miembros del órgano.

97. A pesar de esta afirmación, hay que decir que, los Reglamentos que regulan los diferentes Centros de Arbitraje existentes en Portugal, no establecen un plazo determinado para la notificación del laudo, y determinan que será depositada en la Secretaría del Tribunal Arbitral (p. ej. el art. 18 del RCAVA, el art. 15 del RCAL, etc.).

98. En iguales términos se expresa el art. 17. 1 del RDSAC.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

D) Impugnación del laudo

Una vez notificada la sentencia arbitral a las partes, dispone la LAV que éstas pueden interponer —salvo que hubieran expresamente renunciado a ello en el convenio arbitral— cualquiera de los recursos[99] que caben contra la sentencia dictada por el Tribunal de la comarca.

En todo caso, puede ser ejercitada la acción de anulación de la sentencia arbitral, en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la decisión, ante el órgano jurisdiccional de la comarca, por alguno de los siguientes motivos: a) no ser el litigio susceptible de resolución por vía arbitral; b) haber sido dictada por tribunal incompetente o irregularmente constituido; c) haberse producido en el proceso violación de alguno de los principios fundamentales que tienen que regir en él; d) haber sido emitida sin la firma del árbitro o árbitros, sin la mayoría necesaria para su adopción, tratándose de un órgano colegiado[100], o sin haber sido sucintamente motivada; e) haber conocido el Tribunal de cuestiones que no podía conocer, o no haberse pronunciado sobre cuestiones que sí tenia que apreciar (art. 27 LAV)[101].

E) Ejecución de la decisión arbitral

En el caso de no cumplirse de forma voluntaria la sentencia dictada por el Tribunal Arbitral —dado que se trata de un título ejecutivo, con carácter

99. Los Reglamentos reguladores de los Centros hacen referencia al recurso de anulación, salvo el art. 19 del RCACF que establece que cabe interponer el recurso de «*agravo*», siendo el plazo de interposición de 10 días desde la notificación de la decisión. La Sección IV del Título II del Libro III del CPC (arts. 733 y ss.) regula el recurso de «*agravo*».

100. No hemos creído necesario hacer referencia a la regulación sobre la deliberación y la mayoría necesaria para la emisión del laudo arbitral en el supuesto de órgano colegiado, pues como hemos dicho anteriormente, y a pesar de establecer la LAV que los Tribunales Arbitrales pueden constituirse por uno o varios árbitros, en el caso del arbitraje de consumo, estos órganos no jurisdiccionales estarán compuestos siempre por un único árbitro.

101. El sistema español permite presentar el recurso de anulación contra la decisión arbitral, en el plazo de diez días contados desde la notificación del laudo, ante la Audiencia Provincial, siempre que concurra alguno de los siguientes motivos: a) que el convenio arbitral sea nulo; b) que no se hayan observado ni en el nombramiento de los árbitros, ni en el procedimiento arbitral los principios establecidos en el RDSAC; c) que el laudo se haya dictado fuera de plazo; d) que los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a arbitraje, afectando la anulación a estos puntos; e) y, cuando el laudo fuese contrario al orden público (arts. 45-51 LA).

vinculante y con efecto de cosa juzgada— puede ser pedida su ejecución al Tribunal de 1ª Instancia de la comarca del lugar del arbitraje[102], en los términos que establece el CPC. Esta ley dispone que las decisiones arbitrales son ejecutables en los mismos términos que las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales[103]. Igualmente, cabe por parte del ejecutado su oposición a la ejecución en los términos que establece el art. 814 del CPC[104], siendo denegada de oficio la petición de ejecución, cuando se compruebe que el conflicto no podía ser sometido a la decisión de árbitros, ya por estar sometido a la jurisdicción ordinaria o a arbitraje necesario, ya por tratarse el litigio sobre derecho indisponible.

Hay que tener presente en esta materia, que el ejecutante está exento de todas las obligaciones y costas que se produzcan en la fase de ejecución, siendo así tras la entrada en vigor del *Decreto Lei núm. 103/91, de 8 de março*.

IX. Conclusiones

De lo expuesto en este trabajo podemos concluir que la vía arbitral, no sólo en Portugal, sino en todos los países en los que se ha implantado, aparece como una vía más rápida y efectiva que la judicial, y ello no sólo por la prontitud con que se resuelven los conflictos, sino por su efectividad, en el sentido de que este medio de solución de conflictos satisface a la partes del mismo modo que la vía judicial, pero al dirimir controversias que se caracterizan por ser de poca cuantía, resulta más económica a los litigantes.

102. En el arbitraje de consumo español, será el Juez de Primera Instancia del lugar donde se haya dictado el laudo, el encargado de ejecutar forzosamente la decisión (art. 53 LA).

103. *Vid.* arts. 48 y 90 *do Código de Processo Civil*.

104. Señala este precepto que los motivos para oponerse a la ejecución son los establecidos en el art. 815 CPC («*Fundando-se a execução em sentença, a oposição só pode ter algum dos fundamentos seguintes: a) Inexequibilidade do título; b) Falsidade do processo ou do traslado ou infidelidade deste, quando uma ou outra influa nos termos da execução; c) Ilegitimidade do exequente ou do executado ou da sua representação; d) Cumulação indevida de execuções ou coligação ilegal de exequentes; e) Falta ou nulidade da primeira citação para a acção, quando o réu não tenha intervindo no processo; f) Incerteza, iliquidez ou inexigibilidade da obrigação exequenda; g) Caso julgado anterior à sentença que se executa: h) Qualquer facto extintivo ou modificativo da obrigação [...]*») y los fijados en el art. 27 de la LAV para el recurso de anulación contra la sentencia arbitral. 1992, T. I, p. 227, voz, *atravesar* y T. II, p. 1181, voz, *interrumpir*).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

También debemos señalar como aspecto positivo del arbitraje portugués, su independencia del Poder Ejecutivo —quizás debiera ser tomado en cuenta este aspecto como nota trasladable al Sistema español de Arbitraje de Consumo—. Es decir, los Centros de Arbitraje de Conflicto de Consumo portugueses no dependen ni funcional ni económicamente de la Administración, ya sea Central, Autonómica o Local, esto es, estas entidades no jurisdiccionales son autónomas con personalidad jurídica propia, financiadas tanto por organismos públicos como por entidades privadas. Esta nota de independencia del Ejecutivo se hace más patente si tenemos en cuenta que la remuneración de los árbitros y demás intervinientes en el proceso será sufragada por las partes, por lo que el Tribunal Arbitral del Centro en el que se presente la solicitud de arbitraje no podrá alegar insuficiente financiación ecónomica de la Administración que dependa para eximirse de resolver los conflictos planteados.

Como aspecto a mejorar en el Arbitraje portugués destacaremos que no tiene alcance nacional, en el sentido de que los Centros de Arbitraje creados tienen ámbito competencial municipal o comarcal. Esto, unido a que únicamente pueden ser resueltos aquellos conflictos que se han producido en el ámbito de actuación de dichos Centros, quedando muchas zonas de la geografía portuguesa en las que no pueden ser resueltos los litigios «bagatela» por este medio de solución de conflictos, crea una situación desfavorable para los consumidores de estas zonas, por lo que sería conveniente la implantación de un sistema nacional de arbitraje de consumo como existe en nuestro país.

Este último aspecto nos lleva a concluir que no existe en Portugal implantado un verdadero Sistema, como sí ocurre en España. Esto es, al crearse Centros de Arbitraje que se califican como entidades autónomas con una regulación propia, en el sentido de que cada Centro tiene su propio Reglamento coincidente en mayor o menor medida con el de otros Centros, no podemos hablar de un Sistema portugués de Arbitraje de Consumo con las mismas características que el Sistema español. Otro motivo que nos permite realizar esta afirmación es que en Portugal no hay un Reglamento que detalle todas las cuestiones o las normas a aplicar en esta vía —como norma general para todos los Centros de Arbitraje portugueses—, cosa que sí sucede en el Sistema español, a través del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, regulador del Sistema español de Arbitraje de Consumo.

PANORÁMICA ACTUAL DE LA DOCTRINA PROCESAL

EDUARDO FERRER MCGREGOR*
Universidad de Cádiz

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Congresos, coloquios, encuentros y jornadas nacionales, iberoamericanas, panamericanas e internacionales de derecho procesal. — III. Poder Judicial y derecho procesal. — IV. Justicia alternativa para la solución de los conflictos. — V. Informática jurídica, Internet y derecho procesal. — VI. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las preocupaciones de los procesalistas a nivel mundial es el relativo a la enseñanza del derecho procesal. CAPPELLETTI desde los años cin-

* El presente trabajo tiene como base la conferencia impartida en el «*Primer curso de preparación y capacitación para profesores de derecho procesal*», celebrado en la ciudad de México, los días 16 a 20 de julio de 1999, organizado por el Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la UNAM.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cuentas apuntaba severas críticas en los sistemas de enseñanza europeos[1]. Si bien desde entonces existe una mayor preocupación sobre el tema y la tendencia hacia una evaluación periódica sobre los sistemas de enseñanza a la luz de los avances de la pedagogía contemporánea, todavía queda mucho por hacer. La tecnología alcanzada en los últimos años ha revolucionado el modo de vivir y los métodos tradicionales de la enseñanza. Hoy es común poder cursar o participar en diplomados y seminarios teniendo al expositor en lugares distantes a través de la videoconferencia. Incluso ya existen las denominadas «universidades virtuales» y, por supuesto, una enseñanza del derecho procesal también virtual. Todo ello nos debe llevar a la reflexión profunda y a concebir nuevos sistemas de enseñanza.

El problema de la enseñanza del derecho, en general, y del derecho procesal, en particular, viene a complicarse en los últimos años debido al «boom» en la creación de universidades, facultades, escuelas y departamentos de derecho en toda la República mexicana. Esta expansión educativa implica, lógicamente, una escasez de profesores especializados en la materia que imparten y, consecuentemente, que profesores no especialistas en la disciplina procesal o abogados sin bases pedagógicas tengan que improvisar —lo cual no tiene nada de malo si se afronta esta realidad con responsabilidad—. Es por ello que resulta laudable el esfuerzo, hoy cristalizado, del *Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM* y del *Colegio Superior de Ciencias Jurídicas*, para organizar y realizar este *I curso de preparación y capacitación para profesores de derecho procesal* (con la participación de profesores de varios países latinoamericanos).

Entrando en materia, debemos decir que una *Panorámica actual de la doctrina procesal* representa, en realidad, un tema tan vasto que bien podría realizarse en todo un seminario y no en las escasas dos horas que tenemos para la exposición, pero bien vale la pena un esfuerzo de síntesis. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el vocablo «panorámica» como lo «perteneciente o relativo al panorama». Y «panorama» —nos informa el mismo diccionario— viene de dos locuciones griegas que significan: «todo» y «vista»; de tal manera que panorama se define como «vista de un horizonte muy dilatado». Por consiguiente, lo que a continuación pasamos a exponer constituye un vistazo del enorme horizonte de la doctrina procesal, a nivel nacional, iberoamericano y mundial. Como es comprensible, no podemos abordar todos los temas. Hemos seleccionado tan sólo los que consideramos de mayor relevancia en la actualidad, teniendo como parámetro

1. CAPPELLETTI, Mauro, *Enseñanza del derecho y tirocinio profesional en Alemania e Italia,* Buenos Aires, Ejea, 1959.

la preocupación dominante de los procesalistas, según pudimos visualizar de la literatura científica de nuestra disciplina y de los temas tratados en los distintos congresos y jornadas nacionales, iberoamericanas, panamericanas y mundiales de derecho procesal.

II. CONGRESOS, COLOQUIOS, ENCUENTROS Y JORNADAS NACIONALES, IBEROAMERICANAS, PANAMERICANAS E INTERNACIONALES DE DERECHO PROCESAL

A) Marco general

A partir de la doctrina de los pandectistas alemanes de la segunda mitad del siglo pasado, se ha venido desarrollando la Ciencia procesal. Si bien para algunos autores resulta arbitrario el establecer fechas de inicio de la denominada etapa del «procesalismo científico», no puede negarse que a partir de la conocida polémica entre WINDSCHEID Y MUTHER (1856-1857), se produjo el desarrollo del derecho procesal como disciplina autónoma, al confrontar la primitiva *actio* romana con la *Klage* germánica, lo que motivó la escisión de la acción del derecho sustantivo material.

Once años después de esta trascendental polémica aparece la obra clásica de OSCAR VON BULÖW (*Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales)*, la cual también ha marcado pauta para el comienzo del estudio científico del derecho procesal. Posteriormente, la escuela del procesalismo científico siguió en Alemania y tuvo un gran desarrollo a comienzos del siglo XX en Italia.

El estudio científico del derecho procesal, sin embargo, ha dejado de ser monopolio de Alemania e Italia, como bien lo señaló hace tiempo ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO[2]. Desde hace varias décadas, los científicos del derecho procesal han confrontado ideas e inclusive, canalizado esfuerzos para el estudio común de temas procesales de interés regional o mundial, lo que ha originado la reunión periódica de los procesalistas.

Así han nacido los diferentes organismos permanentes que suelen llevar el nombre de la tarea que desempeñan y que abarcan diferentes ámbitos geográficos de estudio, destacando el *Instituto Mexicano de Derecho Procesal* (a

2. *Veinticinco años de evolución del derecho procesal 1940-1965*, México, UNAM, 1968, pp. 19 y 67-116.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nivel nacional)[3]; los *Institutos Iberoamericano*[4] *y Panamericano de Derecho Procesal*[5] (a escala continental, incluyendo a España y Portugal); y la *Asociación o Instituto Internacional de Derecho Procesal*[6] (de carácter mundial). Estos organismos permanentes se reúnen periódicamente para el análisis y estudio de los distintos temas procesales de actualidad y que por lo mismo tienen poco tratamiento. Las reuniones de estudio de dichas organizaciones se denominan: *Congresos Mexicanos, Jornadas o Encuentros Iberoamericanos y Panamericanos*, y *Congresos Internacionales de Derecho Procesal.* No obstante, existen o han existido otras organizaciones que han realizado distintos eventos, como paneles de discusión de temas procesales, tal es el caso de las *Conferencias Panamericanas, Jornadas Nacionales*, etc., y que se distinguen de las ya mencionadas porque son por cierto período o no se especializan en el derecho procesal, sino que tratan múltiples disciplinas de la Ciencia jurídica. También destacan los ciclos de conferencias sobre derecho procesal, como por ejemplo, el *Primer ciclo de conferencias de derecho procesal mexicano*, organizado por el Instituto de la Judicatura del Estado de Baja California[7].

B) Congresos mexicanos de derecho procesal.

Comenzaron en 1960 bajo el auspicio de NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, y del *Instituto Mexicano de Derecho Procesal*, organismo creado el 2 de mayo de 1945 con el nombre de *Academia Mexicana de Derecho Procesal* y que adquirió la denominación que actualmente tiene el 30 de agosto de 1956. Desde entonces, el Instituto ha sido presidido por los procesalistas IGNACIO MEDINA, ROBERTO MOLINA PASQUEL, HUMBERTO BRISEÑO SIERRA, y actualmente por el doctor GONZALO ARMIENTA CALDERÓN.

Este Instituto se ha encargado de la organización de los dieciséis Congresos Mexicanos de Derecho Procesal que se han efectuado hasta la fecha, destacando también la participación de la Facultad de Derecho de la UNAM, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad, y de los poderes judiciales de los estados. Los Congresos se han enriquecido con la participación de procesalistas extranjeros. Además se ha logrado la difusión de las ponencias y estudios a través de distintas publicaciones, como la *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, la *Revista Procesal* que edita el propio Instituto Mexicano de Derecho Procesal, o bien, en las *Memorias* que de cada congreso se publican por los organizadores del evento.

Los dieciséis *Congresos Mexicanos de Derecho Procesal* han tenido como sede y fechas las siguientes: I. ciudad de México (1960) y que coincidió con las I Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal; II. ciudad de Zacatecas (1966); III.- ciudad de Oaxaca (1967); IV.- ciudad de Cuernavaca (1969); V.- ciudades de Culiacán y Mazatlán (1970); VI. ciudad de Toluca (1974); VII. ciudad de Monterrey (1976); VIII.- ciudad de Jalapa (1979); IX. ciudad de Mazatlán (1982); X. ciudad de Guadalajara (1984); XI. ciudad de Durango (1986); XII. ciudad de Tampico (1989); XIII.- ciudad de Cuernavaca (1992) y que coincidió con las XIII Jornadas Iberoamericanas; XIV. ciudad de México (1994); XV. ciudad de Querétaro (1997); y XVI. ciudad de Guanajuato (1999).

La temática de los congresos ha sido de lo más variada, destacando los siguientes: aspectos procesales del juicio de amparo; unificación de los códigos procesales mexicanos (civiles y penales); carrera judicial; comentarios o propuestas a códigos adjetivos ya existentes o nuevos, de las entidades federativas (Zacatecas, Morelos, Baja California, Jalisco, etc.); distintos procesos: fiscales, mercantiles, administrativos, agrarios, penales y civiles; la acción, pretensión y defensa; la oralidad en algunos procesos; arbitraje; etc. El último congreso (XVI) se celebró en abril del presente año en Guanajuato y tuvo como tema principal: la teoría de la prueba.

Uno de los temas recurrente en estos congresos nacionales —que también se analizó en el último Congreso mexicano efectuado en la ciudad de Guanajuato— por procesalistas nacionales como extranjeros, es el relativo a la enseñanza del derecho procesal, motivo precisamente por el que hoy nos reúne a los profesores y académicos

C) Congresos, Encuentros, Coloquios y Jornadas Iberoamericanas, Panamericanas y mundiales

Hasta la fecha se han realizado XVI Jornadas Iberoamericanas, y XI Congresos Internacionales de Derecho Procesal, además de Jornadas o Encuentros Panamericanos celebrados anualmente. No es el momento de

3. Según NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en el bienio 1945-1946, se conjuntaron tres factores trascendentes en el cultivo del derecho procesal científico en México: 1.- la fundación, el 2 de mayo de 1945, de la *Academia Mexicana de Derecho Procesal* (antecesora del actual Instituto); 2.- la creación, el 15 de marzo de 1946 del *Seminario de Derecho Procesal*, en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia de la UNAM; y 3.- la publicación del libro *Instituciones de derecho procesal civil* de RAFAEL DE PINA y de JOSÉ CASTILLO LARRAÑAGA («Vida y milagros del Instituto Mexicano de Derecho Procesal», en *Derecho procesal mexicano*, México, Porrúa, 1976). Como señalaremos *infra*, en la actualidad el presidente de este Instituto es el Dr. Gonzalo ARMIENTA CALDERÓN.

4. Presidido por el procesalista brasileño Dr. José Carlos Barbosa Moreira.

5. El Dr. Humberto BRISEÑO SIERRA es su presidente.

6. El actual presidente es el profesor Marcel STORME.

7. Cfr. *Revista del Poder Judicial del Estado de Baja California. Admónjus*, Mexicali, vol. III, año 3, núm. 8, diciembre de 1999, pp. 84-88.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

referirnos a las distintas sedes, fechas y temáticas de cada uno de ellos. Para los efectos que aquí interesa, cabe mencionar que también la enseñanza del derecho procesal ha sido preocupación permanente de los procesalistas a nivel mundial. Y precisamente la idea de realizar este curso para profesores de derecho procesal tuvo su origen con motivo de una serie de reflexiones derivadas de las Jornadas de Derecho Procesal celebradas en 1998 en la ciudad de Brasilia, Brasil, y especialmente de la ponencia del procesalista chileno RAÚL TAVOLARI (que tendremos la fortuna de tenerlo como expositor el día de mañana). La experiencia de este tipo de cursos ha tenido buenos resultados en España y Chile, entre otros países de Iberoamérica.

Otro de los temas interesantes que también ha sido tratado en forma reiterada es el relativo al *Código tipo de Procedimientos Civiles para Latinoamérica*, destacando los esfuerzos de los procesalistas ENRIQUE VÉSCOVI y ADOLFO GELSI BIDART. En general, los temas de las *Jornadas Iberoamericanas* y *Encuentros Panamericanos* tienden a la unificación de la legislación iberoamericana y así se ha trabajado también sobre un *Código Procesal Penal Modelo* y en una *Ley Uniforme de Amparo.* Las próximas *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (las XVII), se celebrarán del 18 al 20 de octubre en Costa Rica y el Encuentro o Jornadas Panamericanas que se realizarán en Argentina.

Los tres últimos Congresos Internacionales se han efectuado en Tokio, Japón (1992), Taormina, Italia (1995) y Viena, Austria (1999). Los temas generales en Japón e Italia fueron, respectivamente, «La justicia civil en la era de la globalización» y «Aspectos transnacionales del derecho procesal». En cuanto a este último, cabe hacer énfasis en uno de los temas hí tratado que resulta de suma importancia para México en los próximos años, relativo a «los tribunales supranacionales», ya que recientemente nuestro país reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica, como ya lo han hecho la mayoría de los países americanos (excepto Estados Unidos y Brasil), por lo que puede pensarse ya en una especie de *amparo internacional.*

El último Congreso Internacional de Derecho Procesal se efectuó en el mes de agosto (del 23 al 28) en la ciudad de Viena, Austria, con la participación de 273 profesores provenientes de 40 países de América, Europa, África y Oceanía. Las ponencias y conferencias versaron sobre: *el proceso como motor del desarrollo social; el centenario del código austriaco de procedimientos civiles; tendencias recientes en las reformas procesales civiles; los procesos civiles sin fronteras: hacia la armonización y unificación de las leyes procesales; hacia una economía procesal: reducción en la duración y en los costos de los litigios civiles; el reto de una sociedad informática: aplicación de tecnologías avanzadas en los procedimientos civiles y en otros procedimientos; tendencias recientes en la posición de los jueces; tendencias recientes en la posición de los abogados; y la formación jurídica y los litigios civiles en una sociedad cambiante y conflictiva.* En la clausura se anunció que el próximo Congreso Mundial se efectuará en México en el año de 2003[8].

Al margen de los Congresos, Encuentros y Jornadas nacionales, iberoamericanas, panamericanas y mundiales a que nos hemos referido, periódicamente se organizan otros eventos, como el Simposio sobre «Abuso de los procedimientos» que organizó la Asociación Internacional de Derecho Procesal, en octubre de 1998 en New Orleáns, E. U.; o como el Coloquio internacional organizado conjuntamente por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y el Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universitá *Tor Vergata*, con el tema principal relativo a los «procesos de integración y solución de las controversias. Del contencioso entre los Estados a la tutela de los individuos en Europa y América», que organiza el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, celebrado en Roma del 7 al 9 de septiembre de 1999 (una semana después del Congreso Internacional de Viena).

Además, en el mes de mayo de 1999 se celebraron las *X Jornadas Nacionales Uruguayas;* en junio las *III Jornadas Brasileñas;* y del 6 al 9 de octubre de ese mismo año, se celebró el *XX Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal*, con sede en San Martín de los Andes. Y recientemente se realizó otro Coloquio en Gante, Bélgica (25-28 abril de 2000), organizado por el propio Instituto de Derecho Procesal Internacional[9].

III. PODER JUDICIAL Y DERECHO PROCESAL

En los últimos años la preocupación de los juristas por la impartición de justicia ha alcanzado dimensiones universales[10]. Especialmente en los países

8. Véase un breve resumen de las ponencias y conferencias del Congreso de Viena, así como las palabras del Dr. Cipriano Gómez Lara, que en representación del Instituto Mexicano de Derecho Procesal, presidido por el Dr. Gonzalo Armienta Calderón, invita formalmente al Instituto Internacional de Derecho Procesal, para participar en la preparación y realización del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal en México, en *Cuadernos Procesales*, México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, año III, noviembre de 1999, núm. 6, pp. 36-42.

9. Cfr. la reseña del coloquio de Gante, por Cipriano GÓMEZ LARA, en *Cuadernos Procesales*, México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2000, año IV, núm. 7.

10. Véase, por ejemplo, la obra colectiva *Judicial systems in a period of transition*, Alemania, Consejo de Europa, 1997.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

latinoamericanos la revisión permanente a esta temática se ha convertido en una genuina necesidad social, motivando transformaciones significativas en sus poderes judiciales[11].

A) Unidad o diversidad de jurisdicción

El principio de unidad de jurisdicción se ha seguido por varios Estados democráticos. Esta tendencia consiste en que todos los órganos de impartición de justicia pertenezcan al Poder Judicial, al considerar que la función jurisdiccional originaria necesariamente debe ser ejercida por este poder del Estado. Bajo esta óptica ningún otro poder, institución o persona puede realizar funciones jurisdiccionales. Este principio descansa en las ideas de división de poderes de Montesquieu, de tal forma que quien elabora las leyes le quede prohibido su ejecución e interpretación, quien las ejecuta no pueda hacerlas ni juzgar sobre ellas, y quien las interpreta y juzga no deba hacerlas ni ejecutarlas. En la práctica esto resulta difícil. Incluso hoy se dice por los constitucionalistas de que dicha división tripartita de poderes en sentido puro se encuentra en crisis (por ejemplo, con la creación de los tribunales constitucionales europeos se sostiene la existencia de un cuarto poder: *poder constitucional*).

Frente a esta unidad de la jurisdicción existe la tendencia contraria, teniendo como fundamento la *juridización* del Estado. La administración tiende a ser cada vez más amplia, lo que originó que también actuara en el ámbito de la impartición de justicia, a través de organismos administrativos que se han denominado *tribunales administrativos o no judiciales*. Si bien la doctrina y jurisprudencia de los países latinoamericanos han reconocido su función jurisdiccional, también han sido criticados por la doctrina[12], en tanto que debilitan el concepto de la verdadera y propia función jurisdiccional, al equiparar a estos órganos administrativos con una función idéntica a los realizados por los genuinos jueces y órganos del Poder Judicial.

En un análisis en retrospectiva, se puede afirmar que México ha seguido paulatinamente la segunda tendencia. La Constitución de 1917, en su texto original, establecía implícitamente la unidad de jurisdicción, al establecer el principio de división de poderes y atribuir el ejercicio de la función jurisdiccional exclusivamente al Poder Judicial de la Federación y a los poderes judiciales de las entidades federativas con dos excepciones: los tribunales militares (art. 13) y las Juntas de Conciliación y Arbitraje (art. 123, fracciones XX y XXI). A pesar de ello, la tendencia ha sido a la creación de tribunales fuera del Poder Judicial y dentro del Ejecutivo, entre los que figuran: el Tribunal Fiscal de la Federación (1936); el Tribunal de Arbitraje (1938), que posteriormente se convirtió en Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje; el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (1971); el Tribunal de lo Contencioso Electoral (1988), posteriormente Tribunal Federal Electoral —actualmente Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal (1996)—; el Tribunal Superior Agrario y los tribunales unitarios agrarios (1992); así como los distintos tribunales administrativos, fiscales y burocráticos creados en los estados, como también los consejos tutelares para menores, tribunales de conciliación y arbitraje, y tribunales electorales locales[13].

Bajo esta tendencia diversificante de jurisdicción, debe cuestionarse si estos tribunales dependientes del Poder Ejecutivo han cumplido cabalmente sus funciones, y si convendría, no sólo desde la óptica doctrinal sino práctica, volver a la idea original del texto constitucional de 1917 y así encontrarnos en posibilidad de discernir respecto a una impartición de justicia uniforme y con principios comunes[14]. La creación constante de tribunales fuera del Poder Judicial y dentro del Poder Ejecutivo es una contradicción al principio de unidad de jurisdicción. Esta evolución —como afirma Ovalle Favela—[15] a fuerza de agregar constantemente excepciones a la regla, ya resulta difícil determinar si los tribunales judiciales siguen siendo la regla o se han convertido en la excepción. Si bien la mera pertenencia de un tribunal al Poder Judicial no garantiza por sí sola su indepedencia, también es evidente que la proliferación de tribunales fuera de dicho poder tiende a debilitar a éste, propicia la diversidad y aún la contradicción en los criterios de interpretación jurisprudencial de la ley, distribuye con criterios muy dispares los recursos presupuestales y no contribuye, en definitiva, a asegurar la independencia judicial.

11. Para una visualización de esta temática, véase la obra colectiva: *Administración de Justicia en Iberoamérica* (coord. José Ovalle Favela), México, UNAM, 1993.

12. Cfr. De la Rúa, Fernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pp. 31 y ss.

13. Sobre los distintos tribunales no judiciales de los estados, véase Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.; y Ovalle Favela, José, «El derecho procesal mexicano en el siglo XX», en *La ciencia del derecho durante el siglo XX,* México, UNAM, pp. 501 y ss.

14. La reforma constitucional de 1996, constituye un reflejo del principio de unidad de jurisdicción, al incluir al Tribunal Federal Electoral dentro del Poder Judicial Federal.

15. Cfr. «El derecho procesal mexicano en el siglo XX», op. cit., pp. 501 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

B) Los intereses supraindividuales o de grupo (difusos y colectivos)[16]

Por regla general el derecho viene a la retaguardia de la realidad. Los científicos del derecho, legisladores y jueces tienen que realizar una labor armónica y acorde con las transformaciones y demandas de la sociedad, para poder visualizar, captar y alcanzar a la realidad misma para normativizarla.

Esto ha sucedido con la aparición de los derechos humanos que se han denominado de la tercera generación y al margen de los ya existentes derechos civiles y políticos, y de los derechos culturales, sociales y económicos. Entre esta nueva generación de derechos se encuentran, entre otros, el derecho al medio ambiente, el derecho de los consumidores, el derecho al desarrollo, el derecho a la calidad de vida, la libertad informática, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad, el derecho a la paz, etc.

La introducción de esta nueva ola de derechos ha generado múltiples problemas para los juristas, empezando con la aceptación de los mismos como verdaderos derechos autónomos. Como afirma Robert PELLOUX, estos derechos «no corresponde a la noción de derechos del hombre tal como ha sido elaborada durante siglos de reflexión filosófica y jurídica. Su titular no es el hombre o el individuo, sino una colectividad, a menudo difícil de determinar como nación, pueblo, sociedad, comunidad internacional, lo que les opone a los verdaderos derechos del hombre, no sólo a los derechos estrictamente individuales, sino incluso a los derechos colectivos, que, a menudo, no son más que derechos individuales que se ejercen colectivamente».

Sin embargo, la aceptación de los mismos como derechos autónomos ha sido superada aun cuando todavía se encuentren en fase de formación. Los problemas ahora se presentan en otros campos, como lo es su protección jurisdiccional. De ahí que el *acceso a la justicia* de los *derechos o intereses supraindividuales o de grupo* se convirtió en uno de los temas predilectos del procesalismo científico contemporáneo[17], a partir de las teorías de MAURO CAPPELLETTI expuestas en una famosa conferencia en París en el año de 1975[18], publicada posteriormente por la Revista Internacional de Derecho

16. Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, «Los intereses supraindividuales y el juicio de amparo», en *Admónjus. Revista del Poder Judicial del Estado de Baja California,* Mexicali, diciembre de 1999, vol, III, año 3, núm. 8, pp. 38-46.

17. Cfr. las múltiples ponencias sobre la protección de los intereses difusos o colectivos presentadas en las *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, celebradas en Cuernavaca en agosto de 1992.

18. El propio CAPPELLETTI reconoce lo «audaz, si no escandalosa» que representó la temática de su conferencia. Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, «La protección de los intereses colectivos o

Comparado[19] y cuyas ideas fueron traducidas al español en 1977 bajo el título: *Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*[20].

La problemática comienza desde la terminología misma que se utiliza para su identificación. Se utilizan las expresiones: intereses de grupo, intereses colectivos, intereses difusos, intereses sociales, intereses de serie, intereses de sector, intereses de categoría, intereses difundidos o propagados, intereses profesionales, intereses fragmentarios, intereses transpersonales, intereses sin estructura, interessi adespoti (sin dueño, anónimos), intereses supraindividuales, intereses superindividuales, intereses de clase, intereses dispersos[21], etc. No sin razón FAIRÉN GUILLÉN sostiene que estos intereses representan un concepto todavía nuevo, incierto y poco unívoco[22].

La doctrina se inclina, sin embargo, a utilizar como concepto genérico el de *intereses de grupo* o *intereses supraindividuales*. Y dentro de esta conceptualización se comprenden los *intereses difusos* y los *intereses colectivos*.

Estos últimos deben diferenciarse. La doctrina ha elaborados distintas teorías, basadas en criterios organizativos (VIGORITI), corporativos (DENTI), en cuanto al centro de riferimento (CARAVITA), según el tipo de interés en el campo administrativo o privado (FEDERICI), vínculo jurídico de unión (BARBOSA MOREIRA, PELLEGRINI), etc. En general, los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados y circunscritos. Así, los miembros del conglomerado que tienen un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables. En todo caso, sean difusos o colectivos estos intereses, lo esencial como afirma CAPPELLETTI[23] es que nadie es titular y al mismo

difusos», en *XIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1993, pp. 245-258.

19. «La protection d'interêts collectifs et de groupe dans le proces civil (Métamorphoses de la procédure Civile)», en *Revue Internationale de Droit Comparé,* 1975, pp. 571-597.

20. Traducción de Raúl Brañes, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, n.s., año XI, núms. 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 1-40.

21. En cuanto a la terminología y a los autores que la utilizan, véase BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 59 y ss.

22. *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 93.

23. «Apunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi», en AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padua, CEDAM, 1976, pp. 191-221.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tiempo todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada son sus titulares. Así sucede, por ejemplo, por lesiones o ataques al medio ambiente, a los consumidores de un determinado producto, al patrimonio artístico o cultural, y a las minorías étnicas y nacionales.

La legislación brasileña ya prevé la distinción entre *intereses difusos* e *intereses colectivos*. El artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor (1990) establece:

> *«La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo.*
>
> *La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de:*
>
> *I.-* Intereses o derechos difusos, *así entendidos, para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hechos.*
>
> *II.-* Intereses o derechos colectivos, *así entendidos, para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.*
>
> *III.- Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los derivados de origen común.»*

La distinción entre *intereses difusos* e *intereses colectivos* no resulta del todo clara. Lo que interesa en realidad es su tutela jurídica, con independencia de su diferenciación doctrinal. Y más aún, no es suficiente el reconocimiento de dichos intereses por la legislación, si no existen los mecanismos procesales adecuados para su protección jurisdiccional. Ya algún procesalista gráficamente lo apuntaba: «Si un consumidor acude a mí en busca de consejo, podría citarle el principio o la ley que le protege. Pero esto no significaría nada, pues casi siempre se demostraría la imposibilidad de acceder a los tribunales» (CALAIS-AULOY).

Y ahí precisamente encontramos el meollo de la cuestión: el acceso a la justicia de estos nuevos intereses. El problema se encuentra íntimamente relacionado con la *legitimación ad causam*, ya que rompe con los esquemas tradicionales de la misma. En la *legitimación común u ordinaria*, se actúa con base en la titularidad de un derecho subjetivo propio; en la *legitimación extraordinaria*[24] que acepta la doctrina, se ejercita un derecho de otro en nombre de otro y en beneficio propio; en los intereses de grupo, en cambio, encontramos una legitimación *sui generis*, en tanto que si bien se actúa afirmando

24. Para una mayor claridad sobre la legitimación ordinaria y la extraordinaria, véase ALMAGRO NOSETE, José, *Derecho procesal*, Madrid, Trivium, 1995, Tomo I, pp. 404-405.

la titularidad de un derecho o interés propio, éstos se encuentran confundidos con el resto del conglomerado o grupo, por lo que el reclamo en realidad se hace también a nombre de todos los posibles afectados por un determinado hecho o acto. De ahí la importancia de la acción derivada de este tipo de intereses, pues su actuación trasciende del propio interés para proyectarse en el interés de toda la colectividad o grupo que asume.

Como se advierte, el problema radica en la determinación de los sujetos legitimados activamente para promover acciones relativas a dichos intereses difusos y colectivos. La solución se dirige a dos vertientes, teniendo en cuenta las propuestas en el derecho comparado: la primera —seguida por las legislaciones estadounidense y europea— es la habilitación de nuevos mecanismos procesales, particularmente mediante la atribución de personería a las asociaciones de titulares de intereses difusos; y la segunda, a través de las instituciones procesales ya existentes. Esta última postura es la que predomina en los países latinoamericanos, teniendo en cuenta las siguientes directrices[25]:

1.—*Legitimación al Ministerio Público*. Si bien para algunos debe excluirse de la legitimación de los intereses difusos y colectivos (GELSI BIDART[26] y BARRIOS DE ÁNGELIS[27]) al Ministerio Público, no puede perderse de vista que éste tiene la representación social y el interés público inserto en el objeto del proceso, teniendo en cuenta que dichos intereses pertenecen a todo un grupo de la sociedad.

2.—*Legitimación a asociaciones o personas en representación de los grupos portadores del interés difuso o colectivo (previa autorización del Ministerio Público)*. Este tipo de legitimación equivale a las *relator actions* que se prevén en Inglaterra —y en algunos otros países del *common law*, como Australia y Nueva Zelanda—; quien ejercita la acción es en realidad el *Attorney General* (equivalente al Ministerio Público), por petición de la asociación o particular y si se rehusase, éstos pueden promover con consentimiento del propio *Attorney General*. Lo que se pretende con este tipo de legitimación es evitar el abuso de demandas frívolas; sin embargo, la

25. Cfr., entre otros, FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, 1986, pp. 27-28; (con José Ramón Cossío), *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, op. cit.

26. GELSI BIDART, Adolfo, «El derecho procesal y la protección al consumidor», en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1978, núm. 1, pp. 11-25.

27. BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Argentina, Depalma, 1983. Este último autor, sin embargo, acepta la legitimación del Ministerio Público, dependiendo de las características del interés difuso en juego y de la sensibilidad funcional (pp. 135-136).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

discrecionalidad que se otorga al Ministerio Público para que actúe o dé su autorización resulta peligrosa, teniendo en consideración la falta de autonomía de esta institución social en los países latinoamericanos.

3.—*Legitimación directa a asociaciones o personas en representación de los intereses difusos y colectivos*. Representan a las denominadas *class actions* estadounidenses. Aquí la legitimación resulta colectiva o de grupo. Se trata de una legitimación intermedia entre la legitimación tradicional y la legitimación abierta de la acción popular. Siguiendo la terminología de FAIRÉN GUILLÉN, se trata del caso de *litisconsorcio cuasinecesario*, en tanto supone que un grupo de personas identificables o no, se hallan ante un determinado evento jurídico en situación igual de calidad, de modo tal que teniendo todas ellas legitimación para accionar, algunas lo hacen y otras no, pero la resolución les va a afectar a todas esas personas por ser única la relación que existe entre el evento y ellas[28].

4.—*Legitimación al Ombudsman (Comisión de Derechos Humanos)*. Al igual que la legitimación antes vista otorgada al Ministerio Público, la atribuida a los órganos protectores de los derechos humanos se refiere a una tutela y legitimación pública —en contraposición de la legitimación privada— de los intereses de grupo. En México existe un sector minoritario que apoya la intervención jurisdiccional de las Comisiones de Derechos Humanos (nacional o estatales) y así se pugna, por ejemplo, en otorgarles legitimación para ejercitar la acción constitucional de amparo, como sucede en otros países[29].

Por otra parte, otro de los problemas que se presenta se refiere a la sentencia que en estos procesos se dicte. Se discute si los efectos de la misma deben ser *erga omnes*. Al respecto resulta singnificativa la regulación vigente de Uruguay.

La reforma procesal uruguaya en este aspecto, tiene su origen en el Anteproyecto de *Código Procesal Civil Modelo para América Latina*, redactado desde hace décadas por los procesalistas uruguayos ENRIQUE VÉSCOVI y ADOLFO GELSI BIDART (en el que tanto se ha insistido en las *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* e incluso en los *Congresos Mexicanos*)[30].

28. Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 143-145.

29. La Constitución española, por ejemplo, le otorga legitimación expresa al *Defensor del Pueblo* (equivalente a la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México) para promover el recurso de amparo (art. 162.1-b)

30. Cfr., por ejemplo, la ponencia presentada por ENRIQUE VÉSCOVI en el *XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal* (celebrado en la ciudad de Durango, del 28 al 31 de mayo de 1986): «Código tipo de Procedimientos Civiles para Latinoamérica».

El artículo 153 de dicho anteproyecto prevé los intereses de grupo de la siguiente manera:

> «REPRESENTACIÓN EN CASO DE INTERESES DIFUSOS. *En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos o en general que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, están legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el ministerio público, cualquier interesado y las instituciones y asociaciones que a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido*».

Y específicamente el artículo 194 del mismo anteproyecto establece:

> «EFECTOS DE COSA JUZGADA EN PROCESOS PROMOVIDOS EN REPRESENTACIÓN DE INTERESES DIFUSOS. *La sentencia dictada en procesos promovidos en representación de intereses difusos tendrá eficacia erga omnes, salvo si fuera absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado*».

Estos artículos del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Latinoamérica, fueron reproducidos casi textualmente en los artículos 42 y 220 del Código General del Proceso (Ley Número 15,982) uruguayo de 18 de octubre de 1988, ordenamiento procesal considerado como el más reciente y moderno de Latinoamérica (FIX-ZAMUDIO)[31].

En América Latina el acceso a la justicia de los portadores de intereses de grupo ha tenido especial significación en la tutela de los intereses de los consumidores, mediante leyes específicas, como por ejemplo, las leyes de protección y defensa del consumidor de Venezuela (1974), Costa Rica (1975-1982) y México (Ley de Protección al Consumidor de 1975 y la nueva Ley de 1992).

Esta línea de protección de los intereses difusos y colectivos, ha alcanzado también a algunos textos constitucionales latinoamericanos:

1.—La *Constitución de Brasil* de octubre de 1988 (artículo 5° fracción LXIII) prevé una acción popular y mediante interpretación jurisprudencial de los tribunales brasileños se admitió el ejercicio de dicha acción para la tutela de los intereses de grupos indeterminados relacionados con el medio ambiente, el desarrollo urbano y el patrimonio artístico y cultural.

2.—La *Carta Magna de Colombia* de julio de 1991, prevé un capítulo denominado *De los derechos colectivos y del ambiente* (artículos 78-82) y en su artículo 88 otorga un acceso a la justicia importante, al establecer: «La ley

31. Cfr. *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, op. cit., p. 44.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

regulará las *acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos*, relacionados con el patrimonio, espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo los casos de responsabilidad civil objetiva por *el daño inferido a los derechos e intereses colectivos*». Esta tutela jurisdiccional se complementa con el artículo 89 al señalar que: «Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, *de grupo o colectivos*, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas».

3.—Por su parte, el *Texto Fundamental de Paraguay* de junio de 1992, también prevé una tutela específica en esta materia en su artículo 38: «*Del derecho a la defensa de los intereses difusos.* Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de los otros que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio».

Como hemos visto hasta ahora, el acceso a la justicia de las personas y asociaciones portadores de los intereses de grupo (difusos o colectivos), ha sido preocupación fundamental por el procesalismo científico mundial en los últimos años. Su tutela jurisdiccional se ha implementado en las legislaciones de Estados Unidos, Inglaterra y algunos países de la familia del *common law*, en Europa continental y en algunos países de América Latina. En México, sin embargo, todavía no se consolida la cultura de la protección de estos intereses. Existen avances importantes, sobre todo en cuanto a medio ambiente y protección al consumidor; y se regulan algunos tipos de *acciones de clase*, que algunos afirman existe en la legislación electoral[32].

32. Al respecto Cipriano Gómez Lara y Carlos Ortiz Martínez se refieren a «una acción de clase en materia electoral federal en México», al sostener la posibilidad de que varias impugnaciones aisladas tengan un efecto en cascada, que puede ser diferente al que cada recurrente pidió inicialmente, pero que como consecuencia de la acumulación sumatoria puede llegar hasta la anulación de una elección, siempre y cuando se acrediten violaciones en ciertos porcentajes («Una acción de clase en materia electoral federal en México», en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho* Procesal (celebradas en agosto de 1992 en Cuernavaca, Morelos), México, UNAM, 1993, pp. 297-305).

Queda todavía una magna tarea en el ámbito legislativo. Y más aún en la interpretación de los jueces, que ante falta de regulación expresa son contados los que han abierto el paso franco al acceso a la justicia de estos nuevos derechos o intereses.

Debemos someter a revisión, por ejemplo, el concepto del agravio personal y directo que rige al juicio de amparo mexicano desde el siglo XIX. En algunas otras latitudes, se ha extendido la legitimación en materia de amparo en aras de una tutela jurídica más completa de los derechos humanos y en concordancia con los avances de la ciencia procesal. El artículo 162.1 de la actual Constitución española de 1978 legitima para promover el recurso de amparo a cualquier persona física o moral que invoque un *interés legítimo* y con base en este interés legítimo el Tribunal Constitucional español ha legitimado a asociaciones o grupos sociales —incluso sin personalidad jurídica— cuando actúan en defensa del derecho fundamental de alguno de sus miembros, pues se ha considerado que los entes de tales colectividades «están imbricados con los de las personas que lo integran»[33]. Similar criterio se adoptó previamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[34].

En América Latina, deben destacarse los esfuerzos de la doctrina para incluir vía amparo la protección de los intereses de grupo[35]; y sobre todo a la Constitución brasileña de 1988 que incorporó el *mandato de segurança colectivo* («mandamiento de seguridad» equivalente al juicio de amparo), así como también la Constitución Argentina[36], lo que nos conduce a a reflexionar sobre la posibilidad de ampliar la legitimación e introducir, al margen del existente juicio de amparo social (en materia agraria), el que podríamos denominar *juicio de amparo colectivo*, para aquellas colectividades o grupos no asociados portadores de un interés difuso o colectivo[37]. Los jueces de Distri-

33. Sentencia del Tribunal Constitucional español número 180/1988, de 11 de octubre.

34. Sentencia de 27 de octubre de 1975 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos «Sindicato Nacional de la Policía Belga» y «Sindicato Sueco de Maquinistas».

35. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo*, 2da. ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 203 y ss.

36. La Constitución Nacional Argentina al referirse al amparo introdujo un segundo párrafo que dice: «*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización*».

37. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 2000, p. 237.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

to en México, si bien no han tutelado vía amparo estos intereses, don Lucio CABRERA ACEVEDO[38] y don Genaro GÓNGORA PIMENTEL[39], nos proporcionan ejemplos de juzgadores constitucionales que han protegido los intereses difusos y colectivos. Ahora que se está elaborando un Anteproyecto de una Nueva Ley de Amparo (que abrogue la actual de 1936) es el momento oportuno para reflexionar en su incorporación definitiva y revisar otros principios que han regido a nuestra máxima institución procesal como el relativo a la relatividad de las sentencias de amparo o fórmula Otero, ya que «existe un consenso esencial en la doctrina jurídica mexicana pero también en los distintos sectores sociales y políticos, de que se requiere una renovación profunda de nuestro ordenamiento en cuanto a la regulación del juicio de amparo»(FIX-ZAMUDIO)[40].

Por último, debe resaltarse que recientemente se adicionó un párrafo quinto al artículo 4° constitucional que dice: «Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar» (lo cual implica el derecho a una calidad de vida y el derecho al medio ambiente, relacionados directamente con los intereses difusos).

C) El concepto de acción procesal[41]

Sobre los tres conceptos fundamentales de la ciencia procesal, que PODETTI se refería como *trilogía estructural del proceso*, gráficamente ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO decía que del *proceso* sabemos dónde está pero no lo que es; de la *jurisdicción* conocemos lo que es pero no dónde está; y de la *acción* ignoramos ambas: lo que es y dónde está. Sin duda, esta última categoría fundamental —la acción— es la que más debates y polémica ha generado entre los procesalistas, y tal vez debido a que en su propia naturaleza jurídica se encontró el germen del nacimiento de la Ciencia procesal como disciplina autónoma.

38. CABRERA ACEVEDO, Lucio, «La tutela de los intereses colectivos o difusos», en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal,* México, UNAM, 1993, pp. 211-243, en pp. 224-226.

39. GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *La suspensión en materia administrativa,* , 4ª ed., México, Porrúa, 1998.

40. Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, «Prólogo» a la obra de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, Porrúa, 2000, p. XVIII.

41. Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, «Sobre la naturaleza jurídica de la acción», en *Cuadernos Procesales*, México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, 1999, año III, núm. 5, pp. 1-9.

La conceptualización jurídica de la *acción* ha variado desde su aparición en el derecho romano. En el último siglo esta institución ha sido preocupación permanente de los juristas, lo cual ha motivado el surgimiento de la moderna Ciencia procesal, al lograrse la escisión de la misma del derecho subjetivo material. Sin embargo, su problemática queda todavía latente. A tal extremo, que en la actualidad son notables las divergencias entre las diversas teorías que tratan de explicar el fenómeno que nos ocupa. Con razón CALAMANDREI, con tintes poéticos decía que «las teorías sobre la acción como las noches de la leyenda, son mil y una y todas maravillosas».

Este verdadero rompecabezas del derecho procesal, se debe, en gran medida, a las diversas connotaciones que, dentro y fuera del ámbito jurídico, le atribuyen al vocablo «acción». En este sentido PEKELIS[42] se refiere a más de una docena de acepciones.

No es el momento de referirnos a la evolución histórica de este concepto fundamental. Baste sólo decir que la concepción romanística —en donde a cada *actio* le correspondía un derecho— comprendida en la conocida definición del jurisconsulto Celso: *Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicios persequendi*, que pasara con una ligera modificación a las Instituciones de Justiniano: *«Mas la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe»,* se prolongó hasta mediados del siglo XIX.

Pasando por la concepción civilista de la acción, encabezada principalmente por SAVIGNI y sus seguidores en Italia (MATIROLO, GALANTE, PESCATORE etc.), cuya concepción de la acción la hacían depender todavía del derecho subjetivo material, considerándola como «el derecho mismo en pie de guerra», llegamos a la famosa polémica entre WINDSCHEID Y MUTHER (1856-57) en la que se confrontó la *actio* romana con la *Klage* germánica. Como ya dijimos con anterioridad, esta polémica y la famosa obra de BÜLOW (*Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales.*1868*)* marcan el inicio de la moderna Ciencia procesal, al lograrse la escisión de la acción del derecho sustantivo. Acontecimiento que también da lugar al comienzo de la etapa del procesalismo científico que prevalece hasta la actualidad.

Una vez superadas las doctrinas privatistas, la doctrina dominante coincide en sistematizar las teorías publicistas en dos grandes grupos: teoría abstracta y teoría concreta, al margen de aquella corriente que trata de evidenciar

42. PEKELIS , Alejandro, voz «Azione», en *Novissimo digesto italiano,* Turín, Unione Ripografico-Editrice Torinese, 1937, tomo II, pp. 91 y ss. (existe trad. Al español por Santiago Sentís Melendo, en *Revista de Derecho Procesal,* Buenos Aires, Ediar, año VI, 1948, pp. 157 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«la relatividad del concepto de acción» (CALAMANDREI) o de las que adoptan una posición ecléctica (LIEBMAN, SERRA DOMÍNGUEZ, etc.).

En general, en latinoamérica predomina la *teoría de la acción como derecho abstracto de obrar*, es decir, aquella concepción de la acción como derecho, poder, facultad o posibilidad, de carácter abstracto, dirigida contra, frente o hacia el Estado, *para provocar la actividad jurisdiccional, con independencia del resultado de la sentencia*.

En contraposición a esta teoría, en las últimas décadas ha resurgido la conceptualización de *la acción como derecho concreto de obrar*, teniendo como fundamento las ideas de Adolfo WACH sobre la *pretensión de tutela jurídica*, y las de Giuseppe CHIOVENDA —iniciadas en su famosa prolusión leída en la Universidad de Bolonia en 1903 sobre *La acción en el sistema de los derechos*—, corriente que ha tenido importantes seguidores en diferentes épocas (GOLDSCHMIDT, WEISMANN, HELLWIG, REDENTI, etc. y de cierta forma CALAMANDREI)[43].

Así sucede en España, en donde existe una verdadera escuela de procesalistas que se inclinan por la teoría concreta de la acción. Esta corriente resurgió con DE MIGUEL Y ROMERO y DE MIGUEL Y ALONSO[44], pero sobre todo con EMILIO GÓMEZ ORBANEJA[45] y ANDRÉS DE LA OLIVA[46] (que actualmente encabeza a esta escuela de procesalistas)[47].

En México, la mayoría de procesalistas sigue la teoría abstracta de la acción, debido, probablemente, a la honda escuela creada por Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO —a quien tanto debe el procesalismo científico mexicano— (FIX-ZAMIUDIO, BRISEÑO SIERRA, GARCÍA RAMÍREZ, GÓMEZ

43. Si bien Piero CALAMANDREI se inclina por la «relatividad del concepto de acción», no debe perderse de vista que él mismo reconocía la teoría concreta de la acción como la más adecuada al proceso civil italiano, como lo señala en su obra *Instituciones de derecho procesal civil* (traducción de la segunda ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1962, tomo I, p. 256).

44. Cfr. DE MIGUEL Y ROMERO, Mauro, y DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos, *Derecho procesal práctico*, 11 ed., Barcelona, Bosch, 1967 tomo I, pp. 42 y 45.

45. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (con Vicente Herce Quemada), *Derecho procesal civil*, 8va. ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1979, vol. I, pp. 227-234).

46. Cfr., entre otros, su obra que trata específicamente la naturaleza de la acción: *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, Barcelona, Bosch, 1980.

47. El considerado padre de esta escuela de procesalistas es Jorge CARRERA LLANSANA, que sin dejar prácticamente obra científica, a través de sus enseñanzas formó a importantes procesalistas (Eduardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Andrés DE LA OLIVA, Faustino CORDÓN MORENO, Ángel BONET NAVARRO, etc.).

LARA, FLORES GARCÍA, OVALLE FAVELA, etc. De ahí que en nuestro país no ha existido un debate científico serio sobre la naturaleza jurídica de la acción, y si dicho debate y confrontación de ideas no se realiza con uno de los conceptos fundamentales de la ciencia procesal, cabe reflexionar si puede darse con respecto a otras categorías procesales que se deriven del tradicional concepto de acción. Debe mencionarse, sin embargo, como una aportación importante al tema, la *teoría de la acción como instancia proyectiva* de Humberto BRISEÑO SIERRA, que si bien desarrolla bajo el prisma abstracto le imprime un matiz propio y novedoso.

D) Política judicial y órgano de administración del poder judicial

La reforma judicial de 1994 constituye la más importante de los últimos años. La reforma constitucional comprendió 27 artículos sustantivos y 12 transitorios. Los aspectos más significativos en torno al poder judicial podemos sintetizarlos en:

1.—Nueva integración de la Suprema Corte, de veintiséis ministros se redujo a once[48].

2.—Un nuevo mecanismo de designación de los ministros (mediante ternas propuestas por el presidente de la República al Senado).

3.—La creación del Consejo de la Judicatura Federal y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.

4.—Nuevos requisitos para ocupar el cargo de ministro (se suprime la edad de retiro forzoso, se reduce la residencia en el país de cinco a dos, impedimento a quienes hayan desempeñado cargos públicos relevantes durante el año previo al de su nombramiento).

5.—La duración del cargo de ministro se limitó a quince años.

6.—La implantación de la carrera judicial.

7.—Nuevos mecanismos de control constitucional de competencia de la Suprema Corte, mediante la incorporación de la *acción de inconstitucionalidad* y la revitalización de las *controversias constitucionales*.

La creación de los Consejos de la Judicatura Federal y del Distrito Federal —que tuvieron como inspiración clara al Consejo General del Poder Judicial español—, como órganos de gobierno y administración del poder judicial, significó un avance considerable, aunque hubiese sido deseable la realización de foros de consulta a las escuelas y facultades de derecho, insti-

48. Sólo dos ministros de la última integración de la Suprema Corte conformaron la nueva composición (Ministros Mariano Azuela Güitrón y Juan Díaz Romero).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tutos de investigación y barras de abogados. La reforma no dio pauta a ningún tipo de reflexión, pues de la presentación de la iniciativa por parte del Ejecutivo federal al Senado (5-diciembre-1994) a la publicación de las reformas en el Diario Oficial de la Federación (31-diciembre-1994) transcurrió menos de un mes.

A pesar de la premura en su creación, la idea de crear órganos técnicos especializados en el gobierno y administración del poder judicial se remonta al año de 1966. En el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Zacatecas) se acordó la propuesta de la creación del *Consejo Supremo Judicial*[49].

Una de las competencias más importantes de los Consejos de la Judicatura es la designación, ascensos, adscripción, capacitación y formación de los integrantes del poder judicial. A cinco años de funcionamiento del Consejo de la Judicatura Federal, se han realizado varios concursos internos de oposición para la designación de magistrados de Circuito y jueces de Distrito. Recientemente (2000), por primera vez, se efectuó un concurso abierto de oposición para la designación de jueces de Distrito.

Otra competencia importante se centra en la disciplina y vigilancia. Y aquí nos introducimos a una parcela de nuestra disciplina muy poco tratada y que podríamos denominar como *auditoría procesal*, y que bien pueden servir como parámetros las líneas apenas visibles de lo que se ha llamado la *auditoría jurídica*[50]. En cuanto a los estados de la República mexicana, se han incorporado también consejos locales, algunos dentro y otros fuera de la estructura del Poder Judicial.

Las reformas a los artículos 94, 97, 100 y 107 constitucionales, aprobadas el 11 de junio de 1999, representan importantes cambios en la composición del Consejo de la Judicatura Federal y en la distribución competencial del Poder Judicial Federal. Conforme al artículo segundo transitorio del Decreto de reformas, los Consejeros concluyeron sus funciones a la entrada en vigor del mismo, es decir, el 12 de junio de 1999 (excepto el presidente de la Suprema Corte que también lo es del Consejo). Así, se nombraron a los nuevos consejeros: dos por parte del Senado de la República, uno por el Ejecutivo Federal y tres por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia[51].

49. Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, «Organismo judicial y Ministerio Público», en *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*, México, UNAM, 1979, p. 329.

50. CHARRY, Héctor P.O., *Auditoría jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

51. Hay quienes han calificado estas reformas al Consejo de la Judicatura como «contrareformas». Véanse, entre otros, las críticas de José Ramón Cossío, Periódico *Reforma,* lunes 3 de mayo de 1999, página 2A.

E) La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional

Existe un acercamiento cada vez mayor entre los dos principales sistemas de control constitucional (americano o difuso y europeo o concentrado). Este fenómeno se puede apreciar, en general, con la creación de salas, cortes o tribunales constitucionales en países americanos: Bolivia, (1994), Chile (1970, 1980), Colombia (1991), Costa Rica (1989), Ecuador (1993), El Salvador (1983,1991), Guatemala (1965, 1985), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999).

En México, si bien se adopta un sistema mixto, a partir de las reformas constitucionales y legales de 1988 se advierte un claro acercamiento hacia el modelo europeo o austríaco. Desde esa fecha el control de legalidad pasa a los Tribunales Colegiados, reservando la Suprema Corte el control de la constitucionalidad de las leyes y los actos de autoridad a través del juicio de amparo, convirtiéndose materialmente en un tribunal constitucional, a semejanza de los existentes en Europa continental.

Este acercamiento al modelo europeo se patentiza aún más mediante las reformas constitucionales del 31 de diciembre de 1994 al: a) reducir el número de integrantes de la Suprema Corte de Justicia a once —de los veintiséis que existían—; b) suprimir la inamovilidad de sus miembros al establecer un período de quince años; y c) incorporar por vez primera una acción abstracta de inconstitucionalidad. Todo lo anterior marca la tendencia hacia los tribunales constitucionales europeos (cuyos miembros varían entre nueve y dieciséis, son electos por períodos determinados y conocen de la acción de inconstitucionalidad de leyes).

Las reformas constitucionales del 11 de junio de 1999 confirma esta tendencia al establecerse en el artículo 94, párrafo séptimo, la facultad del Pleno del más Alto Tribunal de expedir acuerdos generales a fin de «remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia». Y la fracción IX del artículo 107 señala que las resoluciones que se dicten en materia de amparo directo por los Tribunales Colegiados no admiten recurso alguno, excepto los casos en que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución y a juicio de la Suprema Corte y conforme a acuerdos generales, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia. Sólo en este caso procederá el recurso de revisión, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamen-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

te constitucionales. Como se advierte, en este último supuesto de amparo directo, se deja a la Corte la facultad discrecional para conocer del recurso de revisión, a semejanza del *writ of certiotari* estadounidense. En cambio, en el amparo indirecto, cuando decida la Corte que no es necesaria su intervención se remitirá al Tribunal Colegiado correspondiente. A través de dichos acuerdos generales[52] podrán remitirse también los conflictos competenciales, excepto los que se susciten entre los Tribunales Colegiados de Circuito.

El espíritu de estas reformas es claro: «fortalecer a la Suprema Corte en su carácter de tribunal constitucional», como textualmente señala la exposición de motivos del proyecto de Decreto que el presidente de la República envió al Senado como Cámara de origen.

IV. Justicia alternativa para la solución de los conflictos

Litigio es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro, según la definición tradicional de Carnelutti. Existen diversas formas de solucionar los litigios, que suelen clasificarse en tres: la autotutela, autodefensa o autoayuda[53], la autocomposición[54] y la heterocomposición.

Dejando a un lado las dos primeras que en realidad no implican jurisdicción[55], centramos nuestra atención en la forma heterocompositiva de solución de litigios, en la que un tercero imparcial y ajeno a la litis proporciona la solución del conflicto. Naturalmente, la figura heterocompositiva más

52. Estos Acuerdos del Tribunal en Pleno son los números 5 y 6/1999, publicados en el Diario Oficial de la Federación del 22 y 23 de junio de 1999, respectivamente.

53. En el derecho positivo mexicano subsisten algunas formas de autotutela. En materia penal: la legítima defensa, aborto por violación o el terapéutico, el robo de famélico; en materia civil: la retención de equipaje, corte de ramas y raíces provenientes del predio contiguo, derecho sancionador de los padres, y persecución de animales o enjambres de abejas propios en predio ajeno; en materia del trabajo: el derecho de huelga; y en el derecho de navegación: la echazón. Se han considerado también como formas de autotutela a la guerra y a la revolución. Cf. Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 9ª ed., México, Harla, 1996, pp. 9 y ss.

54. El desistimiento, el allanamiento y la transacción. Sobre estas formas autocompositivas, véase Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso,* 4ª ed., México, Harla, 1996, pp. 16-24.

55. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo estudió con profundidad la autotutela y la autocomposición como formas de solución de los litigios, en su obra ya clásica en la literatura procesal mexicana: *Proceso, autocomposción y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México, UNAM, 1970.

representativa y evolucionada es el proceso jurisdiccional, en el que interviene un juzgador del Estado para la solución de la controversia. El proceso representa, en palabras de Carnelutti: «la justa composición del litigio».

Sin embargo, es denominador común tanto en países europeos como americanos la saturación de los tribunales, lo que ocasiona en no pocas ocasiones el dictado de la sentencia fuera de los términos constitucionales y legales. La demora exagerada en la resolución de los procesos repercute directamente en el valor justicia, lo cual se traduce también en violación al derecho fundamental de una impartición de justicia pronta, expedita e imparcial que consagra el artículo 17 de nuestra Carta Magna. Justicia tardía se convierte así en justicia denegada.

Es necesario, por consiguiente, que los particulares busquen otras alternativas para la solución de sus litigios. Y de ahí la importancia que en los últimos años han cobrado otras formas heterocompositivas, como son el arbitraje, la conciliación, la mediación, y las instancias ante organismos que funcionan como *ombudsman*, que Carnelutti calificó como «equivalentes jurisdiccionales»[56].

A) El arbitraje

Por su importancia, desarrollo y eficacia, se considera en la actualidad el sistema de justicia alternativa por excelencia. El arbitraje es una forma heterocompositiva de solución de conflictos dada por un tercero imparcial, denominado árbitro, con fuerza vinculativa para las partes. La resolución se denomina laudo, pudiendo ser homologado ante la autoridad jurisdiccional (artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal). Hay ocasiones, incluso, que la propia legislación equipara dicho laudo con la sentencia, como sucede con la Cooperación Procesal Internacional (artículos 605-608 del mismo Código).

Para que pueda producirse el arbitraje se requiere la voluntad expresa de las partes, que pueden externar de tres maneras distintas: a través de la *cláusula compromisoria*, del *compromiso arbitral*, o del *contrato de arbitraje*.

El primero tiene lugar como medida precautoria para el arreglo de diferencias futuras, constituyendo parte de un contrato.

56. Carnelutti utiliza la expresión «equivalentes jurisdiccionales» para referirse al proceso extranjero; proceso eclesiástico; la autocomposición; la composición procesal; la conciliación; y el arbitraje. Sin embargo, debe cuestionarse si en éstos, sobre todo en el proceso extranjero, eclesiástico y en el arbitraje, no se realiza una verdadera jurisdicción.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En el segundo, las partes pactan someterse al arbitraje una vez suscitada la controversia entre ellas; PALLARES sobre este *compromiso arbitral* en su *Diccionario de derecho procesal civil*, lo define como el contrato, consensual, formal, bilateral, a título oneroso y conmutativo, por el cual las partes se obligan: 1°. A no acudir a los tribunales para la decisión de un litigio que tienen pendiente; 2°. Someten dicho litigio al conocimiento y decisión de uno o varios árbitros; 3°. Estipulan la forma de tramitar el juicio arbitral; 4°. Fijan sanciones para el caso de que alguno de los contratantes no cumpla lo convenido; 5°. Nombran jueces árbitros o determinan la manera de designarlos; y 6°. Precisan el lugar en que ha de seguirse el juicio arbitral y su duración.

Y el *contrato de arbitraje*, consiste en el acuerdo de voluntades que celebran las propias partes en conflicto y el árbitro, en el que se estipulan las obligaciones y derechos de éstos, sus honorarios, el plazo en que se deberá de resolver, etc., así como las reglas que deberán seguirse, pudiendo ser el derecho mismo o reglas propias al caso. Dependiendo de unas y otras, el arbitraje será *de equidad* (artículo 619 del Código de procedimientos Civiles del Distrito Federal) o *de derecho*.

No todas las materias pueden ser objeto de arbitraje. El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (artículos 609 y 615) acepta la figura del arbitraje, excluyendo, sin embargo, ciertos negocios: el derecho de recibir alimentos, los divorcios (excepto lo relativo a los bienes y diferencias pecuniarias), las acciones de nulidad de matrimonio, y las relativas al estado civil de las personas.

La facultad de las partes de nombrar árbitros se extiende también a ciertas dependencias gubernamentales. En estos casos, la ley expresamente prevé la posibilidad de algunos órganos de fungir como árbitros. Así sucede con la Procuraduría Federal del Consumidor (art. 117 de la Ley Federal de Protección al Consumidor); la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (artículo 120 de la Ley de Instituciones de Crédito) y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (artículo 135 de la Ley General de Instituciones de Seguros y 93-93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas). El problema que se presente en estos casos es en el cumplimiento del laudo, pues dichos órganos no pueden actuar utilizando sus facultades de imperio, por lo que deberán solicitar, en su caso, la intervención de los tribunales jurisdiccionales del Estado.

Existen algunos tribunales como las Juntas Locales o Federales de Conciliación y Arbitraje que pudieran causar algún tipo de confusión por su denominación; sin embargo, estos órganos públicos representan verdaderos tribunales en donde se tramitan procesos jurisdiccionales que nada tienen que ver con el arbitraje tradicional.

El arbitraje ha tenido gran desarrollo en el plano internacional, sobre todo en materia mercantil. Al respecto, existen varios organismos de arbitraje como lo son: la *American Arbitration Association (AAA);* la *Corte Internacional de Arbitraje (CIA);*conocida también como *Cámara Internacional de Comercio (CIC);* el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL);* la *Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC),* la *Comisión Económica para Europa*; la *Corte Permanente de Arbitraje Internacional* (la Haya, Holanda); el *Centro de Arbitraje y Mediación para las Américas (CAMCA)*; además de los paneles relativos al Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México. Debe destacarse la actividad académica que emprenden estos organismos, al convocar periódicamente a estudios que tienden al fortalecimiento y conocimiento del arbitraje internacional.

En México también se han creado organismos de arbitraje, relacionados algunos con los existentes a nivel internacional: *Cámara Nacional de Comercio (CANACO)* (sección de la *CIAC*); *Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (CAMECIC),* perteneciente a la Corte Internacional de Arbitraje; *Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial (AMMAC);* y el *Centro de Arbitraje Médico*[57].

B) Conciliación y mediación

La *conciliación* es el acuerdo o avenencia de las partes en conflicto que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio futuro (COUTURE). El tercero ajeno a la litis asume el papel de *conciliador*, sugiriendo alternativas y fórmulas concretas para que logren llegar a un acuerdo las partes en conflicto.

Además de la *conciliación judicial o intraprocesal* que tiene lugar en algunos juicios de orden familiar y de trabajo (audiencias previas de conciliación y avenimiento), en nuestro ordenamiento existe la posibilidad de la *conciliación extrajudicial o preprocesal* a través de procedimientos que se prevén ante ciertos organismos: Procuraduría Federal del Consumidor (ar-

57. Cfr. SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, México, Pereznieto Editores, 1994; PAGANONI O'DONOHOE, Puebla, OGS Editores, 1997; y los recientes trabajos de CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho internacional privado,* 3ª. ed., México, Oxford University Press, 1998; y URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo, *El arbitraje en México*, México, Oxford University Press, 1999.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tículo 24, fracción XVI de la Ley Federal de Protección al Consumidor); Comisión Nacional Bancaria y de Valores (artículo 4, fracción X de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (artículos 135 de la Ley General de Instituciones de Seguros y 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

La mediación, en cambio, implica una actitud más pasiva del tercero ajeno a la disputa (mediador), limitando su función a propiciar las condiciones necesarias para que las partes en litigio puedan llegar a acuerdos. Se utiliza a nivel internacional para iniciar diálogos encaminados a negociaciones, lo que se conoce como «los buenos oficios».

Como se puede apreciar, en realidad estas formas de solución de controversias representan figuras intermedias entre las puras de autocomposición y de heterocomposición, ya que si bien existe la intervención de un tercero (mediador o conciliador), es la voluntad de las partes la que prevalece para resolver el litigio.

C) Organismos con funciones de Ombudsman

Los antecedentes en México de esta institución de origen escandinavo se encuentran en las siguientes instituciones: 1.- la Procuraduría Federal del Consumidor en 1976, en cuanto a prácticas que lesionasen intereses del consumidor (artículo 24, fracción XIX de la Ley Federal de Protección al Consumidor); 2.- la Defensoría de los Derechos Universitarios (1985), respecto de las reclamaciones de estudiantes y personal académico; 3.- la Procuraduría Social del Distrito Federal (1989), respecto de reclamaciones de particulares por autoridades de dicha entidad; y 4.- la Comisión Nacional de Derechos Humanos, creada en 1990 y elevada a rango constitucional en 1992, mediante la creación de un apartado B al artículo 102. En este mismo precepto se faculta a las legislaturas locales para crear organismos estatales. Estos organismos reciben quejas de los particulares por violaciones de las autoridades a los derechos humanos, encontrándose facultadas para realizar investigaciones, procurar la conciliación entre el particular quejoso y la autoridad respectiva, y formular recomendaciones públicas no vinculatorias. Se exceptúan de la competencia de dichas Comisiones a las autoridades y servidores públicos pertenecientes al Poder Judicial[58].

58. Cfr. Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso,* op. cit.

V. Informática jurídica, internet y derecho procesal

Informática es la ciencia que estudia la información y su tratamiento. Relacionándolo con el derecho, si bien se han utilizado términos como los de «jurimetría» (Loevinger) o «iuscibernética» (Losano), la mayoría se inclina por la expresión *informática jurídica*. Y ésta se puede dividir en: *informática documental*, *informática de gestión*, e *informática decisoria*.

A) Informática documental

Se refiere a todo lo relativo al almacenamiento y procesamiento de datos, lo cual en términos de espacio físico y búsqueda de información resultan hoy día más que ventaja, una necesidad. En esta materia se ha observado un auge en nuestro país, a raíz de los discos compactos que han elaborado distintos organismos públicos como la Suprema Corte de Justicia, el Congreso de la Unión, el Archivo General de la Nación, así como instituciones privadas. Así se ha logrado la compilación en discos compactos o en páginas web de prácticamente toda la jurisprudencia y tesis relevantes del Pleno y Salas de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito; o de la legislación federal o estatal, de los tratados internacionales, legislación internacional, bibliotecas jurídicas de todo el mundo, librerías especializadas, etc. Esto permite un avance importante al derecho en general, pues ahorra el tiempo que uno emplearía en buscar información y sobre todo permite la especialización de la información.

B) Informática jurídica de gestión

Resulta difícil en la actualidad concebir algún despacho de abogados, notaría pública o tribunal sin contar por lo menos con una computadora, que facilite el trabajo: las demandas y escritos, las escrituras públicas o los acuerdos y sentencias. No basta el almacenamiento de datos. Se requieren de programas específicos que faciliten la labor cotidiana del jurista. En este sentido podríamos hablar desde la elaboración de un simple escrito como una carta poder, hasta el uso de intercambio de puntos de vista con colegas de otros países mediante el correo electrónico o el canal de charla (Chat).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

C) Informática jurídica decisoria[59]

De gran importancia y novedad para el derecho judicial constituye esta rama de la informática, pues plantea la posibilidad de elaborar un programa que decida por el juzgador. Se están diseñando programas sobre todo en aquellos casos en los que la temática a juzgar requiera de una decisión numérica y así utilizarse, por ejemplo, en cuestiones penales relativas al establecimiento del tiempo de una condena o en derecho laboral para establecer la cuantía de un sueldo o días laborados; y bien podría también pensarse en materia tributaria o aduanera para el cálculo de los impuestos omitidos o no declarados, etc. No debe perderse de vista, sin embargo, que la persona del juez resulta insustituible por una razón muy simple: lo que se juzga es la conducta humana y lo que se persigue es el valor justicia, y éstos no tienen fórmulas ni cálculos exactos. No obstante, creemos que puede resultar de una valiosa ayuda en algunos casos como los enunciados.

D) Internet y derecho

Fruto de investigaciones universitarias y como urgencia para la solución de las comunicaciones debido en parte, a la guerra fría, nació *Internet.* Constituye un sistema de información compartida a través de lo que se denomina red *(web)* y que a través de las líneas telefónicas o vía satélite se logra la unión de una computadora a otros sitios comunes dentro de la misma red.

Actualmente, *Internet* es más que un medio para transportar información: es esencialmente un inmenso generador de relaciones humanas, lo que también provoca no pocas complicaciones. Según conocedores de esta materia, en menos de 10 años quinientos millones de personas emplearán este sistema. Y si se tiene en cuenta que habitan el planeta siete mil millones de seres humanos, y sólo uno de cada diez tiene acceso al teléfono y el acceso a *Internet* se reduce a un cinco por ciento, este instrumento está prácticamente reservado a unos cuantos a pesar de su aparente accesibilidad. Lo anterior arroga una seria reflexión respecto a la brecha social entre los seres humanos y los países, teniendo en cuenta que «información equivale a poder» (económico, político y social). Según el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e

59. Desde hace varios años ya se estudia esta temática. Cfr., entre otros, AA.VV. (GUIBOURG, A. Ricardo, coompilador), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

Informática (INEGI), en 1994 sólo existían 2.2 computadoras personales por cada cien habitantes, porcentaje que coloca a nuestro país en el número 28 a escala mundial. Lo anterior se explica fácilmente debida a que tiene una relación directa con el nivel de ingreso de la población, el cual se centraliza en poblaciones urbanas[60].

Internet y derecho se encuentran hoy íntimamente vinculados. Desde el punto de vista constitucional se habla de la libertad de expresión y del derecho de información. ¿Cuáles son los límites de cada uno de ellos? La censura electrónica ¿viola la libertad de expresión? O representa un límite sano ante información no deseable para una sociedad en particular. Al respecto países como China o las naciones árabes han optado por el bloqueo al acceso a información de pornografía, debate político e idioma, al considerarlo una forma de «imperialismo cultural»[61].

El artículo 6º de la Constitución mexicana consagra el derecho a la información: «El derecho a la información será garantizado por el Estado» y el propio artículo 6º limita el ejercicio de la libertad de expresión en cuanto a la «manifestación de ideas» (que es donde podría encagar *Internet*) y así serán permisibles las ideas siempre y cuando no «ataquen la moral», los «derechos de terceros» ni «provoquen algún delito o perturben el orden público». Ahora bien ¿qué tipo de información atacan la moral, los derechos de terceros o perturban el orden público? Y aquí entramos al ámbito del derecho penal en que se pueden mencionar algunos delitos comunes relacionados con *Internet*: la difamación, la provocación o perturbación del orden público, ataques a la moral, introducción de virus informáticos, fraude informático, intercepción de información, falsificación de información, espionaje informático, violación sobre bienes informáticos, violación de correspondencia electrónica, etc.[62]. El problema se presenta para configurar este tipo de delitos, ya que hasta hace poco (1999) se incorporaron algunos a la legislación penal. En efecto, recientemente se modificó el Título Quinto, Capítulo I, del Código Penal Federal, denominado «Ataques a las vías de comunicación y violación

60. Cfr. BARRIOS GARRIDO, Gabriela, MUÑOZ DE ALBA, Marcia, y PÉREZ BUSTILLO, Camilo, *Internet y derecho en México*, México, McGraw-Hill Interamericana, 1998, p. 18 y 31-44,

61. Idem.

62. Sobre los delitos informáticos, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: Álvarez Cienfuegos Soto, J.M., «Informática y derecho penal. Los delitos relativos a la informática, en AA.VV., *El Código Penal de 1995. Parte Especial,* Consejo General del Poder Judicial-Generalitat de Catalunya, 1996, pp. 195-214; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., «Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 249-305.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de correspondencia» (arts. 167, 168 bis, 211 bis1, 211 bis2, 211 bis3, 211 bis4, 211 bis5, 211 bis6 y 211 bis7)[63], así como el Capítulo II del mismo ordenamiento: «Corrupción de menores e incapaces. Pornografía infantil o prostitución sexual de menores» (arts. 201 bis, 201 bis 3, 205 y 208). Sin embargo, existen lagunas y la redacción de los artículos dejan dudas interpretativas por lo novedoso del tema[64].

El *derecho a la intimidad* se encuentra íntimamente ligado a los bancos de datos personales y de identidad, para fines migratorios, poblacionales, electorales, fiscales, de tarjetas de crédito, etc. Esta garantía individual se encuentra claramente amenazada ante una falta de reglamentación que tienda a su protección.

Internet y derecho civil también encuentran conexión. Es cada vez más común las ofertas vía internet y así poder comprar libros, revistas, productos, entradas de cine o teatro. Incluso se habla ya hasta de centros comerciales virtuales. Al no existir regulación expresa en cuanto a estos *contratos informáticos*, entendemos que en estos casos nos encontramos ante un contrato de compra-venta, aunque también pueden celebrarse por esta vía genuinos contratos de arrendamiento, comodato, etc., pudiendo utilizarse las llamadas «firmas electrónicas», que constituyen claves de identificación conocida sólo por los contratantes, como sucede con las diversas instituciones financieras, especialmente entre los bancos y sus clientes. Recientemente, también se habla de la «intervención notarial en *Internet*», en la cual el Notario Público certifica la autenticidad de la empresa y de su representante que anuncian un producto determinado u ofrecen un servicio por *Internet*[65].

Por último, si bien en México hace falta una regulación integral sobre esta materia y una profunda reflexión sobre el uso indiscriminado y sin ningún tipo de restricción de estas verdaderas *carreteras de la información*, ya se inició un primer paso para ello, a través de la expedición por parte del Ejecutivo federal del Decreto por el que se aprueba el Programa especial de mediano plazo denominado de Desarrollo Informático, publicado en el Diario Oficial del 6 de mayo de 1996.

63. Publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 17 de mayo de 1999.

64. Cfr., por ejemplo, las críticas formuladas por TRUJILLO SALCEDA, José Miguel, «México y los problemas con la informática», en *Admónjus. Revista del Poder Judicial de Baja California,* abril de 2000, vol. III, año 4, núm. 9, pp. 35-46.

65. Cfr. la revista jurídica *El mundo del abogado*, correspondiente a los meses julio-agosto, México, 1999.

E) Arbitraje a través de Internet

Analizamos líneas arriba al arbitraje como medio alternativa para la solución de los conflictos. ¿Sería posible efectuarlo vía Internet entre sitios distantes? Este tema, más que un estudio representa una propuesta. El llevar a cabo un arbitraje, o incluso, algún procedimiento o desahogo de prueba a través de medios electrónicos es muy viable, teniendo en cuenta la proyección y avances de los mismos. Hasta ahora campo virgen. Las únicas aproximaciones se refieren a la discusión de temas por el método de videoconferencias, especialmente entre abogados de una misma firma pero situados en lugares diferentes. Por supuesto que en la actualidad resultaría costoso, al requerir equipo altamente actualizado con un canal de conversación en tiempo real para multiconferencias. Este canal debería ser privado y sólo los interesados en la audiencia contarían con la clave para ingresar a él. Las computadoras que se utilicen deberán contar con todos los adelantos de videocámara, micrófono y bocinas, de tal manera que todos podrían escuchar simultáneamente, y podrían también hablar desde un teléfono normal casero. A través del «Netscape» que sería propiamente la red, podrían intercambiarse archivos con documentos de sonido, imágenes y hojas de trabajo, lo que permitiría el acceso rápido y simultáneo de la información necesaria: pruebas, poderes, contratos, etc.

Así, utilizando la imaginación, podría realizarse un arbitraje internacional estando las partes contendientes en distintos países, sus abogados en otros distintos, el árbitro en un quinto sitio, y llegar al extremo de que testigos, peritos o el desahogo de alguna prueba, se encontrasen o tuvieran que realizarse en otros lugares distintos.

Por otra parte, tampoco queda lejos la posibilidad, en un futuro no lejano, la práctica de notificaciones judiciales vía *Internet* mediante un correo certificado electrónico.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Hasta aquí hemos tratado de visualizar, a vuelo de águila, una panorámica actual de la doctrina procesal a nivel nacional, iberoamericano y mundial. Han quedado pendientes muchos otros temas —que por cuestión de tiempo no hemos podido desarrollar— como los relativos al jurado popular, que en los últimos años se ha revitalizado en España; la internacionalización del derecho procesal a través de la creación de tribunales supranacionales como lo es

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica; los caminos o vías en que algunas ramas procesales tienden a independizarse, como el derecho procesal constitucional; y el tema de la enseñanza del derecho procesal —que tanto se ha venido insistiendo en los congresos y jornadas— y que en los próximos días tendremos la fortuna de escuchar al destacado procesalista chileno RAÚL TAVOLARI sobre esta temática.

Terminamos con la siguiente conclusión: el procesalismo científico se encuentra activo, en efervescencia y en constante evolución —como pocas disciplinas jurídicas—, dejando de ser patrimonio de unos cuantos países. Cabe reflexionar, por consiguiente, en la necesidad de que los profesores de derecho procesal se actualicen en los temas que a nivel nacional, continental e internacional se están discutiendo. Son pocos los profesores de derecho procesal en México que asisten o participan regularmente a los congresos o foros de temas procesales. Se requiere una participación más activa, si no se quiere caer en el rezago científico de nuestra disciplina. Recordemos al ilustre procesalista uruguayo EDUARDO J. COUTURE, en su clásico decálogo del abogado, el derecho (y en especial el derecho procesal) se transforma constantemente, si no seguimos sus pasos seremos cada día menos abogados.

AUDIENCIA PÚBLICA

FÚTBOL, DERECHO Y PROCESO
Observaciones en torno a las existentes y no siempre bien explicadas relaciones entre el proceso y el fútbol
(Conferencia apócrifa)

JUAN DAMIÁN MORENO
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

EXCELENTÍSIMOS SEÑORES Y SEÑORAS.
QUERIDOS COMPAÑEROS, AMIGOS Y AMIGAS:

Se engaña quien crea que entre el fútbol y el proceso no existe la más mínima semejanza. Pero indudablemente esto no es así, tal como me encargaré de demostrar a lo largo de mi intervención. Antes bien, entre este noble deporte, si es que puede ser calificado de esta manera, y la realidad que se extrae de la experiencia procesal hay más puntos de coincidencia de los que cabe imaginar; incluso, en muchos casos, sorprendentemente responden a principios comunes. En este sentido, estoy completamente persuadido de que cualquiera de ustedes, a quienes desde luego supongo enterados del significado que tiene este popular deporte así como de las reglas por las que se rige esta singular confrontación balompédica, es capaz de enumerar en un momento hasta cuatro o cinco razones en las que sustentar una hipotética vin-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

culación entre ambos fenómenos, por lo que encarecidamente les suplico no hagan recaer sobre mi persona el inmerecido elogio de atribuirme el mérito por exponerle yo las mías. Pero ya que me habéis hecho el honor de invitarme, procuraré complaceros de la mejor y más provechosa manera posible.

Para empezar diremos, y no creo que haya que insistir demasiado en ello, que externamente, esto es, visto desde fuera, ambos poseen un elemento singular común que les caracteriza y es que los dos están estrechamente relacionados con los fenómenos de masas. Bien se comprenderá que ni el fútbol es solamente un juego ni en el proceso está ausente este elemento que define y acompaña a los enfrentamientos futbolísticos. Que el proceso tiene una dimensión social eso es tan claro como el sol que nos alumbra. No me equivocaré si digo que, en muchos casos, quizá demasiados, puede equipararse a la trascendencia que cualquier partido tiene en la vida de los ciudadanos. En la realidad cotidiana de la justicia, la masificación posee una importancia tan decisiva como la puede tener un encuentro deportivo. Sin embargo, no me atrevo a asegurar si eso es bueno o es malo, pero desde luego es indiscutible desde mi punto de vista. Para ello no hay más que darse una vuelta por los alrededores de los juzgados de cualquier gran capital y observar cómo la muchedumbre se agolpa desesperadamente ante las puertas por la que se accede a la sede de nuestros tribunales, con la única diferencia de que en este último caso pareciese como si todos los días se fuese a disputar la final de la Liga de Campeones.

¿A qué obedece tan significativa particularidad? Lo ignoramos; aunque suele argumentarse al respecto que el alto índice de litigiosidad existente en nuestro país estaría motivado por el hecho de que los españoles hemos tomado definitivamente conciencia de nuestros derechos y, lógicamente, de la manera de hacerlos valer, lo que bien mirado no deja de ser un argumento bastante reconfortante ya que a la vez acredita que el Estado de Derecho funciona bastante satisfactoriamente. Supongamos que sea así. Sin embargo, también es verdad que esta situación pone de relieve y al descubierto el indudable debilitamiento del resto de los poderes públicos, fundamentalmente de la Administración, lo cual conduce de forma inevitable a preguntarse si la justicia no funciona porque le faltan medios o si por el contrario le faltan medios a los demás y por eso no funciona. Pero lo que sí nos parece evidente es que la justicia se ha convertido en el único reducto del que dispone el ciudadano para la tutela de sus derechos, lo que obviamente repercute en el funcionamiento de la misma. La Administración tiene que asumir sus propias responsabilidades. No vale decir que no tiene capacidad. Claro que la tiene. El problema es que se confía más en el Poder Judicial que en la Administración y

eso creo que sí es perjudicial tanto para el ciudadano como para el Estado, sobre todo para el ciudadano. Una fe sin límites hacia el Poder Judicial, una fe tan ciega conduce al aniquilamiento de uno de los poderes más importantes de nuestra sociedad: el poder de actuación de la Administración. Ya lo decía Tocqueville: «es de esencia del Poder Judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre forzar al juez a escuchar su reclamación y a responder a ella». ¿Hay quien dé más?

Todo ello, entre otras muchas consecuencias, ha dado lugar a la hipertrofia del Poder Judicial y a algo ciertamente singular, a lo que aludiré sólo de pasada: la denominada *judicialización de la política*, fenómeno que ha sido analizado por muchos expertos, entre otros, por Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, los cuales, recientemente han llegado a las mismas conclusiones a las que llegó Montero Ríos hace más de un siglo, esto es, que no hay independencia sin responsabilidad. Ahí es donde está la clave. En el fondo, permítanme decirlo, todo se reduce a un problema de responsabilidad. Decía Tomás y Valiente que unos jueces demasiado protegidos pueden incurrir en un exceso de confianza. Ningún juez debe actuar nunca confiado en la impunidad.

El ciudadano dejó de confiar en la Administración porque no había forma humana de exigirle responsabilidad. Ahora eso no ocurre. El cerco se ha estrechado mucho. En la Administración apenas quedan resquicios a la arbitrariedad. Ahora por el contrario el problema se ha desplazado. Es la justicia la que carece de suficientes medios de control, de medios para exigir responsabilidad a los jueces y responsabilidad a quienes gobiernan a los jueces, esto es, responsabilidad política; sí, han oído bien, política, sí señor, porque, alármense ustedes, queridos amigos, el Consejo General del Poder Judicial, por no responder no responde ni ante el Parlamento. La proclamación de la independencia de los jueces no garantiza nada si no va acompañada de un régimen de responsabilidad que sea eficaz. En nuestro país, el sistema es tan insuficiente que a un juez le pueden estar revocando casi a diario todas sus resoluciones y nunca pasa nada. Eso no pasa en el fútbol. En el fútbol en cambio si un árbitro tiene una mala tarde, lo mandan inmediatamente a su casa hasta que se le pase el disgusto. Lo dejan en eso que llaman… ¡la nevera!

Con ello quiero decir, entiéndase bien, que el problema no se resuelve sólo mediante un considerable aumento en el número de jueces. Eso no arre-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gla nada. Más aún, perpetúa el problema si ello no se acompaña de medidas de modernización de la oficina judicial. En todo caso, llama la atención que el Consejo General del Poder Judicial diga ahora que necesita para el año próximo 263 nuevos jueces y pronostique apocalípticamente un alarmante proceso de desertización judicial. Digo que llama la atención porque es bastante sorprendente que esta situación haya sido denunciada precisamente por quien, debido a su falta de previsión, es el máximo responsable de que esto esté ocurriendo. Como en el fútbol, hay que cuidar la cantera porque lo mismo que los jugadores, lo jueces no se improvisan.

La justicia, por sí sola, con la plantilla de la que se dispone, no puede hacer frente a este nivel tan elevado de litigiosidad, sobre todo teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con los jugadores de fútbol, los jueces carecen de primas a terceros, o lo que es lo mismo, no disponen de ningún tipo de incentivo a la productividad. La combinación entre este alto índice de litigiosidad y la asfixia burocrática a la que están sometidos nuestros tribunales hace que esta situación sea del todo insostenible, hasta el punto de que se corre el riesgo de que la maquinaria judicial se colapse y acabe al fin paralizándose. Afortunadamente para nosotros todavía no se ha extendido en nuestro país ese fenómeno tan típicamente americano, la «*litigation disease*», que es como una especie de fiebre del oro jurisdiccional, donde miles de consumidores, tentados por el irresistible atractivo del dinero fácil, acuden ansiosos a los tribunales en busca de indemnizaciones millonarias.

Como ocurre en los estadios de fútbol pequeños y mal preparados, un exceso de aforo puede traer consigo trágicas consecuencias. Los sucesos de Heysel en Bélgica o Sheffield en Inglaterra, por poner varios ejemplos bien conocidos, constituyen un buen ejemplo de lo que puede llegar a ocurrir. Y no es que tenga yo dotes adivinatorias o proféticas, sino que es una incontrovertible realidad que me tomo la libertad de anticipar aquí como fruto de una minuciosa investigación que he llevado a cabo durante estos años y cuyos datos fundamentales aparecerán publicados en el próximo número de la prestigiosa revista «*L & T*» (*Litigation and Tribulation*). Por eso, entre las reformas que habría que acometer hay una muy importante y es la de implantar un sistema procesal que deje de servir de estímulo a quienes hasta ahora han venido utilizando el proceso para su propio beneficio ya que es muy alto el precio que la sociedad tiene que pagar por ello. Todo ello sin olvidarnos de la creciente proletarización de la abogacía, la cual está contribuyendo a que dicho fenómeno se incremente de forma bastante significativa.

Estas observaciones nos permiten abordar otro aspecto de la cuestión y es que el fútbol, al igual que sucede con la justicia, a veces es un auténtico

espectáculo, un espectáculo arrollador, mágico, desbordante, que genera además un incontrolable número de pasiones, cada cual más absurda, cada cual más irracional, las cuales se ven, como casi siempre, alimentadas por un conglomerado de intereses en manos de una serie de desaprensivos que no dudan en manipular, a través de los medios de comunicación, las conciencias de los aficionados con el objeto de obtener así el máximo de beneficios en su cuenta de resultados. Gracias a ello, la gran fiesta del fútbol se ha convertido en un auténtico circo, donde sus actores y protagonistas, los jugadores, son sus principales estrellas, estrellas que son objeto de adoración por parte de miles de seguidores, los cuales son capaces de todo, incluso de perder su propia dignidad, como lo prueba el hecho de que ni siquiera la proverbial flema británica ha sido capaz de impedir los devastadores efectos que el alcohol produce en el generoso estómago de los aguerridos hinchas ingleses: los *hooligans*. Pues bien; no crean ustedes que esto ocurre sólo en el fútbol. En los últimos años la justicia española asiste a una experiencia similar. Los medios de comunicación han irrumpido de tal manera en el fenómeno judicial que muchos de sus protagonistas no han podido sustraerse a la fascinación que producen los medios de comunicación; de la noche a la mañana se han convertido en verdaderos astros del panorama radiotelevisivo. Jueces, fiscales, banqueros, aristócratas, políticos, todos han saltado a la fama hasta situarse, informativamente hablando, a la altura de Ronaldo, Del Piero, Batistuta, Raúl, Platini, Rivaldo, etc.; hasta tal extremo llega su fama que son a menudo asediados a la salida de los juzgados como acontece con las estrellas del fútbol a la salida de los vestuarios. La justicia y el fútbol forman parte de lo que se conoce como instituciones voraces, capaces de engendrar grupo y organización que demandan la adhesión inquebrantable de sus miembros y pretende abarcar toda su personalidad dentro de su círculo, exigiendo una lealtad exclusiva e incondicional dentro de las mismas. ¿Cómo se explican si no la existencia de grupos violentos en los campos de fútbol? ¿Y cómo se explica igualmente la existencia de medios de comunicación y grupos de presión que gritan, chillan y vociferan, animan y hasta hacen la ola cada vez que su juez favorito dicta una resolución judicial?

Pero aún hay más; la atracción que ejercen los asuntos judiciales sobre la ciudadanía es tal que han comenzado a proliferar los programas de televisión especialmente dedicados a comentar los asuntos judiciales del momento. ¡Así cómo no va a haber vedettismo entre los miembros de la judicatura! ¡Lo extraño es que no lo haya! Lo hay y mucho, sobre todo a medida que ascendemos en el escalafón. Y yo me pregunto: ¿Acaso eso ayuda a que los españoles comprendamos mejor el funcionamiento de la justicia? Posible-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mente no. Entonces, ¿qué es lo que se persigue? No lo sabemos muy bien, pero quizás sólo rellenar franjas horarias. El morbo vende. En este sentido, se ha cuestionado en ocasiones la conveniencia de replantearse la necesidad de evitar los *juicios paralelos*, precisamente por la incidencia que puedan llegar a tener en el comportamiento de quienes han de decidir determinados asuntos de gran trascendencia social. Mientras en Francia, la ministra de Justicia, Elizabeth Guigou, intenta atajar el efecto que los medios de comunicación pueden tener en la dignidad de las personas impidiendo la difusión de imágenes que puedan atentar contra la dignidad de quienes sufren las consecuencias de su intervención en un proceso determinado; en nuestro país, el Tribunal Constitucional, animado en este caso por varias resoluciones del TEDH, sigue empeñado en hacer prevalecer el derecho a la libertad de expresión frente a cualquier otro, «a condición —se dice— de no franquear los límites fijados para una recta administración de justicia». Pero, claro, ¿dónde se encuentra ese límite? y, sobre todo, ¿quién lo fija? Estoy por proponer que en el seno del CGPJ se constituya una cosa parecida a lo que existe en el fútbol, una Comisión Nacional para la prevención de la Violencia en los Espectáculos Deportivos que trate de alejar el peligro de comportamientos que amenazan a la independencia judicial. La violencia entendida en este caso como la injerencia elementos extraños en los asuntos judiciales a fin de eliminar, frente a las presiones mediáticas, a quienes tratan deliberadamente de perturbar la imparcialidad del juez.

Afortunadamente, el CGPJ ha dictado una serie de normas que vienen a restringir el acceso de las cámaras de televisión al Palacio de Justicia al objeto de procurar el ambiente de serenidad y sosiego que todo juez precisa a la hora de juzgar. Tal como se ha obligado a reconocer el Tribunal Supremo al enfrentarse con este delicado problema (STS de 9 de julio de 1999, Sala 3.ª), es imprescindible que exista un ambiente sereno, alejado de cualquier clase de elementos que impidan el sosiego necesario a la hora de impartir justicia. Lo mismo que al árbitro de fútbol, al juez no le resulta fácil sustraerse a las presiones externas, ni tan siquiera internas, esto es, las que previenen de las propias partes. Lo mismo que los jugadores, las partes en un proceso tienen la obligación de respetar la autoridad del juez, tanto es así que cualquier jugador que desapruebe con gestos o palabras las decisiones puede ser amonestado y si persiste en su actitud, expulsado. Ni siquiera el capitán tiene derecho a protestar las decisiones del árbitro. Sin embargo, como es sabido eso no siempre ocurre. En muchos casos son los propios jugadores quienes se encargan de cuestionar violentamente las decisiones del colegiado. A fin de cuentas eso es fruto de la cercanía en la que se encuentran árbitros y jugadores.

No cabe duda de que el deseable acercamiento de la justicia al justiciable, esto es, al ciudadano, ha traído como consecuencia que la imagen de juez haya cambiado. El inevitable y correlativo acercamiento del justiciable al juez (pues evidentemente el acercamiento es mutuo), ha supuesto que, como ocurre en el fútbol, los jueces se encuentren permanentemente sometidos al riesgo de ser criticados, insultados, abucheados, zarandeados o, incluso, agredidos. Sin embargo, ni el árbitro ni los jueces pueden reaccionar ni repeler la agresión. El Tribunal Constitucional ha hablado, a propósito del caso Hormaechea, de un «deber de reserva» que pesa sobre los jueces a la hora de reaccionar frente a los ataques que reciben por parte de quienes los sujetos que intervienen en el proceso, fin de que de esta manera pueda mantenerse una cierta apariencia de neutralidad. Como se ve, parece que lo que en el fondo se nos está diciendo es que el desagravio se lleve a cabo fría, silenciosa e imperceptiblemente, no tosca y públicamente. Hay que hacer como muchos experimentados colegiados; tarjeta va, tarjeta viene; pita aquí, pita allí, hasta que, al final, el juego de su, digamos, «rival» quede absolutamente desarbolado.

El problema es que en nuestro país carecemos del poderoso y siempre eficaz instrumento que el legislador inglés ha puesto en manos del juez para evitar este tipo de situaciones: el *«contempt of court»*. Esta institución, inicialmente concebida para reprimir cualquier acto de menosprecio hacia el tribunal, incluidos los de resistencia al incumplimiento de las resoluciones judiciales (muy eficaz por tanto en las ejecuciones no pecuniarias), poco a poco fue extendiendo su ámbito de aplicación hasta el punto de ser de gran utilidad a la hora de protegerse frente a los ataques contra su propia independencia. Asimismo, resultó un instrumento idóneo para amparar a las víctimas y a los testigos frente a toda clase de coacciones contra ellos dirigidos. Pero los hechos que con mayor frecuencia dan lugar al *«contempt of court»* es la publicación de artículos o emisión de reportajes con ocasión de los procesos pendientes, porque en definitiva, como hizo notar Beceña, los jueces ingleses no soportan que sean los periódicos quienes dirijan sus juicios.

Con esto doy por terminadas mis observaciones acerca de las relacione que es posible encontrar entre el fútbol y la justicia desde una perspectiva puramente epidérmica. Y si ustedes no tienen inconveniente, me tomaré la libertad de continuar abordando el análisis de la cuestión examinando cómo la realidad procesal se muestra desde dentro y cómo ésta es perfectamente paragonable con las categorías que se aplican en la práctica de este deporte. Para empezar diré que la contienda balompédica se asemeja al proceso fundamentalmente en cuanto a los presupuestos que lo originan. En

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ambos casos está siempre presente la existencia de un conflicto que es preciso dirimir. Tal vez el concepto del *«lite»*, extraído de las mismas entrañas del pensamiento carneluttiano, pudiera servir si no fuera por las severas objeciones a que ha sido sometida esta teoría por parte de sus contemporáneos. Pero en definitiva, el proceso no deja de ser, lo mismo que el fútbol, una singular controversia, una lucha pacífica (a veces no tanto), que sirve sólo para saber quién resulta vencedor frente al adversario. Juzgar en suma no es más que aquella actividad que consiste en declarar si una determinada pretensión dirigida contra el adversario es o no fundada en relación con las normas de ordenamiento jurídico. Que se consiga o no esa es otra cuestión; a ello me referiré más adelante.

Enseña Carnelutti, para determinar el contenido de la actividad jurisdiccional, que lo que con el proceso se busca en la *«justa composición de la litis»*. Por lo tanto, la contenciosidad es por lo general la nota que mejor define a la actividad jurisdiccional. Dicho en otras palabras, lo que se busca es la victoria de una de las partes. Pero como hizo notar Calamandrei, cada una de ellas debe esperar la victoria confiando únicamente en sus propias fuerzas. Al igual que sucede en el terreno de juego, los equipos rivales se han de enfrentar en un ámbito de igualdad y con estricta observancia de las reglas del juego, reglas que además no pueden ser cambiadas a mitad de un partido, esto es, *«secundum eventum litis»*, es decir, según como se esté éste desarrollando. El juez sólo debe intervenir para sancionar las eventuales infracciones al reglamento. Nótese por tanto que no es misión del árbitro, ni del juez, intervenir en el terreno de juego a favor ni en contra de los contendientes ni por supuesto cuestionar la estrategia seguida por los mismos. En ese orden de consideraciones es significativo por ejemplo que en el texto de la futura LEC figure una disposición que autoriza al juez a evidenciar en la audiencia preliminar previa al juicio las insuficiencias probatorias de las partes. ¿Cómo habría que calificar el ejercicio de esta facultad? ¿Cuáles son sus consecuencias? Lo ignoramos por el momento. ¿Quizás para forzar una transacción? No lo sé; aunque no se descarta.

El juez, al igual que el árbitro, no está autorizado guiarse por sus sentimientos y favorecer a la parte que según su propio y personal criterio es la menos favorecida. ¡Dios nos libre de los jueces que presumen de actuar conforme a los criterios de su conciencia! ¿Se imaginan ustedes lo que sucedería si un árbitro, viendo que el esférico elemento recorre mansamente, sin llegar a cruzarla, la línea de meta decidiera en ese instante darle un empujoncito a fin de introducirlo en el fondo de la red? Posiblemente ese árbitro no saldría entero del estadio. La función esencial, que no la única, del colegiado,

como la función esencial del juez, es asegurar que el juego se desarrolle por los cauces reglamentarios. La neutralidad del juez sigue siendo, frente a determinados modelos ideológicamente más desprestigiados, la nota esencial que define la actividad del juez. Así se comprende que al árbitro se le considere en el terreno del juego como un poste o una estaca clavada en el terreno de juego, de tal forma que quienes intervengan en un partido tienen la obligación de aceptar los efectos que un rebote ocasione cuando el balón le golpée involuntariamente.

Tengo la descarada audacia de admitir que soy de aquellos que piensan que, frente a la estrategia de las partes, el juez, como condición de su imparcialidad, no debe de dejar de ser un mero espectador en relación con la contienda que se le presenta. ¡Dios nos libre de los jueces que presumen de obedecer sólo a los criterios de su conciencia! Muchos de ustedes se echarán las manos a la cabeza al oír semejantes afirmaciones pensando en el grave error que se comete al desaprovechar un modelo de juez más activo, más comprometido con los valores sociales y políticos imperantes. En eso estamos de acuerdo. Quizás sería lo deseable pero sin embargo no estaríamos ante un juez. Ni el juez ni el árbitro pueden intervenir ni a favor ni en contra de ninguno de los contendientes, pues como puso de manifiesto Chiovenda, si algún juez le repugna sentirse encerrado entre los estrechos límites de la voluntad dominadora de las partes, debe aceptar al menos el vínculo de una consideración práctica, esto es, que las partes son los mejores jueces de sus propia defensa. Por eso, si lo que se quiere realmente es que la victoria quede subordinada a factores ajenos a lo que es la actividad que lleven a cabo las partes en el proceso, dígase claramente. En este sentido no está de más recordar cómo muchos autores, abrasados de cierto fervor científico, siguen insistiendo en la necesidad de atribuir al juez mayores facultades en materia probatoria, haciendo depender, erróneamente a mi juicio, la efectividad de la tutela proclamada en el art. 24 de la Constitución en el aumento de los poderes del juez en la investigación de los hechos. En suma, algunos lo que quieren no es un juez sino… ¡el ángel de la guarda! Hemos de ratificar el criterio según el cual existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes; *la curiosidad mata al juez; lo convierte en inquisidor*.

En fin, ya hemos dicho que la función del árbitro, como la del juez, es procurar que la contienda se desarrolle por cauces normales. El árbitro es un juez inapelable y que tiene la responsabilidad de dirigir el partido y hacer respetar las reglas del juego. Desde esta perspectiva, su función es doble. Por una parte debe sancionar las conductas antirreglamentarias que observe y, por

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

otra, cosa que no hacen muchos jueces, debe abstenerse de sancionar aquellas conductas en los casos en los que, de hacerlo, ello suponga un beneficio al equipo que cometió la falta, lo cual no es más que la consecuencia de aplicar lo que viene denominándose la *ley de la ventaja*, una de cuyas manifestaciones más importantes es posible encontrarla en el art. 242 de la LOPJ al consagrar el principio de conservación de los actos procesales.

Como el fútbol, el proceso es un juego combativo; toda acción que se dispute de forma vigorosa debe ser permitida pero lo que de ninguna manera hay que admitir es el juego sucio o peligroso. Al igual que sucede en el deporte, el *«fair play»* o juego limpio, es algo que consideramos esencial en el proceso y que obliga a los protagonistas de una contienda a acomodar su conducta a las normas que lo regulan. Sin embargo, el sistema español, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, dispone de escasos medios para sancionar conductas desleales. Tenemos la declaración contenida en el art. 11.1 de la LOPJ, pero apenas sirve. Habría que sembrar el proceso de medidas contra el litigante marrullero, que más que usar, abusa de los medios que el legislador ha puesto a su alcance, algo que el futuro texto de la LEC afortunadamente ya contempla. Curiosamente, esto, que parece tan normal en el proceso civil, sin embargo en el proceso penal tiene una incidencia menor. Lo máximo que puede suceder es que la prueba no realizada conforme a las normas establecidas deje de tener la eficacia que la ley le atribuya normalmente, pero nada más, ya que no se contemplan sanciones para quienes de forma deliberada han hecho posible que dicha diligencia haya resultado ineficaz. Todavía en algunos ordenamientos quedan resquicios de métodos poco ortodoxos para obtener confesiones en contra de la voluntad del inculpado. Golpear al detenido al inicio de un interrogatorio todavía es práctica habitual en algunos lugares, por supuesto no con el ánimo de arrancar una confesión pero sí para «refrescar» la memoria de la persona que va a ser interrogada. Esto se asemeja mucho a lo que ocurre en determinados encuentros donde es usual comenzar el partido con cierta dosis de violencia frente al adversario. El «golpe viril» o, según expone el escritor uruguayo Eduardo Galdeano, la «patada para reblandecer» (método muy usado sobre todo en los partidos internacionales), son métodos frecuentemente utilizados con la finalidad de intimidar al adversario. Esta última, por ejemplo, ha de administrarse siempre en los primeros minutos del partido porque después el jugador corre el riesgo de ser expulsado.

A decir verdad, hay mucha gente que confunde la marrullería con la habilidad, la destreza con la malicia y trata de coaccionar psicológicamente a su rival. Muchos clientes salen de los despachos convencidos que sus abogados son unos fenómenos sólo por el hecho de haber sido testigos de la gran cantidad de pillerías que son capaces de llevar a cabo. A esos les pasó lo mismo que a muchos aficionados que, incomprensiblemente, suele atribuir a la habilidad de sus jugadores las alevosas agresiones que les propinan a sus rivales. Bueno, pues esto también le sucede a ciertos abogados; ¿Acaso no es frecuente entre abogados tratar de intimidar al adversario antes del proceso? Hay quienes, bajo la desagradable forma de un consejo, son capaces de destruir tu estrategia procesal de un plumazo. Son los perdonavidas. ¿Quién no se ha tropezado alguna vez con un abogado fanfarrón? Estos son los peores, pues si te descuidas son capaces de hacerte creer que tiene en sus manos más medios de defensa que los que en realidad posee. En el fondo son pequeños e insignificantes timadores que lo único que pretenden es que veas reducidas tus posibilidades defensivas. Más necio será el que se acobarde. Hay muchos abogados noveles que tienen miedo escénico, término acuñado por Valdano y con el que se trata de describir esa sensación de angustia, espanto y rendición que sienten muchos jóvenes letrados cuando se enfrentan a abogados de cierto prestigio, fama y reputación. Pero como en el fútbol no hay que amilanarse; en estos casos hay que tener paciencia y saber esperar. Al adversario no hay que darle tiempo a que piense, estrechar el terreno de juego hasta donde sea posible, achicar espacios, hasta finalmente asestar el golpe mortal. Aguardar al adversario en tu campo y luego jugar al contragolpe y luego…, el gol; un solo gol es suficiente para alcanzar la gloria. En eso, los italianos son unos auténticos maestros.

Ya hemos dicho, o creo haberlo hecho, que en el fútbol, lo mismo que en el proceso, por mucho que cueste creerlo, el fin del proceso no es la búsqueda de la verdad; lo que se busca en definitiva es la victoria. Con ello se elimina de forma irrevocable y definitiva la situación de incertidumbre que dio origen al conflicto, obteniendo la ansiada paz jurídica que el Estado persigue. La sentencia, lo mismo que el pitido del árbitro al término del tiempo reglamentario, es lo que pone fin a la contienda. Gana quien ha metido más goles en la portería contraria, con independencia de quién lo haya hecho mejor. Por esa razón en ocasiones se recurre al tiempo de descuento en el que, de forma breve, se prorroga el periodo ordinario para dar así a los contendientes la oportunidad de dilucidar el encuentro sin tener que recurrir a otro tipo de métodos más proclives al azar. Pues bien, el equivalente jurisdiccional del tiempo de descuento lo constituyen sin duda las denominadas diligencias para mejor proveer, las cuales, como es sabido, sólo pueden ser practicadas al final del proceso, justo antes de que el juez pronuncie el fallo. Cuando ya la contienda se ha desarrollado casi en su totalidad, cuando ya el

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

juez ha tenido la posibilidad de valorar todas las pruebas propuestas, todavía puede surgirle al juez alguna duda acerca de a quién de los dos contendientes hay que atribuir la victoria definitiva. En este momento y no en otro es cuando la ley le concede al juez unas facultades de las que se ha visto privado a lo largo del proceso, precisamente para preservar su imparcialidad y, de esta manera, asumir la iniciativa en materia probatoria. Esta iniciativa no tiene otro medio de articularse procesalmente si no es a través de las diligencias para mejor proveer, durante el transcurso de las mismas es posible que una parte sea capaz incluso de superar el marcador más desfavorable.

Como puede apreciarse, el triunfo se obtiene mediante la aplicación de un dato puramente objetivo, siendo así que por esta razón el árbitro nunca puede conceder la victoria a quien haya jugado mejor, aunque haya derrotas que consagren al vencido. Lo importante es vencer, no convencer, aunque sea la mínima, aunque sea en el último minuto, lo cual sucede incluso en el proceso penal donde, gracias al derecho que garantiza la presunción de inocencia, el convencimiento del juez a veces resulta intrascendente.

En este sentido no quiero dejar de recordar que ya el derecho canónico prohibió a los jueces juzgar a base de impresiones, sino *«secundum alegata y probata partium»*. En este aspecto, es preciso subrayar, como ha observado acertadamente Calamandrei, que el proceso no garantiza *a priori* que haya que darle la razón a quien la tiene. Es evidente que no basta tener buenas razones para ganar un asunto. Hay que tener la habilidad de hacer valer nuestros argumentos, pues la sentencia no es el producto automático de la aplicación de las leyes a los hechos. La verdadera defensa consiste en adaptar los medios de los que dispone a la estrategia del adversario. Lo mismo sucede en el fútbol. Cuando un entrenador ensaya una jugada en función de las características del adversario, adapta su defensa a la estrategia del rival; cuando confecciona la lista de los hombres que van a componer el equipo en cada partido, no está haciendo nada diferente de lo que lleva a cabo el abogado a la hora de escoger el modo de plantear un determinado litigio, eligiendo, a la vista del mismo, los medios de prueba que va a utilizar.

Ahora bien, aun así, para favorecer el derecho de defensa, las partes tienen obligación de conocer previamente los medios con los que va a contar el adversario para el éxito de su pretensión de la misma manera que el reglamento obliga a dar a conocer al adversario antes del partido la lista de los jugadores que van a enfrentarse al equipo contrario. Además, ningún jugador puede entrar en el terreno de juego sin autorización del árbitro, lo cual se asemeja mucho a lo que sucede en el proceso, al juicio de pertinencia que debe llevar a cabo el juez respecto de la admisión de un determinado medio de

prueba. De cuál sea su eficacia, eso es otra cuestión. Por lo tanto es claro que el triunfo final depende de muchos factores. Todo influye, incluso la suerte. La diosa fortuna tiene mucho que decir tanto en el deporte como en la justicia. Las oportunidades que te ofrece el rival o el juez mismo no hay que desaprovecharlas. Quien desperdicia las oportunidades o *chances* que el juego le ofrece corre serio peligro de salir derrotado. A esta conclusión llegó igualmente Goldschmidt al defender en 1925 su famosa tesis del proceso como situación jurídica. Según la certera definición del profesor berlinés la expectativa de una sentencia favorable y, consiguientemente, el reconocimiento en juicio del fundamento jurídico de la pretensión hecha valer depende de la forma en que la parte sea capaz de aprovechar durante el curso del proceso las posibilidades que se le ofrecen, cumplir las cargas que la incumben y realizar las expectativas intermedias que van unidas a todo acto procesal.

Por lo tanto está claro que la obtención de una sentencia favorable también depende del aprovechamiento de esas posibilidades procesales, entendiendo por tales el conjunto de aquellas situaciones en las que se puede encontrar la parte solamente con cumplir un determinado acto procesal, lo que le colocaría inmediatamente en condiciones de conseguir una ventaja de esta naturaleza. Obviamente, si todo ello lo ponemos en relación con cuanto acabamos de mencionar, comprenderemos fácilmente cómo esta construcción es perfectamente trasladable al esquema futbolístico. La transformación de un penalti constituye el ejemplo más característico de cuanto acabamos de decir.

En este sentido, creo haber hecho referencia en varias ocasiones a la inestimable ayuda que la diosa Fortuna presta a veces a ciertos litigantes. De esta señora, Sancho decía que había oído hablar de ella y sabía que era una mujer borracha, antojadiza y ciega, y que, por lo tanto, era incapaz de ver lo que hacía ni sabía a quién derribaba ni a quién ensalzaba. Pues bien, así ocurre igualmente en el deporte, donde ésta reparte la suerte sin ton ni son, caprichosamente, no sólo entre los jugadores sino también entre los colegiados. Éstos también pueden ser destinatarios de sus provechosas bondades. Porque, parece mentira, ¡hasta para decidir la suerte te tiene que acompañar! Los jueces, lo mismo que los árbitros, necesitan tener la fortuna de parte. No resulta nada fácil juzgar, máxime teniendo en cuenta que si bien las decisiones de los colegiados durante un partido, como también las del juez en el curso del proceso, son de muy diversa naturaleza, la mayor parte de ellas, casi siempre las más polémicas, son aquellas en las que predomina el poder discrecional de quien tiene que decidir. El reglamento está repleto de normas que dejan *a criterio del árbitro* una gran cantidad de decisiones. La intencionalidad de una

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mano, la existencia de contacto en una caída dentro del área, la propia suspensión del encuentro por causas que imposibilitan el normal desarrollo del juego, son cuestiones que pertenecen por entero a la soberanía del único que debe apreciarlas. Pero, si se verifica la circunstancia prevista en la norma, debe obrar en consecuencia. Para este tipo de situaciones es perfectamente aplicable la *teoría concreta de la acción*. El juez, lo mismo que el árbitro, a la hora de decidir no tiene elección. No tiene la facultad de escoger una solución cualquiera, sino lo que está establecida legalmente. La conducta del juez, como la del árbitro durante un partido, está vinculada al mandado del legislador, esto es, a las consecuencias derivadas de la aplicación de la norma material que corresponda al caso. Debe declarar como voluntad *concreta* de la ley precisamente la que resulta de la ley misma, tal como está formulada en abstracto, siempre, claro está, que se verifique el hecho específico que la norma contempla. Partiendo de esta idea es evidente que cuando se define la acción como derecho a la tutela jurisdiccional concreta, se está significando que existe un derecho a que el juez acomode el contenido de su decisión a la consecuencia establecida en la norma y así, futbolísticamente hablando, la acción no se satisface por mero hecho de que el árbitro toque el silbato ante una determinada infracción, pues no está autorizado a imponer una consecuencia jurídica diferente a la que la ley disponga. Por eso, parar el juego para imponer una sanción diferente a la establecida en el reglamento no garantizada nada, razón por la cual el objeto de la acción no lo puede constituir sólo el ejercicio de la actividad jurisdiccional, de donde se extrae, por tanto, que, se mire como se mira, existe un derecho a obtener una sentencia de fondo favorable siempre que concurran presupuestos materiales y procesales para ello.

Pero, como hemos dicho, la suerte no sólo juega a favor o en contra de quien decide. También ejerce su poderosa influencia, y en mayor medida que en el supuesto anterior, respecto de los equipos que se enfrentan en el terreno de juego, lo cual acaba siendo siempre un factor decisivo en el resultado final. Fijémonos por ejemplo en aquellos encuentros en los que la victoria acaba resolviéndose mediante la siempre odiosa pero eficaz tanda de penaltis. La destreza al lanzar la pena máxima, ayuda pero la suerte también ayuda. Aquí verdaderamente es la fortuna quien decide.

Ciertamente el resultado de la tanda de penaltis no suele reflejar lo acontecido en el terreno de juego de la misma manera que la sentencia pueda no reflejar lo acontecido en el proceso y ni, por supuesto, el esfuerzo desarrollado por los abogados de los litigantes. En ambos casos siempre está presente la mano de Dios. ¡Ah, la mano de Dios! ¡La mágica mano que elevó a las alturas a Maradona en el Mundial del 86! ¡Cuántos para sí la quisieran!

Porque fíjense ustedes lo injusto de la situación. Uno se deja las pestañas para convencer al juez de que las cosas no son como las presenta la parte contraria y resulta que los jueces siempre escogen la solución más cómoda: ¡más cómoda para ellos, claro! Algunos jueces, no muchos afortunadamente, suelen guiarse por la «ley del mínimo esfuerzo», la cual es inversamente proporcional a la complejidad del caso. Esa, esa es la mano de Dios, aunque esa mano es caprichosa y mudable y no siempre beneficia a quien uno quiere.

En el fondo, en caso de empate, la decisión final queda siempre en manos de los dioses en la confianza de que éstos acabarán interviniendo y prestando su ayuda en favor de la razón y de la justicia. En eso consiste la tanda de penaltis. Bien saben ustedes lo que con este infernal medio se busca. Pues bien, eso mismo ocurre en el proceso. Lo que se pretende es declarar de forma definitiva, tal como sucede en las competiciones eliminatorias, quién debe ser el vencedor. Esto en el fútbol es muy sencillo; se da a los equipos la oportunidad de lanzar desde el punto de penalti una serie de tiros a puerta y el equipo que marque mayor número de goles será declarado ganador de la competición. Sólo así se explica, como observa Hirschberg, que en los ordenamientos primitivos los litigios pudieran decidirse por ordalías, pruebas de fuego o duelos inmisericordes. Como evidencia este autor, la vieja concepción de que el hombre apto para manejar armas busca y encuentra su derecho en el duelo o en el juicio de Dios, ha estado profundamente arraigada en la conciencia jurídica germánica, de modo que esta forma de resolver los conflictos impidió durante siglos que prosperara la idea de que el proceso tenía por finalidad el establecimiento de la verdad. Es cierto que existe una tendencia natural entre los jueces orientada a la búsqueda de la verdad material. No obstante, existen ciertos principios que objetivamente lo obstaculizan como, por ejemplo, la vigencia del principio dispositivo, la obligación del juez de asumir la veracidad de los hechos mutuamente aceptados, la imposibilidad de asumir iniciativas probatorias y, sobre todo, la carga de la prueba.

Ya hemos visto cómo en el fútbol se resuelven este tipo de situaciones. Pero, ¿y en el proceso? En el proceso tenemos, para resolver situaciones poco claras, la carga de la prueba, que es algo parecido al juicio de Dios, que, según la más autorizada doctrina, es consecuencia de la prohibición del *«non liquet»*. Es verdad que la prohibición del *«non liquet»* suele relacionarse con el derecho probatorio aunque en realidad no es así. Originariamente tuvo un origen distinto. Nace a raíz de la aplicación de los postulados del positivismo jurídico. Significa que el juez no puede negarse a fallar pretextando oscuridad o insuficiencia de la ley. El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico en estado puro. La ley siempre tiene una respuesta para cada caso. Por

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

lo tanto, no cabía hablar del *«non liquet»* en cuanto a la cuestión jurídica se refiere, si bien procesalmente su ámbito de actuación ha llegado hasta los confines del hecho, lo cual quiere decir que el juez viene obligado a resolver por muy insuficiente que sea la prueba. Ya hemos dicho que las normas que regulan la carga de la prueba, si bien constituyen un serio obstáculo a la consecución de la verdad, impiden que el juez pueda negarse a impartir justicia amparándose en la falta de prueba de los hechos controvertidos.

Para terminar no quisiera dejar de considerar un aspecto de capital importancia: el tema de los recursos. Aquí, por lo que al proceso civil se refiere, es posible constatar la existencia de algunas diferencias entre el sistema de la justicia balompédica y la procesal, si bien estas diferencias son meramente coyunturales, pues no siempre ha ocurrido así. Partiremos pues de la base de que el fútbol, por regla general, sólo son revisables algunas sanciones impuestas por el colegiado pero sus errores en nada afectan al resultado final. Se los podrá criticar pero el marcador es inamovible. En esto se parece mucho a ciertos procesos penales donde todavía se mantiene el principio de única instancia. Esta situación trae consigo a fin de cuentas la imposibilidad de reproducir el litigio ante una instancia superior, pues en eso precisamente consiste la segunda instancia, o lo que nosotros llamamos el doble grado de jurisdicción, lo cual, como corroboran concienzudos estudios de mis compañeros, reduce las posibilidades de error en un porcentaje nada desdeñable. Por eso no creo oportuno insistir demasiado en este aspecto. Lo que sí me propongo significar es que ni siquiera los procesos sometidos a una única instancia está ausente la posibilidad de hacer valer la existencia de vicios que invaliden la sentencia dictada, si bien con un significado diverso a lo que supondría la aplicación del doble grado de jurisdicción. Los procesos sometidos a una única instancia carecen de instrumento como la apelación destinados a obtener una decisión más justa que la anterior, lo cual es obviamente posible en aquellos procesos en los que existe el doble grado jurisdiccional.

En la apelación, el juez superior suele tener poco más o menos los mismos poderes que ha tenido el juez inferior para resolver el litigio, esto es, se encuentra frente a la demanda casi en la misma situación que el juez de primera instancia. Tanto es así que, como puso de relieve un insigne procesalista, el profesor Gómez Orbaneja, el tribunal superior podría enjuiciar la apelación sin tan siquiera conocer el contenido del fallo de la primera instancia si no fuera por la prohibición de la *«reformatio in peius»*. El derecho a la doble instancia, tal como fue configurado tras la revolución francesa, significa, pues, que los litigantes tienen el derecho a que su asunto sea visto por dos jueces diferentes. Lo que se buscaba en definitiva, en atención al grado de

desconfianza existente hacia los tribunales inferiores, es un mayor acierto en la decisión. Pero ya he dicho que eso no es posible en el fútbol ni creo que lo sea en ningún deporte. Lo que sí cabe es echarle la culpa al árbitro. Muchos presidentes de clubs tienen la poco saludable costumbre de arremeter sistemáticamente contra el árbitro. En el mundo de la justicia pasa lo mismo. Cuando alguien pierde un pleito, cuando alguien es condenado por un tribunal o no se ha visto favorecido por una resolución judicial, sobre todo en aquellos procesos de relevancia social y política, lo fácil es echarle la culpa al juez, descalificarle públicamente, proclamar a los cuatro vientos que se ha sido víctima de una persecución en la que está obviamente involucrado, sin tener en cuenta que este tipo de comportamientos no sólo están poniendo en duda la honorabilidad del propio juez sino la eficacia misma del sistema. Pensemos alguna vez que quizás el juez lo haya hecho bien y no nos hayamos percatado de ello. Una cosa es discrepar de la actuación de un órgano jurisdiccional, lo cual forma parte de un derecho fundamental y otra faltar al respecto debido a quienes ejercen la labor jurisdiccional.

En fin, queridos amigos y amigas, no quisiera extenderme más. Como veis, no hay lugar a dudas: el fútbol y la justicia son dos fenómenos tan semejantes que posiblemente hay mucha gente que en algún momento de su vida no sea capaz de distinguirlos. Muchísimas gracias.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez