JUSTICIA 2001

NÚMERO 2-4

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
JOSÉ M.ª ASENSIO 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. MRTÍN 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

J. M. BOSCH EDITOR — BARCELONA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

"JUSTICIA 2001"

ADMINISTRACIÓN (suscripciones), J. M. BOSCH EDITOR, Ronda Universidad, 11, 08007 Barcelona. Tel. 93 317 53 08. jmb@libreriabosch.es
DIRECCIÓN (originales, libros para recensiones), Dr. Francisco Ramos Méndez, Paseo de Gracia, 92, 08008 Barcelona. Tel. 93 487 11 12. Fax 93 487 35 62

Todos los originales deben ser enviados con soporte informático.

© 2002, 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. 26.967-2002
ISSN: 0211-7754
ISBN: 84-7698-671-8

Printed in Spain / Impreso en España

ÍNDICE

Semblanza de H. Devis Echandía, por Jairo Parra Quijano 5
El novísimo procedimiento cautelar civil, por Juan Luis Gómez Colomer 7
La ejecución provisional y la seriedad de la Justicia, por Julio García Casas 33
El principio de legalidad procesal y la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, por Juan Burgos Ladrón de Guevara 57
Insistencia en el tema de las tercerías ante el orden social tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, por Rosa Cobos Gavala 75
La constitución de la relación jurídico-procesal laboral en los supuestos de subcontratación de obras o servicios: la figura del liticonsorcio, por Mar Jimeno Bulnes 87
La prueba anticipada en la nueva LEC, por Joan Picó i Junoy 121
Detención y Retención, por Francisco Málaga Diéguez 143
La declaración de la víctima menor o descapacitada psíquica, como única prueba de cargo, en los procesos por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por Ana M.ª Ríos Cabrera 171
En torno a la Prueba Ilícita, por M.ª Ángeles Pérez Marín 233
De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactorias. ¿Un avance del Derecho Procesal?, por Joan Picó i Junoy 261
El procedimiento de ejecución provisional de resoluciones judiciales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, por Xulio Ferreiro Baamonde 289
Audiencia Preliminar y Oralidad en el Derecho Brasileño, por Darci Guimaraes Ribeiro 343
La audiencia preliminar del artículo 30 LOTJ y el Diritto Processuale italiano: Algunas notas de Derecho Comparado, por Juan Manuel Bermúdez Requena 381
Exequatur de títulos publicados 397

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

SEMBLANZA DEL DOCTOR HERNANDO DEVIS ECHANDIA

Falleció en la ciudad de Bogotá, D.C. COLOMBIA, el Maestro HERNANDO DEVIS ECHANDIA, el día siete (7) de marzo de 2001. Fue profesor de las Universidades Nacional, Externado de Colombia, Universidad Libre, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Tratadista, abogado litigante, legislador.

Fue Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Fue la figura cimera del derecho procesal en Colombia junto con el doctor HERNANDO MORALES MOLINA, iniciaron realmente la escuela científica del derecho procesal.

En ejercicio de la profesión de abogado fue considerado el mejor abogado civilista en Colombia, poseedor de una imaginación fecunda.

Como tratadista su obra es muy grande, las más sobresalientes: El Tratado de Derecho Procesal Civil en seis tomos, Nociones de Derecho Procesal Civil, con prólogo de Jaime Guasp. La Teoría General de la Prueba Judicial en dos tomos. El Compendio de Derecho Procesal Civil en tres tomos, fuera de múltiples artículos y discursos algunos publicados en sus estudios de derecho procesal.

Su obra cumbre, fue el actual Código de Procedimiento Civil colombiano, que realizó fundamentalmente con Hernando Morales Molina.

Hernando Devis Echandía, le sirvió a Colombia con dedicación y devoción, rechazó los ofrecimientos políticos que le fueron muchas veces

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ofrecidos, lo mismo que la magistratura. Su devoción fue el derecho procesal, la justicia. Le entregó todas sus horas de estudio a realizar aportes para mejorarla. Manejó todas las instituciones con sentido ideológico y sensibilidad social, su tema siempre fue la justicia judicial, con justicia social.

Su generosidad y desprendimiento, le permitieron formar una escuela de derecho procesal, cuyo patrimonio se seguirá usufructuando como lo ha venido siendo en toda América, pero sobre todo en Colombia.

Fue DEVIS ECHANDIA un brillante expositor, apasionado y polemista.

Los colombianos estamos seguros, como dijera el poeta, que la muerte de Hernando Devis Echandía, no mató su resplandor, porque desde él siempre irradiará un sol naciente. Sus obras y su generosidad lo perpetúan.

Jairo Parra Quijano

DACIONES DE CUENTA

EL NOVÍSIMO PROCEDIMIENTO CAUTELAR CIVIL

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Jaume I de Castellón

SUMARIO

I. El procedimiento cautelar en la situación derogada. — II. La novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: El intento, no logrado, de establecer un procedimiento unitario para el decretamiento de las medidas cautelares: A) El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil; B) La estructura general vigente. — III. La solicitud de la medida cautelar: A) Escrito; B) Momento oportuno; C) Justificaciones a acompañar; D) Ofrecimiento de caución. — IV. El procedimiento con audiencia del demandado: A) Presupuestos; B) Vista; C) Resolución y recurribilidad: 1) Acordamiento de la medida; 2) Denegación de la medida; D) Ejecución de la medida. — V. El procedimiento sin audiencia del demandado: A) Presupuestos; B) Resolución; C) Oposición del demandado: 1) Requisitos; 2) Plazo; 3) Forma; 4) Ausencia de causas específicas; 5) Traslado del escrito; 6) Vista; 7) Resolución e impugnabilidad; 8) Indemnización de daños y perjuicios. — VI. El procedimiento para la sustitución de la medida cautelar por fianza. — VII. El procedimiento para la modificación de las medidas cautelares. — VIII. El procedimiento para el alzamiento de la medida cautelar impuesta.

I. EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR EN LA SITUACIÓN DEROGADA

Uno de los defectos más importantes de la anterior LEC de 1881, sin duda alguna por su trascendencia práctica, era la falta de ordenación siste-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mática de las medidas cautelares, dispersas en muchas normas, no siempre ubicadas en nuestro primer texto procesal por cierto, y consideradas muy fragmentariamente[1], estando totalmente ausente una regulación procedimental común, es más, en ocasiones, carentes de cualquier norma sobre procedimiento[2], lo que sin duda perjudicaba al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, que es el fundamento último del llamado proceso cautelar, como es suficientemente sabido[3]. Por ello es de saludar sin reparo alguno que por fin tengamos vigente una regulación completa del procedimiento cautelar, la novedad básica a nuestro entender en esta materia, a la que precisamente vamos a dedicar las páginas que siguen.

Pero no nos adelantemos. Ese grave inconveniente al que hacíamos referencia no era solamente predicable de las que podríamos llamar medidas cautelares clásicas, como el embargo preventivo[4] o la anotación preventiva de la demanda[5], sino también de todas las demás[6], tanto reguladas en la LEC de 1881[7], como fuera de ella[8], afectando igualmente a tutelas cautelares muy específicas, por ejemplo, a la prevista en el procedimiento arbitral[9]. Incluso la potestad cautelar general establecida en el art. 1428 LEC de 1881 presentaba lagunas procedimentales evidentes[10].

1. Véase MONTERO AROCA, *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Ed. Civitas, Madrid 1982, págs. 135 y 136.

2. Véase un resumen relativo a la legislación derogada en ORTELLS RAMOS, en MONTERO AROCA / ORTELLS RAMOS / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO, *Derecho Jurisdiccional*, t. II *Proceso Civil* (80 ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1998, págs. 642 a 645.

3. Un extracto de la doctrina constitucional puede leerse en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en DE LA OLIVA SANTOS / DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ / VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Ed. C.E. R. Areces, Madrid 2000, págs. 382 y 383.

4. Véase ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo*, L. Bosch, Barcelona 1984, págs. 133 y ss; págs. 241 y ss. de la 20 ed. en Ed. Comares, Granada 1998.

5. Así, RAMOS MÉNDEZ, *La anotación preventiva de demanda*, L. Bosch, Barcelona 1980, págs. 135 y ss.

6. Véanse SERRA DOMÍNGUEZ / RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Gráficas Pareja, Barcelona 1974, págs. 79 y ss.; ORTELLS RAMOS / CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada 1996, págs. 26 y ss.; así como un resumen general en ORTELLS RAMOS, *Effektiver Rechtsschutz im spanischen Privatrecht — insbesondere zum einstweiligen Rechtsschutz*, Zeitschrift für Zivilprozeß International 1997, Bd. 2, págs. 95 y ss.

7. Por ejemplo, v. CÁMARA RUIZ, *La intervención judicial de bienes litigiosos*, Ed. Comares, Granada 1997, págs. 192 y ss.

8. Así por ejemplo, v. FAIRÉN GUILLÉN, *El proceso cautelar en la Ley de Sociedades Anónimas*, en "Temas del Ordenamiento Procesal", Ed. Tecnos, Madrid 1969, t. II, págs. 947 y ss.; GIMENO SENDRA, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Ed. Civitas, Madrid 1981, págs. 59 y ss.; MARÍN PASTOR, *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles*, Ed. Comares, Granada 1997, págs. 67 y ss., y 151 y ss.; BARONA VILAR, *Competencia desleal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1991, págs. 69 y ss.; Idem, *Protección del derecho de marcas (aspectos procesales)*, Ed. Civitas, Madrid 1992, págs. 41 y ss, y 55 y ss; Idem, *Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial*, Ed. Comares, Granada 1995, págs. 137 y ss.; PÉREZ DAUDI, *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Ed. Bosch, Barcelona 1996, págs. 219 y ss.; MUERZA ESPARZA, *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del Derecho industrial y de la competencia*, Ed. Cedecs, Barcelona 1997, págs. 96 y ss., 108 y ss, y 121 y ss.; BELLIDO PENADES, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Ed. Comares, Granada 1998, págs. 245 y ss.; ORTELLS RAMOS / BELLIDO PENADES, *Las medidas cautelares en Derecho de la competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 91 y ss.; y HERRERO PEREZAGUA, *Tutela cautelar del menor en el proceso civil*, Ed. Cedecs, Barcelona 1997, págs. 137 y ss.

9. Véanse RAMOS MÉNDEZ, *Arbitraje y proceso internacional*, L0. Bosch, Barcelona 1987, págs. 183 y ss.; MONTERO AROCA (director), *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Ed. Civitas, Madrid 1990, págs. 254 y ss.; y LORCA NAVARRETE, *Manual de Derecho de Arbitraje*, Ed. Dykinson, Madrid 1997, págs. 795 y ss.

10 Véase CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Ed. Civitas, Madrid 1992, pág. 217.

11. Véanse CORTÉS DOMÍNGUEZ, en CORTÉS DOMÍNGUEZ / GIMENO SENDRA / MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General* (30 ed.), Ed. Colex, Madrid 2000, pág. 593; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en DE LA OLIVA SANTOS / DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ / VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 397; BARONA VILAR, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, *Proceso Civil* (90 ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 677; RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 2000, págs. 690 y 691; y SERRA DOMÍNGUEZ, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 2000, pág. 95.

II. LA NOVEDAD DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: EL INTENTO, NO LOGRADO, DE ESTABLECER UN PROCEDIMIENTO UNITARIO PARA EL DECRETAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Frente a este panorama, la LEC de 2000 ha supuesto un vuelco radical, como destaca con unas u otras palabras unánimemente la doctrina generalista[11], anunciado ya con ocasión de la aparición pública del Borrador de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Anteproyecto y confirmado en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (PLEC).

A) *El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil:* En efecto, el PLEC, además de querer mejorar sustancialmente en líneas generales toda la regulación de las medidas cautelares, hasta el punto de haber sido calificado su régimen regulador de totalmente nuevo[12], intentó resolver en particular la caótica situación procedimental, pues en las disposiciones que dedicó a las medidas cautelares (arts. 723 a 750 PLEC), había una mayor atención a lo que son propiamente cuestiones procedimentales, pretendiéndose el establecimiento de un procedimiento común (arts. 732 a 741), sin perjuicio de otras normas de este carácter, que destacaban sobre la propia regulación de las medidas cautelares concretas y sus presupuestos, aparentemente escasas[13].

En esos preceptos citados del PLEC no se contenía toda la regulación de las medidas cautelares procesales civiles. En los procesos especiales había normas al respecto (como en los procesos de incapacitación, arts. 764 y 765 PLEC; en los procesos de filiación, art. 770 PLEC; o en los procesos matrimoniales, arts. 773 y ss. PLEC; etc.), opción que se ha seguido manteniendo con la LEC vigente (v. arts. 762, 763, 768, 771 y ss., sin perjuicio de otras prevenciones concretas, como la contemplada en los casos del art. 441.4 LEC), pero ninguna de ellas se analizarán aquí por exceder de la finalidad que se persigue[14].

12. Véase DE LA OLIVA SANTOS, *El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 26 de diciembre de 1997, y la protección del crédito*, Revista Tribunales de Justicia 1998, núm. 8/9, pág. 828.

13. Véase respecto a la regulación del Anteproyecto, VÁZQUEZ SOTELO, *La configuración de las medidas cautelares en el Anteproyecto de L.E.C.*, en PICÓ I JUNOY (director), "Presente y futuro del proceso civil", Ed. Bosch, Barcelona 1998, págs. 669 y ss., quien se mostraba muy crítico con la propuesta, a la que tildó de "retrógrada", "regresiva", "anacrónica" y otros calificativos parecidos.

14. Véanse, respecto a la regulación del Anteproyecto, VÁZQUEZ SOTELO, *La configuración de las medidas cautelares...*, cit., en PICÓ I JUNOY (director), "Presente y futuro...", cit., págs. 677 a 679; PÉREZ DAUDI, *El Anteproyecto de L.E.C. y las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, *op. cit.*, págs. 713 y ss.; Idem, *El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Revista Jurídica La Ley 1999, t. I, págs. 1648 y ss.; y BELLIDO PENADES, *Notas sobre la tutela cautelar en el ámbito del derecho de la competencia*, *op. cit.*, págs. 755 y ss.

También debemos indicar que las modificaciones del PLEC (aprobado por el Gobierno a finales de octubre de 1998[15]), respecto al Anteproyecto (de diciembre de 1997), en materia de procedimiento para la adopción de medidas cautelares, han sido mínimas[16]. Fueron muchas e importantes, sin embargo, las del Anteproyecto respecto a su Borrador dado a conocer en abril de 1997[17], como a su vez lo pretendió ser éste respecto a la LEC de 1881. Dada la extensión natural que debe tener este escrito, prescindiremos igualmente de cualquier referencia a esta cuestión.

B) *La estructura general vigente:* La aspiración a un procedimiento común o unitario se refleja en la Exposición de Motivos de la LEC de 2000 (ap. XVIII). De los preceptos dedicados a las medidas cautelares de mane-

15. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 147-1, del día 13 de noviembre de 1998.

16. Una exposición general en RUIZ VADILLO, *Las medidas cautelares en el "Anteproyecto"*, en varios autores, "El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997-98", Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación — Sección de Derecho Procesal, Madrid 1998, págs. 73 a 81.

17. La literatura científica sobre el Borrador, en lo que respecta a medidas cautelares, se contiene básicamente en dos obras colectivas. La primera lleva por título "Jornadas nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", tres volúmenes, Ed. Región de Murcia y Escuela de Práctica Jurídica, Murcia 1997, y destacamos de ella los textos de ECHANIZ MACIA, *Las medidas cautelares en el borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol 11 (Ponencias), págs. 503 y ss.; ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares. Análisis crítico del borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 11 (Ponencias), págs. 535 y ss.; CUCARELLA GALIANA, *Arbitraje y tutela cautelar en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 21 (Comunicaciones), págs. 355 y ss.; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *La caución procesal como presupuesto para la adopción de medidas cautelares*, vol. 21 (Comunicaciones), págs. 369 y ss.; MARTÍN PASTOR, *El nuevo proceso cautelar y la tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles*, vol. 21 (Comunicaciones), págs. 395 y ss.; MOLINA CABALLERO, *La nueva regulación de las medidas cautelares: especial referencia a las medidas a adoptar durante la pendencia de un proceso arbitral*, vol. 21 (Comunicaciones), págs. 407 y ss.; RIFA SOLER, *Análisis del concepto y naturaleza de las medidas cautelares en el borrador de la LEC*, vol. 21 (Comunicaciones), págs. 413 y ss.; y ROBLES REYES, *Medidas cautelares: de la discriminatoria situación procesal del demandado. Aspectos del derecho histórico que mejorarían la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 21 (Comunicaciones), págs. 419 y ss. La segunda se titula "El proceso civil y su reforma", coordinada por MARTÍN ESPINO y prologada por MORÓN PALOMINO, Ed. ICSE y Colex, Madrid 1998, destacando ORTELLS RAMOS, *Tutela cautelar en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* págs. 4121 y ss.; y VÁZQUEZ SOTELO, *Ejecución provisional y medidas cautelares*, págs. 493 y ss., textos a caballo entre el Borrador y el Anteproyecto, por las fechas de realización de las Jornadas.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ra sistemática y agrupada (arts. 721 a 747 LEC), se concretan las cuestiones procedimentales en los arts. 730 a 747 LEC. Pero, aunque la regulación procedimental parece en principio correcta, estamos ante una aspiración no conseguida, porque si se observan detenidamente esos preceptos, en realidad estamos ante siete procedimientos distintos:

1. El procedimiento para la adopción de una medida cautelar con audiencia del demandado (arts. 732 y 733.1 LEC), que por las citas normativas antes indicadas debe operar a su vez como procedimiento de referencia de todos los demás;
2. El procedimiento para la adopción de una medida cautelar sin audiencia del demandado (art. 733.2 LEC);
3. El procedimiento de oposición del demandado a la medida cautelar impuesta sin su previa audiencia (arts. 739 a 741 LEC);
4. El procedimiento para la fijación de los daños y perjuicios en caso de que se haya decretado una medida cautelar sin audiencia del demandado, y se alce tras la correspondiente oposición (art. 742 LEC).
5. El procedimiento para la sustitución de la medida cautelar por fianza (arts. 746 y 747 LEC);
6. El procedimiento para la modificación de medidas cautelares (art. 743 LEC); y
7. El procedimiento para el alzamiento de las medidas cautelares (arts. 744 y 745 LEC).

En resumen, las normas procedimentales establecen y regulan el momento procesal oportuno para solicitarlas, el escrito de solicitud y documentos y justificaciones a acompañar, y, a partir de entonces, un doble procedimiento según se haya oído o no al demandado. Si se oye al demandado hay una vista en la que las partes alegan lo que tengan por conveniente, se resuelve la petición y, en su caso, se ejecuta. Si no se oye al demandado, éste se puede oponer por escrito una vez fijada, oposición que observaremos después que no se basa en causas taxativas, de la que se da traslado al solicitante de la medida impuesta, resolviéndose tras la pertinente vista.

Pero esas normas incluyen también temas que no son exactamente procedimentales, como los que afectan al presupuesto de la caución, o a las

características de homogeneidad, provisionalidad, instrumentalidad y temporalidad, que iremos considerando más adelante[18].

Finalmente y como consecuencia de ello, no se establece un procedimiento específico para cada medida cautelar, sino que se han de acordar por alguno (o algunos) de los procedimientos indicados, que tratamos a continuación. Esto puede plantear algún problema[19], inicialmente de adaptación, ante lo brusco del cambio, pero, si realmente existiera un procedimiento unitario o común, cuya articulación definitiva en una futura reforma nos parece imprescindible, debería ser suficiente con ello. También puede quedar cuestionada la brevedad procedimental que se pretende con esta simplificación[20].

Veamos lo esencial de estas cuestiones, partiendo de la solicitud de la medida cautelar, como trámite inicial previo, advirtiendo antes que, como es natural, no todo lo aquí tratado se refiere a cuestiones procedimentales, por ser esencial para su comprensión.

III. La solicitud de la medida cautelar

La medida cautelar se adopta a instancia de parte, que es el actor, bien de la demanda principal, bien de la reconvencional (art. 721.1), prohibiéndose expresamente su imposición de oficio, con excepción de lo que se prevenga en los procesos especiales (art. 721.2), y de lo que dice discutiblemente el art. 725.2 LEC (v. *infra*).

La petición, dice el art. 721.1 LEC en sus palabras iniciales, es bajo la responsabilidad del actor. Esta expresión hay que entenderla referida a que

18. Eso se previó ya en el Anteproyecto, v. Richard González, *El procedimiento para la adopción de medidas cautelares en el Anteproyecto de LEC*, en Picó i Junoy (director), "Presente y futuro ...", cit., págs. 748 y 749, quien incluye aquí desacertadamente las normas de competencia, pues no son procedimentales, sino que afectan a presupuestos procesales, de ahí que sea correcto que se regulen separadamente.

19. Véase Vázquez Sotelo, *La configuración de las medidas cautelares...*, cit., en Picó i Junoy (director), "Presente y futuro...", cit., págs. 679 y 670.

20 Una de las características más destacadas, v. Rifa Soler, *Sistema y procedimiento de adopción de medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Pérez-Cruz Martín (Coordinador), "II Congreso de Derecho Procesal de Galicia. La Justicia Civil del siglo XXI", I0. Tórculo, Santiago de Compostela 2000, págs. 195 a 199; y, con relación al Proyecto, Sánchez López, *Las medidas cautelares en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Revista Tribunales de Justicia 1999, núm. 5, págs. 421 y 422.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el demandante queda sujeto a la posibilidad de indemnizar daños y perjuicios al demandado (v. arts. 742 y 745 LEC), y, por supuesto, a la condena en costas (v. art. 730.2, II LEC), pero ello es obvio, dada la existencia de esas normas, por lo que no parece una advertencia ni excesivamente admonitiva, ni necesaria.

La medida cautelar que se pida por la parte ha de determinarse exactamente, pues la exigencia de ser congruente con la petición, obliga al Juez a responder exactamente a ella (art. 721.2 LEC, que veda expresamente la adopción *ultra petita*), además de servir de límite al derecho a la oposición del demandado[21]. Sin embargo, no queda claro si en el caso del art. 725.2 LEC la medida puede acordarse de oficio, sin haberla pedido expresamente el actor, o acordando otra distinta, por motivos de urgencia, al solicitarse previamente a la demanda y considerarse el órgano jurisdiccional territorialmente incompetente. Nos inclinamos por la plena vigencia del principio de la congruencia, y, por tanto, por acordarse sólo dados esos requisitos la pedida por el demandante, máxime teniendo en cuenta que no se prevé en el art. 725 LEC la audiencia al demandado.

La medida cautelar se puede solicitar en cualquier proceso civil español, o extranjero en el caso de que la medida se tenga que adoptar en España (art. 722, II LEC, en relación con el art.[22]-51 LOPJ y demás normas internacionales suscritas por nuestro país22), y también con ocasión de un arbitraje interno (art. 722, I LEC), o internacional (art. 722, II LEC)[23].

La competencia del órgano jurisdiccional español[24] se fija y regula en los arts. 723 LEC (regla general del mismo Juez que lo sea para el pleito principal en primera instancia, aunque no se haya iniciado todavía, o el que

21. Véase ORTELLS RAMOS, *El procedimiento cautelar...*, cit., en PICÓ I JUNOY (director), "Presente y futuro...", cit., págs. 687 y 688.

22. El Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, por ejemplo, v. el comentario de FAIREN GUILLÉN, *El proceso cautelar en la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, Revista Jurídica La Ley — Unión Europea 1996, t. II, págs. 1648 a 1654; y, recientemente, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares de proceso civil (Art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Ed. Comares, Granada 1998, págs. 375 y ss.

23. Es importante leer el comentario que hace al art. 722 LEC FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS / RIFA SOLER / VALLS GOMBAU (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Iurgium, Barcelona 2000, t. III, págs. 3224 a 3248.

24. Véase, respecto al Anteproyecto, CUCARELLA GALIANA, *Organo jurisdiccional competente en materia cautelar en el Anteproyecto de L.E.C.*, en PICÓ I JUNOY, "Presente y futuro...", cit., págs. 739 a 745.

esté conociendo de la segunda instancia o del recurso extraordinario correspondiente), 724 (casos especiales de arbitraje y proceso extranjero[25]), 725.1 (tratamiento procesal a favor del examen de oficio, prohibiéndose la declinatoria si se solicita la medida con anterioridad a la demanda), y 725.2 (medida cautelar acordada por Juez incompetente territorialmente bajo determinados presupuestos) LEC[26].

Finalmente, la medida cautelar que se considere urgente puede solicitarse y acordarse en día y hora inhábil, o en el mes de agosto, atendidos los arts. 131.1 y 2 LEC, pues aunque no se mencione expresamente, es evidente que de su demora puede causarse un grave perjuicio a los interesados, o provocar la ineficacia de una resolución judicial.

A) *Escrito:* La solicitud de parte consiste en presentar el correspondiente escrito al Tribunal competente, en donde con claridad y precisión se pida la medida concreta (art. 732.1 LEC), es decir, alguna medida basada en la potestad cautelar general que ahora reconoce el art. 726 LEC, cumpliéndose con los requisitos en ese precepto establecidos, o alguna de las previstas en el art. 727-10 a 100 LEC, u otra finalmente de las contempladas por la Ley fuera de ese listado (art. 727-110 LEC)[27].

Este escrito contendría la pretensión cautelar, autónoma respecto a la declarativa y a la ejecutiva, añadiendo cualificada doctrina minoritaria, pero importante, que da lugar a un proceso de naturaleza sumaria[28]. En nuestra opinión, si bien cabe hablar de proceso cautelar diferenciado del declara-

25. Por lo que respecta al caso del arbitraje, y con relación al Anteproyecto, v. MUÑOZ SABATÉ, *Medidas cautelares y arbitraje en el Anteproyecto de L.E.C.*, en PICÓ I JUNOY (director, "Presente y futuro...", cit., págs. 707 y ss.; con relación al Proyecto, v. LORCA NAVARRETE, *La tutela cautelar arbitral (a propósito del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje 1999, núm. 1, págs. 13 y ss.; y con relación al texto en vigor, v. ÁLVAREZ ALARCÓN, *Arbitraje y medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Coordinador), "II Congreso de Derecho Procesal de Galicia...", cit., págs. 25 y ss.

26. Un tratamiento detallado de esas normas competenciales puede verse en ROBLES GARZÓN, en CABAÑAS GARCÍA (Coordinador), *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Trivium, Madrid 2000, págs. 652 a 659.

27. Por ejemplo, los nuevos arts. 25.20, 103, 143 de la Ley de Propiedad Intelectual (TR de 1996); y 133 de la Ley de Patentes de 1986 (DF—20. y 50 LEC respectivamente).

28. Véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, en CORTÉS DOMÍNGUEZ / GIMENO SENDRA / MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, cit., págs. 592 a 594.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tivo y del de ejecución, y no sólo en sentido pedagógico, pues sirve para explicar correctamente la función jurisdiccional y las clases de tutela jurisdiccional, lo que haría admisible considerar esa pretensión cautelar distinta de las otras dos, el proceso a que da lugar, mejor dicho, el procedimiento, entendemos modestamente que no puede ser sumario, pues la resolución que se dicte no resuelve un tema de fondo del asunto en ningún caso, ni permite acudir a un juicio ordinario posterior para tratar el tema sin limitación. Es más, pensamos que ni hay cognición y por tanto no puede haber limitación de la misma, ni limitaciones alegatorias ni probatorias, pues que los hechos y su prueba se circunscriban a la tutela cautelar que se pide en concreto, viene exigido por la clase de protección demandada, que es específica.

No hay comparación posible en definitiva con los procesos sumarios, ni la LEC da pie a esta naturaleza, aunque huya hablar de proceso y, por tanto, de demanda cautelar. El proceso cautelar es el instrumento puesto a disposición del Juez para lograr la efectividad de esta clase de tutela, y esa es su naturaleza jurídica, exclusivamente cautelar.

B) *Momento oportuno:* Para la nueva LEC de 2000 el momento procesal en el que se puede solicitar la adopción de una medida cautelar se divide en cuatro posibilidades:

1.º Antes de presentarse la demanda: Para ello deben existir razones de urgencia o necesidad, a demostrar (art. 730.2 LEC y Exposición de Motivos, ap. XVIII, pues podemos estar ante elementos no deseados de presión sobre el demandado), que quedarán sin efecto si el solicitante no acredita haberla interpuesto dentro de los 20 días siguientes a su adopción (art. 730.2, II LEC)[29].

Naturalmente, no presentada la demanda en ese plazo, se alzan las medidas (v. *infra*), además de quedar sujeto el actor a la responsabilidad por daños y perjuicios y obligado a pagar las costas (art. 730.2, II LEC), pero ello no debería impedir, porque no lo prohíbe la LEC que, cuando se presente, se vuelvan a solicitar las mismas medidas y que se obtengan.

29. Sobre su cómputo, v. VALLS GOMBAU, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS / RIFA SOLER / VALLS GOMBAU (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., t. III, págs. 3307 a 3310.

Si la competencia territorial es negada de oficio por el Juez (aquí no se admite la declinatoria, v. art. 725.1 LEC), recordemos que éste puede acordar no obstante, a prevención, determinadas medidas cautelares urgentes hasta que el órgano jurisdiccional competente tome la correspondiente decisión al respecto (art. 725.2 LEC), sujetas en nuestra opinión al deber de congruencia antes aludido.

2.º Con la demanda principal: Es el supuesto normal ("ordinario" dice el art. 730.1 LEC), de acuerdo con la práctica, mediante el correspondiente otrosí.

3.º Con posterioridad a la demanda principal: Unicamente es posible si el solicitante acredita que fácticamente es necesario pedir la medida en ese momento (art. 730.4, I LEC, que hay que poner en relación con el art. 736.2 LEC, pues permite la presentación posterior de la solicitud habiendo variado las circunstancias, incluso aunque fuera denegada antes). Estas normas, por tanto, afectan a la cláusula *rebus sic stantibus*. La solicitud se tramita de acuerdo con las disposiciones generales de los arts. 730 a 738 LEC (art. 730.4, II LEC).

No se dice expresamente en el art. 730.4, I LEC que los hechos o circunstancias tengan que ser nuevos, es decir, producidos con posterioridad a la demanda, o ignorados, por tanto, previos a ella[30], pero parece razonable que se exija que tengan esas características[31].

La restricción fijada en esos preceptos sobre hechos o circunstancias (nuevas o ignoradas) puede ser en algunos casos injusta, aunque pueda parecer razonable para evitar una instrumentalización de la tutela cautelar en contra de principios constitucionales, como el propio derecho de defensa del demandado. El ejemplo típico sería la mejora económica del demandante, que en el momento de demandar no podía soportar patrimonialmente la prestación de caución[32].

30. A diferencia del PLEC, cuyo art. 741, I sí lo exigía expresamente.

31. Así lo entiende LORCA NAVARRETE, en LORCA NAVARRETE (Director), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2000, t. III, pág. 3858.

32. Puesto por ORTELLS RAMOS, *El procedimiento cautelar...*, en PICÓ I JUNOY (director), "Presente y futuro...", cit., pág. 689.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4.º Pendiente recurso: El régimen procesal es el mismo que en el caso anterior (art. 730.4, I LEC), no distinguiéndose la clase de recurso, por tanto, parece que en cualquiera de los devolutivos regulados por la LEC.

C) *Justificaciones a acompañar:* El escrito debe justificar que se cumplen los presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* en la medida o medidas concretas que se soliciten (art. 732.1 LEC), debiendo acompañarse los documentos que acrediten la situación jurídica cautelable o, de no tenerlos, ofreciendo la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de la medida (art. 732.2, I LEC)[33]. El ofrecimiento de prueba está sujeto a preclusión, pues debe hacerse conjuntamente con la solicitud de la medida[34].

Los datos, argumentos, justificaciones documentales, o cualesquiera otros medios aportados, que acrediten los presupuestos de la medida, sirven al órgano judicial para, sin prejuzgar el fondo del asunto, tomar la decisión respecto a su adopción o rechazo (para fundar un "juicio provisional e indiciario" dice el art. 728.2 LEC).

En un caso particular, cuando se trate de solicitud de medidas de prohibición o de cesación de actividades ilícitas, el actor puede pedir al órgano jurisdiccional que requiera de oficio los informes, u ordene, también de oficio, las investigaciones que el solicitante no haya podido aportar o llevar a cabo, siempre que resulten necesarias para su resolución (art. 732.2, II LEC). La razón es que es prácticamente imposible que el actor pueda realizar esa actividad por sus propios medios[35].

Finalmente, cuando la solicitud sea posterior a la presentación de la demanda, o en fase de recurso (de acuerdo con lo indicado *supra*), el solicitante debe acreditar específicamente el fundamento fáctico (nuevo o

33. Véase la crítica de SERRA DOMÍNGUEZ, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 98, quien no entiende por qué hay que proponer prueba si no se conocen todavía los motivos de oposición del demandado.

34. Véase la explicación de esta disposición que realiza VALLS GOMBAU, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS / RIFA SOLER / VALLS GOMBAU (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., t. III, pág. 3326.

35. Véase la explicación de este supuesto excepcional en BARONA VILAR, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil* (20 ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pág. 845.

ignorado) que justificaría su adopción ("hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos", dice el art. 730.4, I *in fine* LEC).

D) *Ofrecimiento de caución:* En el escrito de solicitud el actor debe ofrecer obligatoriamente la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos puede constituirla y con justificación del importe que se propone, parece, pues, que en cuantía exacta dado el sentido del art. 732.3 LEC. La obligación de afianzar nada tiene que ver con el beneficio de asistencia jurídica gratuita, por tanto, existe aunque se goce de él[36].

El régimen general de la caución se fija en el art. 728.3 LEC, teniendo por finalidad asegurar la posible responsabilidad por daños y perjuicios (y la también posible condena en costas en el procedimiento cautelar, arts. 730.2, II, 736.1 y 741.2, III LEC), siendo acordada por el Juez, conforme a los criterios del art. 728.3, II LEC: Naturaleza y contenido de la pretensión, y fundamento de la solicitud.

La caución a prestar por el solicitante de la medida cautelar puede consistir en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3, II LEC, a saber, en lo que concreta esa norma, dinero en efectivo o aval solidario de duración indefinida (art. 728.3, II LEC), éste último normalmente. La posibilidad de ampliarse la caución en caso de recurso, absuelto el demandado en la primera instancia, se prevé expresamente en el art. 744.1 LEC.

Una vez se ha presentado la solicitud, acompañada de las justificaciones correspondientes, el procedimiento se bifurca en dos posibles opciones (art. 733 LEC). O bien se pasa a trámite de audiencia del demandado, o bien se continúa sin oírle.

IV. EL PROCEDIMIENTO CON AUDIENCIA DEL DEMANDADO

El supuesto normal es que el órgano jurisdiccional resuelva la petición de la medida o medidas cautelares previa audiencia del demandado (art. 733.1 LEC), porque con ello quedan perfectamente garantizados los principios constitucionales implicados en esta materia, básicamente el de contra-

36. Véase GÓMEZ COLOMER, *El nuevo régimen del beneficio de la asistencia jurídica gratuita*, Revista Jurídica La Ley 1996, t. II, pág. 1582.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dicción del art. 24.2 CE, pero a cambio del riesgo indudable de puesta en peligro de la efectividad de la medida[37].

A) *Presupuestos:* Se exige para ello que el solicitante no pida expresamente lo contrario, es decir, que no se oiga al demandado, y que el Tribunal acceda a esta petición (art. 733.2, I LEC). Ello implica que el presupuesto para la tramitación con audiencia se debe entender cumplido simplemente con que el actor no pida que sea sin oir al demandado, o que pidiéndolo, el órgano jurisdiccional no acceda a ello.

B) *Vista:* Acto seguido, el Juez convoca a una vista en el plazo de 5 días desde la notificación al demandado de la solicitud de medida cautelar, a celebrar en los 10 días siguientes, que tendrá tramitación preferente ("sin necesidad de seguir el orden de los asuntos pendientes", dice el precepto), si la efectividad de la medida cautelar así lo exige (art. 734.1 LEC). La elección del legislador por la vista responde indudablemente, tanto en este procedimiento cautelar como en los restantes, al deseo de consagrar lo más ampliamente posible el principio de oralidad en el proceso civil, uno de los pilares básicos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (ap. XII de la Exposición de Motivos).

En ella, las partes expondrán lo que convenga a su derecho, pudiendo aportar y practicarse los medios de prueba, mejor sería decir justificaciones, que sean pertinentes a la finalidad pretendida, incluída la práctica de reconocimiento judicial sobre extremos relevantes, único caso en el que la vista podría suspenderse (art. 734.2, I LEC), de ahí la conveniencia de acudir a ella con todos los medios justificativos que se considere apropiados, en función naturalmente de la posición procesal que se ocupe, sin perjuicio en nuestra opinión, pues la LEC nada dice al respecto, de las que propuestas por el actor en su escrito de solicitud, ya hayan sido admitidas por el Juez en la resolución de señalamiento de la vista[38]. La actividad de justificación debe limitarse, pues, exactamente a la medida cautelar pedida por el actor, excluyéndose cualquier posibilidad de adelantar la prueba de fondo[39].

37. Véanse las críticas de RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, cit., pág. 694; y de SERRA DOMÍNGUEZ, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 98.

38. Véase VALLS GOMBAU, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS / RIFA SOLER / VALLS GOMBAU (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., t. III, pág. 3336.

En esta vista pueden discutir las partes sobre el tipo y cuantía de la caución ofrecida por el actor (art. 734.2, II primera frase LEC), teniendo oportunidad también el demandado de solicitar que en vez de la medida cautelar pedida, se acepte su caución sustitutoria (v. art. 734.2, II segunda frase LEC, e *infra*), caución que es absolutamente distinta, por su naturaleza y fines, a la exigida al actor, como veremos.

Las resoluciones que dicte el Juez sobre el desarrollo de la comparecencia, sobre su contenido y sobre la prueba propuesta, son irrecurribles, si bien, previa protesta, puedan alegarse las posibles infracciones en el recurso que quepa contra el auto que resuelva las medidas cautelares (art. 734.3 LEC).

C) *Resolución y recurribilidad:* La decisión tras la vista se toma mediante auto, a dictar en el plazo de 5 días (art. 735.1 LEC), en el que la motivación adquiere especial relevancia[40], que puede tener alguno de los siguientes contenidos:

1.º Acordamiento de la medida: Si accede a la solicitud, el auto debe proveer respecto a estas dos cuestiones (art. 735.2, I LEC):
   a) En cuanto a la medida cautelar en sí: El Juez debe fijar con toda precisión la medida o medidas cautelares que se acuerden, precisando el régimen al que estarán sometidas, a efectos de lograr su mayor efectividad posible se entiende.
   b) Sobre la caución: El Juez debe determinar, en su caso, la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse por el solicitante.
   Por lo que hace referencia a la resolución del ofrecimiento de la caución sustitutoria realizado por el demandado, v. *infra*.

39. Véanse DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en DE LA OLIVA SANTOS / DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ / VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 400 ; y BARONA VILAR, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, *Proceso Civil*, cit., págs. 680 y 681.

40. Porque limita o restringe los derechos de quien padece la medida cautelar, de acuerdo con doctrina consolidada del TC. Véase BARONA VILAR, en MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, *Proceso Civil*, cit., pág. 682.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El auto que acuerda medidas cautelares es recurrible en apelación en un solo efecto (art. 735.2, II LEC).

2.º Denegación de la medida: En cuyo caso, el auto es recurrible en apelación, que tendrá tramitación preferente, imponiéndose las costas al solicitante (art. 736.1 LEC).

La LEC toca el tema de la eficacia de cosa juzgada material de las resoluciones cautelares de manera indirecta y no completamente clara, al permitir su variabilidad cuando se justifique la producción de hechos o circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta en el momento de su concesión (art. 743, I). Nuestra Ley Procesal común no reconoce, por tanto, ni explícita ni implícitamente la producción de cosa juzgada en los autos resolutorios de medidas cautelares. Por otro lado, ni el art. 222, ni el art. 447 LEC, dedicado el primero expresamente a la cosa juzgada material, mencionan para nada a las resoluciones de medidas cautelares como beneficiadas por ésta, el principal efecto del proceso, y el segundo precepto tampoco. Pero ello no es exactamente así, y tales normas no deben interpretarse literalmente, porque no debe caber la menor duda que, diga lo que diga la LEC, habrá que seguir entendiendo que si las circunstancias existentes en el momento de adoptarse la medida cautelar concreta, siguen dándose, el auto en que se acuerde es inmodificable y por tanto la situación que cautelan no se puede alterar, lo que es efecto propio de la cosa juzgada material[41].

D) *Ejecución de la medida:* Presupuesto previo para la ejecución de la medida cautelar acordada por el Juez es, recordemos, que el beneficiado por ella preste la caución del tipo y cuantía fijadas (arts. 728.3, I y 737, I LEC). El Juez decidirá sobre la caución y su importe en función de los criterios de idoneidad y suficiencia (art. 737, II LEC)[42], norma que no se

41. Véase, exactamente en ese sentido, MONTERO AROCA, en MONTERO AROCA / ORTELLS RAMOS / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO, *Derecho Jurisdiccional*, t. II *Proceso Civil* (80 ed.), cit., págs. 370 y 371. En contra se manifiesta CORTÉS DOMÍNGUEZ, en CORTÉS DOMÍNGUEZ / GIMENO SENDRA / MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, cit., págs. 494 y 495. Se expresa con matices DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en DE LA OLIVA SANTOS / DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ / VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 404.

42. El art. 739, II PLEC decía que el Juez tomaba la decisión bajo su responsabilidad, no sabiéndose muy bien qué se quería decir exactamente con esa expresión, salvo que se estuviera aludiendo a la responsabilidad civil por daños a que todo Juez está sujeto. Con buen criterio, la LEC ha eliminado esta referencia.

comprende bien a la vista de la fijación que ordena el art. 735.2, I LEC, pues ya ha sido fijada la cuantía en el auto que acuerde la medida cautelar[43].

Una vez prestada caución, la medida se ejecuta de oficio, no a instancia de parte, inmediatamente, empleando para ello los medios que fuesen necesarios, incluso los previstos para la ejecución de sentencias (art. 738.1 LEC), por tanto, conforme a su naturaleza. Ello afecta a todas las medidas cautelares posibles, tanto las del art. 726 como las del art. 727, aunque la LEC ha creído conveniente precisar particularidades relativas a alguna medida cautelar[44], como:

1.º El embargo preventivo: Remitiéndose a los arts. 584 y ss., que regulan el embargo ejecutivo de bienes, con el matiz de no estar obligado el deudor a la manifestación de bienes del art. 589 (art. 738.2, I)[45].

2.º La administración judicial de bienes: Remitiéndose a los arts. 630 y ss., que regulan esta garantía de la afección en la ejecución (art. 738.2, II).

3.º La anotación preventiva de la demanda: Remitiéndose a las disposiciones registrales aplicables, contenidas en la legislación hipotecaria (art. 738.2, III).

Norma importante es la prohibición de enajenación que rige para depositarios, administradores judiciales o responsables de bienes y derechos trabados, sobre los mismos, mientras no lo autorice el órgano jurisdiccional concurriendo circunstancias tan excepcionales que resulte más gravosa para el patrimonio del demandado la conservación que la enajenación (art. 738.3 LEC)[46].

43. Véase la acertada crítica de VALLS GOMBAU, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS / RIFA SOLER / VALLS GOMBAU (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., t. III, págs. 3344 y 3345.

44. Que explica con detalle VALLS GOMBAU, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS / RIFA SOLER / VALLS GOMBAU (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., t. III, págs. 3348 a 3351.

45. Con el fin de evitar al demandado una injerencia en su esfera patrimonial mayor de la necesaria, v. HERNÁNDEZ PUERTOLAS, en LLEDO YAGÜE (Director), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Dykinson, Madrid 2000, pág. 683.

46. Véase la explicación, convincente, de VALLS GOMBAU, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS / RIFA SOLER / VALLS GOMBAU (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., t. III, pág. 3353.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

V. El procedimiento sin audiencia del demandado

La segunda variante procedimental, una vez presentada la solicitud de adopción de medidas cautelares, consiste en cursarla sin audiencia del demandado (art. 733.2 LEC).

Antes de entrar en ello, sin embargo, existe una posibilidad concreta de realizar un trámite del procedimiento de las medidas cautelares, también sin audiencia del demandado, sólo que en este caso tiene que sufrirlo sin poder formular causa de oposición alguna: El Juez puede ordenar, a instancia de parte, cuando la medida cautelar solicitada sea la de prohibición o la de cesación de una actividad ilícita (antes vista), que se emitan informes u ordenar investigaciones que el solicitante no pueda llevar a cabo o aportar y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud, "sin dar traslado del escrito de solicitud" (art. 732.2, II LEC).

En cuanto al procedimiento de oposición en particular, debemos considerar las siguientes cuestiones:

A) *Presupuestos:* Para que la medida cautelar se pueda adoptar sin audiencia del demandado, se requiere que lo pida expresamente el solicitante, que justifique que concurren razones de urgencia, o que se piense que la audiencia al demandado podría comprometer la efectividad de la medida, y que lo autorice el Juez (art. 733.2, I primera frase LEC).

La LEC exige en esa norma que el actor solicitante de la medida acredite el porqué de su petición de exclusión de la contradicción, es decir, que indique y justifique que concurren razones de urgencia o de peligro de efectividad de la futura medida cautelar que se adopte[47]. La decisión es del Juez naturalmente.

B) *Resolución:* El Juez, dados los anteriores requisitos, acordará la medida sin audiencia del demandado, y ningún otro trámite, pero hay que entender que concurriendo los presupuestos generales de la medida, mediante auto, en el plazo de 5 días, estableciéndose la disposición de que el auto no contendrá en el mismo escrito su fundamentación, sino que constará por separado (art. 733.2, I segunda frase LEC), que para el legislador es la manera más coherente de tramitar en estos momentos la solicitud sin la audiencia del deudor.

La razón por la que la fundamentación de la concurrencia de los requisitos de la medida y la justificación de la no audiencia del demandado constan por separado, reside en no querer notificar la resolución a la persona que, sobre aviso, podría frustrar la efectividad de la medida, es decir, al demandado, y, al mismo tiempo, garantizar que esta disposición no vulnera el principio constitucional de la prohibición de la indefensión o contradicción del art. 24 CE[48]. Pero la LEC debía haber asegurado mejor esta cuestión, o al menos de otra manera igualmente respetuosa con nuestra norma fundamental, a saber, notificando el auto completo cuando la medida cautelar ya está ejecutada, manteniendo hasta entonces la reserva de las actuaciones, acordada en la misma resolución ("sin dar traslado del escrito de solicitud", si se nos permite utilizar la misma frase del art. 732.2, II LEC, que aquí no se recoge), como se hace por ejemplo en el proceso penal en casos de intervenciones telefónicas y declaración de secreto de actuaciones previa[49].

C) *Oposición del demandado:* El auto que se dicte en estos casos, es decir, acordando la medida cautelar sin audiencia del demandado, es irrecurrible (art. 733.2, II LEC), pero éste puede oponerse a la medida acordada y que se está ejecutando mediante un trámite específico, previsto en los arts. 739 a 742 LEC, que nos lleva a otra modalidad procedimental distinta.

Esta oposición no solamente garantiza el cumplimiento de principios constitucionales a los que nos referiremos de inmediato, sino que implica también la posibilidad de que el Juez pueda volver a estudiar la cuestión, y, en su caso, cambie de opinión.

1) *Requisitos:* La única condición fijada por la LEC para que esta oposición pueda llevarse a cabo, es que la medida cautelar haya sido acordada sin au-

47. Esto es una mejora respecto al PLEC, pues éste no previó, ante la gravedad de la decisión a tomar, una mínima actividad justificativa de la petición de exclusión de la contradicción, al menos de que concurriesen los presupuestos de la medida solicitada y que fuera necesario actuar "por sorpresa", por lo que parecía que iba a depender exclusivamente de las alegaciones al respecto del actor y de la decisión acto seguido del Juez. La solución la sugirió Ortells Ramos, *El procedimiento cautelar...*, cit., en Picó i Junoy (director), "Presente y futuro...", cit., pág. 693, proponiendo que se reformara el art. 735.2, I PLEC exigiendo una cierta actividad de comprobación, muy rápida (información sumaria).

48. La necesidad de motivación es, en cualquier caso, ineludible, V. Valls Gombau, en Fernández-Ballesteros / Rifa Soler / Valls Gombau (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., t. III, págs. 3331 y 3332.

49. Véase Gómez Colomer, *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia*, Revista Jurídica de Cataluña 1998, núm. 1, págs. 151 y 152.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diencia del demandado (art. 739). Por tanto, este procedimiento garantiza que el principio de contradicción del art. 24.2 no se vulnere, máxime cuando además, como dijimos al principio, el proceso cautelar integra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, según conocida Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La contradicción no es inexistente, sino que se aplaza su aplicación, queda deferida, si el demandado se opone. No oponiéndose, ningún precepto constitucional se ha vulnerado, pues basta con darle la oportunidad, en el proceso civil, para que la norma ordinaria se ajuste a la constitucional[50].

2) *Plazo:* La oposición está sujeta a un plazo de 20 días, a contar desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares (art. 739 LEC).

3) *Forma:* La oposición se formaliza mediante escrito (art. 739)[51]. Este escrito de oposición da lugar a un procedimiento específico cautelar (el previsto en el art. 741 LEC)[52].

Además de oponerse a la medida, el perjudicado por ella opositor puede ofrecer caución sustitutoria (art. 740, II LEC y v. *infra*).

4) *Ausencia de causa específica:* El demandado puede oponerse a una medida cautelar acordada sin su audiencia, esgrimiendo como causas "cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias..., sin limitación alguna" (art. 740, I LEC)[53]. Por tanto, deja las causas de oposición totalmente abiertas[54].

50. Véase MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal* (20 ed.), Ed. Tecnos, Madrid 1979, pág. 239.

51. El art. 742, II PLEC llamó a ese escrito de oposición "demanda", continuando con la tradición de los incidentes y de las tercerías en la LEC derogada (v. art. 1534 LEC de 1881), igualándolo a otros supuestos de oposición regulados en el propio Proyecto (por ejemplo, en el proceso monitorio, art. 816 PLEC, que no ha mantenido el vigente art. 818 LEC de 2000; o en el juicio cambiario, art. 822 PLEC, que sí ha conservado el art. 824 LEC de 2000).

52. Y no a un incidente de especial o previo pronunciamiento (v. arts. 389 y 390 LEC), ni tampoco a un juicio ordinario, como ocurre con el proceso monitorio (v. art. 818 LEC).

53. El Borrador de Anteproyecto de LEC exigía que el opositor alegara y demostrara su ilicitud, el no cumplimiento de los requisitos legalmente fijados, el inapropiado alcance o extensión de la misma, la clase impropia o la vulneración de otras circunstancias, sin limitación alguna (art. 741), pero el nuevamente redactado art. 741 del Anteproyecto, después art. 743, I PLEC, ya se inclinó por el texto que finalmente es el vigente.

54. Véase la explicación de VALLS GOMBAU, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS / RIFA SOLER / VALLS GOMBAU (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., t. III, pág. 3357. Por su parte, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentarios a la nueva Ley*

5) *Traslado del escrito:* El escrito de oposición es notificado al demandante principal o beneficiado por la medida cautelar, convocándose para una vista o comparecencia (art. 741.1 LEC).

6) *Vista:* La comparecencia se desarrolla de acuerdo con lo previsto en el art. 734 LEC (antes comentado). Recordemos que es posible practicar pruebas (justificaciones) según ese precepto, lo que plantea el problema, al no limitarse los motivos de oposición, de deslindar esas pruebas (justificaciones) para oponerse a las medidas cautelares de las verdaderas pruebas sobre el fondo del asunto. Esta vista no puede convertirse por ello en un acto más de defensa del demandado en cuanto al fondo del asunto principal.

7) *Resolución e impugnabilidad:* Celebrada la vista, el órgano jurisdiccional resuelve mediante auto, a dictar en el plazo de 5 días, sobre la oposición presentada (art. 741.2, I LEC), pudiendo tomar una de estas dos decisiones:

1.º Mantener la medida cautelar acordada, en cuyo caso condena en costas al opositor (art. 741.2, II LEC).

2.º Revocar la medida impuesta alzándola, en cuyo caso se deja sin efecto, condena al actor a las costas y, además en su caso, al pago de los daños y perjuicios que se hayan podido derivar de su ejecución (art. 741.2, III LEC y v. *infra*).

El auto en que se decida la oposición será apelable sin efecto suspensivo (art. 741.3 LEC)[55].

8) *Indemización de daños y perjuicios:* En caso de que triunfe la oposición del demandado y se levante la medida cautelar impuesta, éste tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados, siempre que los demuestre y los solicite expresamente.

de Enjuiciamiento Civil, Ed. Dijusa, Madrid 2000, pág. 941, enumera como posibles causas la ilicitud de la medida, su innecesariedad, la falta de requisitos, la inexactitud de la cuantía fijada en el auto, o la prestación de caución insuficiente para responder por los posibles daños y perjuicios.

55. Véase la crítica de SERRA DOMÍNGUEZ, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 99, quien considera que se tenía que haber distinguido entre decisión de mantenimiento de la medida y de revocación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El procedimiento específico para ello, otro más, se establece en el art. 742 LEC, remitiéndose a los arts. 712 y ss. (que regulan la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas, y la rendición de cuentas). Debe ser aplicable igualmente a los supuestos de indemnización previstos en los arts. 730.2, II y 745, I LEC. Una vez fijados por el Juez, se requerirá de pago al solicitante de la medida (el actor), procediéndose de inmediato, si no los pagare, a su exacción forzosa (art. 742 última frase LEC).

VI. El procedimiento para la sustitución de la medida cautelar por fianza

Hemos visto hasta ahora que el demandado tiene dos oportunidades para solicitar que, en vez de que se le imponga una medida cautelar concreta, o una vez impuesta para enervar sus efectos, se acepte una caución sustitutoria. Primero fue en la vista del procedimiento al que venimos llamando de referencia, es decir, cuando hay audiencia del demandado (art. 734.2, II LEC); luego, en la vista del procedimiento de oposición a la medida cautelar adoptada sin su audiencia (art. 740, II LEC).

Además de en estos dos momentos específicamente previstos, nada impide que el demandado pueda ofrecer caución sustitutoria en la contestación a la demanda del pleito principal, o incluso en un escrito autónomo anterior a esas vistas del procedimiento cautelar, con o sin audiencia del demandado, pues la generalidad del art. 746.1 LEC así permite afirmarlo, y el art. 747.1 LEC no lo prohíbe expresamente.

Ofrecer caución sustitutoria sólo significa aceptarse por el demandado que se da una situación jurídica cautelable, y que, por tanto, concurren los presupuestos de apariencia de buen derecho y de peligro en el retraso, y nunca que admite los hechos o que se allana a la pretensión principal (la lectura del art. 746.2 LEC así lo confirma)[56]. Sólo que la LEC concede a éste la posibilidad de que el bien no quede trabado, o que la medida cautelar no se ejecute, por los perjucios que podría depararle (v. art. 746.2 LEC), y que a cambio ofrezca, en su sustitución, una fianza suficiente, a juicio del órgano jurisdiccional, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que en su día y en su caso se dicte (v. art. 746.1 LEC)[57].

La solicitud correspondiente de caución sustitutoria, a la que se pueden acompañar los documentos justificativos de su solvencia, es analizada en una vista, a la que es citado el demandante, en donde se vigilará la concurrencia de los presupuestos y las consecuencias de la adopción de la medida, resolviendo el Juez mediante auto (art. 747.1, I y II LEC), que es irrecurrible, sea cual fuere su contenido (art. 747.2 LEC).

La caución sustitutoria puede consistir igualmente en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3, II, a saber, en lo que concreta esa norma, dinero en efectivo, o aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, o cualquier otro medio que garantice la inmediata disponibilidad económica (art. 747.3 LEC)[58], generalmente, atendida la práctica actual como dijimos, en aval bancario.

VII. El procedimiento para la modificación de las medidas cautelares

Dada la cláusula *rebus sic statibus*, o característica de temporalidad de las medidas cautelares, la LEC permite la modificación de las mismas, alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión, o dentro del plazo para oponerse a ellas, en este último caso, si la modificación se solicitare por el demandado (art. 743, I LEC). Recordemos que referencias implícitas a esta cláusula se encuentan también en los arts. 730.4, I y 736.2 LEC.

La nueva solicitud, del demandante o del demandado, da lugar a otro procedimiento particular, que se tramitará conforme a las reglas vistas para la adopción de medidas cautelares, con o sin audiencia del demandado en función de los presupuestos estudiados, pues el art. 743, II LEC, al remitirse a los arts. 734 y ss., no distingue.

56. Véase Damián Moreno, en Cortés Domínguez / Moreno Catena (Coordinadores), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tecnos, Madrid 2000, t. II (Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares), pág. 165.

57. La regulación de la caución es criticada por Serra Domínguez, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 100, porque puede ser contraproducente en algún caso, v.gr., de anotación preventiva de la demanda.

58. Véase Valls Gombau, en Fernández-Ballesteros / Rifa Soler / Valls Gombau (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., t. III, págs. 3381 y 3382.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

VIII. El procedimiento para el alzamiento de la medida cautelar impuesta

Finalmente, la LEC prevé también la finalización de la vigencia de la medida cautelar adoptada. Los supuestos de alzamiento o de extinción de la medida cautelar pueden llegar a ser hasta ocho, concretamente los siguientes:

1.º Por no interponerse la demanda dentro de plazo cuando se solicitó y obtuvo previamente a ella (art. 730.2, II LEC);

2.º Por terminación del proceso, por cualquier causa salvo sentencia condenatoria o auto equivalente (art. 731.1 LEC), norma que debe interpretarse en el sentido de que en este caso y procediendo la ejecución la medida preventiva no se alza, sino que se transforma sin solución de continuidad en ejecutiva. Este precepto constituye por otra parte la expresión más certera de las características de la instrumentalidad y de la temporalidad de las medidas cautelares (de "accesoriedad" habla el título oficial del art. 731 LEC), pues carecen de sentido si no dependen del proceso principal y, en concreto, de la resolución de fondo que en él se dicte, a la que están vinculadas irremediablemente, dejando de tener razón de existir cuando el proceso finaliza;

3.º Por suspensión del proceso por tiempo superior a 6 meses, siendo la causa imputable al solicitante de la medida (art. 731.1, II LEC), lo que implica que si la suspensión es por acuerdo entre las partes, la medida cautelar se mantiene;

4.º Por admisión de la ejecución provisional, siempre que la medida cautelar guarde relación con dicha ejecución (art. 731.2 LEC);

5.º Por absolución del demandado en la primera instancia del proceso, salvo que el apelante solicite su mantenimiento, o la adopción de alguna medida distinta, y el Tribunal, oída la parte contraria, teniendo en cuenta las circunstancias del asunto y previo aumento del importe de la caución, acceda a ello (art. 744.1 LEC)[59];

6.º Por estimación parcial de la demanda, en la parte que le afecte y oído el demandado (art. 744.2 LEC);

59. Véase Serra Dominguez, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 100.

7.º Por sentencia absolutoria firme, sea de fondo o procesal, en cuyo caso se dará paso al procedimiento del art. 742 para exigir los correspondientes daños y perjuicios (art. 745, I LEC); y

8.º Por renuncia a la acción o al derecho que fundamenta su pretensión, o por desistimiento de la demanda o recurso, con apertura igualmente del procedimiento para exigir daños y perjuicios (art. 745, II).

Pues bien, en estos casos, el procedimiento para el alzamiento de la medida cautelar impuesta es el más sencillo de todos los aquí contemplados. El Juez de oficio debe realizarlo, o declarar su extinción (art. 745, I LEC), siempre y cuando este efecto no se produzca automáticamente como consecuencia de la propia naturaleza de la causa, v.gr., por sentencia firme absolutoria. No obstante, en algún caso puede ser necesaria la instancia de parte, y ello no debe impedirse, por ejemplo, para recordar al Juez que han transcurrido los 20 días para interponer la demanda habiendo sido acordada una medida cautelar previamente a ella.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL Y LA SERIEDAD DE LA JUSTICIA (*)

Prof. Dr. Don JULIO GARCÍA CASAS
Titular de Derecho Procesal de la
Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla

SUMARIO

Introducción. — I. Ámbito. — II. Fundamento y naturaleza jurídica. — III. Resoluciones no ejecutables. — IV. La revocación de las resoluciones provisionalmente ejecutadas. — V. Reflexiones finales.

INTRODUCCIÓN

Entre las innovaciones fundamentales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil figura, sin lugar a dudas, la **ejecución provisional de resoluciones judiciales**: no hay más que leer los párrafos de su Exposición de Motivos, más tarde reflejados en los arts. 524 a 537. La Exposición de Motivos (apartado XVI) así lo reconoce expresamente, y ya desde el principio

(*) Trabajo realizado para el libro "EXPOSICIÓN DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL", dirigido por el Prof. Dr. Gutiérrez-Alviz y Conradi, en vías de publicación por la editorial Tirant lo blanch.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

anuncia que se trata de una "decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia". Con la ejecución provisional la Ley pretende, entre otras cosas, suprimir la posibilidad de que el recurrente, en apelación o en casación, utilice estos recursos con ánimo manifiestamente dilatorio, aún a sabiendas de que no le asiste razón alguna sobre el fondo. Cúmplese así la exigencia del precepto contenido en el artículo 24 C.E. que preconiza, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso rápido y eficaz.

Es evidente que la regulación legal, diáfana a partir del artículo 524 encontrará en su práctica severas dificultades, especialmente cuando se trate de ejecuciones de sentencias que condenan al cumplimiento de obligaciones de hacer y de no hacer. Sin embargo y pese a ello, los medios de ejecución provisional consagrados a partir del artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se manifestaron notoriamente insuficientes, en parte debido al carácter excepcional de la norma, y en parte debido a las reticencias de los Jueces de Primera Instancia o de las Secciones de las Audiencias, ante la posibilidad de que las sentencias recaídas en grado superior, fueran expresamente revocatorias en todo o en parte de las recurridas.

La Exposición de Motivos destaca que "el nuevo régimen de ejecución provisional deparará, a buen seguro, muchos más beneficios directos que perjuicios o casos injustos, y serán muy positivos tanto los efectos colaterales de la innovación radical proyectada como la disminución de recursos con ánimo exclusivamente dilatorio". Pero no se detiene ahí la fundamentación legal del instituto que ahora comentamos, porque la Ley aspira a lo más difícil: introducir un cambio de mentalidad en los pactos y en los pleitos; en los pactos, para cumplirlos, y en los pleitos, para afrontarlos asumiendo seriamente sus resultados. Es por ello por lo que la Ley pretende en suma, como propósito fundamental y no meramente verbal, dar **seriedad a la justicia**. Hemos invocado deliberadamente este párrafo de la Exposición de Motivos, para dar título a estas reflexiones, y porque además, y por encima de otros objetivos, la Administración de Justicia debe impartirse con total seriedad y consecuencia.

En el ámbito de la competencia de los órganos jurisdiccionales habrá que exigirles mejor preparación jurídica y humana, porque cuando la justicia se imparte con conocimiento de causa, ya desde la primera instancia es acreedora a todo tipo de estímulo y apoyo. De otra parte no es cierto que la justicia en primera instancia se imparta de manera inmotivada, pues ahí

están las sentencias confirmatorias en la segunda instancia. Y en el ámbito de los demás profesionales del Derecho, implicados en pleitos e instancias, habrá que exigirles el estricto cumplimiento de sus respectivos códigos deontológicos. En definitiva, e invocando de nuevo la Exposición de Motivos, la nueva Ley parte de la base de un serio quehacer judicial en todas las instancias y en los recursos extraordinarios; lo que proscribe y aparta definitivamente la pretendida falta de calidad de las resoluciones jurisdiccionales, pues si ese defecto existiere, ninguna Ley podría remediar.

Las reflexiones que siguen no pretenden ofrecer un análisis exhaustivo de tan novedosa y trascendente novedad legal, que viene a constituirse ahora en regla general para la ejecución provisional de todo tipo de sentencias, con las exclusiones señaladas en el artículo 525 de la nueva Ley; buscan sólo una aproximación a los problemas jurídicos que puedan suscitarse en la aplicación diaria de la Ley por los Tribunales de Justicia.

I. Ámbito

Resulta ya pacífico en la doctrina que "firmeza no es siempre sinónimo de ejecutabilidad", dado que puede darse la una sin la otra, es decir, puede haber firmeza sin ejecutabilidad y ejecutabilidad sin firmeza. El Profesor Díez-Picazo Giménez reflexiona con acierto afirmando de una parte que existen resoluciones judiciales firmes cuyo contenido no es por naturaleza susceptible de ejecución forzosa, invocando al respecto los pronunciamientos meramente procesales y los pronunciamientos mero-declarativos y constitutivos; y de otra, porque las Leyes procesales pueden permitir por razones de política legislativa que en casos concretos las sentencias de condena sean ejecutables aunque no sean firmes[1].

Así como, y a diferencia de lo que sucede con la ejecución de sentencias firmes que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el artículo 24.1 C.E. no garantiza la ejecución provisional de resoluciones no firmes, pudiendo permitirla, restringirla e incluso suprimirla;

1. *Vid.* Díez-Picazo Giménez, Ignacio, en *Derecho Procesal Civil*, (con Andrés de la Oliva Santos y Jaime Vegas Torres), página 358, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de ahí que hayamos afirmado que estamos en presencia de una cuestión de política legislativa que podríamos calificar de oportunidad.

Conforme al artículo 524.2 L.E.C. son susceptibles de ejecución provisional las sentencias de condena que no sean firmes, asignándose competencia al órgano judicial que sea competente para la primera instancia. Parecería, interpretando literalmente el precepto que sólo son provisionalmente ejecutables las resoluciones judiciales en forma de sentencia[2]. Sin embargo entendemos con de la OLIVA y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, que no existe razón legal alguna para que otro tipo de resoluciones judiciales puedan ser susceptibles de ejecución provisional, cuando también ocurre que no todas las sentencias de condena no firmes son susceptibles de ella, utilizando argumentos de pura lógica jurídica y de teleología elemental. En consecuencia no hay por qué negar la posibilidad de que ciertas resoluciones que adoptan la forma de auto y que contienen pronunciamientos de condena, sean susceptibles de ejecución provisional, pues si la Ley autoriza lo más, que es la sentencia, también debe permitir resoluciones judiciales de inferior rango. Y no es que entendamos que el auto es resolución judicial de inferior rango que la sentencia, sino que lo utilizan los Juzgados y Tribunales para resolver incidentes sobre liquidación de daños y perjuicios, rendición de cuentas frutos y rentas, sin que ello suponga anticipo alguno a la resolución definitiva sobre el fondo.

No faltan quienes, siguiendo una línea que pudiéramos calificar de tradicional, refieren la ejecución provisional exclusivamente a las sentencias. En este sentido la más moderna monografía sobre la materia, "*La ejecución provisional*" de Teresa ARMENTA DEU contiene una referencia prácticamente exhaustiva y constante a las sentencias de condena no firmes, sin mencionar ningún otro tipo de resolución judicial, salvo en materia referente a liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas, y rendición de cuentas, a que se refiere el artículo 716 L.E.C. Afirma que el auto que recaiga en el procedimiento correspondiente fijando las cantidades que deben abonarse como daños y perjuicios, y que no tiene efectos suspensivos, admite la posibilidad de su ejecución provisional por los trámites generales de los artículos 524 y siguientes L.E.C.. La autora, sin embargo opone a tal interpretación la referencia constante a "sentencias", que se efectúa a lo largo de

2. En este sentido se pronuncia MONTERO AROCA, JUAN: *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, página 538, Tirant lo blanch, Valencia, 10ª edición, 2000.

toda la ordenación legal de la ejecución provisional, excepción hecha en su Encabezamiento ("de la ejecución provisional de resoluciones judiciales"). Por nuestra parte, si se tiene en cuenta que el auto es meramente liquidatorio, e integra con la sentencia de condena el título ejecutivo perfecto para ejecución dineraria, el obstáculo desaparece[3].

II. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la ejecución provisional no es un derecho fundamental comprendido en el artículo 24.1 C.E., sino de configuración legal ordinaria, sometido por tanto a los requisitos establecidos por el legislador. Como recuerda el propio Alto Tribunal[4] "la ejecución provisional se enmarca dentro de los ámbitos de la tutela judicial efectiva, como un derecho de prestación, cuyas condiciones de ejercicio corresponden al legislador". Su base constitucional se encuentra en la efectividad de la tutela judicial (artículo 24.1 C.E.), y en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 C.E.). Conviene pues destacar que de acuerdo con la modificación introducida por la Ley de Reforma Urgente de 6 de agosto de 1984, la ejecución provisional seguía teniendo carácter excepcional, frente al efecto suspensivo de los recursos, y frente al carácter de regla general que hoy se le otorga, lo que determinó en muchas ocasiones la adopción de criterios muy rigurosos de los Juzgados y Tribunales para concederla; por ejemplo "no hay que olvidar que el espíritu de la reforma urgente de la L.E.C. en esta materia trata de evitar que la demora en los trámites judiciales se convierta en un privilegio para el condenado en la primera instancia, quien, si apela, encuentra al menos el beneficio a su favor de una resolución dilatoria en la alzada con el posible perjuicio para el ejecutante" (S.A.P. de Sevilla de 25 de noviembre de 1988).

No se oculta pues que la base fundamental de este instituto está precisamente en la duración a veces excesiva de un proceso. Mas en la hermeneútica para desentrañar el fundamento y oportunidad de la institución se encuentran otros motivos, tales como el *periculum in mora* derivado del

3. *Cfr.* ARMENTA DEU, TERESA: *La ejecución provisional*, La Ley, Madrid, 2000, páginas 6, 48, 49, 53, 54, 56, 58, 150 y 151.

4. SS.T.C. 90/1985 y 113/1989.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

perjuicio que ocasiona la suspensión de la eficacia de la resolución, la probabilidad de permanencia de la resolución o la presunción de verdad de dicha resolución que pone fin a una instancia y finalmente, la propia efectividad de la sentencia, en funciones preventivas, agilizadoras o satisfactivas, motivos todos recogidos por ARMENTA DEU en la monografía citada, y que comparto plenamente.

Dada mi condición de Magistrado en Secciones de lo Civil de la Audiencia Provincial de Sevilla, quiero resaltar que el verdadero fundamento del instituto que estudiamos, se encuentra en la función preventiva que trata de frenar la utilización fraudulenta y dilatoria del sistema de recursos que la Ley concede. Las demás funciones señaladas, agilizadoras en cuanto tiende a aliviar el número de asuntos en los Juzgados o la satisfactiva, contraída al cumplimiento inmediato de una resolución favorable, se presentan —en mi óptica procesal— como justificación secundaria menos relevante. Son estos principios, como destaca ORTELLS RAMOS[5], los que inspiraron en mayor medida al legislador de 1984 y al de la Ley actual de 2000.

Es claro, por otra parte, que la ejecución provisional no aparece en su regulación como una actividad de naturaleza cautelar, sino meramente ejecutiva. La propia Exposición de Motivos así lo corrobora cuando dice que "la ejecución provisional no es, por supuesto, ninguna medida cautelar, y supone, de ordinario, efectos de más fuerza e intensidad que los propios de las medidas cautelares. Pero en un caso además, de una razonable oposición, existe una sentencia precedida de un proceso con todas las garantías y en el otro, sólo el *fumus bonis iuris*".

En este sentido la reforma de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, ha supuesto en definitiva un paso más y muy importante hacia la configuración de la ejecución provisional como otro instrumento al servicio de una tutela judicial efectiva. Las dudas y recelos para superar el pretendido equilibrio que se considera producido a favor del ejecutante, se corrige eliminando la necesidad de prestar caución, estableciendo la posibilidad de acordar medidas que eviten o impidan daños y perjuicios, especialmente en los supuestos de revocación de un pronunciamiento de condena provisionalmente ejecutado, y finalmente eliminando la obligación de ofrecer medidas alternativas a las acciones ejecutivas concretas. La propia Exposición de

5. ORTELLS RAMOS, MANUEL, "Para la reforma de la ejecución provisional en el proceso civil", en Justicia, 1981, nº II, páginas 294 y 295.

Motivos, que en este aspecto ofrece luz intensa y diáfana acerca del instituto que estudiamos, destaca la confianza en la Administración de Justicia en primera instancia, justicia de la que en muchos casos se desconfía injustificadamente, y la dificultad equiparable entre resolver sobre la ejecución provisional y la adopción de medidas cautelares, otorgar mayor seriedad a la propia justicia, y sobre todo la existencia de una resolución judicial favorable dictada ya con todas las garantías procesales y constitucionales, la satisfacción de las expectativas legítimas del acreedor que vence en el pleito, y finalmente la limitación a la utilización de recursos a efectos meramente dilatorios.

Frente a esta tendencia de evitar o al menos contribuir a que no se alargue el proceso con recursos temerarios, se ha venido reclamando otra finalidad, tuteladora de los derechos reconocidos en la resolución cuya ejecución provisional se realiza, pero que valore a la vez, los derechos de la parte provisionalmente vencida. La Ley vigente, en los artículos 524 a 537, se pronuncia claramente por una "ejecución provisional de toda sentencia de condena, con las excepciones que la propia Ley establece, y sin necesidad de prestar caución". El riesgo posible se asume articulando una fase de oposición regulada con carácter muy amplio cuando se trata de la ejecución de condenas no dinerarias, para preservar en la medida de lo posible y por los medios que las Leyes conceden, la *restitutio in integrum*, mediante el acceso directo a la vía de apremio.

Opina el Profesor MUERZA ESPARZA[6] que "a pesar de lo relevante de la reforma de la Ley de 2000, su regulación resultó parca y desacertada, especialmente en materia de procedimiento". Y es cierto, porque problemas atinentes al ámbito de las resoluciones ejecutables, a lo que ya nos hemos referido, la legitimación, la determinación de la denominada "fianza", o la insuficiencia en la regulación de los efectos que provoca la revocación de una sentencia ya provisionalmente ejecutada, continúan hoy día pese a los avances doctrinales y jurisprudenciales, sin resolverse con criterio uniforme. Sin embargo, y siguiendo siempre al Profesor MUERZA ESPARZA, "las circunstancias que justificaron su existencia no parece que hoy se pongan en duda", porque si lo que en definitiva se persigue es que la Administración de Justicia sea seria y responsable, no cabe duda que la simple realidad

6. *Vid.* MUERZA ESPARZA, JULIO J.: "Algunas consideraciones sobre la ejecución provisional en la Nueva Ley", Aranzadi Civil, nº 16, diciembre 2000, página 16.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de una sentencia definitiva de condena otorga al acreedor una especial fortaleza en su derecho, que puede llevar a que el Tribunal acuerde la ejecución provisional con cautelas. De otra parte, si lo que se pretende, insistimos, es la seriedad de la Justicia, debe evitarse a toda costa que el deudor condenado en una sentencia fundamentada y motivada, utilice los recursos que la Ley le ofrece con la única y torticera finalidad de alargar el proceso, retrasando en consecuencia la ejecución. Finalmente a nadie se le oculta que la ejecución provisional va a descargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales superiores, con el efecto disuasorio a un posible recurrente, que se encuentra ante una sentencia o resolución ya ejecutada o en fase de ejecución.

De acuerdo pues con estas premisas, las características generales de la nueva regulación pueden sintetizarse de la forma siguiente: primero, de una parte se instaura un régimen completo y unitario de la institución, y segundo, de otra la sentencia de condena provisionalmente ejecutable constituye un título ejecutivo equiparable a la sentencia de condena firme (artículo 524), tercero, el solicitante de la ejecución provisional de una sentencia de condena en primera instancia está exento de prestar simultáneamente caución (artículo 526), lo que viene a constituir una de las más importantes novedades que presenta toda la Ley de Enjuiciamiento Civil, acorde con el criterio de política legislativa recogido en la Exposición de Motivos, cuando afirma que las sentencias de primera instancia "no recaen con menos garantías sustanciales y procedimentales de ajustarse a Derecho que las que constituyen el procedimiento administrativo, inmediatamente ejecutables, salvo la suspensión cautelar que se pida a la jurisdicción de ese orden y por ella se otorgue". En cuarto y último lugar, cualquier régimen de ejecución provisional no puede prescindir de un hecho jurídico incuestionable: que la sentencia provisionalmente ejecutada acabe siendo revocada por el órgano superior. Por ello, la Ley no olvida los intereses legítimos de la parte provisionalmente vencida, estableciendo un régimen de oposición a la ejecución provisional (artículos 528 a 530 y 535-3), de suspensión (artículo 531), previendo además un conjunto de reglas para los distintos casos de "revocación de resoluciones provisionalmente ejecutadas" (artículo 533, 534, y 537). La seriedad de la justicia ante esta opción legislativa exige eficacia suficiente aún ante el hecho de soportar ciertos riesgos, siendo cierto además que la crisis de la justicia no es más grave en la primera instancia que en las demás, siendo así que el contenido de las resoluciones judiciales depende de la calidad profesional de

quienes las dictan. Ya nos referimos en la Introducción a este aspecto: Jueces preparados y Letrados responsables.

Existen ya manuales, monografías y artículos especializados en revistas jurídicas, que ofrecen un estudio completo y pormenorizado de este nuevo instituto procesal. No es ésta la finalidad que pretenden estas reflexiones, contraídas a poner de relieve la incidencia que la nueva regulación va a tener sobre una justicia seria y responsable. No ha escatimado el legislador esfuerzos notorios para tal finalidad, regulando de manera coherente todo el articulado que dedica a la ejecución provisional a partir del artículo 524.

Buena prueba del talante y predisposición aperturista de la magistratura aplicando la nueva normativa, es el Auto de 5 de diciembre de 2000, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, resolución dictada pocos días antes de la entrada en vigor de la Nueva Ley, en la cual la Audiencia manifiesta que "la nueva Ley que entrará en vigor en poco más de un mes de la fecha de esta Resolución, consagra la ejecución provisional de todas las sentencias, sin más exclusiones que las justificadas por la materia sobre la que versa y que recoge el artículo 525 de la misma, incluso sin precisar fianza alguna por parte del ejecutante, de forma que lo que hasta ahora era la excepción y con fianza, pasará a ser en breves fechas la regla general y sin ningún tipo de fianza. Con estas perspectivas y atendidas las consideraciones expuestas con anterioridad, no parece acertado mantener esa negativa absoluta a la ejecución provisional solicitada, por lo que procede la estimación del recurso accediendo a la ejecución provisional de la sentencia dictada (...)"[7].

En definitiva, la naturaleza jurídica y el fundamento de este instituto procesal mantiene una estrecha relación de dependencia, que la propia Exposición de Motivos se preocupa en resaltar. Desde mi óptica jurídica, es el fundamento de esta institución el que reporta mayor interés y enjundia, pues explica y justifica sobradamente la finalidad que el legislador pretende, mientras que los problemas atinentes a su naturaleza jurídica, con la distinción entre ejecución y medidas cautelares, por ejemplo, pertenecen más bien al enfoque teórico y científico de la institución.

7. *Vid.* Auto de 5 diciembre 2000 (Recurso de Apelación número 364/2000), de la Audiencia Provincial de Córdoba.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

III. Resoluciones no ejecutables

El artículo 385 de la L.E.C. anterior, modificada por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 6 de agosto de 1984, fijaba mediante *numerus clausus* las resoluciones excluidas de ejecución provisional: sentencias recaídas en juicios sobre paternidad, filiación, divorcio, capacidad, estado civil o derechos honoríficos. Su fundamento era evidente: la imposibilidad de determinar con carácter provisional el estado o condición civil de las personas. Ya antes de la Ley vigente multitud de resoluciones judiciales suscitaron el problema de si podían ejecutarse provisionalmente las medidas provisionales de carácter económico y otras, en los procesos de separación y divorcio; en suma, ya se planteó el problema de la ejecución provisional de los pronunciamientos secundarios. Entre otras cosas nos referiremos a este problema, a la luz de la jurisprudencia más reciente, en el comentario de los párrafos enumerados en el artículo 525 de la nueva Ley[8].

Conforme al artículo 524.2 son susceptibles de ejecución provisional las "sentencias de condena que no sean firmes". Ya nos hemos referido a la extensión del precepto para resoluciones que no adopten la forma de sentencia (*vid*. ámbito más atrás). Y si bien la L.E.C. permite la ejecución provisional de cualquier pronunciamiento de condena aunque la sentencia que le acoja no sea firme, señala a continuación, en el artículo 525 determinados supuestos de sentencias no provisionalmente ejecutables:

1.º Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil, y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso.

En algunas ocasiones, como en ésta, la Ley establece, más que exclusiones, verdaderas obviedades, porque en realidad los pronunciamientos recaídos en estos procesos no son de condena, sino constitutivos o meramente declarativos. Al no ser susceptibles de ejecución forzosa, tampoco pueden ser susceptibles de ejecución provisional. Pero la Ley se preocupa

8. *Cfr*. en Armenta Deu, Teresa: *op. cit*., página 64 y siguientes.

de salvar al respecto los pronunciamientos que se refieran a las obligaciones patrimoniales entre los cónyuges. Muchas veces se pronunció el Tribunal Supremo acerca de la imposibilidad de transigir en cuestiones relativas al estado civil y condición de las personas, conforme a la exigencia del artículo 1814 C.C., sobre cuestiones matrimoniales, y alimentos futuros, porque cuantas veces se suscitó el problema jurídico de la extensión del artículo citado a cuestiones económicas o patrimoniales, derivadas del matrimonio o de otros procesos sobre el estado civil de las personas, concluyó, en reiterada doctrina de aplicación diaria por los Tribunales, que el artículo 1814 no incluía los pronunciamientos secundarios de contenido fáctico o económico, contenidos en las sentencias recaídas en dichos procesos. En definitiva, no se puede transigir sobre cuestiones matrimoniales, más sí se puede transigir, sin vulnerar el precepto, sobre cuestiones patrimoniales. La misma filosofía jurídica ilustra el final del párrafo primero del nuevo artículo 525 que comentamos.

A este respecto el Auto de 25 de octubre de 2000, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera, argumentaba ya incluso antes de la entrada en vigor de la norma que "a juicio de esta Sala y como ya se ha pronunciado esta Audiencia Provincial[9] en reiteradas ocasiones, el pronunciamiento principal de las sentencias referidas al estado civil de las personas no es susceptible de ejecución provisional, dado que su posible revocabilidad puede causar daños y perjuicios irreparables; sin embargo estos efectos no se producen en los pronunciamientos complementarios del principal, respecto de los que no se pronuncia específicamente la Ley, y que pueden incardinarse en los párrafos 1 y 2 del artícuo 385 (entonces vigente), siempre que la ejecutabilidad de los mismos no produzca un perjuicio irreparable (y bien es sabido que la irreparabilidad o no de un perjuicio de índole económica se traduce siempre en su posible indemnización). La resolución dictada en la primera instancia no concede efectos retroactivos a lo dispuesto en el artículo 774.5 de la L.E.C. 1/2000, de 7 de enero, sino que menciona el citado precepto con el fin de interpretar el alcance del artículo 385 de la anterior Ley. Tal interpretación viene asimismo corroborada en lo preceptuado por el artículon 525 de la nueva Ley, por lo que el criterio de la regulación legislativa resulta inequívoco, y puede ser utilizado para la inter-

9. *Vid*. Sentencias y Autos de la Audiencia Provincial de Navarra, de 25 de octubre de 2000, y Sentencia 135/2000 de la Sección Tercera.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pretación de la cuestión a dilucidar, sin que ello suponga en modo alguno una aplicación retroactiva de la norma procesal".

En sentido análogo se pronuncia el Auto de 1 de febrero de 1999, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección Cuarta[10], en cuyo fundamento jurídico segundo, se dice textualmente: "sobre la posibilidad de ejecutar provisionalmente una sentencia de separación matrimonial, son básicamente dos las posiciones doctrinales y jurisprudenciales. Por un lado, la de los que consideran la sentencia de separación como un todo indivisible, de modo que como quiera que la separación afecta al estado civil, no puede concederse la ejecución provisional de la sentencia al estar expresamente vedada por el artículo 235.3 (de la L.E.C. anterior) (...). La otra posición, acogida por esta Sala, es la de quienes consideran, que habida cuenta de que la finalidad perseguida por la ejecución provisional es el amparo judicial inmediato de determinados derechos, deben evitarse las dilaciones inherentes al recurso de apelación, por lo que entienden que salvo los ámbitos propios del estado civil de las personas, existentes en toda sentencia de separación, el resto de sus contenidos, como lo son por ejemplo el pago de cantidades líquidas o liquidables relativas a pensiones, los temas relativos a la custodia de los hijos, el régimen de visitas, la atribución del domicilio familiar, etc., siempre que el Juez considere que su ejecutividad provisional no haya de producir un perjuicio irreparable, pueden ser adoptadas en trámite de ejecución provisional, en piezas separadas".

Es evidente que la doctrina expuesta busca la economía procesal, pues sería contrario a la lógica obligar al litigante favorecido por la sentencia de primera instancia, tuviere que acudir a un nuevo procedimiento incidental para obtener la concesión de medidas patrimoniales que ya le fueron otorgadas en la sentencia de instancia recaída en el proceso principal. La Sentencia transcrita en el párrafo anterior es diáfana y anticipa la solución que el legislador del 2000 adopta en el párrafo primero del artículo 525.

Sería ocioso recordar que la solución apuntada no puede referirse a medidas patrimoniales que hubieren sido adoptadas con carácter previo a la interposición a la demanda (artículos 1881 y siguientes de la anterior Ley),

10. *Vid.* Auto de 1 de febrero de 1999, Recurso de Apelación número 96/1998, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección Cuarta, que recoge importante doctrina general sobre la materia.

ni durante la tramitación del proceso (artículos 103 y siguientes C.C.), pues en tales casos es doctrina mayoritaria la que mantiene que tales medidas desplegarán sus naturales efectos hasta que alcance la firmeza la sentencia definitiva que las haya confirmado o sustituido[11].

Con la nueva Ley en la mano, el artículo 525.1 zanja definitivamente la cuestión. Y por si quedaran dudas el artículo 774 al regular las denominadas "medidas definitivas", establece en su apartado 5 que los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia, no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Es claro pues que, en las causas matrimoniales no puede hablarse en sentido estricto de ejecución provisional.

2º. Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad

Trátase de una subespecie de las denominadas "condenas de hacer", que reciben de la L.E.C. un tratamiento especial en el artículo 708. El motivo que ha llevado al legislador en el artículo 525 a excluirlas de la ejecución provisional, no es otro que el de la grave inseguridad jurídica que se produciría cuando, una vez ejecutada provisionalmente, el órgano superior las revocare. Prima por consiguiente el principio de seguridad jurídica ante la peculiar idiosincrasia de este tipo de sentencias de condena. No hay que olvidar que en definitiva, es la irreparabilidad de los perjuicios lo que ha movido al legislador por esta opción, eliminando así interpretaciones contrapuestas[12]. No estaría de más la consulta de lo establecido en los artículos 708 a 712 de la L.E.C., si bien jurisprudencialmente se fue abriendo camino una línea interpretativa favorable a la ejecución provisional de resoluciones de naturaleza diferente a las de condena a cantidad líquida[13].

11. *Vid.* MUERZA ESPARZA, Julio M.: *op. cit.*, página 21.

12. *Vid.* ARMENTA DEU, Teresa: *op. cit.*, páginas 71 y 72, así como CABALLOL ANGELATS, L.: "La ejecución provisional en el anteproyecto de L.E.C.", en la obra *Presente y futuro del proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1998, página 591.

13. En especial, Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla, de 25 de noviembre de 1988 (Sala Primera), y Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 16 de septiembre de 1988, y de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección Primera), de 17 de mayo de 1999.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

3º. Las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial

Observa el Profesor DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ[14] que estos pronunciamientos no son propiamente de condena, y por tanto tampoco susceptibles de ejecución forzosa. Partiendo de esta aseveración, las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de un título de propiedad industrial, mientras no se afirme, no será eficaz en lo que concierne a dicha declaración; en una línea de pura lógica jurídica tampoco serían susceptibles de ejecución provisional los pronunciamientos de condena que acompañen a dicha declaración de nulidad o caducidad. Y puesto que la Ley no excluye estos pronunciamientos, como excluye las cuestiones patrimoniales del párrafo 1º relativas a los procesos sobre nulidad de matrimonio, separación y divorcio, etc., hay que entender que la Ley ha querido excluir de la ejecución provisional todos los pronunciamientos de condena realizados en procesos sobre propiedad industrial. Yo sin embargo entiendo que no existe razón de fondo alguna para tal exclusión, porque en mi óptica procesal esos pronunciamientos son perfectamente ejecutables con carácter provisional. Veremos enseguida como se pronuncia al respecto la jurisprudencia de los Tribunales.

No hay que olvidar que esta hermeneútica se está refiriendo, en realidad, no a los pronunciamientos principales de nulidad o caducidad de los títulos de propiedad industrial, sino a aquellos otros que son consecuencia de los mismos, como pueden ser la necesidad de cesar en la actividad de explotación, de la patente o de la marca, la retroactividad limitada, etc., recogidos específicamente en la Ley de Patentes (artículos 112 a 118), y en la Ley de Marcas (artículos 47 a 57, ambos inclusives).

4º. Las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los tratados internacionales vigentes en España

Aparte del artículo 31 del Convenio de Bruselas, sobre "Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Judiciales", que expresamente autoriza la ejecución, hay que partir del supuesto de que en nuestro Derecho vigente para que las sentencias extranjeras tengan eficacia ejecutiva en España, es

14. *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y VEGAS TORRES, Jaime: *op.cit.*, página 363.

preciso que sean homologadas o reconocidas por un órgano judicial español, a través de un procedimiento, el "*exequatur*", previsto en los artículos 951 y siguientes de la L.E.C. de 1881 (que recordemos permanen en vigor, hasta que no se promulgue una legislación específica, tal y como se establece en la D.Derogatoria .1º L.E.C.), y en consonancia con ello, artículo 22.11 L.O.P.J., cuya primera exigencia es la firmeza de la sentencia. El problema consiste en saber si se puede ejecutar en España una sentencia que ha sido declarada provisionalmente ejecutable en el Estado en que fue dictada. Como muy bien observa el Profesor MUERZA ESPARZA, a diferencia de lo que sucede con las sentencias firmes, objeto de ejecución siempre en otros Estados, la ejecución provisional de resoluciones recurridas no está prevista en todos ellos, y, si lo está, lo es con matices y diferencias. Yo entiendo que habrá de estarse en todo caso a lo que establezca el correspondiente Tratado Internacional, siempre que lo que estos Estados regulen al respecto no se oponga o contradiga a la ejecución provisional vigente en España.

No olvidemos tampoco el principio de reciprocidad y otras disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional, que funcionan en la ejecución de resoluciones firmes, y que analógicamente se pueden aplicar a las definitivas. Todo esto se entiende sin perjuicio de solicitar la adopción de medidas cautelares conforme al artículo 24 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, ya que la propia sentencia recurrida sería un documento inmejorable del *fumus bonis iuris* de la alta probabilidad de que se dicte en el proceso principal sentencia firme favorable[15].

Como apéndice a las cuestiones que hemos tratado, merece destacar un supuesto de singular enjundia procesal: **la ejecución provisional de la condena en costas**. La L.E.C. no hace pronunciamiento alguno a este respecto. Y el tema, por consiguiente, es y sigue siendo objeto de enconado debate. Los detractores de esta ejecución provisional argullen que la tasación de costas no se realiza hasta la firmeza de la resolución, por lo que no cabe una tasación provisional, a los efectos de la ejecución provisional. Hay autores como ASENCIO MELLADO, que niegan rotundamente dicha posibilidad por entender que la declaración de costas no goza de vinculación directa o inmediata con el objeto principal, pues tiene carácter siempre accesorio. De

15. En este sentido, *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas cautelares del proceso civil extranjero (artículo 24 del Convenio de Bruselas)*, Comares, Granada, 1998, páginas 359 a 361.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

otra parte, los propios detractores refuerzan el sentido que se quiera dar a la excepción de la prohibición de ejecutar provisionalmente en el artículo 525.1,1ª. Por mi parte, y habida cuenta de mi posición de Magistrado en la Audiencia, siempre he defendido la solución contraria es decir, favorable a la ejecución provisional de la condena en costas, porque si bien dicho pronunciamiento es accesorio, el pronunciamiento sobre costas es siempre necesario, conlleve o no la condena, cuyo título es siempre la propia sentencia. De tal manera que si hay condena en costas quiere decir que ha existido condena en lo principal, por lo que parece lógico que si se pide la ejecución provisional de toda la sentencia, se pida también la del pronunciamiento sobre costas, aunque la condena en costas en la primera instancia sea aún ilíquida, y por consiguiente pendiente de tasación definitiva, sin olvidar que la tasación está legalmente prevista conforme al artículo 242.1 de la L.E.C., cuando la condena en costas sea ya firme.

Es patente que el problema esencial de esta nueva figura no está en ella misma, sino en las consecuencias, a veces irreparable que traería a una de las partes una sentencia revocatoria de lo provisionalmente ejecutado. También es obvio que la confirmación de la sentencia ejecutada provisionalmente, supuesto que contempla el artículo 532 de la Ley, no generará problema alguno, pues la ejecución continuará o se elevará a definitiva, salvo desistimiento expreso del ejecutante. Precisamente por las consecuencias que ello pudiera reportar, es por lo que, entiendo, debe destacarse este punto en la exégesis que estamos realizando, prescindiendo de los temas concernientes a competencia, legitimación, solicitud, despacho y oposición o suspensión de la ejecución provisional, suficientemente tratados en las monografías y artículos que estamos manejando.

IV. La revocación de las resoluciones provisionalmente ejecutadas

Es de destacar como afirma el Profesor MUERZA ESPARZA, que el problema que intitula estas reflexiones, es la ausencia de normas que prevean los efectos de la revocación de una sentencia que fue declarada provisionalmente ejecutable, y cuya ejecución ya se realizó, lo que viene a constituir, como ya he indicado, un serio obstáculo para la verdadera efectividad de este nuevo instituto procesal. La nueva Ley recoge esta normativa bajo la

rúbrica "*de la revocación o confirmación de las sentencias provisionalmente ejecutadas*" (Título II, Capítulo I, Sección II). La insuficiencia en la regulación del régimen anterior (artículo 385 L.E.C. de 1881), justificó sobradamente la reticencia de los Jueces y Tribunales a conceder tal medida, situando al Juez ante numerosas cuestiones polémicas derivadas, no de la ejecución misma, sino de la revocación de la sentencia ya ejecutada, porque es evidente que el principal efecto de dicha revocación habría de ser la *restitutio in integrum* de lo ejecutado, que obviamente, no opera lo mismo en las condenas dinerarias que en las de otra naturaleza; porque el problema en las primeras, con ser a veces grave radica en el hecho de que quien se benefició de ella no esté en condiciones más tarde de devolver lo que hubiere percibido más los intereses y las costas, en el caso de que la sentencia provisionalmente ejecutada se revocare. En cambio la situación es mucho más grave cuando la sentencia provisionalmente ejecutada, no contenía condenas dinerarias, sino condenas a entregar un bien determinado o al cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer. Y éste es el problema fundamental.

Prescindiendo de los supuestos de confirmación total o parcial de la sentencia ejecutada, porque en estos supuestos la ejecución seguiría adelante como definitiva respecto del todo o de la parte de la condena confirmada, habremos de contraer la hermeneútica en los supuestos más graves de revocación. En el caso de que la sentencia dictada en la instancia superior revoque el pronunciamiento de la de primera instancia, la Ley ha distinguido entre el supuesto de las condenas dinerarias (artículo 533), y el de las no dinerarias (artículo 534), distinguiendo la Ley además los supuestos de revocación total, (artículo 533.1), o parcial (artículo 533.2). Y por su parte en el caso de condenas no dinerarias, la Ley contempla el supuesto de entrega de un bien (artículo 534.1,I), o que resulte imposible dicha entrega de hecho o de derecho (artículo 534.1,II), o finalmente que se trate de una condena de hacer o de no hacer (artículo 534.2)[16].

16. A todos estos supuestos, debidamente ordenados se refieren, conforme a la nueva Ley los Profesores MONTERO AROCA, Juan: *op. cit.* página 550 y siguientes, y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *op. cit.*, página 374 y siguientes, MUERZA ESPARZA, JULIO M.: *op. cit.* página 27, y ARMENTA DEU, Teresa: *op. cit.*, página 130 a 136, sin que puedan omitirse las ya clásicas e importantes contribuciones de PÉREZ GORDO, A., ORTELLS RAMOS, M., FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, éste último en el "Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", en Tribunales de Justicia, 1998-1999, página 827, y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, en las obras anteriormente citadas.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En el caso de que la sentencia condenatoria fuese dineraria y si hubiese revocado totalmente, se sobreseerá la ejecución provisional, devolviendo el ejecutante la cantidad que en su caso hubiese percibido, además de reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional y resarcirle de los daños y perjuicios ocasionados (artículo 533.1). Es claro que si la revocación fuese sólo parcial, se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia el tipo del interés legal anual del dinero (artículo 533.2). Y en el caso de que la sentencia revocatoria no fuere firme, la percepción de todas aquellas cantidades e incrementos podrán pretenderse por la vía de apremio ante el Tribunal que conoció de la ejecución provisional, sin tener que acudir al proceso declarativo correspondiente. Tal innovación sustancial en este instituto, ha sido muy bien recibida ponderando el esfuerzo del legislador para compensar los intereses en conflicto, asegurando la postura del ejecutado para el evento de que el ejecutante no pudiere devolver lo percibido. Bien es cierto que la Ley no da soluciones para el caso límite de que, ejecutada provisionalmente la sentencia y revocada con posterioridad por el Tribunal *ad quem*, el ejecutante que ya cobró se haya situado en **estado de insolvencia**. La Ley pudo y debió ofrecer algunas soluciones, entre las que no hubiera sido descartable hacer al Estado responsable civil subsidiario; porque es cierto que ya que el Estado y su Poder Legislativo ha promulgado una norma, tan plausible desde tantos otros aspectos, debe ser el erario público, aunque sea gravoso, el que soporte las indemnizaciones pertinentes. Todo menos provocar una indefensión en los derechos del justiciable, objeto de una sentencia que no debió ser provisionalmente ejecutada. Insistimos sin embargo en que se trata de casos límites, que no deben nunca sustituir la regla general de las situaciones que puedan provocarse.

Para la liquidación de daños y perjuicios la Ley se remite expresamente, a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes (artículos 533.3,I), recogiendo su párrafo II, la facultad que tiene el obligado a devolver, reintegrar o indemnizar, de oponerse a diligencias o a actuaciones concretas de apremio.

Mas el problema capital que puede suscitarse, aunque entiendo que con mucha menos frecuencia de la que los detractores del sistema hacen gala, se contrae a los supuestos de "revocación de condenas no dinerarias", que pudiéramos enfocar en los siguientes cuatro apartados generales:

1º condenas a entregar cosa determinada, 2º condenas de entrega de cosa genérica, 3º condenas de hacer fungible, y 4º condenas de hacer infungibles y de no hacer.

La Ley se refiere a estos supuestos en los artículos 533.1,II y 534.1, .3 y .4. Es evidente que si se condenó a entregar una cosa determinada y ya se entregó, el bien objeto de condena se restituirá al ejecutado en el concepto que corresponda, más las rentas, frutos o productos o el valor pecuniario de su utilización. En cambio si la restitución fuera imposible de hecho o de derecho, el ejecutado podrá solicitar que se le indemnicen los daños y perjuicios conforme a lo establecido en los artículos 712 y siguientes. Late aquí pues el hecho indudable de que cuando la restitución *in natura* sea imposible, el ejecutado tiene un derecho al valor económico del bien, más los daños y perjuicios que se deriven de su privación. Ello acontecerá en los casos de destrucción de la cosa o de enajenación a un tercero; lo que podrá ser frecuente en los juicios verbales de desahucio por falta de pago de rentas, cuando el propietario haya obtenido sentencia estimatoria de su pretensión decretando el desahucio y recuperando el bien arrendado, que más tarde haya transmitido a un tercero con anterioridad a que la sentencia provisionalmente ejecutada haya sido revocada. El ejecutado tendrá derecho al valor económico del bien más los daños y perjuicios que se le hayan irrogado con la ejecución provisional.

La Ley, por otra parte, no regula expresamente los supuestos de condena de entrega de cosa genérica. Pero como muy bien observa el Profesor DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, la mayoría de los casos de ejecución de este tipo de condenas se salda con la adquisición de las cosas debidas con cargo al ejecutado, por lo que su revocación consistirá en la devolución del valor económico de tales bienes, aplicándosele por analogía las reglas sobre revocación de condenas dinerarias.

En los casos de condena de hacer fungible, el ejecutado podrá pedir que se deshaga lo mal hecho y que se le indemnicen los daños y perjuicios causados, si bien en la mayoría de los supuestos, lo que verdaderamente interesará al ejecutado no es que se deshaga lo mal hecho, sino que se le abone, siendo posible, el valor económico de la prestación de hacer.

Con mucha menos frecuencia se suscitarán los casos de condenas de hacer infungibles o de no hacer, supuestos que la Ley tampoco contempla expresamente. La revocación obligará a reintegrar al ejecutado el valor económico de la prestación realizada, más daños y perjuicios, y en el caso de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

condenas de no hacer, puesto que es practicamente imposible valorarlo económicamente, la revocación consistirá siempre en la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Todo esto puede acontecer, sin duda; mas siempre será preferible, a que las sentencias no se ejecuten provisionalmente y a que litigantes temerarios o al menos poco fundamentados, alarguen indefinidamente los procesos mediante la utilización feroz y desmesurada de los recursos que la Ley concede. La Ley de otra parte, tampoco puede evitar posibles situaciones de insolvencia de los ejecutantes, porque este evento puede producirse y de hecho se produce, tanto con la ejecución provisional, como con la ejecución forzosa definitiva, sin olvidar la posibilidad de solicitar para evitarlo, las pertinentes medidas cautelares a que se refiere la Ley en los artículos 721 a 747.

Por su trascendencia jurídica podemos destacar, en un supuesto de revocación de sentencia provisionalmente ejecutada, cuál sea el fundamento legal de la obligación por parte de un ejecutante provisional de abonar intereses en caso de devolución de cantidades líquidas percibidas en la ejecución, si la sentencia es revocada. Esta cuestión fue ya resuelta por primera vez por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de diciembre de 1992[17] (muy anterior a la entrada en vigor de la Nueva Ley), que si bien iba referida a un supuesto de ejecución provisional en sentencia dictada en un juicio ejecutivo, se pronunció con carácter general sobre el tema de si la petición de tal ejecución puede o no ser constitutiva de daños incardinables en el artículo 1902 C.C., o se legitima por la propia decisión judicial que la autoriza.Claro está que dicha resolución se refiere al artículo 385 L.E.C. anterior en que la Ley preveía expresamente la prestación de fianza, cosa que ahora no ocurre. Pero su doctrina puede mantenerse en términos actuales.

Para finalizar no es ocioso destacar que en todos los casos en que la revocación de sentencias ejecutadas provisionalmente, resulte difícil o prácticamente imposible la restitución o la reparación, deberá estarse a la regulación de la ejecución general prevista en la L.E.C., teniendo en cuenta, como dice MONTERO AROCA que el ejecutante provisional que ahora es el

17. *Vid*. Sentencia del T.S. de 17 de diciembre de 1992 (R.J. 1992/10.695), y Auto de 8 de marzo de 2000, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18, en el Recurso de Apelación 29/1998.

ejecutado, podrá oponerse, dentro de la ejecución, con arreglo a lo previsto en el artículo 528[18].

V. REFLEXIONES FINALES

No es éste, por la índole y significado de este trabajo, sentar un a modo de conclusiones generales; pero sí introducir unas reflexiones finales, no sólo acerca de la ejecución provisional, sino acerca de otras muchas cuestiones que está suscitando ya la aplicación de la Nueva Ley. En definitiva, todas ellas abundarán sobre el mensaje ilusionado de que la Justicia, sea cada vez más seria, más sólida, y más responsable.

Con respecto a la ejecución provisional, pilar básico para potenciar la primera instancia y para evitar que el proceso se transforme en un "recurso" tendenciosamente dilatorio, la aplicación de la Nueva Ley está dando ya espléndidos e inmediatos frutos. Los Juzgados de Primera Instancia, muy severos y críticos, en general con la nueva Ley, se están dando cuenta, en sólo nueve meses de vigencia, de que gran parte de sus recelos, eran infundados, porque el litigante comienza a creer en la calidad de las sentencias de primera instancia, ante los innumerables casos de ejecución provisional solicitados, evitando así que el recurso de apelación esté en manos de furtivos francotiradores. En los nueve meses de vigencia, parto feliz por otra parte, el número de juicios ordinarios y verbales se está reduciendo considerablemente y con ello, el número de recursos de apelación; lo que supone un trabajo menor en los órganos jurisdiccionales civiles. Ello no quiere decir que la justicia de primera instancia no haya de ser mejorada, primero, en calidad, profesionalidad y responsabilidad de los órganos judiciales, segundo en una preparación cada vez más sólida, y finalmente en la dotación de los medios materiales que obviamente necesitan.

En lo que concierne al recurso de apelación, unificado y simplificado, las ventajas son innumerables, porque:

1.º La L.E.C. ha aligerado sustancialmente la primera instancia, con los dos tipos de juicios declarativos, el ordinario y el verbal, suprimiendo de una parte, los cuatro juicios ordinarios (mayor cuan-

18. *Vid.* MONTERO AROCA, Juan: *op. cit.*, página 553. Recomendamos la lectura de los trabajos de PÉREZ GORDO, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, 1973, VALS GOMBAU, *La ejecución provisional* en C.C.G.P.J., "Ejecución de sentencias civiles", Madrid, 1992, y CABALLOL ANGELATS, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, 1993.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tía, menor cuantía, cognición y verbal), y suprimiendo un número considerable de procesos especiales.

2.º Ha potenciado el principio de oralidad en los debates.

3.º Ha abreviado extraordinariamente la tramitación de los recursos, por encima de problemas de orden técnico que puedan producirse.

4.º En lo concierne a las vistas ante el Tribunal *ad quem*, sería necesario conceder a los Tribunales potestades discrecionales para limitar el tiempo de los informes orales, sin que ello suponga merma del derecho de defensa. Por consiguiente, frente a los dos sistemas extremos, vista para todos los recursos, o no vista, la Ley debió optar por una solución intermedia.

5.º También debiera concederse a los Tribunales facultades suficientes para evitar informes orales farragosos, repetitivos e innecesarios, que gran cantidad de letrados suelen utilizar, creyendo que así mayor y mejor razón les asiste.

6.º La motivación del recurso de apelación, antigua aspiración hoy ya satisfecha, como antes sucediera con el juicio de cognición y el verbal, ha supuesto un avance notable y esencial: lo que se critica en el recurso es la sentencia recurrida, sin necesidad de articular un nuevo proceso sobre la misma cuestión. De otra parte el Magistrado-Ponente conoce ya la fundamentación del recurso, con lo que la vista resulta en la mayor parte de los casos innecesaria. En definitiva, si se recurre una sentencia se debe decir ya por qué.

En la materia concerniente a las medidas cautelares, las mejoras son notorias, pues el mismo legislador anima e invita a los Jueces y Tribunales a adoptarlas previa petición de parte, inaugurando un procedimiento general aplicable a todas ellas, y evitando así la dispersa normativa anterior. La adopción de medidas cautelares debe ser la regla general en los casos en que la demanda esté bien documentada y aporte un sólido principio de prueba.

Quizá sea en el recurso de casación ante el T.S. donde se observen más graves disfunciones, especialmente en el trámite de admisión del recurso, en el que se origina una acumulación indeseable de recursos. Sería de desear la creación de un cuerpo de letrados que se ocuparan de la admisión o inadmisión de los recursos, para que luego los Magistrados del Tribunal pudieran resolver con mejor fundamento. Sería de desear pues un cuerpo de letrados numeroso y simultáneamente una reducción del número de Magistrados, con lo que se evitaría la dispersión de la doctrina y de la jurisprudencia.

Es evidente que hay mucho que mejorar, por ejemplo los mecanismos para la selección de los Jueces, como asimismo los mecanismos de inspección. La administración es muy citatera en dotar a los Juzgados y Tribunales de medios materiales suficientes, por ejemplo faltan Salas en los Juzgados para las vistas en la primera instancia, lo que repercute necesariamente en la celeridad de la justicia, vulnerándose así el Derecho fundamental a una tutela rápida y eficaz, establecido en el artículo 24 C.E.

Finalmente y como dijimos al principio, "deberá exigirse a los órganos judiciales una mejor preparación jurídica y humana, para que así la primera instancia sea acreedora de todo tipo de estímulo y apoyo", y en el ámbito de los demás profesionales del derecho, implicados en pleitos e instancias, habrá que exigirles el estricto cumplimiento de sus respectivos códigos deontológicos: en definitiva, educación y control en los informes orales, capacidad de síntesis, responsabilidad y siempre en cualquier caso, preparación jurídica y formación humana. Ninguna Ley y ningún código deontológico pueden remediar la falta de calidad de las resoluciones jurisdiccionales ni la falta de comportamiento adecuado de las partes ante los Tribunales que les juzgan.

Entiendo que con estas reflexiones y otras muchas que pueden introducirse, habremos conseguido los beneficios a que se refiere la Exposición de Motivos de la Nueva Ley, y que damos por reproducidos. Una justicia sólida, seria y responsable es la mejor —yo diría la única— garantía para que el "*ius suum cuique tribuere*" se cumpla. La justicia, como la belleza, son siempre ideales humanos; pero así como la belleza tiene un sentido eminentemente subjetivo ("*pulchra enim dicuntur quae visa placent*", en la acepción de Santo Tomás de Aquino), la justicia en cambio, aunque lo sea para unos y para otros no, se aproxima mucho más al "*splendor ordinis*" de San Agustín, concepción objetiva de la belleza que igualmente puede predicarse de la justicia[19].

Sevilla, a 8 de octubre de 2001

19. Quiero maniestar mi gratitud y reconocimiento al Prof. Dr. Don Ángel Tinoco Pastrana, Asociado al Departamento de Derecho Penal y Procesal que yo dirijo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, por su valiosa e imprescindible ayuda en la transcripción de este Texto y de sus notas.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL Y LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA (A propósito de la Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de diciembre de 2000)[1]

Prof. Dr. JUAN BURGOS LADRÓN DE GUEVARA
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO

I. Introducción.— II. Legalidad procesal y Constitución.— III. Interpretación vinculante e independencia judicial.— IV La ejecución extrajudicial hipotecaria antes y después de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.— V. Estado de la cuestión. Conclusión.

---

1. Superest, ut de officio judicis disjuiciamus. Et quidem im primis illud observare debet judex, ne alitér judicet, quam legibus aut constitutionibus, aut moribus proditam est" "Resta tratar del oficio del Juez. El primer deber de éste es juzgar con arreglo a las leyes, a las constituciones y a las costumbres" *Instituciones* de Justiniano, Libro IV, Titulus XVII "De officio judicis". Texto extraído del Curso histórico-Exegético Del Derecho Romano comparado con el español por D. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, 3ª ed., Tomo Segundo, Madrid, 1863, p. 689.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, la Sentencia[2] de la Audiencia Provincial de Sevilla —Sección 5ª—, ha establecido en diciembre de 2000 —fecha anterior 8 de enero de 2001— a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000, la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria que reiteradas sentencias de la Sala 1ªdel Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, 30 de enero de 1999 y 20 de abril de 1999 declararon inconstitucional[3], por oponerse al artículo 24 de la Constitución que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, al artículo 117, 3 de la Constitución, que proclama los principios de exclusividad e integridad de la jurisdicción, y ser la función del conocimiento del proceso de ejecución propia y exclusiva de los Jueces y Tribunales, conculcando las normas del reglamento hipotecario arts. 234 a 236—, y el principio de legalidad procesal —artículo 9 en relación con el artículo 117.3 de la CE—; por cuanto dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la reserva de ley que la Constitución prevé para las normas de competencia y procedimiento.

La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla fundamentó su fallo y argumentó, entre otras consideraciones, que el procedimiento extrajudicial hipotecario, constituyó una alternativa a la vía judicial de ejecución hipotecaria, que surgió a finales del siglo XIX por convenios particulares que suplieron la falta de un procedimiento notarial de ejecución hipotecaria, similar al regulado en el art. 1872 del Código Civil para la prenda y que la polémica sobre la constitucionalidad de este procedimiento dio lugar a sendos recursos contenciosos administrativos, para obtener la nulidad de las normas reglamentarias, modificadas mediante RD 290/1992 de 27 de marzo; y que las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 16 y 23 de octubre de 1995[4] desestimaron los recursos y declararon la plena constitucionalidad del procedimiento de Ejecución Extrajudicial Hipotecaria.

Anteriormente, la STC de 18 de diciembre de 1981[5] declaró la constitucionalidad del Procedimiento Judicial Hipotecario, y en su fundamento jurídico quinto extendió al Procedimiento Extrajudicial la doctrina de que la ausencia de controversia y demás peculiaridades del procedimiento judicial no vulneran el derecho de defensa consagrado en el artículo 24.1 CE.

Pero lo que motiva la delimitación de este artículo es que entre las normas aplicadas en la argumentación del Fallo de esa sentencia de la referida Audiencia, en el apartado final del fundamento jurídico quinto textualmente diga "... la disposición final 9 de la L. 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, de inminente entrada en vigor, confirma, consolida y mantiene el Procedimiento Extrajudicial de Ejecución Hipotecaria, con remisión a las actuales normas del RH, cuando reforma el art. 129 de la LH y tras regular el ejercicio de la acción hipotecaria por las normas del Título IV del Libro III de la LEC, con las especialidades del Capítulo V, dice: 'Además en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado conforme al art. 1858 CC para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario con las formalidades establecidas en RH'[6]".

Y decimos, y nos fijamos en esto, porque el art. 2 de la nueva LEC textualmente dice "Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los Tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas"; artículo que introduce la garantía de aplicación de la norma procesal civil en el tiempo, es decir, que la unanimidad irretroactiva[7] que ahora proyecta el art. 2 de la LEC supone que no se aplica retroactivamente a ámbitos funcionales de ejercicio de la jurisdicción anteriores, sino a hechos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, aunque los hechos materiales y sustantivos que han dado origen al ejercicio funcional de la jurisdicción, sean anteriores.

Es claro que en la Sentencia de la Audiencia Provincial de 18 de diciembre de 2000 se ha aplicado retroactivamente la ley nueva, recuérdese la

2. En Revista Jurídica *La Ley*, nº 5247, miércoles 14 de febrero de 2001, pp. 1 a 7.
3. Ver respectivamente los Repertorios de Jurisprudencia Aranzadi, años 1998 y 1999, números marginales 3464/98, 331/99, 2589/99.
4. RJ Aranzadi 1995/7064 y 1995/8123.
5. Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1982-9, p. 28.
6. En Revista Jurídica La Ley nº 5247, op. cit., p. 5.
7. Cfr. LORCA NAVARRETE, en Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ed. Lex Nova T.I, Madrid, 2000, pp. 82 y 83, cuando trata la garantía de aplicación de la norma procesal civil. Muy esclarecedor es el comentario en la Revista AJA nº 362 de 22 de octubre de 1998 de JIMÉNEZ APARICIO, "Sobre el principio de legalidad procesal".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LEC entró en vigor el 8 de enero de 2001, lo que supone la violación de la ley anterior —recuérdese que el art. 129,2 referido a la ejecución extrajudicial hipotecaria estaba derogado por inconstitucionalidad sobrevenida, como norma preconstitucional— en virtud de la SSTS (Sala 1ª) de 4 de mayo 1998, 30 de enero 1999 y 20 de abril 1999—. Aquélla destruye los hechos pasados como si fueran antijurídicos, a pesar de que se ajustaran plenamente al Derecho entonces vigente. Por tanto, la Disposición Final 9 nº4 de la nueva LEC no puede ser aplicada —por la irretroactividad de la norma procesal civil—. Además, el art. 6 de la LOPJ prohibe a los Jueces y Tribunales que apliquen preceptos contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa; por lo que se conculca el principio de legalidad establecido en el art. 9.3 CE[8], sin perjuicio del respeto a la 'auctoritas' de la alta magistratura del Tribunal Supremo.

II. Legalidad procesal y constitución

En nuestro sistema procesal el Juez o Tribunal no puede hacer lo que quiera con tal de que sea justo —o le parezca—. La introducción en nuestro Ordenamiento del uso alternativo del derecho, del derecho judicial, de la jurisprudencia de intereses, o cualquier otro sistema se opone al principio de legalidad, que es el único reconocido en la Constitución —art. 9.3—, Código Civil —art. 1.7—, y Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 1—.

Esto obliga a los Jueces y Tribunales a resolver según la ley vigente y no según sus particulares criterios por justos y acertados que pudieran ser. Lo que sucede con el principio de legalidad procesal es que puede infringirse de muchas maneras y con distinto alcance, pero no es ni puede ser absolutamente elástico.

¿Qué trámites pueden ser orillados o alterados por el órgano judicial? ¿Hasta dónde puede un órgano judicial apartarse de la ley? ¿Qué normas legales pueden ser infringidas sin consecuencia jurídica? Son cuestiones a las que necesariamente hay que responder.

8. Art.9.3 CE: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

Lo primero que hay que saber es en qué consiste el principio de legalidad procesal, ¿cuál es su significado?[9]: Sumisión de todos a las leyes que regulan el Proceso en sentido amplio o, con mayor rigor, a las leyes que determinan la organización y funcionamiento de los órganos del Poder Judicial y los distintos Procesos en cada uno de los órdenes jurisdiccionales. Complemento del principio de legalidad procesal es el principio de reserva de ley en materia procesal atribuyendo al legislador estatal —art. 149.1.6 CE[10]— la función y potestad para regular en EXCLUSIVA la institución del Proceso y la organización del Poder Judicial, al coexistir las llamadas a la Ley Orgánica y a la Ley Ordinaria.

Por ello en el seno de los procesos establecidos por la ley. Los Jueces y Magistrados deben dar satisfacción a las pretensiones de las partes —art. 24.1 CE—. Para lograr esa finalidad tutelar y garantista, las leyes que regulan la organización judicial y los procesos, establecen las diferentes posiciones jurídicas de cada uno de los que intervienen en éstos.

El proceso es una garantía[11] en sí mismo y quienes acuden a él tienen derecho a que se respeten las reglas procesales. Los Jueces y Magistrados son los primeros que deben respetar las normas procesales, esa sumisión les impide la arbitrariedad en sus decisiones y en el modo de llegar hasta ellas.

Las garantías tienen una repercusión en el sistema procesal[12] que vienen formuladas en el art. 24 CE, con un carácter expansivo y así existen las garantías constitucionales del sistema procesal, unas afectan a la actividad de las partes —igualdad, audiencia y contradicción, derecho de de-

9. Art.1 LEC Principio de legalidad procesal: "En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley". Este principio aparece recogido en el art. 1 de la antigua LEC y viene a significar el dejar excluido el proceso convencional, que está previsto en el art. 21.2 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. Vid. el artículo de Rodríguez Mourullo, "Principio de legalidad y arbitrio judicial", en RF DUAM 1997 (I), pp. 279 a 293.

10. Art.149.1,: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:... 6. Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se derivan de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas."

11. Lo importante no son las garantías formales del procedimiento, sino las garantías sustantivas del proceso justificadas y conectadas con el aquí y ahora constitucional, seguimos la opinión de Lorca Navarrete, en Comentarios a la nueva Ley..., op. cit., p. 21.

12. Vid. Ramos Méndez, El Sistema Procesal Español, Barcelona, 2000, pp. 33 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

fensa, presunción de inocencia—otras a la actividad judicial— juez predeterminado por la ley, derecho a obtener una resolución fundada en derecho— y también del juicio —como la del juicio con todas las garantías, principio de legalidad, tutela efectiva y publicidad—; dando lugar a la tutela de las garantías constitucionales del sistema procesal a través de los tribunales ordinarios, recurso de amparo constitucional y mecanismos supranacionales.

Los consabidos derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías que contempla el artículo 24 CE y en concordancia con él, los arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, impiden la arbitrariedad judicial, como también lo hace el art. 9.3 CE, que obligan a Jueces y Magistrados a respetar las normas y derecho vigente, ya que es innegable que el principio de legalidad nació políticamente como garantía de los derechos de los ciudadanos y precisamente como medio para eliminar el arbitrio judicial[13]. No debe olvidarse que nuestro Tribunal Supremo es intérprete de la legalidad procesal, y que nuestro derecho es de creación legislativa y no de creación judicial, lo que queda nítidamente reflejado al definir la función del Juez en el art. 117.3 de la Constitución[14].

III. Interpretación vinculante e independencia judicial

El principio de legalidad enlaza con la certeza del Derecho, necesidad que se sintió primeramente en el marco del Derecho penal y que se expresó en la máxima *"nullum crimen, nulla poena sine lege"*, lo cual no quiere decir que la certeza sea solo característica del derecho penal[15]. Por ello el principio de legalidad alude a una garantía ligada a la esencia de la ley penal, a

13. Vid. Rodríguez Mourullo, "Principio de legalidad...", op. cit., pp. 289 y ss.; también Navarro Fernández, en "Garantismo, democracia y Derecho Civil (Apuntes sobre el principio de legalidad)", en BIMJ, nº 1703, 5 de abril de 1994, pp. 1958 y ss.

14. Así la STC de 1 de julio de 1997 n 125, dictada en el recurso de amparo nº 3884/1996, BOE 18 de julio de 1997, al hablar de la legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el art. 117.3 CE.

15. Rodríguez Mourullo, op. cit., pp. 280 y ss.

lo que responde el planteamiento clásico del art. 25.1 CE y así se ha enjuiciado por el Tribunal Constitucional[16].

El art. 1.6 CC atribuye el establecimiento de la doctrina legal al Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley. Desde esta perspectiva, el sometimiento a la ley es una manifestación del principio de legalidad en la jurisdicción y una garantía para el ciudadano. Se puede decir que el sometimiento a la ley implica:

a) Que el fundamento de las resoluciones judiciales debe ser una norma jurídica determinada y PREEXISTENTE.

b) Que la resolución judicial debe ser conforme a la ley. En caso contrario se produce una INFRACCIÓN DE LEY que, en su caso, puede motivar un recurso de casación por el art. 1692.4 LEC de 1881 —hoy 477 de la nueva LEC[17].

c) Prohibición de la creación judicial del derecho. Los Jueces y Magistrados interpretan y aplican "la ley preexistente pero no la crean". La Constitución impide que los jueces creen normas jurídicas —art. 9.3 y 117.1.3.4—, lo cual significa que, incluso en presencia de lagunas, el órgano judicial debe resolver con base en normas jurídicas preexistentes —art. 1.7 CC—.

d) Principio de legalidad implica sometimiento al Derecho y, en concreto, obediencia de los Jueces y Magistrados al Derecho[18].

De otro lado, la vinculación de los Jueces a la previa interpretación normativa de casos iguales o similares o su sometimiento al Tribunal Su-

16. SS 133/1987 de 21 julio y 246/1991 de 19 de diciembre, entre otras.

17. Una de las novedades que la nueva LEC ha introducido en su art 477, respecto al recurso de casación, aparte de sustraerle el control de las normas procesales, es en especial la admisión del recurso contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y su resolución pretenda un interés casacional, que la Ley se encarga de objetivar, basta con una lectura del referido art. 477 que en su apartado 3 indica textualmente que "Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo...; aquí la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 18 de diciembre 2000 se opone claramente a las tres sentencias de la Sala 1 del Tribunal Supremo mencionadas.

18. Vid. La interesante monografía de Blasco Gascó, La Norma Jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio), Valencia, 2000, passim y la monografía de Asís Roig, Jueces y Normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento, Madrid, 1995, pp. 215 a 275, donde trata los enunciados normativos judiciales, sobre todo del problema en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional PP 263 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

premo, cuya función es precisamente la unificación de criterios y resultados interpretativos no vulnera la independencia judicial que es conocida establece el art. 117.1 CE, junto con el sometimiento exclusivo al imperio de la Ley.

Por el contrario, dicha vinculación representa el sometimiento a la Ley, el respeto al Principio de Legalidad Procesal, por cuanto el órgano judicial fallará en aplicación de la Constitución y de la ley al observar el principio de igualdad y seguridad jurídica; enlazando con el principio de reserva de ley y, en sentido más general, con el de legalidad, ya que también la seguridad jurídica requiere certeza en la regla de derecho y proscribe fórmulas proclives a la arbitrariedad (STC 71/1982 de 30 de noviembre). Además la irretroactividad significa, que la nueva norma afectará al futuro y no al pasado.

IV. La ejecución extrajudicial hipotecaria antes y después de la entrada en vigor de la nueva ley de enjuiciamiento civil

El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil fue modificado por el RD 290/1992, de 27 de marzo, y ya planteaba problemas que sólo la función jurisdiccional podía resolver, entre otros:

a) Existencia de derechos de terceros y graduación de su situación.
b) Cancelación de cargas y gravámenes.
c) Aprobación del remate.
d) Otorgamiento de la escritura pública del bien subastado.
e) Ausencia de garantías procesales.
f) Supresión de la posibilidad de suspender el procedimiento mediante la iniciación de un proceso declarativo.
g) Entrega de la posesión judicial de la finca ejecutada.

Así en la tramitación del procedimiento, después de la iniciación, según el art. 236 a, 1 RH, mediante requerimiento dirigido al Notario; éste lo examinará así como los documentos que se acompañan —art. 236 b RH— y si estima cumplidos todos los requisitos, aceptará el requerimiento. Pero, ojo, para saber si concurren los requisitos deberán valorar entre otros extremos:

1) La certeza y exigibilidad del préstamo.
2) La validez y suficiencia del título.
3) Documentos anexos.

Cuestiones propias y exclusivas de la función jurisdiccional, ¿Qué ocurría si tiene lugar la negativa del Notario a aceptar el requerimiento por falta de algún requisito? Habría que acudir a la vía judicial para la reclamación del préstamo (antiguo juicio ejecutivo, procedimiento del art. 131 LH o declarativo ordinario). En cuanto el requerimiento de pago al hipotecante, cuando en general, no podía practicarse en alguna de las formas indicadas —art. 236 d y h RH—, el Notario daba por terminada su actuación y quedaba expedita la vía judicial —art. 236 c, 4 RH—Posteriormente, deviene, si continúa el procedimiento la notificación al tercer poseedor y a titulares de cargas posteriores si existiesen —art. 236, d regla 1 RH—, para que puedan intervenir en la subasta, o pagar lo reclamado — nótese que ni el deudor o hipotecante o el tercero tienen la consideración de parte en este procedimiento. Finalmente, el adjudicatario podrá pedir la posesión de los bienes adquiridos al Juez de Primera Instancia del lugar donde radiquen —art. 236, m, RH—.

Es claro, por ello, que el legislador tenía que acudir a la vía judicial para poder terminar el procedimiento extrajudicial, cuando lo que se pretendía es prescindir de dicha vía. Esto pone de manifiesto el necesario carácter jurisdiccional de todo procedimiento de ejecución[19] que precisa la 'potestas' del Juez para su final.

Pensamos que si hay proceso de ejecución hay relación jurídico-procesal. Si en un proceso de ejecución se había producido la adjudicación de un bien al mejor postor no cabía luego, en un proceso declarativo posterior, plantear si la ejecución se realizó en virtud de un título no ejecutivo, lo que sí podría debatirse en el proceso declarativo posterior era la existencia o no

19. Vid. El Procedimiento Extrajudicial de Ejecución Hipotecaria de Fernández-Ballesteros, Rifa, Valls en la obra Derecho Procesal Práctico. Madrid, 1998. pp. 661 a 674. De distinto parecer Vega Torres, en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y Procesos especiales* con de la Oliva Santos y Díez Picazo. Madrid, 2000, pp. 314 y 315, donde conforme a la ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil señala que la realización extrajudicial de las garantías reales es considerada como manifestación de autotutela que el ordenamiento jurídico, excepcionalmente, permite y ampara, no colisionando con el principio de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 de la Constitución.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

del derecho material, pero sí producían cosa ejecutada y ésta es irreversible[20].

De otro lado, el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa ejecutada no puede obtener tutela excluyendo a la jurisdicción, aunque el procedimiento ejecutivo extrajudicial pretenda basarse en aquel derecho del acreedor. Por mucho que se trate del ejercicio de un derecho privado, que puede efectuarse privadamente si así se ha pactado. No hay que olvidar que al final existe una ejecución forzosa realizada por el Notario, y no por un Juez o Magistrado dotado de potestad jurisdiccional. Lo que el Notario realizaba es, en esencia, una actividad jurisdiccional, un proceso, y eso es lo que precisamente impide el art. 117.3 CE al recoger el principio de exclusividad[21].

El derecho del acreedor consistía en la venta extrajudicial del bien hipotecado, pero ese derecho se tutela por un procedimiento de ejecución y la injerencia excesiva en la esfera juridico-patrimonial del ejecutado es siempre competencia de un Juez o Magistrado, ya que es difícilmente asumible que la falta de 'cognitio' anterior, se realice por un fedatario público extrajudicial.

El antiguo art. 129 de la LH[22] aludía a hacer efectiva la acción hipotecaria por un procedimiento ejecutivo extrajudicial, esto suponía que se estaba realmente ante una verdadera ejecución y que la misma no se atribuía a un órgano judicial.

¿Significaba aquello que el pacto de las partes, recogido en la escritura de constitución de la hipoteca de someterse al procedimiento ejecutivo extrajudicial, suponía la renuncia de una de las partes —el deudor— a la jurisdicción?

Ello no podía tener una respuesta afirmativa, porque no tiene valor alguno la renuncia a la tutela jurisdiccional frente a la actividad ejecutiva realizada por el Notario, por cuanto el ejecutado en aquel procedimiento extrajudicial no podía oponer ni alegar con merma de su derecho a la defensa.

Ante la situación planteada, por el procedimiento para la realización del crédito instaurado por el RD 290/1992, de 27 de marzo y que tenía un carácter extrajudicial, impulsado por las necesidades del tráfico inmobiliario. La doctrina no tardó en poner la voz de alarma sobre la constitucionalidad o no del procedimiento ejecutivo extrajudicial, al tratarlo genéricamente en sus diferencias con la regulación anterior y en su tramitación procedimental[23]. Si bien era conocido el carácter de proceso de ejecución de los procedimientos hipotecarios[24], aunque el fundamento de la hipoteca radique en la idea de eludir precisamente la ejecución forzosa, al estar integrado el procedimiento de ejecución extrajudicial por normas que presentan carácter de procedimiento, pues en los arts. 234 a 236 RH no se establecen derechos subjetivos, sino mecanismos de defensa o control de un derecho y, por tanto, participan de la naturaleza de normas procesales, que presentan carácter imperativo y de carácter público. Y era sabido que en la práctica, el pacto de sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial era una cláusula de estilo, común en las escrituras de constitución de hipotecas.

Con la entrada en vigor, 8 de enero de 2001, de la nueva LEC —Ley 1/2000— el panorama se complica aún más respecto a la constitucionalidad de la ejecución extrajudicial, y por las siguientes causas:

1. Que el 7 de mayo de 1999[25], se plantea cuestión de inconstitucio-

20. Seguimos la opinión de MONTERO AROCA, "Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada (constitucionalidad de algunas tutelas judiciales ejecutivas)", en *RCDI* nº 633, 1996, p. 270.

21. *Ibidem* en *supra* cit., pp. 271 y 272.

22. La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de esta Ley, sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes.

Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aun en el caso de que existan terceros".

23. LORCA NAVARRETE, "Anotaciones sobre la constitucionalidad de los procedimientos ejecutivos hipotecarios", en *Revista de Drecho Procesal*, 1986, nº 11, pp. 55 a 67. DÍAZ FRAILE y PUENTE ALFARO, "El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria", en *RCDI*, 1996, nº 635, pp. 1339 a 1391. GARCÍA MÁS, "Apuntes al procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario", en *RCDI* 1993, nº 616, pp. 831 a 850. MONTERO AROCA, "Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial...", op. cit., pp. 253 a 278 y en "Acción hipotecaria y pretensión ejecutiva: interpretación del art. 129.1 de la Ley Hipotecaria", en *AC* nº 5, 8/14 diciembre 1997, pp. 1129 a 1146; MAGARIÑOS BLANCO. "El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad", en *RCDI* 1997, pp. 1255-1314.

24. En STC de 18 de diciembre de 1981 en *BJC* 1982-9, pp. 28 y ss. y la STC de 17 de marzo de 1985, en *La Ley* nº 1272, año VI, de 30 de agosto de 1985 y la STC de 5 de mayo de 1994, que declara la inconstitucionalidad del proceso especial de ejecución a favor del BHE, en BOE de 31 de mayo de 1994.

25. BOE de 29 de julio de 1999. Ref.16482.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nalidad[26], por parte de la Audiencia Provincial de Valencia, con respecto al párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 234 a 236 RH, reguladora del procedimiento de ejecución extrajudicial de las hipotecas, por posible infracción de los artículos 24.1 y 117.3 CE.

2. Que en la Sentencia de 15 de julio de 2000 de la Audiencia Provincial de Valencia[27], se trató la doctrina general sobre nulidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial por inconstitucionalidad, no estimándose ello en razón al fundamento jurídico cuarto, por haberse invocado únicamente la STS de 4 de mayo de 1998, que no es determinante de doctrina jurisprudencial, conforme al art. 1.6 del Código Civil, no existiendo —sigue diciendo dicho fundamento— pronunciamiento en dicho sentido por parte del Tribunal Constitucional. Y, además, que tal declaración de inconstitucionalidad no había sido seguida por el legislador, pues con posterioridad a dicha sentencia se ha promulgado la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en cuya disposición final novena, relativa a la reforma de la Ley Hipotecaria en su apartado 4 artículo 129, literalmente se dice: "la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario". Por lo que, —sigue el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia—, se mantiene en la actualidad dicho procedimiento de venta extrajudicial, a través precisamente de los miembros que integran el Notariado, se está en el caso de desestimar el recurso y de confirmar la Sentencia

26. Con referencia 1919/1999, que en abril de 2001 estaba pendiente en el Tribunal Constitucional de deliberación para conclusión.

27. Es la nº 598/2000, que dimana del recurso de apelación n 1516/1999, en Aranzadi Civil (AC) 2000/2595.

3. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla[28], de 18 de diciembre de 2000 que trata 'in extenso' la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución de hipotecas, estableciendo en sus fundamentos jurídicos cuarto a noveno, entre otras cosas, que la ejecución de la hipoteca por medio del procedimiento extrajudicial sumario es constitucional por salvaguardarse el derecho de defensa y ser compatible con el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional, al no existir actos de coerción y no vulnerarse con ello el principio de legalidad, remitiéndose también al nº4 de la Disposición Final 9 de la LEC, que no obstante de reformar el artículo 129 LH, continúa remitiendo a las formalidades establecidas en el RH, para la realización de la venta extrajudicial, por medio de notario. No contemplando el Procedimiento extrajudicial de ejecución de hipotecas como un verdadero proceso de ejecución.
4. La Doctrina afirmada por la Jurisprudencia del TS en las SS de 4 de marzo de 1998[29], 30 de enero de 1999[30] y 30 de abril de 1999[31], todas de la Sala 1ª como es obvio, en los extremos enjuiciados del art. 129.2 de la LH y 234 a 236 o) del RH, en el sentido de que aquel artículo 129 de la LH y su desarrollo reglamentario son contrarios a los artículos 9 —CE "Principio de jerarquía normativa"; 117 CE— "Jurisdiccionalidad de la ejecución" y 24 CE "Tutela judicial efectiva"[32]. Por lo que la declarada inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario implica la derogación por inconstitucio-

28. En supra cita nº 2.

29. La nº 402/1998, dimanante del recurso de casación nº 634/1994, en *RJ* 1998/3464.

30. La nº 69/1999 dimanante del recurso de casación nº 2503/1994, en *RJ* 1999/331.

31. La nº 324/1999 dimanante del recurso de casación nº 3887/1997 en *RJ* 1999/2589.

32. Confrontar, a título de ejemplo, sobre la jurisprudencia constitucional reseñada, las siguiente doctrina: FAJARDO LÓPEZ, L. "Inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria", en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 4-2000, pp. 337 a 346. NADAL, I. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1) de 20 de abril de 1999", en *RGD* nº 661-662 (octubre-noviembre 1999), pp. 12989 a 13000; NÚÑEZ BALUDA, L. "La inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en su segundo párrafo relativo al procedimiento Extrajudicial (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1) de 4 de mayo de 1998)", en *Revista de Derecho Privado* 1999, pp. 321 a 330; ROBLEDO VILLAR, A. La inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (A propósito de la STS Sala 1 de 4 de mayo de 1998 y sus repercusiones en la realización forzosa de bienes)", en *Revista General del Derecho* 1999, pp. 3593 a 3608.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nalidad sobrevenida del artículo 129 LH, dando lugar a la inaplicación de los preceptos reglamentarios que lo desarrollan, por la exclusividad e integridad de la jurisdicción, al atribuirse constitucionalmente la función de ejecución —en exclusiva— al Poder Judicial; en consecuencia, se produce la nulidad de las actuaciones seguidas ante Notario, conforme al procedimiento extrajudicial. Y es sabido que la apreciación de la inconstitucionalidad sobrevenida de las leyes preconstitucionales, en cuanto a su apreciación por cualquier Juez o Tribunal, no requiere el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, vulnerándose, el principio de jerarquía normativa al aplicarse normas reglamentarias que desarrollan una disposición legal derogada, entendiéndose que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del derecho a la jurisdicción tiene como contenido también el derecho a la ejecución jurisdiccional, no constituyendo jurisprudencia vinculante en el orden civil las sentencias de otro orden jurisdiccional.

Significa lo dicho, que la ejecución tiene una concepción constitucional que no conlleva la autoejecución, porque la función notarial no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución, porque el procedimiento de ejecución extrajudicial tiene carácter o naturaleza de ejecución, al no cumplir voluntariamente el deudor la obligación de pago que, en virtud del derecho de garantía que otorga la escritura de constitución de hipoteca, permite su ejecución forzosa, pues ésta se realiza cuando no es posible el cumplimiento voluntario de las obligaciones ciertas o aceptadas[33]. En nuestra opinión, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —*supra* referenciada y examinada—, todo proceso de ejecución es un proceso judicial, como lo es el encaminado a la ejecución de un crédito hipotecario, que debe ser un proceso judicial que debe estar regulado por normas con rango de ley, según lo establecido en la Constitución[34]. El respeto al principio de reserva de ley para las normas procesales conduce al rechazo de la normativa, que incida en el procedimiento, con rango inferior

33. De esta opinión NADAL, I. en "Comentario a la Sentencia del Tribunal ...", op. cit., p. 12990.

34. De esta opinión ROBLEDO VILLAR, A. "La inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial...", op. cit., pp. 3602 a 3604. *Vid*. del mismo autor "La ejecución hipotecaria extrajudicial (Comentarios a la Sentencia del TS de 4 de mayo de 1998)", en *Comentario Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 358 de 24 de septiembre de 1998. También CHICO y ORTIZ, "Estudios sobre derecho hipotecario", T.II, Madrid, 1994, p. 1644.

a la ley. La potestad reglamentaria, por tanto, no resulta adecuada para regular la tramitación de asuntos judiciales. De ahí que el Tribunal Supremo haya argumentado en las tres Sentencias —4 de mayo 1998, 30 de enero 1999 y 20 de abril 1999— la inadmisibilidad de la vía reglamentaria para tratar este procedimiento, dado los principios que proclama la Constitución.

V. ESTADO DE LA CUESTIÓN. CONCLUSIÓN

El nuevo art. 129 de la Ley Hipotecaria habla de "acción ejecutiva" de "venta extrajudicial" del art. 1872 CC y remite al Reglamento Hipotecario de 1947, se supone a los artículos 234 a 236. El problema está por resolver.

Por un lado, la cuestión de Inconstitucionalidad de 7 de julio de 1999 de la Audiencia Provincial de Valencia y los Recursos de Amparo —se supone— que penden ante el Tribunal Constitucional por las SSTS (Sala 1ª) de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999.

Por otro lado, el Recurso de Casación ante la misma Sala 1ª de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de diciembre de 2000.

No se sabe cuál será el sentir de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ante la nueva redacción del art. 129 LH por la Disposición final nº 9, 4 de la nueva LEC.

Se desconoce, también, el parecer del Tribunal Constitucional. Por lo que hoy en día incorporar en las escrituras de constitución de hipotecas, la cláusula de la venta extrajudicial del nuevo art. 129 LH podría traer consigo enormes problemas de seguridad jurídica, más para el acreedor ejecutante que para el deudor ejecutado.

Téngase presente que con la nueva regulación de los procedimientos de ejecución hipotecaria existe consecuentemente un traslado de la ejecución hipotecaria de la Ley Hipotecaria a la de Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo el acreedor más opciones para ejecutar la hipoteca[35].

Evidentemente, la nueva redacción del precepto de la Ley Hipotecaria ha querido salir al paso de aquellas SSTS, que habían declarado inaplicable, por inconstitucional, el procedimiento ejecutivo extrajudicial, por falta de

35. *Vid* MIRALBELL GUERIN, L.M. "La ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista La Ley*, nº 5220 de 8 de enero 2001, pp. 1 a 8. Y la monografía de MARTÍN DIZ.F *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, 2000, pp. 76 a 99, cuando trata el nuevo régimen legal de la ejecución hipotecaria de bienes inmuebles.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rango normativo de los preceptos reglamentarios[36]. Aunque la habilitación del nuevo art. 129 LH considere en vigor este procedimiento, hay que entenderla insuficiente al regular un procedimiento que excluye la intervención del órgano judicial por la voluntad de las partes[37].

Hay que decir, también, que la nueva LEC no ha podido reconducir a la unidad de procedimiento pretendida la ejecución hipotecaria a la que dedica las reglas especiales[38], pero aunque en nuestro sistema procesal existan juicios que comienzan por la ejecución, por razones de política legislativa en que pueda crearse convencionalmente un Título, —caso de la venta extrajudicial del nuevo art. 129 LH—, de contenido económico determinado, ello no impide que estamos ante un juicio de pura ejecución[39]. En la ejecución se proyecta el conjunto de garantías constitucionales en todos sus aspectos[40], por lo que sería de muy dudosa aplicabilidad en nuestro sistema procesal la admisión de la ejecución privada de la garantía hipotecaria, ya que la medida de tutela efectiva vendrá determinada por la pretensión documentada en un título no judicial —escritura pública en la que conste separadamente el pacto de sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca— que encamina la ejecución al cumplimiento específico del título ejecutivo en sus propios términos, aunque la ejecución prescinda de la voluntad del ejecutado para su cumplimiento. Al adentrarse en su esfera jurídica-patrimonial para la efectiva tutela del ejecutante, aquella ejecución forzosa o venta extrajudicial supone coacción sobre el ejecutado. El carácter coactivo de la ejecución como dice RAMOS MÉNDEZ[41] *"está preordenado a la eficacia de ésta, por lo que la ejecución debe estar presidida por un criterio de proporcionalidad, al producirse un difícil equilibrio entre los intereses del ejecutante y ejecutado que sólo la dialéctica del juicio puede resolver caso por caso"*.

36. Así lo expresa MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Madrid, 2000, p. 407.

37. Igual MORENO CATENA, en *supra op. cit.* De opinión diferente MARTÍNEZ SANTIAGO, J.M. en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Disposición Final novena, 4. obra cit...*, Madrid 2000, T.IV, p. 4724.

38. RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, 2000, p. 536.

39. RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una transición...*, op. cit., p. 512. Ver la novedad legal que el importante art. 5 de la nueva LEC, introduce respecto a la clases de tutela jurisdiccional.

40. RAMOS MÉNDEZ. F, *supra op. cit...*, p. 513.

41. *Supra op. cit.*, pp. 514 y 515.

Finalmente decir que, atendiendo a la naturaleza y principios de la ejecución forzosa[42], cualquiera que sea la perspectiva desde la que se aborde el concepto de jurisdicción o la amplitud concebida, resulta hoy indiscutible que la ejecución forzosa es actividad jurisdiccional, una vez superada la visión de una jurisdicción circunscrita a la actividad de declaración.

42. *Vid* MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 450. Ver el importante art. 5 de la LEC/2000. Aunque podría sostenerse que la mención de los diferentes contenidos de la tutela jurisdiccional resulta ociosa, porque los mismos se encuentran implícitos en el principio general de la accionabilidad de los derechos e intereses legítimos y en el reconocimiento respecto de todos ellos del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, su mención expresa supone conectarlos en especial a alguno de ellos, como la ejecución y la tutela cautelar con el art. 24.1 de la C.E. y, en consecuencia, el acogimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que lo interpreta. Así se expresa CORDON MORENO, en la edición preparada de Ley de Enjuiciamiento Civil y otras normas procesales. Aranzadi. 2000. p. 72.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

INSISTENCIA EN EL TEMA DE LAS TERCERÍAS ANTE EL ORDEN SOCIAL TRAS LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

ROSA COBOS GAVALA
Profesora titular de Derecho Procesal

SUMARIO

1. Motivo del trabajo. — 2. El Auto de 14 de Julio de 1997, N° 18/1997 de la Sala de Conflictos de Competencia. — 3. La S.T.S. de 11 de Marzo de 1999, N° 191/1999. — 4. La S.T.S. de 20 de Abril de 2000, N° 425/2000. — 5. Carácter prejudicial y previo de la tercería laboral. — 6. Posibilidad de una tercería civil a la luz de la nueva LEC. — 7. Sugerencias sobre la Sala de Conflictos de Competencia.

1. En el n° 1 de la Revista "JUSTICIA" de 1996 publiqué un trabajo con el título "Problemas competenciales en materia de tercerías" en el que mencionaba algunas decisiones jurisprudenciales y examinaba el tratamiento de esa materia en el Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. Las últimas líneas fueron para decir que la aprobación del Texto refundido de dicha Ley por R.D. Legislativo de 7 de Abril de 1995, no alteraba las conclusiones a las que llegué.

Pero de entonces acá, el haberse dictado interesantes resoluciones judiciales en la materia y, sobre todo, la aparición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, aconsejan volver sobre el tema. De ahí el vocablo "insistencia" que figura en el título de este trabajo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2. De esas nuevas decisiones, la primera de ellas es un Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del T.S. de fecha 14 de Julio de 1997 (R.A. 1320 de 1998) que decidió el conflicto entre un Juzgado de lo Social y otro de Primera Instancia. El primero iba a sacar a subasta determinados bienes embargados a los herederos de un empresario y los terceristas acudieron al Juzgado de Primera Instancia que acordó suspender la ejecución. Planteado el conflicto entre los dos órdenes jurisdiccionales, el mismo fue decidido a favor del Juzgado de lo Social.

En efecto, conforme al Auto, tal decisión "se apoya en el art. 4.1 de la Ley de Procedimiento Laboral que proclama expresamente la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer y decidir las cuestiones previas prejudiciales no pertenecientes a dicho orden jurisdiccional pero que estén directamente relacionadas con las atribuidas al orden social, salvo que sean de carácter penal (aptdo. 3 de dicho art. 4). En todo caso la decisión que adopte el orden social no producirá efectos fuera de aquel proceso laboral pues carece de valor de cosa juzgada fuera del mismo, y el cauce marcado está en el art. 258 de la Ley de Procedimiento Laboral".

Con relación a esta decisión lo primero que hay que decir es que su fundamentación es realmente breve aunque es verdad que fue precedida por una amplio informe del M.F. al que ahora haré referencia; pero ello no excusa de que dicha fundamentación hubiera necesitado un razonamiento más amplio.

En cuanto al sentido de la decisión, más adelante volveré sobre ella, pero antes quiero referirme al informe del Ministerio Fiscal, de gran interés y que tan decisivo resultó. Indicaba que el orden social podía conocer de esa reclamación de tercería de los interesados, si bien con carácter prejudicial, esto es, sin que la sentencia alcanzara el efecto de cosa juzgada con lo que, posteriormente, las partes podían acudir al orden jurisdiccional civil a través del proceso declarativo correspondiente pero no en una verdadera tercería.

Esa solución se había adoptado en la Ley de Procedimiento Laboral para defender los intereses de los trabajadores frente a la dilación que suponía el planteamiento de una tercería ante el órgano jurisdiccional civil. Esto implicaba una modificación de lo dispuesto en la LEC, (que no contemplaba el ejercicio de una tercería ante órgano distinto del civil) lo cual era posible en virtud del principio según el cual las leyes se modifican por otras posteriores.

El informe del M.F. era contrario a la competencia del Juzgado civil porque esa tercería que se le presentó no era una incidencia en una ejecución de la que éste mismo estuviera conociendo, sino de otra pendiente ante tribunales distintos. Y al ser la tercería siempre una incidencia del proceso de ejecución, debe conocer de ella el mismo órgano judicial que conoce de ese proceso, excepto cuando se trate de embargos trabados en causas criminales o en procedimientos administrativos, que entonces debe conocer la jurisdicción civil.

Finalmente el informe del Ministerio Fiscal indicaba que dicha tercería no es en verdad una auténtica acción reivindicatoria ya que su finalidad es levantar el embargo. Por esa razón, de esa reclamación puede conocer el orden jurisdiccional social sin perjuicio de que el interesado puede acudir a un posterior proceso declarativo ante los Tribunales del orden jurisdiccional civil.

Como puede verse son muchas y muy interesantes las sugerencias que se contienen en el citado informe. No cabe detenerse en ellas puesto que no fueron recogidas en la decisión del Tribunal; así y todo, reaparecen en alguna sentencia posterior con lo que en su momento volverá a dedicarle alguna atención.

3. La segunda de estas decisiones es la S.T.S. de fecha 11 de Marzo de 1999 (R.A.1673) de la Sala 1ª y de la que fue ponente el magistrado Martínez Calcerrada.

En esta ocasión y ante el embargo de unos bienes por la jurisdicción laboral, el interesado planteó una tercería de dominio en el Juzgado de Primera Instancia competente, el cual se declaró incompetente por entender que el conocimiento del asunto correspondía al Juzgado de lo Social donde se trabaron los bienes cuyo dominio se reclamaba. Apelada dicha resolución del juez civil, la Audiencia Provincial la confirmó mediante auto, ratificando así la competencia del orden social.

El tercerista formuló recurso de casación ante el T.S. por "defecto de jurisdicción " al amparo del art. 1692.1 LEC, alegando una serie de normas: así, el art. 9 aptdos. 1 y 2 de la LOPJ sobre asuntos de que conoce el orden jurisdiccional civil; el art. 22.1 de esa misma LOPJ que, a efectos internacionales declara competentes a los tribunales civiles españoles en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España (hay que entender que sería de esta naturaleza el bien embargado); el art. 85 también de la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LOPJ sobre competencias de los Jueces de Primera Instancia; el art. 51 de la LEC en cuanto a competencia de la jurisdicción ordinaria para decidir los asuntos civiles que se plantean entre españoles; el art. 348 del CC en cuanto concede al propietario de un bien acción reivindicatoria, a la que hay que asimilar la tercería de dominio; y por último, el art. 24.2 de la C.E. sobre el derecho a un proceso con todas las garantías.

En la motivación, el recurrente razonaba la procedencia del recurso aludiendo, en primer lugar, a los precedentes históricos del art. 257 de la Ley de Procedimiento Laboral sobre tercerías, los cuales aclaran su alcance y contenido. Destacaba así que esa tercería laboral tiene mero carácter voluntario o potestativo y que la verdadera tercería es la que se presenta ante el orden jurisdiccional civil, por lo que es competente este último orden ya que en la tercería civil, única admitida en nuestro ordenamiento, lo que se está discutiendo en definitiva es un tema de propiedad; por tanto, las previsiones de la Ley Procesal Laboral no pueden cerrar las puertas para que el interesado ejercite la acción adecuada y ante al tribunal competente para decidirla.

El recurso de casación fue estimado, se dejaron sin efecto los autos recurridos y se declaró que la competencia para resolver la tercería de dominio intentada correspondía a los órganos de la jurisdicción civil, a quien se remitiría lo actuado.

Transcribo a continuación los argumentos básicos recogidos en el fundamento de derecho segundo: "El propio tenor literal del art. 257 de la L.P.L. aprobada por R.D. Legislativo nº. 521 año 1990 de 26 de Abril... hace constar en su párrafo primero: "el tercero que invoque el dominio sobre los bienes embargados adquiridos con anterioridad a su traba, **podrá pedir** el levantamiento del embargo ante el órgano del orden jurisdiccional social que conozca de la ejecución, que, a los meros efectos prejudiciales resolverá sobre el derecho alegado alzando en su caso el embargo": es obvio pues que, aparte de la facultatividad que supone el ejercicio de esta llamada tercería laboral que, incluso está taxativamente recogida con esa modalidad verbal de "podrá pedir"...". En definitiva dice que la tercería laboral es facultativa.

Añade la Sentencia que la resolución judicial que resuelva la tercería laboral lo hará sólo a efectos prejudiciales, o sea, como pide el recurrente con el único fin de mantener intacto el bien embargado hasta que "por el orden competente se resuelva definitivamente sobre el alzamiento del embargo y, en cuyo orden se compulsen los derechos sustantivos de indiscutible raigambre dominical o mejor derecho a la titularidad del bien embargado, lo cual será, en su caso, objeto de la posterior controversia".

Pero el núcleo de la argumentación de la sentencia es el que sigue a continuación: "... que en la tercería de dominio lo que se viene a compulsar es la pretensión del tercerista para el alzamiento del embargo trabado y que ello supone el previo juicio sobre quién tiene el mejor derecho a poseer e incluso a la titularidad dominical del bien embargado, todo ello es perfectamente incardinable dentro del derecho privado..." Y añade que a tenor de lo dispuesto en los arts. 9 y 22.1 de la LOPJ, esa posibilidad de actuación "... queda reservado a la competencia del orden jurisdiccional civil que podrá entender en plenitud de la auténtica tercería de dominio ejercitada al amparo de lo dispuesto en los arts. 1532 y 1533 LEC y, por supuesto, con independencia de que al término de la misma quede siempre expedita la opción del juicio declarativo dirimente de los derechos dominicales en juego".

Como se ve, esta Sentencia acoge buena parte de los preceptos que el tercerista invocaba en su recurso y declara la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la formulada tercería de dominio, tras afirmar el carácter facultativo de la laboral.

4. En cuanto a la última de las tres decisiones a que antes me refería, es la constituida por la Sentencia también de la Sala 1ª del T.S., de 20 de Abril del 2000 (R.A. 3229) siendo el ponente magistrado Sr. Villagomez Rodil.

En este caso, ante un Juzgado de lo Social que procedía a realizar el embargo de bienes, una Sociedad presentó tercería de dominio laboral. El Juzgado decidió que había que estar a lo que resolviera el orden jurisdiccional civil en la tercería de dominio que ante él se había planteado, por lo que no había lugar a levantar el embargo. Hay que advertir que fue la tercería laboral la primera que resultó admitida a trámite con diferencia de unos días, si bien ni fue resuelta, repito, a la espera de lo que se decidiera en el ámbito jurisdiccional civil.

La resolución del Juzgado de lo Social inhibiéndose, fue confirmada por la Sala de lo Social del T.S.J. correspondiente, en recurso de suplicación.

Mientras tanto el Juzgado de Primera Instancia se había declarado competente para decidir la tercería civil y, en cuanto al fondo, desestimó la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

demanda. Los demandados no apelaron esa decisión y en cambio sí lo hizo la Sociedad tercerista. Pues bien, la Audiencia Provincial revisó en la apelación el tema de la competencia de jurisdicción y decidió que el Juzgado de Primara Instancia no la tenía para resolver aquella tercería de dominio.

Esa Sentencia fue recurrida en casación por la tercerista, recurso que fue desestimado por la Sala 1ª del T.S. en la citada sentencia de 20 de Abril del 2000 y de la que destaco a continuación distintos puntos verdaderamente notables:

1º. En cuanto a que al Audiencia Provincial hubiera replanteado o, mejor dicho, entrado en el tema de la jurisdicción aun no habiendo apelado los demandados, razona diciendo que esa materia era de orden público por lo que la Sala podía haberla examinado aún de oficio.

2º. Más peculiar todavía es la afirmación de que el Juzgado de lo Social, al inhibirse en la tercería que ante él se formuló, se había equivocado; esa crítica abarca por lo tanto a la decisión de la Sala de lo Social del T.S.J. que había confirmado dicha resolución en suplicación.

3º. En tercer lugar reconoce la Sentencia de casación que en el presente caso se daba una situación de conflicto competencial de jurisdicción y si bien el mismo no había sido planteado formalmente, la Sala 1ª afirma que ella debe decidirlo.

4º. Finalmente la sentencia reconoce que la anterior de 11 de Marzo de 1999 había llegado a una solución contraria al haber resuelto la cuestión a favor del orden jurisdiccional civil, pero indica que como era una sola resolución no creaba doctrina jurisprudencial. (Por cierto que en la de 1999 también formaba Sala el magistrado Villagomez). Claro que hay que entender que la nueva del 2000 tampoco llega a constituir jurisprudencia.

Transcribo seguidamente algunos de los argumentos fundamentales de la nueva Sentencia de 20 Abril de 2000: que "la tercería laboral resulta facultativa y habrá de estarse a lo que se decida en la misma. La tercería civil no resulta imposible ya que cabe plantearla si no se optó por la laboral, bien porque se prefirió así o porque resultaba imposible promover aquella al haber transcurrido el plazo que el art. (258) establece para su interposición. Lo que no autoriza la Ley es a plantear una y otra como aquí ha ocurrido".

Así pues, el discurso de casación lleva a dos interpretaciones del vocablo "podrá" que emplea el art. 257 de la L.P.L. (es el 258 del Texto refundido), a saber: "1º) el ejercicio de la tercería en vía laboral... se debe resolver como cuestión prejudicial que no está supeditada a lo que se decida en vía civil... pues de no entenderlo así equivaldría a desapoderar a la tercería laboral de todo contenido y dejarla como institución desierta, y, 2º) la posibilidad de plantear la tercería civil si no se promovió la laboral..."

Es al hablar de la primera alternativa (el ejercicio de la tercería laboral) donde critica la solución que había dado el Juzgado de lo Social declarándose incompetente y estando a lo que resolviera el orden civil.

Pero la verdadera ratio decidendi del fallo es ésta: "...promovida con anterioridad en el tiempo, como aquí sucede, la tercería laboral impide la civil, es decir, no son concurrentes sino excluyentes ya que el art. 1535 de la referida Ley no autoriza segunda tercería y así lo ha declarado la Sala de Conflictos de Competencia del T.S. en resolución de 23 de Octubre de 1999 que tiene su precedente en la de 14 de Julio de 1997" (esta última es la que he reseñado al principio de este trabajo).

Termina diciendo la sentencia que "la resolución del Juez de lo Social actúa siempre en el ámbito de las cuestiones prejudiciales que autoriza el art. 10 de la LOPJ, estándole vedado decidir sobre la propiedad de los bienes trabados por ser cuestión de la exclusiva competencia de la jurisdicción civil y, la decisión de aquel, sólo producirá efectos dentro del proceso laboral y no fuera del mismo". "El tercerista en todo caso no queda desprotegido, al quedarle expedita la vía civil par reivindicar en procedimiento declarativo ordinario la titularidad definitiva de los bienes objeto de la traba laboral".

Resumiendo: Que la tercería laboral es facultativa. Que cabe la tercería civil si no se optó por la laboral. Y que la utilización de la laboral excluye la civil, pero como aquella es prejudicial se podrá ir a un declarativo posteriormente.

5. Una vez expuestas estas tres importantes decisiones y por supuesto no coincidentes, es hora de insistir sobre lo que ya afirmé en mi anterior trabajo arriba citado.

En cuanto a que el pronunciamiento del orden social, en la tercería laboral que ante él se entable, sea de carácter prejudicial, no cabe duda de que es así. Lo afirmé entonces y en ese criterio coinciden las tres resoluciones que recojo en este trabajo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En cuanto al momento en que debería plantearse la tercería laboral, tampoco hay razón para variar el criterio que mantuve en el trabajo anterior: debe hacerse en el plazo que prevé la Ley de Procedimiento Laboral y, para aquellos supuestos en que la brevedad de ese plazo pudiera determinar una posible indefensión del tercerista, podrían entrar en juego las soluciones más flexibles que apunta la S.T.S. de 20 de Abril de 2000 arriba citada, en definitiva ir a la tercería civil.

Pero el punto verdaderamente conflictivo es el siguiente: si el presentar la tercería laboral es algo potestativo. Ya vimos que la S.T.S. de 1999 se inclina por el carácter "facultativo" de la misma y lo confirma en base a la expresión "podrá pedir" que contiene el precepto correspondiente de la Ley de Procedimiento Laboral. A su vez, lo mismo afirma la S.T.S. del 2000: "La tercería laboral resulta facultativa", y más adelante apunta la posibilidad de plantear la tercería civil si no se promovió la laboral lo que denota claramente el carácter potestativo de esta segunda.

Es claro que esta solución no me convence. Que la tercería laboral no es algo potestativo lo acredita el Auto antes citado de 14 de Julio de 1997 de la Sala de Conflictos que decidió la cuestión a favor del orden social a pesar de que la tercería se había presentado ante el Juzgado de Primera Instancia. Y a esa decisión hay que darle más relevancia en cuanto que recayó precisamente en un conflicto entre órdenes jurisdiccionales. Es más, el informe del M.F. en aquel caso indicaba que, con posterioridad, el asunto podía "replantearse" ante el orden jurisdiccional civil lo cual indica que era necesaria la previa formulación ante el orden laboral. Para ello no es óbice la expresión "podrá pedir" que utiliza el texto de Procedimiento Laboral. En efecto, el ejercitar una tercería no es obligatorio para nadie pero si se la quiere formular hay que hacerlo en la forma que la ley establece, esto es, ante el órgano de lo social y en el plazo que prevé la Ley reguladora de ese procedimiento.

Y es que ese giro gramatical, muy frecuente en muchas leyes, lo que pretende indicar es que el particular puede, o no, acudir a tal recurso o a tal trámite, pero no impide que si no lo ejercitó no pueda acudir después a otro remedio o a otro proceso del cual aquel era un antecedente previo.

También indiqué en el trabajo anterior que no era necesario el recurso de suplicación posterior cuando la tercería laboral era desestimada, y se puede ver cómo en la S.T.S. de 20 de Abril de 2000, el acuerdo inicial del juzgado de lo social fue confirmado en suplicación por la Sala de ese mismo orden del T.S.J.. No obstante y al tratarse de un pronunciamiento meramente prejudicial, esa doble resolución puede retrasar demasiado la intervención del orden civil en su caso.

6. Llego así al punto esencial de este tema, esto es, si después de la tercería laboral cabe la definitiva tercería de dominio ante los tribunales civiles. Una postura afirmativa se desprende de la S.T.S. de 11 de Marzo 1999 pues en ella se destaca que el pronunciamiento recaído en la denominada tercería laboral lo será solo a efectos prejudiciales, y luego añade que ello será hasta que el orden competente resuelva definitivamente sobre el alzamiento del embargo. Pero es el orden civil el que podrá entender en plenitud de la autentica tercería de dominio.

En cambio en la S.T.S. de 20 de Abril de 2000 mas bien se llega a otra solución porque en ésta, la tercería civil parece que se reserva para cuando no se ejercito previamente la laboral o cuando pasó el corto plazo de presentar esta. Por eso se dice que ambas tercerías no son concurrentes sino excluyentes y se indica que tal como afirma el art. 1535 de la antigua LEC, no cabe una segunda tercería.

Está claro que no encuentro convincente esa referencia al art. 1535 de la antigua LEC porque, bien está que no quepa una segunda tercería civil cuando los títulos esgrimidos en esta ya se tenían en su poder al presentar la primera, pero nada tiene eso que ver con una previa tercería laboral que solo tiene carácter prejudicial y donde el título, necesariamente, ha de ser el mismo que posteriormente se debatiría en la tercería civil. Por supuesto que dicho art. 1535 no podía prever lo que un siglo mas tarde establecería el ordenamiento procesal laboral.

Pero volviendo al punto que ahora nos interesa, y conforme a la anterior LEC, cuando el pronunciamiento prejudicial en vía laboral ha existido, no había inconveniente en que el orden civil resolviera la autentica tercería de dominio que, como cuestión de derecho privado, esta reservada a su conocimiento. La propia Sentencia de 2000 tantas veces citada reconoce que las "facultades de los tribunales civiles resultan más amplias" pues podrán declarar que el bien no pertenece al apremiado y "se integra en el dominio del tercerista". Pero a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000, todo esto tiene distinta lectura.

Efectivamente, la aparición de esta ultima Ley no tendría porqué resolver en principio el problema aquí planteado por la sencilla razón de que no es ese el cometido que corresponde a tal norma. Sin embargo, la nueva

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LEC regula las tercerías con algunas modificaciones respecto a la anterior, no solo en materia de legitimación y en que su resolución ha de hacerse por auto, sino con algún otro precepto que va a influir en la improcedencia de una tercería civil posterior a la laboral.

En primer lugar, el art. 601 al establecer el objeto de la tercería de dominio señala que en la misma no se admitirá al tercerista otra pretensión que la dirigida al levantamiento del embargo. Y en segundo lugar el art. 603 añade que el pronunciamiento —por auto— sobre la pertenencia del bien embargado y la procedencia de su embargo, se hará a los únicos efectos de la ejecución en curso, es decir, que ese auto no producirá cosa juzgada en cuanto a la titularidad de ese bien. Eso no lo decía la anterior LEC, donde la tercería se deicida en juicio declarativo y terminado por sentencia.

Pues bien, si esa nueva tercería a la que se refiere el art. 603 no produce cosa juzgada sobre la titularidad del bien, con la consecuencia de poder acudir posteriormente a un declarativo plenario donde se aborde ese tema y pueda resolverse la improcedencia definitiva de aquel embargo, resulta ahora inadecuado que a una tercería laboral que es solo a efectos prejudiciales, haya de seguir una tercería civil que tampoco produce cosa juzgada, para tener que acabar después en un declarativo. De esas tres instancias judiciales puede ahora prescindirse de la segunda que no resuelve nada de forma definitiva.

Con esto, tras la tercería laboral a lo que habría que acudir es al juicio declarativo civil para tratar el tema con toda su amplitud. Se viene así, a posteriori, a dar la razón a algunas de las decisiones judiciales que señale al principio de este trabajo.

Queda ahora plantearse el efecto suspensivo que en la ejecución laboral puede tener ese juicio civil. Para cuando lo procedente era la tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia me remito a lo que sobre ese extremo señale en mi anterior trabajo ya citado.

Hoy, sin embargo, el problema cambia porque ese juicio declarativo por sí no tiene efecto suspensivo con lo que habrá que buscar una formula para que ese proceso no resulte inútil y, al final, cuando hubiese prosperado, se encuentre el verdadero titular del bien con que este había sido irremediablemente enajenado.

Cabe pensar, en primer lugar, en la medida cautelar que supone la anotación de demanda en el Registro de la propiedad si lo embargado era un bien inmueble porque, en ese caso, de prosperar el declarativo quedarían sin efecto las enajenaciones que del bien se hubieran hecho en el orden jurisdiccional social.

Por lo que se refiere a otras medidas cautelares de suspensión del proceso laboral de ejecución, no es ahora tan claro como cuando se trataba de una tercería civil pero, en todo caso, de no adoptarse tal medida por el juez civil, aunque vaya dirigida al de otro orden jurisdiccional, se corre el riesgo de que la sentencia a recaer fuera luego inoperante.

Finalmente, el tema podría enfocarse desde el punto de vista de la prejudicialidad. La base esta en el art. 43 de las nueva LEC que sería aplicable supletoriamente en el orden social.En efecto puede pensarse que el decidir definitivamente sobre la titularidad del bien embargado como de propiedad del tercerista, es prejudicial para su ejecución en el proceso laboral; porque si ese bien no era del allí ejecutado, no habría base para su enajenación.

En ese caso la solución la da el citado articulo de la nueva LEC: habría que pedir ante el juez que conoce de la ejecución laboral que suspenda el apremio sobre el bien que el tercerista reclama como propio hasta que ese tema, que es prejudicial, se resuelva en el juicio declarativo entablado.

Todo ello puede rodearse de las oportunas cauciones o garantías que se quieran pero, en ultimo extremo, se trata de evitar la indefensión de una parte lo que esta claramente proscrito por nuestra Constitución.

7. Después de insistir en este tema de la tercería laboral me atrevo a proponer una sugerencia que guarda relación con el régimen que la L.O.P.J. ha previsto para solucionar los Conflictos de Competencia que enfrentan a distintos ordenes jurisdiccionales, y tan conectado por tanto al tema de este trabajo.

Como es sabido, el art. 42 de dicha Ley Orgánica encomienda la decisión de esos conflictos a una Sala constituida en el T.S., presidida por su Presidente y formada por otros dos magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en discordia. Se prevé que la decisión del conflicto sea resuelta por auto y que contra este no quepa recurso.

En efecto, esa Sala se ha constituido varias veces y ha resuelto problemas de deslinde competencial, pero la experiencia ha sido desoladora. Puede servir de ejemplo las decisiones que ha habido sobre el orden competente para enjuiciar supuestos de responsabilidad de la Administración, pero es lamentable que esas resoluciones de la Sala de Conflictos no hayan servido para resolver el problema más que en cada caso concreto que allí se ventilaba. Para los supuestos análogos a los resueltos por dicha Sala de Conflictos, las Salas del T.S. seguían manteniendo sus peculiares criterios aunque

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

fueran opuestos al sentado por la Sala de Conflictos. Y no solo eso, sino que en sus sentencias se referían a la opinión de esta ultima con la observación de que ese criterio no era vinculante para ellas.

El ejemplo que con esto se daba era de todo punto negativo y, además, los conflictos podían multiplicarse al no aceptarse la solución que para ellos se había dado; asimismo podían producirse situaciones de autentica indefensión para el particular que hubiese confiado en que la jurisprudencia de la Sala de Conflictos iba a ser observada. Finalmente incluso se llegaba al resultado, que hemos visto en la sentencia de 20 de Abril de 2000 arriba citada, de que una Sala del T.S., aunque fuera de lo civil, resolvía por si misma lo que era un verdadero conflicto competencial, el cual tiene sin embargo en la ley sus vías para sustanciarse.

El ejemplo de lo que debería ser correcto lo tenemos en los "Conflictos de Jurisdicción" que enfrentan a los Tribunales con la Admón., porque la L.O. que los regula encomienda su resolución a un Tribunal especial de Conflictos presidido, como es sabido, por el Presidente del T.S. y formado por dos magistrados más y tres Consejeros de Estado; este Tribunal decide las controversias por sentencia.

Pues algo semejante debería establecerse para los conflictos de competencia. Así su decisión podría encomendarse a una Sala especial constituida en el T.S. y presidida por su Presidente y de la que formarían parte, además, seis magistrados del T.S., tres por cada orden jurisdiccional en discordia, a saber: el Presidente de la Sala respectiva, el magistrado más antiguo de ella y otro elegido por y entre los componentes de dicha Sala.

La resolución del conflicto podría hacerse también por sentencia porque, en definitiva, se trataría de un Tribunal que esta resolviendo un problema de derecho y tal decisión tendría que vincular a los ordenes jurisdiccionales implicados en la controversia. Esto no quiere decir que la resolución del conflicto marcara ya un criterio inamovible para el futuro, pero si que los tribunales de esos ordenes jurisdiccionales enfrentados no podrían apartarse de ese criterio por su propia autoridad. Sí cabría que en otra ocasión volviera a plantearse la discusión por si cupiera un cambio de criterio, lo cual siempre es admisible en derecho pero, fuera de eso, la decisión de la Sala especial debería de ser respetada.

En resumen esta es la sugerencia a la que antes me refería y que, junto con el nuevo planteamiento en el tema de las terceras laborales, he querido expresar en estas líneas.

LA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO-PROCESAL LABORAL EN LOS SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS O SERVICIOS: LA FIGURA DEL LITICONSORCIO[1]

MAR JIMENO BULNES
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Burgos

SUMARIO

I. Introducción. — II. La regla de la solidaridad y la institución del litisconsorcio: 1. Concepto y régimen legal. 2. Debate doctrinal. 3. Postura jurisprudencial. — III. Problemática: 1. El cumplimiento del principio de contradicción. 2. La intervención litisconsorcial. — IV. Tratamiento procesal: 1. La regulación procesal laboral. 2. Aplicación supletoria de la nueva ley procesal civil. — V. A modo de conclusión.

1. Trabajo resultado de la ponencia presentada en las III Jornadas Universitarias Burgalesas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "La externalización de actividades laborales (*outsourcing*): una visión interdisciplinar", celebradas en Burgos los pasados días 22 y 23 de marzo de 2001. Mi agradecimiento al Prof. Dr. D. Pedrajas Moreno, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Burgos y organizador de las mismas.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. Introducción

El propósito de esta breve memoria es aquí y ahora exponer ciertas reflexiones sobre la constitución de la relación jurídica-procesal en el orden jurisdiccional laboral en un supuesto especial y de cada vez mayor aplicación práctica como es la subcontratación de obras y servicios. No en vano se presenta dentro de los mismos una concurrencia de responsables en la posición pasiva de la relación jurídica procesal que es preciso analizar desde una perspectiva técnico-procesal. Para ello y de modo introductorio se realizan las siguientes precisiones.

En primer lugar, se tomará como punto de partida la regulación que del fenómeno de externalización de actividades laborales o *outsourcing* en terminología anglosajona[2] ofrece el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y así la responsabilidad solidaria de la empresa principal en caso de subcontratación de obras y servicios. Entendemos que la solución a adoptar en otros supuestos como la cesión de trabajadores a la que se refiere el posterior art. 43 ET es equiparable a la antedicha, al menos desde la óptica procesal ahora objeto de examen, dado el establecimiento, asimismo y en tal caso, de la regla de solidaridad para la exigencia de esta responsabilidad empresarial. Y aún más; como es sabido, la propia jurisprudencia de nuestros Tribunales superiores se ha ocupado en poner de relieve la dificultad de deslindar ambos supuestos en no pocas ocasiones[3].

En segundo lugar, dentro de la regulación ofrecida por tal art. 42.2 ET nos interesa, en la línea anticipada y obviamente, la construcción procesal de la reclamación en juicio de la oportuna responsabilidad empresarial por parte del trabajador o trabajadores subcontratados y así la obligada constitución de la posición del demandado desde tal regla de solidaridad. Prescindimos, sin embargo, aquí y ahora, del análisis de la figura de la subcontratación y así la tradicional discusión sobre la existencia o no de acción directa entre primer y tercer contratante, ya clásica en el Derecho Civil[4]. Preferimos, por el contrario, centrarnos en la exigibilidad de tales obligaciones de naturaleza salarial y relativa a la Seguridad Social por parte del o de los trabajadores para las que se establece legalmente tal vínculo de solidaridad.

En tercer y último lugar, partiremos en nuestro tratamiento procesal del problema, al igual que la ley procesal laboral, del proceso ordinario sin entrar en el análisis de cada uno de los procesos o "modalidades" especiales, entendiendo que la adaptación de la solución a adoptar en su caso será objeto de posterior examen bajo el cuadro general de acciones a emplear por parte del o los trabajadores contra las empresas contratistas en sentido amplio, así auxiliar y principal[5]. Ello será objeto de tratamiento en su caso en la posterior exposición que completa el presente módulo procesal.

II. La regla de la solidaridad y la institución del litisconsorcio

A tenor de la lectura literal del art. 42.2 ET es de carácter "solidario" el vínculo legal establecido para la exigencia de responsabilidad empresarial entre empresa principal y subcontratista o auxiliar en relación con el cumplimiento de las obligaciones de naturaleza salarial y relativas a la Seguridad Social. No nos corresponde aquí y ahora proceder a la delimitación del alcance de las mismas sobre cuyo contenido existe ya abundante jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en relación con los distintos conceptos a incluir en su caso dentro de ambos tipos de obligaciones[6]. Nos ocupamos en su lugar de la traducción al proceso de esta regla de solidari-

2. Pese a su empleo más allá del campo estrictamente jurídico; así, por ejemplo y dentro del mundo empresarial, véase Cook, M.K. *Externalización de las funciones de recursos humanos,* Barcelona 1999.

3. Entre otras, STS de 17 de enero de 1991 (Ar. 58) y, más recientemente, STSJ del País Vasco de 30 de marzo de 1999 (AS 1536), con exposición en esta última de las notas que "permiten diferenciar las figuras de la contrata o subcontrata y la cesión ilegal de trabajadores"; así, por ejemplo, la independencia formal de empresa principal y contratista, posesión de la infraestructura necesaria para llevar a cabo la actividad productiva por parte de la empresa contratista, asunción de riesgos por parte de esta última, etc.

4. Sobre ello, ampliamente, López Villas, M. *El subcontrato*, Madrid 1973, esp. pp. 306 y ss.

5. Utilizamos en este sentido la terminología adoptada por Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J. *Derecho del Trabajo,* 8ª ed., Madrid 1999, esp. pp. 230 y ss.

6. Así y sólo con cita de jurisprudencia de estos últimos años, recordamos han sido incluidos los salarios de tramitación salvo que resulten de acciones de despido (SSTS de 29 de marzo de 1999, Ar. 3758; de 28 de abril de 1999, Ar. 4648; de 9 de diciembre de 1999, Ar. 9718; etc.) y las prestaciones de incapacidad temporal (por ejemplo, STS de 17 de mayo de 1996, u.d., Ar. 4472); no así, en cambio, las mejoras de seguridad social (entre otras, SSTS de 19 de mayo de 1998, u.d., Ar. 4730; de 16 de septiembre, Ar. 7226; de 14 de febrero de 2000, Ar. 2036; de 22 de diciembre de 2000).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dad y así el surgimiento de la institución procesal del litisconsorcio o, en suma, "juicio con pluralidad de partes"[7].

1. *Concepto y régimen legal*

Para una definición previa a la construcción procesal de la aludida regla de solidaridad es preciso acudir al Derecho Civil; sólo desde este ordenamiento jurídico es posible la delimitación de las obligaciones de este carácter por oposición a las mancomunadas, dada la ausencia de cualquier otra definición de dicho concepto desde el Derecho Laboral o cualquier otra legislación material, por otra parte lógico. Así y como es sabido, son los arts. 1137 y siguientes del Código Civil (en adelante, CC) los que determinan *a priori* el régimen legal de tales obligaciones solidarias, resultando fundamental a este respecto el primero de estos preceptos, por cuanto del mismo podrá extraerse la base jurídica de la futura construcción procesal; esto es, la legitimación a título individual de cada uno de los acreedores y deudores solidarios. No en vano y a partir de una lectura textual del mismo, además de la presunción de la no solidaridad de las obligaciones[8], se establece el derecho del acreedor de pedir y la obligación del deudor de prestar por entero "las cosas objeto de la misma".

Todavía más claro resulta en términos procesales la dicción de los arts. 1141 y 1144 CC. En concreto, a tenor del primero se la reconoce la extensión de la autoridad de cosa juzgada para los restantes deudores solidarios aún no (inicialmente) demandados, por cuanto "las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos"; presunción de cosa juzgada que más tarde confirma el posterior art. 1252 CC, hoy finalmente derogado con la entrada en vigor y regulación de la cosa juzgada por parte de la nueva ley procesal civil[9]. Por su parte, el art. 1144 CC anticipa ya la institución procesal del litisconsorcio al permitir al

7. Expresión clásica utilizada, entre otros, por REDENTI, E. *Il giudizio civile con pluralità di parti,* Milano 1960, cuya definición es asimismo clásica, entendiendo así que tiene lugar el "litisconsorcio" o "juicio con pluralidad de partes" cuando "da più o contro più soggetti si chiede all'organo giurisdizionale la pronuncia di un provvedimento logicamente e giuridicamente unico" (p. 5).

8. Para este tema en particular puede consultarse, por ejemplo, DÍEZ DE LEZCANO, I. *La no presunción de solidaridad en las obligaciones,* Madrid 1997.

9. Disposición Derogatoria única 2.1º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en vigor desde el pasado 8 de enero de los corrientes (Disposición Final 21ª).

acreedor dirigir su acción "contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente", formando así la pluralidad de demandados —en suma partes del proceso— un litisconsorcio pasivo.

Ahora bien, afirmada la existencia de legitimación individual y no conjunta para cada uno de los litisconsortes obligados solidariamente así como la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación respectiva sólo a uno (o varios) de ellos —pensemos en nuestro caso empresa principal o auxiliar— en calidad de demandado, tal litisconsorcio pasivo en absoluto podrá considerarse conceptualmente como "necesario" ni, por tanto y en principio, justificar procesalmente el rechazo de la demanda *ad limine litis* para el caso de que el mismo no fuera respetado. Por este motivo, se plantea un intenso debate doctrinal respecto de la calificación de este fenómeno litisconsorcial en los supuestos en que rige tal regla de solidaridad; tras ello habrá de ser objeto también de examen el criterio jurisprudencial.

Por otra parte y desde una perspectiva diferente ofrecida por esta misma regulación de Derecho material respecto de la solidaridad, la previsión de una acción de "regreso" (o "reembolso"[10]) por el art. 1145 CC en favor del deudor diligente contra los restantes codeudores justifica así también la constitución del litisconsorcio en beneficio del principio de economía procesal. De nuevo se trata un litisconsorcio no necesario; por tanto, sólo podría ser, a lo sumo y en principio, voluntario, constituido *ab initio* por la pluralidad de deudores.

Finalmente, por lo que atañe al régimen legal contemplado para la figura del litisconsorcio en las normas procesales éste resulta bastante escaso, aún cuando ello ha sido en cierta medida paliado por la nueva ley procesal civil; de ahí la convenciencia de acudir al criterio doctrinal y jurisprudencial antes anunciado. Por lo que respecta, en primer lugar, a la normativa procesal laboral, dicha institución aparece indirectamente contemplado, como es sabido, en el art. 19.1 LPL[11]; se trata así de una referencia incidental contenida en las reglas de postulación y únicamente con previsión del litisconsor-

10. En terminología, entre otros, de DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Instituciones de Derecho Civil,* vol. I, Madrid 1995, esp. p. 480.

11. Aún cuando en ocasiones son citados como supuesto de litisconsorcio los previstos en el art. 23.1, 140 o 153 LPL que contemplan la posible "intervención" del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), de las entidades gestora y Tesorería de la Seguridad Social así como la de los sindicatos o asociaciones empresariales; de este modo, ALFONSO MELLADO, C.L. *Derecho Procesal Laboral,* con ALBIOL MONTESINOS, I., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., 3ª ed., Valencia 2000, esp. pp. 82 y 83, calificando dicho litisconsorcio de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cio activo, sin utilizar siquiera esta terminología. Hemos de acudir, por tanto y en segundo lugar, a la legislación procesal civil[12], hoy Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que contempla dicha institución en el artículo 12, en sus dos modalidades, litisconsorcio voluntario y necesario.

2. *Debate doctrinal*

En efecto, desde la construcción tradicional elaborada respecto de tal institución por la literatura procesalista de corte clásico[13], dos son los tipos de litisconsorcio que cabe apreciar en la relación jurídico procesal en función de la legitimación y/o número de pretensiones ejercitadas en el seno de un proceso.

Así y en primer lugar, litisconsorcio voluntario (para otros, facultativo o simple[14]) cuando la legitimación pertenece a título individual a cada uno de los litisconsortes y por ello la posibilidad de litigar separadamente, existiendo, por tanto, una pluralidad de pretensiones a tramitar en un único proceso y/o procedimiento[15]. Para algunos no es en puridad litisconsorcio sino,

"opcional". Discrepamos por completo con esta postura entendiendo que, como la propia redacción legal indica en algunos de estos casos —en concreto, arts. 23.1 y 140 LPL—, no se trata sino de supuestos de intervención procesal, eso sí, litisconsorcial; tampoco creemos que ése sea el tipo de litisconsorcio contemplado para el art. 42.2 ET como allí también se afirma. Volveremos sobre todo ello.

12. Normativa, recordamos, supletoria en virtud de la Disposición Adicional 1ª.1 LPL.

13. Sobre este tema en particular véase, entre los autores más reconocidos, FAIRÉN GUILLÉN, V. "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil", *Estudios de Derecho Procesal,* Madrid 1955, pp. 125 y ss; MONTERO AROCA, J. "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes" y "Las partes en el proceso de trabajo: capacidad y legitimación", ambos en *Estudios de Derecho Procesal,* Barcelona 1981, pp. 215 y ss, y 349 y ss (esp. pp. 397 y ss) respectivamente; SERRA DOMÍNGUEZ, M. "Concepto y regulación positiva del litisconsorcio", Revista de Derecho Procesal 1971, nº 2-3, pp. 573 y ss (también en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix,* t. XV, Barcelona 1981, pp. 682 y ss, que es la publicación manejada por nosotros); etc.

14. Denominación esta última empleada, entre otros, por SERRA DOMÍNGUEZ, M. "Concepto y regulación positiva del litisconsorcio", op. cit., esp. p. 683. Para otros incluso "opcional" en la línea anticipada (vid. *supra* nota nº 11).

15. No entramos ahora en la discusión de si existe un único o varios procesos atendiendo en este caso la singularidad al procedimiento; así y en concreto, GONZÁLEZ VELASCO, J.P. "En el llamado litisconsorcio voluntario no hay litisconsorcio", Revista de Derecho Procesal 1982, nº 84, pp. 633 y ss, esp. ppp. 654 y ss, en defensa de la correlación entre pretensión y proceso. En contra y afirmando la presencia de un único proceso con reunión de varios objetos o pretensiones, entre los ya citados, MONTERO AROCA, J. "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes", op. cit., passim, y SERRA DOMÍNGUEZ, M. "Concepto y regulación positiva del litisconsorcio", op. cit., esp. p. 683.

en su caso, acumulación subjetiva de acciones[16], pese a la regulación independiente que realiza hoy la ley procesal civil respecto de ambas instituciones; en efecto, mientras dicho litisconsorcio aparece contemplado en el anterior art. 12.1 LEC, la acumulación subjetiva de acciones se incluye en el art. 72 LEC, estribando la diferencia en la identidad o conexión del título o causa de pedir[17].

Por el contrario y en segundo lugar, encontrando hoy regulación en el art. 12.2 LEC, el litisconsorcio necesario cumple propiamente con ese principio de "comunidad de suertes" que anuncia la denominación de tal figura (*litis-cum-sors*), por cuanto la legitimación es conjunta para todos los litisconsortes estando obligados por imperativo de la ley material a litigar unidos en defensa de una única pretensión[18]. El supuesto clásico, por

16. Así, por ejemplo, MONTERO AROCA, J. "Las partes en el proceso de trabajo: capacidad y legitimación", op. cit., esp. p. 400; no así, en cambio, para FAIRÉN GUILLÉN, V. "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil", op. cit., esp. p. 127, entendiendo que se trata de "figuras muy próximas y dirigidas a la obtención, en muchos casos, del mismo objetivo —la economía procesal—" pero distintas. Más recientemente, respecto de esta identidad entre ambas figuras ya en la nueva regulación procesal civil, SAMANES ARA, C. *Las partes en el proceso civil,* Madrid 2000, esp. p. 119, y "La pluralidad de partes en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", La Ley de 12 de noviembre de 1998, nº 4670, esp. 1ª pág.

17. Sin embargo y ciertamente, la diferencia es más formal que de contenido por cuanto el propio art. 72.II LEC prevé la posibilidad de que tal título o causa de pedir sea idéntico o conexo; por ello que, en realidad, el fenómeno de acumulación de acciones no es otro que la objetiva. En este sentido, MONTERO AROCA, J. *La acumulación de acciones en el proceso laboral,* Valencia 1999, esp. p. 31, así como FONS RODRÍGUEZ, C. *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil,* Barcelona 1998, esp. pp. 36 y ss, en clara distinción de ambas figuras, litisconsorcio y acumulación de acciones; tal criterio restrictivo, en suma, procede de GUASP, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* t. I, Madrid 1943, esp. p. 513 y *Derecho procesal civil,* t. I, 4ª ed. revisada por P.Aragoneses, Madrid 1998, esp. p. 228. Un estudio del fenómeno cumulativo para el proceso laboral se realiza también por VALLE MUÑOZ, F.A. *Acumulación de acciones en el proceso laboral,* Pamplona 1998.

Aún más, la regulación del litisconsorcio voluntario en otros ordenamientos jurídicos prevé simplemente la conexión sin exigir dicha identidad; así, por ejemplo, el art. 103 *Codice di Procedura Civile* o el & 60 *Zivilprozeßordnung.*

18. Más ampliamente y entre muchos, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. "El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Revista de Derecho Procesal 1976, nº 2-3, pp. 369 y ss, así como las monografías de DÁVILA MILLÁN, M.E. *Litisconsorcio necesario: concepto y tratamiento procesal,* Barcelona 1975, y, más recientemente, GONZÁLEZ GRANDA, P. *El litisconsorcio necesario en el proceso civil,* Granada 1996.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

oposición a las obligaciones solidarias ahora objeto de examen, lo constituyen las obligaciones indivisibles o mancomunadas del art. 1139 CC, precepto que advierte en esta línea —recordamos— como "sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores". De lo contrario, la ausencia de alguno de los litisconsortes en el proceso provocará una defectuosa constitución de la relación jurídica procesal y así el rechazo de la demanda *ad limine litis*, incluso de oficio por el propio juzgador[19].

Junto a estas dos categorías se sitúan otra (u otras) intermedia como es el litisconsorcio cuasi-necesario y/o impropiamente necesario (o propiamente no necesario[20]). Dejando ahora aparte esta última clasificación y así el problema de si es o no categoría independiente[21], nos interesa de modo especial este litisconsorcio cuasi-necesario, importado desde Italia en cuyo ordenamiento jurídico se ha dicho encuentra previsión legal[22]. Derivada su existencia, no de la norma legal sino de la naturaleza de la propia relación jurídica material que impone el dictado de una resolución única para todos los litisconsortes, supone por tanto la atribución de legitimación a título individual a cada litisconsorte que, en caso de intervenir, tienen que hacerlo en el mismo proceso cuyo objeto es una pretensión

19. Entre muchas, STS de 29 de mayo de 1981 (Ar. 2145), entendiendo, aún más, este Tribunal que "por afectar al orden público, cuando se refiera a la figura jurídica del litisconsorcio ... no solamente puede estimarse de oficio por los Tribunales, sino que incluso es *obligado el así hacerlo*, ya que a éstos les viene atribuido o corresponde cuidar que el litigio se celebre con todos aquellos que puedan resultar afectados por la declaración de la sentencia" (FJ 3). En cuanto a la jurisprudencia constitucional, destaca la STC 84/1997, de 22 de abril, que, en el mismo sentido, proclama que "el juzgador, *de oficio* ... debe velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las siutaciones de litisconsorcio pasivo" (FJ 2). La cursiva es nuestra.

20. Así, FAIREN GUILLÉN, V. "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil", op. cit., esp. p. 138.

21. En términos generales, a excepción hecha de FAIREN GUILLÉN en la obra y páginas inmediatamente citadas, todos los autores coinciden en señalar que se trata de una misma categoría utilizando una u otra denominación.

22. La primera formulación procede de CHIOVENDA, J. "Sul litisconsorcio necessario", *Saggi di Diritto processuale civile*, t.II, Roma 1930, 427 y ss, esp. p. 434, a partir del modelo germánico aún sin utilizar dicha denominación y encontrando a decir de algunos su regulación en el art. 103 CPC; así, OCAÑA RODRÍGUEZ, A. *Partes y terceros en el proceso civil,* Madrid 1997, esp. pp. 102 y 103. Por nuestra parte y en la línea afirmada más arriba, dicho precepto no contempla sino el litisconsorcio voluntario equivalente a la tradicional acumulación subjetiva de acciones.

única[23]; en términos procesales, no existe una obligación sino una "carga" para los litisconsortes de litigar unidos. Pero dada la existencia de esta legitimación individual por parte de cada uno de los litisconsortes, la demanda interpuesta por sólo alguno o varios de ellos no podría ser —en principio— rechazada *ad limine litis* ni constitutiva de una sentencia procesal, si bien la que se dicte de fondo afectará a todos ellos.

Precisamente a este tipo de litisconsorcio se adscriben tradicionalmente las anteriores obligaciones solidarias a tenor de la lectura que de ellas realiza la ley material civil en la línea anticipada, además de otras acciones como aquellas ejercitadas en favor de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas[24] o incluso la actuación llevada a cabo por el subarrendatario junto al arrendatario cuando éste es demandado en juicio por resolución de contrato con motivo de dicho subarriendo[25]. Por tanto y en concreto, tendrían aquí cabida los supuestos del art. 42.2 ET, de forma que "si el acreedor, normalmente el trabajador, demanda a un solo empresario la relación jurídi-

23. A este respecto es clásica la definición proporcionada por FAIREN GUILLÉN, V. "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil", op. cit., a cuyo juicio tiene lugar su aparición "cuando varias personas se hallan, ante un determinado evento jurídico, en situación de igualdad de calidad, de tal modo que teniendo legitimación con referencia al asunto cada una de ellas, sin embargo la resolución que los Tribunales puedan adoptar les afectará a todos, por ser única la relación que existe entre ellas y el evento, y modificado éste, se modifica esta relación unitaria derivada de la citada identidad de calidad" (pp. 143 y 144).

24. Arts.115 y ss Ley de Sociedades Anónimas, en virtud del texto refundido aprobado por el RD—Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, si bien los posteriores arts. 119 y ss relativos al procedimiento han sido derogados por la Disposición Derogatoria única 2.2º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dada la actual tramitación de esta causa bajos las reglas del juicio ordinario (art. 249.1.3º LEC); de este modo hoy día el art. 222.3.III LEC dispone textualmente que "las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, *aunque no hubieran litigado*" (la cursiva es nuestra). Sobre ello, más ampliamente, Fairen Guillén, V. *El proceso de la Ley de Sociedades Anónimas,* Barcelona 1954, esp. pp. 70 y ss.

Así también habrán de tenerse en cuenta los arts. 31 y ss de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, resultando aquí también aplicable todo lo expuesto.

25. Véase en especial, FAIREN GUILLÉN, V. "El Tribunal Supremo y el litisconsorcio en la Ley de Arrendamientos Urbanos", *Estudios de Derecho Procesal,* op. cit., pp. 155 y ss, en comentario de sentencias tales como las de fechas de 8 de marzo de 1952 (Ar. 494), 18 de abril de 1952 (Ar. 1214) y de 26 de abril de 1952 (Ar. 748), a fin de deslindar ambos litisconsorcio necesario y cuasinecesario; precisamente en la última de ellas se afirma textualmente como "uno de los copropietarios puede ejercitar por sí solo las acciones que beneficien a la comunidad, máxime cuando no conste la oposición de éstos" (FJ 1).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

co-procesal queda bien constituida pero si el trabajador pretende demandar a más de un deudor, debe hacerlo conjuntamente; no se le impone la obligación de demandar a más de uno, sino sólo la carga de la demanda conjunta"[26]. Según ello bastaría dirigir la demada contra la empresa auxiliar y subcontratista para reclamar asimismo el cumplimiento solidario de las obligaciones contraídas con el trabajador por parte de la empresa principal.

Sin embargo, dados los problemas prácticos que en el quehacer forense se plantea esta última figura del litisconsorcio cuasi-necesario a la hora de su apreciación, es por lo que ya algun autor ha optado por prescindir de ella[27]. Por ello la conveniencia de examinar ahora la posición jurisprudencial.

3. *Postura jurisprudencial*

La jurisprudencia dictada en materia de litisconsorcio es abundante pues, no en vano, tal es el origen de dicha institución procesal y así la apreciación por vez primera de la *exceptio plurium litisconsortium* en la sentencia dictada por la Sala Civil del Tribunal Supremo de fecha de 27 de junio de 1944[28], claro está para el caso del llamado litisconsorcio pasivo necesario. También la Sala Social del mismo Tribunal se pronunció tempranamente sobre este último y así es clásica la sentencia de 15 de noviembre de 1955[29] en la que se afirma la exigencia de dirigir la acción "contra todas las personas a quienes afecte clara y directamente la pretensión que se formula, único medio de que no puedan resultar condenados o vencidos en juicio sin ser oídos, los que no fueron llamados al pleito debiendo serlo"[30].

Sin embargo y por aquél entonces, como ha sido dicho, la solución ya era distinta para los supuestos de litisconsorcio (pasivo) cuasi-necesario tales como el que ahora nos ocupa. De este modo, tanto la Sala Civil como la Social del Tribunal Supremo no apreciaban la falta de litisconsorcio —ni a instancia de parte vía excepción, ni mucho menos de oficio— en supuestos de obligaciones solidarias o, más concretamente, por parte de la Sala Primera, en casos de subarriendo[31]. En ambos casos sólo se reconoce para el supuesto perjudicado de utilizar la llamada "acción de regreso" o, a lo sumo, en beneficio del principio de economía procesal, solicitar la "intervención" durante el proceso en curso; esta no es otra que la intervención adhesiva simple del tercero con interés en el pleito como coadyuvante junto a una de las dos partes procesales, reconocida también únicamente vía jurisprudencial[32] hasta su actual regulación en el art. 13 LEC.

Así, por ejemplo y por citar un caso concreto de jurisprudencia social emanada del Tribunal Supremo que ha llegado a convertirse en un precedente clásico, está la sentencia de fecha de 2 de enero de 1967[33]. En ella el más alto Tribunal estimó que "la relación jurídico-procesal estuvo bien

26. MONTERO AROCA, J. "Las partes en el proceso de trabajo: capacidad y legitimación", op. cit., p. 406, en comentario de la regla de solidaridad entonces establecida en el Decreto-ley de 15 de febrero de 1952 respecto de la cesión temporal de trabajadores entre empresas y del art. 97.2 Ley General de la Seguridad Social haciendo referencia al fenómeno de sucesión de empresas y la obligación de ambos empresarios involucrados de responder solidariamente de las prestaciones de Seguridad Social. Así también, el mismo autor, aún cuando no menciona el supuesto del art. 42 ET objeto de nuestro análisis, utiliza esta categoría, por ejemplo, para las obligaciones (también solidarias) descritas en el art. 44 ET en relación con el antedicho fenómeno de la sucesión de empresas; en concreto, MONTERO AROCA, J. *Introducción al proceso laboral,* 4ª ed., Barcelona 1997, esp. p. 76 y *Práctica procesal laboral,* con CARRATALA TERUEL, J.L. y MEDIAVILLA CRUZ, M.L. Madrid-Barcelona 1999, esp. p. 140.

27. De este modo, SERRA DOMÍNGUEZ, M. "Concepto y regulación positiva del litisconsorcio", op. cit., afirmando que "entre la libertad de intervenir, característica del litisconsorcio facultativo y la necesidad de intervenir, característica del litisconsorcio necesario, no se da un tercer término" (p. 693). Con mayores dudas, OCAÑA RODRÍGUEZ, A. *Partes y terceros en el proceso civil,* op. cit., esp. p. 110.

28. Ar. 945, afirmándose que "es racional y obligada consecuencia que, cuando por razón de la naturaleza de la relación jurídica material controvertida no pueda pronunciarse una decisión sino con referencia a varias partes, hayan de demandar y ser demandadas éstas en el mismo proceso" (FJ 2). En este caso la parte demandada era una sociedad en formación y por ello la necesidad de demandar a todos los socios conjuntamente.

29. Ar. 2922. En sentido similar, entre muchas de la misma época, SSTS de 18 de abril de 1968 (Ar. 2812), pronunciándose esta vez el alto Tribunal en sentido negativo, y de 16 de mayo de 1972 (Ar. 2501), en alusión al cumplimiento de un "principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada" (FJ 1).

30. FJ 1. En el caso de autos se exige así la concurrencia al proceso del trabajador accidentado en la demanda formulada por la entidad aseguradora contra la Caja Nacional.

31. Así, por ejemplo, SSTS de 8 de marzo y 26 de abril de 1952 (Ar. 494 y 748 respectivamente). Textualmente se indica en esta última que "no es necesario demandar al subarrendatario en los juicios de desahucio por subarendameinto ya que éste sigue la condición del arrendamiento, aún cuando pueda el subarrendador ser tenido como parte en el pleito si lo solicitare, a título de tercero que tiene interés en el asunto".

32. El ejemplo clásico lo constituye la intervención del notario en apoyo del demandado que sostiene la validez del testamento en aquél proceso en que es interpuesta acción de nulidad de dicho testamento y así SSTS de 28 de diciembre de 1906 y de 21 de marzo de 1911.

33. Ar. 296.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

constituida aún sin la presencia en el juicio de la segunda aseguradora", a quien reconocía (erróneamente[34]) la posibilidad de "ser tenida como parte si la tal entidad ... lo hubiere solicitado durante la sustanciación del juicio, en razón a su interés ... y sin perjuicio de que (la primera aseguradora) pueda demandarla ante la jurisdicción ordinaria en concepto de aseguradora que asumió de hecho, en su caso, la representación de ambas en este proceso laboral para mantener la unidad de póliza que imponen los preceptos mencionados de la legislación de accidentes de trabajo"[35], siendo desestimado, por tanto, el correspondiente recurso de casación.

Las mismas consideraciones son todavía hoy aducidas por la jurisprudencia de dicho Tribunal en tales supuestos de obligaciones solidarias y así la imposibilidad de fundamentar un recurso de casación en la ausencia de uno de los litisconsortes durante el proceso en la instancia, por cuanto el perjudicado puede dirigir su acción contra cualquiera de las personas obligadas por razón de la solidaridad, "como responsable y deudora por entero de la obligación de reparar el daño causado, según dispone el art. 1144 CC"[36]. Así tiene lugar, por ejemplo y entre muchas, en sentencias dictadas por la Sala Civil de este Tribunal de fecha de 17 de febrero y 12 de julio de 1999[37], con motivo de la denuncia de responsabilidad extracontractual por de accidente de trabajo.

34. Precisamente esta es la diferencia entre la llamada intervención litisconsorcial y la intervención adhesiva simple, la no consideración del coayuvante como parte en esta última; sobre ello, ampliamente, MONTERO AROCA, J. *La intervención adhesiva simple: contribuciónal estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil,* Barcelona 1972, esp. pp. 159 y ss. A él se debe la conocida definición del interviniente o coadyuvante en dichos supuestos de intervención adhesiva simple; así, la "injerencia de un tercero en un proceso pendiente entre otras personas con el fin de evitar el perjuicio jurídico que pueda ocaionarle, como consecuencia de los efectos reflejos de la cosa juzgada, la derrota procesal de una de las partes" (p. 174).

35. FJ 5. La demanda se interpone por trabajador contra aseguradora con motivo de accidente de trabajo.

36. SSTS 8 de febrero de 1991 (Ar. 1157), 11 y 31 de octubre de 1991 (Ar. 6913 y 7248), 21 de abril de 1992 (Ar. 3315), 30 de septiembre de 1992 (Ar. 7426), 22 de noviembre de 1993 (Ar. 9180), 1 de octubre de 1994 (Ar. 7439), ... etc.

37. Ar. 1244 y 4772 respectivamente. Por ejemplo, en este último caso, la denuncia de la falta de litisconsorcio pasivo necesario se fundamenta en la ausencia en el proceso como codemandada de la empresa "Firestone Hispania S.A.", que fue quien contrató a la recurrente en casación la realización de los trabajos de montaje de cubiertas en su factoría de Basauri y en los que estando cumpliendo tal cometido se produjo el accidente objeto del pleito.

También la juriprudencia social del mismo Tribunal se venía pronunciando en idéntico sentido respecto a la falta de litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos de obligaciones solidarias y así afirmando que el trabajador recurrente no tiene por qué demandar a todos los integrantes del grupo, sino sólo a quien actuaba como empresario (teoría del "empresario aparente"). Tales tesis son así mantenidas, entre otras, en sendas sentencias de 22 de diciembre de 1989 y 12 de febrero de 1990[38]; en ambos casos entiende el alto Tribunal que no ha lugar a la apreciación de falta de litisconsorcio pasivo necesario, aún cuando, en el primer caso, la demanda en la instancia había sido interpuesta únicamente contra el concesionario titular pese a que el establecimiento lo constituía una sociedad irregular[39] y en el segundo, contra la nueva empresa resultado de la fusión de las anteriores con las que responde solidariamente[40].

Sin embargo y con específica relación al ámbito social, el criterio jurisprudencial respecto de las obligaciones solidarias ha dado un giro importante. En este sentido merece también destacar la labor desempeñada por la llamada jurisprudencia "menor" y así, entre las más interesantes, queremos aquí y ahora reseñar la sentencia de fecha de 26 de febrero de 1999 dictada a tenor de un recurso de suplicación por parte del TSJ de Canarias (Las Palmas)[41]. En efecto y para el caso concreto, al no poder hacer frente la deuda el patrimonio de la comunidad demandada, se amplía la ejecución sobre los bienes de los comuneros, cuando éstos últimos no han sido citados ni condenados en juicio; ello, sin duda lesiona de forma importante el principio de contradicción y constituye motivo suficiente para estimar el presente recurso, produciendo la correspondiente anulación del mandamiento de embargo dictado contra el comunero recurrente.

Es por ello que, para el caso de subcontratación de obras y servicios

38. Ar. 9073 y 900 respectivamente.

39. Textualmente se afirma que "no debe imponerse a este último (trabajador) la carga de de demandar a todos los socios cuando lo ha hecho frente al que ostentaba la apariencia de la titularida del establecimiento empresarial" (FJ 2).

40. Distinto es la solución cuando la "existencia de la agrupación no sea conocida por el trabajador afectado, en cuyo caso la demanda habrá de ser dirigida contra la persona o personas jurídicas que se hubieren revelado como titulares empresariales en el corrspondiente contrato de trabajo" (FJ 2)

41. AS 1269, con comentario de FERRANDO GARCÍA, F.M. en pp. 2602 y ss del mismo volumen.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que nos ocupa, si bien desde la perspectiva teórico material el art. 42.2 ET reconoce tal naturaleza solidaria respecto del cumplimiento de la obligación del pago tanto de salarios como de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por parte de sendas (o más) empresas, bastando así la exigencia del cumplimiento de dicha obligación sólo respecto de una de ellas, desde la perspectiva práctica procesal los Juzgados y Tribunales sociales establecen la denominada "responsabilidad en cascada" y así la concurrencia de todas ellas al proceso a fin de garantizar el cumplimiento de tal principio de contradicción. Ello se aprecia en abundante jurisprudencia dictada por la Sala Social del Tribunal Supremo a partir de la década de los noventa con motivo de la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina (arts. 216 y ss LPL)[42].

A este respecto y dentro del ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, resulta sumamente ilustrativa la sentencia dictada por el TSJ de Castilla y León (Burgos) el 12 de julio de 1999[43], pese a su anulación —por motivo de fondo[44] y no procesal— mediante STS de 22 de diciembre de 2000, u.d. No en vano y como se afirma en la citada sentencia, la empresa principal también pertenece a la cadena de responsabilidades solidarias a la que se refiere el art. 42 ET pues lo contrario haría "ilusorios los derechos de los trabajadores pertenecientes a la última de las subcontratistas"[45] dado que, como indica la práctica que tiene lugar en tales fenómenos de descentralización productiva, el descenso en la cadena de subcontratación suele venir aparejado al descenso de la importancia y solvencia de la empresa; item más, cuanto que en el proceso en la instancia —en suma, recurso de suplicación— también figura como codemandada la empresa principal formando un litisconsorcio pasivo con las auxiliares.

De este modo nos preocupa aquí y ahora la constitución de tal relación jurídico procesal en la instancia y así el fundamento de la concurrencia simultánea al proceso de la empresa principal y auxiliar o auxiliares; de la misma manera habrá de examinarse la solución a adoptar para el caso de que la misma haya tenido lugar de forma defectuosa. Por ello la necesidad de abordar, en primer lugar, la problemática que a este tenor se presenta y, en segundo lugar, el tratamiento procesal dispensado a tal efecto.

42. Por ejemplo, SSTS 27 de octubre de 1994 (Ar. 8531) ...; 15 de julio de 1996 (Ar. 5990) ...; 21 de marzo de 1997 (Ar. 2615) ...; 27 de julio de 1998 (Ar. 6216)...; etc.

43. Ar. Social 2733, actuando como ponente la Ilma. Sra. Dª M.ª Luisa Segoviano Astaburuaga.

44. Estimando así el TS que "el art. 42 no impone al contratista principal la obligación de responder del incumplimiento de las obligaciones que contrajo el subcontratista en materia de mejoras voluntarias de prestaciones" (FJ 7, con cita de jurisprudencia anterior del mismo Tribunal como son las sentencias de 19 de mayo de 1998 y de 16 de septiembre de 1999).

45. FJ 11.

III. Problemática

Se presenta, pues, la discordancia entre el Derecho material y el Derecho Procesal y así, en concreto, la diferente constitución de la relación jurídico-procesal respecto de la exigencia planteada por la norma laboral. No en vano y desde la perspectiva procesal, el respeto del principio de contradicción actúa como principio imprescindible en cuanto contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE; lo contrario produciría la indefensión de la empresa no demandada en juicio de resultar en el futuro condenada. Con tal motivo, el inicial litisconsorcio pasivo cuasinecesario propio de las obligaciones solidarias ha de tratarse, en términos generales en el proceso, como un litisconsorcio pasivo necesario. Vamos a analizar ambos extremos.

1. El cumplimiento del principio de contradicción

El análisis del principio de contradicción[46] en materia de litisconsorcio exige el examen previo de la jurisprudencia constitucional existente al respecto; en esta línea, claro está, el tratamiento ha sido hecho desde la perspectiva del litisconsorcio necesario. De este modo y según la tesis constitucional, se encomienda al juez de la instancia la tarea de velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo y así la posibilidad (e incluso obligación) de denunciar de ofi-

46. Omitimos aquí y ahora un estudio de tal principio de contradición o audiencia bilateral traducido en el clásico aforismo "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio" (*nemo damnandus, nisi auditus vel vocatus*); sobre ello véase en concreto, respecto del proceso laboral en cuestión y de tal jurisprudencia constitucional, Blat Gimeno, F. "El acceso al proceso", *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid 1996, pp. 81 y ss, esp. pp. 98 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cio la ausencia, pese a la vigencia del principio dispositivo como tiene lugar en el orden jurisdiccional civil y laboral, aún cuando ello no respete el requisito de la congruencia de la sentencia[47].

A tenor de esta misma juriprudencia constitucional se señala la indiscutible relación de tal principio de contradicción con la correcta notificación de los actos procesales, en nuestro caso, a la totalidad de litisconsortes, así también para el proceso laboral. A *sensu contrario*, si practicada la notificación en forma, el litisconsorte no comparece, ello no se debe sino "única y exclusivamente a la voluntad deliberada, pasividad, desinterés o negligencia del mismo" (STC 192/1992[48]) sin que en modo alguno quepa apreciar violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE por parte del litisconsorte y sí a lo sumo para el recurrente en amparo que no obtiene una resolución de fondo.

Recuerda así el intérprete constitucional la propia finalidad de la institución del litisconsorcio que justifica esta vigilancia judicial respecto de la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en tales situaciones de litisconsorcio pasivo; esto es, "que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y evitar así que se dicten eventuales fallos contradictorios sobre un mismo asunto"[49], como la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha

47. Hoy art. 218.1 LEC. En este sentido, STC 78/1986, de 12 de junio, afirmándose que "la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir *ex officio*, como ocurre con las materias relativas a los presupuestos procesales" (FJ 2); en el caso concreto, el recurrente en amparo alega indefensión con motivo de la casación de la sentencia dictada en la instancia al no haberse apreciado de oficio la situación de litisconsorcio pasivo necesario y así la exigencia de demandar conjuntamente con las sociedades cooperativas demandadas, a sus presidentes puesto que la responsabilidad de las primeras puede extenderse también a los bienes personales de éstos.

48. De 16 de noviembre, FJ 2. Objeto del amparo es así una sentencia dictada por la Sala Quinta del anterior Tribunal Central del Trabajo que, en virtud de un recurso de suplicación, revoca la sentencia dictada en la instancia por la Magistratura de Trabajo apreciando de oficio la falta de un litisconsorcio pasivo al no haber sido citada para el acto de la vista una de las partes firmantes del Convenio Colectivo cuya modificación se pretende; sin embargo, la misma no ha comparecido tampoco al preceptivo acto de conciliación ni a juicio, aún constando en autos que ha sido debidamente citada, de ahí la justificación de dicha ausencia en su voluntad deliberada de no concurrir al proceso y no a un defecto de notificación como defendía el TCT.

49. SSTC 335/1994, de 19 de diciembre, FJ 5 y 84/1997, de 22 de abril, FJ 2. En ambos casos el juez laboral en la instancia concede el plazo legal previsto para ello para que la parte demandante amplíe su demanda contra el litisconsorte ausente.

puesto de relieve en tantas ocasiones[50]. Así tiene lugar el pronunciamiento constitucional, por ejemplo y entre otras, en SSTC 335/1994 y 84/1997, si bien en ambos casos dicha fundamentación constituye un *obiter dictum*, por cuanto el tema principal objeto del amparo es la subsanación de dicho defecto una vez transcurrido el plazo legalmente previsto para ello en la ley procesal laboral[51].

De este modo y, si bien, a juicio del constitucional, el deber de vigilancia de la constitución de la relación jurídico-procesal por parte del juzgador presenta límites al menos para el proceso laboral en virtud de la vigencia de los anteriores principios dispositivo y de aportación de parte —así y en concreto, en la STC 101/1993[52]—, tales no resultan aplicables para los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario dado el carácter de "orden público" que rodea a dicha excepción en la línea expuesta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo[53] arriba comentada. Tanto más cuando el mismo es apreciado en fase de ejecución de sentencia como tenía lugar en la sentencia del TSJ de Canarias de fecha de 26 de febrero de 1999 antes referida.

En efecto, en la misma se puso de relieve la imposibilidad de despachar la ejecución contra el comunero recurrente, pudiendo únicamente dirigirse la misma contra quien haya sido previamente condenado —así la co-

50. SSTS de 15 de diciembre de 1987 (Ar. 8942); 14 de marzo, 19 de septiembre y 22 de diciembre de 1988 (Ar. 1917, 6912 y 9892); 24 de febrero, 17 de julio y 1 y 11 de diciembre de 1989 (Ar. 935, 5477, 8917 y 8944); 19 de mayo de 1992 (Ar. 3571); ... etc. Todas ellas hacen referencia a la vigilancia de oficio por parte del juzgador respecto del cumplimiento de los presupuestos procesales a los que en su momento aludiremos (vid. *infra* aptdo. IV.1).

51. Vid. art. 81.1 LPL. Volveremos sobre ello.

52. De 22 de marzo, en la que, habiéndose omitido en el proceso en la instancia dirigir demanda contra el Ministerio de Economía de Hacienda en el que el empresario demandado —el recaudador de tributos— venía prestando sus servicios, a juicio del constitucional debió serlo *oportunamente*, "sin que pueda aceptarse el razonamiento del recurrente de que habría tenido que ser el propio Juez el que de oficio hubiera ampliado la demanda al citado Ministerio, pues constituye una carga procesal del demandante la de determinar la legitimación pasiva de la parte demandada, por lo que corresponde sólo al demandante la determinación de los sujetos frente a los que dirige su demanda y no es ... función del órgano judicial suplir la voluntad de aquél en cuanto a la configuración de la relación procesal, ya que también en el proceso de trabajo rigen los principios dispositivos y de aportación de parte" (FJ 4).

53. Entre otras, STS de 29 de mayo de 1981, ya citada.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

munidad de bienes— en virtud de las "exigencias procesales de tutela judicial y de congruencia que impiden condenar y ejecutar a quien no haya sido demandado"[54]. De este modo se contradice jurisprudencia anterior emanada por parte de otros Tribunales Superiores de Justicia[55] que reconoce tal posibilidad de ampliar la ejecución de forma ilimitada a los bienes de los propietarios o titulares para el caso en el que el patrimonio de la Comunidad de Bienes resulte insuficiente, aún cuando la sentencia comentada tampoco resulta ser un precedente aislado en este sentido[56]; precisamente, ante la diversidad de criterio jurisprudencial, es por lo que viene reclamándose desde el propio caso de autos la necesaria unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo.

Sin ánimo de ahondar aquí y ahora en la delimitación de la responsabilidad de tales comuneros en estos casos de insolvencia patrimonial de la Comunidad de Bienes[57], lo que es claro es que, en virtud del citado principio de contradicción contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24

54. FJ 5. Recordemos como en el caso de autos había tenido lugar mandamiento de embargo contra los bienes del recurrente y otros comuneros ante la insuficiencia de bienes por parte de la Comunidad de Propietarios de Apartamentos Turismar; así la sentencia citada resultado del correspondiente recurso de suplicación procede a anular las providencias y autos confirmatorios de tal mandamiento de embargo, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la efectividad de dicho embargo sobre los bienes del recurrente (y otros), estimando que no cabe la ampliación de la ejecución más allá de los biene de la Comunidad de Propietarios condenada.

55. Por ejemplo, sentencia del TSJ de Madrid de 3 de febrero de 1997 (AS 379), con cita de las SSTS de 5 de marzo de 1985 (Ar. 1274) y 3 de marzo y 7 de diciembre de 1987 (Ar. 1321 y 8851 respectivamente).

56. En concreto, se cita en FJ 1 la sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de mayo de 1997 que, efectuada la comprobación pertinente, no resulta ser sino la sentencia dictada por el mismo Tribunal en fecha de 28 de abril de 1997 (AS 4508), en cuya fundamentación jurídica se indica textualmente que, pese a la declaración de responsabilidad por parte de todos los comuneros y, por tanto, su posible determinación en ejecución, "existirán las limitaciones consiguientes sobre los bienes y derechos susceptibles de embargo —que serán los *objetos de la comunidad,* no los de propiedad separada—"; la cursiva es nuestra.

57. *Vid.* MARÍN CORREA, J.M. "La comunidad de bienes como empresario. Legitimación pasiva y responsabilidad de los copropietarios", Actualidad Laboral 1992, vol.3, nº XLII, pp. 605 y ss, esp. pp. 612 y 613, en comentario de sendas sentencias del TSJ de Andalucía (Málaga) de 3 y 5 de octubre de 1991 que establecen la responsabilidad solidaria de todos los titulares de los bienes que conforman la comunidad—empresa, con sujección, por tanto, de los bienes de éstos al despacho de ejecución si fuera neceario, pese a no haber sido llamados a juicio todos y cada uno de los comuneros, cuestión que el autor parece no objetar.

CE, no cabe que sufra la ejecución de sentencia quien no ha sido "oído y vencido en juicio" (condenado). No nos corresponde en este momento examinar los principios procesales vigentes en la ejecución laboral ni el ámbito de tal derecho a la tutela judicial efectiva[58] pero sí proponer la solución a este problema y, en suma, asegurar el cumplimiento de la regla de solidaridad en la reclamación de responsabilidades empresariales para el caso que nos ocupa.

A este respecto y aún propuestas otras alternativas precisamente en comentario de esta jurisprudencia[59] que, en interpretación de los arts. 247.2 y 248 LPL, consideran posible esta ampliación de la ejecución a los bienes de los deudores no condenados en el anterior proceso declarativo ni, por tanto, determinados en el título de ejecución pues, en su caso, podrían hacer uso de la facultad reconocida en el art. 238 LPL[60], creemos que ello en modo alguno resulta posible; así en consonancia con el anterior postulado de la tutela judicial efectiva y/o debido proceso del que forma parte indiscutible el principio de contradicción y cuyo cumplimiento ha de tener lugar precisamente en el proceso de declaración, dado el despacho de ejecución, por el contrario, *inaudita parte debitoris*[61]. Tanto más cuando a partir de la redacción de la nueva ley procesal civil se contempla expresamente como "las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que *no hubiesen sido parte en el*

58. Por todos y respectivamente, SALINAS MOLINA, F. "Principios generales del proceso de ejecución laboral", Actualidad Laboral 1993, vol.1, nº IX, pp. 111 y ss, y BLASCO PELLICER, A. "Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial", Revista de Derecho Social 2000, nº 12, pp. 35 y ss, esp. pp. 39 y ss, con cita de bibliografía y abundante jurisprudencia constitucional.

59. Así, FERRANDO GARCÍA en el comentario a dicha sentencia del TSJ de Canarias, antes citado, esp. p. 2606.

60. Precepto que, en nuestra consideración, si bien faculta la intervención de personas (terceros) distintas a las que figuran como acreedores o deudores en el título ejecutivo por alegar "un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo" y así el reconocimiento de su "derecho a intervenir en condiciones de igualdad con las partes en los actos que les afecten", no les convierte *ipso iure* en partes *ab initio*, más aún en parte pasiva haciendo extensiva a la misma la ejecución; de nuevo se trata de la diferencia entre parte procesal y tercero coadyuvante (intervención adhesiva simple).

61. Esta constituye, como sabemos, regla clásica en el proceso de ejecución; así, por todos y respecto de la ejecución civil en términos generales, VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal Civil,* t.III, *Ejecución forzosa. Procesos especiales,* Madrid 2000, esp. pp. 74 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

proceso" (art. 542.1 LEC)[62], precepto que, a nuestro juicio, resulta aquí de aplicación afirmada la supletoriedad de la ley procesal civil[63].

Por tanto y en resumen, entra aquí en juego la institución procesal del litisconsorcio como forma de evitar la posterior improcedencia de dictar despacho de ejecución frente al deudor solidario, lo cual supondría una quiebra de la tradicional economía procesal además de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en este caso del ejecutante (pensemos, el trabajador). Y dentro de los predicados tipos de litisconsorcio reconocidos doctrinalmente y antes expuestos, con independencia de la efectiva y actual derogación de la regla de solidaridad del anterior art. 1141 CC, sólo existe la posibilidad de llevar a cabo su tratamiento procesal desde la perspectiva del *litisconsorcio pasivo necesario*; recordemos en este sentido que el litisconsorcio voluntario no es en puridad tal sino acumulación subjetiva de acciones[64] mientras que el litisconsorcio cuasinecesario al que se adscriben tales obligaciones solidarias se trata meramente de una categoría conceptual cuyo tratamiento procesal se equipara al del litisconsorcio necesario[65].

2. *La intervención litisconsorcial*

En la línea anticipada, si bien doctrinalmente los supuestos de obligaciones solidarias de los arts. 1141 y ss CC se atribuían a la categoría del litisconsorcio cuasi-necesario, en la práctica forense su tratamiento procesal

62. Ello, sin duda, supone la derogación tácita del anterior art. 1141 CC. En este sentido, la única salvedad para despachar ejecución frente al deudor solidario que no conste en el correspondiente título es que dicha ejecución se funde en un título extrajudicial, si bien en este caso y a tenor del art. 542.2 LEC es exigido el acompañamiento al correspondiente título de ejecución del documento acreditativo de la solidaridad de la deuda.

Sobre la ejecución en la nueva ley procesal civil véase nuetro trabajo "Aspectos generales de la ejecución forzosa: Aportaciones del nuevo Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", La Ley de 4 de febrero de 1999, nº 4727.

63. Conforme a la Disposición Adicional 1ª.1 LPL ya más arriba mencionada.

64. Pese a ser esta la solución adoptada, por ejemplo, en la anterior sentencia de 26 de febrero de 1999 por parte del TSJ de Canarias. Nos remitimos al estudio de GONZÁLEZ VELASCO, J.P. "En el llamado litisconsorcio voluntario no hay litisconsorcio", op. cit., *passim*.

65. Así, ALAMILLO SÁNZ, F.J. "La solidaridad de deudores y el litisconsorcio pasivo necesario", op. cit., esp. p. 1089 y, fundamentalmente, SERRA DOMÍNGUEZ, M. "Concepto y regulación positiva del litisconsorcio", op. cit., esp. p. 693, quien, como ha sido dicho, niega la existencia dicho litisconsorcio cuasinecesario. Más ampliamente, MUÑOZ JIMÉNEZ, F.J. "Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva", Revista General del Derecho 1991, nº 562-563, pp. 5745 y ss.

ha de ser hecho desde la categoría del litisconsorcio necesario. Ello porque, aún cuando dada la existencia de esta legitimación individual por parte de cada uno de los litisconsortes, la demanda interpuesta por sólo alguno o varios de ellos no podría ser *a priori* rechazada *ad limine litis*, en tanto en cuanto la sentencia de fondo sí afecta a todos ellos, llegado el momento de despachar ejecución, ésta no podría dirigirse contra aquel o aquellos deudores solidarios no inicialmente demandados. Y si este argumento ya era válido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley procesal civil ante la afirmada extensión de la cosa juzgada predicada por el anterior art. 1252 CC y el reconocimiento jurisprudencial del principio de contradicción[66] —en suma, derecho a la tutela judicial efectiva—, tanto más a partir de la aplicación del anterior art. 542.1 LEC en el sentido inmediatamente expuesto y la derogación expresa del precepto civil también anunciada.

Por tanto y a fin de constituir este litisconsorcio necesario, la solución sería procurar la *intervención litisconsorcial*[67] del deudor solidario, en nuestro caso y de ordinario, empresa principal no inicialmente demandada; en tanto en cuanto la misma es cotitular de la relación jurídica material, su participación *sobrevenida* en el proceso tendría lugar en calidad de parte pasiva y de este modo se integraría el contradictorio a fin de hacer factible el posterior despacho de ejecución contra ambos codemandados. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico la intervención (litisconsorcial o adhesiva simple) sólo puede ser voluntaria o provocada a instancia de una de las partes del proceso, al menos para el proceso civil, a tenor de los arts. 13 y 14 LEC; item más, para el caso de la provocada se exige la expresa admisión por parte de la ley material, lo cual parece no tener lugar para el caso de las obligaciones solidarias de los arts. 1141 y ss CC[68].

66. Así lo reconoce FAIREN GUILLÉN, V. "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil", op. cit., esp. pp. 138 y ss.

67. A diferencia de la adhesiva simple antes referida, el tercero es aquí parte y no coadyuvante, por lo que actúa en defensa de derechos propios y no ajenos; sin embargo, al formar litisconsorcio, se adhiere a la pretensión ya ejercitada por demandante y demandado. Por todos, MONTERO AROCA, J. "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes", op. cit., esp. p. esp. pp. 246 y ss, "Las partes en el proceso de trabajo ...", op. cit., esp. pp. 407 y ss, y, con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S. *Derecho Jurisdiccional,* t.II, *Proceso civil,* 9ª ed., Valencia 2000, esp. p. 88, citando el ejemplo de las obligaciones solidarias.

68. Pese a que algun autor parece admitir esta posibilidad; así, MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional,* t.II, op. cit., esp. p. 88.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

No está, en cambio, contemplada en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil la intervención provocada a instancia judicial (*iussu iudicis*) como sí ocurre en otras legislaciones procesales civiles europeas. En concreto y de modo especial, la italiana[69], en cuyo art. 102 CPC incluye esta integración del contradictorio por orden judicial y así la comparecencia del litisconsorte en un plazo perentorio; no es además tampoco casualidad que esta regulación se ofrezca conjuntamente con la del litisconsorcio necesario constituido *ab initio*. Por ello en tiempos ya fué sugerido desde ciertas posiciones doctrinales[70] la previsión también de esta posibilidad en nuestra legislación procesal civil a imagen y semejanza del modelo italiano, así la integración de la litis en una audiencia preliminar; ello sólo parcialmente ha sido contemplado en el nuevo art. 420 LEC, por cuanto la intervención litisconsorcial allí prevista es voluntaria[71] y no obligatoria por mandato judicial como la referida.

Se justifica tal defecto de previsión de la llamada al litisconsorte ausente por parte del órgano jurisdiccional en la vigencia de los clásicos prin-

69. Más ampliamente, MONTERO AROCA, J. *La intervención adhesiva simple,* op. cit., esp. pp. 34 y ss, también respecto de la legislación procesal civil alemana y francesa que, aún en menor medida, también prevén esta intervención provocada a instancia judicial. Así también, DÁVILA MILLA, M.E. *Litisconsorcio necesario,* op. cit., esp. pp. 170 y ss, y más recientemente, GONZÁLEZ GRANDA, M.P. *El litisconsorcio necesario en el proceso civil,* op. cit.esp. pp. 223 y ss.

70. De nuevo FAIREN GUILLÉN, V. "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil", op. cit., esp. p. 142.

71. Resultado —además y en principio— de la oposición por parte del demandado en la contestación a la demanda de la excepción procesal de la "falta del debido litisconsorcio" contemplada a tal efecto en el art. 416.1.3º LEC y cuya discusión tendrá lugar en esta audiencia previa que tiene lugar en el nuevo juicio ordinario. De este modo y en función del art. 420.1 LEC, el actor podrá presentar en la audiencia, "con las copias correspondientes, escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considerase que habían de ser sus litisconsortes y el tribunal, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así, ordenando emplazar a los nuevos demandados para que contesten la demanda, con suspensión de la audiencia".

Lo que no puede en cambio el órgano jurisdiccional es él de oficio convocar al proceso al litisconsorte, por cuanto, a pesar de estimarlo él procedente, tendrá que ser nuevamente el actor quien lo constituya, en cuyo defecto "se procederá al archivo definitivo de las actuacines" (art. 420.4 LEC). Ello aún cuando, llegado el caso, apreciara él de oficio la falta del debido litisconsorcio, posibilidad que parece reconocerse en el anterior art. 416 LEC; siempre habría de procederse en la forma inmediatamente descrita. Volveremos sobre ello (vid. *infra* aptdo. IV. 2).

cipios dispositivo y de aportación de parte para el proceso civil[72], los cuales rigen también, como es sabido, para el proceso laboral al igual que en las legislaciones de otros ordenamientos jurídicos donde, por el contrario sí se halla prevista esta figura en la línea expuesta. Nada obsta en este sentido, creemos, el reconocimiento de esta posibilidad de integrar de oficio el contradictorio, máxime cuando la facultad de dirección del proceso civil por parte del juzgador es, si cabe, cada vez mayor[73] y tanto más ha de serlo en el proceso laboral en búsqueda de esa función tuitiva en favor del trabajador. Por ello que quizás la perspectiva desde la ley procesal laboral pueda ser diferente a este respecto.

IV. TRATAMIENTO PROCESAL

Anticipado el tratamiento conceptual y teórico que puede hacerse de esta falta de litisconsorcio (ahora necesario) desde la perspectiva genérica de la ley procesal civil, resta aquí y ahora hacer alusión específica de la regulación procesal laboral que resulta aplicable en estos casos de ausencia de uno de los responsables solidarios al proceso a fin de evitar la defectuosa constitución de la relación jurídica procesal. Así y a continuación, habrá de determinarse en qué medida resulta de aplicación supletoria la regulación procesal civil.

1. La regulación procesal laboral

El tratamiento procesal de la falta de listisconsorcio y así la incorrecta constitución de la relación jurídico procesal en el orden jurisdiccional social, como es lógico, será diferente en función del momento en que se aprecie dicha excepción, bien a instancia de parte o bien de oficio. De este modo y según nuestro ejemplo la denuncia se referirá de ordinario respecto de la ausencia a la empresa principal por cuanto la demanda será dirigida *ab initio* por parte del trabajador subcontratado frente a la empresa auxiliar, por

72. Reiteradamente, MONTERO AROCA, J. "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes", op. cit., esp. p. esp. p. 232, y, *Derecho Jurisdiccional,* t.II, op. cit., esp. p. 90.

73. Sobre la llamada "publicización" (o "publicitación") del proceso véase las manifestaciones en contra vertidas por MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional,* t.I, Parte General, op. cit., esp. pp. 231 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

lo común única referencia para este último. Se trata con ello de asegurar la presencia en el proceso de tal empresa principal, dada su necesaria concurrencia junto con la auxiliar o subcontratista a fin de hacer factible en su caso el futuro despacho de ejecución y así cumplimiento en régimen de solidaridad de las obligaciones de naturaleza salarial y las referidas a la Seguridad Social por parte de ambas.

Por regla general y lo más conveniente en atención a la predicada economía procesal es la apreciación de esta defectuosa constitución de la litis en la fase de admisión a la demanda y así su posibilidad de subsanación a tenor del art. 81.1 LPL. Solventada en este sentido la inicial discusión de si el contenido de este precepto se restringe exclusivamente a los defectos de tipo formal[74] en los que el actor —textualmente— "haya incurrido al redactar la demanda" o si, por el contrario, en un sentido amplio[75] y más garantista en términos procesales, ha de abarcar también el examen de los presupuestos procesales, hoy es claro a la luz de la jurisprudencia constitucional y social la interpretación amplia del contenido de dicho precepto en este segundo y último sentido.

Por lo que respecta a la primera, puede destacarse en esta línea la STC 335/1994 arriba citada en referencia al cumplimiento del principio de contradicción y en la que, acudiendo a la jurisprudencia social, sostiene como ésta que "el juzgador, de oficio y a través de este cauce, debe velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo"[76]. No obstante advierte también que la misma obligación del órgano jurisdiccional continúa a lo largo del proceso, por lo que éste no será el único momento —aun el más conveniente— de apreciar la

74. Así, en una primera lectura, STC 210/1992, de 30 de noviembre, esp. FJ 1.

75. Por todos, ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R.M. *Derecho Procesal del Trabajo,* 11ª ed., Madrid 2001, esp. p. 155.

76. FJ 5. Así también y entre otras, SSTC 21/1990, de 15 de febrero y 193/1993, de 14 de junio, en las que igualmente se aboga en favor de la subsanación de los defectos procesales.

En una más reciente jurisprudencia constitucional, aún sin tener origen en el orden jurisdiccional laboral sino civil, destacan por pronunciarse en este mismo sentido abogando por la apreciación de oficio de la *exceptio plurium litisconsortium* SSTC 165/1999, de 27 de septiembre y 21/2000, de 18 de septiembre. Precisamente la primera de ellas, aún en el orden jurisdiccional civil, la resolución recurrida entendió que "al resultar acreditada en autos la subcontratación de las obras, debía ser traído al proceso el sucontratista", criterio que parece defender asimismo el constitucional en este FJ 3; ello no es sino un argumento más en favor de la constitución de dicho litisconsorcio para los supuestos de subcontratación y su tratamiento procesal al menos como litisconsorcio necesario.

concurrencia de defectos procesales en la constitución de la relación jurídico procesal, en la línea anticipada y como ha tenido oportunidad de poner de relieve este mismo Tribunal en jurisprudencia anterior[77].

En cuanto a la jurisprudencia social, tanto el TS como los TSJ se han preocupado en este sentido, afirmándose así por parte de ambos Tribunales la existencia de este deber de vigilancia por la constitución de la relación jurídico-procesal en este trámite de la admisión de la demanda laboral que tiene lugar a tenor del anterior art. 81.1 LPL[78]. Sin embargo y en la línea anticipada por el Tribunal Constitucional, advierten tales órganos jurisdiccionales que no siempre es posible conocer *ab initio* la titularidad de los derechos subjetivos debatidos en juicio, supuesto en que la invocación del posible litisconsorcio no podrá producirse hasta un momento posterior; así y en concreto en el acto del juicio[79].

77. Por ejemplo, en STC 25/1991, de 11 de febrero, esp. FJ 4, punto sobre el que incidiremos de inmediato. A este respecto ha sido admitida la subsanación incluso a tenor de un recurso de suplicación según STC 19/1994, de 27 de enero; en efecto, en el caso citado, ante la inadvertencia inicial de dicho defecto, procede el TSJ de Madrid a la subsanación de oficio por cauce distinto al legalmente previsto, cual es el del aludido art. 81.1 LPL.

En esta misma línea y recordando el deber del juzgador de proceder a la declaración de la nulidad de actuaciones y su reposición hasta el momento inmediatamente anterior al que dió lugar la misma véase MONTERO AROCA, J. *Introducción al proceso laboral,* op. cit., esp. p. 147.

78. Véase a modo de ejemplo el conjunto de sentencias citadas en la anterior nota 49. Por lo que respecta a la jurisprudencia "menor" emanda de los Tribunales Superiores de Justicia, entre muchas, sentencias de 14 de enero de 1994 del TSJ de Galicia (AS 210), de 9 de mayo de 1994 del TSJ de Cataluña (AS 2043), de 31 de mayo de 1994 del TSJ de Extremadura (AS 1957) y un largo etcétera.

79. Entre otras, SSTS de 15 de diciembre de 1987 (Ar. 8942) y de 15 de febrero de 1992 (Ar. 3571); precisamente en la primera de ellas el TS afirma textualmente que "no le compele controlar *ab initio* el cumplimiento de todos los presupuestos procesales exigibles, entre ellos, la indagación de las personas que, por ser titulares aparentes de un derecho susceptible de ser desconocido deben ser traídas al proceso, entre otras razones porque su conocimiento anticipado al momento de presentación de la demanda se hace imposible en ocasiones y sólo en fases más avanzadas del procedimiento, una vez realizada la actividad probatoria, se revela la necesidad de su vocación a juicio" (FJ 2). Por parte de la jurisprudencia dictada por los Tribunales Superiores de Justicia destaca, por ejemplo, la sentencia pronunciada por el TSJ de Cataluña en fecha de 15 de febrero de 1994 (AS 562), entendiendo que "si en el texto del escrito inicial no aparece en manera alguna la implicación en el litigio que durante la celebración del juicio se denuncia y el juzgador estima como existente respecto de personas no demandadas, es claro el obligado acogimiento de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y ... la sentencia que se dicte después del seguimiento del juicio ha de limitarse, en estimación de tal excepción, a desestimar la demanda origen del litigio" (FJ 3 B).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Por tanto y en segundo lugar, no advertido este defecto de la constitución de la litis en esta fase de admisión de la demanda que para el proceso laboral tiene lugar a tenor del art. 81.1 LPL, la misma podrá invocarse a tenor de lo expuesto en el propio acto del juicio, en cuyo caso su apreciación sólo podría dar lugar, en principio, a una sentencia de absolución en la instancia quedando la acción imprejuzgada y el derecho del actor de reproducirla en un nuevo proceso[80]. De este modo y a tenor del art. 85.2 LPL, opuesta la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en el acto del juicio únicamente puede ser resuelta en la sentencia de fondo[81], salvo que el jugador de oficio decrete la nulidad de actuaciones antes o en el momento de dictar sentencia conforme al art. 240.2 LOPJ —como será lo lógico en razón de la predicada economía procesal y del anunciado deber del juzgador a este respecto—, posibilidades ambas reconocidas también en sede constitucional[82]. De lo contrario, la nulidad de actuaciones a instancia de parte habrá de esperar al dictado de sentencia definitiva y la adquisición por parte de esta última de la autoridad de cosa juzgada material prevenida en el anterior art. 240.3 LOPJ y, por tanto, la exigencia de denunciar la falta de tal litisconsorcio a partir de los sucesivos medios de impugnación[83]; así y en nuestro caso, recursos de suplicación y casación con motivo de la infracción de garantías procesales que derivan en indefensión para, en este caso, el litisconsorte no oído ni vencido en juicio en cumplimiento del principio de contradicción antes referido (arts. 191 a) y 205 c) LPL).

80. Por ello entendemos incorrecta la anterior referencia a la "desestimación" de la demanda contenida en la anterior sentencia del TSJ catalán (vid. *supra* FJ 3 B) pues, estimada la excepción, no ha tenido lugar la *cognitio* judicial sobre el fondo del asunto.

81. STS de 7 de marzo de 1990, Ar. 1772, esp. FJ 2, con remisión al precedente creado por la STS de 27 de diciembre de 1988 (Ar. 9921), en clara justificación a que "la inadvertencia inicial no puede irrogar a la parte el perjuicio de la privación de ese derecho a subsanar los defectos de su demanda" (FJ 5).

82. Así la anterior STC 25/1991, cit., textualmente: "Aunque aquél (el Magistrado de Trabajo) hubiera podido, si advirtió el error en el acto de la vista, anular lo actuado y retrotraer las actuaciones al momento de notificar a la demandada ... también podía y posiblemente así lo hizo por razones de economía procesal, continuar el proceso hasta su terminación y declarar en Sentencia no subsanado el error como ha hecho y de esa declaración se deriva necesariamente, por mandato legal, el ordenar el archivo de la demanda sin más trámite" (FJ 4).

83. Recuérdese la anterior STC 19/1994, de 27 de enero, en fase de suplicación.

No obstante y teniendo lugar de ordinario la "advertencia" de la defectuosa constitución de la relación jurídico procesal en el inicial trámite de la admisión de la demanda por parte del juzgador en la línea prevenida por el anterior art. 81.1 LPL, será posible la subsanación tal y como proveerá el dictado de la oportuna resolución jurisdiccional[84] con apercibimiento de llevar a cabo el archivo de actuaciones de no procederse a ésta. A tal efecto y a la luz de la jurisprudencia constitucional, la valoración respecto del resultado y alcance de la misma ha de hacerse conforme a un criterio "antiformalista y no rigorista"[85] en consonancia con la doctrina de la subsanación de los requisitos formales aducida en tantas ocasiones por este mismo Tribunal y el

84. Ante el silencio legal de cuál deba ser ésta por parte del art. 81.1 LPL, se discute si dicha advertencia será hecha mediante providencia (así, ALONSO OLEA, M. *Derecho Procesal del Trabajo,* op. cit., esp. p. 155) o auto (como defiende MONTERO AROCA, J. *Práctica procesal laboral,* op. cit., esp. p. 371). Al menos jusriprudencialmente es admitida la primera posibilidad, siendo admisible la interposición de recurso de reposición contra la misma a resolver ya mediante auto inimpugnable conforme la interpretación conjunta de los arts. 184, 188 y 189 LPL; en este sentido, por ejemplo, STS 6 de octubre de 1998 (Ar. 7319). Por su parte, el TC también parece admitir tal posibilidad a partir del empleo del término "resolución" en sentido amplio, sin exigencia de que la misma sea motivada; entre otras, STC 335/1994, cit., esp. FJ 4.

Solución distinta merece, a nuestro juicio, la discusión respecto de la resolución que decrete ya el archivo de actuaciones para el caso en que no tenga lugar (o no se admita) la subsanación "advertida" y la cual habrá de tratarse de un auto pues, en cuanto limitativa de derechos, precisa de motivación según toda la doctrina predicada en sede constitucional en favor del derecho a la tutela judicial efectiva.

85. STC 118/1987, de 8 de julio, FJ 3. Así también y más recientemente, en estimación del amparo solicitado, además de la sentencia 84/1997, ya mencionada (esp. FJ 2), SSTC 8/1998, de 13 de enero, esp. FJ 5, en relación con la ausencia de cierta documentación cuyo contenido era perfectamente deducible; 130/1998, de 16 de junio, respecto a la ausencia de una relación fáctica a presentar por el trabajador cuya exigencia se considera "intrascendente y desproporcionada", alegando el Tribunal que "los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que sólo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima" (FJ 4); 207/1998, de 26 de octubre, en ausencia de la cita del precepto infringido en el recurso de resposición interpuesto en la instancia; 16/1999, de 22 de febrero, con la simple omisión de la oportuna copia de la demanda en el acto de presentación de la misma; 135/1999, de 15 de julio, ... etc.

Precisamente en la última sentencia citada se hace una interesante exposición de esta interpretación favorable en pro de la subsanación de los defectos formales a declarar en la instancia antes de proceder al irremediable archivo de las actuaciones. Así y en concreto, a juicio del intérprete constitucional, "la apreciación de dicha causa debe hacerse desde la perspectiva constitucional, conforme a un criterio respetuoso para con el derecho fundamental rechazando aquellas decisiones que por su rigorismo o excesivo formalismo revelen una clara desproporción entre el defecto o causa en que justifiquen el cierre del proceso y la consecuencia que se deriva para la parte que es la imposibilidad de obtener un pronunciamiento judicial sobre su pretensión" (FJ 2).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

consiguiente respeto del derecho a la tutela judicial efectiva[86]. Eso sí, siempre y cuando dicha subsanación opere en el plazo legalmente previsto para ello (cuatro días), precluido el cual tendrá lugar de forma irremediable el archivo de las actuaciones conforme al mencionado art. 81.1 LPL.

Precisamente y como punto final, también la jurisprudencia constitucional ha dictado una abundante doctrina en clara justificación a la brevedad e improrrogabilidad de este plazo dispuesto en sede laboral. No en vano dicha brevedad se justifica en el principio de celeridad que preside el proceso laboral[87] así como en el deseo de evitar una "reiteración o cadena de subsanaciones sucesivas que podría significar el ampliar *ad infinitum* las posibilidades de subsanación de la demanda"[88], con el consiguiente perjuicio en este caso para los intereses del demandado y la producción de dilaciones indebidas en la instancia[89]. Por ello que, "advertida a la parte actora de la existencia de defectos formales en la demanda (y concedido) un plazo para la subsanación de tales defectos, ... la falta de subsanación ... en el plazo máximo legal de cuatro días, impone al órgano judicial el archivo de las actuaciones"[90] en la línea indicada.

86. Así, por ejemplo y entre otras, SSTC 39/1984, de 20 de marzo, 172/1987, de 31 de noviembre, 216/1989, de 21 de diciembre, ... etc.

87. STC 154/1992, de 19 de octubre, esp. FJ 3; así también, SSTC 335/1994 y 84/1997, ambas citadas, esp. FF.JJ.3 y 2 respectivamente.

88. STC 25/1991, cit., FJ 4.

89. Sobre este tema en particular véase nuestro trabajo "Las dilaciones indebidas y el Secretario Judicial", *Visión orgánico procesal del Secretario Judicial,* Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid 1999, pp. 267 y ss.

90. STC 25/1991, cit., FJ 4. No en vano y como se preocupa en recordar la STC 335/1994, "el art. 24.1 CE no deja los plazos legales al arbitrio de las partes, ni somete a la libre disposición de éstas su prórroga ni el tiempo en que han de ser cumplidos, sin que sea posible subsanar la extemporaneidad o el incumplimiento de un plazo, el cual se agota una vez que llega a su término" (FJ 4); claro está, siempre que la norma —art. 81.1 LPL— sea aplicada con un "criterio antiformalista y no rigorista, a fin de no impedir injustificadamente la obtención de una resolución de fondo sobre la pretensión ejercitada" (FJ 3), como tuvo lugar en la posterior STC 84/1997, también citada, que reproduce idéntica fundamentación jurídica (vid.FJ 2). Así y en concreto, el Juez de lo Social para este último caso, al entender que la relación jurídico—procesal estaba deficientemente constituida requirió al actor para que subsanara el defecto, con advertencia de arhivo y concesión del plazo de 4 días para que demandara a otra sociedad, lo que dió lugar a un escrito del entonces actor y ahora recurrente en amparo en el que únicamente se solicitaba la suspensión de dicho plazo para completar la demanda hasta que fuera facilitada la correspondiente certificación del Registro público, escrito que el juzgador transforma en recurso de reposición y de ahí la concesión del amparo, estimando el TC que el art. 81.1 LPL fué interpretado de forma "rigorista".

2. Aplicación supletoria de la nueva ley procesal civil

No es necesario aquí y ahora recordar el carácter supletorio de la ley procesal civil para el proceso laboral a partir de la Disposición Adicional 1ª 1, hoy reforzado con el nuevo art. 4 LEC[91], ante la aspiración de la reciente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil de convertirse en "ley procesal común", tal y como se anuncia en su propia Exposición de Motivos[92]. Dejando por nuestra parte ahora el examen de cómo opera en términos generales esta necesaria coordinación entre ambas leyes procesales —tema sobre el que existen ya muy interesantes y acertados estudios[93]— nos ocuparemos únicamente de la posible aplicación de los preceptos procesales civiles en nuestro tema litisconsorcial.

De este modo y ante la genérica supletoriedad de la norma procesal civil para el proceso laboral, por lo que respecta a la denuncia de la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal en tales supuestos de subcontratación de obras y servicios, entendemos que esta sólo resultaría aplicable para el caso de que la discusión respecto de la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal se plantee en el acto del juicio, como expresamente prevé el art. 420 LEC con relación a la audiencia previa del juicio ordinario en sede civil. No existe, por el contrario, norma equivalente al actual art. 81.1 LPL, por lo que el mismo ha de entenderse plenamente vigente[94] aún sin contemplar expresamente la subsanación de la inco-

91. Además con insistencia; textualmente, "en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso—administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley".

92. "Pero, sobre todo, es necesaria una Ley de Enjuiciamiento Civil nueva que ... exprese y materialice, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial, también en ordenes jurisdiccionales distintos del civil, puesto que esta nueva Ley está llamada a ser ley procesal supletoria y común" (aptdo.III.2 *in fine*).

93. Entre otros, GIL SUÁREZ, L. "Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso laboral. Algunos puntos críticos" y, especialmente, PEDRAJAS MORENO, A. "Un nuevo enfoque de la supletoriedad normativa, no exento de problemática: la Ley de Enjuiciamiento Civil como aspirante a ley procesal común", ambos en Actualidad Laboral 2001, suplemento al nº 12, nº XV, pp. 257 y ss, y nº XVI, pp. 281 y ss, respectivamente.

94. Coincidimos así plenamente con GIL SUÁREZ y PEDRAJAS MORENO en los trabajos citados al afirmar dicha supletoriedad en aquellas materias no explícitamente reguladas po la ley procesal laboral (vid. esp. pp. 261 y 295 respectivamente), aún a riesgo de dejarse influir por la "atractiva modernización" que opera la nueva ley procesal civil respecto de la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rrecta constitución de la litis en la demanda en la línea examinada; está en cambio ausente en la nueva ley procesal civil tal posibilidad por parte del juzgador civil de proceder a la subsanación de tales defectos en fase de admisión de la demanda —y, en concreto, el ahora objeto de análisis—, más allá del genérico principio de subsanación de los actos procesales parciales contenido en el art. 231 LEC[95] y de determinados casos especiales como los arts. 73.4 o 254.4 LEC, con trámite similar al contemplado en el precepto laboral[96].

Por el contrario la nueva ley procesal civil realiza ya una expresa regulación de la "falta del debido litisconsorcio" como cuestión procesal en los arts. 416 y 420 LEC, permitiendo este último precepto subsanar la formulación de la demanda y de este modo ampliarla a los restantes litisconsortes si hubiera sido dicha cuestión procesal alegada por el demandado en su contestación de la demanda o planteada de oficio por el propio órgano jurisdiccional[97]. Así también, la extensa redacción de dicha norma prevé en su caso la discusión de la existencia o no de dicho litisconsorcio en juicio y la

laboral que tradicionalmente cumplía este papel. Ello pese a la también mayor flexibilidad que, en principio, parece tener lugar para el nuevo juicio ordinario civil a tenor del art. 403.1 LEC, a tenor del cual la inadmisión de la demanda sólo podrá producirse "en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley"; así, por ejemplo, por acumulación indebida del art. 73.4 o por defecto de cuantificación del art. 254.4, ambos de la LEC y en cuyo caso está prevista la subsanación en un plazo taxativo, precluido el cual tendrá lugar el archivo de la demanda en línea similar a lo preceptuado en el art. 81.1 LPL.

Para una comparación entre estos y otros preceptos de ambas legislaciones procesales, consúltese ALONSO GARCÍA, R.M. *El proceso de trabajo y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Madrid 2001, esp. p. 78.

95. Principio ya contemplado con anterioridad en el art. 243 LOPJ aplicable a todos los ordenes jurisdiccionales, por tanto, también al laboral. En cambio, el trámite de admisión a la demanda en el juicio ordinario civil se regula en los arts. 403 y 404 LEC con única referencia a ciertos supuestos en que opera la inadmisión y al examen de oficio que practica el órgano jurisdiccional sólo respecto de su competencia.

96. Vid. *supra* nota anterior.

97. No en vano, a partir de la previsión hecha en el art. 416.1 LEC, el examen de cuestiones procesales como las allí enumeradas —y, entre ellas, la falta del debido litisconsorcio— puede derivar de su planteamiento de oficio por parte del órgano jurisdiccional; ello pese a que una lectura literal del art. 420.1 LEC parece restringir la alegación de esta cuestión procesal relativa a la defectuosa constitución de la litis a su planteamiento mediante vía de excepción en la contestación de la demanda. En el mismo sentido, por todos, MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional,* t.II, op. cit., esp. p. 231, quien también defiende que es este el único momento procesalmente oportuno para debatir tal falta de litisconsorcio necesario.

resolución de esta cuestión por el órgano jurisdiccional otorgándose nuevo plazo al actor para "constituirlo", teniendo lugar, en su defecto y en último extremo, el archivo de las actuaciones (arts. 420.3 y 4 LEC). Sin embargo, creemos que en este punto la reciente ley procesal civil no aporta novedad alguna pues, en la línea anticipada y pese a la ausencia de regulación expresa en la legislación procesal laboral a este respecto, tal discusión en el acto del juicio y resolución en sentencia definitiva[98] es ya jurisprudencialmente admitida en virtud de la regla general del art. 85.2 LPL.

Más interesante resulta a nuestro juicio la previsión del art. 542.1 LEC más arriba referida[99] en relación con la exigencia del cumplimiento de contradicción en los supuestos de obligaciones solidarias y así la exigencia de constituir este litisconsorcio necesario en la formulación de la correspondiente demanda. Recordamos como a tenor de este precepto la nueva regulación procesal civil impide dirigir el despacho de ejecución a aquellos deudores no demandados, imponiendo ello un giro en la tradicional dirección que operaba en la regla de solidaridad conforme a los arts. 1141 y ss CC. Disposición así que, dada la ausencia de mención similar en la legislación procesal laboral, entendemos también aplicable al supuesto objeto de nuestro examen en la línea ya indicada por lo que omitimos aquí y ahora ulterior justificación respecto de la misma; más aún cuando si en algo resulta útil la supletoriedad de la ley procesal civil en sede laboral es precisamente en materia de ejecución[100].

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Llegados a este punto, sólo resta emitir por nuestra parte algunas breves reflexiones que culminen todo lo hasta aquí expuesto, hecho ya

98. Así también para el caso del proceso civil, teniendo lugar la retrotracción de las actuaciones a tal audiencia previa en virtud del principio de conservación de los actos procesales antes referido de tener lugar esta denuncia de la falta del debido litisconsorcio; de esta opinión, SAMANES ARA, C. *Las partes en el proceso civil,* op. cit., esp. 131.

99. Vid. *supra* aptdo. III.1 de nuestro trabajo.

100. Así resulta a partir del mandato del art. 235.1 LPL, ahora reformado en virtud de la Disposición Final 11.9 LEC que se redacta en los siguientes términos: "las sentencias firmes se llevarán a efecto en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de sentencias, *con las especialidades previstas en esta Ley*".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

—creemos— de forma suficiente el examen respecto de tal concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal para la exigencia de responsabilidad solidaria por parte de la empresa (o empresas) principal en tales supuestos de subcontratación de obras y servicios contemplados en el art. 42 ET. En este sentido, son básicamente dos reflexiones las que ahora queremos resaltar.

Así y en primer lugar, conviene incidir en el carácter fundamental que alcanza la reunión del litisconsorcio como institución procesal en casos como en los que nos ocupa, en cuanto única forma de garantizar el cumplimiento del principio de audiencia bilateral y/o contradicción en el proceso y evitar la indefensión del demandado inicialmente ausente. Por ello su tratamiento como litisconsorcio (pasivo) necesario y así la apreciación de oficio por el juzgador del mismo, dada la naturaleza de "orden publico" e incluso el rango constitucional[101] que dicha figura alcanza, así, no sólo cuando la exigencia de tal litisconsorcio venga "establecido por una norma positiva (sino también) por imponerlo la naturaleza de la relación jurídico material controvertida"[102].

En segundo y último lugar, nos permitimos ahora realizar una reflexión "pro futuro" ante la perspectiva operada por el cambio legislativo en el Derecho Laboral y la cuál es de prever que traiga asimismo importantes consecuencias procesales. De este modo y a nuestro juicio, el respeto de la institución procesal del litisconsorcio tendrá lugar en mejor medida a partir de la reciente modificación del art. 42 ET RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo,

101. Recientemente STS de 12 de junio de 2000 (Ar. 5103), en la que la Sala 1ª fundamenta la apreciación de oficio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, de modo textual, en la "naturaleza de orden público procesal de esta figura, con rango constitucional por afectar a los principios de audiencia y contradicción" (FJ 8). En el supuesto concreto se dispone la necesidad de la presencia de los interventores o representantes de los acreedores, partes procesales a tenor de lo dispuesto en el art. 22 de la Ley de Suspensión de Pagos de fecha de 26 de julio de 1922.

Así también, en el mismo año y pronunciándose en idéntico sentido, SSTS de 22 y 29 de febrero y de 9 de marzo de 2000, Ar. 1297, 1301 y 1514 respectivamente.

102. Así, por ejemplo y en los últimos tiempos, STS de 2 de junio de 2000, Ar. 3998, FJ 4. En el caso de autos tiene lugar la discusión de la propiedad intelectual respecto de la creación de un texto musical estableciéndose por la Sala 1ª la responsabilidad solidaria entre todos los autores y de ahí la constitución del litisconsorcio; precisamente este es un supuesto de litisconsorcio cuasi-necesario tratado procesalmente como litisconsorcio pasivo necesario.

de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, entrada ya en vigor el pasado 4 de marzo[103].

En efecto, a tenor de la actual redacción que se da de dicho artículo mediante la inclusión de tres nuevos apartados al final del mismo, nos interesa especialmente el primero de ellos, relativo a la exigencia del deber de información de la "identidad de la empresa principal para la cuál estén prestando servicios en cada momento"; información esta que habrá de facilitarse al trabajador o trabajadores por parte del empresario contratante (empresa auxiliar)[104]. Todo ello sin perjuicio de la posterior información que la misma empresa habrá también de proporcionar a los representantes legales de tales trabajadores sobre los extremos indicados, antes y después de efectuada la subcontratación[105].

Confiamos de ese modo que la reforma laboral emprendida en este campo sea al menos útil en términos procesales para hacer real el acceso al proceso y así el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva; en suma, si fuera necesario acudir a juicio, la dirección de la demanda de forma conjunta contra la empresa auxiliar y principal por parte del trabajador subcontratado en exigencia de la correspondiente responsabilidad, con el objeto y en la forma legalmente previstos. Ello sólo será posible mediante el oportuno conocimiento e identificación de la cadena de contratación laboral (y así la empresa o empresas principales) por parte del trabajador, a la sazón futuro demandante.

Por tanto, es de esperar que no sea ya necesaria —o lo sea, en menor medida— la posterior técnica de subsanación de defectos procesales a partir de los arts. 81.1 y 85.2 LPL en fase de admisión de la demanda y acto del juicio respectivamente, conforme al análisis hecho en su momento. Con ello se evitará presumiblemente, en principio y aun la brevedad del plazo previsto en la legislación procesal laboral, las indeseadas y temidas dilaciones indebidas en el proceso tantas veces denunciadas en sede constitucional y europea[106], cuyo efecto será aún más pernicioso de tener lugar la declaración de nulidad de actuaciones en la instancia.

103. Conforme la Disposición Final 2ª.

104. En concreto, mediante la comunicación del "nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal".

105. Vid. nuevos arts. 4.5 ET.

106. Nos remitimos al análisis por nuestra parte relizado en el trabajo ya citado, "Las dilaciones indebidas y el Secretario Judicial", op. cit., esp. pp. 272 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL*

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

SUMARIO

I. Introducción.— II. Fundamento y naturaleza jurídica.— III. Aproximación al derecho comparado: 1. El modelo alemán; 2. El modelo italiano; 3. El modelo francés; 4. El modelo portugués.— IV. La regulación de la nueva LEC: 1. El *periculum in mora* como presupuesto básico para la realización de la prueba anticipada; 2. Legitimación; 3. Procedimiento: *a)* Solicitud: forma y momento; *b)* Competencia; *c)* Admisión, inadmisión y recursos; *d)* Práctica; *e)* Valoración. *f)* Pago.— V. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La anticipación de la prueba constituye uno de los aspectos más relevantes de la actividad probatoria, pues de nada sirve establecer una completa y exhaustiva regulación de la materia si la prueba no puede practicar-

* Estudio presentado como Ponencia en el Curso "La prueba en la nueva LEC" organizado por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, celebrado en Barcelona el 19 de junio de 2001.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se debido a que el transcurso del tiempo, ínsito en todo proceso, la ha hecho desaparecer o se ha destruido el objeto de la misma. Su correcta regulación tiene una gran incidencia en la eficacia y virtualidad real del derecho a la prueba, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución[1]. Por este motivo, en el derecho procesal civil moderno se prevé ampliamente la posibilidad de anticipar la práctica de cualquier medio probatorio (la *probatio ad perpetuam rei memoriam*)[2].

Hasta la Ley 1/2000, nuestra regulación decimonónica dispensaba a esta materia un tratamiento muy restrictivo, permitiendo, única y exclusivamente, la anticipación de la prueba testifical (art. 502 de la LEC de 1881)[3]. La necesidad de una moderna regulación se hacía patente en el funcionamiento cotidiano de los Tribunales. Así, por ejemplo, resultaba de especial interés la práctica de la prueba pericial en multitud de supuestos, como en los de responsabilidad decenal pues, de acuerdo a una consolidada doctrina jurisprudencial, la falta de individualización de las causas motivadoras de la ruina de un edificio da origen a la responsabilidad, en forma conjunta y solidaria, del promotor, el constructor y el arquitecto[4]. En este caso, probablemente, el dictamen pericial que pueda practicarse durante el período ordinario de prueba resulte ya inútil para determinar y precisar la certeza de los hechos litigiosos, impidiéndose delimitar la responsabilidad de cada uno de los distintos sujetos que han participado en la construcción[5]. De igual modo, la práctica anticipada de pruebas es sumamente útil en otras innumerables hipótesis en las que puede alterarse una determinada situación debido a la acción del tiempo, y en las que resulta conveniente proceder *ad cautelam* a una determinada prueba con el fin de dejar constancia de dicha situación. Así, puede ser urgente la práctica de una prueba pericial cuando, por ejemplo, sea necesario restaurar el bien objeto de la litis pues la actuación negligente de la persona encargada de repararlo originariamente ha provocado que el mismo pueda devenir inservible o peligroso si no se procede, con rapidez, a su ulterior restauración; o en casos de mala praxis médica en la que resulta necesaria volver ha efectuar sin demora otra intervención para restablecer la situación anterior.

1. PICÓ I JUNOY, J.: El derecho a la prueba en el proceso civil, Edit. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 161.

2. Así KENNET (The production of evidence within the European Community, en "The Modern Law Review", vol. 56, núm. 3, 1993, pág. 348) afirma: "Systems of civil procedure generally contain some means of ensuring that evidence is preserved where is a risk that it may be destroyed or otherwise become unusable" Para el estudio de los ordenamientos alemán, italiano, francés y portugués me remito al punto III de este trabajo. De igual modo, A.M. MORELLO (La prueba. Tendencias modernas, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, págs. 22 y 28) destaca que la introducción de instrumentos que aseguren la adquisición anticipada de pruebas constituye una tendencia actual de los ordenamientos procesales civiles".

3. Ello había merecido la acertada crítica de nuestra mejor doctrina. Así, vid. GUASP DELGADO, J.: Derecho Procesal Civil, T. II, 3ª edic., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 664; SERRA DOMÍNGUEZ, M.: El derecho a la prueba en el proceso civil español, en "Libro Homenaje al Profesor D. Jaime Guasp, Edit. Comares, Granada, 1984, pág. 567; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: Tratado de Derecho Procesal, T.I, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 648; FAIRÉN GUILLÉN, V.: Doctrina general del Derecho Procesal (Hacia una teoría y Ley procesal generales), Edit. J.Mª. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 468; DE LA OLIVA SANTOS, A. (con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.): Derecho Procesal Civil, T.II, 3ª edic., Edit. Ramón Areces, S.A., Madrid, 1992, pág. 302; MONTERO AROCA, J. (en AAVV): Derecho Jurisdiccional, T. II, 7ª edic., Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 213; o MUÑÓZ SABATÉ, L.: Aseguramiento de la prueba, en "Cuadernos de Probática", I, Madrid, 1997, pág. 19. Igualmente crítico se muestra BUTRÓN BALIÑA, P.M.: La prueba anticipada en el proceso civil, en "Revista de Derecho Procesal", núm. 2, 1999, págs. 247 y ss.

II. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El fundamento de la prueba anticipada se encuentra en la protección del derecho fundamental a la prueba. Existen determinadas situaciones en

4. Cfr. entre las SSTS de 3 de marzo de 1995, f.j. 2º (RA 1777); 31 de marzo de 1992, f.j. 3º (RA 2.311); o la de 12 de febrero de 1992, f.j. 2º (RA 979). Para el estudio de esta jurisprudencia, vid. SALVADOR CODERCH, P.: "Comentarios del Código Civil", T.II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1195; CORDERO LOBATO, E.: "Comentario a la STS 16 de diciembre de 1991", en C.C.J.C. enero/marzo, 1992, págs. 159-160; GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R.: "La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción (estudio del artículo 1.591 del Código Civil y su problemática actual)", Edit. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 99 y ss. y 193 y ss.; RUBIO SAN ROMÁN, J.I.: "La responsabilidad civil en la construcción", Edit. Colex, Madrid, 1987, págs. 252 y ss.; BERCOVITZ RODRIGO-CANO, R.: "Comentario a la STS de 29 de junio de 1987", en C.C.J.C., abril/agosto, 1987, págs. 4718 a 4720; id.: "Comentario a la STS de 13 de junio de 1984", en C.C.J.C., septiembre/diciembre, 1984, págs. 1852 a 1854; LUCAS FERNÁNDEZ, F.: "Comentarios al Código Civil y ...", ob. cit., T.XX, vol. 2º, ob. cit., págs. 349 y ss.; CADARSO PALAU, J.: "La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores", Edit. Montecorvo, S.A., Madrid, 1976, págs. 304 y ss.; o FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: "La responsabilidad civil por vicios de construcción", Universidad de Deusto, Bilbao, 1976, págs. 137-138.

5. Al respecto, vid. BRAVO GUTIÉRREZ, D.: Prueba pericial anticipada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, "Poder Judicial", núm. especial, VII, págs. 55 y ss..

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

las que, ante el peligro de perder la fuente probatoria o deteriorarse los hechos en méritos de los cuales se solicitará, o se está solicitando, una determinada resolución judicial, es necesario anticipar la actividad probatoria antes del juicio o vista e, incluso, a un momento anterior a la presentación de la demanda[6]. En todos los casos, el fundamento último de la prueba anticipada no es otro que el de garantizar la mayor eficacia y virtualidad del derecho a la prueba, evitando que las partes litigantes no puedan justificar debidamente las razones o hechos en que apoyan sus respectivas pretensiones.

Respecto de la naturaleza jurídica debo destacar que, si bien gran parte de la doctrina italiana mantiene el carácter de medida cautelar de la prueba anticipada por cuanto tienen de instrumentalidad respecto del proceso principal[7], entiendo que no tiene tal naturaleza pues no pretende asegurar la futura realización de una actividad, sino sólo practicarla anticipadamente[8]. La prueba así realizada se incorpora al proceso de un modo definitivo, por lo que carece del atributo básico de la provisionalidad[9].

Además, la configuración de la prueba anticipada como medida cautelar no se ajusta a la construcción de tal medida como garante de la ejecución de la sentencia, por lo que se destaca como elemento diferenciador de las medidas cautelares su homogeneidad con las medidas ejecutivas; ni reúne todos sus presupuestos.

6. En este sentido, ANDRIOLI también destaca el distinto fundamento del aseguramiento de la prueba: así la testifical se justifica por el peligro de perder el mismo medio probatorio, mientras que la pericial y la de reconocimiento judicial por el temor a que desaparezca el objeto de la prueba (ANDRIOLI, V.: "Commento al Codice di Procedura Civile", vol. IV, 3ª ed., Edit. Eugenio Jovene, Napoli, 1964, pág. 235.).

7. Así, vid. CALAMANDREI, P.: Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, Edit. CEDAM, Padova, 1936, pág. 31; CARNELUTTI, F.: Sistema di diritto processuale civile, Edit. CEDAM, Padova, 1936, pág. 208; CALVOSA, C.: La tutela cautelare, Turin, 1963, pág. 272; y MAGI-CARLETTI: I procedimenti di istruzione preventiva, en la obra "I procedimenti cautelari" (a cura di Giuseppe Tarzia), Edit. CEDAM, Padova, 1990, págs. 114-115.

8. En este orden de ideas, vid. ÁLVAREZ-ALARCÓN, A.: Las diligencias preliminares en el proceso civil, Edit. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 58.

9. Así, vid. BERIZONCE, R.O.: Las cautelas y las pruebas en el contexto de las gestiones preparatorias. Experiencia Argentina e Iberoamericana, en "Cuadernos de análisis jurídico", núm. 32, "Reforma Procesal Civil (I)", Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1996, pág. 260.

En consecuencia, la prueba anticipada tiene una verdadera naturaleza probatoria, y es por ello que su regulación no se encuentra en sede de medidas cautelares (arts. 721 y ss.) sino dentro de la regulación de las disposiciones generales de la prueba.

III. APROXIMACIÓN AL DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado se admite ampliamente la prueba para *perpetua memoria*, por lo que me parece oportuno hacer una breve referencia a ellos en la medida en que nos pueden ofrecer criterios de solución a posibles lagunas normativas o problemas de interpretación de la Ley 1/2000.

1. El modelo alemán

La Zivilprozessordnung (Z.P.O.) alemana regula el *Selbständige Beweisverfahren,* o procedimiento probatorio autónomo, destinado al aseguramiento de la prueba en el Título XII de la Sección Primera de su Libro Segundo (§§ 485 a 494 Z.P.O.), modificado mediante la *Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz* (Ley de Simplificación de la Justicia) de 17 de diciembre de 1990[10]. A través de este procedimiento se permite que, a instancia de parte, puedan anticiparse al inicio de un proceso las pruebas de reconocimiento judicial, testifical y pericial[11]. Para ello es necesario que concurra al-

10. Al respecto, con carácter general, vid. ARENS, PETER/LÜKE, Wolfgang: "Zivilprozessrecht", Verlag C.H. Beck, München 1994, págs. 244-245. Específicamente, para el estudio del *Selbständige Beweisverfahren* antes de la reforma operada por la *Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz* de 1990, vid.; LEIPOLD, DIETER: "Sicherung des Beweises", en Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20ª edic., fascículo 18, Edit. J.C.B. Mohr, Tübingen, 1989, págs. 168 y ss. (de especial interés por las numerosas referencias bibliográficas y jurisprudenciales). Para el estudio de este procedimiento según la actual normativa, vid. STURMBERG, GEORG: "Der Beweis im Zivilprozess. Selbständiges Beweisverfahren und Beweisaufnahme", Edit. Werner, Düsseldorf, 1999; WEISE, STEFAN: "Praxis des selbständige Beweisverfahrens", Edit. C.H. Bech, München, 1994; SCHREIBER, KLAUS: "Das selbständige Beweisverfahren", en N.J.W., 41, 1991, págs. 2600 a 2603; HANSENS, HEINZ: "Die wichtigsten Änderungen im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit aufgrund des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes", en N.J.W., 15, 1991, págs. 957-958; y MUGLER, FRITZ: "Das selbständige Beweisverfahren nach dem Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz", en Betriebs-Berater, 12, 1992, págs. 797-798.

11. § 485.I ab initio Z.P.O.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

guna de estas circunstancias: el consentimiento del adversario, o el temor de pérdida o dificultad de realización de una prueba *ad futurum* (§ 485.I *in fine* Z.P.O.).

En el supuesto de no haber un proceso pendiente, la parte puede solicitar la prueba pericial si acredita tener un interés jurídico (*rechtliches Interesse*)[12] en determinar la situación o estado de una persona o una cosa, las causas del daño que se haya podido producir sobre dicha persona o cosa, los motivos que han originado defectos en las cosas, o los gastos necesarios para la reparación de los citados daños o defectos producidos (§ 485.II Z.P.O.)[13].

La solicitud debe dirigirse al Tribunal que esté conociendo de la causa (§ 486.I Z.P.O.). Si todavía no hay un proceso pendiente, la petición debe efectuarse al Tribunal que tenga competencia para enjuiciar la causa principal, impidiéndose al solicitante la posibilidad de alegar, con posteriormente, la incompetencia de dicho Tribunal (§ 486.II Z.P.O.)[14]. Excepcionalmente, en caso de peligro inminente, puede requerirse la práctica anticipada de la prueba también al *Amtsgericht*[15] en cuyo distrito resida la persona que debe declarar o peritar, o se encuentra la cosa sobre la cual debe realizarse el reconocimiento judicial o la pericia (§ 486.III Z.P.O.).

El escrito que insta la práctica de la prueba debe reunir determinados requisitos, a saber, designar a la parte contraria debiéndose, en el supuesto de ser ésta desconocida, justificar debidamente que, sin culpa suya, le es imposible mencionarla[16]; precisar los hechos sobre los que ha de versar la prueba; identificar a los testigos y el resto de los medios probatorios susceptibles de realizarse de forma anticipada; y acreditar, por último, el motivo que fundamenta la necesidad de esta actuación y la competencia del Tribunal (§ 487 Z.P.O.).

12. Acerca de este interés jurídico, vid. SCHREIBER, KLAUS: "Das selbständige Beweisverfahren", ob. cit., pág. 2601.

13. Se presume la existencia de un interés jurídico cuando la constatación de lo que pretende evitarse puede ser últil para el proceso (§ 485.II in fine Z.P.O.). Esta prueba pericial no puede volverse a decretar salvo que la primera haya sido insuficiente, o con posterioridad a la práctica de la pericia se estime la recusación del perito (§ 485.III Z.P.O. en relación con el § 412 del mismo Texto Legal). Al respecto, vid. HANSENS, Heinz: "Die wichtigsten ...", ob. cit., pág. 957.

14. En el supuesto de que la demanda que da inicio al proceso no se presente en el plazo señalado por el Tribunal, el solicitante de la prueba anticipada deberá asumir los gastos causados (§ 494.I y II Z.P.O.)

15. Este tribunal viene a ser un Juzgado Local o de Distrito.

16. § 494.I Z.P.O.

El Tribunal resuelve, motivadamente, sin necesidad ni de oir al solicitante (§ 490.I Z.P.O.), ni de examinar si los hechos a probar son trascendentales para la resolución del litigo, pues esta trascencendia —como observa SCHREIBER— es algo que no puede valorarse hasta el momento final del proceso[17].

El auto estimatorio, que es irrecurrible, debe indicar los hechos sobre los que deberá versar la prueba y los medios probatorios a practicar, con identificación de los testigos que deben declarar, así como el de los peritos (§ 490.II Z.P.O.).

El adversario debe ser citado en la medida en que las circunstancias del caso lo permitan, al objeto de que pueda adoptar las medias que estime oportunas (§ 491.I Z.P.O.)[18], so pena de devenir ineficaz la prueba practicada (§ 493.II Z.P.O.[19]). Para el supuesto de que se haya acreditado el desconocimiento de la persona a quien puede perjudicar esta prueba, el Tribunal debe nombrarle un representante a fin de que proteja sus derechos al proceder a la práctica de la misma (§ 494 Z.P.O.[20]). Ésta adquirirá pleno valor y eficacia probatoria, equiparándose así a la prueba realizada ante el Tribunal de la causa principal (§ 493.I Z.P.O.).

2. *El modelo italiano*

En el *Codice di Procedura Civile* (C.P.C.) italiano se prevé la prueba anticipada dentro de los procedimientos cautelares, y así la denominada *istruzione preventiva* se regulada en los arts. 692 a 696 C.P.C.[21], configurán-

17. SCHREIBER, KLAUS: "Das selbständige Beweisverfahren", ob. cit., pág. 2602.

18. El incumplimiento de esta norma no es obstáculo para la práctica de la prueba anticipada (§ 491.II Z.P.O.).

19. En este precepto se establece: "Si el adversario no hubiese presenciado la práctica de las pruebas, sólo podrá utilizarse el resultado obtenido si dicha persona ha sido citada en tiempo legal".

20. La ejecución de la prueba anticipada se desarrolla según lo previsto en los preceptos generales reguladores de la misma en el procedimiento probatorio (§ 492.I Z.P.O.).

21. Para el estudio pormenorizado de la istruzione preventiva, vid. MICHELI, Gian Antonio: "La prova a futura memoria", Edit. Giuffrè, Milano, 1937, y en sus Opere Minori di Diritto Processuale Civile, vol. I, Edit. Giuffré, Milano, 1982, págs. 409 a 495; BRUNETTI, B.: "Sui procedimenti d'istruzione preventiva", Edit. Giuffrè, Milano, 1960; ANDRIOLI, Vir-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dose como el mecanismo mediante la cual puede adelantarse la práctica de las pruebas testifical[22], pericial y de reconocimiento judicial[23]. La mayoría de la doctrina sostiene la naturaleza cautelar de la *istruzione preventiva* debido a la presencia en ella de los requisitos propios de los procedimientos cautelares, esencialmente, el *periculum in mora*, recogido en los art. 692 C.P.C. (*fondato motivo di temere che siano per mancare uno o più testimoni*) y 696 del mismo Texto Legal (*urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato dei luoghi ...*)[24]; así como la característica de su provisionalidad e instrumentalidad de la decisión judicial respecto al proceso principal[25].

La solicitud debe dirigirse al juez que será competente para conocer del fondo de la causa (art. 693.I C.P.C.), si bien excepcionalmente, y por razones de urgencia, se atribuye dicha competencia al tribunal del lugar donde la prueba debe ser practicada (art. 693.II C.P.C.)[26]. En esta solicitud deben indicarse los motivos que fundamentan la anticipación de la prueba y los hechos sobre los cuales debe versar (art. 693.III C.P.C.), así como la persona que pueda tener interés en participar u oponerse a la práctica de esta prueba[27].

El auto (*decreto*) que admite esta petición, y en el que se fija la fecha de su realización, debe notificarse a la parte contraria (arts. 694 y 696.II C.P.C.)[28], salvo que por razón de excepcional urgencia el órgano jurisdiccional entienda necesario proceder sin la citada notificación. En este supuesto, se nombra un *procuratore* encargado de velar por los intereses del litigante ausente en la práctica de la prueba (art. 697 in fine C.P.C.)[29]. Finalmente, debemos indicar que el acta en la que se documentan los resultados de la *istruzione preventiva* no puede ser utilizada en el proceso antes de que haya sido admitido el correspondiente medio probatorio practicado de forma anticipada (art. 698.III C.P.C.[30]), pues ello no prejuzga las cuestiones que puedan surgir posteriormente sobre su propia admisibilidad y utilidad, ni excluye que pueda ser repetida en el proceso (art. 698.II C.P.C.).

gilio: "Commento ...", ob. cit., págs. 234 y ss.; CALVOSA, C.: "Istruzione preventiva", en Novissimo Digesto Italiano, T. IX, Edit. UTET, Torino, 1965, págs. 311 y ss.; NICOTINA, Giuseppe: "L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile", Edit. Giuffrè, Milano, 1979; id.: "Istruzione preventiva", en Enciclopedia del Diritto, T. XXIII, Edit. Giuffrè, Milano, 1973, págs. 154 y ss.; CARPI, FEDERICO/COLESANTI, VITTORIO/TARUFFO, MICHELE: "Commentario breve al Codice di Procedura Civile", ob. cit., págs. 926 y ss.; MAGI-CARLETTI, : "I procedimenti di istruzione preventiva", en la obra I procedimenti cautelari (a cura di Giuseppe Tarzia), Edit. CEDAM, Padova, 1990, págs. 113 y ss.; MANDRIOLI, Crisanto: "Corso di Diritto Processuale Civile", T.III, 8ª ed., ob. cit., págs. 308 y ss.; y SATTA, Salvatore: "Commentario al Codice di Procedura Civile", vol. IV, ob. cit., págs. 255 y ss.; id.: (con PUNZI, Carmine): "Diritto Processuale Civile", 11ª ed., ob. cit., págs. 893 y ss..

22. Así, el art. 692 C.P.C. establece: "Chi ha fondato motivo di temere che siano per mancare uno o piú testimoni le cui deposizioni possono essere necessarie in una causa da proporre, può chiedere ne sia ordinata l'audizione a futura memoria".

23. En este sentido, el art. 696.I C.P.C. indica: "Chi ha urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato di luoghi o la qualità o la condizione di cose, può chiedere, a norma degli articoli 692 e seguenti, che sia disposto un accertamento tecnico o una ispezione giudiziale". Parece discutible, al menos a tenor de la literalidad de este precepto, que tales medios probatorios puedan ser practicados igualmente sobre las personas (cfr. ANDRIOLI, Virgilio: "Commento ...", ob. cit., pág. 240).

24. El periculum in mora se ha configurado también por la doctrina italiana como el presupuesto relevante de la istruzione preventiva (cfr. MICHELI, Gian Antonio: "La prova a futura memoria", ob. cit., pág. 49; BRUNETTI, B.: "Sui procedimenti ...", ob. cit., págs. 48-49; ANDRIOLI, Virgilio: "Commento ...", ob. cit., pág. 235; y NICOTINA, Giuseppe: "Istruzione preventiva", ob. cit., pág. 154).

25. Cfr. ANDRIOLI, Virgilio: "Commento ...", ob. cit., pág. 235; y CARPI, Federico/COLESANTI, Vittorio/TARUFFO, Michele: "Commentario ...", ob. cit., pág. 926.

26. De igual modo, la istruzione preventiva puede proponerse durante la tramitación del procedimiento, e incluso cuando éste se encuentre interrumpido o suspendido (art. 699.I C.P.C.). En este supuesto, la competencia para admitir la prueba anticipada corresponde al propio Tribunal que está conociendo de la causa (art. 699.II C.P.C.).

27. Cfr. NICOTINA, Giuseppe: "L'istruzione preventiva ...", ob. cit., pág. 12.

28. Esta decisión judicial es irrecurible (art. 695 C.P.C.). Se discute doctrinalmente si el juez para decretar la istruzione preventiva tiene que valorar la admisibilidad y relevancia de la prueba propuesta. En sentido negativo, SATTA, Salvatore: "Commentario ...", ob. cit., pág. 256; id.: "Diritto Processuale Civile", ob. cit., pág. 894; y NICOTINA, Giuseppe: "Istruzione preventiva", ob. cit., pág. 156. Sin embargo otros autores hablan de una indagación judicial, si bien sumaria, acerca de la admisibilidad de esta prueba (ANDRIOLI, Virgilio: "Commento ...", ob. cit., pág. 236).

29. Para la práctica de la istruzione preventiva rigen las normas comunes previstas en cada uno de los distintos medios probatorios. Así lo prevé el art. 698.I C.P.C.: "Nell'assunzione preventiva dei mezzi di prova si applicano, in quanto possibile, gli articoli 191 e seguenti".

30. Así, el art. 698.III C.P.C. establece: "I processi verbali [actas] delle prove non possono essere prodotti, né richiamati, né riprodotti in copia nel giudizio di merito, prima che i mezzi di prova siano statti dichiarati ammissibili nel gidudizio stesso".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

3. *El modelo francés*

En el ordenamiento procesal francés, el art. 145 del *Nouveau Code de Procédure Civile* recoge un verdadero derecho a la preconstitución de cualquier prueba en estos términos: "S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé".

En consecuencia, como observa la doctrina, las posibilidades de decretar pruebas anticipadas son muy amplias, debiendo ponderar el órgano jurisdiccional la concurrencia de los tres requisitos siguientes: el carácter decisivo que el hecho a probar puede tener para la resolución del litigio, la suficiente justificación para asegurar la prueba y la legalidad del medio probatorio a practicar[31].

El mencionado precepto —destacan los autores franceses[32]— ha encontrado especial virtualidad práctica en procesos referentes a vicios o defectos de la construcción[33], indicando que antes de la edificación de inmuebles suele requerirse, y obtenerse judicialmente, la designación de un experto al objeto de constatar el estado de los cimientos vecinos[34]. Igualmente, resulta de gran utilidad para todas aquellas situaciones en las que pretende determinarse, con precisión, cualquier tipo de daño que difícilmente podrá ser valorado debido al tiempo en que transcurre el proceso[35].

31. Para el estudio doctrinal y jurisprudencial del art. 145 del *Nouveau Code de Procédure Civile*, vid. BLANC, Emmanuel, y VIATTE, Jean: "Nouveau Code de Procédure Civile (commente dans l'ordre des articles)", Edit. Librairie du Journal des notaires et des avocats, Paris, 1993, págs. 148 y ss.; PEYRE, Jean Cleaud: "Le référé probatorie de l'article 145 du nouveau code de procédure civile", en "Juris—Classeur périodique", I/1984, págs. 3155 y ss.; y JEANTIN, Michel: "Les mesures d'instruction in futurum", en "Recueil Dalloz Sirey (de doctrine, de jurisprudence et de législation)", 1980, págs. 205 y ss..

32. Al respecto, cfr. PERROT, Roger: "Le droit a la preuve", ob. cit., pág. 104; GOUBEAUX, Gilles: "Le droit a la preuve", ob. cit., pág. 283; o BLANC, Emmanuel, y VIATTE, Jean: "Nouveau ...", ob. cit., pág. 150.

33. Sobre este particular, vid. PEISSE, Michel: "Le référé préventif en matière de construction immobilière", en "Gazete du Palais", 1975 (2), págs. 436 y ss.

34. De este modo, GOUBEAUX, Gilles: "Le droit a la preuve", ob. cit., pág. 283.

35. Así, BLANC, Emmanuel, y VIATTE, Jean: "Nouveau ...", ob. cit., pág. 149.

4. *El modelo portugués*

Por último, el *Código de Processo Civil* portugués de 1961[36] regula, igualmente, un procedimiento para el aseguramiento de la prueba, indicándose en su art. 520: "Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificaçaô de certos factos por meio de arbitramento ou inspecçâo, pode o depoimento, o arbitramento ou a inspecçâo realizar-se antecipadamente a até antes de ser proposta a acçâo".

En este procedimiento nos encontramos con una particularidad respecto a los anteriormente analizados, a saber, la presencia del Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en que se desconozca la persona que puede verse perjudicada por la prueba anticipada (art. 521.2º del *Código de Processo Civil*)[37].

IV. LA REGULACIÓN DE LA NUEVA LEC

1. *El* periculum in mora *como presupuesto básico para la realización de la prueba anticipada*

El único presupuesto exigible para que pueda procederse a la práctica anticipada de una prueba se encuentra en el peligro de que la pendencia de la litis provoque la desaparición de la fuente probatoria (v. gr., la muerte de un testigo) o la alteración de los hechos litigiosos de tal forma que, la realización de actuaciones probatorias sobre los mismos en el momento procesal oportuno, imposibiliten o dificulten en gran medida todo tipo de eficacia probatoria.

36. Modificado por el Decreto-Lei nº 47.690/1967, de 11 de mayo.

37. A similares conclusiones respecto del derecho europeo llega también KENNETT, quien afirma: "Systems of civil procedure generally contain some means of ensuring that evidence is preserved where is a risk that it may be destroyed or otherwise become unusable" (KENNETT, Wendy: "The Production of Evidence within the European Community", en The Modern Law Review, vol. 56, núm. 3, may, 1993, pág. 348). Igualmente MORELLO destaca que la introducción de instrumentos que aseguren la adquisición anticipada de pruebas constituye una tendencia actual de los ordenamientos procesales civiles (MORELLO, A.M.: "La prueba. Tendencias modernas", Libreria Editora Platense-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, págs. 22 y 28).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Este presupuesto se recoge en el art. 293.1 LEC, al indicar la posibilidad de practicar algún acto de prueba "cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto".

2. Legitimación

La práctica anticipada de pruebas puede solicitarla ambas partes, esto es, tanto los futuros actores como demandados. Así, el art. 293.1 LEC establece: "Previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba [...]". A pesar de que la mayoría de la doctrina sostiene que la prueba anticipada antes de interponerse la demanda sólo puede instarla la futura parte actora[38], entiendo que dicha posibilidad es posible para ambas partes básicamente por dos motivos: uno legal, derivado de la propia literalidad del art. 293.1 LEC, el cual permite solicitar la prueba anticipada previamente al inicio del proceso tanto al "que pretenda incoarlo" como también a "cualquiera de las partes durante el curso del mismo"[39]; y otro constitucional, que se deriva del derecho a la igualdad de armas procesales que —en términos del propio TC— supone que ambos litigantes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre ellos es necesario que dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegaciones y prueba[40-41].

Desde un punto de vista práctico, si bien lo más habitual es que la petición la formule el actor, también el demandado puede tener interés en la práctica anticipada de pruebas en aquellas situaciones en que intuya o prevea que será objeto de una inminente demanda (v. gr., por haberse intentado la conciliación *ex*. arts. 460 y ss. L.E.C.[42], o haber sido requerido por vía notarial con apercibimiento de que, en caso de no cumplir lo requerido, será demandado judicialmente).

3. Procedimiento

a) Solicitud: forma y momento

La petición de prueba anticipada previa al proceso debe realizarse por escrito, ya que la LEC exige que la futura parte motive muy especialmente "las razones en que se apoye la petición" (art. 294.1); la competencia del tribunal (art. 293.2 LEC); e indique la persona o personas a las que se proponga demandar en su día, al objeto que puedan tener en la práctica de la actuación probatoria la intervención que la LEC autoriza según el medio de prueba de que se trate (art. 295.1 LEC). Una vez iniciado el pleito, la petición podrá efectuarse por escrito o bien oralmente en el acto de la audiencia previa (art. 429.1 y 4 LEC).

Si la prueba anticipada se solicita antes de la demanda, no es necesaria la firma de abogado y procurador ya que estamos en presencia de una medida urgente (arts. 31.2.2º y 23.2.3º LEC, respectivamente). En caso de solicitarse *lite pendente*, la firma de estos profesionales es preceptiva en los procedimientos ordinarios y en los verbales de cuantía superior a ciento cincuenta mil pesetas (arts. 31.2.1º y 23.2.1º LEC, respectivamente).

38. Así Gómez de Liaño González, F., en AAVV.: Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000), Edit. Forum, Oviedo, 2000, pág. 359; Montero Aroca, J., en AAVV.: Derecho Jurisdiccional, T.II, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 276; Villagómez Cebrián, M.: La prueba . Los recursos, en "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", coord. Cortés Domínguez y Moreno Catena, T. III, Edit. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 23; Moreno Catena, V., en AAVV.: El proceso civil, vol. III, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 2253 y 2260; Aguilera Morales, M.: Aspectos generales de la prueba, "Tribunales de Justicia", mayo, 2001, pág. 18; y Butrón Baliña, P.M.: ob. cit., pág. 262.

39. Es posible hacer una lectura restrictiva de la norma, entendiendo que la referencia a las partes se circunscribe sólo para cuando el proceso ya esté iniciado ("durante el curso del mismo"), lo cual impediría al demandado solicitar la prueba anticipada con anterioridad. Aún reconociendo que esta interpretación es posible, entiendo que cabe otra más flexible y garantista en orden a permitir la anticipación de la prueba también al demandado. El art. 293.1 LEC al interrogante ¿Quíen podrá "previamente a la iniciación de cualquier proceso" solicitar pruebas anticipadas? responde "el que pretenda incoarlo", es decir, el actor, o "cualquiera de las partes durante el curso del mismo", esto es, también el demandado.

40. A cerca de esta doctrina, vid. mi trabajo "Las garantías constitucionales del proceso", ob. cit., pág. 132.

41. Admite igualmente la posibilidad de que ambas partes puedan solicitar la prueba anticipada Sáez González, , J.: De la anticipación y del aseguramiento de la prueba (artículos 293 a 298), en "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", T.II, coord. A.Mª Lorca Navarrete, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 1791; y Muñóz Sabaté, Ll.: Fundamentos ..., ob. cit., pág. 216.

42. Cuya vigencia se mantiene en virtud de la disposición derogatoria única 1.2ª de la Ley 1/2000.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Junto a la solicitud probatoria pueden acompañarse los documentos que se estimen convenientes, especialmente los que hacen referencia a la competencia del tribunal y a la concurrencia de las razones en que se apoye[43]. Respecto al "temor fundado" que justifica la realización de la prueba anticipada, entiendo que no es necesario probarlo, sino simplemente acreditarlo.

Finalmente, entiendo que no es necesario acreditar el *fumus boni iuris* o apariencia pertinente de la prueba, ya que para apreciar dicha pertinencia es necesario conocer lo que se discute en el proceso y la prueba anticipada puede tener lugar con anterioridad al mismo[44-45].

b) Competencia

En cuanto a la competencia para conocer de la petición de prueba anticipada deben distinguirse dos situaciones:

— de formularse antes del inicio del proceso, es competente el tribunal que se considere competente para el asunto principal, que deberá vigilar de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así

43. Respecto al "temor fundado" que justifica la realización de la prueba anticipada, entiendo con MUÑOZ SABATÉ (Fundamentos de prueba judicial civil. L.E.C. 1/2000, Edit.Bosch, Barcelona, 2001, pág. 215) que no es necesario probarlo, sino simplemente acreditarlo, y ello puede tener lugar, por ejemplo, mediante meros argumenta,: en muchos casos, bastará una argumentación ex re ipsa (edad de un testigo, etc.).

44. En este sentido, vid. también SCHREIBER, K.: Das selbständige Beweisverfahren, en "Neue Juristische Wochenschrift", núm. 41, 1991, pág. 2602. Y en la doctrina italiana se pronuncian de igual modo SATTA, S.: Commentario ..., ob. cit., pág. 256; y NICOTINA, G.: Istruzione preventiva, ob. cit., pág. 156. En contra, GISBERT GISBERT (Aproximación a la regulación de la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en "Justicia", 2000, pág. 375) entiende que la admisión de la prueba anticipada "está condicionada a que se den los requisitos de pertinencia, utilidad y licitud", lo que le conduce a entender que en el caso de formular la solicitud antes de presentar la demanda "habrá que exponer detalladamente los fundamentos fácticos que se incluirán en la futura demanda, en cierto modo, podemos decir que habrá que anticipar aquélla en el escrito de petición de prueba". En esta línea, vid. también GARBERÍ LLOBREGAT, en AAVV., Los procesos civiles, T. 3, Edit. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 69; DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración, Edit. CERA, Madrid, 2000, pág. 308; y RIFÁ SOLER, J.M., en AAVV: ob. cit., pág. 1382.

45. Cuando el proceso ya está iniciado adquiere relevancia el fumus boni iuris, pues el objeto de la prueba estará ya delimitado. En estos casos, si la prueba solicitada resulta impertinente no tendrá sentido su práctica, motivo por el cual —en aras a garantizar el principio de economía procesal— deberá denegarse.

como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria (art. 293.2 LEC).

En las poblaciones en las que exista más de un Juzgado de Primera Instancia deberá, en principio, procederse al reparto de asuntos debido al principio de obligatoriedad del reparto (art. 68 LEC[46]). Sin embargo, en aquellos casos excepcionales en los que la prueba deba realizarse muy urgentemente, podrá evitarse el reparto previo, pudiéndose dirigir la solicitud al Juez Decano para que adopte las medidas oportunas en orden a evitar la infracción del derecho a la prueba (art. 70 LEC).

Al respecto, debo destacar la precaución del actor al solicitar la prueba anticipada, por cuanto ello se considera un acto de sumisión tácita, ya que el art. 56.1 LEC establece que ésta se producirá "interponiendo la demanda o formulando petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conocer de la demanda", y el art. 293.1 LEC, como he indicado, exige la presentación de dicha petición "al tribunal que se considere competente para el asunto principal" [47]. Esta sumisión no afectará al demandado que participe en la prueba anticipada, pues éste se ve obligado a intervenir en ella para proteger su derecho a la prueba sin posibilidad alguna de discutir la falta de competencia mediante la declinatoria. En consecuencia, con carácter previo a la contestación a la demanda, podrá formular declinatoria y denunciar la falta de competencia territorial[48].

No obstante, la prueba anticipada realizada ante un tribunal incompetente territorialmente para conocer de la demanda es plenamente válida. Así, el art. 296.2 LEC lo prevé indicando: "Si de la demanda hubiese de conocer en definitiva un tribunal distinto del que acordó o practicó la prueba anticipada, reclamará de éste, a ins-

46. El reparto alcanza a "todos los asuntos civiles", y en consecuencia no se limita sólo a las "demandas" (art. 68.1 ab initio LEC).

47. Con ello se cambia la regulación propuesta en el Proyecto Profesoral de Corrección y Actualización de la LEC, de 1974, ya que según su art. 93.2, la intervención en estas actividades probatorias no suponía sumisión tácita alguna en favor del tribunal que practicase la prueba (cfr. Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas [AAVV.]: "Corrección y Actualización ...", T.II, ob. cit., pág. 59).

48. En este orden de ideas, vid. también MUÑÓZ SABATÉ, Ll.: Fundamentos ..., ob. cit., pág. 218.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tancia de parte, la remisión, por conducto oficial, de las actas, documentos y demás materiales de las actuaciones". Si bien esta norma expresamente no prevé la validez de la citada prueba anticipada, ello debe entenderse recogido implícitamente pues ¿Tiene sentido prever la remisión del resultado de la prueba para que el tribunal que conoce de la demanda se limite exclusivamente a declarar su nulidad?

Esta regulación podría haberse mejorado permitiendo que, con carácter excepcional, la petición de prueba anticipada pudiera dirigirse al tribunal del lugar donde se encuentre el objeto de la prueba. Con ello se evitaría el lógico retraso en la realización de la prueba y la eventual pérdida del objeto probatorio (imaginemos la urgencia de realizar una declaración testifical de una persona gravemente enferma y hospitalizada en Oviedo debiéndose presentar la demanda ante un tribunal leridano)[49]. Por ello, para soslayar este peligro, en los ordenamientos de nuestro entorno prevén esta norma excepcional (así, por ejemplo, cfr. art. 693.II *C.P.C.* italiano). La única solución para paliar el problema aquí planteado, y que no siempre será posible, consiste en recoger un vestigio, muestra o parte del objeto a probar para, de este modo, asegurar la práctica posterior de la prueba[50].

— si la petición se realiza una vez iniciado el proceso, la petición de prueba anticipada ha de realizarse al tribunal que esté conociendo del asunto (art. 293. 2.II LEC). En este caso, no es necesario ningún de reparto de asuntos debido a que la competencia se establece por antecedentes.

c) Admisión, inadmisión y recursos

La petición de prueba anticipada el tribunal puede admitirla o denegarla:

— Si la estima fundada, accederá a ella, disponiendo, por medio de providencia, que las actuaciones se practiquen cuando se considere necesario, siempre con anterioridad a la celebración del juicio o vista. Al respecto, entiendo que deben distinguirse dos situaciones:

1.ª Si la realización de la prueba anticipada es anterior a la presentación de la demanda, la futura parte demandada —en el supuesto de haberse designado— debe ser citada, con al menos cinco días de antelación, a la fecha de la práctica de la prueba (art. 295.1 LEC), pudiendo presentar el correspondiente recurso de reposición (art. 285.2 LEC)[51]. En el caso de no ser citada, el resultado de la prueba deberá considerarse nulo al haberse obtenido prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento y causarse una evidente indefensión a la parte demandada (art. 225.3º LEC). Distinto es el caso en que se acredite el desconocimiento de la identidad de la futura parte demandada, o se conozca y se indique su domicilio pero sea infructuoso todo intento de comunicación con ella, en cuyo caso podrá efectuarse la prueba anticipada con la sola intervención de la persona solicitante. Si bien es cierto que ello puede suponer cierta limitación al derecho a la defensa del futuro demandado, pues lo más lógico es que con posterioridad muy probablemente ya no podrá intervenir en la práctica de la prueba anticipadamente realizada, no es menos cierto que el futuro actor también tiene su derecho a la prueba, que debe igualmente protegerse. En este caso, el demandado podrá defenderse, contradiciendo el resultado de la prueba anticipada, a través de los distintos medios probatorios a realizar en el acto del juicio o la vista. Por ello, el legislador español, para evitar el problema aquí planteado, debería haber seguido el ejemplo de los modelos del derecho comparado en los que se prevé, para estas situaciones, la intervención de un representante a fin de proteger los derechos del tercero[52]. En consecuencia, entiendo que una futura reforma de

49. En este sentido, ya me pronuncié en mi trabajo La prueba anticipada: necesidad de una moderna regulación en el proceso civil, en "Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Comunicaciones", Murcia, 1997, págs. 215 y 217. De igual modo, vid., GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: ob. cit., pág. 359; y RIFÁ SOLER, J.M., en AAVV: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, T.II, Edit. Iurgium y Atelier, Barcelona, 2000, pág. 1380.

50. Vid. arts. 297 y 298 LEC.

51. Admite también este recurso MUÑÓZ SABATÉ (Fundamentos ..., ob. cit., pág. 219), quien además destaca como su interposición no entorpece la urgencia o perentoriedad de la prueba dado la falta de efecto suspensivo del recurso de reposición.

52. Este es el caso del ordenamiento alemán (vid. el § 494 Z.P.O.); De igual modo, el art. 521.2º C.P.C. portugués exige, en este caso, la intervención del Ministerio Fiscal. Ya este aspecto crítico de la Ley 1/2000 lo puse de manifiesto en mi trabajo La prueba anticipada ..., ob. cit., págs. 216 y 217.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la LEC debería tomar en consideración este problema y prever, por ejemplo, la intervención de un letrado del turno de oficio.

2.ª Si la realización de la prueba anticipada tiene lugar una vez el proceso ya esta iniciado, las partes pueden intervenir en ella según lo dispuesto en la LEC para cada medio de prueba (art. 295.2 LEC).

— Si se deniega la prueba anticipada, la LEC se olvida de establecer el régimen de recursos, a pesar de que el art. 294 LEC tiene por título: "Proposición de prueba anticipada, admisión, tiempo y *recursos*". En mi opinión, para resolver este problema deben distinguirse dos situaciones:

1.ª Si la prueba se ha solicitado antes del inicio del proceso, en la medida en que todavía éste no existe, contra el auto denegatorio de la prueba (art. 285.2 LEC)[53], que pone fin a las actuaciones, tan sólo cabe interponer el recurso de apelación (art. 454.1 LEC). Al margen de la normativa que acabo de citar, entiendo que no procede el régimen general de recursos en materia probatoria, esto, la reposición y posterior protesta (art. 285.2 LEC), ya que la reposición exige audiencia a las partes personadas (art. 453.1 LEC) y éstas todavía no existen antes del proceso[54-55]. Con referencia al recurso de apelación, si desea dársele alguna utilidad en esta materia, debería tener una tramitación preferente dada la urgencia en la práctica de la prueba anticipada. Como ello no está previsto expresamente en la LEC, desde un punto de vista práctico, la mejor solución —si se mantiene la voluntad de impugnar— será presentar la demanda y volver a reproducir la petición probatoria en el momento procesal oportuno, pues es muy probable que en muchos casos se llegue a la fase de prueba antes de que se resuelva la apelación del auto[56].

2.ª Si la prueba se solicita en los escritos iniciales de alegaciones o en un momento posterior, en la medida en que el auto denegatorio no pone fin a las actuaciones y ya se encuentran personadas todas las partes litigantes, procederá el recurso de reposición y la posterior protesta a fin de lograr la práctica de la prueba en la segunda instancia (art. 285.1 LEC).

d) Práctica

La práctica de la prueba anticipada se acomoda a las normas generales de realización de cada medio probatorio, debiéndose en todo momento garantizar el derecho de defensa y contradicción de la futura parte no solicitante de la prueba, a la que debe dársele la oportunidad de estar presente en su práctica (art. 295.1 LEC).

Los documentos y demás piezas de convicción en que consista la prueba anticipada o que se obtengan como consecuencia de su práctica, así como los materiales que puedan reflejar fielmente las actuaciones probatorias realizadas y sus resultados, deben quedar bajo la custodia del Secretario del tribunal que haya acordado la prueba hasta que se interponga la demanda, a la que se unirán, o hasta que llegue el momento procesal de conocerlos y valorarlos (art. 296.1 LEC).

Finalmente, debo indicar que la realización de la prueba anticipada no es óbice para que puede volverse a practicar si, en el momento de proposición de la prueba, todavía es posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicita. En este supuesto, el tribunal necesariamente deberá admitir su práctica si atendemos a la literalidad del art. 295.3 LEC, según el cual "En

53. Parte de la doctrina entiende —si bien critica— que la denegación de una prueba anticipada tiene lugar mediante una providencia (así, MORENO CATENA, V., en AAVV: El proceso civil, vol. III, ob. cit., pág. 2256; y MUÑÓZ SABATÉ, Ll.: Fundamentos ..., ob. cit., pág. 218). En mi opinión, ni la LEC permite que la denegación de una prueba anticipada pueda efectuarse mediante una providencia, ni ello sería lo más correcto en caso de permitirse. La LEC sólo se refiere expresamente a la providencia en el supuesto de admitirse la prueba anticipada (art. 294.2), pero no se pronuncia respecto al tipo de resolución necesaria para el caso de denegarse, por lo que resulta de aplicación la normativa general que, según el art. 206.2.2ª LEC, exige la existencia de un auto. Además, de permitirse la providencia, ello no sería lo más correcto por cuanto la denegación de una prueba anticipada puede suponer una limitación al derecho fundamental a la prueba.

54. De igual modo, en el art. 444 III del Proyecto Profesoral de Corrección y Actualización de la L.E.C., de 1974, se estableció que: "Contra el auto que deniegue una diligencia de prueba anticipada se concede el recurso de apelación".

55. En contra, vid. MONTERO AROCA (en AAVV): Derecho Jurisdiccional, T.II, ob. cit., pág. 277; AGUILERA MORALES, M.: ob. cit., pág. 20; y MORENO CATENA (en AAVV): El proceso civil, vol. III, ob. cit., pág. 2257.

56. Al respecto, vid. SÁEZ GONZÁLEZ, J.: De la anticipación y del aseguramiento de la prueba (artículos 293 a 298), ob. cit., pág. 1794. De igual modo, MONTERO AROCA destaca que es muy dudosa la utilidad del recurso (en AAVV, Derecho Jurisdiccional, T.II, ob. cit., pág. 277).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tal caso, el tribunal *admitirá* que se practique la prueba de que se trate ...". Si bien el principio de economía procesal podría inducir a pensar en la innecesariedad de esta prueba[57], así como podría sostenerse que la aplicación del genérico art. 283 LEC permitiría denegar aquella que fuese "impertinente" o "inútil"[58], lo cierto es que la literalidad del art. 295.3 LEC parece no dejar margen de discrecionalidad al juez en orden a inadmitir la repetición de la prueba[59].

e) Valoración

La valoración de la prueba anticipada es idéntica a la realizada en el momento procesal oportuno, al margen de que con posterioridad se demanden a personas distintas de las inicialmente designadas. Evidentemente, en orden a proteger su derecho a la defensa, como he indicado con anterioridad, deberá permitirse que contradigan el resultado de la prueba anticipada en el acto del juicio o la vista[60].

En el supuesto de reproducirse la prueba en el acto del juicio o la vista, el tribunal es libre de valorar los resultados, según las reglas de la sana crítica, tanto de la realizada anticipadamente como de la efectuada con posterioridad (art. 295.4 LEC).

Finalmente, debe destacarse la imposibilidad de otorgar valor probatorio a la prueba anticipadamente realizada si la demanda no se interpone en

57. Así, ESPARZA LEIBAR indica: "Desde la perspectiva de la economía procesal y su incidencia en la efectividad de la tutela, entendemos que para que la posibilidad a la que se refiera el art. 295.4 de la nueva LEC se materialice, deberá valorar el Juez la circunstancia de que la segunda práctica pueda añadir algo, pertinente o útil, para el proceso a la ya realizada. En caso contrario, la mera repetición, carece de lógica y, por tanto, no debería autorizarse" (El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, ob. cit., pág. 149). De igual modo, vid. MONTERO AROCA, J., en AAVV.: Derecho Jurisdiccional, T.II, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 277. Sin embargo, el TC ha establecido, en reiteradas ocasiones, que el derecho a la prueba debe prevalecer sobre los principios de economía procesal y celeridad (SSTC 33/1992, de 18 de marzo, f.j. 5; 59/1991, de 14 de marzo, f.j. 4º; 51/1990, de 26 de marzo, f.j. 3º; entre otras).

58. Ésta es la opinión que mantiene DE LA OLIVA SANTOS (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), ob. cit., pág. 308; y RIFÁ SOLER, J.M., en AAVV: ob. cit., pág. 1386.

59. En este sentido se pronuncia VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: La prueba ..., ob. cit., págs. 24 y 25.

60. Al respecto, vid. las consideraciones efectuadas en el epígrafe "c) Admisión, inadmisión y recursos". De igual modo se pronuncia VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: *La prueba* ..., ob. cit., pág. 25.

el plazo de dos meses desde que se practicó la prueba, salvo que se acredite que, por fuerza mayor u otra causa de análoga entidad, no ha podido iniciarse el proceso dentro de dicho plazo (art. 295.3 LEC). Imagino que el objetivo de esta norma prohibitiva es evitar el uso fraudulento de las pruebas anticipadas, esto es, la petición de actos probatorios dirigidos a preconstituir situaciones fácticas que no se pretenden someter a un inminente litigio pero que, *ad cautelam*, y ante la eventualidad de que surja un futuro juicio, se desea tener un material probatorio judicialmente creado. Pese a esta justificación, en mi opinión, esta limitación de valoración probatoria es sumamente criticable[61] por cuanto puede cercenar en algunos casos el derecho a la prueba[62], creando así verdaderas situaciones de indefensión: imaginemos que se accede a la realización de una prueba anticipada, y la futura parte actora llega a un pacto extrajudicial —motivo por el cual no interpone la demanda— que, pasados los dos meses, es unilateralmente incumplido por la parte contraria (futuro demandado). En este caso, si negamos valor probatorio al resultado de la prueba anticipada, y ésta es la prueba relevante a efectos de acreditar el objeto litigioso, en la medida en que no podrá volverse a repetir debido a su desaparición, muy probablemente, se colocará al demandante en una situación de indefensión. Por ello entiendo que el art. 295.3 LEC, dado que limita la eficacia del derecho a la prueba, debe ser interpretado judicialmente de forma muy restrictiva, so pena, en caso contrario, de poner en peligro la vigencia del citado derecho fundamental.

f) Pago

Como cualquier acto probatorio, su pago correrá a cargo de la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, atendiendo a la regla pre-

61. Así, para MUÑÓZ SABATÉ (*Fundamentos* ..., ob. cit., pág. 219) "es absurdo negar valor probatorio a una prueba anticipada, por el mero hecho del transcurso de un tiempo, cuando en cambio nadie niega el valor de las pruebas preconstituidas o el de las pruebas trasladadas desde otro proceso, sin atender para nada al tiempo que se tarde en emplearlas. Y además de absurdo, resulta contradictorio con el principio de libre valoración. Da la sensación de que se haya querido imponer una sanción o un estímulo al litigante remiso, pero a base de forzar la propia lógica. La prueba practicada, lo diga o no el legislador, es ya un hecho y como tal va a ser muy difícil que no juegue absolutamente ningún papel en el futuro proceso".

62. Como defendí en otro lugar, el derecho constitucional a la prueba "conlleva que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el órgano jurisdiccional ..." (*El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pág. 25).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

vista en el art. 394 LEC. En el supuesto de no interponerse la demanda en el plazo de dos meses, el que hubiese sido citado como demandado, así como cualquier otra persona, podrá reclamar de quien haya solicitado la prueba anticipada, el pago de los gastos que le haya podido generar su intervención en la misma, en función de la establecido en el art. 241.2 LEC[63].

V. Reflexiones finales

En líneas generales, la regulación que la nueva LEC ofrece de la prueba anticipada es acertada, mucho más que su antecesora de 1881, y similar a la del resto de los ordenamientos europeos.

No obstante, existe lagunas del todo inadmisible como, por ejemplo, respecto al régimen de impugnación de la resolución denegatoria de la prueba anticipada. De igual modo, falta en la nueva regulación una norma dirigida a garantizar el efectivo cumplimiento del principio de contradicción y defensa para cuando se desconozca la identidad o domicilio de la futura contraparte, o no se logre poner en conocimiento de éste la realización de la prueba anticipada (al respecto, podemos acudir a las previsiones normativas de otros ordenamientos, como el alemán o el portugués, en los que se prevé la intervención de un letrado o del Ministerio Fiscal, respectivamente, en orden a la tutela de los intereses de la futura contraparte no presente voluntariamente en la práctica de la prueba).

Por último, existen algunos concretos aspectos cuya regulación deberían mejorarse en una futura reforma legislativa como, por ejemplo, determinar expresamente que sea un auto la resolución denegatoria de una prueba anticipada, o atribuir excepcionalmente competencia al tribunal del lugar donde se encuentre el objeto de la prueba en vez del tribunal competente para el conocimiento del asunto principal.

63. De igual modo, Rifá Soler, J.M., en AAVV.: ob. cit., pág. 1385.

DETENCIÓN Y RETENCIÓN

Francisco Málaga Diéguez
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

SUMARIO

I. Introducción. — II. Concepto y clases de detenciones. 1. Detención penal, detención gubernativa y detención civil. 2. Detención cautelar o preventiva y detención ejecutiva. — III. Concepto y supuestos de retenciones. 1. El cacheo. 2. La prueba de alcoholemia. 3. La identificación policial. — IV. La prolongación de la retención y su configuración como detención. 1. Delimitación del problema. 2. Evolución jurisprudencial. 3. Inadmisibilidad de un *tertium genus* entre la retención y la detención. — IV. Conclusiones.

I. Introducción

El presente estudio tiene por objeto la distinción entre detención y retención, así como el análisis de las consecuencias prácticas que se desprenden de la misma. Aparentemente, se trata de una cuestión exenta de dificultad. Así, mientras la detención constituye una privación más o menos prolongada del derecho a la libertad ambulatoria de la persona que la sufre, la retención comportaría únicamente una inmovilización provisionalísima, que sólo se mantendría durante el tiempo imprescindible para realizar una

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

determinada diligencia policial (vgr. un cacheo o una prueba de alcoholemia)[1].

Sin embargo, esa aparente sencillez se desvanece tan pronto como se profundiza mínimamente en las diversas modalidades de intervención policial. El problema surge, en particular, cuando aquella retención provisionalísima se prolonga en el tiempo, como efectivamente ocurre cuando una persona inicialmente retenida es trasladada a dependencias policiales (vgr. para ser identificada o cacheada). En estas circunstancias, cabe preguntarse si todavía nos encontramos ante una mera retención o si, por el contrario, la privación de libertad que conlleva ese traslado supone necesariamente el paso a una situación de detención. La correcta distinción entre una y otra figura no constituye un mero ejercicio teórico, sino que lleva asociadas importantes consecuencias de índole práctico. Concretamente, mientras la retención únicamente requiere para ser admisible la existencia de cobertura legal, el respeto al principio de proporcionalidad y la evitación de la arbitrariedad, la detención aparece revestida además de una serie de garantías constitucionales y legales de obligatorio cumplimiento, entre las que ocupa un lugar preeminente la necesidad de asistencia letrada.

No se descubre nada nuevo cuando se afirma que, en esta materia, se ha producido un giro de ciento ochenta grados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Hasta 1993, este Tribunal no admitía la figura de la retención, entendida como el mantenimiento de una persona en dependencias policiales contra su voluntad y sin dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 17 de la Constitución y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (cfr. vgr. STC 98/1986, de 10 de julio). Sin embargo, la polémica Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, entendió legítimo que la Ley es-

1. Se ha adoptado esta concepción de la retención como una momentánea restricción de la libertad ambulatoria porque es la que viene utilizándose en la jurisprudencia más reciente [cfr. SSTS 2.ª 31 marzo 2000 (Ar. 3489), FD 2.º; 17 junio 1999 (Ar. 5652), FD 1.º, y las que citan], y porque el término aparece reconocido en nuestro Derecho positivo (cfr. vgr. art. 6.3 LO 3/1981, del Defensor del Pueblo, y la mayor parte de las Leyes autonómicas reguladoras de los órganos de gobierno de las CC.AA.), sin perjuicio de que, como seguidamente se verá, la expresión "retención policial" se refiere tradicionalmente a una privación de libertad prolongada, en dependencias policiales y sin las garantías de la detención. Adopta esta misma opción terminológica, aunque considerando la retención como una modalidad de detención, BANACLOCHE PALAU, J.: ***La libertad personal y sus limitaciones***. *Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 143 (cfr. espec. nota núm. 184).

tablezca privaciones de libertad a las que no se aplican todas las garantías previstas por el artículo 17 para la detención, sino únicamente algunas de ellas. Lógicamente, esta doctrina ha configurado un concepto de retención que, lejos de la provisionalísima inmovilización a la que antes se hacía alusión, supone una verdadera privación de libertad no asimilable a la detención, ni regida por el mismo marco jurídico que ésta. A lo largo del presente estudio, tratará de demostrarse que ese *tertium genus* no debería reputarse admisible en nuestro Derecho, por lo que el concepto de retención debería quedar circunscrito a las referidas inmovilizaciones provisionalísimas.

II. CONCEPTO Y CLASES DE DETENCIONES

En el lenguaje común, la palabra "detención" suele emplearse para aludir a los arrestos que efectúan los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el cumplimiento de sus tareas de prevención del crimen. De este modo, la condición de "detenido" se asocia casi siempre a una persona sospechosa de haber cometido un ilícito penal, que es privada de libertad al objeto de garantizar su disponibilidad física de cara un futuro juicio. Indudablemente, esta acepción popular tiene su origen en la frecuencia estadística de ese tipo de arrestos policiales de carácter preventivo; pero ello no debe hacernos perder de vista el hecho de que, junto a esa medida cautelar de naturaleza penal, nuestro ordenamiento contempla una variada tipología de detenciones de muy distinto signo. Esta circunstancia, que puede parecer evidente a simple vista, no lo es tanto en realidad, por cuanto a menudo ha sido olvidada o relegada a la hora de configurar un concepto jurídico—técnico de detención. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina científica, son frecuentes las interpretaciones que expresa o implícitamente limitan el concepto de detención a las privaciones de libertad que están relacionadas con la comisión de un delito, e incluso a las que, cumpliendo el anterior requisito, están preordenadas a prevenir la fuga de su presunto autor. Esta restrictiva definición de detención no resulta de recibo, ni siquiera aunque pretenda circunscribirse al ámbito procesal. En nuestro Derecho, constituye detención toda limitación prolongada del derecho a la libertad de movimientos de quien la sufre distinta de la prisión, con independencia del sujeto que la practique, la finalidad a la que obedezca o su na-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

turaleza penal, administrativa o incluso civil[2]. Al efecto de ilustrar esta afirmación, puede resultar útil ofrecer una clasificación de las diversas detenciones (lícitas) contempladas por nuestra legislación vigente.

1. Detención penal, detención gubernativa y detención civil

a) Constituyen detenciones penales, o de naturaleza penal, todas aquéllas que se efectúan sobre la base de la sospecha o la certeza de que el sujeto detenido ha cometido, está cometiendo o iba a cometer un delito. Estas detenciones se caracterizan principalmente porque se practican de cara a una futura decisión judicial sobre el destino del detenido, con independencia de que ésta se produzca en el seno de un proceso penal o de menores en curso o de inminente iniciación, o con ocasión de la ejecución de una resolución condenatoria ya adoptada, y con independencia también de que ese proceso penal esté o haya estado pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional o extranjero[3]. Por consiguiente, no sólo son detenciones penales las que tienen

2. Probablemente, uno de los factores que ha conducido a esa asimilación entre "detención" y "detención preventiva penal" es el propio texto del artículo 17 de la Constitución, en el que, tras indicarse que nadie puede ser privado de libertad sin respetar el contenido de este precepto y las demás previsiones legales, se regula la duración máxima de la "detención preventiva" realizada para facilitar "las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos". ¡Como si las demás detenciones no estuvieran sujetas a ese plazo máximo de 72 horas! En el caso de las detenciones no penales, esta sujeción constituye una exigencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: cfr. STEDH 18 junio 1971 (*de Wilde, Ooms y Versyp*), recogida también por la STC 115/1987, 7 julio, FJ 1.º

En la doctrina, indica expresamente que también son detenciones (especiales) las reguladas en normas distintas de la LECrim GIMENO SENDRA, V.: ***Derecho Procesal Penal*** (con V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ), 3.ª ed., Colex, Madrid, 1999, p. 479, y ***Enjuiciamiento Criminal*** (con C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN y J. GARBERÍ LLOBREGAT) T. IV, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 25-26, a quien a su vez siguen GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; GUTIÉRREZ ZARZA, A.: ***Enjuiciamiento Criminal***, T. II, Trivium, Madrid, 1998, p. 1696; MORENO CATENA, V.; COQUILLAT VICENTE, A.; DE DIEGO DÍEZ, A.; JUANES PECES, A.; DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E..: ***El Proceso Penal***, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1549 y ss., y 1629 y ss., entre otros.

3. La regulación de la detención penal se encuentra principalmente en los artículos 489 y 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim); pero cfr. asimismo los arts. 520 bis LECrim, 17 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), y 200-214 LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (en adelante, LOPM). Por lo que respecta a la detención preventiva de cara a un proceso o una ejecución penal pendientes en el extranjero, cfr. art. 8 Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva.

naturaleza cautelar, sino también, por ejemplo, las que recaen sobre personas condenadas en rebeldía, o fugadas con posterioridad a la firmeza de la resolución condenatoria (cfr. vgr. art. 490, núms. 3.º a 5.º y 7.º LECrim).

b) Las detenciones gubernativas, por el contrario, son las que se contemplan en normas legales de naturaleza administrativa para determinados supuestos muy variopintos, pero siempre en respuesta a un interés jurídico-público de índole estatal distinto del deber de cooperación con la Justicia (vgr. orden público o salud pública). En estos casos, la decisión de detener no proviene de un Juez ni se efectúa en relación con el enjuiciamiento de un hecho delictivo, sino que es adoptada por la propia Administración atendiendo a sus propios intereses[4].

La regulación de estas privaciones de libertad se encuentra dispersa por nuestro ordenamiento jurídico, pero pueden mencionarse, a título ejemplificativo, la detención a efectos de identificación en dependencias policiales[5], la detención de extranjeros previa a su expulsión[6], la detención en

4. Cfr. STC 115/1987, 7 julio, FJ 1.º Es precisamente ese criterio diferenciador el que permite configurar como penal la detención policial pre-procesal, efectuada sin una orden judicial previa pero de cara a un inminente proceso penal. Más problemático resulta, en cambio, determinar si estas detenciones policiales constituyen verdaderas medidas cautelares pese a no contar con el presupuesto de la jurisdiccionalidad que caracteriza a estas últimas. Esta cuestión, que excede del ámbito del presente estudio, puede suscitar importantes problemas prácticos, como por ejemplo el relativo a si la fuga de un detenido constituye un delito de quebrantamiento de medida (art. 468 CP), y se ve dificultada por la doctrina jurisprudencial que incluye las diligencias policiales en el término "procedimiento judicial" [cfr. SSTS 27 julio 1999 (Ar. 6658), FD 1.º, y las que cita], la cual, aplicada analógicamente al supuesto planteado, permitiría considerar esas detenciones policiales como auténticas medidas cautelares.

5. Art. 20.2 LO 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante, LOPSC), cuya constitucionalidad fue despejada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, que será objeto de análisis más adelante.

6. Cfr. LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada a su vez por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, donde se contempla la detención preventiva como una medida cautelar susceptible de ser adoptada durante la tramitación de expedientes sancionadores en los que se formule propuesta de expulsión, y la detención para la ejecución de una orden de expulsión ya adoptada, en ambos supuestos con una duración máxima de 72 horas [arts. 61.1 d) y 64.1], y, en el caso de la detención preventiva, con reconocimiento al extranjero del derecho a asistencia letrada y de un intérprete, de forma gratuita si carece de medios (art. 63.2). Más allá de esas 72 horas, la privación de libertad sólo es posible cuando el Juez de instrucción disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento (art. 62).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

estados de excepción y sitio[7], la detención de personas sospechosas de ser portadoras de enfermedades infecto-contagiosas[8], o la detención preventiva de militares durante la tramitación de un expediente disciplinario o ante su inminente iniciación[9].

Ahora bien, no debe perderse de vista que, si bien es cierto que estas detenciones administrativas son perfectamente legítimas desde la perspectiva constitucional[10], también lo es que todas ellas son en definitiva privaciones de libertad, a las que resultan plenamente aplicables las garantías del artículo 17 de la Constitución: derecho de *habeas corpus*, derecho a ser informado de las razones de la detención, derecho a asistencia letrada, necesidad de autorización judicial si la detención debe prolongarse durante más de 72 horas, etcétera[11]. Las únicas excepciones a lo anterior son las que la

7. Art. 16 LO 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, donde se faculta a la autoridad gubernativa a detener a cualquier persona "si lo considera necesario para la conservación del orden", se permite que dicha detención se prolongue hasta diez días (aunque deberá comunicarse al Juez competente en el plazo de veinticuatro horas), y se garantiza que los detenidos disfrutarán de los derechos que les reconoce el artículo 17.3 de la Constitución, si bien podrán ser privados de ellos si así lo establece la declaración del estado de sitio (art. 32.3).

8. Arts. 2-3 LO 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública. Hay quien alude igualmente al art. 26 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; pero, al tratarse de una ley ordinaria, cualquier privación de libertad amparado en dicho precepto sería inconstitucional.

9. Cfr. arts. 26 y 55 LO 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

10. *Vid.* STC 178/1985, FJ 3.º, donde se aclara que la libertad puede restringirse por hechos distintos de la comisión de delitos, y el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), aplicable en esta materia en virtud de la remisión que efectúa el artículo 10.2 CE, en el que se admiten las detenciones efectuadas para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley, las detenciones de enajenados, alcohólicos, toxicómanos o enfermos infecto-contagiosos, las de extranjeros contra los que está en curso un procedimiento de expulsión, y las de menores para su educación [apdos. b) a f)]. En el mismo sentido en la doctrina, ASENCIO MELLADO, J.M.: ***Derecho Procesal Penal***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 177; BANACLOCHE PALAU, *La libertad personal...*, cit., pp. 145-147 y 471, y SALIDO VALLE, C.: ***La Detención policial***, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 100, entre otros.

11. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en particular alusión al internamiento preventivo de extranjeros contemplado en la antigua Ley de Extranjería, en la ya citada STC 115/1987, 7 julio, FJ 1.º, donde se recuerda que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo tiene establecido que "toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal, y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal". En el mismo sentido, y citando expresamente esa resolución, STC 341/1993, 18 noviembre, FJ 6.º

propia Constitución contempla en su artículo 55 para los estados de excepción o sitio, y para las investigaciones relativas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

c) Finalmente, constituyen detenciones civiles las que se efectúan en cumplimiento de una norma de Derecho privado. Desaparecida tiempo atrás de nuestro ordenamiento la antigua prisión por deudas[12], la detención civil está limitada actualmente a supuestos aislados, como el arresto domiciliario del quebrado[13], o la que puede producirse con ocasión del internamiento preventivo de incapacitados que se regula en el artículo 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al igual que en el caso de las detenciones gubernativas, también estas privaciones o restricciones de libertad deben respetar las garantías constitucionales anteriormente referidas.

2. *Detención cautelar o preventiva y detención ejecutiva*

Centrándonos ya en el ámbito de las detenciones penales, es posible aún distinguir la detención cautelar o preventiva, que es la que se acuerda o practica al efecto de garantizar la eficacia de un proceso penal pendiente o de inmediata iniciación, de la detención ejecutiva, que es aquella que se lleva a término cuando ya existe una sentencia condenatoria firme a una pena privativa de libertad (prisión, arresto de fin de semana o responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa), y el reo se resiste a ingresar en el centro en el que debe cumplirla, o bien se encuentra fugado o en situación de rebeldía[14].

12. Su abolición se remonta al Código Penal de 1932, y está en línea con los principales Tratados internacionales sobre derechos humanos que ha ratificado nuestro país, en los que se establece que nadie puede ser privado de su libertad por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual: cfr. art. 1 del Procolo núm. 4 al Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y en términos análogos el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966. Cfr. asimismo las SSTC 178/1985, 19 diciembre, FJ 3.º, y 230/1991, 10 diciembre, FJ 5.º

13. Cfr. arts. 1335 LEC-1881 y 1044 CCo-1829, matizados por la citada STC 178/19885, 19 diciembre, FJ 3.º, que excluye la posibilidad de que ese arresto sea carcelario.

14. En realidad, la distinción también puede predicarse de las detenciones administrativas, tal y como puede verificarse, por ejemplo, en la regulación prevista en la nueva Ley de Extranjería que se ha descrito anteriormente (*vid. supra*, nota núm. 6).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Sin embargo, la aparente simplicidad de este binomio se ve empañada, en lo que a las detenciones preventivas se refiere, por la diversidad de finalidades que éstas pueden presentar en nuestro sistema procesal penal, en su calidad de medidas previas a la prisión provisional. Así, frente al objetivo puramente cautelar que constituye el aseguramiento de la presencia del imputado durante el proceso, la detención puede ordenarse también para evitar la desaparición, destrucción u ocultamiento de pruebas, la protección de víctimas o de personas relacionadas con las mismas (*vid.* art. 544 bis IV LECrim), e incluso la presencia de testigos y peritos durante la instrucción y el juicio oral (cfr. arts. 420 y 463 LECrim). Siendo evidente que todas estas detenciones se rigen por lo previsto en los artículos 489 y siguientes LECrim[15] y están revestidas de las oportunas garantías constitucionales, lo que no está tan claro es que todas ellas sean efectivamente medidas cautelares. Si se parte de un concepto amplio de eficacia del juicio, podría aceptarse la finalidad cautelar de las detenciones que tienden a asegurar la práctica de pruebas, incluso cuando se efectúan sobre personas distintas del imputado[16]; pero lo que en modo alguno parece posible es reputar cautelares las detenciones acordadas para garantizar el alejamiento del agresor, por más que nuestro Derecho positivo pretenda lo contrario[17].

Puede concluirse, en definitiva, que nuestro sistema procesal penal desconoce la distinción entre medidas cautelares y medidas provisionales que sí contempla la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que obliga a conceptuar todas las detenciones preventivas como medidas cautelares, incluso en aquellos casos en los que en realidad no son tales por no presentar la finalidad característica de estas últimas.

15. En este sentido, refiriéndose en particular a las presentaciones obligatorias de testigos, STS 15 abril 1993 (Ar. 3334).

16. Parece claro que, en estos casos, la detención pretende asegurar la eficacia del juicio para el que se ha llamado al testigo o perito a ejercer como tal, y no la del proceso por denegación de auxilio y desobediencia grave que puede desencadenar su negativa a comparecer o declarar.

17. Se está aludiendo al artículo 544bis LECrim, que, al contemplar la adopción de medidas cautelares más limitativas que el mero alejamiento en los supuestos de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada, se refiere a dichas medidas como cautelares, a pesar de que su finalidad no es la de garantizar la eficacia del proceso, sino la protección de la víctima. En idénticos términos se expresa la Exposición de Motivos de la LO 14/1999, de 9 de junio, que es la que introduce ese precepto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. Concepto y supuestos de retenciones

Si se toma como punto de partida la definición de detención que se ha ofrecido en el apartado precedente, el concepto de retención puede perfectamente alcanzarse por exclusión. De este modo, si cualquier privación de libertad distinta de la prisión pero prolongada en el tiempo constituye detención, es obligado concluir que la noción de retención se refiere exclusivamente a las restricciones de libertad no duraderas o de duración mínima. En efecto, lo que caracteriza a las retenciones es su carácter provisionalísimo o momentáneo, ya que se prolongan únicamente durante el tiempo imprescindible para llevar a cabo una determinada diligencia policial. A su vez, esta mínima duración está íntimamente relacionada con la circunstancia de que esta actuación policial que provoca la retención no va dirigida en sí misma contra la libertad ambulatoria de su destinatario, por lo que sólo se alarga durante el tiempo estrictamente necesario para que los funcionarios de policía alcancen su verdadero objetivo: la realización de un cacheo, una identificación o un test de alcoholemia, la práctica de una notificación, etcétera.

Ahora bien, debe puntualizarse desde ahora que la duración es la única nota característica de la retención que permite distinguirla de la detención, y ello por más que, en ocasiones, la jurisprudencia haya intentado buscar otros elementos diferenciadores. Se ha dicho, por ejemplo, que la detención recae sobre una persona por razón de la presunta comisión de un ilícito penal, mientras que para la retención son suficientes meros indicios de un posible delito, y en ocasiones ni siquiera eso[18]. Esa simultánea o inmediata pendencia de un proceso penal explicaría, siempre según esta doctrina, porqué la detención aparece rodeada de las garantías previstas en el artículo 17 de la Constitución, cuya finalidad sería la de proteger al detenido de posibles declaraciones autoincriminatorias que pudieran producirle indefensión en ese juicio. La retención, por el contrario, no comportaría en sí misma esa inmediata pendencia de un proceso penal —sin perjuicio de que su resultado sí pueda hacerlo, obligando a la inmediata detención del inicialmente retenido—, lo que explicaría que no le resulten aplicables las garantías constitucionalmente previstas para la detención.

18. En este sentido, para los controles preventivos de alcoholemia, STC 107/1985, 7 octubre, FJ 3.º, y, para los cacheos, STS 2.ª 7 julio 1995 (Ar. 5389), FD 2.º

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Esta línea jurisprudencial no puede convencer, por la sencilla razón de que parte de la errónea premisa de asimilar detención y detención cautelar penal. Como ya se ha indicado, ni todas las detenciones son de naturaleza penal, ni todas las detenciones penales tienen naturaleza cautelar. Pues bien, si existen casos en los que la detención no se efectúa en relación con un hecho delictivo ni de cara a un inmediato proceso penal, y sin embargo aparece rodeada de todas las garantías constitucionales, es evidente que el criterio apuntado no permite distinguir esa figura de la mera retención, como tampoco explica su diferente régimen jurídico.

Hay que concluir, en suma, que la retención se caracteriza frente a la detención por su mínima duración temporal. Tal y como reiteradamente viene señalándose en la jurisprudencia, la retención es una inmovilización momentánea, una provisionalísima restricción de libertad que comportan de modo inevitable determinadas diligencias no dirigidas contra la libertad ambulatoria, en las que existe un sometimiento del afectado a normas de Policía, para cuya legitimidad lo relevante es la existencia de cobertura legal, el respeto al principio de proporcionalidad y la evitación de la arbitrariedad[19]. La consecuencia de esa mínima duración radica precisamente en que las garantías previstas en la Ley para la detención (vgr. asistencia de Letrado), que tienen su razón de ser en la existencia de una verdadera privación de libertad, no pueden extenderse a esas otras diligencias que implican una mera retención, en la que esa libertad ambulatoria sólo se restringe durante un brevísimo lapso de tiempo[20].

Por otro lado, en la doctrina científica existe un importante sector para el que lo que aquí se ha definido como retenciones son en realidad deten-

19. Cfr. SSTS 2.ª 31 marzo 2000 (Ar. 3489), FD 2.º; 6 octubre 1999 (Ar. 7023), FD 2.º; 17 junio 1999 (Ar. 5652), FD 1.º; 29 septiembre 1997 (Ar. 6830), FD 1.º; 17 enero 1997 (Ar. 56), FD 2.º; 27 septiembre 1996 (Ar. 6761), FD 2.º y 3.º; 1 marzo 1996 (Ar. 1886), FD 2.º; 2 febrero 1996 (Ar. 789), FD 2.º; 7 julio 1995 (Ar. 5389), FD 2.º; 1 febrero 1995 (Ar. 747), FD 3.º; 31 enero 1994 (Ar. 596), FD 1.º; 20 diciembre 1993 (Ar. 9580), FD 1.º, y 15 abril 1993 (Ar. 3334), FD 3.º Esta doctrina del Tribunal Supremo incorpora a su vez la anterior del Tribunal Constitucional: cfr. SSTC 107/1985, FJ 3.º, y 22/1988, FJ 1.º

20. En este sentido, refiriéndose al cacheo en particular: SSTS 2.ª 31 marzo 2000 (Ar. 3489), FD 2.º; 17 junio 1999 (Ar. 5652), FD 1.º; 11 diciembre 1998 (Ar. 10338), FD 5.º; 11 noviembre 1997 (Ar. 8035), FD 2.º; 2 febrero 1996 (Ar. 789), FD 2.º, y 7 julio 1995 (Ar. 5389), FD 2.º En la misma línea para la prueba de alcoholemia: STC 107/1985, FJ 5.º En la doctrina y con ulteriores citas jurisprudenciales, BANACLOCHE PALAU, *La libertad personal...*, cit., pp. 142-152.

ciones, verdaderas privaciones de libertad a las que resultan de aplicación todas las garantías recogidas en los artículos 17 CE y 520 LECrim. Esta tesis tiene como premisa una concepción muy amplia de la detención, conforme a la cuál ésta se produciría siempre que el sujeto se encuentra ante la imposibilidad de alejarse de una o varias personas que le retienen, con independencia de la duración de esta restricción de la plena libertad ambulatoria[21]. Sin embargo, tampoco esta doctrina puede suscribirse, y ello por dos motivos: en primer lugar, porque ignora las evidentes diferencias que median entre dos medidas policiales bien distintas entre sí, la restricción de la libertad ambulatoria que genera una breve inmovilización, y su privación mediante una detención prolongada o el traslado forzoso del detenido. En efecto, la verdadera detención se caracteriza porque se efectúa de cara a una decisión judicial o administrativa acerca de la situación personal del detenido[22] o, cuando menos, porque presenta una mínima duración temporal que es la que hace exigibles y aplicables las garantías de los artículos 17 CE y 520 LECrim. En la retención, por el contrario, la inmovilización es muy breve en el tiempo, excluye cualquier traslado forzoso y se efectúa únicamente al efecto de facilitar la actuación policial, de la que es una consecuencia secundaria. Esto no quiere decir en modo alguno que la retención pueda practicarse de forma arbitraria o desproporcionada, sino únicamente que no constituye una privación de libertad como la detención, ni se rige por el mismo marco jurídico que ésta. Como puede observarse, la distinción no es meramente terminológica, sino que lleva aparejadas importantes consecuencias prácticas[23].

En segundo término, la tesis expuesta contrasta con el significado comúnmente admitido del término detención, y conduce a conclusiones in-

21. Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G.: "**La detención practicada por funcionario**", en *Detención y prisión provisional* (dir. P. ANDRÉS IBÁÑEZ), CGPJ, Madrid, 1996 (pp. 275-340), pp. 337-339; DE HOYOS SANCHO, M.: ***La Detención por Delito***, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 21 y ss., 237 y ss., 275 y ss. y 292 y ss., y los demás autores citados por esta última.

22. En este sentido la propia HOYOS SANCHO, *op. cit.*, p. 23, lo que no deja de resultar paradójico si se tiene en cuenta que esa decisión acerca de la situación personal del detenido no tiene porqué producirse en las meras retenciones, que la autora considera detenciones.

23. Por este motivo, tampoco puede compartirse la opción terminológica de BANACLOCHE PALAU (*La libertad personal...*, cit., pp. 64 y ss. y 142 y ss.), quien reconoce que retención y privación de libertad son figuras diferenciadas y con distinto régimen jurídico, y sin embargo concibe la retención como una modalidad de detención.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sostenibles si se lleva hasta sus últimas consecuencias. Si se reputa detención cualquier inmovilización, habría que considerar detenidos, por ejemplo, a los conductores a los que la policía ordena parar el vehículo para amonestarles o notificarles una denuncia por exceso de velocidad, a los pasajeros de avión a los que se inmoviliza brevemente porque han provocado la activación de un detector de metales al embarcar, o a cualquier transeunte al que se ordena permanecer en un determinado lugar durante algunos instantes (vgr. porque pasa una comitiva oficial, una manifestación, etc.). Semejante conclusión, amén de resultar extraña desde una perspectiva estrictamente lingüística[24], obligaría a revestir esas pretendidas detenciones de todas las garantías previstas para las privaciones de libertad, lo que además de impracticable resultaría a todas luces desproporcionado.

Lo que aquí se afirma, en definitiva, es que resulta perfectamente posible distinguir la retención que se produce, por ejemplo, al efecto de registrar superficialmente a un pasajero (vgr. mediante un detector manual de metales), o al inmovilizar a un conductor para notificarle una denuncia por exceso de velocidad, de la detención subsiguiente que podría tener lugar si aquel pasajero llevase un arma de fuego o un explosivo, o si este conductor resultase ser un terrorista contra el que existe una orden de búsqueda y captura. En ambos casos, la privación de libertad se produce en este segundo momento, con posterioridad por tanto a aquella inicial inmovilización, sin perjuicio de que una retención pueda convertirse en detención por el mero hecho de prolongarse en el tiempo, tal y como más adelante se verá.

Una vez delimitado su concepto, puede resultar útil realizar un breve examen de las hipótesis más llamativas de retención que contempla nuestro Derecho vigente, analizando en cada caso sus características, los requisitos exigibles para que sean lícitas y las particularidades que presentan frente a la detención. No obstante, debe advertirse desde ahora que el catálogo seleccionado no es exhaustivo, puesto que se ha prescindido de otras retenciones igualmente legítimas, como por ejemplo la mencionada inmovilización de vehículos para notificar a la persona que los conduce denuncias por infracciones de tráfico, amonestarla por una conducta potencialmente peligrosa o efectuar comprobaciones de seguridad en el automóvil.

24. Es cierto que en el Diccionario se define el verbo "detener" como "privar de libertad por un tiempo breve", pero también lo es que la "detención" se describe como una "privación provisional de la libertad, ordenada por una autoridad competente" (cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, 21.ª ed., Real Academia Española, Madrid, 1992, T. I, p. 737). Parece, por tanto, que la detención exige una privación de libertad, no siendo suficiente para que se produzca su mera restricción durante unos instantes.

1. El cacheo

Como es sabido, el cacheo no es otra cosa que una diligencia policial consistente en el registro superficial de los efectos personales de un determinado sujeto, al efecto de comprobar que no lleva consigo determinadas sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos (vgr. explosivos, armas, drogas...). Etimológicamente, el cacheo parece referirse únicamente al registro que se efectúa sobre el propio individuo o, más concretamente, sobre sus ropas o vestidos[25]; pero lo cierto es que dicho registro puede tener por objeto otros efectos personales distintos de la vestimenta, como por ejemplo un bolso, cartera, maletín, o incluso un vehículo en el que el destinatario de la medida se estuviera desplazando en el momento de su inmovilización[26].

Se decía anteriormente que uno de los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para que la retención sea legítima lo constituye la existencia de cobertura legal. En el caso del cacheo, esta cobertura puede encontrarse en los artículos 11.1 f) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de mayo, sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y 19.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana. En el primero de esos preceptos se atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Ciudadana la prevención de la comisión de actos delictivos, mientras que el segundo autoriza a sus agentes a proceder "al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos", siempre que el registro o control se realice "para el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social". De estos preceptos se desprende, a su vez, que el cacheo y la retención que su práctica requiere no pueden ser arbitrarios ni desproporcionados, sino que deben

25. Cfr. nuevamente el *Diccionario de la Lengua Española*, cit., T. I, p. 350, que define el verbo "cachear" como "registrar a alguien".

26. Cfr. vgr. STS 2.ª 31 enero 1994 (Ar. 596), FD 1.º

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

llevarse a cabo en el seno de la investigación de un delito grave y de forma superficial, si son indiscriminados, o a raíz de la sospecha fundada de que el sujeto a registrar puede estar incurriendo en un delito por ser portador de una sustancia prohibida o peligrosa.

Respetándose esas exigencias legales, el cacheo comporta una retención lícita a la que no resultan aplicables las garantías constitucional y legalmente previstas para la detención, salvo el deber de los agentes de informar al retenido de los motivos de la retención. No podía ser de otro modo, por cuanto la mayor parte de dichas garantías (vgr. asistencia letrada, derecho de *habeas corpus* o duración máxima de 72 horas) no se compadecen con la provisionalidad del registro[27], ni tampoco con la urgencia que genera la necesidad de garantizar la seguridad de los agentes de policía (vgr. si el cacheado lleva armas o explosivos)[28]. A lo anterior hay que añadir que, según la jurisprudencia, el cacheo no conlleva una forma de autoincriminación, por lo que tampoco resulta imprescindible la asistencia de Letrado[29]. Por lo tanto, si bien es cierto que el registro personal supone una restricción provisionalísima de la libertad ambulatoria de la persona sobre la que recae, la excepcionalidad de la medida la hace admisible sin las exigencias aplicables la detención, siempre que se observen determinados requisitos necesarios para preservar en lo posible el derecho a la intimidad y la dignidad del cacheado[30], así como los referidos principios de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad[31].

27. *Vid.* SSTS 2.ª 7 julio 1995 (Ar. 5389), FD 2.º, y 2 febrero 1996 (Ar. 789), FD 2.º
28. STS 2.ª 31 marzo 2000 (Ar. 3489), FD 2.º
29. *Ibidem.*
30. Realización del cacheo por alguien del mismo sexo, en lugar reservado si se trata de un registro especialmente intenso, y sin obligar al cacheado a adoptar posturas degradantes o humillantes: cfr. SSTS 2.ª 31 marzo 2000 (Ar. 3489), FD 2.º, y 23 febrero 1994 (Ar. 1597), FD único. El problema que plantea la eventual necesidad de conducir a la persona a cachear a comisaría para respetar esos requisitos, con el consiguiente alargamiento de la diligencia policial y la necesidad de proceder a su detención, será objeto de análisis en el epígrafe III.
31. Sin perjuicio de lo expuesto, ese diferente régimen jurídico entre detención y cacheo suscita serios interrogantes en algunas hipótesis extremas, como por ejemplo el relativo a la validez del consentimiento prestado por un cacheado no asistido de Letrado para que la policía entre en su domicilio. Dejando al margen los casos en que esa entrada se dirige simplemente a preservar la intimidad del cacheado [así ocurrió, por ejemplo, en el supuesto resuelto por la STS 2.ª 27 septiembre 1996 (Ar. 6761)], cabe plantearse qué ocurre cuando el consentimiento de este último lo es para que se practique un registro, como ocurrió en el

2. *La identificación policial*

Como su propio nombre indica, las diligencias de identificación constituyen actuaciones policiales encaminadas a averiguar el nombre, apellidos y demás datos personales de un determinado individuo, que se llevan a cabo cuando los agentes lo consideran necesario en el desempeño de sus tareas de investigación y prevención del crimen, o para sancionar infracciones administrativas. Por lo tanto, a resultas de la identificación puede devenir necesario proceder a la detención de esa persona, o simplemente reseñar sus datos personales, ya sea porque ha cometido una infracción administrativa (vgr. encontrarse ilegalmente en nuestro país) o porque, siendo el presunto autor de un hecho delictivo, legalmente no procede

caso que dió lugar a la STS 2.ª 11 diciembre 1998 (Ar. 10338). En esta ocasión, el Alto Tribunal entendió que el consentimiento prestado era válido porque: 1) el sujeto no estaba detenido, y por lo tanto no se le aplicaban las garantías de la detención, entre las que se encuentra la asistencia letrada; 2) no existía la situación de intimidación o amedrentamiento psicológico que supone estar encerrado en dependencias policiales, y 3) no se habían probado vicios del consentimiento en el cacheado en el caso concreto. Sin embargo, esta doctrina no resulta del todo convincente por varios motivos: en primer lugar, porque la retención coincide con la detención en que existe una inmovilización policial, por lo que en ambos casos concurre el riesgo de amedrentamiento de quien consiente a la entrada y registro, o sencillamente el peligro de que no se informe debidamente al cacheado de su derecho a negarse a autorizar la entrada. Por otro lado, llevar la tesis del Tribunal a sus últimas consecuencias obligaría a tener por válido el consentimiento prestado por un detenido sin asistencia letrada, siempre que ese consentimiento se haya producido antes de que se le conduzca a dependencias policiales, puesto que entonces no existiría la "intimidación ambiental" que, siempre según la Sentencia, hace necesaria la asistencia letrada. Si en estos supuestos es necesaria esa asistencia, tal y como se insiste en reiteradísima jurisprudencia [*vid.* por todas SSTS 2.ª 17 marzo 1993 (Ar. 2323), FD 2.º; 2 julio 1993 (Ar. 5708), FD 1.º; 8 julio 1994 (Ar. 6261), FD 1.º, y 20 noviembre 1996 (Ar. 8726), FD 1.º; en contra sólo STS 2.ª 13 junio 1992 (Ar. 5285), FD 1.º], también debería serlo en las hipótesis de mera retención, habida cuenta que es muy difícil garantizar que el cacheado percibe si está o no detenido en el momento de prestar su consentimiento, e imposible que sepa si va a estarlo de forma inmediata. De lo contrario, se está facilitando que la policía retrase la detención al único efecto de intentar obtener el consentimiento del sujeto cacheado, generando en éste ese "amedrentamiento psicológico" cuya ausencia sólo puede garantizar y acreditar el Abogado. Hay que concluir, en suma, que la solución alcanzada por el Tribunal Supremo es incorrecta, y que, si bien para el cacheo no cabe exigir la presencia de Letrado por la urgencia y provisionalidad que lo caracteriza, esa asistencia letrada sí debería reputarse necesaria si los agentes pretenden además entrar en el domicilio de una persona que acaba de ser cacheada, a menos que concurra alguna de las excepciones a ese principio general (vgr. flagrante delito en el interior de la vivienda o autorización judicial de entrada y registro).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la detención (art. 493 LECrim)[32]. Independientemente de ello, la propia realización de la identificación conlleva necesariamente una mínima retención de la persona requerida, por lo que también debe ser objeto de atención en el presente estudio.

La cobertura legal de la identificación policial puede encontrarse en el artículo 20.1 LOSC, en el que se prevé que "los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad"[33]. Por lo tanto, la diligencia de identificación puede dirigirse a cualquier ciudadano, sin que sea necesario que se trate de una persona sospechosa de haber cometido un delito o una infracción administrativa. Lo único que se requiere para que se respeten las exigencias de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad es que las identificaciones se produzcan en el desempeño de esas funciones de indagación o prevención que corresponden a los agentes de la Autoridad.

En los términos descritos, la identificación policial constituye una retención lícita a la que no se aplican las garantías características de la detención, excepto el elemental deber de informar al retenido de los motivos de su retención. Al igual que en el caso del cacheo, ello se debe a que dichas garantías no son compatibles con la provisionalidad y urgencia de esta medida, y a que su práctica no comporta en modo alguno una autoincriminación para la persona cuya identificación se requiere.

3. *La prueba de alcoholemia*

Un último supuesto de retención al que es preciso hacer alusión es el que se verifica con ocasión de la realización de las denominadas "pruebas

32. La mera reseña de los datos personales es la regla general en el caso de las faltas (art. 495 LECrim), mientras que para los delitos ha de estarse a lo previsto en el artículo 492 LECrim.

33. Cfr. los apartados f) y g) del ya citado artículo 11.1 de esta Ley Orgánica sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

de alcoholemia", que acostumbran a llevar a cabo los agentes del orden público al efecto de determinar el grado de alcohol en sangre de los conductores de vehículos de motor y bicicletas. No obstante, debe tenerse en cuenta que las consideraciones que se harán resultan igualmente aplicables a las pruebas para la detección de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y similares, las cuales, si bien son menos frecuentes que las primeras, también aparecen contempladas en nuestra legislación vigente.

La cobertura legal de las pruebas de alcoholemia y de detección de drogas se encuentra, por un lado, en el deber genérico de prevención de la comisión de delitos contemplado en el repetido artículo 11.1 f) de la Ley Orgánica sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; pero su regulación específica figura en el artículo 12 del RDL 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, desarrollado a su vez por diversas normas reglamentarias[34]. Conforme a lo previsto en estos preceptos, están obligados a someterse a las pruebas para la detección de esas posibles intoxicaciones todos los conductores de vehículos y bicicletas, así como los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación. Por consiguiente, no es estrictamente necesario que la persona requerida sea sospechosa de encontrarse bajo la influencia del alcohol o droga, sino que los controles pueden ser preventivos e indiscriminados, como efectivamente ocurre cuando se efectúan en el ámbito de programas de prevención de la alcoholemia.

La realización de una prueba de alcoholemia acostumbra a llevarse a cabo mediante la verificación del aire expirado por el conductor mediante un alcoholímetro de precisión oficialmente autorizado, precedida en su caso de otras pruebas de tipo orientativo, a fin de verificar si existen sospechas fundadas de intoxicación etílica en dicho conductor[35]. A tales efectos, la persona requerida sufre una retención durante algunos minutos, a la que

34. Cfr. arts. 21 y ss. del Reglamento General de Circulación (RD 13/1992, 17 enero), y la Orden del Ministerio del Interior de 29 de julio de 1981 (Ar. 1878). Téngase en cuenta, por otro lado, que el citado artículo 12 de la Ley de Tráfico fue reformado a su vez por el artículo 6 de la Ley 43/1999, de 25 de noviembre, de adaptación de las normas de circulación a la práctica del ciclismo, al efecto de ampliar la obligación de someterse a las pruebas a los conductores de bicicletas. *Vid.* asimismo la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1986, de 14 de febrero (suplemento al BIJM 1986, núm. 24, 31 diciembre 1986).

35. Cfr. art. 3 de la citada Orden Ministerial de 29 de julio de 1981.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tampoco resultan aplicables las garantías previstas para la detención, tal y como ya tuvo ocasión de manifestar el Tribunal Constitucional en su ya citada Sentencia 107/1985, de 7 de octubre. Al igual que en los supuestos de retención anteriormente analizados, ese distinto régimen jurídico tiene su justificación en la provisionalidad de la inmovilización, así como en la ausencia de carácter autoincriminatorio de la prueba de alcoholemia, que hacen inviable o innecesaria la operatividad de esas garantías[36], con la única excepción del deber de informar al conductor retenido de los motivos de la retención.

En cualquier caso, debe avanzarse desde ahora que la prueba de alcoholemia no debería plantear el problema que es objeto del presente estudio, por cuanto tampoco es posible que la retención se prolongue más allá del tiempo imprescindible para la práctica de aquélla sin que se proceda a la detención del conductor o usuario de la vía. En efecto, tanto la negativa a someterse a la prueba o análisis como su realización con resultado positivo constituyen infracciones administrativas muy graves[37], que pueden incluso dar lugar a la inmovilización del vehículo por parte de los agentes de la Autoridad[38]. Sin embargo, si se tiene en cuenta que nadie puede ser compelido físicamente a la verificación de la prueba, y que ésta suele llevarse a cabo en el mismo lugar de la retención[39], hay que concluir que el único modo de prolongar la restricción de la libertad ambulatoria del conductor o usuario de la vía es proceder a su detención, pero no ya al efecto de llevar a cabo la diligencia policial, sino porque los hechos revisten caracteres delictivos[40].

36. *Vid.* nuevamente STC 107/1985, 7 octubre, FJ 3.º

37. Cfr. art. 65.5.2, apdos. a) y b), del texto articulado de la Ley de Tráfico, tal y como quedaron redactados tras las reformas operadas por las Leyes 5/1997, 24 marzo, y 43/1999, 25 noviembre. *Vid.* asimismo arts. 20.2, 27.2 y 28.2 del Reglamento General de Circulación.

38. *Vid.*art. 25 del Reglamento General de Circulación.

39. A menos, lógicamente, que la persona que realiza la prueba sea un herido que ha sido conducido urgentemente a un centro hospitalario o asistencial.

40. Lo matiza expresamente el art. 24.3 del Reglamento General de Circulación, que prevalece en esta materia sobre lo dispuesto en la Orden Ministerial de 29 de julio 1981. En efecto, en esta última disposición se contempla la posibilidad de que el agente proceda "a la retención del afectado en un lugar adecuado hasta el momento en que fundadamente estime que han desaparecido los efectos de la intoxicación alcohólica" (art. 5), o "cuando racionalmente pueda sospecharse que por su estado puede constituir un peligro para la conducción, incluso como simple usuario del vehículo" (art. 6). Sin embargo, hay que entender que estos preceptos no contemplan una "retención" en el sentido técnico del término, sino una

Dicho de otro modo, las retenciones en este ámbito siempre gozan del carácter provisionalísimo que les es propio, por la sencilla razón de que no existen motivos que puedan justificar su prolongación. Más allá, nos encontramos necesariamente ante una verdadera detención que, como tal, debe verse revestida de todas las garantías constitucionales y legales que le resultan aplicables, y que no va dirigida a facilitar la verificación de la prueba de alcoholemia, sino que como mucho puede ser consecuencia de su resultado positivo.

IV. La prolongación de la retención y su configuración como detención

1. Delimitación del problema

En los apartados precedentes se han analizado diversos supuestos de retención, y se ha podido comprobar que lo que caracteriza a esta figura es su mínima duración temporal. Se ha indicado, asimismo, que esta provisionalidad encuentra su explicación en el hecho de que la diligencia policial que provoca la retención no va dirigida en sí misma contra la libertad ambulatoria de su destinatario, lo que a su vez justifica que la breve restricción que ésta sufre no se vea rodeada de las garantías características de cualquier privación de libertad (detención o prisión).

El problema surge cuando, por una u otra circunstancia, la diligencia policial no puede realizarse en el brevísimo lapso de tiempo que su práctica debería requerir. En este caso, sigue existiendo la razón de ser de la mera re-

verdadera detención, pues de otro modo, no sólo serían incompatibles con lo previsto en el Reglamento de 1992, sino que además la retención que prevén carecería de cobertura legal y como tal sería ilícita. En suma, a menos que el conductor decida voluntariamente permanecer junto a los agentes hasta verse recuperado de su estado de intoxicación, la única forma de prolongar la retención es proceder a su detención, y ésta a su vez sólo es posible cuando existen indicios de un delito, que puede ser tanto anterior (e.g. conducción y/o provocación de un accidente bajo la influencia de bebidas alcohólicas, debidamente acreditada por el resultado positivo de la prueba) como previsible de inmediato (vgr. el conductor que se ha negado al análisis o prueba se resiste a la inmovilización del vehículo, o, habiéndose sometido a dicha prueba, pretende llevar a cabo una conducta que atenta contra la seguridad del tráfico, ya sea conduciendo nuevamente, molestando al que debe sustituirle al volante, invadiendo la calzada, etc.). En este sentido, implícitamente, STC 107/1985, 7 octubre, FJ 3.º *in fine*.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tención (la realización de esa diligencia y no la privación de libertad), pero desaparece su principal nota característica (el carácter provisionalísimo). La pregunta que hay que formularse es la de si esa mayor duración convierte a la retención en detención o si, por el contrario, la subsistencia de la finalidad de la retención permite prolongarla en el tiempo. Las consecuencias de una y otra afirmación son bien distintas: de optarse por la segunda, se estará admitiendo que la policía prive a una persona de libertad sin respetar todas las garantías características de la detención, siempre que lo haga al solo efecto de facilitar la práctica de una determinada diligencia, es decir, siempre que la limitación de la libertad ambulatoria sea un medio necesario y no un fin en sí misma. Por el contrario, si se concibe la retención como una medida de duración mínima o provisionalísima, sólo será posible conducir al sujeto retenido a dependencias policiales si previamente se le detiene.

En nuestro Derecho en particular, existen al menos dos supuestos en los que puede suscitarse la necesidad de prolongar la restricción de la libertad ambulatoria de la persona objeto de retención al solo efecto de completar la diligencia policial que provocó esta última: la identificación y el cacheo en dependencias policiales[41]. Sin embargo, cada uno de ellos presenta una problemática bien distinta: en el caso del cacheo, la Ley no contempla expresamente esa prolongación, pero ésta puede ser imprescindible para efectuar el registro (vgr. porque es preciso un cacheo en profundidad y en lugar reservado, o porque debe efectuarlo un funcionario del mismo sexo que el cacheado y no hay ninguno en el lugar de la retención); para la identificación policial, por contra, la prolongación se permite expresamente en el artículo 20.2 LOSC, pero sin configurarla como detención gubernativa ni revestirla de todas las garantías exigibles a esta última.

Para el análisis de la problemática descrita, se efectuará un breve examen de la jurisprudencia constitucional recaída en la materia, con particular atención a la STC 341/1993, que supuso un auténtico punto de inflexión en la doctrina vigente hasta aquel momento. Posteriormente, se expondrán las razones por las que, pese a lo que se indica en esta Sentencia, es obligado concluir que cualquier retención que se prolonga contra la voluntad del retenido debe reputarse detención a todos los efectos.

41. Por el contrario, y como también se ha expuesto, el problema no se plantea en aquellos casos en los que se detiene al inicialmente retenido porque existe un motivo, distinto de la práctica de la actuación policial que provocó la retención, para privarle de libertad. En estos supuestos, existen dos medidas bien distintas entre sí y con diferentes objetivos: la inicial retención (vgr. para la práctica de una prueba de alcoholemia) y la posterior detención (vgr. porque el conductor ha causado un accidente en estado de embriaguez).

2. *Evolución jurisprudencial*

Hasta noviembre de 1993, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo rechazaban de plano la figura de la "retención", cuando ésta se concibe como una privación de libertad que excede a la mera inmovilización momentánea. A juicio del primero, debía considerarse detención "cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente que la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona"[42]. A su vez, esta doctrina había sido recogida por el Tribunal Supremo, que la consideraba vigente con anterioridad incluso a su enunciación expresa en la Sentencia trascrita[43], y por la doctrina científica[44].

La situación cambia radicalmente cuando se publica la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, en la que se resuelven los recursos y la cuestión de inconstitucionalidad planteados contra la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Uno de los preceptos impugnados en esos recursos era el artículo 20.2 de la Ley, en el que se establece, en alusión a la identificación policial regulada en el apartado 1.º y ya analizada con anterioridad, que "de no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta,

42. STC 98/1986, 10 julio, FJ IV, donde se añade que "no es tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad —en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita— queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean".

43. Cfr. SSTS 25 septiembre 1993 (Ar. 6990), FD 2.º, y 26 marzo 1993 (Ar. 3153), FD 3.º

44. *Vid.* por todos ARMENTA DEU, T.; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: ***Lliçons de dret processal penal***, Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 1999, p. 185; RAMOS MÉNDEZ, F.: **"Los grandes inventos del TBO: la retención policial"**, *Justicia* 1987, núm. 3, pp. 519-530, e *idem*, ***El proceso penal. Sexta lectura constitucional***, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 175 *in fine*.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

o al efecto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible".

Como puede comprobarse, el precepto contempla una privación de libertad que, como tal, debería reputarse detención a todos los efectos en aplicación de la doctrina legal antes referida. De hecho, en la propia Sentencia se reconoce[45] que la identificación en dependencias policiales excede a la mera inmovilización, por lo que ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad incluso cuando el afectado la acepta, habida cuenta de las responsabilidades administrativas y penales que podría suponerle una negativa infundada o una eventual resistencia al requerimiento policial[46]. Sin embargo, el Tribunal concluye que a esa retención para identificación no le son aplicables todas las garantías establecidas en los núms. 2 y 3 del artículo 17 para la detención, lo que inequívocamente implica que, a su juicio, nos encontramos ante una privación de libertad diferente de esta última tanto en su esencia como en su régimen jurídico[47]. Siendo ello así, parece evidente que el Tribunal Constitucional ha venido a consagrar en su Sentencia la admisibilidad de una retención prolongada en el tiempo, configurándola como una figura autónoma y diferenciada de la verdadera detención[48].

3. *Inadmisibilidad de un* tertium genus *entre la retención y la detención*

La doctrina legal que acaba de resumirse no puede convencer. Toda privación de libertad que se prolonga más allá de la mera inmovilización provisionalísima deja de ser retención para convertirse en detención y, como tal, debe efectuarse con todas las garantías previstas en el artículo 17

45. STC 341/1993, 18 noviembre, FJ 4.º

46. Cfr. art. 20.4 LOPSC.

47. En efecto, el Tribunal considera que el precepto es constitucional porque respeta dos de esas garantías de la detención (duración mínima imprescindible e información al retenido de los motivos de su retención), pero entiende que las dos restantes (exclusión de toda obligación de declarar y asistencia de Abogado) no son aplicables a la identificación en dependencias policiales porque "no se adecúan enteramente a un supuesto de privación de libertad como el que consideramos" (cfr. el FJ 6.º de la Sentencia).

48. La propia Sala 2.ª del Tribunal Supremo, en su Sent. 4 febrero 1994 (Ar. 657), FD 4.º, reconoce que, al declarar constitucional la detención para identificación, el Tribunal Constitucional ha ratificado la existencia de "retenciones" policiales.

de la Constitución. Al efecto de fundamentar esta afirmación, es preciso distinguir las dos variantes apuntadas anteriormente:

a) En el caso de los cacheos, para los que la Ley no contempla expresamente la prolongación de la retención, la solución es sencilla: a menos que la propia persona solicite ser conducida a un lugar reservado para ser registrada, su traslado a dependencias policiales sólo será posible si previamente se practica su detención[49]. Ahora bien, es importante subrayar que la detención practicada a estos efectos no se justifica por la mera necesidad de practicar el cacheo; es necesario en todo caso que concurra uno de los supuestos legales que justifican la detención (vgr. indicios fundados de que la persona a cachear iba a cometer, estaba cometiendo o ha cometido un delito)[50]. En caso contrario, la mera negativa a someterse al cacheo constituye una falta de desobediencia que, como tal, tan sólo permite tomar nota de los datos personales de la persona requerida (arts. 493 y 495 LECrim).

b) Mayor complejidad parecen suscitar las hipótesis en las que una norma de Derecho positivo contempla expresamente esa prolongación de la retención, como ocurre en el caso de la identificación en dependencias policiales contemplada en el artículo 20.2 LOPSC. En este supuesto, hay que entender que la Ley está haciendo uso de la autorización prevista en el artículo 17.1 CE para configurar una verdadera detención gubernativa, procedente en casos distintos de los contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pero también debe quedar claro que, como tal detención, su práctica deberá respetar en todo caso las garantías previstas en el artículo 17 de la Constitución.

49. Por consiguiente, no se estima correcta la doctrina sentada por la STS 11 noviembre 1997 (Ar. 8035), FD 2.º, donde se reputa lícito el traslado de una mujer a comisaría para ser cacheada sin previa detención, por más que esta detención sí se produjera posteriormente, durante dicho traslado, al intentar desprenderse la persona retenida de una bolsa que contenía una sustancia aparentemente ilícita. En el extremo contrario, entendiendo que la mera inmovilización necesaria para practicar el cacheo constituye una verdadera y propia detención: STS 26 marzo 1993 (Ar. 3153), FD 3.º

50. Lo que sí puede ocurrir es que esos indicios de delito surjan precisamente de la actitud del sujeto frente a la diligencia de los agentes, como ocurrió en el supuesto que dió lugar a la STS 23 febrero 1994 (Ar. 1597), en el que efectivamente se detuvo a la sospechosa para ser cacheada en comisaría.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El Tribunal Constitucional argumenta, en su citada Sentencia 341/1993, que algunas de esas garantías no resultan aplicables a la identificación en dependencias policiales porque no "se adecúan" a la misma. Sin embargo, a esta afirmación puede objetarse, en primer lugar, que la mayor o menor adecuación de algunas de las garantías constitucionales al concreto supuesto de privación de libertad en nada afecta a su configuración como detención. De hecho, ya se ha visto que nuestro Derecho conoce detenciones, tanto penales como gubernativas, a las que tampoco parecen "adecuarse" todas esas garantías[51], y no por ello se les priva de su configuración como tales detenciones. Pero es que, además, la afirmación resulta cuando menos dudosa por lo que respecta a la asistencia letrada. En efecto, en la STC 341/1993 se afirma que la asistencia de Letrado tiene su razón de ser "en la protección del detenido y en el aseguramiento de la corrección de los interrogatorios a que pueda ser sometido", por lo que no sería necesaria en una diligencia de identificación en la que no existe más interrogatorio que el encaminado a averiguar los datos personales a los que se refiere el art. 9.3 LOPSC. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional reconoce en su STC 196/1987, de 11 de diciembre —que por cierto es la que se cita en aquella otra resolución—, que la intervención del Letrado también responde a la finalidad de asegurar "que los derechos constitucionales del detenido sean respetados", y "que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad", finalidad que evidentemente subsiste con independencia de que se tome o no declaración al detenido[52].

Cuestión bien distinta es la relativa a si la detención gubernativa prevista por el citado artículo 20.2 LOPSC puede considerarse desproporcionada o excesiva, tanto por su particular configuración normativa como por permitir la privación de libertad al solo efecto de sancionar una infracción o prevenir la comisión de una falta, o que, precisamente por este motivo, resulte abiertamente contradictoria con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal[53]. En efecto, es cierto que el artículo 17 CE no prohíbe la privación de libertad en supuestos distintos de la comisión de hechos delictivos, limitándose a establecer la necesidad de que dicha privación se regule por una norma de rango legal[54] y respete las garantías previstas en el propio precepto. Sin embargo, para que la detención gubernativa sea plenamente acorde con la Constitución es necesario además que persiga la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos, que respete el principio de proporcionalidad y que no incurra en indefiniciones suceptibles de generar incertidumbre o inseguridad jurídica en los ciudadanos[55].

Pues bien, en el concreto caso de la identificación en dependencias policiales, resulta cuando menos dudoso que el artículo 20.2 LOPSC satisfaga realmente estos principios y aquellas garantías, tal y como afirma el Tribunal Constitucional en su Sentencia. Sin embargo, el problema no es tanto el que la norma autorice a detener para identificación al efecto de sancionar infracciones administrativas, lo que, aun siendo difícil de conjugar con el artículo 25.3 de la Constitución[56], parece compatible con el artículo 5.1 CEDH, al igual que ocurre con otras detenciones gubernativas[57]. Mayor

51. El derecho a no declarar contra uno mismo, por ejemplo, tampoco parece "adecuarse" a las detenciones penales ejecutivas, que recaen sobre sujetos que ya han sido condenados, o a las detenciones administrativas que recaen sobre enfermos o extranjeros que deben ser expulsados de nuestro país.

52. Téngase en cuenta, en este sentido, que el art. 19 del Anteproyecto de LOPSC contemplaba la posibilidad de que el retenido renunciase de forma expresa a la asistencia de Abogado a los solos efectos de identificación, lo que supone, como advierte DE HOYOS SANCHO (*La Detención por Delito*, cit., p. 260), que el pre-legislador consideraba que la regla general era la necesidad de asistencia letrada.

53. Así lo entienden C. DE LA VEGA BENAYAS y J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en sus votos particulares a la STC 341/1993.

54. Y por supuesto orgánica: cfr. art. 81.1 CE, y SSTC 140/1986, 11 noviembre, FJ 6.º y 160/1986, 16 diciembre, FJ 4.º

55. *Vid.* la propia STC 341/1993, FJ 5.º, que a su vez cita la STC 107/1985, FJ 3.º En contra GONZÁLEZ CAMPOS (apdos. 4.º y 5.º de su voto particular), quien entiende que la única detención no precedida de una decisión judicial que permite el art. 17 CE es la detención preventiva penal. Critica esta afirmación BANACLOCHE PALAU, *La libertad personal...*, cit., pp. 145-147, con una argumentación que se suscribe íntegramente.

56. Véase el voto particular del Magistrado DE LA VEGA BENAYAS, donde se razona que la detención sólo sería posible cuando puede imputarse al individuo la comisión de un delito, en cuyo caso la detención ya no se haría para identificación, sino por alguno de los motivos previstos en la LECrim. En idéntico sentido SALIDO VALLE, *La Detención policial*, cit., pp. 99-100 y 189-190, y DE HOYOS SANCHO, *La Detención por Delito*, cit., pp. 246 y ss.

57. En efecto, ya se ha indicado (*supra*, ep. II.1) que el art. 5.1.b CEDH autoriza las detenciones preventivas "para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley", pero no exclusivamente la ley penal, por lo que no obsta en modo alguno a la detención preventiva para la ejecución de una sanción administrativa. Confirma esta tesis el apartado f) de ese mismo precepto, cuando autoriza la detención preventiva de extranjeros en situación ilegal pendientes de expulsión, puesto que ésta no es otra cosa en definitiva que una sanción administrativa.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gravedad comporta la cuestionable exclusión de la asistencia letrada al destinatario de la medida, ya analizada, a la que además se suma la indefinición del precepto en lo relativo a la duración máxima de la diligencia policial, que la interpretación de Tribunal, no incluida en el dispositivo de la Sentencia, difícilmente puede erradicar[58]. A la vista de todo ello, no es de extrañar que el apartado haya suscitado tantas críticas en la doctrina científica[59], a pesar del pronunciamiento del citado Tribunal a favor de su constitucionalidad, puesto que lo que en definitiva viene a consagrar es la posibilidad de detener a cualquier persona que no pueda o no quiera identificarse, hasta que queden despejadas las dudas policiales, fundadas o no, sobre su posible conducta ilícita desde el punto de vista penal o meramente administrativo, y todo ello además sin la intervención de Abogado y durante el tiempo que la policía estime necesario para proceder a la identificación[60].

IV. Conclusiones

A modo de recapitulación de lo hasta ahora expuesto, puede afirmarse que en nuestro Derecho sólo es admisible la existencia de la retención, entendida como una categoría diferente de la detención, si se concibe como una inmovilización momentánea o provisionalísima que se prolonga durante el tiempo imprescindible para practicar una determinada diligencia policial, y que no va dirigida intrínsecamente contra la libertad ambulatoria de su destinatario. Sin embargo, cuando esa retención se extiende más allá de los minutos que razonablemente exige la realización de un cacheo, una prueba de alcoholemia o una identificación, y, sobre todo, cuando el retenido es conducido a dependencias policiales, nos encontramos ante una ver-

58. Cfr. en este sentido, nuevamente, el voto particular del Magistrado González Campos (apdo. 6.º).

59. *Vid.* por todos De Hoyos Sancho, *La Detención por Delito*, cit., pp. 233-269; Ramos Méndez, *El proceso penal*, cit., p. 176, y Rifá Soler, J.M.; Valls Gombau, J.F.: ***Derecho Procesal Penal***, Iurgium, Madrid, 2000, p. 165.

60. Ni que decir tiene que, en la práctica, esas dudas policiales suelen recaer sobre colectivos muy determinados, como por ejemplo el de los inmigrantes con un determinado aspecto y color de piel, de los que se sospecha que puedan encontrarse en situación ilegal en nuestro país.

dadera privación de libertad que en modo alguno es posible distinguir de la detención, por lo que deben entenderse aplicables a la misma todas las garantías constitucional y legalmente previstas para ésta, incluida la necesidad de asistencia letrada al detenido.

A la conclusión alcanzada no puede oponerse que esas privaciones de libertad no están necesariamente relacionadas con la comisión de un delito o que no pretenden prevenir la fuga de su presunto autor, y que por este motivo no constituyen verdaderas detenciones ni les resultan aplicables todas las garantías características de estas últimas, y ello fundamentalmente por dos motivos: en primer lugar, porque en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se prevén detenciones que no tienen naturaleza cautelar, y no por ello dejan de ser tales detenciones. Cosa bien distinta es que a esas privaciones de libertad no se les pueda aplicar alguna de las garantías previstas en los artículos 17 CE y 520 LECrim, pero es que esto también ocurre con algunas de las detenciones previstas la Ley rituaria (vgr. las detenciones ejecutivas). No debe olvidarse, en segundo término, que también existen detenciones gubernativas, como las que recaen sobre extranjeros en proceso de expulsión, para las que también rigen las garantías del artículo 17 pese a no tratarse de detenciones de carácter penal.

En el fondo, a la tesis que aquí se rechaza subyace la frecuente pero errónea asimilación entre detención y detención cautelar penal, efectuada sobre la base de una determinada interpretación del artículo 17 de la Constitución Española. La paradoja reside en que esta doctrina, que inicialmente responde a una clara voluntad de evitar los abusos generados por las retenciones policiales prolongadas, termina produciendo indirectamente un efecto contrario al que persigue, puesto que, al negarles la categoría de verdaderas detenciones, ha propiciado la creación, por parte del Tribunal Constitucional, de una categoría *sui generis* de privaciones de libertad a las que sólo resultarían aplicables las garantías que el legislador considera "adecuadas" a las mismas, como ocurre en el caso de la detención para identificación regulada en el artículo 20.2 LOSC. Por el contrario, lo que aquí se sostiene es que es plenamente admisible la existencia de detenciones gubernativas reguladas mediante ley orgánica, pero sólo cuando la privación de libertad responda a la necesidad de proteger un bien, derecho o valor jurídico de rango constitucional (vgr. salud o seguridad públicas), se adecúe a alguno de los supuestos previstos en el artícuo 5.1 CEDH, y respete las exigencias y garantías de la detención penal, tales como el princi-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pio de proporcionalidad, la duración mínima indispensable con un plazo máximo de 72 horas sin control judicial, la asistencia letrada al detenido para garantizar el respeto a sus derechos fundamentales, y la cumplida información de las razones de la detención y de los derechos del detenido, entre los que se incluye el de guardar silencio al efecto de evitarse perjuicios de cualquier índole.

Por consiguiente, las únicas restricciones de la libertad ambulatoria que pueden llevarse a cabo sin respetar todos estos principios y garantías son las retenciones o inmovilizaciones momentáneas, puesto que su carácter provisionalísimo hace innecesaria e inviable la observancia de unos y otras. Existe un relevante sector doctrinal que rechaza esta conclusión, entendiendo que la retención es una verdadera detención y debe regirse por el mismo marco jurídico que ésta; pero esta tesis ignora las diferencias existentes entre la brevísima restricción de la libertad ambulatoria y su privación, que son las que en definitiva justifican su diferente configuración normativa, además de resultar inviable desde el punto de vista práctico si se lleva hasta sus últimas consecuencias.

LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR O DISCAPACITADA PSÍQUICA, COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO, EN LOS PROCESOS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

ANA Mª RÍOS CABRERA
Doctora en Derecho
Universidad de Sevilla

SUMARIO

I. Breves consideraciones sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de menores de edad e incapaces. — II. Valor probatorio de la declaración de la víctima, como única prueba de cargo, en los procesos por delitos sexuales: *1. Consideraciones de índole general*; *2. La declaración de la víctima menor o incapaz*. — III. Testimonio único de la víctima *v.* presunción de inocencia. Requisitos exigidos por la jurisprudencia para que la declaración del ofendido pueda enervar aquel derecho fundamental del acusado. — IV. Examen de los requisitos jurisprudenciales. Aplicación de los mismos al testimonio de menores de edad e incapaces agredidos sexualmente: *a) Ausencia de incredibilidad subjetiva*; *b) Verosimilitud del testimonio*; *c) Persistencia en la incriminación*. — V. Cuestiones procesales de interés relativas al testimonio único de la víctima menor o discapacitada psíquica, en el ámbito de los delitos de contenido sexual: *1. Iniciativa procesal y ofrecimiento de acciones*; *2. Negativa a declarar de la víctima menor o deficiente: a)* Fase de instrucción del proceso penal; *b)* Fase de juicio oral; *3. Peculiaridades del interrogatorio de la víctima-testigo menor o incapaz*; *4. Inadmisión de la prueba pericial médica o psicológica*; *5. Negativa de la víctima menor o incapaz a someterse al examen médico-forense o psicológico.*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES DE MENORES DE EDAD E INCAPACES

De la atenta lectura de las normas contenidas en el Título VIII, Libro II, del Código Penal («Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales»), se desprende, sin lugar a duda alguna, la extrema preocupación del legislador en relación con los menores e incapaces como eventuales sujetos pasivos de tan deplorables actuaciones delictivas. Esta especial sensibilidad frente a los ataques sexuales cometidos contra niños y deficientes mentales puede apreciarse en la propia tipificación de esta clase de delitos, ya que las referidas situaciones de minoría de edad e incapacidad aparecen, sin excepción alguna, en todos y cada uno de los mencionados preceptos del Título VIII, bien como elementos configuradores del tipo objetivo, bien como circunstancias personales de la víctima que determinan una considerable y a veces exacerbada agravación de la pena asignada al tipo delictivo básico.

A mayor abundamiento, la reciente modificación de la normativa penal sobre delitos sexuales, operada por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, ha incidido especialmente en la materia que nos ocupa, en la medida que ha llevado a cabo una profunda revisión de los diversos tipos con la finalidad casi exclusiva de «*[...] garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces*» (Exposición de Motivos)[1]. Para ello, la Cámara Legislativa ha optado no sólo por tipificar de una forma más precisa y ordenada aquellos delitos en relación con las circunstancias personales de la víctima (minoría de edad e incapacidad) sino, además, por elevar el límite de edad de los eventuales sujetos pasivos,

1. Según la Exposición de Motivos de la L.O. 11/1999, de 30 de abril, «*[...] las normas contenidas en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativas a los delitos contra la libertad sexual, [...] no* [respondían] *adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos*». De esta forma, se pone fin a la vieja polémica doctrinal sobre cuál sea el bien jurídico protegido a través de estas figuras delictivas, cuando son cometidas sobre menores de edad e incapaces.

ampliando así el ámbito subjetivo de protección penal (*v. gr.* arts. 180.1.3ª, 181.2 y 183.1 CP); por reintroducir ciertas figuras delictivas desterradas inicialmente del Código Penal de 1995, como la corrupción de menores o incapaces; por ampliar las conductas reprochables de naturaleza pornográfica, también en relación con los menores e incapaces; y, sobre todo, por revisar el sistema de penas, aumentando ostensiblemente las sanciones punitivas previstas para la mayoría de aquellas conductas, cuando afectan a personas de las mencionadas características. Así, tras la citada reforma, la regulación penal nos ofrece un completo catálogo delictivo con constantes referencias expresas a la situación de minoría de edad o discapacidad psíquica de la víctima, como veremos a continuación[2]:

1. *Agresiones sexuales* (arts. 178 a 180 CP). Las penas asignadas a los tipos delictivos contemplados en los artículos 178 (atentado contra la libertad sexual de otra persona, con violencia e intimidación) y 179 (agresión sexual consistente en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos[3] por alguna de las dos primeras vías), ambos del vigente Código Penal, se agravan considerablemente por la concurrencia de alguna de las circunstancias expresadas en el art. 180.1 CP, de entre las que

2. Entre las diversas iniciativas legislativas que se están tramitando en el momento de la redacción de este trabajo, se encuentra una Proposición de Ley Orgánica de modificación de determinados preceptos del Código Penal (concretamente, los artículos 179, 182.1 y 183.2), en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergéncia i Unió) y cuyo objeto primordial consiste en la expresa consideración de la «introducción de órganos» como una de las modalidades comisivas del delito de violación (art. 179 CP), así como de los tipos agravados del delito de abusos sexuales (arts. 182.1 y 183.2 CP). De esta forma, junto al «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal» y a la «introducción de objetos», contemplados en las citadas disposiciones, se sitúa la referencia legal explícita a la «introducción de órganos» (como por ejemplo, dedos o lengua), a fin de revocar aquella línea interpretativa seguida por la jurisprudencia en los últimos años, en el sentido de considerar que no existe violación cuando se introducen «órganos» y no estrictamente «objetos», como exige la ley, por vía vaginal o anal. *Vid.* B.O.C.G, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 49-1, de 12 de mayo de 2000, pág. 1 (Iniciativa); B.O.C.G, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 49-2, de 5 de junio de 2001, pág. 3 (Toma en consideración); B.O.C.G, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 49-3, de 8 de junio de 2001, pág. 5 (Acuerdo subsiguiente a la toma en consideración); y B.O.C.G, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 49-4, de 27 de junio de 2001, pág. 7 (Ampliación del plazo de enmiendas).

3. *Vid.* nota anterior.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

debemos destacar, por su directa relación con el objeto de este trabajo, aquélla referida a la minoría de edad o incapacidad del sujeto pasivo del delito, esto es, «*cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años*» (art. 180.1.3ª CP).

De conformidad con el apartado segundo del mencionado art. 180 CP, las penas agravadas previstas en dicho precepto se impondrán en su mitad superior cuando concurran dos o más de las circunstancias establecidas en el mismo, siendo, por desgracia, habitual que aquella *especial vulnerabilidad de la víctima* (art. 180.1.3ª CP) coincida con el hecho de haberse prevalido el responsable de una relación de *superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima* (art. 180.1.4ª CP). En estos casos, comparativamente, la pena a imponer (mitad superior de las prevenidas en el referido art. 180.1 CP, a saber, prisión de cuatro a diez años para las agresiones sexuales del art. 178 CP y de doce a quince años para las del artículo 179 CP) puede incluso llegar a ser superior a la del delito de homicidio (prisión de diez a quince años, de acuerdo con el art. 138 CP), lo que demuestra de manera suficiente el alcance de aquella insistente preocupación del legislador penal por disuadir, desde el punto de vista de la prevención general y especial, y, en último extremo, por sancionar gravemente las agresiones sexuales perpetradas sobre las personas más desvalidas, si bien ello puede suponer un serio atentado al principio de proporcionalidad de las penas[4].

2. *Abusos sexuales* (arts. 181 a 183 CP). El artículo 181.1 CP sanciona la conducta del que, sin violencia o intimidación y *sin que medie consentimiento*, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona. A los efectos de dicho artículo, se reputan *no consentidos* (presunción iure et de iure) los abusos ejecutados sobre menores de trece años y sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental (art. 181.2 CP). Idéntica presunción ha de entenderse aplicable a los abusos sexuales que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos[5] por alguna de las dos primeras vías (art. 182.1 CP).

Junto a las referidas situaciones de ausencia de consentimiento, la norma penal contempla la posibilidad de que el abuso sea cometido a partir de un consentimiento viciado, como ocurre cuando el mismo se obtiene prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (art. 181.3 CP)[6].

Según los arts. 181.4 y 182.2 CP, para todos y cada uno de los supuestos de abusos sexuales, es decir, tipos delictivos básicos (arts. 181.1, 2 y 3 CP) o tipo agravado consistente en acceso carnal o introducción de objetos (art. 182.1 CP)[7], las penas señaladas a los mismos se impondrán en su mitad superior si concurriese la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 del citado Código Penal y a las que ya hicimos referencia más arriba («*cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años*» —art. 180.1.3ª CP—; «*cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima*» —art. 180.1.4ª CP—)[8].

De otro lado, el Código Penal tipifica los abusos sexuales cometidos con *engaño* sobre persona *mayor de trece años y menor de dieciséis*

4. CARMONA SALGADO, C., *Curso de Derecho Penal español. Parte especial I*, dir. M. Cobo del Rosal, Madrid, 1996, pág. 316, citado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, «Las agresiones sexuales cualificadas», *Delitos contra la libertad sexual. Su regulación en el Código Penal de 1995 y algunas cuestiones médico legales al respecto*, Estudios Jurídicos (Ministerio Fiscal), Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, tomo VII, Madrid, 1997, pág. 524.

5. *Vid.* nota núm. 2.

6. En este supuesto podrían encuadrarse los abusos sexuales cometidos sobre mayores de trece años, así como los ejecutados sobre personas con una deficiencia mental leve o moderada, que no anule totalmente su libertad de autodeterminación sexual; esto es, aquellas situaciones residuales que quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 181.2 CP (*vid.* SSTS de 9 de abril de 1999, RJ 2305/1999, FJ 3º y 4º, y de 21 de marzo de 2000, RJ 1479/2000, FJ 4º). En cualquier caso, como bien establece el art. 181.3 CP, será preciso que el consentimiento se obtenga *prevaliéndose* el autor de los hechos de una *manifiesta situación de superioridad* que *coarte* la libertad de decisión de la persona ofendida, pues no cabe apreciar en este caso la presunción *iure et de iure* del ya referido art. 181.2 CP.

7. *Vid.* nota núm. 2.

8. La jurisprudencia, sin embargo, se muestra contraria a la aplicación conjunta de los arts. 181.2 y 182.2 del Código Penal, pues cuando las circunstancias de minoría de edad o deficiencia mental de la víctima se contemplan como elementos del tipo objetivo (art. 181.2 CP), volver a esgrimir aquéllas como factor de agravación de la pena (art. 182.2 CP), puede suponer una vulneración del principio «non bis in idem», por lo que debe rechazarse (STS de 21 de febrero de 2000, RJ 878/2000, FJ 3º).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

(art.183.1 CP). La pena se agrava cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos[9] por alguna de las dos primeras vías. Tanto para uno como para otro caso (tipo básico o agravado por acceso carnal o introducción de objetos), la sanción punitiva se impondrá en su mitad superior por la concurrencia de la circunstancia 3ª o la 4ª de las previstas en el artículo 180.1 de la citada norma penal (183.2 CP).

3. *Acoso sexual* (art. 184 CP). Precisamente, una de las modificaciones introducidas en el Título VIII del Código Penal por la L.O. 11/1999, de 30 de abril, consistió en la agravación de la pena asignada al delito de acoso sexual, «*cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación*» (art. 184.3 CP), circunstancias éstas no contempladas anteriormente en dicho ámbito delictivo.

4. *Delitos de exhibicionismo y provocación sexual* (arts. 185 y 186 CP). Conforme a la descripción que de los mismos hace la norma penal, tales figuras delictivas únicamente se ejecutarán respecto de menores de edad e incapaces, por lo que las personas mayores de edad quedan exceptuadas del ámbito de los posibles sujetos pasivos de tales delitos. Las conductas sancionadas no son otras que el ejecutar o hacer ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces (art. 185 CP), así como el vender, difundir o exhibir material pornográfico, por cualquier medio directo, también entre menores de edad o incapaces (art. 186 CP).

5. *Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores* (arts. 187 a 189 CP). La minoría de edad y la incapacidad constituyen elementos esenciales en la configuración de estos tipos penales, hasta el extremo de que la prostitución de personas mayores de edad sólo es sancionada cuando las mismas sean determinadas a ejercerla o mantenerse en ella empleando violencia, intimidación o engaño, o bien abusando de la situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima en cuestión (art. 188.1 y 2 CP). Concretamente, por lo que se refiere a la prostitución o corrupción de menores e incapaces, el Código Penal de 1995 castiga las siguientes conductas:

9. *Vid.* nota núm. 2.

a) Inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de una persona menor de edad o incapaz (art. 187.1 CP).

b) Determinar, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de la situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona menor de edad o incapaz a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella (art. 188.4 en relación con el 188.1 CP)[10].

c) Favorecer, directa o indirectamente, la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas menores de edad o incapaces, con el propósito de su explotación sexual, empleando para ello violencia, intimidación o engaño, o abusando de su situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad (art. 188.4 en relación con el art. 188.2 CP)[11].

d) Utilizar a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiar cualquiera de estas actividades (art. 189.1 CP).

e) Producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido (art. 189.2 CP).

f) Hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste (art. 189.3 CP).

g) Tener bajo potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no hacer lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acudir a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz (art. 189.4 CP).

10. En este caso, la minoría de edad o incapacidad del sujeto pasivo determina que se imponga al responsable la pena superior en grado a la prevista en el art. 188.1 CP (prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses).

11. Al igual que en el caso anterior, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la prevista en el art. 188.1 CP (prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Esta somera descripción de las diversas figuras delictivas incluidas en el mencionado Título VIII del Código Penal puede parecer supérflua al objeto de un trabajo que pretende centrarse, con carácter prioritario, en aquellos aspectos procesales relacionados con el testimonio de las personas que han sido sujetos pasivos de las mismas. Sin embargo, la justificación de la mención de todos y cada uno de los posibles atentados contra la libertad e indemnidad sexuales de menores e incapaces, se entiende fácilmente ante la necesidad de efectuar una primera delimitación de la materia objeto de estudio, en la medida que la praxis jurídica ha constatado de manera suficiente que el problema de la declaración de la víctima, como única prueba inculpatoria, en los procesos por este tipo de delitos, se presenta sólo, como es natural, respecto de algunas de las infracciones relacionadas más arriba, a saber, aquéllas que no dejan vestigios o pruebas materiales de su comisión y para las que la Ley de Enjuiciamiento Criminal admite «*las pruebas de cualquiera clase que se puedan adquirir acerca de la perpetración del delito*» (art. 330 LECrim.).

En este sentido, resulta obvio que la declaración de la persona ofendida tendrá una distinta significación y alcance según nos encontremos ante tipos delictivos que impliquen violencia o intimidación (*v. gr.* agresiones sexuales de los arts. 178 y 179 CP) y, sobre todo, acceso carnal o introducción de objetos (arts. 179, 182.1 y 183.2 CP)[12], donde la comprobación de la efectiva comisión de los mismos, así como la identificación del autor, pueden obtenerse a través de los oportunos dictámenes periciales emitidos a partir del examen de las lesiones, vestigios o restos corporales encontrados en la víctima (a título de ejemplo, exploración médica del sujeto pasivo, a los efectos de determinar si se ha producido o no desfloración, o bien si existen desgarros o lesiones, indicativos todos ellos de una *vis* física o acceso carnal; realización de las pruebas de ADN a partir de restos de sangre, semen o pelos del responsable criminal; etcétera); o bien se trate de infracciones que, por su propia dinámica comisiva, excluyan la posibilidad de cualquier vestigio o prueba material de su perpetración (así, por ejemplo, los abusos sexuales de los arts. 181 y 183.1 CP, los cuales suelen materializarse en simples tocamientos o roces libidinosos en zonas erógenas del cuerpo de la víctima). Es, precisamente, en estos últimos casos, cuando la declaración del ofendido deviene esencial en orden a la eventual condena

12. *Vid.* nota núm. 2.

del imputado, pues la clandestinidad inherente a los delitos que nos ocupan impide siquiera que la acusación pueda apoyarse en otros testimonios distintos de los meramente referenciales.

Pero aún es preciso acotar un poco más lo que después será materia de análisis, pues nuestro trabajo se circunscribe fundamentalmente a la eficacia y valor probatorio que haya de otorgarse a la declaración de la víctima de uno de estos delitos, cuando la misma es *menor de edad*[13] o *incapaz*, conceptos éstos que merecen algún comentario. Por lo que se refiere al primero de ellos, el criterio utilizado por la norma penal no es del todo uniforme. Así, cuando la minoría de edad aparece como un elemento más del tipo objetivo, sólo algunos de los preceptos estudiados establecen de forma expresa la edad máxima, o bien el margen de edad, del eventual sujeto pasivo del delito (*v. gr.* trece años para los abusos sexuales que se presumen no consentidos —arts. 181.2 y 182.1 CP—; entre trece y dieciséis, para los abusos interviniendo engaño —art. 183.1 CP—); el resto, por el contrario, recurre a la expresión genérica de «minoría de edad» (*v. gr.* arts. 185, 186, 187.1, 189.1, 3 y 4 CP), ampliando así hasta los dieciocho años el ámbito subjetivo de aplicación de tales especies delictivas. Lo mismo ocurre con la minoría de edad como circunstancia determinante de una agravación de la pena asignada al tipo delictivo básico: si bien los artículos 180.1.3ª, 181.4, 182.2 y 183.2 CP aluden a una especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, «*y, en todo caso, cuando sea menor de trece años*», el 184.3 CP, aun empleando la misma redacción que aquellos preceptos, olvida incluir la referida pauta de los trece años; el art. 188.4 CP, por su parte, hace uso de los términos genéricos antes indicados («*menor de edad*»).

¿Constituye la minoría de edad de la víctima un factor relevante en orden a la valoración judicial de su testimonio? Sin perjuicio de que esta cuestión sea tratada en profundidad más adelante, hemos de decir que la respuesta no puede ser mas que afirmativa. Por lo general, la credibilidad que el juzgador otorgue a la declaración del ofendido va a variar en gran medida según aquélla proceda de una persona mayor o menor de edad, lo

13. Hemos de puntualizar que, cuando nos referimos a la minoría de edad de la persona ofendida, lo hacemos a la edad biológica de la misma y no a la mental pues, en este último caso, nos encontraríamos, lógicamente, ante algún supuesto de discapacidad psíquica, cuestión ésta que será abordada por separado.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cual es perfectamente lógico, habida cuenta que el testimonio del menor, dada la falta de plena madurez y desarrollo intelectual de éste, va a provocar un mayor grado de incertidumbre acerca de la verosimilitud de los hechos denunciados por el mismo, aun cuando algún pronunciamiento de la jurisprudencia española haya afirmado lo contrario[14]. Incluso las distintas etapas de crecimiento, dentro de la minoría de edad, influyen decisivamente a la hora de entrar a valorar la declaración de la víctima (piénsese en el testimonio de un menor de seis años y en el de uno de diecisiete). En la praxis forense, esta extrema prudencia con que debe ser acogida la declaración del menor de edad suele traducirse en la necesidad de que se emita informe pericial médico o psicológico sobre la ausencia en el mismo de inclinaciones o tendencias a la fabulación; informe pericial que, salvo excepciones, no suele exigirse para corroborar el testimonio de un mayor de edad.

En cuanto a la discapacidad psíquica del sujeto pasivo del delito, el Código Penal vuelve a emplear en sus normas criterios algo dispares [*trastorno mental*, según el art. 181.2 CP; *especial vulnerabilidad por razón de su enfermedad* (mental, en este caso), conforme a los arts. 180.1.3ª, 181.4, 182.2, 183.2 y 184.3 CP; e *incapacidad*, en la mayoría de los preceptos, como son el 185, 186, 187.1, 188.4, 189.1, 3 y 4 CP], si bien puede apreciarse en el mismo, en relación con el anterior Código de 1973, una considerable ampliación del concepto, que pasa a englobar cualquier tipo de enfermedad, alteración o deficiencia psíquica sin limitación alguna y con independencia de la declaración judicial de incapacitación[15]. La jurisprudencia, por su parte, ha considerado que, para poder aplicar los preceptos antes referidos, es preciso que la víctima sufra una inhibición de sus facultades intelectivas o volitivas en grado suficiente, que le impida conocer la importancia, alcance y consecuencias de sus actos en la esfera sexual; es decir, que carezca de capacidad de libre autodeterminación en el ámbito de la sexualidad[16]. Resulta evidente que la valoración judicial del testimonio de la víctima incapaz habrá de apoyarse en el oportuno informe médico que determine el verdadero alcance de dicha enfermedad mental.

Hemos iniciado el presente trabajo aludiendo a la evidente preocupación del legislador penal por otorgar la más amplia cobertura normativa posible a los distintos atentados de que pueden ser objeto la libertad e indemnidad sexuales de menores de edad e incapaces. El interrogante que se nos plantea a continuación es si el orden procesal vigente, responde, de la misma forma, a la necesidad de crear un marco de protección específico de los derechos de aquellos sujetos agredidos sexualmente.

II. Valor probatorio de la declaración de la víctima, como única prueba de cargo, en los procesos por delitos sexuales

1. Consideraciones de índole general

La cuestión relativa al valor probatorio que haya de otorgarse en nuestro ordenamiento al testimonio de la víctima, cuando aparece en la causa como única prueba inculpatoria, encuentra un serio inconveniente en la inexistencia de una normativa específica que regule, con carácter general, la declaración del ofendido o perjudicado por el delito. La Ley de Enjuiciamiento Criminal se limita a contemplar en su articulado aquellos aspectos más relevantes de las declaraciones de los procesados (arts. 385 a 409 LECrim.) y de los testigos (arts. 410 a 450 LECrim.), omitiendo, sin embargo, toda alusión expresa a la propia de ofendidos y perjudicados; excepción hecha, claro está, de aquella referencia al ofrecimiento de acciones que

14. *«En el presente supuesto, y como bien indica el Ministerio Fiscal, existe una verdadera prueba de cargo en las declaraciones de la víctima de los actos libidinosos obrantes a los folios 2, 2 y 13 del sumario, luego ratificadas en el acto del juicio oral, y sin que para entender lo contrario tenga suficiente viabilidad el hecho que la principal (y única) testigo de cargo sólo contase con la edad de nueve años, pues precisamente este dato, amén de constituir una edad suficiente de conocimiento de la realidad, representa un grado de sinceridad quizá superior a los adultos»* (STS de 18 de septiembre de 1990, RJ 7345/1990, FJ 2º).

15. *«A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma»* (art. 25 del Código Penal vigente).

16. *Vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1980 (RJ 1203/1980), CDO. 3º; 23 de octubre de 1981 (RJ 3873/1981), CDO. 1º; 5 de febrero de 1982 (RJ 629/1982), CDO. 2º; 7 de mayo de 1983 (RJ 2657/1983), CDO. único; 20 de diciembre de 1983 (RJ 6705/1983), CDO. 3º; 20 de diciembre de 1985 (RJ 6353/1985), FJ 1º y 3º; 20 de abril de 1994 (RJ 4042/1994), FJ 1º y 2º; 9 de abril de 1999 (RJ 2305/1999), FJ 3º; 3 de marzo de 2000 (RJ 1111/2000), FJ 3º; 21 de marzo de 2000 (RJ 1479/2000), FJ 4º; 27 de marzo de 2000 (RJ 1805/2000), FJ 3º; etcétera.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

necesariamente ha de hacerse a los mismos (arts. 109 y 110 LECrim.). Se produce, de esta forma, una situación de absoluto vacío legal que alcanza, no ya a las pautas o criterios que hayan de ser tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales en la valoración de aquel testimonio de la víctima, sino a la propia naturaleza, significación y alcance de dicha declaración, amén de la forma en que ésta deba articularse en la praxis forense. Ello nos obliga a tomar como punto de partida de nuestro análisis la doctrina elaborada al respecto por los tribunales de justicia, en un claro esfuerzo por suplir aquel olvido del legislador.

En este sentido, hemos de decir que tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo se han ocupado ampliamente de la cuestión que nos ocupa en estos momentos, llegando a las conclusiones que resumidamente se exponen a continuación:

a) La declaración de la víctima o perjudicado por el hecho delictivo tiene la consideración de prueba testifical, quedando, por tanto, sometida a sus normas[17].

Ahora bien, esta aplicación supletoria de las normas sobre prueba testifical no debe inducirnos a una confusión de conceptos procesales pues, en estricta técnica jurídica, la persona que ha sido víctima o perjudicada por el delito no puede considerarse sin más como testigo, esto es, como un tercero totalmente ajeno a la causa, que declara, según su experiencia personal, sobre la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia[18]. La víctima o perjudicado, por el contrario, puede mostrarse parte en el proceso, bien como acusador particular, o bien como actor civil, ejercitando una pretensión meramente resarcitoria. No obstante lo anterior, a efectos prácticos y dada la ya referida ausencia de normativa específica al respecto, su declaración se equipara al testimonio[19].

17. *Vid.* STC de 28 de noviembre de 1991 (RTC 229/1991), FJ 4º; y las SSTS de 16 de enero de 1991 (RJ 118/1991), FJ 1º; 4 de febrero de 1991 (RJ 745/1991), FJ 2º, aptdo. 2º; 29 de noviembre de 1991 (RJ 8710/1991), FJ 1º; 18 de diciembre de 1991 (RJ 9493/1991), FJ 2º; 17 de marzo de 1992 (RJ 2148/1992), FJ 1º; 23 de septiembre de 1992 (RJ 7252/1992), FJ 1º; 30 de octubre de 1995 (RJ 7917/1995), FJ 3º; 22 de abril de 1998 (RJ 4710/1998), FJ 3º; 11 de febrero de 1999 (RJ 1163/1999), FJ 1º; 17 de enero de 2000 (RJ 10/2000), FJ 1º; 24 de enero de 2000 (RJ 99/2000), FJ 1º; y ATS de 19 de enero de 2000 (RJ 96/2000), FJ 1º.

18. STS de 18 de julio de 1996 (RJ 5919/1996), FJ 1º.

b) Es plenamente admisible la prueba constituida por la declaración acusatoria de un único testigo, aun cuando éste haya sido la víctima del hecho, siempre y cuando no aparezcan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o que provoquen en el tribunal de instancia una duda que impida su convicción[20].

Así, la declaración de la víctima resultará hábil, por sí sola, para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, cuando no existan en la causa otros testimonios en que pueda fundarse la condena de aquél. Esta afirmación adquiere una especial relevancia en el ámbito de aquellos procesos incoados por alguno de los delitos sexuales previstos en el Código Penal,

19. La STS de 20 de mayo de 1997 (RJ 4262/1997), pone de relieve la diferencia existente al respecto entre el orden procesal civil y el penal, en la medida que «*quien es parte en el proceso civil no puede declarar como testigo, sino por medio de la llamada prueba de confesión; pero esto no ocurre en el proceso penal, en el que a tales efectos sólo hay una parte, aquella contra la que se ejercita la acción penal, única que no puede declarar como testigo. Todas las demás personas que pueden aportar algún dato de interés al proceso han de actuar en el mismo prestando su testimonio con sometimiento a las normas procesales que regulan esta clase de prueba. También los ofendidos por el delito, cuyas declaraciones tienen especial importancia cuando se trata de delitos, como los aquí examinados, que atentan contra la libertad sexual, para cuya comisión se busca por sus autores el momento en que la víctima se encuentra sola*» (FJ 2º).

20. SSTS de 22 de febrero de 1990 (RJ 1603/1990), FJ 1º; 16 de enero de 1991 (RJ 118/1991), FJ 2º; 4 de febrero de 1991 (RJ 745/1991), FJ 2º, aptdo. 2º; 15 de octubre de 1991 (RJ 7259/1991), FJ 1º; 31 de octubre de 1991 (RJ 7472/1991), FJ 1º; 18 de diciembre de 1991 (RJ 9493/1991), FJ 2º;11 de marzo de 1992 (RJ 1967/1992), FJ 1º;12 de marzo de 1992 (RJ 1978/1992), FJ 5º; 31 de marzo de 1992 (RJ 2545/1992), FJ 2º; 4 de abril de 1992 (RJ 2760/1992), FJ 2º; 5 de abril de 1992 (RJ 2739/1992), FJ 2º; 5 de junio de 1992 (RJ 4857/1992), FJ 3º; 23 de septiembre de 1992 (RJ 7252/1992), FJ 1º; 1 de febrero de 1994 (RJ 1240/1994), FJ 1º; 15 de febrero de 1994 (RJ 921/1994), FJ 2º, aptdo 2º; 7 de marzo de 1994 (RJ 1861/1994), FJ 1º; 29 de marzo de 1994 (RJ 2673/1994), FJ 1º; 14 de septiembre de 1994 (RJ 7387/1994), FJ 2º; 27 de octubre de 1994 (RJ 8356/1994), FJ 1º; 15 de abril de 1996 (RJ 3701/1996), FJ 4º; 20 de noviembre de 1996 (RJ 8397/1996), FJ 2º; 27 de diciembre de 1996 (RJ 9243/1996), FJ 1º; 20 de febrero de 1997 (RJ 1563/1997), FJ 3º; 20 de mayo de 1997 (RJ 4262/1997), FJ 2º; 22 de abril de 1998 (RJ 4710/1998), FJ 3º; 11 de febrero de 1999 (RJ 1163/1999), FJ 1º; 2 de febrero de 2000 (RJ 2145/2000), FJ 1º; 3 de febrero de 2000 (RJ 292/2000), FJ 2º; 21 de febrero de 2000 (RJ 878/2000), FJ 1º; 27 de marzo de 2000 (RJ 1805/2000), FJ 1º; 9 de junio de 2000 (RJ 5253/2000), FJ 2º; y Auto de 24 de enero de 1996 (RJ 294/1996), FJ único.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

máxime cuando la infracción enjuiciada es de aquéllas que, como ya vimos, por su propia naturaleza o dinámica comisiva, no dejan pruebas materiales de su perpetración (*v. gr.* abusos sexuales no consentidos y sin acceso carnal, art. 181.2 CP). Tal circunstancia, unida a la clandestinidad inherente a tales figuras delictivas, para cuya ejecución el agresor tiende a buscar la más absoluta soledad o aislamiento de posibles testigos presenciales, provoca, por lo general, una situación de auténtico vacío probatorio, susceptible de ser llenado sólo con la declaración de la persona víctima del hecho punible.

Efectivamente, suele ser bastante habitual en la práxis jurídica que la víctima se convierta en la única fuente de prueba directa a disposición del instructor de aquellos atentados sexuales, ya sea para obtener de la misma los posibles restos o vestigios de la acción delictiva, materializada de ordinario en un contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo, o bien para recabar la principal declaración de conocimiento sobre los hechos ocurridos y su autoría, pues aquélla va a ser normalmente la única persona, distinta del agresor, que presencie la comisión del delito; cualquier otro testigo de cargo que pudiera aportarse al procedimiento, como familiares de la persona ofendida o agentes de la Autoridad, se limitaría a referir lo que aquélla les contó o el estado físico y anímico en que la encontraron (testimonios de referencia).

Cuando concurren todos y cada uno de los citados elementos probatorios, es decir, tanto las pruebas materiales de la ejecución del hecho perseguido como la propia declaración inculpatoria de la víctima, la valoración judicial de los mismos no presenta particularidad alguna digna de mención; el órgano jurisdiccional habrá de proceder a una valoración conjunta y libre de las pruebas practicadas en juicio, conforme a la disposición contenida en el artículo 741 LECrim. Por el contrario, cuando desaparece la posibilidad, por mínima que ésta sea, de lograr cualquier tipo de verificación objetiva de la existencia del hecho delictivo, el testimonio del ofendido ha de ser valorado como la única y más importante prueba incriminatoria contra el presunto responsable, so pena de incurrir en graves y constantes situaciones de impunidad; afirmar que, ante la ausencia de las referidas pruebas materiales (exámenes periciales médicos de las lesiones apreciadas en la víctima, análisis del ADN, etcétera), no es posible condenar sobre la base exclusiva de la declaración de la persona ofendida, supondría dejar impunes la mayor parte de los delitos sexuales, respecto de los que el juzgador, salvo en aquellos supuestos verdaderamente excepcionales en que el propio acusado confiesa su responsabilidad, cuenta tan sólo con las versiones contradictorias de víctima y agresor.

La jurisprudencia no ha vacilado a la hora de otorgar absoluta validez como prueba de cargo a la declaración de la víctima de alguno de aquellos delitos[21]. Los argumentos esgrimidos por aquélla coinciden esencialmente

21. *Vid.* Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 44/1989, de 20 de febrero; 201/1989, de 30 de noviembre; 217/1989, de 21 de diciembre; 173/1990, de 12 de noviembre; 22/1991, de 28 de noviembre; 64/1994, de 28 de febrero; etcétera.

Vid. también las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987 (RJ 8597/1987), FJ 2º; 20 de junio de 1988 (RJ 5053/1988), FJ 2º; 5 de julio de 1988 (RJ 6496/1988), FJ 4º; 18 de octubre de 1988 (RJ 8061/1988), FJ 2º; 22 de febrero de 1990 (RJ 1603/1990), FJ 1º; 4 de mayo de 1990 (RJ 3849/1990), FJ 1º; 7 de mayo de 1990 (RJ 3859/1990), FJ 4º; 18 de mayo de 1990 (RJ 4634/1990), FJ 1º; 15 de junio de 1990 (RJ 6188/1990), FJ 2º; 12 de julio de 1990 (RJ 6304/1990), FJ 1º; 5 de octubre de 1990 (RJ 7677/1990), FJ 2º; 9 de octubre de 1990 (RJ 7918/1990), FJ 1º; 25 de octubre de 1990 (RJ 8238/1990), FJ 1º; 10 de diciembre de 1990 (RJ 9864/1990), FJ 2º; 16 de enero de 1991 (RJ 118/1991), FJ 2º; 17 de enero de 1991 (RJ 141/1991), FJ 3º; 4 de febrero de 1991 (RJ 745/1991), FJ 2º, aptdo. 2º; 19 de junio de 1991 (RJ 4757/1991), FJ 2º; 1 de octubre de 1991 (RJ 6875/1991), FJ 1º; 15 de octubre de 1991 (RJ 7259/1991), FJ 1º; 31 de octubre de 1991 (RJ 7472/1991), FJ 1º; 18 de diciembre de 1991 (RJ 9493/1991), FJ 1º; 3 de febrero de 1992 (RJ 873/1992), FJ 1º; 11 de marzo de 1992 (RJ 1967/1992), FJ 1º; 12 de marzo de 1992 (RJ 1978/1992), FJ 5º; 5 de abril de 1992 (RJ 2739/1992), FJ 2º; 13 de mayo de 1992 (RJ 4016/1992), FJ 1º; 5 de junio de 1992 (RJ 4857/1992), FJ 3º; 23 de septiembre de 1992 (RJ 7252/1992), FJ 1º; 18 de diciembre de 1992 (RJ 10437/1992), FJ 2º; 9 de junio de 1993 (RJ 4948/1993), FJ 1º; 1 de febrero de 1994 (RJ 1240/1994), FJ 1º; 15 de febrero de 1994 (RJ 921/1994), FJ 2º, aptdo 2; 7 de marzo de 1994 (RJ 1856/1994), FJ 2º; 7 de marzo de 1994 (RJ 1861/1994), FJ 1º; 29 de marzo de 1994 (RJ 2673/1994), FJ 1º; 27 de octubre de 1994 (RJ 8356/1994), FJ 1º; 27 de febrero de 1995 (RJ 5344/1995), FJ 5º; 11 de octubre de 1995 (RJ 7852/1995), FJ 2º; 30 de octubre de 1995 (RJ 7917/1995), FJ 2º; 2 de enero de 1996 (RJ 78/1996), FJ 3º; 13 de mayo de 1996 (RJ 4547/1996), FJ 2º; 20 de noviembre de 1996 (RJ 8397/1996), FJ 2º; 27 de diciembre de 1996 (RJ 9243/1996), FJ 1º; 20 de febrero de 1997 (RJ 1563/1997), FJ 3º; 19 de abril de 1997 (RJ 3028/1997), FJ 1º; 29 de diciembre de 1997 (RJ 9218/1997), FJ 3º y 4º; 8 de junio de 1998 (RJ 5989/1998), FJ 2º; 22 de abril de 1998 (RJ 4710/1998), FJ 3º; 15 de enero de 1999 (RJ 941/1999), FJ 2º; 26 de enero de 1999 (RJ 949/1999), FJ 6º; 11 de febrero de 1999 (RJ 1163/1999), FJ 1º; 15 de febrero de 1999 (RJ 1166/1999), FJ único; 19 de febrero de 1999 (RJ 1925/1999), FJ 1º; 15 de marzo de 1999 (RJ 2166/1999), FJ 8º; 23 de marzo de 1999 (RJ 2676/1999), FJ 4º; 29 de abril de 1999 (RJ 3332/1999), FJ 2º, aptdo. B), 2º; 2 de junio de 1999 (RJ 3872/1999), FJ 1º; 19 de junio de 1999 (RJ 5972/1999), FJ 4º; 17 de enero de 2000 (RJ 10/2000), FJ 1º; 24 de enero de 2000 (RJ 99/2000), FJ 2º; 2 de febrero de 2000 (RJ 2145/2000), FJ 1º; 21 de febrero de 2000 (RJ 878/2000), FJ 1º; 5 de abril de 2000 (RJ 3728/2000), FJ 7º; 9 de junio de 2000 (RJ 5253/2000), FJ 2º; 24 de junio de 2000 (RJ 5792/2000), FJ 2º; 28 de junio de 2000

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

con lo expuesto más arriba: la clandestinidad propia de tales infracciones impide contar con la declaración de otro testigo presencial que no sea la propia víctima, por lo que privar a su testimonio del valor de legítima prueba de cargo determinaría la impunidad de la mayoría de los ataques contra la libertad e indemnidad sexuales. Con ello se confirma la total superación del viejo principio «*testis unus, testis nullus*»[22], máxima de apreciación de la prueba testifical que tuvo su vigencia en el Derecho histórico español, durante el período de la prueba legal o tasada y que suponía la nulidad, a priori, del testimonio de una sóla persona como base exclusiva de la condena del reo. El proceso penal de nuestros días, sin embargo, no se rige por un sistema tasado de valoración de pruebas, por lo que resulta aceptable el testimonio de una sola persona, aun cuando sea la propia víctima del delito.

c) El Juez ha de actuar con la máxima prudencia y siempre bajo el principio «in dubio pro reo» cuando la única prueba inculpatoria sea la declaración de la víctima; debe efectuar una cuidada y prudente ponderación de su credibilidad en relación con todos los factores objetivos y subjetivos concurrentes en la causa, ya que lo contrario significaría restaurar un añejo y derogado sistema de prueba legal, por vía negativa, referente al testimonio.

Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1996 (RJ 8397/1996), nunca deberá limitarse el Juez a trasladar, sin más, al hecho probado las declaraciones de la víctima, sino que habrá de contrastarlas con los elementos probatorios concurrentes, para confirmar su verosimilitud y credibilidad, obteniendo una conclusión razonada y razonable (FJ 2º).

(RJ 5806/2000), FJ 3º; etcétera. Autos del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1990 (RJ 6915/1990), FJ único; 5 de septiembre de 1990 (RJ 6918/1990), FJ 3º; 18 de septiembre de 1990 (RJ 7181/1990), FJ 3º; 25 de septiembre de 1990 (RJ 7577/1990), FJ 4º; 28 de diciembre de 1990 (RJ 10104/1990), FJ 3º; 8 de enero de 1991 (RJ 33/1991), FJ 1º; 9 de enero de 1991 (RJ 37/1991), FJ único; 27 de febrero de 1991 (RJ 1559/1991), FJ único; 20 de noviembre de 1992 (RJ 9623/1992), FJ 3º; 14 de abril de 1993 (RJ 3267/1993), FJ 3º; 24 de enero de 1996 (RJ 294/1996), FJ único; 11 de septiembre de 1996 (RJ 6513/1996), FJ 5º; 12 de febrero de 1997 (RJ 1364/1997), FJ 3º; 12 de marzo de 1997 (RJ 2009/1997), FJ 3º; 2 de junio de 1999 (RJ 5449/1999), FJ 1º; 19 de enero de 2000 (RJ 96/2000), FJ 1º; etcétera.

22. Sobre el citado principio *vid.* FERNÁNDEZ ESPINAR, R., *El principio «testis unus testis nullus» en el Derecho Procesal español*, Madrid, 1979.

2. *La declaración de la víctima menor o incapaz*

La minoría de edad o discapacidad psíquica de la víctima no representan obstáculos a los efectos de la aplicación de la doctrina jurisprudencial reseñada anteriormente. El testimonio único del ofendido constituye prueba de cargo hábil para enervar la presunción de inocencia, aunque proceda de personas de las características indicadas, esto es, de menores o incapaces. Así, por lo que a los primeros se refiere, no son pocas las decisiones judiciales que fundamentan la condena del acusado en el testimonio único de un menor de edad[23]; incluso alguna de aquellas resoluciones, como ya vimos, otorga a la referida declaración del menor «*un grado de sinceridad quizá superior a los adultos*» (STS de 18 de septiembre de 1990, RJ 7345/1990, FJ 2º)[24].

Lo mismo cabe decir respecto del testimonio de la persona incapaz[25], pues la deficiencia mental de que las víctimas puedan adolecer no descarta sin más la verosimilitud de sus imputaciones [SSTS de 2 de enero de 1996 (RJ 78/1996), FJ 3º; 20 de febrero de 1997 (RJ 1563/1997), FJ 4º; y 21 de febrero de 2000 (RJ 878/2000), FJ 1º]. Por consiguiente, la declaración acusatoria de la persona ofendida o lesionada por el delito, aunque se encuentre limitada su capacidad intelectiva y volitiva por algún retraso mental,

23. *Vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1990 (RJ 8238/1990), FJ 1º; 10 de diciembre de 1990 (RJ 9864/1990), FJ 2º; 16 de enero de 1991 (RJ 118/1991), FJ 1º; 9 de junio de 1993 (RJ 4948/1993), FJ 1º; 19 de abril de 1997 (RJ 3028/1997), FJ 1º; 19 de febrero de 1999 (RJ 1925/1999), FJ 3º; 12 de mayo de 1999 (RJ 4979/1999), FJ 1º; 29 de marzo de 2000 (RJ 1810/2000), FJ 1º; 9 de junio de 2000 (RJ 5253/2000), FJ 2º; y Auto del mismo Tribunal, de 24 de enero de 1996 (RJ 294/1996), FJ único.

24. Por el contrario, en la Sentencia de 22 abril de 1999 (RJ 4866/1999), el Tribunal Supremo afirma que «*en relación con la credibilidad del testimonio infantil resultan tan inadmisibles las posturas extremas de quienes piensan que por su inmadurez y sugestionabilidad siempre se debe dudar de sus relatos, como las de quienes sostienen que en todo caso deben ser creídos, olvidando los factores de riesgo que concurren en este tipo de declaraciones, puestos de manifiesto por los especialistas en psicología del testimonio. Factores de riesgo que se acentúan en los supuestos de rupturas conflictivas de las parejas de sus progenitores, en los supuestos en que los testimonios se refieren a hechos ocurridos en una edad muy temprana, o cuando se relatan hechos supuestamente ocurridos varios años antes sobre la base de unos borrosos recuerdos que pueden ser reales, imaginados o sugeridos*» (FJ 11º).

25. *Vid.* al respecto ALZAGA VILLAAMIL, O., «La intervención de los discapacitados ante los órganos de justicia en calidad de testigo y/o perito», *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*, Madrid, 2000, págs. 107 y ss., si bien en este trabajo se hace referencia más bien a las discapacidades sensoriales.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

puede servir para formar la convicción del juzgador, pues no hay límite legal alguno para tal prueba testifical, al contrario de lo que ocurre en el proceso civil, precisamente por las diferencias esenciales que distinguen aquél del proceso penal (STS de 4 de febrero de 1991, RJ 745/1991, FJ 2º, aptdo. 2º)[26]; basta para apreciar el valor probatorio del testimonio de las personas que padecen de alguna minusvalía psíquica con la estimación de la capacidad informativa del testigo con base en simples percepciones sensoriales (STS de 21 de febrero de 2000, RJ 878/2000, FJ 1º). De hecho, en esta última resolución citada, se admiten las manifestaciones inculpatorias de la víctima-testigo, pese a las dificultades de ésta para expresarse debido a su sordomudez y deficiente instrucción, realizadas mediante signos con las manos, gestos faciales y con alguna palabra monosílaba, obtenidas, además, gracias a la colaboración del intérprete.

En definitiva, la limitación de la capacidad de obrar de la víctima, ya sea por su corta edad o bien por su discapacidad psíquica, no es un impedimento para la admisibilidad de su testimonio como única prueba inculpatoria contra el acusado. El problema, sin embargo, residirá en la credibilidad que se conceda, en cada caso concreto, a las manifestaciones de ese menor o incapaz, apreciadas libremente por el juzgador (art. 741 LECrim.). A tal efecto, el Tribunal Supremo sugiere prestar una extrema atención a los detalles de lugar, tiempo y modo que, como datos objetivos, complementan las posibles deficiencias de constatación narrativa que puedan ofrecer las versiones prestadas por aquéllos (STS de 2 de enero de 1996, RJ 78/1996, FJ 3º).

III. Testimonio único de la víctima *v.* presunción de inocencia. Requisitos exigidos por la jurisprudencia para que la declaración del ofendido pueda enervar aquel derecho fundamental del acusado

«*La situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso mediante la correspondiente denuncia o querella, haciéndose aún más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador. Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no sólo es la única prueba de la supuesta autoría del acusado sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose el grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan imprecisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario*» (STS de 29 de diciembre de 1997, RJ 9218/1997, FJ 2º)[27].

En estos términos ha expresado reiteradamente el Tribunal Supremo su preocupación respecto de la aceptación sin más de la declaración de la víctima como único fundamento de la condena del acusado: la presunción «iuris tantum» de inocencia podría llegar a transformarse en auténtica presunción «iure et de iure» de culpabilidad, imponiendo a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos. Y así ha ocurrido, efectivamente, en numerosas resoluciones dictadas por los órganos de instancia en las que, amparándose en la libre apreciación de las pruebas por el Juez y en la admisibilidad de la declaración del ofendido como actividad probatoria de cargo legítima, se ha impuesto la condena sin razonar el proceso deductivo empleado para llegar a tal decisión, faltando así al deber de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 de nuestro texto constitucional. A mayor abundamiento, ha sido en el ámbito de los delitos sexuales ejecutados sobre menores de edad y deficientes mentales donde se ha hecho aun

26. Efectivamente, el artículo 361 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone que podrán ser testigos todas las personas, *salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón* [...].

27. En el mismo sentido, SSTS de 23 de marzo de 1999 (RJ 2676/1999), FJ 3º; 22 de abril de 1999 (RJ 4866/1999), FJ 8º; 28 de febrero de 2000 (RJ 2257/2000), FJ 5º; etcétera.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

más patente aquel grave riesgo de inversión de la carga de la prueba al que alude el Alto Tribunal[28].

Como sabemos, el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) obliga a partir inexcusablemente de la inocencia del acusado, siendo la acusación la que deba probar en juicio tanto la existencia de los hechos imputados como la responsabilidad de la persona a quien se atribuye los mismos. Tal presunción, de naturaleza «iuris tantum», sólo podrá ser desvirtuada mediante una actividad probatoria de cargo, obtenida lícitamente y practicada, además, en el plenario, con observancia de los principios de oralidad, inmediación, contradicción efectiva de las partes y publicidad. No cabe duda que la mencionada prueba de cargo puede estar constituida por la declaración inculpatoria de un único testigo, aun cuando éste sea la persona lesionada por el hecho delictivo, pues así lo establece una consolidada doctrina jurisprudencial. Sin embargo, no es posible, en absoluto, afirmar que con el testimonio de la víctima quede automáticamente desvirtuada la referida presunción de inocencia, haciéndose recaer sobre el acusado la carga de probar la falsedad de una imputación que se admite "ab initio" como cierta; y mucho menos que aquella declaración pueda darse sin más por probada, quedando el Juez relevado de su obligación de exponer en la sentencia aquellos motivos que le han llevado a otorgar mayor credibilidad a la versión acusatoria de la víctima. El órgano jurisdiccional habrá de valorar la aptitud probatoria de aquel testimonio único en el marco de todas las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la causa, de conformidad con las amplias facultades que le concede el art. 741 LECrim., aunque expresando siempre las razones por las que deba estimarse que las manifestaciones de la víctima enervan aquel principio presuntivo (art. 120.3 CE).

28. «*Es cierto que cuando se trata de este tipo de denuncias por abusos sexuales de menores, existe lamentablemente una acusada presión social, derivada de la natural repugnancia que provoca la naturaleza de los hechos objeto de acusación, que invierte el principio constitucional y convierte al acusado en culpable en tanto no se acredite suficientemente lo contrario. Pero, precisamente por ello, es en este tipo de acusaciones donde el derecho constitucional a un juicio con todas las garantías, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y la interdicción de la indefensión adquieren su máxima virtualidad, y cuando los Tribunales de Justicia, que no deben ser influidos por las presiones mediáticas o sociales, están obligados a tutelar de manera más efectiva los derechos fundamentales del acusado. De cualquier acusado, con independencia de la naturaleza del delito objeto de acusación*» (STS de 22 de abril de 1999, RJ 4866/1999, FJ 12º). En idéntico sentido, SSTS de 29 de diciembre de 1997 (RJ 9218/1997), FJ 15º; 23 de marzo de 1999 (RJ 2676/1999), FJ 5º; y 22 de abril de 1999 (RJ 4866/1999), FJ 10º.

Este necesario respeto hacia una de las primordiales garantías del proceso penal ha llevado a la jurisprudencia a matizar su doctrina sobre el valor probatorio del testimonio único de la víctima, ya que la temida impunidad delictiva que pretende evitarse a través de aquélla puede originar, como ya hemos comentado, el grave riesgo de la condena automática del inocente; o, lo que es aún peor, que la Administración de Justicia sirva a los propósitos de ciertas personas que, bajo falsas imputaciones, tan sólo buscan satisfacer móviles de venganza, enemistad o resentimiento. A tal efecto, el Tribunal Supremo ha establecido los tres parámetros que deben ser tenidos en cuenta por el juzgador en la valoración racional de la declaración del ofendido como prueba de cargo: *a)* ausencia de incredibilidad subjetiva; *b)* verosimilitud de la imputación; y *c)* persistencia en la incriminación. La consagración de tales requisitos en la jurisprudencia de nuestros días, desde que aparecieran formulados por primera vez en la STS de 9 de noviembre de 1987 (RJ 6324/1987), queda fuera de toda duda; así lo demuestran las numerosas resoluciones judiciales que se hacen eco de los mismos[29].

29. *Vid.* SSTS de 28 de septiembre de 1988 (RJ 7070/1988), FJ 2º; 17 de enero de 1991 (RJ 141/1991), FJ 3º; 27 de febrero de 1991 (RJ 1559/1991), FJ único; 15 de octubre de 1991 (RJ 7259/1991), FJ 2º; 11 de marzo de 1992 (RJ 1967/1992), FJ 2º; 5 de abril de 1992 (RJ 2739/1992), FJ 2º; 5 de junio de 1992 (RJ 4857/1992), FJ 3º; 1 de febrero de 1994 (RJ 1240/1994), FJ 1º; 7 de marzo de 1994 (RJ 1861/1994), FJ 1º; 27 de febrero de 1995 (RJ 5344/1995), FJ 5º; 11 de octubre de 1995 (RJ 7852/1995), FJ 2º; 15 de abril de 1996 (RJ 3701/1996), FJ 4º; 13 de mayo de 1996 (RJ 4547/1996), FJ 2º; 20 de noviembre de 1996 (RJ 8397/1996), FJ 2º; 20 de febrero de 1997 (RJ 1563/1997), FJ 3º; 9 de abril de 1997 (RJ 3028/1997), FJ 1º; 29 de diciembre de 1997 (RJ 9218/1997), FJ 4º; 8 de junio de 1998 (RJ 5989/1998), FJ 2º; 7 de mayo de 1998 (RJ 4869/1998), FJ 1º; 26 de enero de 1999 (RJ 949/1999), FJ 6º; 10 de febrero de 1999 (RJ 846/1999), FJ 2º; 11 de febrero de 1999 (RJ 1163/1999), FJ 1º; 15 de febrero de 1999 (RJ 1166/1999), FJ único; 19 de febrero de 1999 (RJ 1925/1999), FJ 1º; 15 de marzo de 1999 (RJ 2666/1999), FJ 7º y 8º; 23 de marzo de 1999 (RJ 2676/1999), FJ 4º; 22 de abril de 1999 (RJ 4866/1999), FJ 9º; 19 de junio de 1999 (RJ 5972/1999), FJ 5º; 17 de enero de 2000 (RJ 10/2000), FJ 1º; 24 de enero de 2000 (RJ 99/2000), FJ 2º; 2 de febrero de 2000 (RJ 2145/2000), FJ 1º; 3 de febrero de 2000 (RJ 292/2000), FJ 2º; 19 de febrero de 2000 (RJ 1141/2000), FJ 3º y 4º; 27 de marzo de 2000 (RJ 1805/2000), FJ 1º; 5 de abril de 2000 (RJ 3703/2000), FJ 4º; 5 de abril de 2000 (RJ 3728/2000), FJ 7º; 26 de abril de 2000 (RJ 3737/2000), FJ 3º; 24 de junio de 2000 (RJ 5792/2000), FJ 2º; 28 de junio de 2000 (RJ 5806/2000), FJ 3º; 6 de marzo de 2001, FJ 2º, aptdo. 3; y Autos del TS de 25 de septiembre de 1990 (RJ 7577/1990), FJ 4º; 28 diciembre 1990 (RJ 10104/1990), FJ 3º; 14 de abril de 1993 (RJ 3267/1993), FJ 3º; 24 de enero de 1996 (RJ 294/1996), FJ único; 11 de septiembre de 1996 (RJ 6513/1996), FJ 5º; 12 de febrero de 1997 (RJ 1364/1997), FJ 3º; 19 de enero de 2000 (RJ 96/2000), FJ 1º; etcétera.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Con carácter previo al examen de cada uno de los citados requisitos es preciso que nos planteemos la difícil cuestión relativa a su naturaleza y eficacia. ¿Deben ser aceptados como auténticas reglas de valoración de la prueba, o bien como simples pautas que deben ser tomadas en consideración por los órganos jurisdiccionales, exclusivamente al objeto de ponderar el valor de las manifestaciones de la víctima frente a las del acusado y de afirmar su convicción sobre la mayor credibilidad de unas u otras? Debemos inclinarnos, obviamente, por esta segunda posibilidad; la jurisprudencia así lo reconoce también[30]. El sistema procesal penal español se rige por el principio de libre valoración de las pruebas, practicadas bajo la inmediación del Juez y con absoluto respeto a las garantías de oralidad, publicidad y contradicción. Ello significa que la valoración judicial del material probatorio únicamente se encuentra sometida a las reglas que integran la sana crítica y a la apreciación del mismo "según conciencia" (art. 741 LECrim.), quedando, por el contrario, desterrada de nuestro ordenamiento toda norma de valoración preestablecida, que suponga un freno a las amplias facultades reconocidas al Juez en este ámbito. De hecho, ni siquiera es posible revisar en casación la libre valoración de las pruebas realizada por los tribunales de instancia; concretamente, para el caso de las declaraciones de la víctima, el Tribunal Supremo ha afirmado insistentemente que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, es decir, de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia judicial, por lo que la cuestión de la credibilidad otorgada libremente por el Juez a las manifestaciones de los testigos, aun cuando éstos sean los ofendidos por el delito, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del mencionado recurso[31].

30. *Vid.*, entre otras, SSTS de 15 de febrero de 1999 (RJ 1166/1999), FJ único; 2 de junio de 1999 (RJ 3872/1999), FJ 1º; 24 de enero de 2000 (RJ 99/2000), FJ 2º; 24 de junio de 2000 (RJ 5792/2000), FJ 2º; etcétera.

31. SSTS de 15 de febrero de 1994 (RJ 921/1994), FJ 2º; 27 de octubre de 1994 (RJ 8356/1994), FJ 1º; 27 de febrero de 1995 (RJ 5344/1995), FJ 5º; 22 de febrero de 1997 (RJ 1368/1997), FJ único; 2 de julio de 1998 (RJ 6230/1998), FJ 5º; 16 de febrero de 1999 (RJ 1280/1999), FJ 1º; 23 de marzo de 1999 (RJ 2676/1999), FJ 8º; 17 de enero de 2000 (RJ 10/2000), FJ 1º; 14 de febrero de 2000 (RJ 689/2000), FJ 5º; 21 de febrero de 2000 (RJ 875/2000), FJ 5º; 27 de marzo de 2000 (RJ 1805/2000), FJ 2º; 24 de junio de 2000 (RJ 5792/2000), FJ 2º; y Autos del TS de 12 de julio de 1995 (RJ 5776/1995), FJ único; 10 de octubre de 1996 (RJ 7674/1996), FJ 1º; 2 de abril de 1997 (RJ 2718/1997), FJ 1º; 19 de enero de 2000 (RJ 96/2000), FJ 1º; etcétera.

Aquellos criterios jurisprudenciales sobre valoración del testimonio único de la víctima no constituyen un límite a la libertad de los Jueces en la apreciación de las pruebas; más bien representan la medida de lo que, en tales casos, haya de considerarse como «mínima actividad probatoria de cargo» susceptible de enervar la presunción de inocencia, según exige la doctrina constitucional elaborada sobre aquel derecho fundamental del acusado (art. 24.2 CE). Se trata, en definitiva, de pautas lógicas proporcionadas al órgano receptor de la declaración del ofendido, a los efectos de poder comprobar la validez de la misma como prueba de cargo razonablemente suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria.

Ahora bien, si tales parámetros no restringen la facultad de libre valoración probatoria reconocida al Juez por el art. 741 LECrim., en el sentido de verdaderas reglas vinculantes, inspiradas en un derogado sistema de prueba legal o tasada, sino que se limitan a ser simples criterios de apoyo en la ponderación de las diversas circunstancias concurrentes en la causa, ¿quiere ello decir que los mismos carecen de toda eficacia y, sobre todo, que la valoración del testimonio de la víctima efectuada por el órgano de instancia escapa de todo control jurisdiccional, al estar excluida, como vimos, del recurso de casación? De ser así, estaríamos consagrando la posibilidad de que aquella libertad del Juez en la valoración del material probatorio se transformase en auténtica arbitrariedad. Ciertamente, la necesaria inmediación en la práctica de las pruebas, más acentuada aún si se trata de pruebas personales como la declaración de víctimas—testigos, impide que la concreta valoración que de las mismas hace el órgano "a quo" sea revisable en casación. Sin embargo, el Tribunal Supremo viene manteniendo en numerosos pronunciamientos la posibilidad de revisar en casación todo lo relativo a la estructura racional de aquella valoración probatoria; esto es, si el tribunal ha observado o no las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos[32]. En el caso específico de la prueba testifical, a la que se equipara la declaración de la víctima, como ya vimos en su momento, aquélla podría ser impugnada en casación cuando el

32. SSTS de 29 de diciembre de 1997 (RJ 9218/1997), FJ 10º; 16 de febrero de 1999 (RJ 1280/1999), FJ 1º; 23 de marzo de 1999 (RJ 2676/1999), FJ 8º; 17 de enero de 2000 (RJ 10/2000), FJ 1º; 16 de febrero de 2000 (RJ 1137/2000), FJ 1º; 21 de febrero de 2000 (RJ 875/2000), FJ 5º; 24 de junio de 2000 (RJ 5792/2000), FJ 2º; y ATS de 19 de enero de 2000 (RJ 96/2000), FJ 1º; etcétera.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tribunal de instancia haya considerado creíbles manifestaciones del testigo que se basan en un pensamiento ilógico (básicamente porque éste hace deducciones o inducciones que contradicen las reglas del razonamiento lógico), haya desconocido las máximas de la experiencia (como cuando afirma hechos que de acuerdo con la experiencia general no podrían haber ocurrido en absoluto, o bien no podrían haber ocurrido en la forma en que el testigo lo dice) y cuando lo afirmado por el testigo está desmentido por conocimientos científicos (por ejemplo cuando se considere creíble una afirmación de hechos que proviene de una superstición) [STS de 22 de febrero de 1997, RJ 1368/1997, FJ único]. Este control casacional del que hablamos se dirige, en definitiva, a *verificar que el juicio de certeza objetivado por la Sala sentenciadora está motivado, y por tanto es una decisión razonada y razonable, en modo alguno arbitraria, pues la arbitrariedad aparece prohibida en el art. 9.3º de la Constitución española* (STS de 24 de junio de 2000, RJ 5792/2000, FJ 2º).

De otro lado, debe tenerse en cuenta que los artículos 5.4 LOPJ y 849.1º LECrim. permiten denunciar a través de aquel recurso la vulneración del principio de presunción de inocencia cuando, a juicio del recurrente, no se haya logrado aquella mínima actividad probatoria de cargo necesaria para enervar el citado derecho fundamental. Pues bien, es precisamente en este ámbito donde despliegan su eficacia con mayor fuerza las comentadas notas de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud de la imputación y persistencia en la incriminación, ya que, si examinadas las mismas en relación con las concretas circunstancias objetivas y subjetivas del supuesto delictivo en cuestión, el Tribunal Supremo llegase a la conclusión de que la declaración acusatoria de la víctima no cumple aquella mínima exigencia constitucional, al carecer dicho testimonio único de aptitud y suficiencia como prueba de cargo, podría revocar aquel órgano la sentencia condenatoria dictada en primera o segunda instancia. Así sucede, por ejemplo, en las SSTS de 11 de octubre de 1995 (RJ 7852/1995) y 29 de diciembre de 1997 (RJ 9218/1997); en ambos casos, las manifestaciones de la víctima menor no cumplían aquellos requisitos jurisprudenciales, necesarios para que dicho testimonio único fuese estimado como prueba de cargo suficiente.

De las consideraciones anteriores se desprende que la valoración judicial de la declaración de la víctima podría ser revisada en casación no sólo desde la perspectiva de la verificación de la racionalidad del proceso deductivo seguido por el Juez en la ponderación de aquel material probatorio, sino también desde la confrontación del citado testimonio con los parámetros establecidos por la jurisprudencia como necesarios para poder fundar una sentencia condenatoria en aquella prueba de cargo sin que resulte desconocida la garantía constitucional de presunción de inocencia.

IV. Examen de los requisitos jurisprudenciales. Aplicación de los mismos al testimonio de menores de edad e incapaces agredidos sexualmente

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva

El primero de los comentados requisitos obliga a realizar un análisis circunstanciado de las relaciones anteriores entre procesado y ofendido por el delito, a los efectos de constatar la inexistencia de móviles espurios de resentimiento, interés o venganza, que pudieran privar al testimonio de toda credibilidad subjetiva y, por tanto, de aptitud para formar la convicción inculpatoria del Juez. Se trata, en definitiva, de comprobar la posible influencia ejercida sobre el ánimo de la víctima por un eventual sentimiento de enemistad o animadversión hacia el acusado, hasta el extremo de llevarla a formalizar una denuncia o acusación falsa contra el mismo.

Ahora bien, como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1999 (RJ 4866/1999), «*[...] cuando la única base en que se fundamenta la acusación son las manifestaciones de menores, que por su propia fragilidad e inmadurez son lamentablemente influenciables, el móvil de resentimiento, enemistad o interés que pueda afectar a su credibilidad subjetiva no ha de buscarse en el propio menor, sino en el entorno familiar que haya podido influir sobre su testimonio*» (FJ 11º). En efecto, suele ser bastante habitual en la práctica que el menor se vea inducido por alguno de sus progenitores a denunciar unos supuestos abusos sexuales sufridos por el mismo, con la exclusiva y premeditada finalidad de satisfacer los interesados propósitos de aquéllos. Así ocurre, por ejemplo, en el marco de los procesos civiles de separación y divorcio, paralizados la mayoría de las veces por la denuncia o querella penal presentada por uno de los padres contra el otro, por un presunto delito sexual ejecutado sobre el hijo menor o discapacitado psíquico, pues debemos tener en cuenta que, en el ámbito que tratamos, la sentencia condenatoria puede imponer, además, la pena de inhabili-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela o guarda (art. 192.2 CP)[33].

La ausencia de incredibilidad subjetiva ha de entenderse referida a la posible *preexistencia* de algún resentimiento o enemistad que tenga su origen en otras causas distintas del ataque sufrido por la víctima; la enemistad que nace precisamente de los hechos perseguidos no puede servir como argumento para desvirtuar la credibilidad del testimonio de la víctima, ya que ello carecería de toda lógica y supondría ir en contra de la naturaleza de los sentimientos, al exigir a la víctima de cualquier agresión una absoluta indiferencia respecto de la persona causante de su daño o perjuicio (STS de 24 de junio de 2000, RJ 5792/2000, FJ 2º).

En la Sentencia de 19 de febrero de 2000 (RJ 1141/2000), el Tribunal Supremo ha manifestado que este requisito ha de ser examinado, asimismo, en relación con las propias características físicas o psicoorgánicas de la víctima, pues ha de valorarse en todo caso su grado de desarrollo y madurez (no es lo mismo un mayor de edad que un menor o un niño) y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones puedan tener ciertos trastornos mentales (FJ 3º).

b) Verosimilitud del testimonio

La declaración de la víctima, cuando aparece en el proceso como única prueba de signo incriminatorio, ha de estar rodeada de ciertas *corroboraciones periféricas de carácter objetivo*, que permitan verificar la propia existencia de los hechos perseguidos y la responsabilidad del imputado. En los supuestos en que la persona lesionada es menor de edad, siendo, además, imposible la constatación de la real existencia del delito (*v. gr.* abusos sexuales), por ser de los que no dejan huellas de su perpetración (art. 331 LECrim.), dicha exigencia se cumplimenta, esencialmente, a través del oportuno informe pericial médico-forense o psicológico[34], emitido sobre la

33. *Vid.* SSTS de 11 de octubre de 1995 (RJ 7852/1995); 29 de diciembre de 1997 (RJ 9218/1997); y 23 de marzo de 1999 (RJ 2676/1999), que versan sobre el supuesto que comentamos.

34. *«Esta Sala tiene declarado además —cfr. Sentencias de 22 marzo 1995 (RJ 1995/4562), 11 abril y 29 octubre 1996 (RJ 1996/3698 y RJ 1996/7670)—, que el dictamen psicológico, en el que se verifica el análisis de la credibilidad de un testimonio, goza de la naturaleza de prueba pericial, apreciable por el juzgador de instancia, al presuponer la existencia de una declaración prestada en legal forma y con todas las garantías legales»* (STS de 22 de abril de 1998, RJ 4710/1998, FJ 3º).

posible inclinación del menor a fabulaciones, capacidad de inventiva o bien sugestionabilidad del mismo, y, sobre todo, grado de veracidad, sinceridad y madurez en sus manifestaciones; cuando se trata de un deficiente mental, aquel informe ha de pronunciarse, además, sobre la forma en que la incapacidad del ofendido puede llegar a condicionar la credibilidad de sus declaraciones.

Debemos mencionar asimismo, como posibles corroboraciones objetivas de la versión acusatoria de la víctima, los testimonios de referencia aportados por sus familiares (*v. gr.* padres del menor), vecinos, profesores, trabajadores del centro de educación, trabajadores sociales, etcétera; o bien por los propios agentes de la Autoridad que hayan intervenido directamente en el asunto. En este sentido, es preciso recordar, siquiera brevemente, la doctrina elaborada por la jurisprudencia en torno al valor probatorio que ha de otorgarse a los citados testimonios indirectos, expresamente admitidos por el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[35]. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de negar la posibilidad de que la prueba testifical indirecta o de referencia pueda erigirse, por sí sola, en prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, afirmando seguidamente que aquélla *«nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral»*, lo cual no supone sino *«la aplicación del canon hermenéutico proporcionado por el TEDH, que ha declarado contraria a lo dispuesto en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, por cuanto, de un lado priva al Tribunal sentenciador de la posibilidad de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto, al no poder confrontarlo con el directo, y de otro y sobre todo, vulnera lo dispuesto en el art. 6.1 y 3 del CEDH, que consagra el derecho que al acusado asiste de interrogar a los testigos de cargo (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos Delta c. Francia de 19 de diciembre de 1990; Isgrò c. Italia, 19 de febrero de 1991; Asch c. Austria, de 26 de abril de 1991)»* (STC 97/1999, de 31 de mayo de 1999, FJ 6º). De

35. *Vid.* ampliamente sobre este tema: VELAYOS MARTÍNEZ, Mª I., *El testigo de referencia en el proceso penal*, Valencia, 1998.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

modo similar, el Tribunal Supremo ha declarado que la admisibilidad de los testimonios de referencia debe quedar limitada a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal (*v. gr.* casos en que el testigo directo ha fallecido, se encuentra en paradero desconocido, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación judicial o cuando reside en el extranjero y no viene a juicio pese a estar citado) [STS de 23 de noviembre de 2000, RJ 9746/2000, FJ 2º.2]. En definitiva, el testimonio de referencia tiene un valor excepcional y subsidiario, en la medida que, por sí sólo, no puede desvirtuar la presunción de inocencia, salvo en aquellos casos que vaya acompañado de otras pruebas directas o indiciarias (STS de 19 de septiembre de 2000, RJ 8002/2000, FJ 1º)[36].

Por lo que hace al objeto de nuestro estudio, la conclusión que se desprende de las anteriores consideraciones es clara: no existe inconveniente alguno en que los testimonios de referencia, siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos por el artículo 710 LECrim. (a saber, precisar el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado), actúen como elementos de corroboración objetiva de la versión de los hechos mantenida por el principal y único testigo directo de la acción delictiva, esto es, la víctima (STS de 23 de junio de 2000, RJ 5789/2000, FJ 2º).

Por el contrario, en modo alguno podrían aceptarse sin más las declaraciones del testigo de referencia (*v. gr.* padres del menor) en sustitución de las propias manifestaciones de la persona agraviada; una sentencia condenatoria nunca podría estar basada únicamente en la declaración de un testigo de referencia, siendo necesario para tal fin que el resultado de dicha prueba resultase corroborado, al menos, por el de otra prueba directa, aunque la naturaleza de esta última no fuese testifical, o el de varias pruebas indiciarias (STS de 26 de marzo de 1999, RJ 2686/1999, FJ 1º). De esta regla

36. *Vid.* también SSTS de 22 de noviembre de 1995 (RJ 8320/1995); 6 de mayo de 1996 (RJ 3801/1996); 20 de septiembre de 1996 (RJ 6618/1996); 10 de febrero de 1997 (RJ 718/1997); 23 de septiembre de 1997 (RJ 7261/1997); 15 de enero de 1998 (RJ 142/1998); 27 de febrero de 1998 (RJ 1982\1998); 16 de mayo de 1998 (RJ 4878/1998); 11 de diciembre de 1998 (RJ 10339/1998); 26 de marzo de 1999 (RJ 2686/1999); 19 de junio de 1999 (RJ 5694/1999); 24 de febrero de 2000 (RJ 1453/2000); 23 de junio de 2000 (RJ 5789/2000); 4 de julio de 2000 (RJ 6343/2000); 2 de octubre de 2000 (RJ 8118/2000); 27 de octubre de 2000 (RJ 8799/2000); entre otras muchas.

o criterio general tan sólo se exceptúan, como bien ha señalado la jurisprudencia, los supuestos de absoluta imposibilidad material de comparecencia del testigo directo en el juicio, lo cual nos indica que sólo cuando se hayan utilizado sin éxito todos los medios legales al alcance del órgano jurisdiccional para procurar la declaración del testigo presencial (*v. gr.* los arts. 718 y 719 LECrim. permiten el interrogatorio del testigo en su propio domicilio, cuando no pueda comparecer por imposibilidad y el juzgador considere de importancia su declaración para el éxito del juicio; el art. 746.3º LECrim. prevé la suspensión de la vista por la inasistencia de algún testigo de cargo, cuya declaración se repute necesaria; los arts. 448, *in fine*, y 707.II LECrim. contemplan la declaración de la víctima menor de edad sin confrontación directa con el acusado ni el público en general; etcétera), podrá ser aquélla suplida con el testimonio de referencia (SSTS de 15 de junio de 1999, RJ 5683/1999, FJ único, y de 4 de julio de 2000, RJ 6343/2000, FJ único).

c) Persistencia en la incriminación

Ésta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones[37]. La víctima ha de mantener su versión de los hechos a lo largo de toda la tramitación de la causa, de una forma clara, contundente y precisa[38]. Sólo son admisibles, en el caso de víctimas menores o deficientes mentales, las pequeñas variaciones o discrepancias narrativas propias de una persona de tales características.

No obstante lo anterior, es preciso tener en cuenta que, en los supuestos de incapacidad de la víctima, la insistencia en su declaración inculpatoria puede no ser un dato revelador de la veracidad de dicho testimonio sino, simplemente, el resultado de su retraso mental. Así, en la STS de 18 de febrero de 1999 (RJ 846/1999), el voto particular formulado por Bacigalupo Zapater pone de manifiesto que la "persistencia en la incriminación", apre-

37. Salvo que las mismas se concreten exclusivamente en cuestiones puramente tangenciales sin incidencia directa en el enjuiciamiento (STS de 9 de marzo de 2000, RJ 1708/2000), FJ 1º).

38. Se trata de una persistencia material en la incriminación, consistente no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial en las diversas declaraciones (STS de 18 de junio de 1998, RJ 5590/1998, FJ 1º).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ciada por el tribunal de instancia como factor determinante de la mayor credibilidad otorgada a la versión de la víctima, «*[...] es de una debilidad notoria en el caso de una "personalidad desestructurada por un trastorno esquizoide"* —enfermedad sufrida por aquélla—, *pues no permite saber si la persistencia es consecuencia del déficit psíquico o de la auténtica verdad de lo manifestado*».

De todos estos criterios elaborados por la jurisprudencia en torno a la validez del testimonio del ofendido como prueba de cargo, el más importante es, a nuestro juicio, el relativo a la existencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo y, más concretamente, los informes médico-forenses o psicológicos emitidos sobre la veracidad de aquellas manifestaciones subjetivas de la víctima. La relevancia del mencionado dictamen pericial se comprende fácilmente si tenemos en cuenta que éste va ser el principal elemento objetivo sobre el que se sustente la declaración acusatoria de aquélla. De hecho, en la práctica, la credibilidad que el Juez otorgue al testimonio de la persona lesionada por el delito, sobre todo si ésta es menor de edad o discapacitada psíquica, va a estar condicionada al resultado de dicha prueba pericial.

¿Qué ocurre si el testimonio de la víctima no cumple alguno de estos parámetros jurisprudenciales? Resulta obvio que la ausencia de los tres requisitos impide valorar racionalmente la declaración de la víctima como prueba de cargo legítima, salvo que se quiera vaciar de contenido efectivo el derecho a la presunción de inocencia[39]. Sin embargo, la simple carencia de alguno de ellos ha de ser valorada libremente por el Juez de instancia (art. 741 LECrim.); a él corresponde determinar si la declaración de la víctima, pese a no satisfacer todas y cada una de las referidas exigencias jurisprudenciales, sigue gozando o no de aptitud probatoria suficiente para enervar la presunción de inocencia del imputado[40]. No obstante, ello dependerá

39. SSTS de 11 de octubre de 1995 (RJ 7852/1995), FJ 3°, y de 29 de diciembre de 1997 (RJ 9218/1997), FJ 5°.

40. «*Pero debe recordarse que no se trata de condiciones objetivas de validez sino de criterios de valoración, de modo que la estructura racional de esa valoración será tanto mayor o menor cuanto mayor o menor sea su coincidencia con tales criterios. Si la carencia es aplicable a los tres, ello supondrá una valoración no razonable, pero cuando sólo adolezca de alguno, la razonabilidad dependerá de la relevancia de los demás en cada caso concreto*» (STS de 19 de febrero de 2000, RJ 1141/2000, FJ 4°).

en gran medida de la entidad y número de los requisitos que no hayan podido cumplimentarse pues, por ejemplo, no cabe duda que la sentencia condenatoria nunca podría fundarse en el dato único y exclusivo de la persistencia en la incriminación; mucho menos si la víctima es retrasada mental, como ya vimos anteriormente.

V. Cuestiones procesales de interés relativas al testimonio único de la víctima menor o discapacitada psíquica, en el ámbito de los delitos de contenido sexual

1. Iniciativa procesal y ofrecimiento de acciones

El primer dato a tener en cuenta es la necesaria incoación a instancia de parte de las causas seguidas por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales. Así lo dispone el artículo 191.1 del Código Penal vigente, que exige, como condición objetiva de procedibilidad, la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal[41], o bien la querella del Ministerio Público, que siempre habrá de actuar ponderando los legítimos intereses en presencia y, por tanto, expresando aquellos motivos que aconsejan el inicio del procedimiento penal. No obstante, cuando la víctima sea menor de edad o incapaz, como es el caso que nos ocupa, bastará la denuncia del Fiscal, lo que se traduce, en tales supuestos, en la práctica publicidad o perseguibilidad de oficio de las infracciones de aquel tipo. Además, debe tenerse en cuenta que, conforme al inciso final del art. 132.1 CP —añadido por la L.O. 11/1999, de 30 de abril y modificado con posterioridad por la L.O. 14/1999, de 9 de junio—, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, siendo la víctima menor, el plazo de prescripción se computará desde el día en que aquélla haya alcanzado la mayoría de edad, con lo que se posibilita así que sea la propia persona ofendida la que inste personalmente la incoación del proceso penal; si aquel menor falleciera antes de alcanzar la mayoría de edad, el inicio del cómputo de los plazos de prescripción se produci-

41. El Tribunal Supremo ha manifestado que basta la presencia en la causa del agraviado o de su representante legal para tener por cumplido el requisito de procedibilidad exigido por el art. 191.1 CP; es decir, la mera personación en la causa de quienes pueden activar el proceso penal supone la voluntad de perseguir un hecho delictivo que afecta al perjudicado o a su representado (STS de 19 de abril de 2000, RJ 3045/2000, FJ 2°).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rá a partir de la fecha del fallecimiento. Se concibe, por tanto, la iniciativa procesal en unos términos sumamente amplios, favorecedores, en cualquier caso, de la persecución de tan deleznables comportamientos contra menores e incapaces, al quedar difuminado el tradicional carácter semipúblico de los delitos de contenido sexual[42].

También es preciso hacer mención del ofrecimiento de acciones que, inexcusablemente, ha de hacerse al ofendido en el acto de recibirle declaración por primera vez (arts. 109.I LECrim. y 15.4 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual). En el caso de víctimas menores o deficientes, al carecer éstos de la necesaria capacidad legal, la citada diligencia de ofrecimiento de acciones deberá practicarse con su representante (art. 109.II LECrim.). A resultas de dicho trámite, el menor o incapaz, siempre por medio de sus representantes legales, podrá personarse como parte acusadora en el proceso, solicitando la condena del acusado y la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito[43]. Nos encontramos así ante la peculiar situación de la *víctima-testigo*, es decir, aquélla que, pudiendo ser parte del proceso, aporta el único testimonio directo sobre los hechos perseguidos. Como expusimos en su momento, según doctrina consagrada del Tribunal

42. Si bien las normas penales otorgan al menor, una vez alcanzada la mayoría de edad, y a sus representantes legales, en todo caso, la iniciativa del proceso dirigido al enjuiciamiento de los atentados sexuales cometidos contra aquél (sin perjuicio, claro está, de la incoación por denuncia del Ministerio Público), no ocurre lo mismo respecto de la finalización del juicio por medio de la institución del perdón, pues establece el art. 191.2 CP, de forma clara y terminante, que «*en estos delitos* (agresiones, acoso o abusos sexuales) *el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase*».

43. Cuando la minoría de edad alcanza no sólo a la víctima sino también al infractor (supuesto éste no improbable), siendo, por tanto, de aplicación las prescripciones de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, el sujeto agredido se ve privado de este derecho a constituirse en parte acusadora del proceso a través de sus representantes legales, pues la norma citada concede a la persona ofendida tan sólo el papel de *coadyuvante* de la acusación oficial, en aquellos limitados casos en que el responsable criminal haya cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas (art. 25.II). Y otorgamos aquel calificativo de coadyuvante, siguiendo las directrices contenidas en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la mencionada L.O. 5/2000, porque la participación de la víctima en los procesos que reúnan las referidas condiciones es sumamente restrictiva, al no poder siquiera solicitar del Juez la imposición de medida educativa alguna.

Constitucional y del Tribunal Supremo, la declaración de la persona ofendida, aun cuando se persone en la causa como acusación particular, tiene el valor de prueba testifical, quedando sometida a sus normas procesales.

Por último, debemos señalar que el Juez de Instrucción debe garantizar la comunicación a la víctima, o bien a su representante legal, de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad (art. 109.IV LECrim.). Asimismo, ha de instruirle sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar ayudas públicas (art. 15.1 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre).

2. *Negativa a declarar de la víctima menor o deficiente*

a) Fase de instrucción del proceso penal

Debemos recordar que el objeto específico de nuestro estudio se circunscribe a la declaración de la víctima menor o incapaz como única prueba de cargo en los procesos por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En este sentido, coincidiremos en que el principal problema que puede plantearse durante esta fase de instrucción de la causa penal es, precisamente, la negativa de aquélla a declarar ante el Juez, a los efectos de ratificarse en la denuncia formulada en su día por su representante legal. Examinaremos seguidamente esta cuestión, tratando por separado las situaciones de minoría de edad e incapacidad del ofendido.

En el caso de víctimas menores de edad, puesto que, como vimos más arriba, su testimonio se somete a las normas sobre la prueba testifical, aquéllas sólo quedan dispensadas de la obligación de declarar contra el presunto autor de los hechos cuando tengan con el mismo alguno de los parentescos establecidos por el artículo 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, situación ésta que se planteará con relativa frecuencia, dado el elevado índice de atentados sexuales perpetrados por algún miembro del entorno familiar del menor; a mayor abundamiento, ni siquiera pueden ser obligados a declarar algo que afecte material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de aquellos parientes (art. 418 LECrim.). Fuera del mencionado supuesto de parentesco con el infractor, los menores se encuentran obligados a concurrir al llamamiento del Juez para declarar sobre lo que les fuere preguntado (art. 410 LECrim.).

Ahora bien, ¿qué ocurre si el menor, no estando dispensado de aquella obligación de prestar testimonio, se niega a acudir ante la presencia judicial

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

o, simplemente, a narrar al Juez su versión de lo ocurrido? El artículo 420 LECrim. establece una multa de 5.000 a 25.000 pesetas para los testigos que no concurrieren al primer llamamiento judicial o se resistieren a declarar; si persistiesen en su negativa, aquéllos serán conducidos, en el primer caso, a la presencia del Juez instructor por los agentes de la Autoridad y procesados por el delito de denegación de auxilio (art. 463.1 CP), y en el segundo, procesados también por el delito de desobediencia grave a la Autoridad (art. 556 CP). La aplicación de estas medidas al caso que analizamos pueden resultar excesivas, teniendo en cuenta que se trata de la persona lesionada por el delito y, sobre todo, que ésta es menor de edad; difícilmente podría admitirse que la misma fuese llevada por la fuerza ante el Juez[44]. En cualquier caso, de aplicarse literalmente aquel precepto, la multa por la negativa del menor a concurrir o declarar habrían de hacerla efectiva, obviamente, sus representantes legales y el eventual procesamiento del mismo por los delitos de denegación de auxilio o desobediencia grave a la autoridad (solución ésta totalmente descabellada, en nuestra opinión), tendría que sujetarse a las normas de enjuiciamiento contenidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, siempre que aquél fuese mayor de catorce años; de no serlo, se declararía su inimputabilidad (art. 3 L.O. 5/2000).

Estos inconvenientes desaparecen cuando la víctima está afectada por alguna discapacidad psíquica, pues el artículo 417.3º LECrim. establece que no podrán ser obligados a declarar «*los incapacitados física o moralmente*».

¿Qué efectos procesales produce la falta de declaración de la víctima menor o incapaz durante esta fase del procedimiento, bien por estar aquélla dispensada de dicha obligación, o bien por negarse a ello? Resulta obvio que

44. ARAGONESES MARTÍNEZ («Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección», *Revista de Derecho Procesal*, 1995, núm. 2, págs. 429 y ss.), conocedora de la habitual inaplicación por los tribunales de las sanciones previstas en el art. 420 LECrim., dada la evidente falta de proporcionalidad de las mismas («*¿no resulta, al menos, llamativo imaginar a quien a punta de navaja le sustrajeron su nómina mensual recién cobrada, recibiendo una citación bajo apercibimiento de que caso de no comparecer será multado hasta con 25.000 pesetas? O más aún, ¿no provocará, al menos perplejidad, a quien ha visto peligrar su integridad física o su propia vida ser conducido manu militari a la presencia judicial?*»), opina que si una previsión legal es sistemáticamente inaplicada porque se considera inadecuada, parece que habrá que considerar la posibilidad de una nueva regulación en la que el equilibrio entre la eficacia en la represión delictiva y la protección a la víctima sea respetado.

el proceso penal nunca podría continuar hasta sentencia si la víctima se opone, desde el inicio de su tramitación, a narrar al Juez los pormenores de un delito del que, supuestamente, ha sido sujeto pasivo y único testigo; entre otras razones porque, en estos casos, se privaría *ab initio* al juzgador del único elemento probatorio de cargo sobre el que poder afirmar su convicción, una vez valorado el mismo conforme a los principios de la lógica, de la sana crítica y de la experiencia (art. 741 LECrim.). No obstante, a nuestro juicio, con carácter previo a la adopción de cualquier medida sobre la continuación o no del procedimiento, debería someterse al menor o incapaz al examen del médico-forense, con el fin de que este profesional pudiera determinar si la negativa de la víctima a declarar obedece simplemente a un arrepentimiento espontáneo de la misma, al darse cuenta de las posibles repercusiones de su grave proceder (falsa imputación de un delito), o bien a unas secuelas o perturbaciones psíquicas que le impiden contar, con lujo de detalles, las vejaciones o abusos sexuales a que se ha visto sometida. En el primero de los casos, el instructor se vería obligado a dictar auto de archivo o sobreseimiento de la causa (arts. 637 y 641 LECrim.), sin perjuicio de deducir testimonio por un presunto delito de acusación o denuncia falsas (art. 456 CP), siempre que se tratase de una víctima menor de edad, aunque mayor de catorce años (art. 1.1 L.O. 5/2000, de 12 de enero); en caso contrario (víctimas menores de esa edad e incapaces), serían inimputables[45]. El acusado, por su parte, también podría instar la persecución de aquel delito, así como exigir la reparación de los daños y perjuicios causados. En el segundo de los casos, por el contrario, el Juez habría de entrar a examinar si existen o no otros elementos de prueba, distintos de aquellas manifestaciones subjetivas de la víctima, como testimonios de referencia o indicios significativos, que permitiesen continuar la tramitación de la causa; de hecho, el propio informe médico que confirmase los daños psicológicos sufridos por aquélla a consecuencia del delito constituiría un dato relevante a valorar por el órgano de instancia.

Puede ocurrir también que el menor o incapaz se retracte posteriormente de la declaración prestada en su día ante el Juez instructor, en cuyo caso éste tendría que entrar a valorar los motivos de esta nueva actitud de la víctima res-

45. Las diligencias previas por un presunto delito de acusación o denuncia falsas podrían dirigirse también contra los representantes legales de la víctima, sobre todo si ésta es menor, siempre que pudiera demostrarse la influencia consciente y maliciosa ejercida por los mismos sobre aquélla, hasta el extremo de inducirla a denunciar unos supuestos abusos o agresiones sexuales.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pecto de la persecución de los hechos inicialmente denunciados (así, el arrepentimiento del que hablábamos antes, o bien las eventuales amenazas del acusado), pudiendo apoyarse a tal fin en el mencionado informe médico-forense; las soluciones a aplicar en cada caso coinciden con las señaladas más arriba.

b) Fase de juicio oral

Ante todo, debemos señalar nuevamente que quedan dispensados de la obligación de declarar aquellos menores de edad que tengan con el acusado alguno de los parentescos establecidos por el artículo 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como los incapacitados, conforme a la previsión contenida en el art. 417.3º del mismo texto legal (art. 707.I LECrim.); en estos casos, aunque la víctima-testigo hubiera declarado voluntariamente en la fase de instrucción, nunca podrá ser compelida a hacerlo durante el plenario. Al margen de los citados supuestos de exención procesal, la víctima queda obligada a prestar testimonio durante la celebración de la vista (art. 707.I LECrim.); su negativa se sanciona con una multa de 5.000 a 25.000 pesetas, la cual se impondrá en el acto. Si a pesar de dicha sanción pecuniaria el ofendido persistiese en su negativa, se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la Autoridad, previsto en el art. 556 CP (art. 716 LECrim.). Estimamos innecesario reiterar las consecuencias de la aplicación de dicha norma a los menores de edad o incapaces, en relación con su eventual inimputabilidad.

Ahora bien, la adopción de tan graves medidas penales podría obviarse si es el propio Juez el que, ponderando adecuadamente las circunstancias del caso en cuestión y, sobre todo, la edad o discapacidad de la víctima, decide dispensar a ésta de tal obligación, cuando resulta del todo imposible lograr su comparecencia y declaración espontánea en el acto de la vista. En tal caso, su testimonio en juicio podría suplirse por la lectura literal de sus declaraciones sumariales, conforme a lo permitido por el artículo 730 LECrim., siempre, claro está, que aquélla hubiera declarado durante la instrucción del proceso. No obstante, como veremos a continuación, el Juez tendría que motivar suficientemente esta decisión.

El referido artículo 730 LECrim. permite la lectura, a instancia de cualquiera de las partes, de las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral. De esta forma, las diligencias de investigación se

convierten, en el plenario, en auténticos actos de prueba. Doctrina científica y jurisprudencia coinciden en atribuir a este supuesto el nombre genérico de prueba preconstituida, representando ésta una excepción a aquel principio general según el cual la única actividad probatoria con eficacia suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia es la practicada en el juicio oral (como exige el art. 741 LECrim.), con las garantías procesales de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción. En efecto, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, desde su Sentencia 31/1981, de 28 de julio, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal, en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el juzgador, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes. No obstante, dicha regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen pues, como excepción a la misma, dicho Tribunal reconoce los casos de prueba anticipada y preconstituida, respecto de aquellos actos de investigación sumarial que sean de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, en tanto se garantice también el derecho de defensa y la posibilidad de contradicción, en los términos señalados por el art. 730 LECrim., esto es, solicitando la lectura de tales diligencias instructorias en el juicio oral. Por consiguiente, las diligencias practicadas en el sumario o, en general, en la fase instructora, pueden tomarse como prueba preconstituida apta para formar la convicción judicial y, en tanto prueba documentada o con «reflejo documental», que no prueba documental, puede ser traída al juicio oral al solicitarse por las partes la lectura o reproducción de lo sumarialmente actuado (art. 730 LECrim.)[46].

46. *Vid.* SSTC de 25 de febrero de 1991 (RTC 41/1991); 23 de mayo de 1991 (RTC 118/1991); 1 de marzo de 1993 (RTC 76/1993); 8 de noviembre de 1993 (RTC 323/1993); 21 de marzo de 1994 (RTC 93/1994); 6 de febrero de 1995 (RTC 32/1995); 3 de julio de 1995 (RTC 103/1995); 6 de noviembre de 1995 (RTC 157/1995); 3 de diciembre de 1996 (RTC 199/1996); 1 de julio de 1997 (RTC 123/1997); 29 de septiembre de 1997 (RTC 153/1997); 16 de diciembre de 1997 (RTC 228/1997); 2 de marzo de 1998 (RTC 49/1998); 22 de marzo de 1999 (RTC 42/1999); 10 de mayo de 1999 (RTC 86/1999); 31 de mayo de 1999 (RTC 97/1999); 14 de febrero de 2000 (RTC 33/2000); etcétera.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Las condiciones que se imponen a esta admisión de las diligencias sumariales o previas como actos legítimos de prueba se concretan en ciertos requisitos de tipo material (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral), subjetivo (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivo (la posibilidad de contradicción por las partes, por lo que, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la práctica de dicha diligencia sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formal (la exigencia, de un lado, de que el régimen de la práctica de la diligencia sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la «cross examination», y, de otro, de que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la «lectura de documentos» —art. 730 LECrim.—, la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral, siendo inadmisible aquel formalismo de uso forense de tener la documental por reproducida pues, en todo caso, ha de permitirse a la defensa del acusado someterla a contradicción)[47]. La inobservancia de estos requisitos convierte a la diligencia sumarial en un simple acto de investigación, que no constituye en sí mismo prueba de cargo (STC de 16 de diciembre de 1997, núm. 228/1997).

Respecto de la prueba testifical, el Alto Tribunal ha afirmado que la misma, por su propia naturaleza, es perfectamente reproducible en el acto del juicio (a diferencia de otras, como las pruebas de alcoholemia), por lo que sólo agotadas infructuosamente todas las posibilidades legales para conseguir la declaración personal del testigo, puede admitirse la lectura de su declaración sumarial, conforme al art. 730 LECrim. (SSTC 84/1990, 10/1992, 76/1993, 93/1994...). De ello se desprende que el mecanismo contemplado en el precitado art. 730 LECrim. no puede emplearse cuando la incomparecencia del testigo se deba exclusivamente a un acto o decisión voluntaria del mismo. Para tal eventualidad, el art. 746.3º LECrim. permite al Juez o Tribunal suspender las sesiones del juicio, cuando estime necesarias sus declaraciones; a mayor abundamiento, si la no concurrencia del testigo se debiese a una verdadera imposibilidad de hacerlo, siendo considerado su testimonio de suma importancia para el éxito del juicio, el órgano judicial podrá acordar que se le tome declaración en la residencia del mismo, si la tuviera en el lugar del juicio, o bien en la sede del Juzgado o Tribunal correspondiente, si aquel testigo residiese en otro lugar distinto al de celebración de la vista (arts. 718 y 719 LECrim.). Por consiguiente, sólo es admisible la lectura de las declaraciones sumariales del testigo en aquellos casos en que resulte del todo imposible lograr el testimonio directo y personal del mismo, durante la celebración del plenario.

47. *Vid.*, entre otras, STC de 31 de mayo de 1999 (RTC 97/1999) y STS de 17 de diciembre de 1997 (RJ 8770/1997), FJ 2º.

El interrogante que se nos plantea a continuación es cuándo ha de entenderse que una diligencia sumarial (testifical, en nuestro caso) resulta de imposible o muy difícil reproducción en el plenario, *por causas independientes de la voluntad de las partes* (art. 730 LECrim.), o lo que es lo mismo, en qué situaciones se permite excusar la incomparecencia del testigo. Obviamente, ha de ser el tribunal el que aprecie, de forma motivada y con claro criterio restrictivo, aquellas circunstancias sobrevenidas que aconsejen proceder conforme a lo previsto en el tantas veces citado artículo 730 LECrim. No obstante, doctrina y jurisprudencia, cuya cita omitimos por considerarla sobradamente conocida, han venido admitiendo como supuestos que imposibilitan la práctica de la prueba testifical en el juicio oral: *a)* el fallecimiento del testigo; *b)* la estancia del mismo en un país extranjero, fuera de la jurisdicción del tribunal, no siendo factible lograr su comparecencia; y *c)* el ignorado paradero del testigo, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización. En tales supuestos excepcionales, es perfectamente lícito reemplazar la prueba testifical por la lectura de las declaraciones prestadas durante la investigación, gozando éstas de plena eficacia probatoria.

La duda surge en torno a si tales circunstancias extraordinarias son las únicas que justifican la aplicación del art. 730 LECrim.; antes al contrario, cada vez se reclama con mayor insistencia la actualización de los supuestos de prueba sumarial anticipada o preconstituida, incluyendo entre ellos, por ejemplo, las declaraciones de testigos expuestos a coacciones[48] o la de

48. *Vid.* GIMENO SENDRA, V., «La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español», *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales, Colección Cursos, vol. 12, Madrid, 1993, pág. 158.

Por el contrario, DÍAZ CABIALE ha expresado su opinión contraria a la ausencia del testigo en el juicio oral ante la amenaza de represalias por parte del acusado y la toma en consideración de sus declaraciones sumariales. A su juicio, estos casos deberían tratarse mediante la vía sancionadora, procediéndose por un delito de amenazas, «*y no creando excepciones a la exigencia de contradicción que merman radicalmente el derecho de defensa del acusado*» (DÍAZ CABIALE, J. A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Premio «Poder Judicial» 1992, Madrid, 1992, págs. 253 y 254).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

aquéllos que se sienten condicionados por un miedo insuperable hacia las represalias de los acusados y su entorno social pues, aun pudiendo quedar amparados por la L.O. 19/1994, de Protección de testigos y peritos en causas criminales, no hay que olvidar que el art. 4.5 de la citada norma condiciona el valor probatorio de la declaración del testigo protegido a su ratificación en el acto del juicio oral[49]. A nuestro juicio, en el caso de menores de edad e incapaces sometidos a abusos o agresiones sexuales, las especiales características de tales sujetos (sobre todo de los menores de muy corta edad), así como la gravedad de aquellas infracciones delictivas, son circunstancias que, en determinadas ocasiones (*v. gr.* víctimas que han sufrido graves trastornos psíquicos a consecuencia del delito) y previo el oportuno informe pericial, pueden aconsejar también que el órgano jurisdiccional dispense a la persona agraviada de la obligación de concurrir y/o testificar en el plenario, recurriéndose a las declaraciones vertidas por la misma durante la instrucción de la causa, siempre que se hayan observado las correspondientes garantías constitucionales; esta medida, no obstante, tendría que venir motivada por los graves perjuicios que, para los derechos e intereses de los menores o incapaces, supondría someter a éstos al ritual procesal de la vista[50].

Por lo que se refiere a los menores, la decisión que comentamos quedaría amparada por el artículo 39 de la Constitución española, que establece el deber de los poderes públicos de garantizar la protección de sus derechos. Asimismo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor, contempla, como principios rectores de actuación de aquellos poderes públicos, la supremacía del interés del menor y la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal (art. 11.2, aptdos. a y d); entre estas situaciones se encuentra, sin duda alguna, la intervención del menor en un juicio penal, con todas las formalidades que el mismo conlleva y, sobre todo, en confrontación directa con el acusado, a veces familiar o allegado, a los efectos de poder ser interrogado ampliamente por las partes sobre unos hechos de extraordinaria gravedad. Ciertamente, el respeto a aquellos valores fundamentales del menor podría aconsejar la simple reproducción de las manifestaciones vertidas por aquél durante el sumario, sin obligarle, por tanto, a rememorar, una vez más, los pormenores del atentado sexual del que ha sido objeto.

Ahora bien, esta necesaria protección del interés del menor no significa que el mismo quede, de forma automática y por su simple minoría de edad, exento del deber de declarar en juicio, pues también deben ser adecuadamente atendidos por el tribunal los derechos e intereses del acusado y respetadas las garantías procesales reconocidas por nuestro texto constitucional; el testigo menor de edad no puede excusar su incomparecencia al acto de la vista aludiendo a una mera situación de nerviosismo, ansiedad o temor inherente a toda declaración testifical, máxime si aquél es la víctima de los hechos enjuiciados[51], sino que es preciso que el tribunal, a la vis-

49. La STS de 28 de enero de 1995 (RJ 265/1995), sin embargo, pese a reconocer que en la realidad socio-judicial se viene apreciando, cada vez con mayor frecuencia, el temor de muchos testigos de cargo a comparecer en el juicio oral y declarar en contra de los acusados presentes en el acto, no admite dicho supuesto como uno de los que permiten la lectura de las declaraciones sumariales (art. 730 LECrim.), pues éstos se reducen, según reiterada jurisprudencia, al fallecimiento del testigo, su estancia en el extranjero o el hallarse el mismo en paradero ignorado; de ahí que la falta de comparecencia en juicio del único testigo por miedo haya de conducir a la absolución del acusado, por falta de prueba de cargo legítima, ya que, aun cuando aquel testigo hubiera solicitado protección al amparo de la L.O. 19/1994, el art. 4.5 de dicha norma establece de forma expresa la necesaria ratificación de sus declaraciones sumariales en el acto de la vista.

50. *Vid.* STS de 2 de junio de 1999, RJ 3872/1999, en la que se analiza el supuesto de una niña de once años, víctima de un delito de agresión sexual, que cuando se dispone a declarar en el juicio rompe a llorar, permitiendo el Tribunal que abandone la Sala como medida de protección de los derechos de aquélla. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 23 de abril de 1999 (ARP 964/1999), justifica la inasistencia de la víctima, de seis años, al acto del juicio oral, por los perjuicios que dicha intervención podría provocarle, ya que se potenciaría de esa forma el bloqueo mental padecido por aquélla.

51. La STS de 30 de junio de 2000 (RJ 6820/2000) estima el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 12 de marzo de 1998, que condenó a los acusados como autores de dos robos con intimidación y de una falta de lesiones, ya que, respecto de uno de los hechos delictivos objeto de condena, no pudo apreciarse actividad probatoria de cargo suficiente, dada la incomparecencia en el juicio oral del único testigo directo del delito imputado (la víctima del mismo) porque tal acto «*le producía ansiedad*». En opinión del Tribunal Supremo, «*[...] esta excepción* (lectura de declaraciones sumariales) *no puede generalizarse a todos los supuestos en que se alegue que el testimonio en el juicio puede ocasionar ansiedad (como sucede en el caso actual) pues lamentablemente esta situación afecta, en mayor o menor medida, a la generalidad de las personas que han sido víctimas o incluso meros testigos presenciales de un hecho delictivo, máxime si es violento, y la consideración generalizada como causa legitimadora para prescindir de los principios fundamentales de contradicción e inmediación, sustituyendo la prueba practicada en el juicio por la practicada en el sumario, podría representar un grave retroceso y deterioro del nivel de garantías constitucionales consolidadas para los imputados, que constitucionalmente se presumen inocentes, afectando de modo muy negativo a su derecho de defensa [...]*» (FJ 3º).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ta del oportuno informe médico o psicológico, llegue al convencimiento del serio perjuicio que para el desarrollo personal del menor puede suponer su presencia en el juicio oral. No hay que olvidar, además, que nuestro sistema ofrece diversos mecanismos procesales tendentes a paliar los efectos de una victimización secundaria derivada de la intervención de la persona agraviada en el plenario; así, limitaciones a la publicidad de los debates (arts. 680 y ss. LECrim.), suspensión del juicio (art. 746.3º LECrim.), acompañamiento por un familiar u otra persona durante la deposición[52], declaración sin confrontación directa con el acusado ni el público en general (arts. 448, *in fine*, y 707.II LECrim., modificados por la L.O. 14/1999, de 9 de junio), sin olvidar las previsiones de la L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, sobre Protección de testigos y peritos en causas criminales, entre las que se encuentra la comparecencia del testigo, para la práctica de cualquier diligencia, utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal (art. 2.*b*)[53]. Quiere ello decir que si aquellos inconvenientes de la intervención directa del menor en el juicio oral pueden ser evitados o, al menos, minimizados, haciendo uso de las facultades que los preceptos antes referidos confieren al Juez, lógicamente, habrán de acordarse tales medidas. Si ni aun así resultase posible la declaración del menor en esta fase del enjuiciamiento penal (*v. gr.* la víctima rompe a llorar o guarda silencio sobre lo que le preguntasen), el órgano judicial, apoyándose siempre en el informe emitido por los correspondientes peritos sobre la personalidad del menor, podría acudir a la lectura de las diligencias sumariales, como prueba documentada, sin perjuicio de que el Abogado defensor manifestase su protesta, a los efectos de un ulterior recurso.

Para los discapacitados psíquicos no existe, sin embargo, una disposición similar a la contenida en la L.O. 1/1996, que supedite cualquier actuación de las Administraciones Públicas, la judicial inclusive, a un superior interés de los mismos; ni siquiera quedan comprendidos en la redacción literal de los mencionados arts. 448.IV y 707.II LECrim. No obstante, pensamos que el Tribunal, también en estos casos, podría acordar las medidas citadas más arriba, en atención a la enfermedad y concretas circunstancias personales de la víctima incapaz.

La lectura de las declaraciones sumariales de la víctima (art. 730 LECrim.) puede encontrar un serio inconveniente en la eventual ausencia del Abogado defensor durante la práctica de dicha diligencia instructoria: *v. gr.* no ha sido citado para ello (supuesto éste harto improbable); no ha podido serlo, al no dirigirse, en aquel momento, las actuaciones contra persona determinada; la víctima queda amparada por la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a testigos y peritos en causas criminales, habiéndose decretado, además, el secreto del sumario (arts. 2.*a* y 4.3 L.O. 19/1994; art. 302.2 LECrim.); etcétera. Ya vimos que la aplicación del art.

52. La STS de 26 de abril de 2000 (RJ 3737/2000), relativa a un delito de abusos sexuales cometido contra dos niñas de corta edad, aborda la posible infracción de las normas procesales sobre la prueba, al haber declarado aquéllas, en el acto del juicio oral, acompañadas de una tercera persona ajena al proceso, la cual estaba adscrita a un Servicio de Atención a las Víctimas. El Tribunal Supremo desestima la impugnación propuesta por el recurrente, basándose para ello en las disposiciones de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que establecen la necesidad de que, en los procedimientos judiciales, las comparecencias de los menores se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad, al tiempo que se debe tener en cuenta, además, como criterio general, la necesidad de que los poderes públicos prevengan y eviten las situaciones que pudieran perjudicar su desarrollo personal (arts. 9.1.II y 11.2.d); cita también la mencionada resolución el art. 448 LECrim. (art. 707, para el juicio oral), que permite la utilización de cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de la prueba testifical, evitando la confrontación visual entre el acusado y el testigo menor. En opinión del Tribunal Supremo, «*[...] la confrontación directa y personal entre la víctima menor de una agresión sexual y su agresor adquiere caracteres dramáticos cuando éste es además su padre o una persona estrechamente relacionada con el círculo familiar, por lo que cualquier medida encaminada a suavizar estas tensiones, sin vulnerar por ello las garantías de defensa, está perfectamente justificada y encaja en las previsiones de un sistema procesal compatible con una sociedad democrática. El hecho de situar una persona perteneciente a los servicios de asistencia social para que, de alguna manera, estuviera cerca de las niñas y les pudiera servir de apoyo psicológico y moral, no enturbia, en principio, las posibilidades de una efectiva contradicción. No consta en los antecedentes de la causa que esta persona adoptase una postura activa o que aconsejara a las menores en el sentido de sus declaraciones. [...] Se trataba de evitar la angustia que podía surgir en el caso de que la menor estuviera expuesta a la posible coacción que se derivaría del enfrentamiento visual y físico con su padre y con el otro acusado, con el consiguiente efecto sobre el contenido de sus declaraciones [...]*» (FJ 2º).

53. La STS de 30 de junio de 2000 (RJ 6820/2000) recuerda que «*[...] la propia Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, proporciona procedimientos y métodos adecuados para tutelar la seguridad de los testigos, reduciendo la ansiedad o el temor que el testimonio pudiese ocasionar, pero sin prescindir por ello de la declaración en el juicio (art. 4.5º de la citada ley) [...]*» (FJ 6º).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

730 LECrim. exigía, entre otros requisitos, que se garantizase el principio procesal de contradicción, de suerte que las declaraciones testificales hechas con anterioridad al juicio oral han de haberse conseguido con escrupuloso respeto a las normas procesales y garantías constitucionales consiguientes, siendo de carácter primordial la efectiva contradicción por parte de la defensa (SSTC núms. 323/1993 y 93/1994); dicha contradicción, sin embargo, resulta sumamente difícil si ni siquiera se ha permitido al acusado ejercitar su derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, según le reconocen los artículos 6.3.d del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscritos ambos por España y de aplicación en nuestro ordenamiento en virtud de los arts. 10.2 y 96.1 CE[54].

Efectivamente, la ausencia del Letrado defensor durante la exploración de la víctima por el Tribunal, unida a la simple lectura de sus declaraciones, al amparo del art. 730 LECrim., pueden enturbiar seriamente la garantía procesal de contradicción. En tales circunstancias, la defensa se ve imposibilitada para interrogar directamente a la víctima, único testigo de cargo, así como para valorar su declaración incriminatoria y contrastarla con el testimonio prestado por la misma en fase de investigación, poniendo de manifiesto posibles ambigüedades o aspectos decisivos de su falta de credibilidad. La condena del acusado en estos supuestos desconocería totalmente aquel principio básico del proceso[55]. No obstante, esta si-

54. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 1997 (RTC 153/1997) recuerda, además, que el Tribunal de Estrasburgo ha declarado el derecho del acusado a estar presente, bien personalmente, bien a través de su Letrado (S. de 26 de marzo de 1996, asunto Doorson, párr. 74), durante el interrogatorio de los testigos de cargo, en virtud de la exigencia de la publicidad de los debates (S. de 20 de noviembre de 1989, asunto Kostovski, A. 166, pág. 20, párr. 41; S. de 26 de abril de 1991, asunto Asch, A. 203, párr. 27 y S. de 24 de noviembre de 1986, asunto Unterpertinger, A. 110, págs. 14 y ss., párr. 6).

55. La STS de 15 de febrero de 1991 (RJ 1069/1991), absuelve al acusado del delito de abusos deshonestos con la siguiente argumentación: «*La carga de la prueba incumbe a quien acusa. Y no sólo en el Juicio oral las menores no comparecen, para ser sometidas a contradicción, el letrado de la Defensa tampoco estuvo presente en la exploración de las mismas por el Juez, aunque ello fuese por las razones que se acaban de exponer* (cuando se explora a las menores el procedimiento no se dirigía contra persona alguna). *No existe prueba racional de cargo, obtenida con todas las garantías legales [...]*» (FJ 1º, núm. 5). En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 23 de abril de 1999

tuación difícilmente se producirá en la práctica, ya que el Abogado de la defensa, desde su personación en el proceso, podrá tomar conocimiento de las actuaciones practicadas (salvo que se haya decretado el secreto de las mismas) e intervenir en todas las diligencias del procedimiento (art. 302 LECrim.), solicitando, si es preciso, que se vuelva a realizar la exploración de la víctima, estando él presente, para garantizar así la necesaria contradicción procesal. Además, el art. 448 LECrim. permite que, en aquellos casos en que se prevea racionalmente la imposibilidad de que el testigo preste declaración durante el juicio oral, el Juez instructor vuelva a examinarlo, a presencia del acusado y de su Letrado, que será nombrado de oficio a tal efecto, si no lo tuviera designado aún (supuesto de prueba anticipada).

Las consecuencias procesales de la negativa de la víctima a declarar en esta fase de plenario difieren notablemente en el supuesto de que aquélla no hubiera prestado testimonio ante el Juez encargado de la investigación penal (*v. gr.* debido a los daños psicológicos sufridos por la víctima, acreditados mediante el oportuno informe pericial, como ya vimos), pues tal situación impediría, lógicamente, la reproducción de tales declaraciones sumariales como prueba documentada (art. 730 LECrim.). En tales casos, se impone necesariamente la absolución del acusado por falta de prueba de cargo legítima que enerve el principio presuntivo de inocencia, salvo que existan otros medios probatorios de entidad suficiente, que eviden-

(ARP 964/1999), FJ 3º. *Vid.* también las SSTC de 21 de marzo de 1994 (RTC 93/1994) y de 31 de mayo de 1999 (RTC 97/1999), en las que se priva de eficacia como prueba preconstituida a la declaración sumarial del perjudicado, ya que la misma se produjo durante la instrucción preparatoria sin posibilitar la contradicción de la defensa, al no dar al acusado ni a su Letrado la oportunidad de intervenir en la práctica de dicha diligencia de investigación, sin que asistiese posteriormente la víctima al juicio oral. En la STS de 17 de diciembre de 1997 (RJ 8770/1997), se absuelve igualmente al acusado por los motivos señalados antes, si bien la víctima no ratificó sus declaraciones sumariales en el juicio oral, al acogerse a la dispensa de la obligación de declarar por razón de parentesco con el acusado (art. 416.1º LECrim.), afirmando al respecto el Tribunal Supremo, con cita de la Sentencia núm. 331/1996, de 11 abril, dictada en un supuesto similar, que «*[...] el precepto contenido en el artículo 416.1.º LECrim está concebido para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo y de ello se desprende la ausencia de la obligación de declarar, pero no a convalidar unas declaraciones prestadas en la fase de instrucción, sin contradicción y no ratificadas en el plenario, pues [...] esa falta de ratificación no sirve para la convalidación, de no efectuarse con contradicción de las partes e inmediación del tribunal*» (FJ 2º).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cien la realidad de la existencia del delito y de la participación del acusado[56].

3. *Peculiaridades del interrogatorio a la víctima-testigo menor o incapaz*

Las únicas previsiones legales existentes al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal son las contenidas en los artículos 448.IV y 455.II. Los arts. 707.II y 713.II LECrim. reiteran el tenor literal de aquellas disposiciones legales para el ámbito específico del juicio oral.

Por lo que se refiere al artículo 448.IV LECrim. (y 707.II, de la misma Ley), dicho precepto establece que, cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar, en resolución motivada y previo informe pericial, que se evite la confrontación visual de aquél con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de la prueba. Esta medida nos parece sumamente acertada, pues permite paliar los efectos de una victimización secundaria a través del proceso, si bien debiera hacerse extensiva a los incapaces, cuando las *circunstancias* de los mismos, esto es, su enfermedad mental, así lo aconseje.

Las exigencias legales a las que se supedita la aplicación de aquella norma son claras: *a)* valoración judicial de la naturaleza del delito (en el caso de los atentados sexuales ejecutados sobre menores de edad e incapaces, no cabe la menor duda de la conveniencia de evitar aquella confontación visual con el acusado); *b)* ponderación de las circunstancias personales concretas de la víctima, fundamentalmente la edad o deficiencia mental de la misma, así como las posibles secuelas psíquicas o traumas causados por el hecho punible; *c)* resolución judicial motivada, es decir, auto; y *d)* previo informe pericial justificativo de la necesidad de dicha medida, a fin de otorgar una adecuada protección a los derechos e intereses de la víctima, especialmente al derecho de los menores al libre desarrollo de su personalidad.

El precepto que comentamos permite la utilización de cualquier medio técnico o audiovisual que permita la práctica de esta prueba, sin que exista confrontación visual de la víctima con el acusado. La aplicación práctica de tal disposición ofrece numerosas posibilidades: la declaración del menor o incapaz podría tener lugar en una sala contigua a la de celebración de la vista (e incluso en el despacho del Juez), sin la estructura o distribución formal de aquélla (*v. gr.* en torno a una mesa), en presencia del Juez, del Secretario Judicial y de los Letrados de las partes, siendo incluso posible la asistencia de los padres o tutores de la víctima, si así se estima oportuno para crear un ambiente más familiar y cercano a la misma, siendo visionada dicha declaración por las partes y por el acusado a través de los referidos medios técnicos o audiovisuales (*v. gr.* circuito cerrado de televisión); o bien la víctima podría declarar en la misma sala de vistas, pero utilizando algún medio (como la tan socorrida mampara o biombo[57]) que impidiera aquella confrontación visual con el acusado y, en general, con el público asistente; etcétera. En definitiva, el medio a utilizar dependerá fundamentalmente de la praxis forense del Juzgado o Tribunal en cuestión, aunque siempre deberá garantizarse el respeto de los derechos y de la dignidad de la víctima, así como la contradicción efectiva por parte de la defensa del inculpado.

El artículo 455.II LECrim. (713.II, para el juicio oral), por su parte, dispone que no se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial. Con respecto a la diligencia de careo, en general, el Tribunal Supremo[58] ha manifestado en numerosos pronunciamientos que la misma no constituye propiamente un medio de prue-

56. *Vid.* STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 5398/1999), FJ 2º; pese a que la víctima menor (ocho años) no quiso declarar en el acto del juicio ni tampoco lo había hecho en el Juzgado de Instrucción, se condena al acusado por los abusos sexuales perpetrados contra aquélla, sobre la base de otras pruebas que confirmaban la efectiva comisión del delito (declaraciones de la tía de la niña; reconocimiento efectuado, conjuntamente, por el médico forense, el pediatra y el ginecólogo de guardia, pocas horas después de que se produjeran los hechos, hallándose un pelo del acusado entre los labios vulvares de la menor; etcétera). Por el contrario, en la STS de 28 de febrero de 2000 (RJ 2257/2000), se considera sin validez alguna como prueba de cargo el testimonio de la víctima, niña de 4 años, que no declaró en juicio oral ni en fase de instrucción, apoyando el órgano de instancia su convicción en simples referencias de policías, familiares y peritos de la acusación particular.

57. *Vid.* ATS de 5 de mayo de 2000 (RJ 6926/2000).

58. *Vid.*, entre otras, SSTS de 4 de marzo de 1998 (RJ 1765/1998); 18 de julio de 1998 (RJ 7005/1998); 11 de noviembre de 1998 (RJ 8766/1998); 13 de febrero de 1999 (RJ 505/1999); 15 de abril de 1999 (RJ 3122/1999); 1 de julio de 1999 (RJ 5806/1999); 9 de julio de 1999 (RJ 5938/1999); 21 de julio de 1999 (RJ 6488/1999); 27 de enero de 2000 (RJ 168/2000); 31 de enero de 2000 (RJ 727/2000); 4 de abril de 2000 (RJ 3727/2000); 9 de mayo de 2000 (RJ 3159/2000); 3 de julio de 2000 (RJ 5659/2000); y ATS de 21 de junio de 2000 (RJ 6789/2000).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ba autónomo e independiente, sino una diligencia complementaria o medio extraordinario de comprobación de la fuerza probatoria y credibilidad de las declaraciones o manifestaciones de los imputados y los testigos, que tiene por objeto contrastar su valor y depurar o aclarar las contradicciones que entre ellas puedan existir, habiendo declarado, además, el Tribunal Constitucional, desde su Sentencia de 7 de mayo de 1984 (RTC 55/1984), que la denegación de una diligencia de careo no vulnera el art. 24.2 CE, dadas las facultades que al Presidente del Tribunal le otorga el art. 729.1º LECrim. para acordar tal diligencia de oficio y ponderado el carácter excepcional y subsidiario que le atribuyen los arts. 451 y 455 LECrim. Efectivamente, este último precepto, en su primer párrafo, dispone que sólo se recurrirá a la práctica de la diligencia de careo *cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados*, garantizándose así la subsidiariedad de tal medida; de otro lado, los términos potestativos empleados en el referido art. 451 LECrim. demuestran que la práctica del careo ha de quedar al libre criterio del Juez, sin que dicha decisión del órgano judicial de instancia pueda ser revisada en casación, según doctrina consagrada del Tribunal Supremo. No obstante, conviene matizar que la petición de la diligencia de careo está inmersa en el derecho a valerse de las pruebas necesarias para la defensa, por lo que su denegación debe estar justificada o fundada en el hecho de que el órgano juzgador tenga elementos suficientes para concluir que el careo no ofrecería resultados positivos (STS de 18 de marzo de 2000, RJ 1129/2000, FJ 3º); cuando el careo ha de producirse entre el acusado y la víctima, siendo ésta menor de edad, el rechazo de tal diligencia podrá venir motivado, además, por los posibles perjuicios que, como consecuencia de la misma, pueda sufrir aquélla en sus derechos e intereses, conforme a las previsiones del comentado artículo 455.II LECrim.[59]. Debemos manifestar nuevamente nuestra opinión favorable a la extensión de tal norma a los supuestos de víctimas discapacitadas psíquicas.

59. *Vid.* STS de 4 de marzo de 1998 (RJ 1765/1998), en la que se considera correctamente rechazada por el Juzgado instructor la diligencia de careo solicitada por la defensa, ya que, dada la edad de las víctimas menores, de cuatro y doce años, dicha diligencia entrañaría someterlas a una situación de tensión innecesaria, sin olvidar su carácter de prueba discrecional y subsidiaria. La STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 5398/1999), confirma asimismo la denegación de la diligencia de careo entre el acusado y la víctima menor, por impertinente e innecesaria, ya que la niña se había negado a declarar sobre los abusos sexuales que había sufrido y la práctica de dicha diligencia, ante tal negativa, nada podría aportar al derecho de defensa, salvo un añadido sufrimiento al que tan traumáticamente afectó a la menor. En el mismo sentido, STS de 26 de abril de 2000 (RJ 3737/2000).

Por lo que se refiere a la forma en que ha de practicarse el interrogatorio del menor o incapaz por parte del Juez, son de aplicación las normas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 433 a 450, para la fase de instrucción; 701 a 722, para el plenario): con carácter previo, se le recibirá juramento de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, siempre que el testigo sea mayor de catorce años (arts. 433.II y 706 LECrim.); no se le harán al mismo preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido (arts. 439 y 709 LECrim.); si no entendiera o no hablara el idioma español, o bien si fuera sordomudo y no supiera leer ni escribir, se le nombrará un intérprete (arts. 440 a 442 y 711 LECrim.); etcétera. Asimismo es preciso tener presente la situación de minoría de edad o incapacidad de la víctima, a los efectos de adaptar el interrogatorio judicial a dichas circunstancias personales; el Juez debe incluso advertir a las partes de la especial cautela o prudencia con que han de formularse las preguntas, pues no debemos olvidar que nos encontramos ante sujetos muy vulnerables, que han sido agredidos sexualmente[60].

Si la corta edad de la víctima lo requiere, el interrogatorio podrá apoyarse en dibujos, imágenes, fotografías, etcétera. Los servicios psico-sociales adscritos a los Juzgados y Tribunales serán los que, en último extremo, proporcionen las pautas orientativas sobre la forma específica en que haya de realizarse la exploración judicial de tales menores.

Con carácter general, el art. 9.1.II de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, exige que, en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad. En el mis-

60. «*En los casos de agresiones sexuales la sensibilidad debe ser todavía mayor en cuanto que, las manifestaciones de las víctimas menores, les hace revivir públicamente acontecimientos que han impactado necesariamente sobre su equilibrio psicológico y emocional. Es necesario extremar la delicadeza en la selección y admisión de las preguntas pertinentes, evitando las que sean innecesarias en relación con el objeto del proceso y rechazando, como es lógico, todas aquellas que traten de menoscabar su dignidad o que busquen impactar al menor haciéndole perder la necesaria estabilidad psíquica en la prestación de su testimonio [...]*» (STS de 26 de abril de 2000, RJ 3737/2000, FJ 2º).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mo sentido, el artículo 15.3 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, establece que, en todas las fases del procedimiento de investigación, el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. Ni que decir hay que tal respeto ha de garantizarse durante toda la tramitación del proceso penal y no sólo en la fase de instrucción.

De otro lado, la citada Ley 35/1995 impone al Ministerio Fiscal el deber de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal general. El art. 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como los arts. 680 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contemplan, efectivamente, la posibilidad de que las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada cuando así lo exija el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia[61]. Tal decisión deberá adoptarse en auto motivado, no susceptible de recurso alguno (art. 680.III LECrim.). El secreto de los debates podrá ser acordado antes de comenzar la vista o en cualquier estado del juicio (art. 682 LECrim.).

A lo largo de este trabajo hemos puesto de relieve el valor de prueba testifical atribuido por la jurisprudencia a las declaraciones de la víctima. En este sentido, la misma podría solicitar acogerse a las disposiciones de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a testigos y peritos en causas criminales[62]. Dicha norma legal permite a la autoridad judicial, siempre que aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de los testigos (art. 1), acordar motivadamente, de oficio o a instancia de parte, las medidas necesarias para preservar su identidad, domicilio, profesión y lugar de trabajo; medidas éstas que pueden consistir en la adopción de alguna de las siguientes decisiones (art. 2):

61. *Vid.* STS de 5 de abril de 2000 (RJ 3703/2000), FJ 3°, sobre juicio por agresión sexual a menores celebrado a puerta cerrada.

62. Sobre la aplicación a testigos menores de edad de la L.O. 19/1994 de protección de testigos, *vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 19 de marzo de 1998 (ARP 2226/1998), y Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 1999 (RJ 8578/1999), ambas sobre el conocido «caso Arny»; *vid.* asimismo el Auto del Supremo de 5 de mayo de 2000 (RJ 6926/2000).

a) Que no conste en las diligencias que se practiquen el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación del testigo, pudiéndose utilizar para dicha identificación un número o cualquier otra clave.

En el caso que nos ocupa, no será extraño que el acusado conozca los datos personales del testigo-víctima del hecho punible, ya que, habitualmente, suele existir alguna relación de parentesco o vecindad entre el responsable del delito y el menor o deficiente objeto del atentado sexual. Además, es preciso tener en cuenta que la víctima puede personarse en la causa como parte acusadora y que el acusado tiene derecho a conocer quién es la persona que le imputa aquella infracción delictiva, sobre todo en los supuestos en que la única prueba de cargo existente contra el mismo está constituida por las manifestaciones de dicho testigo; el conocer los datos personales de quien formula aquella imputación puede ser crucial para articular la correspondiente prueba de descargo, poniendo de manifiesto los ya comentados factores de incredibilidad subjetiva (preexistencia de algún móvil de venganza, resentimiento o enemistad hacia el acusado). Como establece la Exposición de Motivos de la comentada Ley Orgánica 19/1994, las garantías arbitradas en favor de los testigos protegidos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal, por lo que aquella norma debe tratar de lograr el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de los derechos fundamentales de los testigos y de sus familiares. De ahí que resulten del todo inadmisibles los llamados testigos «anónimos», respecto de los que el tribunal, el acusado o ambos desconozcan totalmente cualquier seña de identidad, hasta el extremo de imposibilitar el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad (*v. gr.* STC 64/1994, de 28 de febrero, y resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que aquélla cita); si bien la jurisprudencia[63] ha reconocido la plena eficacia y valor probatorio de los testigos «ocultos», esto es, aquéllos que prestan declaración sin ser vistos por la persona inculpada, pero que no impiden la contradicción ni limitan las posibilidades de la

63. *Vid.* SSTS de 25 de abril de 1997 (RJ 3618/1997); 9 de julio de 1997 (RJ 5838/1997); 3 de marzo de 1999 (RJ 1291/1999); 19 de julio de 1999 (RJ 6510/1999); 5 de abril de 2000 (RJ 3703/2000); etcétera.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

defensa de interrogar o hacer interrogar al testigo de cargo, no ocurre así con los testimonios anónimos, ya que los mismos constituyen una restricción injustificada del derecho de defensa, precisamente, porque impiden que el acusado tenga conocimiento de aquellas circunstancias que puedan influir en la valoración de la credibilidad o veracidad de las manifestaciones del testigo[64].

El artículo 4.3 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, haciéndose eco de aquella doctrina, establece al respecto que, si la defensa solicitase motivadamente, en su escrito de calificación provisional, el conocimiento de la identidad de aquella víctima-testigo, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa tendrá que facilitarle el nombre y los apellidos de la misma, aunque respetando las restantes garantías reconocidas en dicha norma legal; en los cinco días siguientes a la notificación de la identidad del testigo, la defensa podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pudiera influir en el valor probatorio de su testimonio. De esta forma, la garantía del anonimato en la identidad del testigo subsiste tan sólo hasta el citado trámite de calificaciones provisionales, momento éste en que aquélla habrá de ser desvelada para garantizar el derecho de defensa del acusado, sin perjuicio de que lo que hasta entonces era un testigo «anónimo» pueda convertirse en un testigo «oculto», al declarar en juicio sin ser visto por el acusado, en aquellos casos en que el órgano judicial competente para el enjuiciamiento considere aconsejable y oportuno que se mantengan las medidas de protección acordadas durante la instrucción penal (arts. 4.1 y 2.b L.O. 19/1994). En definitiva, lo importante es que los derechos procesales del acusado derivados del art. 24 CE y del art. 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos no resulten afectados por las medidas de protección a testigos dispensadas por la norma que comentamos, siendo para ello preciso que la defensa pueda acceder a la identidad de los testigos de cargo e interrogarlos en el plenario, en condiciones que permitan una efectiva contradicción[65].

64. La STS de 16 de marzo de 1998 (RJ 4079/1998) estima el recurso planteado sobre la base de una limitación del derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo (art. 6.3.d CEDH), ya que éstos, cuyos datos no eran conocidos por la defensa por estar acogidos a la protección dispensada por la L.O. 19/1994, prestaron declaración en el sumario sin la presencia del Letrado defensor y sin que comparecieran posteriormente en el juicio oral, por hallarse en paradero desconocido; fundamentar la condena en esta suerte de testigos «anónimos» implicaba una directa vulneración de las más elementales garantías del procesado.

b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal. LANDROVE DÍAZ[66] sugiere las siguientes medidas para la preservación de la identidad del testigo, mediante la ocultación de sus rasgos: empleo de capuchas, cascos de motorista, verdugos, postizos, pelucas u otros artificios similares; colocación de mamparas con cristales tintados tras los que se presta declaración, o habilitación de la misma desde habitaciones anejas o salas especiales[67]. Debe tenerse en cuenta, además, que la aplicación de este apartado del art. 2 nos remite directamente a los ya comentados artículos 448.IV y 707.II LECrim.

c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario. La aplicación de esta medida no ofrece problema interpretativo alguno.

El artículo 3.1 de la norma que comentamos dispone que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniere esta prohibición; dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos de forma tal que pudieran ser identificados. En el caso de víctimas menores de edad, la propia L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, prohíbe la difusión de información y la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunica-

65. *Vid.* SSTS de 3 de marzo de 1999 (RJ 1291/1999) y de 19 de julio de 1999 (RJ 6510/1999).

66. LANDROVE DÍAZ, G., *La moderna victimología*, Valencia, 1998, pág. 132.

67. *Vid.* SSTS de 25 de abril de 1997 (RJ 3618/1997) y 9 de marzo de 1999 (RJ 987/1999), así como el Auto del mismo Tribunal, de 5 de mayo de 2000 (RJ 6926/2000), que contemplan el supuesto de declaraciones de testigos tras una mampara o biombo. La STS de 28 de noviembre de 1997 (RJ 8237/1997), permite que la declaración del testigo tenga lugar fuera de estrados; *vid.* también al respecto STC 64/1994, de 28 de febrero.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, aunque conste su consentimiento o el de sus representantes legales (art. 4)[68].

A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave (*v. gr.* amenazas dirigidas por el acusado contra la víctima o, lo que es aún peor, por los propios familiares de la misma, que le reprochan el haber hecho público los abusos o agresiones sexuales cometidos por uno de sus progenitores[69]), se brindará a los testigos, en su caso, protección policial. Asimismo, los testigos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado (art. 3.2 L.O. 19/1994 y art. 704 LECrim.). Puesto que no siempre existen en los edificios judiciales españoles aquellas dependencias específicas, la práctica habitual suele ser que los testigos protegidos ocupen las de la Secretaría del órgano judicial o bien las de la Oficina Fiscal[70].

Debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 4.5 L.O. 19/1994, las declaraciones o informes de los testigos que hayan sido objeto de protección

68. *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 19 de marzo de 1998 (ARP 2226/1998), FJ 44°, dictada en el «caso Arny», en la que se recomienda a las partes que adopten una extrema prudencia en la difusión que hagan de dicha resolución judicial, a fin de no revelar los datos de identidad de los testigos menores protegidos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Sobre el conflicto de intereses que se presenta cuando se enfrentan el derecho de la víctima menor a su intimidad y el derecho a la información, escrita o a través de medios audiovisuales, en aquellos casos en que aquel menor de edad aparece inmerso en procesos con una importante proyección pública, *vid.* FILLOY PALMERO, Mª A., «El menor y su derecho a la intimidad frente al derecho a la libertad de expresión. Cuestiones procesales», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2000, núm. 2, tomo XII (mayo), págs. 335 y ss.

69. En el artículo 464 del Código Penal se castiga, como delito de obstrucción a la justicia, la violencia o intimidación ejercida sobre quien sea denunciante, parte o testigo en un procedimiento, con el objeto de influir directa o indirectamente en tales personas para que modifiquen su actuación procesal. Asimismo se sanciona cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, realizado contra aquellos sujetos como represalia por su actuación en un procedimiento judicial.

70. CARTAGENA PASTOR, «Protección de testigos en causas criminales: la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1758, 1998, pág. 96.

por esta Ley durante la fase instructoria del proceso, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien las prestó. Si se consideraran de imposible reproducción, a efectos del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal, a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes; nos remitimos íntegramente a las consideraciones realizadas en el epígrafe anterior sobre la aplicación del mencionado art. 730 LECrim. respecto del testimonio de las víctimas menores o incapaces.

4. *Inadmisión de la prueba pericial médica o psicológica*

En diversas ocasiones hemos aludido a la importancia de la prueba pericial médica o psicológica como elemento objetivo que permite, en gran medida, corroborar la verosimilitud de las manifestaciones de la víctima menor o incapaz, dada la existencia, en la actualidad, de diversas técnicas encuadrables en la psicología del testimonio, que permiten a aquellos profesionales evaluar si un menor supuestamente víctima de abusos sexuales, respecto de los que no se suele contar con prueba o vestigio físico alguno, lo ha sido realmente o no (así, por ejemplo, pese a la inexistencia de evidencias físicas de unos abusos o agresiones sexuales, podría sostenerse la efectiva comisión de los mismos sobre la base de un informe psicológico que apreciase en la víctima, de muy corta edad, una narración mínima de experiencias de tipo sexual, incompatible con su limitado grado de desarrollo personal e intelectual). Nos corresponde ahora examinar las consecuencias procesales de la inadmisión judicial de tal pericia, ya que, en casos como los estudiados, dada la ausencia de otros elementos inculpatorios distintos a la mera imputación subjetiva de la víctima, la prueba de descargo ha de articularse necesariamente a través de ciertos informes objetivos, que pongan de relieve la falta de veracidad de dicha denuncia.

En la práctica, lo normal será que aquel dictamen pericial sea acordado *ex officio* por el Juez instructor nada más iniciarse el proceso; asimismo podría practicarse de oficio en el plenario, si el juzgador lo estimase necesario para la comprobación de los hechos perseguidos (art. 729.2° LECrim.). También las partes, sobre todo la defensa del acusado, pueden solicitar su práctica en cualquier momento de la investigación (art. 311 LECrim.), en los respectivos escritos de calificación provisional (arts.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

656.I, 790.5.II y 791.2 LECrim.) e incluso durante la vista, justificando el interés de dicho informe para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de la víctima-testigo único (art. 729.3º LECrim.); en el procedimiento penal abreviado, además, como diligencia complementaria pedida por el Fiscal y/o las acusaciones personadas (art. 790.2 LECrim.) y al inicio de las sesiones del juicio oral (arts. 792.1.II y 793.2 LECrim.).

El mencionado informe pericial ha de venir siempre referido a las declaraciones de la víctima prestadas ante la presencia judicial[71]. La extraordinaria influencia que dicho dictamen puede llegar a tener en la formación de la convicción judicial queda al margen de toda duda: un informe que sostenga que el menor víctima tiende a la fabulación o es sumamente sugestionable puede determinar al juzgador a considerar como insostenible la acusación formulada contra el acusado y viceversa. De ahí la conveniencia de abordar la cuestión relativa a la eventual inadmisión por parte del Juez o Tribunal de aquel examen médico o psicológico de la víctima.

La decisión judicial de no admitir la petición formulada, generalmente por la defensa, en relación con aquellos informes periciales, cuando se produce durante la fase de instrucción de la causa penal, puede ser recurrida en apelación (art. 311.II LECrim.), sin perjuicio de que dicha solicitud vuelva a reiterarse en el juicio oral (art. 314 LECrim.). No ocurre lo mismo

71. Como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de febrero de 2000 (RJ 2257/2000), «*ha de recordarse que este Tribunal ya se ha pronunciado reiteradamente (sentencias núm. 309/1995, de 6 de marzo [RJ 1995\1807] o 443/1995, de 22 de marzo [RJ 1995\4562]), en el sentido de que los dictámenes periciales sobre testimonios pueden constituir un valioso elemento complementario de valoración cuando se realizan sobre una declaración prestada en legal forma, con todas las garantías legales y constitucionales, pero no tienen validez cuando se refieren a la obtención de declaraciones no prestadas, mantenidas, ni ratificadas ante la presencia judicial, es decir, a interrogatorios extrajudiciales. Declaración extrajudicial «que no es válida en otros supuestos ni tampoco ha de serlo cuando se trata de una exploración manifestativa de los menores» (Sentencia 443/1995). La responsabilidad, en definitiva, del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio, que puede determinar la condena de un inocente, compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador, con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes pero sin que pueda delegar dicha función valorativa en quien no ejerce constitucionalmente funciones jurisdiccionales (sentencia núm. 309/1995), máxime si se efectúa dicha valoración extrajudicial, como lamentablemente sucede con frecuencia, sin realizar el más mínimo contraste con la versión de la otra parte, análisis contradictorio que constituye el elemento nuclear del método jurisdiccional de valoración de la prueba*» (FJ 13º).

con la denegación de la práctica de las pruebas propuestas por las partes en los escritos de calificación provisional, o bien al inicio o durante el desarrollo de la vista, pues, en estos casos, tan sólo permite la Ley que se formule la oportuna protesta, a los efectos de un ulterior recurso ante el Tribunal Supremo (art. 659.IV LECrim.)[72]. Efectivamente, suele ser habitual que el Letrado de la defensa recurra en casación la inadmisión de dicha prueba pericial médica o psicológica por parte del órgano de instancia, dada la indefensión que puede originarse como consecuencia de la citada decisión judicial. Como ya adelantábamos al inicio de este epígrafe, debemos tener en cuenta que, cuando la declaración de la víctima aparece como única prueba incriminatoria contra el acusado, la defensa de éste pasa necesariamente por cuestionar dicho testimonio, poniendo de manifiesto las eventuales contradicciones o ambigüedades del mismo y señalando aquellos elementos objetivos periféricos que le resten veracidad. En este sentido, el informe elaborado por el médico—forense y, en su caso, por el equipo técnico adscrito al Juzgado o Tribunal en cuestión, deviene de suma importancia en orden a verificar la capacidad de fabulación o sugestión de la persona ofendida, máxime si ésta es menor o deficiente.

Ahora bien, la admisibilidad de esta cuestión en el ámbito del referido recurso, planteada lógicamente al amparo del art. 850.1º LECrim., ha sido supeditada por el Tribunal Supremo[73] al cumplimiento de los requisitos que se exponen a continuación:

a) Petición de una diligencia de prueba (en nuestro caso, dictamen pericial médico o psicológico sobre la personalidad de la víctima, verosimilitud de sus imputaciones, posibles secuelas o perturbaciones psíquicas causadas por el hecho punible, etcétera), formulada con las formalidades prescritas legalmente (el artículo 656.II

72. Para el procedimiento abreviado, el artículo 792.1.II LECrim. dispone que contra la resolución denegatoria de prueba, dictada por el órgano competente para el enjuiciamiento, no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que le fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, de conformidad con lo permitido por el artículo 793.2 LECrim.

73. *Vid.*, entre otras, las SSTS de 15 de enero de 1999 (RJ 941/1999), FJ 1º; 22 de abril de 1999 (RJ 4866/1999), FJ 4º y 5º; 19 de junio de 1999 (RJ 5972/1999), FJ 2º; 21 de febrero de 2000 (RJ 1789/2000), FJ 2º; 5 de abril de 2000 (RJ 3728/2000), FJ 2º; 28 de junio de 2000 (RJ 5806/2000), FJ 2º; y Autos del TS de 26 de mayo de 1999 (RJ 5256/1999), FJ 4º; 14 de enero de 2000 (RJ 90/2000), FJ 9º; etcétera.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LECrim. exige la mención de los datos identificativos de los peritos) y en tiempo procesal adecuado, generalmente en el escrito de calificaciones provisionales, aunque también cabe la solicitud durante el desarrollo de la vista, conforme al art. 729.3º LECrim., o bien al inicio de la misma, en el procedimiento abreviado, según vimos antes.

b) Pertinencia de la prueba, por tener relación con los temas debatidos en el proceso, y utilidad de la misma, por ser presumiblemente demostrativa de datos fácticos relevantes para la decisión penal que ha de adoptarse, estimándose que la diligencia resulta innecesaria cuando, por las pruebas practicadas en el juicio oral, han quedado ya suficientemente acreditados tales extremos.

c) Denegación judicial de tal diligencia probatoria, siendo doctrina consolidada la que exige la motivación de esta decisión del Juez o Tribunal.

d) Formulación de la oportuna protesta (art. 659.IV LECrim.).

e) Posibilidad de realización efectiva de la prueba, sin que se hayan agotado aún las diligencias necesarias para lograr su práctica.

Centrándonos en la exigencia relativa a la *pertinencia* y *necesidad* de la prueba, es preciso hacer alusión al distinto significado y alcance que, desde la perspectiva de este instituto casacional, ha de atribuirse a dichos términos. Con respecto al primero de ellos, el interrogante que se plantea es si sólo han de considerarse pertinentes aquellos medios probatorios referidos a los datos fácticos que integran el tipo delictivo enjuiciado o si también han de serlo aquellos otros que tienen por objeto ciertos elementos periféricos, sin directa incidencia sobre los hechos abstractos que configuran el tipo penal, pero sí sobre otras circunstancias concurrentes que afectan a la credibilidad del testimonio acusatorio de la víctima. La jurisprudencia ha acogido esta última solución, «*pues el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa no solamente se aplica a las pruebas de descargo en sentido estricto (por ejemplo, testigos que acrediten una coartada), sino que también se extiende a contradecir las pruebas de cargo, aportando aquellos medios probatorios que puedan incidir sobre su credibilidad [...]*» (STS de 22 de abril de 1999, RJ 4866/1999, FJ 6º). Queda, por tanto, fuera de toda duda la pertinencia del informe médico o psicológico como elemento de corroboración objetiva de las manifestaciones de la víctima.

Por lo que a la necesidad de la prueba se refiere, con arreglo a una jurisprudencia ya consagrada, aquélla debe valorarse en un doble sentido: *a)* objetivo, es decir, que la prueba guarde relación con el *thema decidendi*; y *b)* funcional, esto es, que la prueba denegada sea relevante para el resultado del juicio, de modo que si existen otros medios probatorios que permitan alcanzar igual resultado, estimándolo así el órgano judicial, habrá que concluir que la prueba no era necesaria de modo imperioso o esencial (STS de 6 de febrero de 1990, RJ 1169/1990, FJ 2º; ATS de 27 de septiembre de 1995, RJ 6644/1995, FJ 1º). Así, pues, aun siendo reconocida la pertinencia de un determinado medio de prueba, podría perfectamente denegarse su práctica con posterioridad si aquél se estimase carente de significación alguna en orden a la decisión final del enjuiciamiento.

Curiosamente, aquellas pretensiones impugnatorias deducidas por la defensa en relación con la citada prueba pericial médica o psicológica han sido rechazadas por el Tribunal Supremo, la mayoría de las veces, por la supuesta innecesariedad de la misma. Resulta indudable que cuando concurren en la causa medios probatorios de todo orden, que acreditan de forma suficiente la realidad de los hechos y la autoría del acusado, o bien en los casos en que la víctima ha sido sometida previamente al examen del médico-forense y/o del equipo psico-social del Juzgado[74], de suerte que la práctica de la referida pericia no es sino una simple reiteración de las ya efectuadas de oficio con todas las garantías legales, aquélla ha de rechazarse por innecesaria. Sin embargo, fuera de estos supuestos y una vez acreditada la trascendencia del citado dictamen pericial para la tesis exculpatoria de la defensa, de modo que su inadmisión pueda provocar la indefensión del acusado, por no contar con otro medio a través del que poder constatar la falta de sinceridad y madurez de la víctima en sus manifestaciones, habrá de acordarse su práctica, decretándose, en su caso, la reiteración del juicio, si fuese necesario[75].

No obstante lo anterior, debemos señalar que el Tribunal Supremo ha manifestado en algunas resoluciones su opinión no demasiado favorable a aquellas pericias que versan sobre la personalidad o características del testigo, dado que las mismas pueden implicar una intromisión indebida en la vida privada de aquél (*v. gr.* STS de 19 de junio de 1999, RJ 5972/1999, FJ

74. *Vid.* ATS de 11 de septiembre de 1996 (RJ 6513/1996), FJ 1º.
75. *Vid.* STS de 22 de abril de 1999 (RJ 4866/1999).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2°, y resoluciones que la misma cita). Evidentemente, la práctica de la prueba pericial que tratamos ha de efectuarse con absoluto respeto a la dignidad y a la esfera íntima de la víctima-testigo, quedando excluida la exploración respecto de aquellas facetas de su comportamiento que no guarden relación alguna con los hechos enjuiciados y que no aporten datos relevantes en torno a la posible incredibilidad subjetiva de su testimonio.

5. *Negativa de la víctima menor o incapaz a someterse al examen médico-forense o psicológico*

Poco puede decirse respecto de la negativa de la víctima menor o incapaz a someterse al dictamen del médico forense o de los servicios psicológicos adscritos a los Juzgados y Tribunales, pues aquella actitud bien podría obedecer a las secuelas psíquicas provocadas por el delito en cuestión, en cuyo caso, tal negativa quedaría justificada por la indispensable protección de los derechos e intereses de dichos sujetos[76]; son, por tanto, trasladables aquí las consideraciones efectuadas más arriba en relación con la eventual exención del deber de prestar testimonio, dada la supremacía del interés del menor y la necesaria prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal (art. 11.2, aptdos. a y d, L.O. 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor). Lo cierto es que resulta del todo imposible forzar al menor o incapaz a someterse a dicha pericia, cuya práctica exige, lógicamente, una cierta colaboración activa de los mismos, sin que exista, además, disposición alguna que, de modo similar a los arts. 420 y 716 LECrim., sancione de forma expresa este comportamiento; excepción hecha, claro está, de la posible incoación de diligencias por alguno de los tipos genéricos de denegación de auxilio (art. 463.1 CP) o desobediencia a la autoridad judicial (arts. 556 y 634 CP), lo que nos parece, en cualquier caso, excesivo e inapropiado, tratándose de sujetos desvalidos que han sido agredidos sexualmente. A nuestro modo de ver, en tales supuestos, el Juez habría de considerar dicha negativa como un indicio más a tomar en cuenta para formar su convicción; es decir, aquel indicio tendría que ser valorado conjuntamente con los restantes elementos probatorios existentes (*v. gr.* testimonio de la víctima ante el Juez instructor, testigos de referencia, etcétera), al objeto de otorgar mayor o menor credibilidad a la versión inculpatoria del menor o incapaz frente a la del agresor.

76. *Vid.* STS de 24 de marzo de 1981 (RJ 1216/1981), CDO. 1°.

Debemos recordar, además, que el requisito de la verosimilitud del testimonio de la víctima mediante *corroboraciones periféricas de carácter objetivo*, exigido por la jurisprudencia como pauta lógica de valoración judicial de las manifestaciones de aquélla, puede cumplimentarse no sólo a través del mencionado informe pericial (aunque suela ser éste el más frecuente y de mayor relevancia en la praxis forense), sino también a partir de los testimonios de referencia aportados por familiares, vecinos, profesores, etcétera, por lo que la falta de aquel dictamen médico o psicológico podría suplirse de esta forma. De otro lado, es preciso insistir en que la falta de alguno de aquellos parámetros jurisprudenciales que permiten valorar racionalmente la declaración de la víctima como prueba de cargo legítima (en este caso, la falta del citado dictamen pericial como elemento de corroboración objetiva), no implica sin más la inadmisibilidad de dicho testimonio acusatorio de la persona agraviada, sino que ha de ser apreciado libremente por el juzgador. Por todo ello, nos reafirmamos en nuestra opinión de que la negativa de la víctima a someterse al examen médico—forense o psicológico debe ser estimado como un indicio a valorar junto con el resto de circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en la causa. Obviamente, si dicha negativa del menor o deficiente alcanza tanto a la comentada prueba pericial como a la propia narración de los hechos en presencia del Juez, habremos de concluir necesariamente la imposibilidad de condenar al acusado ante la inexistencia de una mínima actividad probatoria de cargo que enerve la presunción de inocencia del mismo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EN TORNO A LA PRUEBA ILÍCITA

Mª Ángeles Pérez Marín
Profesora de Derecho Procesal de la
Universidad de Sevilla

SUMARIO

I. Introducción. — II. Referencia a la doctrina americana de *"Los frutos del árbol envenenado"*. — III. Prueba penal y prueba prohibida en el ordenamiento español: *a)* Concepto de prueba prohibida; *b)* El entorno de la prueba penal; *c)* Principios del proceso afectados por la prueba ilícita. — IV. Ponderación de los derechos fundamentales transgredidos. — V. Interpretación jurisprudencial. — VI. La Ley Orgánica del Poder Judicial: *a)* El artículo 11.1; *b)* El artículo 242; — VII. Momento procesal oportuno para decidir la validez de la prueba ilícita.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso penal ha de garantizar al justiciable que aquellas pruebas de cargo utilizadas para intentar desvirtuar la presunción de inocencia y que pueden fundamentar una sentencia condenatoria, han sido obtenidas dentro del marco de la legalidad vigente, es decir, observando las normas de procedimiento —garantías y principios procesales— y los derechos fundamentales otorgados por nuestra Norma Fundamental a los ciudadanos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El respeto a los derechos fundamentales y a las normas de procedimiento llevó a la doctrina procesal y a la jurisprudencia a importar desde el sistema norteamericano la *"fruit of the poisonous tree doctrine"* para regular en nuestro ordenamiento la eficacia y los efectos de la prueba prohibida. Ahora bien, como suele suceder en la mayor parte de las ocasiones, la incorporación de una institución ajena, en este caso anglosajona, al sistema procesal continental supuso la desvirtuación del significado de dicha doctrina de suerte que en la actualidad las teorías norteamericanas y españolas en torno al tema difieren en aspectos fundamentales. En realidad, no es que en nuestro país no se entienda el sentido de la mencionada teoría probatoria, es que nuestra sociedad, costumbres sociales y políticas y, por ende, nuestros sistemas político y jurídico son muy distintos al ordenamiento anglosajón, por lo que no es posible intentar una incorporación en su totalidad, y con todas las consecuencias, de "la doctrina de los frutos del árbol envenenado".

En este sentido, el encorsetamiento del ordenamiento procesal español y, tal vez, el temor a transgredir las bases de nuestro reciente sistema democrático, hacen surgir en los juristas un miedo reverencial hacia la valoración y el análisis de las pruebas ilícitamente obtenidas y que inmediatamente se tachan de ineficaces en el proceso. El sacrosanto respeto a los derechos fundamentales dificultan un estudio detenido del auténtico alcance de la prueba prohibida, que ha convertido al proceso penal en un reflejo del proceso civil: la verdad formal prima siempre sobre la verdad material.

II. REFERENCIA A LA DOCTRINA AMERICANA DE *"LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO"*

La "teoría de los frutos del árbol envenenado" puede ser resumida en muy pocas palabras: todos aquellos medios de prueba que, aún siendo lícitos, tienen su origen en los resultados que se obtienen a partir de una actuación ilegal, son ineficaces y, por tanto, no gozan de ninguna virtualidad en el proceso.

A pesar de esta contundencia, no se ha de olvidar que esta norma únicamente se previó respecto de aquellas actuaciones de la policía que podían vulnerar derechos fundamentales de los ciudadanos. En definitiva, se intentaba persuadir a los agentes y oficiales de los cuerpos de seguridad de que su actividad debía ajustarse, en todo momento, a la legalidad vigente, ya que cualquier resultado, medio o actuación que supusiera la violación de un derecho fundamental no serviría para iniciar un proceso y, mucho menos, para fundamentar el fallo de una sentencia. Sin embargo, se excluyeron del ámbito de aplicación de la "doctrina de los frutos del árbol envenenado" aquellas actuaciones de los particulares que pudieran suponer una actividad ilegal por lo que dichoos comportamientos quedaban impunes a efectos procesales.

Además de la excepción hecha con la prueba obtenida ilegalmente por los particulares, se establecieron dos requisitos cuya constatación en la actividad presuntamente ilícita restringe la aplicación inmediata de la regla general de ineficacia: el primero de ellos es la *"independent source"*, en virtud de la cual se exige una relación directa de causa-efecto entre la prueba derivada y la prueba ilícita originaria; el segundo de los supuestos, que excluye la aplicación de los efectos reflejos, es el *"sophisticated argument"*, es decir, cuando la relación entre ambas pruebas no se deduce de una manera lógica y natural, sino que sólo puede explicarse en virtud de un razonamiento forzado[1].

En el primero de los presupuestos, se han de hacer, a su vez, dos excepciones que suponen una peculiaridad respecto de la inadmisibilidad de la prueba ilícita y que impiden que se desplieguen los efectos de la ineficacia; una sería aquellos supuestos de descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*), esto es, que aquellas circunstancias que, a pesar de haber sido descubiertas mediante una actuación ilegal, también se hubieran podido poner de manifiesto utilizando medios de prueba legales; la otra excepción la constituye aquellos casos en los que se deben aplicar criterios de buena fe (*good faith*), que legitiman la actuación ilegal de la policía en cuanto que la

1. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, B., "La prueba ilegalmente obtenida" en *Instituciones de Derecho procesal penal,* Madrid, 1999, pág. 284: "En algunas ocasiones como excepción se admiten las pruebas legalmente obtenidas procedentes de la ilegalmente obtenida, cuando dichas pruebas hubieran sido de todos modos descubiertas de otra manera, o la conexión entre unas y otras pruebas (ilegales y legales) resulta muy atenuada debido a los diferentes pasos inferenciales precisos entre las mismas, dada la conexión altamente indirecta entre ellas. Estas excepciones han dado lugar a lo que podemos denominar la teoría de la "independent source" (y como derivación de ésta, las excepciones del "Inevitable Discovery" o la "hipothetical independent source rule"), con las consiguientes reglas establecidas en los diferentes casos y que deben ser tenidas en cuenta en el análisis de cada supuesto concreto."

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

finalidad que se busca —la condena de personas que se saben, a ciencia cierta, culpables del delito— queda subsanada al no actuar el aparato policial de una forma dolosa, quedando patente la buena fe de los agentes que participaron en la actividad que se considera, *ab initio*, ilícita.

Una vez establecidas las líneas generales, la evolución de la doctrina norteamericana ha sufrido, como suele suceder en el proceso y en las instituciones procesales, las consecuencias de las orientaciones políticas que en cada momento regían las instituciones del país. De esta forma, las tendencias más liberales abogan por una ampliación del ámbito de aplicación de la "doctrina de los frutos del árbol envenenado" y la restricción de la eficacia probatoria de las pruebas ilícitas, con lo que resultaría muy difícil introducir en el proceso resultados probatorios obtenidos a partir de pruebas que vulneren derechos fundamentales, mientras que un pensamiento político más conservador y retribucionista limita la vigencia de la doctrina admitiéndose con más facilidad resultados probatorios ilícitos en cuanto se considera más importante el descubrimiento de la verdad material que el respeto extremado los postulados de un ordenamiento que en muchas ocasiones no ofrece soluciones satisfactorias[2] .

III. Prueba penal y prueba prohibida en el ordenamiento español

A) Concepto de prueba prohibida

Todas las cuestiones relativas a la prueba prohibida siguen siendo discutidas porque, aún en la actualidad, la doctrina no encuentra un punto de acuerdo en torno a su denominación, concepto, efectos y características.

2. Vid. Picó i Junoy, J., que, en "Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas", *Justicia,* 1987, núm. 3, hace un pequeños estudio sobre la evolución de la aplicación de la teoría norteamericana de los frutos del árbol envenenado y cita bastante jurisprudencia norteamericana en la que fundamenta sus conclusiones. En este sentido, Varona Vilar también advierte que esta doctrina está siendo desvirtuada por el TS de EEUU, constituido en su mayoría por magistrados nombrados en mandatos republicanos, porque cede ante los criterios del descubrimiento inevitable y de la buena fe para evitar que los culpables de algún delito no puedan ser condenados. "De este modo, se está otorgando eficacia a lo que indirectamente o de manera refleja se obtiene a través de fuentes obtenidas ilícitamente cuando se trata de "descubrimientos inevitables", entendiéndose por tales los que previsiblemente se habrían descubierto en todo caso, aún sin la fuente obtenida ilícitamente." (con Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L. y Montón Redondo, A, en *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal,* Valencia, 2000, pág. 296.)

Este es el motivo fundamental por el que en un primer acercamiento al tema no nos atrevemos a establecer un concepto inicial para, a partir del mismo, analizar sus notas características; nos parece más adecuado comenzar tomando como base el estudio del sistema de la prueba penal en nuestro ordenamiento para llegar a entender cómo la prueba prohibida se concibe, en todo caso, enfrentada al ordenamiento legalmente previsto, lo cual la dota de especiales peculiaridades. Es esta circunstancia lo que la caracteriza y la opone a la prueba "legal", que es la única destinada a producir efectos jurídicos eficaces en el proceso.

El proceso penal tiene como objeto o finalidad hallar la verdad material de los hechos discutidos y para ello resulta imprescindible que los requisitos formalistas exigidos a la prueba sean los mínimos. Un sistema probatorio sometido a estrictas reglas de procedimiento resulta obsoleto y claramente inútil, al dificultarse enormemente la labor de los operadores jurídicos. Por este motivo, los medios de prueba regulados en el ordenamiento jurídico español, únicos instrumentos válidos para fundar la convicción de los órganos jurisdiccionales en el fallo de la sentencia, están afectos a un sistema de amplia libertad.

Sin embargo, lo que hemos referido no implica que un sistema probatorio necesite para su mayor eficacia de una "anarquía normativa" en la que los sujetos procesales actúen de forma libre y autónoma, sin someterse a control alguno[3]. Como cualquier otra institución jurídica, el proceso penal para su correcto funcionamiento viene regido por un conjunto de normas de procedimiento que establecen las pautas que han de seguirse en la investigación criminal de los hechos, al tiempo que proclama las garantías que protegen los derechos fundamentales de las personas sujetas al mismo. El hallazgo de la verdad por cualquier medio implicaría una gran inseguridad

3. Asencio Mellado, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida,* Madrid, 1989, págs. 76 y 77: "Pero (...) hemos de plantearnos si una libertad absoluta de los medios utilizables a los fines de indagar la verdad material garantiza de forma correlativa el hallazgo de dicha verdad o si esta aseveración no es del todo cierta. Así, el que la verdad haya de establecerse por vía de procedimientos legítimos que en sí mismos tienen la pretensión de asegurar la igualdad de las partes, la evitación de la colocación de uno de los sujetos procesales en situación de desventaja, el que el procedimiento de obtención de la prueba sea correcto, armónico con los mentados valores fundamentales de la civilización, no son criterios que tiendan en exclusiva a garantizar la plena vigencia de los derechos reconocidos a la persona, sino que, a su vez, se pretende que la verdad que se declare sea en mayor medida ajustada a los hechos tal y como acaecieron."

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

jurídica y los criterios que en un principio deberían ser de justicia se sustituirían por criterios justicieros[4].

Por este motivo, se produce un conflicto entre el interés público por la defensa social y el interés de los sujetos que se ven envueltos en un proceso penal y cuyos derechos fundamentales han de ser necesariamente respetados[5]. Ante dicha situación, el legislador se ve en la obligación de limitar los modos de obtención de la verdad y establecer que todos los ciudadanos nos sometamos a las normas que conforman el ordenamiento jurídico. De esta forma, la realización de la justicia como valor superior de nuestro ordenamiento, exige una obtención formalizada de la verdad porque se ha de garantizar el rigor legal en la obtención de la prueba.[6]

Como consecuencia, las pruebas obtenidas respetando las pautas jurídicas y procesales establecidas por el ordenamiento son lícitas, ya que procuran la convicción del juez sin necesidad de infringir las garantías previstas por el legislador en las normas; por tanto, estamos ante pruebas válidas que desarrollarán toda su eficacia en el proceso. La prueba ilícita o prueba prohibida, por el contrario, supone la transgresión de las normas que conforman el sistema jurídico para lograr aquellos datos que necesita el órgano judicial sentenciador para fundamentar el fallo de la sentencia que pone fin al conflicto. Estamos, por tanto, ante circunstancias que limitan la investigación y ante medios o formas que no pueden ser utilizados para facilitar la formación del convencimiento del juez; los resultados obtenidos vulnerando estas normas son ilícitos y, por consiguiente, no tienen ninguna validez en el proceso.

B) El entorno de la prueba penal

La estructura jurídica creada en torno a la validez y legalidad de la prueba penal, tan simple y, a priori, perfecta, adolece, sin embargo, de algunas quiebras que no resultan demasiado difíciles de descubrir. Así, para lograr la finalidad del proceso penal, si no queremos llegar a resultados insostenibles, no cabe otra opción que acogerse al criterio más restrictivo que de la prueba ilícita propugna el Tribunal Constitucional[7]. Si esto no fuese

4. GIMÉNEZ PERICAS, A., "Sobre la prueba ilícitamente obtenida", en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1992, pág. 282.

5. ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida,* op. cit., pág. 76.

6. GIMÉNEZ PERICAS, A., "Sobre la prueba ilícitamente obtenida", op. cit., pág. 283.

7. Vid. SSTC 49/1996, de 26 de marzo, F.J. 2º, 181/1995, de 11 de diciembre, F.J. 7º y 126/1995, de 25 de julio, F.J. 5º.

así, llegaríamos a un proceso penal que se confundirá con el civil, dónde prima la verdad formal y en el que el juez, en sus resoluciones, no se basa en la verdad real o material sino en lo que las partes pueden o quieren llevar al proceso aún a sabiendas de que con ello, tal vez, se estuviera cometiendo un grave error jurídico.

El anacronismo resulta evidente porque, a pesar de todo, nuestro ordenamiento jurídico permite ciertas irregularidades en el proceso. Al respecto, es interesante, traer a colación la diferencia entre prueba viciada y prueba ilícita. Ilícita es aquella prueba obtenida de forma antijurídica, en tanto que viciada es aquella prueba en la que concurren una serie de circunstancias que afectan a la veracidad de su contenido, esto es, que dicho contenido es falso, con independencia del modo de su obtención y de la forma en que se introduce en el proceso. En este sentido una prueba viciada puede ser una prueba lícita en su forma de obtención y debe ser admitida porque no se incumple ninguna norma procesal ni en la forma de lograrla ni en su introducción en el juicio; será en la fase probatoria cuando se pueda demostrar si el objeto de dicha prueba es o no cierto y, por tanto, si debe ser utilizada o rechazada por el juez. Por consiguiente, el *quid* en la prueba viciada se plantea en términos de eficacia pero no en la admisibilidad del medio probatorio, lo cual la diferencia profundamente de la prueba ilícita. En definitiva, una prueba viciada, si no es desvirtuada, puede ser utilizada para fundamentar una sentencia mientras que una prueba ilícita debe ser rechazada aunque su contenido sea verdadero, porque su obtención ha transgredido las normas sociales y jurídicas y, en consecuencia, debe ser inmediatamente rehusada por el órgano judicial; en caso contrario, la sentencia basada en la misma adolecería de un vicio de nulidad y estaríamos ante una sentencia antijurídica y no ejecutable.

En este aspecto, la doctrina no se ha mostrado pacífica, porque ha sido muy difícil llegar a una solución unánime en cuanto a los límites de la investigación penal, la obtención de prueba y la protección de los derechos de los imputados[8].

8. Baste como muestra la referencia a que hasta ahora ha sido prácticamente imposible alcanzar un acuerdo en cuanto a determinar las conductas o actuaciones ilícitas. En primer término, prueba ilícita será aquella obtenida con violación de los derechos reconocidos legalmente a las personas, en especial los derechos constitucionales; por tanto, prueba ilícita será aquella que implica la transgresión de una norma con rango de ley (SENTÍS MELENDO, S., "La prueba en el proceso", R.D. Proc. Ib.-filip. 2-3, 1977, pág. 437); también un acto que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Por otra parte, se han de tener presente ciertos aspectos de nuestro sistema probatorio que permitirán cerrar el ámbito que limita las ilegalidades probatorias. Así, la primera referencia se dirige al tema de las prohibiciones probatorias, que parece han de entenderse excluidas del ámbito de las pruebas ilícitas, y que impiden la utilización de algunos medios probatorios concretamente previstos por la ley —arts. 672.2[9] y 813[10] entre otros—[11]; en el caso de que se pretendiere utilizar dichos medios de prueba, el órgano judicial deberá rechazarlos, no porque se trate de una prueba ilícita, sino simple y llanamente porque la LECrim. prohíbe su utilización. El efecto que se consigue es el mismo, la imposibilidad de utilizar los resultados obtenidos a partir de dichas pruebas.

En segundo lugar, también debe ser tenido en cuenta a efectos de apreciar las limitaciones o prohibiciones probatorias la distinción —doctrinal y jurisprudencial— entre fuentes y medios de prueba. Las primeras, esto es, las fuentes de prueba, están impregnadas de una serie de restricciones que afectan a la forma de la investigación de los hechos discutidos en el juicio[12]; y las prohibiciones relativas a la incorporación de las fuentes de prueba en el proceso —admisión y práctica de la prueba— afectan a actuaciones verdaderamente probatorias, es decir, realizadas dentro del proceso, en la fase de prueba y controladas directamente por el juez o poer el tribunal. En este

infringe un principio general de derecho o la jurisprudencia, siempre y cuando dicha circunstancia pueda ser recurrida en casación, convierte a la prueba en ilegal (MONTÓN REDONDO, A., *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso,* op. cit., pág. 209 y ss.), aunque también hay quien afirma que prohibidas sólo están aquellas pruebas que se obtienen con una clara y manifiesta infracción de los derechos fundamentales de la persona (SERRA DOMÍNGUEZ, M., "El derecho a la prueba en el proceso civil español", en *Libro homenaje a Jaime Guasp,* Granada, 1984, págs. 569 y ss.).

9. "En los artículos de previo pronunciamiento no se admitirá la prueba testifical".

10. "No se admitirán testigos de referencia en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra".

11. HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba,* Barcelona, 1999, pág. 132.

12. Respecto de éstas, cabe decir que el tema ha sido desarrollado fundamentalmente con relación al proceso penal, sobre todo si se tiene en cuenta que en éste, la investigación corre a cargo de autoridades públicas cuya actuación debe someterse a una normativa y a unos límites determinados, para evitar que las facultades que se les otorga para descubrir la verdad, incidan excesivamente en los derechos básicos de los ciudadanos (PASTOR BORGOÑÓN, B., "Eficacia en el proceso de pruebas ilícitamente obtenidas", JUSTICIA, 1986, núm. II, págs. 340 y ss.

segundo tipo de prohibiciones, la infracción de la normativa procesal da lugar a la vulneración de los principios de igualdad y contradicción, por lo que surge nuevamente, como consecuencia, la imposibilidad de considerar el resultado de la misma a efectos probatorios[13].

Ahora bien, si la prueba es la función judicial de verificar las afirmaciones que realizan las partes en el proceso[14] y no averiguar o descubrir hechos o cosas, la actividad de buscar y obtener fuentes de prueba es un trabajo extraprocesal que corresponde a las partes[15]. Por otra parte, debemos partir del hecho de que, salvo los arts. 11.1 y 242 LOPJ, las normas procesales de nuestro ordenamiento no regulan la problemática que plantea la prueba ilícita, por lo que no resulta extraño que tampoco se repare en el camino que siguen los medios probatorios para alcanzar el proceso.

A este respecto, hemos de tener en cuenta que la prueba es una actividad que, salvo excepciones[16], tiene lugar durante el plenario y este es el momento en que se verifican los hechos alegados por las partes. En esta fase procesal, prueba ilícita será aquélla que vulnere normas y principios estrictamente procesales, es decir, intrínsecos del proceso. Sin embargo, que se reúnan todos estos factores es francamente difícil y lo más normal es que las infracciones o irregularidades que impiden su eficacia se den en pruebas que pueden tener la consideración de anticipadas —entrada y registro, inspección ocular— y que tienen lugar en la fase de instrucción. Por otro lado, el *iter* lógico del proceso exige a las partes obtener fuentes de prueba durante la fase de investigación que les permita proponer los medios probatorios, por lo que resultará más normal que la infracción se cometa durante la investigación de los hechos; luego, la vulneración o la ilicitud se ha de referir a la conducta utilizada para lograr la fuente de prueba que con posterioridad se introducirá en el proceso como prueba.

13. PASTOR BORGOÑON, B., "Eficacia en el proceso de pruebas ilícitamente obtenidas", op. cit., pág. 343.

14. Y cuya nulidad se regula en el art. 238 LOPJ: *Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1º Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. 2º Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave. 3º Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.*

15. SENTÍS MELENDO, S., "La prueba en el proceso", op. cit., pág. 433.

16. Piénsese en la prueba anticipada y la prueba preconstituida.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En este sentido, la infracción de derechos fundamentales durante la investigación de las fuentes de prueba, en principio, debe implicar la invalidez del acto y de la futura prueba afectada por la ilicitud. Ahora bien, planteándonos un supuesto práctico surgen algunos inconvenientes. Así, si de la interceptación de una carta, sin autorización judicial, se descubre la comisión de un delito no parece muy correcto, jurídicamente hablando, eludir la investigación del mismo aduciendo que dicho descubrimiento trae causa de una conducta ilícita. Probablemente, no se admitirá como prueba la correspondencia intervenida ni, por supuesto, se podrá utilizar como prueba acusatoria, pero de lo que no cabe duda es de la obligación de investigar la comisión del delito porque este descubrimiento debe actuar como *notitia criminis*[17].

A pesar de todo, ésta no es la opinión mayoritaria, de suerte que se continúa entendiendo que cualquier actividad procedente de un acto ilícito no tendrá ninguna virtualidad procesal práctica porque la ilicitud inicial contamina las actuaciones sucesivas. Sin embargo, ésta puede ser una interpretación contraria al tenor literal del art. 11.1 LOPJ y se aleja de cualquier razonamiento jurídico lógico afirmar que en todos los casos los medios utilizados para la investigación, las fuentes de prueba obtenidas y los medios probatorios utilizados son ilícitos porque traen su causa de una actuación jurídicamente incorrecta[18].

Basándonos en tales consideraciones, parece más acertado hacer una distinción entre pruebas ilícitas y pruebas irregulares. Son ilícitas aquellas pruebas o actuaciones que, dentro del proceso, y en cualquier fase, transgreden derechos fundamentales en cuanto que, atentan contra la dignidad y no respetan los valores jurídicos establecidos; sin embargo son irregulares aquellas pruebas que, no suponiendo una infracción directa de derechos fundamentales, constituyen una vulneración de las normas que rigen el proceso lo cual podría implicar un ataque al principio de igualdad y contradicción, previstos como fundamentales en nuestra Constitución. En ambos ca-

17. ATS 6102/1992, de 18 de julio, F.J. 7.

18. Así, como indica PASTOR BORGOÑÓN ("Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas, *Justicia*, 1986, núm. 2, pág. 361) el art. 11.1 LOPJ niega todo efecto a las pruebas que se obtengan vulnerando, directa o indirectamente, pero esta consecuencia no puede extenderse a los actos de investigación practicados en la forma y cumpliendo los requisitos legalmente previstos aunque traigan su causa en los resultados obtenidos de una conducta inconstitucional.

sos, el resultado directo de la prueba ilícita o irregular no puede ser tenido en cuenta por el órgano sentenciador, pero no creemos que se pueda predicar lo mismo de los resultados indirectos que se logran de ella ya que, en algunos casos, las noticias, datos y hechos descubiertos a partir de una prueba, aunque sea ilícita, no pueden dejar indiferentes al órgano judicial y a las partes.

C) Principios del proceso afectados por la prueba ilícita

Durante la normal tramitación de un proceso todas las normas procedimentales que lo regulan deben ser respetadas, únicamente de esa forma es posible llegar de una forma ordenada al momento de la sentencia y facilitar al juez su labor interpretativa en orden a discernir el fallo, condenatorio o absolutorio.

La observancia de los principios que conforman el proceso es una de sus garantías de utilidad y, sobre todo, ello es necesario en el proceso penal donde se discuten los derechos más fundamentales de la persona, dotados por la Constitución de una protección especial. Del mismo modo que los principios de la jurisdicción penal, los principios procesales están reconocidos en la Constitución y encuentran su aplicación práctica en la regulación prevista en la LECrim.

El respeto a estos principios es consustancial al proceso y la ausencia de alguno de ellos excluye la idea del mismo; cuando se hace uso de la prueba ilícita se infringen los principios más íntimos del proceso, motivo por el cual se estremecen las bases mismas del proceso penal.

Efectivamente, cuando se valora una prueba ilícitamente obtenida se afectan la igualdad y la contradicción de las partes, principios relativos a la estructura del proceso, y éstos desaparecen desde el momento en que una de ellas utiliza un comportamiento cuanto menos dudoso para obtener una prueba que le permita situarse, de una forma desleal, en un plano superior a la otra parte que se ve mermada en sus posibilidades de ataque y defensa en el proceso. La exigencia de que nunca se produzca indefensión, el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva obligan al cumplimiento de la posibilidad de la contradicción, garantía que se esfuma cuando una de las partes se apoya para su actuación en pruebas ilícitamente obtenidas; en caso contrario, tales derechos se verían indirectamente vulnerados.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La consecuencia inmediata de tales actuaciones conlleva la imposibilidad de admitir y valorar tales medios probatorios. Como primera aproximación, digamos que una vez introducidos los hechos en el proceso surge el problema de determinar los medios o reglas que debe utilizar el órgano jurisdiccional para construir la sentencia. Así, como consecuencia de la interdicción de determinados comportamientos en relación con la prueba, el tribunal no puede fundar sus sentencias en pruebas obtenidas irregularmente, porque la actividad probatoria no puede practicarse con vulneración de las normas que protegen los derechos fundamentales. Ello da lugar a un supuesto de no admisión y abstención en la valoración de la prueba, bien porque se haya obtenido mediante la vulneración de garantías constitucionales, con violación de derechos fundamentales, bien a través de medios que la Constitución y las leyes prohíben o que no autorizan expresamente. Por tanto, otro principio afectado por la prueba ilícita será el principio de valoración de la prueba. De esta forma, la apreciación en conciencia del juez debe recaer en auténticas pruebas (art. 741 LECrim.) y la prueba ilícita no debe ser considerada una prueba de esta naturaleza.

Sin embargo, la no valoración por parte del juez que enjuicia el asunto puede depender de que el derecho fundamental transgredido sea, atendiendo a las circunstancias que rodean al proceso, más protegible que aquellos que rodean a los hechos que se intentan demostrar. En definitiva, el principio de proporcionalidad no puede excluirse sino que precisamente se coloca en un lugar preferente para cumplir su función. Así, el TC en su sentencia 37/1989, de 15 de febrero, estableció que "la regla de proporcionalidad de los sacrificios, es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental, y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho..."

Dicha resolución ha supuesto la culminación de una doctrina anterior en la que el Alto Tribunal ya advertía que los derechos fundamentales no podían convertirse en un obstáculo infranqueable en la búsqueda de la verdad material. En este punto, adquiere todo su sentido el principio de proporcionalidad ya que conecta los intereses en juego ofreciendo la solución al determinar si es posible una intromisión en un derecho constitucionalmente protegido.

IV. Ponderación de los derechos fundamentales transgredidos

Con independencia de cuáles sean los hechos a enjuiciar, todas las investigaciones penales deben resolver una misma cuestión cual es la ponderación de los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, en la medida en que estos entran en conflicto dentro del proceso penal. Así, la protección de los derechos fundamentales se enfrenta siempre a la defensa de determinados intereses sociales que buscan el castigo ejemplarizador de las conductas delictivas.

Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación penal, a veces es imprescindible traspasar el ámbito de protección de los derechos fundamentales o personales, limitándose, de esta forma, su marco de eficacia. En la investigación penal, el problema de la protección de los derechos fundamentales no es otro que el enfrentamiento que surge entre el deber del ordenamiento de reprimir las conductas delictivas y la protección de los derechos fundamentales que no deben sufrir ningún tipo de intromisión. Del resultado de esta lucha nace la legitimidad de la medida que se va a tomar o, por el contrario, su falta de ajuste con las disposiciones del texto fundamental.

En orden a la especial protección que nuestro ordenamiento concede a los derechos fundamentales y políticos de la persona, es lógico que en el proceso no se puedan admitir medios de prueba y prácticas probatorias que vulneren estos derechos fundamentales; pero hacemos esta afirmación con cautela porque ello dependerá de lo que se demuestre con la prueba, de la valoración y del criterio de proporcionalidad en virtud del cual el órgano judicial pondere los derechos enfrentados.

Sobre todo, debemos tener en cuenta que en nuestro ordenamiento nos podemos encontrar con dos realidades distintas: por un lado, los supuestos y casos en que la transgresión del derecho fundamental es indiscutible por lo que el medio de prueba está absolutamente excluido, por considerar el legislador que existen bienes jurídicos más dignos de protección que el interés en la averiguación de la verdad —nos estamos refiriendo, por ejemplo, a las declaraciones testificales realizadas bajo violencia o intimidación o bajo la influencia de drogas que anulan la voluntad de los sujetos, que por afectar al derecho a la vida y a la salud, sin ninguna duda deben ser inadmitidas—; pero, por otra parte, es necesario estudiar y ponderar cuidadosamente el bien jurídico que protege el derecho fundamental y el interés pú-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

blico en la investigación de la verdad, de forma que se deberán prever milimétricamente las garantías, los límites y las consecuencias de realizar determinadas pruebas que afecten a ambos intereses. Por tanto, nos encontramos ante derechos jurídicamente protegidos que son de distinta entidad y que por tanto también serán diferentes en sus efectos y en su grado de protección, por lo que los efectos derivados de la vulneración de estas restricciones serán de mayor o menor importancia[19].

Ante todo, debemos tener presente que no todos los derechos subjetivos reconocidos por la Constitución gozan del rango de derecho fundamental y, por otra parte, que dentro del círculo de los derechos fundamentales existen algunos que se consagran con carácter absoluto, mientras que en otros casos la protección constitucional es relativa. Como ejemplo se puede citar el art. 15 de la Constitución —derecho a la vida, a la integridad física y moral—, que recibe una protección absoluta por el ordenamiento, aunque existen otros derechos, como el derecho a la intimidad, a la propiedad o al secreto de las comunicaciones, que no tienen una protección constitucional tan férrea sino que pueden ser relegados, mediante ciertas actuaciones legalmente previstas, en virtud de la defensa de un derecho de mayor rango. Si lo que está en juego es la culpabilidad o la inocencia del imputado —por tanto nos referimos, en última instancia, al derecho a la libertad y al derecho de defensa—, no cabe duda que en este punto se ha de advertir de las consecuencias inevitables que se producen de una interpretación contraria a derecho de lo que se considere prueba prohibida.

De esta realidad se hizo eco el Tribunal Constitucional y aunque la interpretación que se dio al art. 11.1 LOPJ obligara a admitir sin excepciones el efecto reflejo de la prueba ilícita —que como veremos no es así—, el Alto

19. "En cualquier caso, la vulneración de alguno de los derechos fundamentales protegidos por las normas comprendidas entre los arts. 14 a 29 CE, en la aportación del material probatorio al proceso, o en la práctica de la prueba conduce a la imposibilidad de su valoración, pues reconocen los derechos a un "proceso con toda las garantías" y a la igualdad de las partes, como ha reconocido el Tribunal Constitucional. Sin embargo, cabría considerar que también en ciertos supuestos, en los que no resulta infringido ningún derecho fundamental superprotegido, sino en los que se vulnera exclusivamente normas de rango ordinario, existe desde una perspectiva constitucional, prohibición de valoración de la prueba, por infracción del derecho "a un proceso con todas las garantías" o a "la igualdad de las partes", lo que deberá estudiarse caso por caso." (PAZ RUBIO, J.M., "La prueba en el proceso penal" en *La prueba en el proceso penal,* Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1992, pág. 229 y 230.

Tribunal ha venido creando un cuerpo jurisprudencial que consagra la diferencia entre los derechos fundamentales y posibilita, de esta forma, la intromisión en la esfera de los mismos cuando el interés a proteger excede la categoría del derecho fundamental infringido. Así lo pone de manifiesto en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre: el interés particular "puede ceder ante la primera exigencia —la obtención de la verdad— cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa directa e inmediata de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso."

A pesar de todo, surgen dos cuestiones que necesitan solución: la primera, si únicamente con la teoría elaborada hasta el momento sobre la prueba prohibida es suficiente para limitar la utilización de los medios probatorios practicados violando derechos fundamentales y, en segundo lugar si, de esta forma, los derechos fundamentales se erigen en un obstáculo infranqueable para la investigación penal, es decir, si éstos son ilimitados.

La primera cuestión no es fácil de responder. Es verdad que nuestro ordenamiento viene negando la utilización de la prueba ilícita sobre todo en relación con los derechos fundamentales y ello, como sabemos, no sólo con el fundamento del art. 11.1 LOPJ sino con la base que concede la amplia doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional; pero ello no asegura la pureza del procedimiento, porque quedan fuera del concepto de prueba ilícita muchos supuestos que, sin suponer directamente la infracción de derechos fundamentales, no deben ser utilizados porque su incursión en el derecho a la presunción de inocencia es un tanto forzada. Así sucede con determinadas prohibiciones probatorias que limitan investigar sobre ciertos temas y con algún derecho fundamental, como el derecho a guardar silencio, que no tienen unos límites definidos y que, en consecuencia, hacen dudar a los órganos jurisdiccionales en el momento de valorarlos para elaborar la sentencia[20].

En cuanto a la segunda cuestión, esto es, si los derechos fundamentales son absolutamente infranqueables, con independencia de las circunstancias y de los intereses puestos en juego por la investigación, hemos de res-

20. ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida,* op.cit., pág. 79

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ponder que no es posible afirmar una supremacía absoluta de todos estos derechos. Si fuera así, el proceso penal estaría destinado al fracaso en sus objetivos, porque en sí mismo el proceso penal ya implica necesariamente una limitación de derechos y libertades fundamentales.

Teniendo en cuenta todo ello, es posible distinguir entre una prueba prohibida *stricto sensu* —la vulneración directa de derechos fundamentales que se producen en la práctica de la prueba— y una prueba prohibida *lato sensu* —subsumible bajo la amplia protección del derecho fundamental a las garantías del proceso que se ven vulneradas cuando se intenta introducir un medio probatorio obtenido mediante una actuación ilícita—. Por esta razón, será necesario confrontar ante cada supuesto los intereses afectados y de este enfrentamiento surgirá la legitimidad o ilegitimidad de la transgresión del derecho fundamental. En tal caso, será el criterio de la proporcionalidad el que de forma sistemática dará la solución al conflicto de intereses planteado.

V. Interpretación jurisprudencial

En la sentencia 55/1982, de 26 de julio, el Tribunal Constitucional, adelantándose a la regulación positiva del tema, previno que "*el derecho a la presunción de inocencia consagrado por el art. 24.2 sólo puede ser enervado por prueba que haya llegado con todas las garantías al proceso*". No cabe duda de que con esta referencia estaba naciendo una incipiente teoría sobre las pruebas ilícitamente obtenidas en el proceso penal. No obstante, este primer abordaje del tema se refería exclusivamente al cumplimiento de las normas procesales de introducción de las pruebas en el proceso. De esta forma, si una prueba ilícitamente obtenida, esto es, incumpliendo las garantías de protección que le auguran la Constitución, se atenía a las normas procesales de admisión, no existía argumento procesal alguno que permitiera rechazar una prueba así obtenida y subsanada mediante su lícita introducción en el proceso.

El propio Tribunal Constitucional, en el año 1984 (A. 289/1984, de 16 de mayo) rechazó la aplicación de la teoría de la prueba prohibida por la inexistencia de una norma que prohibiera la admisión de este tipo de pruebas y por no ser un principio general del derecho sino una mera aspiración de *lege ferenda*[21].

21. Asencio Mellado, J.M. "Prueba prohibida y prueba preconstituida", op. cit., pág. 78.

Acto seguido, el Alto Tribunal dicta la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, y establece el primer argumento sólido sobre la teoría de la prueba ilícita. Utilizando exclusivamente la regulación de los derechos fundamentales proclamados por la Constitución, advirtió que "*la admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicaría infracción del art. 24.2 de la Constitución, porque una prueba así obtenida no es una prueba pertinente*". Por primera vez se hace referencia en nuestro sistema jurisprudencial al concepto de prueba ilícita y, por primera vez, el Tribunal distingue entre infracción de normas infraconstitucionales y vulneración de derechos fundamentales, deduciéndose la sanción de nulidad sólo para este último supuesto. La distinción entre los derechos regulados por normas de rango inferior a la Constitución y los derechos protegidos constitucionalmente encuentra su consagración en las sentencias 180/1987, de 12 de noviembre, y 263/1988, de 22 de diciembre, en las que se declara que no toda irregularidad o infracción en la forma de obtener o practicar un medio de prueba supone la negación de su valor probatorio y que tenga que ser rechazado por el juez en el momento de resolver la sentencia.

La misma línea siguió el Tribunal Supremo que reafirmó en su sentencia de 15 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9610), que "*una actividad de investigación o de prueba sea nula no significa que el hecho objeto de consideración no pueda quedar acreditado por otros medios, si éstos son legítimos y avienen al proceso por cauces también legítimos*"; y son legítimas no sólo las que no atentan directa o indirectamente contra los derechos fundamentales "*sino también aquellas que cumplen con las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria.*" Porque "*sólo unas vías son hacederas para el descubrimiento de la verdad real, pues no cabe hablar de pruebas lícitas que procedan de una prueba ilícita. Se puede tratar, por consiguiente, en estos casos, de una prueba obtenida en forma ilícita pero que no se ha llegado a ella gracias a conocimientos conseguidos de forma lícita (...) Por eso es tan importante, cuando se da una prueba ilícita, establecer las fronteras de la prohibición inexorable de obtener de ella consecuencias por la vía indirecta.*"[22].

22. Vid. también las SSTS de 12 de mayo de 1986 (RJ 1986/2452), de 23 de junio de 1986 (RJ 1986/3187), de 12 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4671) y de 24 de febrero de 1990 (RJ 1990/1616).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Por este motivo, resulta esencial examinar en cada caso concreto cuál es la prueba ilícita y cuáles son las que de ella se derivan, es decir, habrá que distinguir entre pruebas diferentes, obtenidas con ocasión de la prueba ilícita, y pruebas independientes, porque solo a las primeras se extiende el efecto de nulidad de la prueba ilegal[23]. En este sentido, la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar a las restantes pruebas obrantes en la causa si es posible la desconexión causal de unas y otras (art. 242 LOPJ). Ante tales explicaciones, el Tribunal Supremo mantiene una interpretación restrictiva del art. 11.1 LOPJ, "limitando la fuerza expansiva del efecto de la prueba ilícita al invocar el principio de conservación de los actos procesales con fundamento legal en el art. 242 de dicha ley"[24].

Atendiendo a dicha doctrina, se extraen los siguientes postulados:

1. No existe un derecho fundamental que implique la inadmisión de una prueba ilícita. Así lo recoge expresamente el Tribunal Constitucional: "no existe [...] un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita [...], un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico"[25].
2. Es necesario distinguir entre actos contrarios a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española y actos que atentan contra otras normas del ordenamiento. De esta forma, cuando las pruebas se hayan obtenido de un modo antijurídico, pero sin vulnerar directamente derechos fundamentales o normas esenciales del procedimiento que pudieran suponer un ataque indirecto a tales derechos, podrían acogerse en el proceso con independencia del posterior uso y valoración que de la misma haga el órgano jurisdiccional, porque estaríamos hablando de normas infraconstitucionales que tal vez no impliquen ningún ataque a un derecho fundamental.

Referido concretamente al tema de las intervenciones telefónicas, el TS en su auto de 18 de junio de 1992 (RJ 1992/6102), dictaminó "(...) Tampoco podrán practicarse los otros medios de prueba que sean consecuencia de las referidas conversaciones, pues sólo así se produce el efecto querido por la Ley cuando de nulidades radicales se trata, cabiendo solo, por tanto, respecto de las actuaciones, utilizar pruebas, si se estiman que disponen de ellas, distintas de aquellas que se declaran nulas, sin que, obviamente y por tanto, puedan tampoco servir como apoyo de sus pretensiones directa o indirectamente, las pruebas cuya nulidad radical se declara (arts. 11.1 238 y 240 LOPJ).

23. STS 1992/7955, de 9 de octubre y 1994/3492, de 20 de mayo.
24. RIVES SEVA, A.P., *La prueba en el proceso penal,* Pamplona, 1996, pág. 56.
25. STC 114/1984, de 29 de noviembre.

3. La recepción procesal de pruebas practicadas con clara vulneración de derechos fundamentales y la infracción de normas esenciales del procedimiento, implican la vulneración de las garantías propias del proceso y confirman la desigualdad de las partes en el mismo[26]. Sin embargo, aunque la admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida supondrá, en la mayoría de los casos, vulneración grave de derechos fundamentales, es decir, la infracción de todas las garantías que proclama el artículo 24.2 CE en relación con el proceso, en otros casos, tal vez en aras del derecho de defensa, su admisión estará avalada por la ponderación de un derecho fundamental de rango superior.

VI. LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

A pesar del interés que puede suscitar el estudio de la prueba prohibida y su valor en el proceso, en la actualidad el problema de la prueba ilícitamente obtenida, prueba prohibida, prueba ilegal, o como quiera que se denomine a aquella actividad probatoria que vulnere o afecte a derechos fundamentales, no reside en determinar si es o no admisible por el órgano judicial y si pudiera fundamentar una sentencia condenatoria o absolutoria —ya como única prueba ya en conjunto y cuyo resultado probatorio deberá ser estudiado por el juez en su labor de valoración conjunta de la prueba—. Creemos que queda suficientemente claro, tanto por la mayor parte de la doctrina científica como por la jurisprudencia, que no puede tener validez ninguna en el proceso la prueba que se haya obtenido vulnerando derechos fundamentales[27], directa o indirectamente[28].

26. PAZ RUBIO, J.M., "La prueba en el proceso penal", op. cit., pág. 233.
27. No olvidemos, sin embargo, que tal y como se ha hecho referencia *supra* en determinadas ocasiones habrá de tener en cuenta de si estamos ante un derecho fundamental absoluto o ante uno cuyo ámbito de protección es relativo; además se ha de exigir un análisis valorativo de los derechos enfrentados y el órgano judicial está obligado a realizar dicha ponderación que se ha de reflejar, si no explícitamente, sí en el resultado de la resolución judicial donde se pudiera discutir la admisión o eficacia de la prueba.
28. Sin embargo, no olvidemos que existen autores que abogan a favor de la valoración de la prueba ilícitamente; así, p.ej. PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho procesal civil, vol. I,* 2ª ed., Pamplona, 1985, pág. 761; MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso,* Barcelona, 1967 , págs. 77 y ss.; SCHÖNKE, "Los límites de la prueba en el proceso penal", R.D.P., 1955, núm. 3, págs. 375 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El nudo gordiano se ha trasladado a la explicación que se ha de dar a la expresión "directa o indirectamente" utilizada por el legislador en el art. 11.1 LOPJ, porque de ello depende la correcta interpretación de los efectos reflejos de la prueba ilícita. Para alcanzar dicho objetivo, no obstante, hemos de atender a dos referentes distintos: el artículo 11.1 LOPJ y el artículo 242 del mismo cuerpo legal.

A) El artículo 11.1[29]

Respecto de este precepto algunos procesalistas afirman que la expresión "directa o indirectamente" constituye la forma que ha elegido el legislador para instaurar en nuestro proceso penal la teoría de los efectos reflejos propia de la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado[30]. Otros autores, sin embargo, afirman que es imposible dicha interpretación[31]. El razonamiento de unos y otros, por tanto, difiere necesariamente.

Para los primeros, el tenor literal recogido en el art. 11.1 —*"No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales"*—ha de interpretarse en el sentido de que si una prueba, legal o ilegal, trae su causa de un acto ilícito ello obliga a rechazar su admisión en el proceso porque la prueba es consecuencia de una actividad ilegal y, por tanto, al existir entre ellos una relación "causa-efecto", la segunda queda contaminada, aunque sea indirectamente, tal y como advierte la norma.

La segunda postura, por su parte, rechaza esta concreta consecuencia que se deriva de una actividad ilícita dentro del proceso y proclama la imposibilidad de reconocer en el art. 11.1 dichas premisas. Así, en primer lugar se advierte que en los trabajos parlamentarios de elaboración de la LOPJ en ningún momento se hace uso o mención de la teoría de los actos

29. *En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*

30. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, B., "La prueba ilegalmente obtenida", en *Instituciones de derecho procesal penal,* Madrid, 1999, pág. 285.

31. PICÓ Y JUNOI, J., "Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas", *Justicia,* 1987, núm. 3, págs. 898 y ss.; PASTOR BORGOÑÓN, B., "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", op. cit., pág. 361.

reflejos; que el término "directa o indirectamente" se refiere, en cualquier caso, a la vulneración de los derechos fundamentales —vulneración directa o indirecta de un derecho fundamental— y no a la obtención de pruebas que sean consecuencia, directa o indirecta, de una actividad ilegal y, por último, que la "doctrina del árbol envenenado" ha de ser interpretada, tal y como advierte el Tribunal Constitucional, de una forma restrictiva, luego no es posible generalizar a partir de este precepto.

A nuestro entender, la segunda opinión expuesta es la que más se acerca a una interpretación literal del art. 11.1. Debemos partir, *ab initio*, de la consideración de que la ilicitud o el acto ilícito que tiene lugar dentro del proceso está referido en todo momento a la vulneración de derechos fundamentales. Dicha vulneración, con independencia de que sea directa o indirecta, produce como efecto inmediato la imposibilidad de admitir los resultados probatorios que se pudieran obtener a partir del acto ilegal. Si en un interrogatorio con malos tratos y tortura se obtiene una declaración de culpabilidad, no cabe la menor duda de que dicha autoinculpación no puede ser tenida en cuenta por el órgano judicial; en este caso se ha vulnerado directamente el derecho fundamental a la integridad física y, en consecuencia, el resultado de dicha actuación es nulo. Si la declaración del imputado tiene lugar sin la asistencia de letrado cuando ésta es preceptiva, se estaría ante una actuación viciada que podría suponer una transgresión del derecho de defensa y, en consecuencia, los resultados de dicha declaración no tienen efectos en el proceso. Por otra parte, es imposible admitir el medio de prueba —aunque esté legalmente propuesto— a través del cual se pretenda introducir los resultados probatorios ilícitos directamente obtenidos, porque ello supondrá una vulneración indirecta del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías[32].

Pero, una vez advertida que la vulneración se refiere, en todo caso, a los derechos fundamentales, hay que despejar la incógnita de la validez de aquellas pruebas que tienen su origen en una actuación ilegal pero que no se refieren al resultado probatorio directo. A nuestro entender, el art. 11.1 no hace referencia a este hecho, luego no es posible forzar la interpretación del precepto hasta llegar a una equiparación con la doctrina norteamericana de los actos reflejos. Efectivamente, si de una actividad ilícita se obtiene información y se investiga sobre la misma cumpliéndose todos los requisitos

32. PICÓ I JUNOY, J., op. cit., pág. 892.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

legales, aunque ésta sea consecuencia directa de la anterior ilegalidad, no estamos ante pruebas prohibidas porque cuando se practican las nuevas actuaciones no se vulnera ningún derecho fundamental y el precepto menciona la vulneración de derechos fundamentales pero no prohíbe la investigación legal de hechos que pudieran tener su origen en una actividad ilícita. Si en una escucha telefónica ilegal se descubre la comisión de un delito, distinto del que se investiga, o uno de los sujetos confiesa al otro, por ejemplo, la comisión de otro delito diferente al investigado, detalla la forma en que lo llevó a cabo y además explica el lugar donde ha enterrado el cuerpo, aunque la actividad inicial sea irregular, ilícita, adolezca de un defecto procesal o vulnere el derecho fundamental a la intimidad, puede admitirse que la conversación interceptada no pueda ser utilizada como prueba en el proceso, pero es indiscutible la obligación de los sujetos jurídicos de investigar el delito del que ha tenido constancia porque dicha revelación actúa, tal y como se desprende de la doctrina del TS, no como verificación de los hechos que se investigan pero sí como *notitia criminis*[33] y, al igual que sucede con la denuncia, existe el deber de constatar tales hechos; por otra parte, admitir lo contrario supondría que, a partir de la actividad ilícita, una actuación tras otra quedaría contaminada y sería ineficaz por lo que resultaría más rentable abandonar el proceso desde el momento en que se tiene constancia del acto ilegal.

Resultaría paradójico que si la policía judicial a partir de una actuación ilícita acude al lugar de los hechos, cumpliendo todos los requisitos legales, por ejemplo con una autorización judicial para el registro, y descubre un cuerpo enterrado, se viera obligada a cubrir el cadáver y a obviar su existencia porque han tenido conocimiento del asunto mediante una escucha ilegal. Esta segunda actuación no supone la transgresión de ningún derecho fundamental, ya que no existe restricción alguna del mismo; la ilicitud o la vulneración está en un acto anterior que vulnera un derecho fundamental pero la consecuencia, es decir, el descubrimiento del delito y las actividades realizadas a partir del mismo cumpliendo todos los presupuestos legales no tienen por qué implicar una agresión a los derechos fundamentales y a las libertades públicas.

33. HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso del proceso penal como objeto dela prueba,* op. cit., págs. 162 y 163.

B) El artículo 242

Para completar el razonamiento anterior hemos de valernos del art. 242 LOPJ, situado en un capítulo que la Ley Orgánica dedica a la conservación de los actos:

1. *La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.*
2. *La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquella.*

Del primer apartado se desprenden dos consideraciones. La primera, que la nulidad no se extiende a actos sucesivos e independientes del acto nulo, luego la ineficacia ha de referirse a un efecto inmediato, esto es, el resultado directo obtenido por la vulneración del derecho fundamental es nulo porque la relación "causa-efecto" es inmediata. La segunda, que no será nulo el resultado de un acto cuando su contenido permanezca invariable, aunque tengan su causa en una actividad ilícita.

Es en esta segunda consideración donde recoge el legislador la excepción prevista por la jurisprudencia norteamericana para la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Si las pruebas hubieran sido descubiertas de cualquier modo —pruebas que vulneren o no derechos fundamentales— y el resultado hubiere sido el mismo aunque no existiese el acto originario que vulnera el derecho fundamental (inevitable discovery), el efecto reflejo de la prueba ilícita no entrará en juego.

Por tanto, la explicación correcta de las consecuencias de la prueba ilícita resulta de una interpretación conjunta de los arts.11.1 y 242 LOPJ. De este modo, será ilícito cualquier medio de prueba cuyo resultado se obtenga vulnerando directa o indirectamente derechos fundamentales pero, además de éstas, solamente serán nulas aquellas pruebas que se deriven directamente del acto ilícito y ante la imposibilidad de obtener el resultado mediante pruebas legales. *Contrario sensu* cualquier prueba obtenida indirectamente a partir de la prueba ilícita o a la que se llega a través de un acto interpuesto, por ejemplo la resolución del juez que permite dicha actuación y cuyo descubrimiento haya sido inevitable, de igual modo ha de ser tenida en cuenta y valorada por el órgano judicial competente.

Si una escucha telefónica se realizara con autorización judicial, casi

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

con toda seguridad el resultado sería el mismo que se obtendría cuando ésta tuviese lugar incumpliendo este requisito procesal. Con esto no queremos decir que baste con esta prueba para condenar, para absolver, para declarar la apertura del juicio oral o el sobreseimiento por el delito que se investiga, pero si a raíz de dicha actuación se descubre la comisión de otros delitos y éstos se investigan garantizándose el cumplimiento de las normas previstas en la Constitución así como en los demás cuerpos legales, dichas pruebas no podrán ser rechazadas por el tribunal y mucho menos se podrá argumentar la imposibilidad de investigar la comisión de los nuevos hechos delictivos descubiertos.

VII. Momento procesal oportuno para decidir la validez de la prueba ilícita

Dejando a un lado que en la sentencia que pone fin al asunto el juez o el tribunal puede rechazar motivadamente los resultados de cualquier prueba, no existe una tramitación procesal única ni para todos los procedimientos existentes en nuestro ordenamiento penal ni para cada una de las fases de los distintos procedimientos, por lo que es necesario estudiar cada uno de éstos y encontrar en ellos el momento procesal más oportuno para discutir la validez de las pruebas que, mediante la defensa y la acusación, han sido introducidas en el proceso.

Durante el trámite de instrucción, ya sea del sumario o de las diligencias previas, cualquier momento desde el inicio del mismo hasta su conclusión es válido para que las partes y el órgano jurisdiccional discutan sobre la legitimidad, eficacia y validez de las fuentes de investigación que con posterioridad podrán ser utilizados como prueba en la fase de juicio oral. No obstante, aunque creemos que no hay un motivo jurídicamente razonable que impida al órgano judicial denunciar de oficio la ilicitud la prueba propuesta por una de las partes, también a este respecto permanece viva la polémica ya que parece ser que la jurisprudencia[34] ha abogado en pro de la necesaria alegación a instancia de parte.

En realidad, no es que no exista una causa que impida la valoración de esta circunstancia por el juez sino que al tratarse de la protección de dere-

34. Vid. STC 64/86, de 21 de mayor y STS de 22 de febrero de 1990.

chos fundamentales a los que la Constitución otorga una especial cobertura, el órgano judicial debe tener un especial celo para garantizar que las actuaciones procesales no supongan una agresión a los mismos y, por tanto, está obligado a rechazar de oficio cualquier medio probatorio que implique la vulneración directa o indirecta de un derecho fundamental[35].

A) El proceso abreviado

En el proceso abreviado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé en el art. 793.2 que sea en el turno preliminar de intervenciones, esto es, en el debate previo, donde las partes planteen la posible nulidad de las pruebas —en este caso por ilicitud de las mismas—, aunque la STS de 6 de marzo de 1995 (RJ 1995/1808), considera más oportuno plantear dicha pretensión al inicio del juicio oral, ya que permite al juez motivar y explicar extensamente la resolución en la que decida el asunto, no viéndose obligado a dar una respuesta inmediata que es lo que se prevé en el precepto citado.

Si el juez decide no admitir la prueba propuesta por considerarla ilícita —o simplemente improcedente—, la parte afectada queda obligada a formular la oportuna protesta, que habrá de cuidarse conste en el acta si en ulterior recurso quisiera hacer valer la prueba en cuestión; de lo contrario, la

35. Giménez Pericas ("Sobre la prueba ilícitamente obtenida" en *La prueba en el proceso penal*, op. cit., págs. 287 y ss.), sin embargo, a partir de las STC 64/1986 y STS de 22 de febrero de 1990, explica las razones de nuestros tribunales para exigir la alegación de ilicitud a instancia de parte: 1º porque a pesar de tratarse de derechos fundamentales son derechos personales e individuales, y por tanto subjetivos, que para su reconocimiento deben ser individualmente esgrimidos; 2º porque si no se alega ante el Tribunal la vulneración, la parte afectada está aceptando tácitamente el resultado de la pesquisa; 3º porque esta circunstancia viene prevista en el art. 793.2 LECrim. según el cual a instancia de parte el órgano judicial debe abrir un turno de intervenciones para que las partes puedan exponer lo que estimen Ortuño acerca de la competencia del juez o tribunal y sobre la vulneración de algún derecho fundamental". No obstante, creemos que este último precepto no puede ser suficiente para abandonar a la decisión de las partes la alegación de la vulneración de derechos fundamentales y de la ilicitud de la prueba; esto significaría romper los pilares que sostienen nuestro sistema jurídico, quebrar la protección de los derechos fundamentales de la persona y rodear al proceso penal de una gran inseguridad jurídica. Así, atendiendo precisamente a la STC 64/1986,el juez o tribunal puede desechar aquellos métodos de investigación que han vulnerado derecho fundamentales y no admitir o no practicar la prueba que incurra en dicha ilegalidad, fundamentalmente porque la infracción de derechos fundamentales en la fase de prueba supone la violación del art. 24.2 CE (Vid. Huertas Martín, M.I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba"*, op. cit., pág. 154.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

parte interesada no tendrá posibilidad de reproducirla en posteriores instancias. Y viceversa, en el caso de que se admitiera la prueba, la parte interesada en su denegación habrá de manifestar la protesta correspondiente, siguiéndose el mismo esquema procedimental.

B) El proceso ordinario por delitos

En el proceso ordinario podemos encontrarnos ante dos supuestos:

1.º Que el juez haya admitido durante la instrucción los resultados de una diligencia ilícitamente obtenida que la acusación particular, el Ministerio Fiscal o la defensa han podido impugnar, en cuyo caso en el trámite de prueba del juicio oral se formularán alegaciones en contra de la licitud de la misma; en tal caso, el Juez deberá resolver en sentencia.

2.º Que el juez no haya admitido la prueba presentada en la fase de instrucción o en el escrito de calificación. Ante esta circunstancia, contra el auto denegatorio de prueba será igualmente durante el juicio oral cuando se debe hacer la necesaria protesta por inadmisión, a efectos de ulteriores recursos.

Ahora bien, el esquema anterior es válido cuando las pruebas han sido introducidas en el juicio en el momento procesal oportuno, pero ¿qué sucede cuando además de ilegítima o ilícita, se pretende introducir las pruebas extemporáneamente, esto es, una vez transcurrido el trámite procesal previsto para ello?

En este caso, si aún se está celebrando la fase de prueba en el juicio oral y la parte advierte ante el órgano jurisdiccional la existencia de una prueba que puede demostrar las alegaciones planteadas, si ésta es una prueba ilícita, lo lógico será que la otra parte ponga inmediatamente en conocimiento del juez dicha circunstancia. Ante esta situación creemos que el órgano jurisdiccional debería suspender el procedimiento hasta llegar al convencimiento de la licitud de la prueba y, en éste último caso, deberá confrontar los derechos e intereses que se pretenden defender y los que se vulneran. Pueden darse varias soluciones: la primera sería que el juez, una vez comparados los intereses en juego, y si considera que este medio probatorio es independiente de la actuación ilícita, debería admitirla y practicarla; en segundo lugar, si, por el contrario, el juez ha decidido admitir directamente la prueba propuesta, ésta se podrá practicar con independencia de que se dilucide en otra causa y por otros medios las consecuencias del uso

de una prueba ilícitamente obtenida, pero no cabe duda de que se habrá conseguido la finalidad que se buscaba.

Por otra parte, el juez podría considerar que se ha vulnerado un derecho fundamental absoluto viéndose obligado a rechazar de plano dicha prueba e impedir su práctica motivando, procesal y materialmente, su denegación en la sentencia.

Si ya ha transcurrido la fase probatoria y se propone la prueba una vez que los autos están vistos para sentencia, en principio la solución será la misma en cuanto que la otra parte se opondrá a la práctica de la misma y el juez será el que decida sobre ello. La única diferencia es que si el juez considera que aunque la prueba sea ilícita —incluso lícita— si ésta es la única posibilidad de llegar al conocimiento de la verdad y el derecho fundamental que se pretende proteger es superior al transgredido, debería retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la proposición de la prueba; en caso contrario, bastará con que se oponga a la práctica de la misma, precisamente por no ser momento procesal oportuno. No obstante, debemos reconocer que, como principio general, si se propone extemporáneamente una prueba, lo normal será que el juez la rechace y, por tanto, ni siquiera entre a analizar su ilicitud.

En ambos casos —tanto en el proceso ordinario como en el abreviado— no es necesario llegar a ningún trámite procesal concreto, sino que en cualquier momento del procedimiento, tanto el órgano judicial que esté conociendo de la fase correspondiente como las partes, están legitimados para poner de manifiesto la ilegalidad de la prueba y las consecuencias que podrían provocar su admisión y valoración. Además, el juez o el tribunal no debe esperar sino que han de declarar la nulidad de las actuaciones en el momento en que surja el problema probatorio y las partes, en el caso de que el órgano judicial acogiera la prueba discutida, tienen abierto, en todo caso, la vía del recurso de amparo[36].

36. Como ya sucede en la nueva LEC, en la que la cuestión de ilicitud de una prueba puede ser planteada de oficio por el propio Juez.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DE LAS MEDIDAS CAUTELARES A LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS ¿UN AVANCE DEL DERECHO PROCESAL?*

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

SUMARIO

I. Introducción: de las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas. — II. Las medidas autosatisfactivas: 1. Concepto y naturaleza jurídica. 2. Características y presupuestos: *A)* Características: *a)* La urgencia. *b)* Su carácter autónomo. *B)* Presupuestos: *a)* La "fuerte probabilidad". *b)* El "perjuicio irreparable". — III. Reflexiones personales sobre las medidas autosatisfactivas: 1. Originalidad de las medidas autosatisfactivas. 2. Difícil distinción entre medida cautelar y medida autosatisfactiva. 3. Problema que deben superer las medidas autosatisfactivas: la eliminación o limitación del derecho de defensa. 4. Conclusión final. — IV. Bibliografía sobre las medidas autosatisfactivas.

---

* El presente estudio ha sido realizado gracias a una ayuda de la Agencia Española de Cooperación Internacional, y fue elaborado en la *Universidad de Buenos Aires* y en la *Universidad Nacional de La Plata* durante el mes de julio de 2001. Deseo agradecer a los Profesores Osvaldo Gozaini y Eduardo Oteiza las reflexiones y sugerencias que me realizaron sobre las "medidas autosatisfactivas" que, en la medida de lo posible, han sido incorporadas en el presente trabajo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. INTRODUCCIÓN: DE LAS MEDIDAS CAUTELARES A LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

1. Una de las grandes preocupaciones del Derecho Procesal moderno lo constituye la búsqueda de mecanismos que permitan una rápida eficacia de la tutela jurisdiccional. En este empeño encontramos propuestas dirigidas a proteger determinadas situaciones que requieren de una urgente intervención judicial. Sin embargo, la rapidez en la prestación de la tutela judicial no puede lograrse a base de limitar los derechos fundamentales del demandado, muy especialmente su derecho a la defensa.

Para los supuestos de urgencia, nuestro sistema procesal civil ofrece una regulación de las medidas cautelares sumamente amplia, incluyendo en su seno las de contenido anticipatorio (arts. 726.2 y 727.1.7ª o 9ª de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil: LEC)[1].

Para la adopción de una medida cautelar se exige la concurrencia de los clásicos presupuestos del *periculum in mora* (art. 728.1 LEC), el *fumus boni iuris* (art. 728.2 LEC) y la caución (art. 728.3 LEC). Y, para los supuestos muy urgentes, se permite la adopción de la medida cautelar con anterioridad a la presentación de la demanda principal e *inaudita parte* (arts. 730.2 y 733.2 LEC, respectivamente).

Mediante la medida cautelar se puede lograr dos tipos de efectos: uno conservativo, manteniendo la situación existente al momento de interponer la demanda (art. 721.1 LEC); y otro anticipatorio, posibilitando la realización de actos que adelantan provisionalmente lo que se pretenda en el proceso (art. 726.2 LEC).

En cualquier caso, todas las medidas cautelares se caracterizan por su instrumentalidad, esto es, por ser accesorias a un proceso principal (art. 721.1 y 731.1 LEC).

2. Junto a estas medidas cautelares, cuya configuración es similar en la mayoría de los países de nuestra órbita cultural, se están ideando nuevas instituciones procesales cuya única finalidad es proteger con urgencia

1. Para el estudio de las medidas cautelares en la nueva LEC, me remito a los exhaustivos trabajos de ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, Edit. La Ley, Madrid, 2000; y PÉREZ DAUDÍ, V.: *Las medidas cautelares*, en "Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000", vol. III, coordinador Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol, Edit. Difusión Jurídica, Barcelona, 2000, pp. 537 a 684.

determinadas situaciones de forma definitiva. En Argentina, el profesor PEYRANO aparece como el máximo defensor de las denominadas "medidas autosatisfactivas". Para este autor, en expresión muy gráfica, "todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar"[2], por lo que cuando se dan situaciones de urgencia que no pueden encontrar una debida solución en el marco de la tutela cautelar resulta necesario buscar un mecanismo que resuelva definitivamente la urgencia, esto es, sea independiente de un proceso posterior. Y ello sucede cuando el justiciable pretende "remover la urgencia, y punto (es decir) no pretende ni desea promover pretensión principal alguna posterior"[3]. Con estas medidas, "se procura remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica conforme a la cual sólo puede obtenerse una solución jurisprudencial urgente a través de la promoción de una cautelar que, ineludiblemente, reclama la ulterior o concomitente iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente obtenida"[4]. El problema de las medidas cautelares reside en su instrumentalidad respecto de un proceso principal, por lo que en determinadas situaciones de urgencia, de mantenerse la teoría clásica cautelar, se exige "*inventar* procesos principales para poder estar en condiciones de encaballar en los mismos pedimentos *cautelares* cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa y motoriza. Casi huelga aclarar que dichos procesos *inventados* o son derechamente abandonados o se impulsan al solo efecto de evitar perenciones"[5]. Ante esta situación, las medidas autosatisfactivas pretende configurarse como un instrumento eficaz de tutela judicial urgente con autonomía propia, esto es, no cautelar.

3. En la doctrina procesal argentina existe en la actualidad un profundo debate científico sobre si las medidas autosatisfactivas constituyen un mecanismo procesal válido para la protección de determinadas situaciones urgentes, y buena muestra de ello lo constituye la existencia de más de medio centenar de estudios sobre las mismas.

2. PEYRANO, J.: *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*, en "Jurisprudencia Argentina" (J.A.), 1997-II, p. 926.

3. PEYRANO, J.: *Reformulación* ..., ob.cit., p. 926.

4. PEYRANO, J.: *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, en "Medidas autosatisfactivas", director Jorge W. Peyrano, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 16.

5. PEYRANO, J.: *Lo urgente y lo cautelar*, en "J.A.", 8 de marzo de 1995, nº. 5923, p. 2.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Y dentro de este debate de opiniones, lo cierto es que las medidas autosatisfactivas han recibido el respaldo de la mayoría de la doctrina procesal argentina[6], de diversos Congresos de Derecho Procesal argentinos[7], de

6. Al margen de los trabajos de PEYRANO ya citados (y los recogidos en la bibliografía), debo destacar a A. MORELLO, quien en diversos estudios ya había planteado la necesidad de tutela judiciales urgentes de carácter autónoma (así, cfr. *La cautela material*, en "J.A.", 1992-IV, pp. 314 y 316; *La cautela satisfactiva*, en "J.A.", 1995-IV, pp. 414-415); ANDORNO, L.: *El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano*, en "J.A.", 7 de junio de 1995, nº. 5936, pp. 2 y 10; BERIZONCE, R.: *Tutela anticipada y definitoria*, en "J.A.", 1996-IV, pp. 748-749; DE LOS SANTOS, M.: *Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)*, en "Revista de Derecho Procesal", nº. 1, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p 55.; idem.: *Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*, en "J.A.", 1997-IV, p. 801; GARDELLA, L.: *Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos*, en "J.A.", 9 de diciembre de 1998, nº. 6119, p. 14; así como la treintena de autores que publican sus estudios sobre aspectos concretos de las medidas autosatisfactivas en la obra colectiva "Medidas autosatisfactivas", ob. cit.

7. Así, en el "XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal", celebrado en Corrientes en agosto de 1997, se llegó a la conclusión de que: "Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa dándose así cabida a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva. La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que da una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial". De igual modo, ya en el anterior "XVIII Congreso Argentino de Derecho Procesal", celebrado en Santa Fe, en agosto de 1995, se concluyó que: "La categoría de *proceso urgente* es más amplia que la de proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas *medidas autosatisfactivas* y las *resoluciones anticipatorias*". En esta línea, las "VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal Civil y Comercial", celebradas en Junín en septiembre de 1996, concluyeron, entre otras ideas, con que: "1) Corresponde regular legalmente como categoría autónoma y diferenciada al llamado *proceso urgente*, género que se caracteriza por registrar en su seno un reclamo acentuado de una pronta, expedita y eficiente respuesta jurisdiccional. El mismo está integrado, entre otras, por las siguientes especies: las *medidas cautelares*, las *medidas autosatisfactivas*, las *sentencias anticipatorias* y la variante de esta última especie, constituida por la denominada *cautela material* ...". Finalmente, en el "X Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe", celebrado en dicha ciudad en agosto de 1996, se insistió en la idea de que: "1) El *proceso urgente* constituye una categoría amplia caracterizada por la necesidad de proporcionar respuestas jurisdiccionales prontas y expeditas a determinadas situaciones cuya solución no admite demoras. Las *diligencias cautelares* son sólo una especie de las mismas, pero también se integra con otras: las *medidas autosatisfactivas*, las *sentencias anticipatorias*, el *hábeas corpus*, etcétera".Todas las referencias a estos congresos y jornadas pueden consultarse en el trabajo de VARGAS, A.L.: *Teoría general de los procesos urgentes*, en "Medidas Autosatisfactivas" ob. cit., p. 114.

cierta jurisprudencia[8], y ya se encuentran recogidas expresa' mente, y con carácter general, en diversos textos prelegislativos de importantes provincias —como la de Buenos Aires[9] y la de Santa Fe[10]— y en textos normativos de otras provincias —como la del Chaco[11]—. Además, en la normativa actual se han identificado preceptos que, de forma encubierta y para supuestos concretos, parecen recoger medidas de este tipo[12].

II. LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

1. Concepto y naturaleza jurídica

La medida autosatisfactiva es definida por PEYRANO como "un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que

8. Al respecto, vid. los supuestos jurisprudenciales descritos por PEYRANO, J.: *Una especie destacable del proceso urgente: la medida autosatisfactiva*, en "J.A.", de 28 de julio de 1999, nº. 6152, pp. 5 a 7; idem, *Un segundo hito jurisprudencial de bienvenida a la medida autosatisfactiva*, en "El Derecho", de 15 de marzo de 2001, nº. 10.215, pp. 1-2; y los recogidos por GARCÍA SOLÁ, M.: *Medidas autosatisfactivas: perfiles jurisprudenciales*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 689 a 702.

9. En este sentido, el art. 67 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires de 1997 (ACPCCBA), redactado por los Profesores Augusto Morello, Isidoro Eisner, Roland Arazi y Mario Kaminker, establece: "Medidas de efectividad inmediata) - En aquellos supuestos excepcionales en que concurran de modo evidente los siguientes requisitos: 1) se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto; 2) su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustación, 3) no fuese necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo; se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionario. Si el juez lo entendiera necesario requerirá contracautela".

10. Así, el art. 21 bis del Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe (ARCPCCSF), redactado por Jorge Peyrano, indica: "Los jueces —a pedido fundamentado de parte, respaldado por prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata— deberán, excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas".

11. El art. 232 bis del Código Procesal Civil del Chaco (CPCCh) recoge en su integridad la propuesta del art. 21 bis del ARCPCCSF —reproducido en la nota anterior—, por lo que evitamos su reiteración.

12. Para un estudio de estos supuestos vid. PEYRANO, J.: *Reformulación ...*, ob. cit., pp. 932 a 937; y los múltiples trabajos que, desde un punto de vista sectorial del ordenamiento jurídico (derecho de daños y tutela al consumidor, derecho de familia, derecho a la intimidad, derecho a la propiedad horizontal, derecho del seguro, derecho de sociedades, etc.) se publican en la obra "Medidas autosatisfacticas", ob. cit.. Sin embargo, muchos de los supuestos que se alegan como medidas autosatisfactivas entiendo que no lo son. Debido al gran número de casos que se alegan, y al hecho de que con este trabajo tan sólo pretendo describir el fenómeno de las medidas autosatisfactivas para formular un juicio crítico sobre las mismas, no me es posible entrar a examinarlos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se agota —de ahí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento"[13].

En la misma línea, y de forma más completa, DE LOS SANTOS, las concibe como "soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, que importan una satisfacción definitiva de lo requerido, despachables *inaudita parte* o, según el caso, previa audiencia y sólo procedentes si media un interés tutelable cierto y manifiesto (o fuerte probabilidad de que la pretensión formulada resulta atendible) y la tutela inmediata es imprescindible"[14].

Se trata de medidas que se adoptan en un procedimiento que podríamos calificar de sumarísimo, en el que sólo se pretende la protección expedita y rápida del actor debido a la situación de urgencia que requiere su tutela, y nada más[15]. El carácter sumarísimo se deduce de la posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva sin audiencia del demandado. Su derecho a la defensa se posterga a la formulación del recurso de apelación contra la sentencia en la que se adopta la medida[16] o al inicio de un proceso declarativo posterior[17] (la elección de una vía defensiva excluye la

13. PEYRANO, J.: *La medida autosatisfactiva ...*, ob. cit., p. 13; e idem, en *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas,* en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., p. 27.

14. DE LOS SANTOS, M.: *Medida autosatisfactiva ...*, ob. cit., p. 54.

15. CALDERÓN CUADRADO ya advierte del riesgo de la sumarización de la tutela cautelar, cuando afirma: "Sin embargo, una y otra [la medida cautelar conservativa y la anticipatoria], sin distinción, si no están en función de una sentencia del proceso principal, si no se ha establecido ese nexo de unión entre ambos, sino que se solicitan con la intención de convertirse en definitivas, se corre el riesgo de modificar su naturaleza y convertirlas de medidas cautelares en procesos sumarios" (*Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Edit. Civitas, Madrid, 1992, p. 80).

16. El despacho de la medida tiene lugar, en opinión de algunos autores, mediante sentencia (cfr. GARDELLA, L.: ob. cit., p. 18; o RIOL, M.: *La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas*, en "Medidas autosatisfactivas" , ob. cit., p. 360), y esta sentencia podrá desplegar, en última instancia, eficacia de cosa juzgada material (cfr. RIOL, M.: *La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas*, ob. cit., pp. 360-361; y GARCÍA SOLA, M.: *Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximaciones para su categorización. Particularidades de su trámite*, en "Medidas autosatisfactivas, ob. cit., p. 287).

17. En este caso, como es obvio, la primera sentencia deberá carecer de eficacia de cosa juzgada material: si es posible un posterior proceso declarativo para que el demandado inicial pueda discutir con todas las garantías (de alegación y prueba) los hechos que originaron la primera sentencia y éste opta por interponer una demanda para iniciar dicho proceso, se deberá concluir en la falta de cosa juzgada material. Sin embargo, algún autor entiende erróneamente que la sentencia sí tiene eficacia de cosa juzgada si los hechos discutidos han

desaparecido debido a la medida autosatisfactiva. Así, GARCÍA SOLA mantiene que "si la resolución hace lugar a la medida y cumplida ésta autoconsume toda la materia litigiosa, es evidente que en los hechos (la sentencia) tiene carácter definitivo y hace cosa juzgada material" (*Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad ...*, ob. cit., p. 287); y RIOL afirma que "en los supuestos en que haya desaparecido el sustento fáctico que dió lugar a la medida, la resolución de la autosatisfactiva causará estado de cosa juzgada material. Si, por ejemplo, se ha logrado a través de una autosatisfactiva el cese de las vibraciones del inmueble vecino que causaban molestias al peticionante, ya no será posible volver atrás y modificar esa situación que benefició a aquél y, probablemente, impidió algún tipo de actividad al causante de las vibraciones. Sin embargo, el destinatario de la medida, si bien no podría atacarla por un recurso que sería inconducente e improcedente, sí podría iniciar un posterior jucio de daños y perjuicios para obtener el resarcimiento si existió un menoscabo en el ejercicio de algún derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. Pero esa pretensión no reabriría el debate judicial sobre la misma cuestión de hechos y derecho, ya resuelta en la autosatisfactiva, sino que se dirigiría a resarcir" (ob. cit., pp. 361-362). A mi entender, ambos autores incurren en el error de confundir cosa juzgada con ejecución. En todos los casos, es posible iniciar un segundo proceso debido a la falta de cosa juzgada de la primera sentencia: si los hechos discutidos en el primer proceso son reversibles, podrán volverse a discutir y condenar al inicial beneficiado por la medida autosatisfactiva a restablecer la situación fáctica a la misma situación que estaba antes del primer proceso (así, en el ejemplo que propone RIOL, la medida autosatisfactiva contenida en la sentencia ordenando el cese de la vibraciones del inmueble vecino provocará, como es obvio, la desaparición del "sustento fáctico que dió lugar a la medida", esto es, las vibraciones. Pero ello no impide que tales vibraciones puedan volver a producirse —imaginemos que surgían de una maquinaria cuyo funcionamiento se ha paralizado— si, en el segundo proceso, se acredita que la inicial parte actora tenía, por cualquier motivo, el deber de soportarlas, pero ello no pudo acreditarse en el primer proceso debido a la falta de audiencia del demandado o bien su limitación. Precisamente, lo que en un segundo proceso debe poder discutirse, en toda su plenitud, es si el demandado tenía derecho a realizar las citadas vibraciones, o si éstas eran de escasa intensidad, etc. Los hechos justificadores de la medida evidentemente habrán podido desaparecer debido a la ejecución de la misma, pero el carácter reversible de tales hechos permite que puedan volverse a discutir y solicitar). De igual modo, si los hechos discutidos en el primer proceso son ya irreversibles (imaginemos, por ejemplo, a un enfermo oncológico que logra como medida autosatisfactiva la rápida realización de un tratamiento radioterápico en un centro sanitario), también podrán discutirse en un segundo proceso si bien, debido al carácter irreversible de los hechos que justificaron la adopción de la medida, ya no podrá solicitarse la restitución de los hechos al estado anterior a la práctica de la medida, pues ello será imposible, sino su correspondiente conversión económica (indemnización de daños y perjuicios). En estos casos, ciertamemente, no será posible volver atrás y modificar la inicial situación que benefició al solicitante de la medida, pero ello no será debido —como indican GARCÍA SOLÁ y RIOL— a la cosa juzgada material de la primera sentencia sino, simplemente, a la imposibilidad de ejecutar lo contrario de lo ordenado en la primera sentencia, por lo que en el segundo juicio, aún discutiéndose los mismos hechos, deberá.ejercitarse una acción de resarcimiento económico por los daños y perjuicios que la medida haya podido causar.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

otra[18]). Así, como destaca MARINONI, la clásica tutela cautelar se transforma en técnica de sumarización para con ello lograr superar la ineficacia del procedimiento ordinario y obtener una sentencia rápida y capaz de hacer efectivo el derecho material reclamado[19].

2. *Características y presupuestos*

A) Características

Las características básicas de las medidas autosatisfactivas son la urgencia —con posibilidad de adoptarse *inaudita parte* y ejecución inmediata— y su carácter autónomo.

a) La urgencia. Con estas medidas se pretende dar una solución rápida a situaciones conflictivas que requieren urgentemente una decisión jurisdiccional. Suelen citarse aquí los casos reales del deportista que pocos días antes de iniciarse las Olimpiadas se le niega su asistencia a las mismas después de haberse confirmado su participación; la del paciente que requiere urgentemente la implantación de una prótesis de brazo si no se quiere que con posterioridad dicho implante resulte ineficaz, etc.

De la urgencia se derivan otras dos características: la posibilidad de adoptarse *inaudita parte* y la ejecutibilidad inmediata.

En la medida en que se requiere una urgente decisión judicial, ésta debe efectuarse en el plazo más breve de tiempo posible, por lo que puede tener lugar sin audiencia de la parte afectada. Así, PEYRANO, destaca que al igual que la tutela cautelar, la medida autosatisfactiva se caracteriza por la

La ausencia de cosa juzgada de la sentencia plantea muchos interrogantes, tales como el carácter jurisdiccional de la decisión judicial, o la imposibilidad de conocer el mismo juez que haya decretado la medida autosatisfactiva el posterior proceso declarativo que pueda iniciarse (sobre la debida protección de la imparcialidad de este juez, me remito a mi trabajo *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Edit. J.Mª Bosch, Barcelona, 1998, pp. 97 y 98 (nota 267) y 115).

18. Así lo sostenía la doctrina (cfr. PEYRANO, J.: *Régimen* ..., ob. cit., p. 33) y ha sido recogido tanto en los textos prelegislativos (art. 21 bis CPCCSF) como en el art. 232 bis CPCCh.

19. MARINONI, L.G.: *Novas linhas do Processo Civil*, 2ª edic., Edit. Malheiros, Sâo Paulo, 1996, p. 75. De igual modo, vid. BEDAQUE, J.R.: *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematizaçâo)*, Edit. Malheiros, Sâo Paulo, 1998, pp. 24 a 26.

posibilidad de realizarse *inaudita pars*[20]. Sin embargo, ello ha sido criticado acertadamente por algún autor debido, especialmente, a que esta medida se agota en sí misma, esto es, es totalmente autónoma de un proceso posterior[21]. Ello ha llevado a que cierta doctrina que admite estas medidas hayan matizado su opinión indicando que las mismas "requieren, para su otorgamiento, por regla, la previa audiencia de la contraria"[22]; y en algunos casos ha provocado que algún autor llegue a mantener opiniones contradictorias[23]. En cualquier caso, al problema aquí planteado, M. PEYRANO, tras destacar la relevancia constitucional del derecho a la defensa, pone de manifiesto que éste puede ser diferido o atenuado en algunas ocasiones, por lo que entiende que el destinatario de una medida autosatisfactiva puede ejercitar su derecho a la defensa "a) En algunos casos, previo a su dictado y en forma reducida si el juez así lo considera atento a las circunstancias particulares y materia de la medida, y b) en todos los casos, cón posterioridad a su despacho mediante la gama de acciones de tipo impugnativo"[24].

En cuanto a la ejecutibidad inmediata, si realmente existe una situación de urgencia que justifica la adopción de una medida autosatisfactiva, la decisión judicial que la adopta no puede admitir recurso con efecto suspensivo ni incidente que pueda suspender su ejecución[25].

20. PEYRANO, J.: *Lo urgente y lo cautelar*, ob. cit., p. 3. De igual modo se pronuncia GARDELLA, L.: ob. cit., p. 15.

21. Así, CAMPS, C.: *La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada*, en "J.A.", 29 de septiembre de 1999, nº. 6161, pp. 12 y 13; PALACIO, L.: *Breves apuntes acerca de la Tutela Anticipada*, en "Estudios en homenaje al Profesor Enrique Vescovi", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 539; y BENABENTOS, O.: *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Edit. Juris, Rosario, 2001, pp. 51, 52, 65 y 66.

22. BERIZONCE, R.: *Tutela anticipada y definitoria*, ob. cit., p. 749. De igual modo, se pronuncia en su posterior trabajo *La tutela anticipatoria en Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)*, en "J.A.", 1998-II, p. 905.

23. Tal es el caso de DE LOS SANTOS, para quien la medida autosatisfactiva "constituye un proceso urgente, autónomo y *contradictorio*, *despachable inaudita parte*, según el grado de apariencia del derecho y de urgencia de su despacho" (*Medida autosatisfactiva y medida cautelar* ..., ob. cit., p. 47).

24. PEYRANO, M.L.: *La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., p. 239.

24. PEYRANO, M.L.: *La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., p. 239.

25. DE LOS SANTOS, M.: *Medida autosatisfactiva y medida cautelar* ..., ob. cit., p. 44. Sin embargo, el art. 21 bis del ACPCCSF prevé que, excepcionalmente, en la tramitación del recurso de apelación o en el posterior juicio declarativo de oposición, pueda solicitarse la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

b) Su carácter autónomo. La autonomía de las medidas autosatisfactivas es la segunda gran característica que, a diferencia de la primera, constituye la principal distinción entre ellas y las medidas cautelares que, como es sabido, son siempre instrumentales de un proceso principal. La medida autosatisfactiva se agota en sí misma, resuelve la situación conflictiva urgente de manera definitiva —de ahí el nombre de "autosatisfactiva"— por lo que su eficacia no queda condicionada al resultado de un proceso posterior que no existe. Ello no impide —como indica PEYRANO— que pueda establecerse un término de vigencia determinado de la medida, sin perjuicio de que puedan decretarse prórrogas al plazo inicialmente concedido, ya que su fijación *sine die* puede en algunos casos resultar inconveniente[26].

El procedimiento que se sigue tiene, como indicamos anteriormente, un carácter sumarísimo, pues en virtud de la petición formulada y los medios probatorios que acreditan los presupuestos justificadores de tales medidas, y que después se analizarán, el juez resuelve lo que estime conveniente, sin necesidad, por regla general, de audiencia previa al demandado, a pesar de que se acepta la posibilidad de que si las circunstancias del caso concreto lo permiten se celebre una "módica sustanciación previa"[27]. En este sentido, el art. 21 bis del mencionado ARCPCCSF establece: "d) los jueces deberán despachar derechamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente y según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación que no excederá del otorgamiento a quien correspondiere, de la posibilidad de ser oído". Por su parte, el art. 67 ACPCCBA prevé la adopción de medidas autosatisfactivas sin hacer mención alguna a la audiencia del perjudicado por dichas medidas.

---

suspensión provisional de la medida autosatisfactiva. En esta línea, en España, la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1993, de 28 de junio, admitió la posibilidad de suspender la ejecución de la sentencia dictada en un proceso sumario a través de una medida cautelar adoptada en el posterior proceso declarativo (para un comentario acertado de esta resolución, vid. CALDERÓN CUADRADO, Mª. P.: *Tutela anticipada, procesos sumarios y medidas cautelares*, en "La Ley", 1995-2, pp. 1086 a 1097).

26. PEYRANO, J.: *Régimen de las medidas autosatisfactivas* ..., ob. cit. p. 33.

27. PEYRANO, J. *Régimen de las medidas autosatisfactivas* ..., ob. cit., p. 33. De igual modo, DE LOS SANTOS entiende que pese a la regla general de la adopción de la medida *inaudita parte*, en ciertos casos debería "preverse algún tipo de sustanciación rápida" (*Medida autosatisfactiva y medida cautelar* ..., ob. cit., p. 46).

Contra la sentencia que acoge la medida, el perjudicado por la misma puede optar por la interposición directa del recurso de apelación, sin efecto suspensivo, o iniciar un juicio declarativo de oposición cuya sustanciación no impide el cumplimiento de la medida[28]. Es a través de uno de estos dos cauces procesales, y de la eventual (rápida, reducida o módica) audiencia previa, que se canaliza el derecho de defensa del perjudicado por la medida autosatisfactiva.

B) Presupuestos

Los presupuestos básicos para que pueda adoptarse una medida autosatisfactiva son dos: la "fuerte probabilidad" de la existencia de la petición solicitada; y el "perjuicio irreparable".

a) La "fuerte probabilidad". La posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva *inaudita parte* comporta que para su admisión se requiera no ya sólo un simple *fumus boni iuris*, esto es, una mera verosimilitud o apariencia de buen derecho —como sucede en las medidas cautelares— sino un alto grado de certeza del mismo[29]. Así, para decretar una medida autosatisfactiva el art. 67.1 del ACPCCBA exige que "se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto"; y el art. art. 21 bis del ARCPCCSF, exige una "prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible".

---

28. En este sentido, vid. PEYRANO, *Régimen de las medidas autosatisfactivas*, ob. cit., p. 33; BARACAT, E.: *Vicisitudes del procedimiento impreso a un pedido de resolución autosatisfactiva*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 256 a a 258; y GARCÍA SOLÁ, M.: *Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximación para su categorización. Particularidades de su trámite*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 284 a 286. En muy similares términos se expresa el art. 21 bis, apartado e) del citado ARCPCCSF. Sin embargo, algún autor sólo admite el recurso de apelación (sin efecto suspensivo), como GARDELLA, L.: *Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos*, en "J.A.", 9 de diciembre de 1998, nº. 6119, p. 18.

29. Pese a esta distinción, entiendo que no estamos ante presupuestos distintos, sino ante el mismo pero con distinta intensidad. Como destaca GRILLO, "la verosimilitud será siempre tal (tanto en la medida cautelar como en la autosatisfactiva). Sin embargo la apariencia del derecho admite grados. Cuando la medida cautelar implica —en palabras de la Corte— *anticipo de jurisdicción favorable*, la verosimilutud deberá ser alta" (*Medidas cautelares: el anticipo de jurisdicción*, en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", nº. 59, 1998, p. 263).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

b) El "perjuicio irreparable". La urgencia de la medida autosatisfactiva presupone necesariamente una irreparabilidad del daño susceptible de causarse de no adoptarse tal medida. Aquí, el *periculum in mora* de las medidas cautelares adquiere su mayor magnitud, pues el peor peligro que puede comportar la pendencia de la litis es la irreparabilidad del objeto discutido en el proceso[30-31]. Así, para ordenar una medida autosatisfactiva el art. 21 bis del ARCPCCSF exige sea "impostergable prestar tutela judicial inmediata"; y en similares términos, el art. 67.1 del citado ACPCCBA establece como presupuesto de tales medidas que: "su tutela inmediata (la del interés invocado) sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustación".

Respecto del tercer presupuesto de las medidas cautelares, el de la caución, no existe unanimidad en su concurrencia respecto a la medidas autosatisfactivas. Así, para cierta doctrina no es necesaria caución alguna[32], mientras que para algunos autores, así como para la gran mayoría de jurisprudencia[33], sí lo es cuando la medida se decrete *inaudita parte* o sin la suficiente certeza sobre la existencia del derecho invocado[34].

30. En este orden de ideas, al analizar el alcance del *perjuicio irreparable*, GRILLO destaca que "estamos en presencia del antiguo *periculum in mora*, bien que en una alta intensidad" (ob. cit., p. 264). También relacionan ambos conceptos, DE LOS SANTOS, para quien en las medidas autosatisfactivas "siempre es necesario, al igual que en el esquema cautelar clásico, que exista peligro en la demora, consistente en la necesidad impostergable de tutela judicial inmediata de manera que en caso contrario se fruste el derecho invocado, recaudo que deriva del carácter urgente del proceso autosatisfactivo (*Medida autosatisfactiva y medida cautelar ...*, ob. cit., p. 46) y CAMPS, cuando afirma que "el grado de urgencia que posee el caso y que —de no adoptarse la medida solicitada— daría lugar a un *daño irreparable al peticionante*, es otra manera de expresar el clásico recaudo del *peligro en la demora* o *periculum in mora*" (La proyectada ..., ob. cit., p. 10).

31. Al igual que indiqué para el anterior presupuesto, entiendo que pese a la distinta nomenclatura que se emplea ("peligro por la mora procesal" en las medidas cautelares y *perjuicio irreparable* en las autosatisfactivas) no estamos ante presupuestos distintos, sino ante dos tipos de *periculum in mora*. PEYRANO critica a los autores que defienden la similitud entre el peligro por la mora procesal y el perjuicio irreparable porque no aciertan a distinguir entre el peligro de la tardanza de la resolución del proceso principal y el peligro de infructuosidad o *periculum in damni* (*La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa*, en "Revista de Derecho Procesal", nº. 5, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 318). Sin embargo, como ya destacó el profesor CALAMANDREI, en su clásica obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare* (Edit. CEDAM, Padova, 1936), ambos peligros son tipos de *periculum in mora*, pues tanto el *pericolo di tardività del proveddimento principale* como el *pericolo di infruttuosità* son "due tipiche configurazioni che può assumere nei provvedimenti cautelare il *periculum in mora*" (ob. cit., p. 55). En consecuencia, tanto si se habla de "peligro de la tardanza de la resolución del proceso principal" como del "peligro irreparable" (esto es, *periculum in damni* o peligro de "infructuosidad") estamos ante el mismo presupuesto cautelar del *periculum in mora*. En esta línea de pensamiento, si bien con referencia a las medidas cautelares anticipatorias, vid. CALDERÓN CUADRADO, Mª.P.: *Las medidas cautelares indeterminadas ...*, ob. cit., pp. 78-79.

III. REFLEXIONES PERSONALES SOBRE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

1. Originalidad de las medidas autosatisfactivas

Lo primero que debe destacarse de la configuración que el profesor PEYRANO ha ido pergeñando en los múltiples estudios sobre las medidas autosatisfactivas es su originalidad. En una época en la que aparecen nuevos derechos que requieren de una tutela jurisdiccional urgente y no se logra reducir, en la práctica, la larga duración de los procesos judiciales, siempre resulta positivo formular nuevas propuestas capaces de satisfacer la rapidez de la tutela judicial. Y en esta línea, junto a las medidas autosatisfactivas, debo destacar la existencia de otras instituciones muy similares como las *ordonnances des référés* y *sur requête* francesas[35] o las "resoluciones urgentes" propuestas por el profesor TARZIA[36].

32. Así, por ejemplo, vid. ANDORNO, L.: ob. cit., p. 10.33.

33. Al respecto, GARCÍA SOLA, tras analizar la jurisprudencia existente sobre las medidas autosatisfactivas, concluye indicando que "resulta abrumadora la cantidad de resoluciones que ordenan la prestación de contracautela, como requisito condicionante y previo a la resolución" (*Medidas autosatisfactivas: perfiles jurisprudenciales*, ob. cit., p. 702).

34. En este sentido, cfr. PEYRANO, J.: *Reformulación ...*, ob. cit., p. 939; DE LOS SANTOS, M.: *Medida autosatisfactiva y medida cautelar ...*, ob. cit., p. 46; idem: *Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*, ob. cit., p. 803; GARDELLA, L.: ob. cit., p. 16. De igual modo, el art. 21 bis del ARCPCCSF prevé: "Según fueran las circunstancias del caso valoradas motivadamente por el tribunal, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente"; y el art. 67 del ACPCCBA establece: "Si el juez lo entendiera necesario requerirá contracautela".

35. Sobre el alcance de estas resoluciones, me remito al completo estudio de CALDERÓN CUADRADO, Mª.P.: *Una solución del Derecho francés a la duración del proceso civil: tutela cautelar indeterminada en las ordonnances des référés y sur requête*, en "Revista General del Derecho", 1992, pp. 33 a 51.

36. La tutela urgente de los intereses del actor —y no instrumental de un proceso posterior— se ve recogida en el Proyecto italiano de Ley delegada para la revisión del *Codice di procedura civile*, elaborado en 1996 por una comisión presidida por el profesor

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Giuseppe Tarzia. El 1 de diciembre de 1994 se constituyó en el Ministerio de Gracia y Justicia italiano una Comisión para la revisión de las normas del *codice di procedura civile* italiano, aprobando el 22 de junio de 1996 un proyecto de ley delegada, con 51 puntos, destinados a ser la base de un futuro código procesal civil. En la base 43 se recoge la citada tutela urgente indicando: "Revisión de la disciplina de las resoluciones urgentes según los siguientes principios: *a)* previsión que, cuando el derecho esté amenazado de un perjuicio inminente y gravísimo, el juez pueda pronunciar las resoluciones urgentes más idóneas, según las circunstancias, y asegurar o anticipar provisionalmente la tutela del derecho; *b)* exclusión de la carga de la parte solicitante de promover la causa sobre el fondo; *c)* previsión que la resolución pronunciada durante el curso del proceso conserve eficacia en el caso de extinguirse el proceso sobre el fondo, en la medida que no sea revocada o modificada; *d)* previsión que la parte perjudicada por la resolución, cuando no haya causa pendiente sobre el fondo o éste se extinga, pueda pedir en cualquier momento la declaración de inexistencia del derecho respecto del cual ha sido dictada la resolución; *e)* previsión que la resolución no revocada o modificada conserve eficacia hasta que se dicte sentencia, incluso no firme, italiana o extranjera, o laudo arbitral, que declaren la inexistencia del derecho tutelado por la resolución que haya sido dictada" (este texto puede consultarse en la "Rivista di diritto processuale", 1996, pp. 948 a 970). Como puede observarse, en esta base no se indica nada respecto de un extremo sumamente relevante para las medidas autosatisfactivas como es el ejercicio del derecho de defensa del perjudicado por la medida. En orden a justificar esta tutela urgente, TARZIA destaca que "la revisión de la disciplina de las resoluciones urgentes (punto 43) tiene por objeto permitir resoluciones idóneas para asegurar o anticipar la tutela de los derechos no sólo por el tiempo necesario para lograr una decisión sobre el fondo. La instrumentalidad respecto a tales decisiones debe permanecer en las resoluciones cautelares típicas, pero ya es el momento adecuado para la introducción en nuestro sistema, junto a dichas resoluciones, de una tutela de urgencia de carácter general, posible para cualquier derecho, incluso prescindiendo del presupuesto de la irreparabilidad del daño amenazado. Se determina, en consecuencia, como presupuesto de esta tutela la amenaza de un perjuicio inminente y gravísimo. Así, el juicio sobre el fondo es puramente eventual: ello se deja a la iniciativa, en cualquier momento, de la parte instante o de la parte perjudicada por la resolución, cuando ésta no ha sido pronunciada en el curso de un proceso. La falta del inicio del juicio sobre el fondo en el término perentorio previsto en la ley, o su sucesiva extinción, no será causa de caducidad de la resolución urgente, que, si no es revocada o modificada, conservará eficacia hasta que se dicte sentencia, aunque no sea firme, italiana o, según los casos, extranjera, o también laudo arbitral, que declaren inexistente el derecho tutelado en la resolución que haya sido dictada" (*Relazione*, en "Rivista di diritto processuale", 1996, pp. 1016-1017). Ya este autor, en un trabajo previo, había destacado la constante evolución de la tutela cautelar, su autonomía estructural y funcional y la necesidad de buscar nuevas fórmulas de tutelas jurisdiccionales urgentes (*La tutela cautelare*, en "I procedimenti cautelare", a cargo de Giuseppe Tarzia, Edit. CEDAM, Padova, 1990, pp. XIII a XXV). Sin embargo, algún autor se muestra crítico frente este planteamiento, y así MONTESANO afirma: "[...] non credo convenga modificare questo sistema rendendo irremovibile la misura cautelare (o meglio trasformandola in soluzione più o meno stabilmente definitiva della controversia) se chi l'abbia subita non instauri i prosegua in contraddizione ad essa l'ordinario giudizio di merito. Ritengo che il non lieve costo processuale della necessaria successiva fase di merito valga la pena, sia per essenziali garanzie di paritaria giustizia" (*Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano*, en "Rivista di diritto processuale", 1995, p. 233).

2. *Difícil distinción entre medida cautelar y medida autosatisfactiva*

Pese a la originalidad de las medidas autosatisfactivas, entiendo que éstas no presentan nítidas diferencias con las medidas cautelares, a excepción de su carácter autónomo[37]. Los presupuestos de la "fuerte probabilidad" y el "perjuicio irreparable" de las medidas autosatisfactivas suponen una más alta intensidad en cuanto a su apreciación que los presupuestos clásicos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* de la medidas cautelares[38].

Por ello, en mi opinión, las medidas autosatisfactivas no son más que medidas cautelares autónomas, en las que se refuerza la concurrencia de sus clásicos requisitos de la "apariencia de buen derecho" y el "peligro por la mora procesal", siendo modificados por los de "fuerte probabilidad" y "perjuicio irreparable", respectivamente.

Las medidas autosatisfactivas constituyen un nuevo paso hacia la autonomía de la tutela cautelar: de las clásicas medidas cautelares de contenido asegurativo o conservativo se pasó, ante la necesidad de tener que anticipar ciertos resultados de la sentencia, a las medidas cautelares anticipatorias. Ahora se propone su independencia.

3. *Problema que deben superar las medidas autosatisfactivas: la eliminación o limitación del derecho de defensa*

El gran problema que se apunta en contra de la admisión de las medidas autosatisfactivas radica en su propia autonomía respecto de un posterior proceso unido a la posibilidad de adoptarse *inaudita parte*, o con una audiencia rápida, por lo que se eliminaría o limitaría el derecho constitucional a la defensa[39]: se eliminaría en los casos en los que la medida se adoptase sin oír a la parte perjudicada por la misma; y se limitaría, en los supuestos en los que

37. Ponen de manifiesto esta identidad GRILLO, P.: ob. cit., p. 263; y CAMPS, C.: ob. cit., p. 12.

38. En este orden de ideas, GRILLO destaca que pese al intento de distinción entre las medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas, "los requisitos sin embargo, permanecen inmutados" (ob. cit., p. 263).

39. Así, CAMPS afirma que "el resguardo de las garantías básicas del debido proceso con relación a todos los involucrados en el litigio debe ser una preocupación constante al momento de la implementación de estas estrategias tutelares ya que resultaría muy sencillo desarrollar sistemas protectorios de los derechos de quien aparece como afectado olvidando que frente a él existe otra parte (el supuesto transgresor) quien también cuenta con derechos a ser salvaguardados. Flaco favor haría a la justicia un proceso de amparo donde so pretexto

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

—en palabras de los autores que mantienen la vigencia de las medidas autosatisfactivas— se procediese a una "módica sustanciación previa"[40] o una "sustanciación rápida"[41] (en las formulaciones doctrinales y prelegislativas que se están realizando no se establece con precisión el alcance y contenido de la audiencia a la parte contraria, ni se indica nada sobre si ésta se limita sólo a las alegaciones o si se permite algún tipo de actividad probatoria[42], etc.).

Sin embargo, la compatibilidad de las medidas autosatisfactivas con el derecho a la defensa puede lograrse mediante dos tipos de argumentaciones.

---

de la custodia de derechos del actor se violentaran los de la contraparte" (*Amparo y ultra anticipación de la tutela*, p. 11 de manuscrito original que, muy amablemente, me facilitó su autor. Este trabajo se encuentra pendiente de publicación). De igual modo, este mismo autor destaca en otro estudio: "Fácil resultaría la tarea de obtener la tutela rápida y efectiva si olvidásemos los derechos de aquel contra quien se manda ejecutar la medida que satisface inmmediatamente al que la reclama. Por el contrario, una vez configurado el litigio tendremos el conflicto planteado entre dos sujetos, cada uno de ellos con prerrogativas que no pueden ser soslayadas por el orden jurídico. El derecho a la pronta satisfacción del interés de uno de los contendientes colisiona frontal e inexorablemente con el derecho de defensa de la otra parte, a quien le asiste todo el plexo garantista legal y supralegal protegiéndolo contra la posibilidad de un accionar incorrecto, abusivo y hasta delictivo por parte de quien reclama —a través de los tribunales— una prestación de manera coactiva" (*La proyectada* ..., ob. cit., pp. 5-6). También destaca la infracción del derecho a la defensa para no admitir las medidas autosatisfactivas, PALACIO, L.: ob. cit., p. 539. Por último, debo destacar la radical crítica que efectúa BENABENTOS, quien recientemente afirma: "No entiendo que pueda generarse una *alarma social* por: [...] Alzarse contra la proposición de simples *procedimientos*, en donde sólo hay dos partes: el actor y el juez, y sólo se escucha al pretendiente, es decir a quién tendría un derecho *fuertemente verosímil* (sic) y, luego, sin más, se despacha una sentencia en un ¡proceso de pleno conocimiento! (*medidas autosatisfactivas-sentencia anticipada*). La impugnación lejos de calificarse como una insolencia jurídica, insisto, debería tomarse como un compromiso científico y ético, exteriorizado en una crítica abierta y sincera, de la que no se puede rehuir al estar en juego las garantías más elementales a no ser *condenado* (civil o penalmente) sin transitar, previamente, *por un debido proceso* (y no una *parodia* de tal). Es que si el sistema de justicia *hace aguas por sus cuatro costados* y si ese naufragio es producto (entre otras causas) de querer *apagar el fuego con combustible* (¡porqué la justicia *es lenta suprimimos el debido proceso!*) intensificar las propuestas en esa ominosa dirección, supone someter a muchas personas a un triste destino que, sin embargo, puede ser cambiado (*Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Edit. Juris, Rosario, 2001, pp. 51-52).

40. PEYRANO, J. *Régimen de las medidas autosatisfactivas* ..., ob. cit., p. 33.

41. DE LOS SANTOS, M.: *Medida autosatisfactiva y medida cautelar* ..., ob. cit., p. 46.

42. Sobre la inadmisibilidad constitucional de las limitaciones probatorias en cualquier tipo de proceso, me remito a mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Edit. J.Mª Bosch, Barcelona, 1996, pp. 204 a 206.

a) En primer lugar, debe destacarse que el derecho a la defensa del demandado tan sólo se posterga o desplaza en el tiempo, como sucede en la tutela cautelar, en los procesos de ejecución o en el juicio monitorio[43], pero en ningún caso se elimina o limita.

Al igual que sucede con la medida cautelar adoptada *inaudita parte*, en la medida autosatisfactiva también es posible que el demandado ejerza su derecho a la defensa si bien de forma diferida. Ello tendrá lugar, no en el proceso principal —como sucede con la medida cautelar— sino a través del recurso de apelación[44] o la demanda de oposición que dará origen a un juicio declarativo posterior[45]. Pese a la autonomía de esta medida, la misma no puede configurarse como un verdadero "proceso", ya que si éste lo definimos como el mecanismo de resolución de conflictos, éste persistirá si el demandado formula su oposición. En cualquier caso se estará respetado su derecho a la defensa: si no se opone a la medida, habrá una renuncia tácita al mismo[46], y si se opone se estará materializando dicho derecho. No obstante, si configurásemos a la medida autosatisfactiva como un verdadero pro-

---

43. Así, GALDÓS J.: *El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., p. 64.

44. En este sentido, GALDÓS afirma que la "resolución inaudita pars (de la medida autosatisfactiva) no vulnera el principio de bilateralidad y contradicción, el que se afianza con el ejercicio ulterior de la potestad impugnatoria que se abre con la vía recursiva" (*El contenido* ..., ob. cit., p. 64). Estoy radicalmente en contra de esta opinión, pues el recurso de apelación como único medio procesal para articular el derecho a la defensa del demandado no es la vía adecuada o idónea para éste pueda alegar, discutir y probar hechos por primera vez; y, en todo caso, ello supondría restarle una instancia judicial al demandado, ya que la única en la que verdaderamente se habrá podido defender habrá sido la realizada ante el tribunal *ad quem*.

45. En este orden de ideas, PEYRANO afirma que la opción al demandado de "promover un juicio declarativo de oposición [...] podría dar adecuada respuesta a las críticas que hacen base en que la medida autosatisfactiva involucraría un menoscabo para la garantía del debido proceso" (*Régimen* ..., ob. cit., p. 33).

46. Para la distinción entre "renuncia al ejercicio" del derecho a la defensa y "renuncia a su contenido", me remito a mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, Edit. J.Mª Bosch, Barcelona, 1997, pp. 22-23. En esta línea, CHIARLONI, al analizar el derecho a la contradicción procesal proclamado recientemente en el art. 111 de la Constitución italiana, destaca: "È sufficiente che il contraddittorio sia garantito alla parte che lo pretende, anche in un momento successivo al provvedimento. La garanzia diventa rinunciabile per opera della parte a cui favore è prevista, secondo modalità tipiche delle garanzie costituzionali relative al processo" (*Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, en "Rivista di diritto processuale", 2000, 4, pp. 1020-1021).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ceso autónomo, que concluyera con una sentencia definitiva susceptible de adquirir eficacia de cosa juzgada, muy probablemente sí existiría una eliminación del derecho a la defensa: entiendo que al adquirir este derecho el carácter de fundamental en nuestro sistema constitucional, debe garantizarse siempre en todo tipo de proceso, esto es, debe poder ejercitarse plenamente en cualquier tipo de juicio, con independencia de que se permita acudir, posteriormente, a otro proceso[47], por lo que la realización de un proceso —por muy urgente que fuese— con la sola audiencia de una parte comportaría, desde un punto de vista práctico o real, la eliminación en el mismo del principio básico de la bilateralidad, sin cual difícilmente podría hablarse de la existencia de un proceso[48].

47. Por ello, TARZIA destaca la inadmisibilidad constitucional de "procedimenti speciali giurisdizionali che non solo in una loro prima fase, sommaria o sommarissima, ma per tutto il loro corso non prevedessero il contraddittorio tra le parti" (*Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, en "Rivista di diritto processuale", 1998, nº. 3, p. 666). De igual modo, acertadamente mantiene CAROCCA que "la garantía constitucional de la defensa debe respetarse en todo proceso jurisdiccional y durante toda su tramitación" (*Garantía constitucional de la defensa procesal*, Edit. J.Mª. Bosch, Barcelona, 1998, p. 78), por lo que si bien son constitucionalmente admisibles procedimientos en los que se difiere el trámite de defensa del demandado, "lo que debe quedar claro, es que en base al principio de proporcionalidad, atentaría contra el contenido esencial del derecho fundamental de defensa, que en esta clase de procedimientos no se contemplase ninguna posibilidad de las partes de obtener la revocación de la resolución, antes de su completa ejecución, es decir, se eliminase completamente la defensa, haciendo ineficaz la intervención de la parte. Asimismo, tampoco es admisible el argumento utilizado por el Tribunal Constitucioanl para reafirmar las limitaciones en los procedimientos sumarios, en cuanto a que podría siempre recurrir a un procedimiento ordinario posterior. Porque, según ya hemos puesto de manifiesto, la garantía debe ser apreciada siempre en cada proceso" (ob. cit., p. 328). Para analizar el derecho a la defensa desde una perspectiva plenamente garantista, vid. los excelentes estudios de GOZAÍNI, O.: *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. de Belgrano, Buenos Aires, 1999 (especialmente, las pp. 124 a 127, 162 a 168 y 188 a 190). Para el estudio de este derecho en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, me remito a mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, Edit. J. Mª. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 102 a 105.

48. En este orden de ideas, MONTERO AROCA afirma que "la necesidad de oír a todas las partes es consustancial con la idea de proceso" (*Introducción al derecho procesal*, Edit. Tecnos, Madrid, 1976, p. 240); GIMENO SENDRA mantien que "el principio de contradicción, por ser consustancial a la idea de proceso, se encuentra implícito en todas las actuaciones del proceso civil" (*Fundamentos del derecho procesal*, Edit. Civitas, Madrid, 1981, p. 182); y finalmente, BERZOSA FRANCOS destaca que la "dualidad de posiciones, si se intenta construir un auténtico proceso, general el principio de audiencia" (*Principios del proceso*, en "Justicia", 1992, II, p. 563).

También, de forma similar a lo que sucede en los procesos de ejecución y el juicio monitorio, en las medidas autosatisfactivas el derecho de defensa únicamente se posterga. En ninguno de tales procesos se elimina este derecho: en los de ejecución, porque si se fundamenta en una sentencia de condena, el derecho a la defensa ya se habrá podido ejercer en el previo juicio declarativo[49], y se si basa en un título extrajudicial, se articula un mecanismo de oposición para la defensa del deudor ejecutado[50]. Y respecto al juicio monitorio, si bien se permite despachar ejecución *inaudita parte*, sí se garantiza el derecho a la defensa del demandado al preverse expresamente un trámite de oposición que, de formularse, lo convierte automáticamente en un procedimiento ordinario[51]. En el caso aquí estudiado, esto es, para las medidas autosatisfactivas, se emplea una técnica procedimental muy similar a la del proceso de ejecución de títulos extrajudiciales, sustituyendo la existencia del título extrajudicial por la concurrencia de la "fuerte probabilidad" de la existencia de la petición solicitada: de apreciarse dicha probabilidad se despacha la medida autosatisfactiva, sin perjuicio de que el demandado pueda formular posteriormente la oportuna demanda de oposición.

b) En segundo lugar, la doctrina intenta justificar la validez de las medidas autosatisfactivas mediante la vigencia del derecho a la efectividad de

49. Y, para los hechos sucedidos con posterioridad a la sentencia, o los casos de extralimitación en la ejecución de la misma, los ordenamientos procesales ya prevén específicos mecanismos de oposición a la ejecución que se configuran como válidos mecanismos de defensa del deudor ejecutado (cfr. BERZOSA FRANCOS, V.: *Principios del proceso*, ob. cit., pp. 565-566; y ORTELLS RAMOS, M.: *Introducción al Derecho Procesal*, Edit. Comares, Granada, 1999, pp. 175-176.

50. En relación a los procesos de ejecución y su compatibilidad con el derecho a la contradicción procesal, introducido en el nuevo apartado segundo del art. 111 de la Constitución italiana —mediante la ley constitucional de 23 de noviembre de 1999, nº 2— según el cual: "Todo proceso se desarrollará contradictoriamente entre las partes, ante un juez tercero e imparcial", vid. TROCKER, N.: *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali*, en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2001, 2, p. 395; MONTESANO, L.: *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, en "Rivista di diritto processuale", 2000, 4, p. 931; TARZIA, G.: *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, ob. cit., p. 668; o CHIARLONI, S.: *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, en "Rivista di diritto processuale", 2000, 4, pp. 1020-1021.

51. Este es el caso de la regulación española del proceso monitorio, pues de acuerdo al art. 818 LEC: "Si el deudor presentare escrito de oposición dentro de plazo, el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda, teniendo al sentencia que se dicte fuerza de cosa juzgada".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la tutela judicial del actor[52]. Así, suele razonarse que el derecho a la efectividad de la tutela judicial —reconocido en la mayoría de las constituciones modernas— debe asegurar al actor que todas sus pretensiones serán debidamente atendidas, incluidas las de carácter urgente. Si bien ello es cierto, no lo es menos que: en primer lugar, el mencionado derecho no corresponde en exclusividad al actor, sino también al demandado, quien está en su legítimo derecho de reclamar su aplicación respecto a los intereses que entiende le corresponden[53]; y, en segundo lugar, el demandado tiene asimismo reconocido su derecho constitucional a la defensa que, como he indicado anteriormente, si bien no se elimina sí se retrasa su ejercicio. Ello nos conduce al problema de la colisión de derechos fundamentales que habrá de resolverse mediante la institución del *balancing* o ponderación de intereses en conflicto[54]. Una primera aproximación al problema aquí planteado podría inducirnos a mantener la primacía del derecho a la efectividad de la tutela judicial del actor pues, si la medida autosatisfactiva tiene como presupuesto el "perjuicio irreparable" y no se actúa con urgencia, la irreparabilidad del daño producido comportará la ineficacia de la tutela judicial. Y, por el contrario, al demandado, si bien se le posterga el ejercicio de su derecho a la defensa, como he indicado anteriormente, no se le niega al tener la posibilidad de oponerse con posterioridad a la medida autosatisfactiva, pudiendo en este momento ver satisfecho su derecho a la tutela judicial. Sin embargo, esta forma de plantear el problema no es del todo correcto siempre que el ordenamiento jurídico permita evitar el daño irreparable a través de un sistema amplio de medidas cautelares, de contenido anticipatorio, adoptables *inaudita parte* y que puedan solicitarse —en caso de extrema urgencia— con anterioridad al inicio del proceso. En esta situación, que es la que actualmente se da en la mayoría de ordenamientos jurídicos, considero

52. Incluso con cita expresa del art. 24.1 de la Constitución española, como hace PEYRANO, J.: *La medida autosatisfactiva ...*, ob. cit., pp. 14 y 15. Se refiere igualmente a la tutela judicial efectiva, GARDELLA, L.: ob. cit., p. 14; VARGAS, A.: ob. cit., pp. 116 a 120; entre otros autores.

53. Respecto a la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva, me remito a mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, Edit. J. Mª. Bosch, Barcelona, 1997, p. 44.

54. Sobre el balancing, vid. ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 413 a 448; y para su aplicación a las limitaciones al derecho fundamental a defenderse probando, vid. mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Edit. J.Mª. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 198 a 206.

que es posible evitar el citado problema, por lo que resulta innecesario plantearse el sacrificio de algún derecho fundamental si la efectividad de la protección judicial del actor puede alcanzarse mediante una amplia regulación de las medidas cautelares.

En esta línea de búsqueda de la eficacia procesal debo destacar la amplia regulación que la tutela anticipada ha recibido en las reformas procesales civiles brasileñas e italianas.

Así, el art. 273 del Código Procesal Civil brasileño, redactado mediante la Ley 8.952, de 13 de diciembre de 1994, establece que: "El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I — haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; o II — exista abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del reo. § 1° En la decisión de anticipar la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento. § 2° No se concederá la anticipación de tutela cuando haya peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado. § 3° La ejecución de la tutela anticipada se regirá, en todos los casos, por lo dispuesto en los incisos II y III del art. 588. § 4° La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier momento, por decisión fundada. § 5° Concedida o no la anticipación de tutela, proseguirá el proceso hasta el enjuiciamiento final"[55].

55. Sobre el alcance de esta norma, vid. los trabajos monográficos de MARINONI, L.G.: *A Antecipação da tutela*, 6ª edic., Edit. Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 35 y ss.; ZAVASCKI, T.A.: *Antecipação da tutela*, 2ª edic., Edit. Saraiva, São Paulo, 2000, pp. 72 y ss.; BEDAQUE, J.R.: *Tutela cautelar e tutela antecipada ...*, ob. cit., pp. 274 y ss.; CARREIRA ALVIM, J.E.: *Tutela antecipada na Reforma Processual*, 2ª edic., Edit. Juruá, Curitiba, 1999, pp. 35 y ss.; FRIEDE, R.: *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*, 5ª edic., Edit. Del Rey, Belo Horizonte, 1999, pp. 25 y ss.; GUSMÃO CARNEIRO, A.: *Da antecipação de tutela no processo civil*, 2ª edic., Edit. Forense, Rio de Janeiro, 1999, pp. 15 y ss.; GUERRA, M.L.: *Estudos sobre o processo cautelar*, Edit. Malheiros, São Paulo, 1997, pp. 81 y ss.; DINAMARCO, C.R.: *A reforma do Código de Processo Civil*, Edit. Malheiros, São Paulo, 1995, pp. 138 y ss.; y los trabajos en los obras colectivas de BAPTISTA DA SILVA, O.A.: *A antecipação da tutela na recente reforma processual*, en "A reforma do Código de Processo Civil", obra coordinada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, Edit. Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 129 a 142; y FABRICIO, A.F.: *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*, en "Inovações do Código de Processo Civil", obra coordinada por José Carlos Teixeira Giorgis, Edit. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1996, pp. 20 y ss. De igual modo, me remito al más de medio centenar de estudios reseñados por NEGRÃO, T. en su obra Código de Processo Civil, 30ª edic., Edit. Saraiva, São Paulo, 1999, pp. 334 a 336.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Y, de la regulación italiana debo destacar las resoluciones anticipatorias de condena (la *ordinanza per il pagamento di somme non contestate* y la *ordinanza di ingiunzione*) introducidas con la reforma de Ley nº 353, de 26 de noviembre de 1990[56]; la tutela cautelar anticipatoria prevista en el art. 700 CPC, según el cual: "Fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tenga motivos fundados para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho por vía ordinaria, sea éste amenazado de un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar mediante escrito al Juez las medidas de urgencia que según las circunstancias aparezcan como las más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo"[57]; y el nuevo art. 186 *quater* CPC, introducido en la reforma del Decreto Ley nº 238, de 21 de junio de 1995, que permite al juez instructor dictar, después de practicada la prueba y en función de la valoración anticipada de la misma, una resolución de condena provisional, de carácter ejecutivo[58].

56. Para un estudio general de esta importante reforma del *Codice di procedura italiano* (CPC), me remito a mi trabajo *El nuevo proceso civil italiano,* con B. Mora, "Documentación Jurídica", nº 75, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992 (y en concreto, para las referidas resoluciones anticipatorias de condena, a las pp. 76 y ss.).

57. Monográficamente, sobre esta amplia tutela cautelar, vid. ARIETA, G.: *I provvedimenti d'urgenza*, Edit. CEDAM, Padova, 1982; DINI, M.: *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile*, 3ª edic., Edit. Giuffrè, Milano, 1961; DITTRICH, L.: *Natura e presupposti del provvedimento d'urgenza*, en "Il nuovo processo cautelare", a cargo de G. Tarzia, Edit. CEDAM, Padova, 1993, pp. 190 y ss.; idem, *Il procedimento d'urgenza*, en "I procedimenti cautelari", a cargo de G. Tarzia, Edit. CEDAM, Padova, 1990, pp. 157 a 176; MONTESANO, L.: *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955; idem, *Sulle misure provvisorie in Italia*, en "Les mesures provisoires en procédure civile", a cargo de G. Tarzia, Edit, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 113 a 129; Proto Pisani, A.: *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, en "Appunti sulla giustizia civile", Bari, 1982, pp. 365 a 373; idem, *Provvedimenti d'urgenza*, en "Enciclopedia Giuridica", T. XXV, *Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani*, Roma, 1991, pp. 1 a 14; Sapieza, C.: *I provvedimenti d'urgenza ex. art. 700 c.p.c. (profilo sistematico)*, Edit. Giuffrè, Milano, 1957; TOMMASEO, F.: *I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Edit, CEDAM, Padova, 1983; y el volumen *La tutela d'urgenza. Atti del XV Convegno Nazionale. Quaderni dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile*, XLIII, Edit. Maggioli, Rimini, 1985, en el que aparecen numerosos estudios de procesalistas italianos. En España, cfr. el trabajo de Calderón Cuadrado, P.: *Sobre una reciente reforma del proceso cautelar italiano. Su incidencia en el artículo 700 del CPC*, en "Justicia", 1991, IV, pp. 973-1010; así como mi estudio *El nuevo proceso civil italiano*, con Belen Mora, ob. cit., pp. 133 a 190.

4. *Conclusión final*

En definitiva, entiendo que la amplia regulación que la tutela cautelar tiene en la mayoría de los ordenamientos procesales civiles, incluyéndose las medidas anticipatorias, todavía aporta, hoy por hoy, válidas y eficaces soluciones para resolver los problemas que generan las situaciones de protección judicial urgente. Por ello, sólo cuando se acredite la ineficacia de los citados instrumentos de tutela judicial, entiendo que deberán adoptarse nuevas soluciones, dentro de las cuales podrán tener cabida las "medidas autosatisfactivas". Quizás por ello, estas medidas no aparecen todavía recogidas en los recientes textos procesales civiles —como la nueva LEC española de 2000[59]— ni en los últimos proyectos de Códigos Procesales Civiles, como el Código Procesal Civil Modelo para Ibero-

58. Establece el art. 186 *quater* CPC: "Resolución sucesiva al cierre de la instrucción. 1. Concluida la instrucción, a instancia de la parte que ha formulado demanda de condena al pago o al depósito o la entrega de bienes, puede disponer mediante *ordinanza* el pago o el depósito o la entrega dentro de los límites que resulten de la prueba. Con la *ordinanza* el juez se pronunciará sobre las costas procesales. 2. La *ordinanza* es título ejecutivo. Es revocable con la sentencia que concluya el juicio. 3. Si después de dictada la *ordinanza* el proceso se extingue, la *ordinanza* adquiere la eficacia de la sentencia impugnable sobre el fondo. La parte beneficiada puede solicitar la renuncia a la emisión de la sentencia, mediante acto notificado a la otra parte y depositado en la *cancelleria*. Desde la fecha del depósito del acto notificado, la *ordinanza* adquiere la eficacia de la sentencia impugnable sobre el fondo. Para el estudio de esta norma, vid. DIDONE, A.: *Le ordinanze anticipatorie di condanna*, Edit. Giuffrè, Milano, 1998, pp. 71 a 115; idem: *Per la difesa dell'ordinanza succesiva alla chiusura dell'istruzione (art. 186-quater c.p.c)*, en "Rivista di diritto processuale", 1996, I, pp. 71 a 77; VERDE, G.: *L'art. 186-quater c.p.c*, en "Diritto e giurisprudenza", 1997, pp. 2231 a 2236; CHIARLONI, S.: *Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex art. 186-quater c.p.c*, en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1996, pp. 513 a 539; LAPERTOSA, F.: *L'art. 186 quater c.p.c: una rivoluzionaria novità nella giustizia civile*, en "Rivista di diritto processuale", 1996, I, pp. 54 a 70; CARRATTA, A.: *Ordinanze anticipatorie di condanna*, en "Enciclopedia giuridica Treccani", T. XXII, Roma, 1995, pp. 18 a 24; o SCARSELLI, G.: *Osservazioni sparse sul nuovo art. 186-quater c.p.c*, en "Il Foro italiano", 1995, V, pp. 394 a 404.

59. Como indiqué anteriormente, en los arts. 721 a 747 LEC se recogen tanto las medidas cautelares conservativas como las anticipatorias, pero no las denominadas medidas autosatisfactivas.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

américa, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de 1988[60], o las "Transnational rules of civil procedure", de la *American Law Institute*, de 2000[61], discutidas en los dos últimos Congresos Mundiales de Derecho Procesal de la *International Association of Procedural Law* (el de Wien de 1999 y el de Gent de 2000) que versaron sobre el Derecho Procesal del siglo XXI.

IV. Bibliografía sobre medidas autosatisfactivas

Albarenga, Emilio: *Medida autosatisfactiva y costas*, en "Medidas autosatisfactivas", director Jorge W. Peyrano, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, pp. 307 a 350.

Andorno, Luis: *El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano*, en "J.A", 7 de junio de 1995, nº. 5936, pp. 1 a 10.

Arazi, Roland, y Kaminker, Mario: *Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata,* en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 37 a 54.

Balestro Faure, Miryam: *¿Medida cautelar o medida autosatisfactiva? La opción judicial frente al vacío legal*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 703 a 714.

Baracat, Edgar: *Vicisitudes del procedimiento impreso a un pedido de resolución autosatisfactiva*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 245 a 259.

Bedaque, José Roberto dos Santos: *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematizaçâo)*, Edit. Malheiros, Sâo Paulo, 1998, pp. 225, 226 y 302.

Benabentos, Omar: *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Edit. Juris, Rosario, 2001, pp. 37, 50, 51, 54, 55, 65, 66, 112 y 113.

60. En este Código también se recogen en los arts. 274 a 280 la regulación de las medidas cautelares, incluyendo sólo las de carácter anticipativo (art. 280).

61. Él documento que analizo es el *Preliminary Draft* nº. 2, de 17 de marzo de 2000, publicado por el *American Law Institute*, que puede consultarse en Internet: . En ninguna de sus reglas se hace referencia a alguna institución similar a las medidas autosatisfactivas, recogiendo la regla 12 un amplio sistema de tutela cautelar, carecterizado en todo momento por su carácter instrumental.

Berizonce, Roberto: *La tutela anticipada en Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)*, en "J.A.", 10 de junio de 1998, nº. 6093, pp. 1 a 14.

Berizonce, Roberto: *Tutela anticipada y definitoria*, en "J.A.", 1996-IV, pp. 741 a 749.

Camps, Carlos: *La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada*, en "J.A.", 29 de septiembre de 1999, nº. 6161, pp. 1 a 13.

Camps, Carlos: *Amparo y ultra anticipación de la tutela*, 2001 (en prensa).

Carbone, Carlos Alberto: *Consideraciones sobre el nuevo concepto de "fuerte probabilidad" como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho de raíz procesal*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 161 a 182.

Cecchini, Francisco Carlos: *La constitución emplaza a la creación de nuevos instrumentos procesales. Tutelas urgentes*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 197 a 204.

De los Santos, Mabel: *Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales),* en "Revista de Derecho Procesal", nº. 1, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, pp. 31 a 55.

De los Santos, Mabel: *Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*, en "J.A.", 1997-IV, pp. 800 a 806.

De Lázzari, Eduardo: *La cautela material*, en "J.A.", 1996-IV, pp. 649 a 652.

Galdós, Jorge Mario: *El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 55 a 74.

García Solá, Marcela: *Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximación para su categorización. Particularidades de su trámite*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 271 a 290.

García Solá, Marcela: *Medidas autosatisfactivas: perfiles jurisprudenciales*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 689 a 702.

Gardella, Luis: *Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos*, en "J.A.", 9 de diciembre de 1998, nº. 6119, pp. 14 a 23.

Garrote, Ángel: *La tutela judicial anticipada. Las medidas de satisfacción anticipada y las medidas autosatisfactivas*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 735 a 747.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

GRILLO COCCHINI, Pablo: *Medidas cautelares: el anticipo de jurisdicción*, en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", nº. 59, 1998, pp. 259 a 265.

LORENTE, Guillermo: *Costas en las medidas autosatisfactivas*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 291 a 306.

MORELLO, Augusto Mario: *La tutela anticipada en la Corte Suprema*, en "El Derecho", 5 de febrero de 1998, nº 9436, pp. 1 a 3.

MORELLO, Augusto Mario: *La cautela satisfactiva,* en "J.A.", 1995-IV, pp. 414 a 417.

PALACIO, Lino Enrique: *Breves apuntes acerca de la Tutela Anticipada*, en "Estudios en homenaje al Profesor Enrique Vescovi", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, pp. 533 a 544.

PEYRANO, Jorge: *Un segundo hito jurisprudencial de bienvenida a la medida autosatisfactiva*, en "El Derecho", 15 de marzo de 2001, nº. 10.215, pp. 1-2.

PEYRANO, Jorge: *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 13 a 26.

PEYRANO, Jorge: *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 27 a 36.

PEYRANO, Jorge: *La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa*, en "Revista de Derecho Procesal", nº. 5, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp. 307 a 326.

PEYRANO, Jorge: *Una especie destacable del proceso urgente: la medida autosatisfactiva*, en "J.A.", 28 de julio de 1999, nº. 6152, pp. 2 a 8.

PEYRANO, Jorge: *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*, en "J.A.", 1997-II, pp. 926 a 941.

PEYRANO, Jorge: *Las medidas cautelares en materia comercial. Nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Noticia sobre las medidas autosatisfactivas*, en "Justicia", 1997, II, pp. 607 a 613.

PEYRANO, Jorge: *Lo urgente y lo cautelar*, en "J.A.", 5 de marzo de 1995, nº. 5923, pp. 2 a 5.

PEYRANO, Jorge: *La medida cautelar innovativa como anticipo de la sentencia de mérito*, en "J.A.", 21 de abril de 1993, nº. 5825, pp. 2 a 4.

PEYRANO, Marcos: *La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 225 a 244.

RIOL, María: *La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 351 a 364.

RÍOS, Gustavo: *Las medidas autosatisfactivas como procesos jurisdiccionales excepcionales caracterizados por dar respuesta inmediata a conflictos urgentes calificados por la evidencia de los derechos*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 715 a 735.

SAGARNA, Fernando: *Consideraciones en torno a la admisibilidad jurisprudencial de la medida autosatisfactiva*, en "J.A.", 24 de abril de 1998, nº. 6086, pp. 1 a 4.

VARGAS, Abraham: *Tutela general de los procesos urgentes*, en "Medidas autosatisfactivas", director Jorge W. Peyrano, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, pp. 75 a 160.

WHITE, Inés Lépori: *Apuntes sobre valoraciones legales en la medida autosatisfactiva*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., pp. 183 a 196.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PROVISIONAL DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

XULIO FERREIRO BAAMONDE
Bolseiro Predoutoral da Xunta de Galicia de la Universidade da Coruña

SUMARIO

1. La regulación de la ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. – 2. Aspectos generales de la ejecución provisional. 2.1. Naturaleza jurídica de la institución. 2.2. Relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. 2.3. Caracteres generales del sistema de ejecución provisional de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. 2.3.1. Unificación de su régimen. 2.3.2. Sistema mixto. 2.3.2.1. Facilitamiento del despacho de la ejecución provisional. 2.3.2.1.1. Apoyo decidido a la justicia de primera instancia. 2.3.2.1.2. Configuración de la sentencia en primera instancia como genuino título ejecutivo en la práctica. 2.3.3. Regulación de los efectos de la confirmación o revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada. 2.4. Ámbito objetivo: las resoluciones ejecutables provisionalmente. 2.4.1. Regla general: ejecutabilidad de las sentencias condenatorias que hayan sido recurridas. 2.4.2. Excepciones: sentencias no ejecutables provisionalmente por disposición expresa de la Ley. 2.4.2.1. Sentencias dictadas en procesos sobre estado civil y derechos honoríficos. 2.4.2.2. Sentencias que condenan a emitir una declaración de voluntad. 2.4.2.3. Sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial. 2.4.2.4. Sentencias extranjeras. – 3. Procedimiento de ejecución provisional. 3.1. Competencia y legitimación. 3.2. Solicitud de ejecución provisional, despacho de la misma y recursos. 3.3. Oposición a la ejecución provisional. 3.3.1. Causas de oposición. 3.3.2. Sustanciación de la oposición. 3.4. Suspensión de la ejecución provisional en el caso de condenas dinerarias. – 4. La revocación o confirmación de la sentencia provisionalmente ejecutada. 4.1. Revocación de condenas al pago de una cantidad de dinero. 4.2. Revocación en casos de condenas no dinerarias. – 5. Ejecución provisional de sentencias de condenas dictadas en segunda instancia.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1. La regulación de la ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

La ejecución provisional se introdujo con carácter general en el ordenamiento jurídico español en el art. 385 LEC 1881, a través de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil[1], aunque el texto original ya recogía la posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias dictadas en segunda instancia y recurridas en casación, siempre y cuando la parte interesada prestase fianza para responder de lo que se hubiese obtenido a través de la ejecución. La regulación que hizo la Ley de 1984 adoleció de numerosas lagunas e imprecisiones técnicas, que provocaron que lo que se suponía en su comienzo como una pequeña revolución en el proceso civil, resultase finalmente una institución escasamente utilizada en la práctica[2]. Es por esto que la regulación de la LEC 1/2000 supone un gran avance al venir a cubrir muchos de los vacíos de la regulación anterior, e iluminar muchas de las zonas oscuras que el art. 386 LEC de 1881 tenía. Supone, como tendremos ocasión de comprobar, además, un giro de 180 grados en la filosofía inspiradora del sistema de ejecución provisional, intentando convertir la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia en la regla general, lo que implica, según las

1. Con relación a esta reforma da LEC, en general, vide AA.VV.: *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valentín Cortés coord., Madrid, 1985.

2. La insatisfacción por la regulación de la Ley de 1881 es un tópico en los trabajos que hacen referencia a ésta. Ilustrativo es este párrafo de Rifá Soler, J.M.: "La ejecución provisional y las medidas cautelares en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, E. Font Serra coord, Barcelona, 1999, p. 124: "*la actual regulación de la ejecución provisional ha recogido un buen número de críticas doctrinales, por las disfunciones que crea el sistema. Así se aduce que obtenida por el acreedor una sentencia en primera instancia no es lógico que sea éste, precisamente, el que deba prestar fianza para satisfacer su crédito, ya que en muchas ocasiones ante los gastos que comporta un aval bancario se acostumbra a desistir de la ejecución provisional. Por otra parte, las vistas en apelación acostumbran a señalarse en plazos que normalmente superan el año. El sistema produce una situación de insatisfacción del litigante que a pesar de haber obtenido una sentencia favorable en primera instancia se encuentra indefenso ante la dilación en obtener su tutela efectiva, cuando el condenado, con ánimo dilatorio o no, impugne la sentencia. A esta dilación debe añadirse la ausencia de un procedimiento estructurado para la solicitud, oposición y concesión de la ejecución provisional que complica aún más la difícil aplicación de las normas sobre ejecución provisional previstas en la LEC*".

propias palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000 (aptdo. XVI), una "*opción decidida*" por la justicia de primera instancia. Aún así, como podremos comprobar, al tiempo que se solucionan algunos de los problemas que contenía la regulación antigua, surgen otros nuevos, provocados por la arriesgada regulación introducida, así como por diversas imprecisiones técnicas que la Ley de 2000 presenta.

La regulación de la LEC de 1881 posibilitaba la ejecución provisional de las sentencias definitivas en toda clase de juicios, y de los autos que pusiesen término al juicio, impidiendo su continuación. El ámbito objetivo, pues, del precepto era claro, y estaba delimitado a través de la inclusión de una serie de sentencias que no serían en ningún caso ejecutables provisionalmente, como eran las recaídas en juicios que versen sobre paternidad, maternidad, divorcio, capacidad, estado civil y derechos honoríficos.

El art. 385 dividía, sin embargo, el ámbito ejecutivo de las sentencias ejecutables en dos grupos; en primer lugar, las resoluciones que condenasen al pago de una cantidad líquida o fácilmente liquidable, en las que la concesión de la ejecución provisional no se supeditaba a ninguna condición, y el resto de los pronunciamientos "*de objeto o naturaleza diferente*", en los que sólo se podría ejecutar provisionalmente en caso de que el juez no apreciase que se pudiese irrogar un perjuicio irreparable, con lo cual, obligaba al solicitante de la ejecución provisional a demostrar *ab initio* que la ejecución provisional instada no ocasionaría perjuicio irreparable alguno al ejecutado, con las lógicas dificultades que tal prueba tenía, más aún en este momento procesal.

El sistema de ejecución provisional, de acuerdo con el principio dispositivo que inspira el proceso civil, debería iniciarse a instancia de parte, es decir, el juez no podía iniciar de oficio la ejecución provisional de sus pronunciamientos. La Ley de 1881 concedía legitimación únicamente a la parte apelada, con lo cual quedaba vedada en principio la ejecución al demandante que, teniendo algún pronunciamiento favorable, recurría en lo que le era desfavorable, pero quería solicitar la ejecución provisional por lo que ya le era reconocido en la sentencia. De este modo, la anterior regulación de la ejecución provisional situaba al demandante que recurría en la disyuntiva de optar entre la efectividad de los derechos reconocidos en la sentencia de primera instancia y la posibilidad de revisión de los pronunciamientos desfavorables que esta misma sentencia conte-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nía[3]. Además, la solicitud de ejecución provisional tenía que hacerse en el plazo de seis días desde la notificación de la admisión del recurso de apelación, aspecto éste que fue de los más criticados por la doctrina[4], y ofrecer fianza dentro de este plazo mismo. La fianza ofrecida, habría de responder no sólo de lo que se pidiese, sino también de los daños, perjuicios y costas.

La necesidad de que el solicitante de la ejecución provisional tuviese que prestar fianza —o caución, pues es discutido que fuese ésta técnicamente una fianza— fue también criticado por la doctrina[5]. A pesar de reconocerse por muchos autores que este sistema era adecuado para garantizar las responsabilidades de los ejecutantes provisionales que veían revocada su sentencia en la instancia superior, la dificultad para conseguir tal medida, y más en un plazo temporal tan breve como el establecido por la ley, limitó en gran medida el uso de la ejecución provisional, haciéndola accesible únicamente a los acreedores con mayor capacidad financiera, pero impidiendo su acceso a los litigantes con menos recursos[6].

3. Así lo afirma DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Derecho Procesal Civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales*, con OLIVA SANTOS, A.; VEGAS TORRES, J., Madrid, 2000, p. 359, cuando señala que "*en una interpretación estricta se le impediría solicitar la ejecución provisional a quien, habiendo obtenido pronunciamientos favorables, decidía también apelar los que le hubiesen sido desfavorables, de tal modo que la ejecución era una especie de premio al litigante que, pudiendo apelar, decidía no hacerlo*".

4. Un análisis de las disfunciones que el plazo contemplado en el art. 355 LEC de 1881 provocaba puede consultarse en CABALLOL ANGELATS, L.: *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, 1993, pp. 243-246.

5. El carácter disuasorio y potenciador de la desigualdad económica de la fianza fue señalado de modo prácticamente unánime por todos los autores que se han ocupado del tema. *Vide*, p.ej. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.: *Derecho Procesal Civil... cit.*, p. 359, e incluso por el propio Consejo General del Poder Judicial, en el Libro Blanco de la Justicia, al afirmar que en la nueva regulación de la ejecución provisional sería necesario que la caución exigible a quien obtuvo sentencia a su favor no imposibilitase de hecho su utilización o, al menos, la permita solamente a quien es capaz de soportar económicamente un recurso de la contraparte: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: "Informe al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Reforma del Proceso Civil*, Madrid, 1998, pp. 248-249.

6. Así lo afirman, entre otros, VÁZQUEZ SOTELO, J.L.: "Ejecución provisional y medidas cautelares", en *El proceso civil y su reforma*, Madrid, 1998, pp. 488-489, para quien la vía de la ejecución provisional es el camino óptimo para bancos y entidades con capacidad financiera, pero no así para el ciudadano común, ya que éste se ve con grandes dificultades para conseguir la fianza, "*y sin fianza que asegure el riesgo de devolución del importe de la condena los juzgados no se arriesgan a conceder la ejecución provisional*", y también DÍAZ MARTÍN, F.R.: "La ejecución provisional de resoluciones judiciales en el Proyecto de Ley de

Finalmente, la resolución que decidiría sobre el despacho de la ejecución provisional debería decidir también de la suficiencia de la caución ofrecida, que se debería constituir —incluso cuando se tuviese que completar del modo que el juez dispusiese— en los tres días siguientes a la notificación de esta resolución. Dos problemas añadidos en cuanto a la resolución que resolviese la ejecución provisional, y que provocaron múltiples interpretaciones fueron la forma que tal resolución debería tener y el sistema de recursos contra la misma. Ambos aspectos están resueltos en la nueva regulación.

Cabría señalar, para terminar con este breve repaso a la legislación derogada, que la Ley de 1881 no indicaba en ningún caso cuál sería el procedimiento a seguir en el caso de revocación de la resolución ejecutada provisionalmente, lo que provocaba gran inseguridad jurídica y que los jueces fuesen reticentes a aplicar esta institución e interpretasen sus requisitos con carácter restrictivo y contribuyó, del mismo modo, a su poca utilidad en la práctica[7]. La nueva ley también intenta solucionar este problema, estable-

Enjuiciamiento Civil", *La Ley*, 1999, nº 3, p. 1984, para quien la reforma de 1984 "*deja mal sabor de boca, ya que sólo puede obtenerla (...) el que goce de medios económicos, lo que puede ser interpretado como discriminatorio por razones de índole económica*". A pesar de esto, y como señala este último autor, el Tribunal Constitucional ha declarado esta legislación como ajustada a la norma fundamental, al considerar que el derecho a la ejecución provisional no está integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que es un derecho establecido por el legislador, y que por lo tanto puede someterlo a requisitos sobre su procedencia o improcedencia, que deberán ser valorados por los órganos jurisdiccionales.

7. Todos los aspectos señalados fueron igualmente influyentes, y provocaron el amplio consenso en la necesidad de una regulación totalmente nueva en lo referente a la ejecución provisional. MUERZA ESPARZA, J.J.: "Algunas consideraciones sobre...", *cit.*, hace un resumen de todos los problemas comentados: "*Problemas tales como la delimitación del ámbito de las resoluciones susceptibles de ejecución, la legitimación para solicitarla, la determinación de la incorrectamente denominada fianza, la fijación de un plazo preclusivo para solicitar la concesión de la ejecución o la ausencia de una regulación sobre los efectos de la revocación de la sentencia que fue provisionalmente ejecutada, siguen aún hoy, a pesar de los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales, vigentes y sin resolverse por criterios uniformes, indiscutibles y servibles para colmar las deficiencias y lagunas que la norma presenta. Esto hizo que en la práctica los órganos jurisdiccionales, tras una primera etapa de cierta euforia, sean remisos a la concesión de dicha ejecución*". ARMENTA DEU, T.: *La ejecución provisional*, Madrid, 2000, p. 17, hace referencia a cómo la efectividad práctica de la reforma del 84 quedó reducida a las sentencias de condena líquida, y siempre que el que solicitase la ejecución provisional disfrutase de liquidez o crédito para la prestación de fianza. En el resto de los pronunciamientos, la posible irrogación de perjuicios irreparables, se entendió por los Tribunales como una circunstancia prácticamente inevitable si se revocaba la resolución, y esta circunstancia, junto con las elevadas cantidades que se solicitaban como fianza, motivó la escasa aplicación en la realidad práctica.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ciendo una sección dentro del título que regula la ejecución provisional, para tratar de la revocación o confirmación de la sentencia provisionalmente ejecutada, regulación que ha sido polémica, debido a la falta de garantías y a la posibilidad de ejecutar provisionalmente sin exigir fianza al ejecutante, y a que también contiene imprecisiones y lagunas que trataremos de integrar.

2. Aspectos generales de la ejecución provisional

2.1. Naturaleza jurídica y función de la institución

El art. 517.2 LEC, establece que será título ejecutivo la sentencia firme de condena. De la lectura de este precepto podemos concluir que la actividad ejecutiva necesita de una sentencia que posea la fuerza de cosa juzgada para desarrollarse. Esto provoca el transcurso de un lapso de tiempo entre el reconocimiento del derecho en la primera instancia, y la consecuente condena del demandado, y la posibilidad real de llevar a la práctica tales pronunciamientos de condena, debido al carácter suspensivo de los recursos que la parte demandada puede interponer, en virtud del derecho a la doble instancia que la ley contempla y que, en cuanto esté legislativamente recogido, integra el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Sin embargo, para evitar tal dilación, el ordenamiento jurídico concede, bajo determinadas circunstancias y con ciertas garantías, la posibilidad de ejecución inmediata de las resoluciones condenatorias de los juzgados y tribunales. A la actividad ejecutiva que se desarrolla a partir de un título judicial no firme —pero sí definitivo— se le conoce como ejecución provisional[8].

La ejecución provisional es, a pesar de tener su razón de ser en la pendencia de un recurso que impide el ejercicio de la ejecución definitiva, verdadera actividad ejecutiva[9] y no simple tutela cautelar. Las especialidades en su regulación vienen determinadas por la pendencia del recurso, lo que hace posible una revocación del pronunciamiento condenatorio[10], y por lo tanto, la existencia de una parte, la recurrente, que posee un interés legítimo, que el

8. Ramos Méndez, F.: *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, 2000, pp. 523-524.

9. Montero Aroca, J. et al.: *El nuevo proceso civil*, 2ª ed., Valencia, 2001, p. 697.

10. Cortés Domínguez, V.; Gimeno Sendra, V.; Moreno Catena, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Madrid, 2000, p. 476. En el mismo sentido, Moreno Catena, V.: *La ejecución forzosa*, Madrid, 2000, p. 114

ordenamiento jurídico debe proteger y que, de no adoptarse ciertas cautelas, puede ser la propia ejecución provisional la que lo ponga en peligro.

La verdadera condición ejecutiva de la ejecución provisional está recogida en la misma Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. El art. 524.2 LEC señala expresamente que la ejecución provisional se desarrollará del mismo modo que la ordinaria, por el juez de primera instancia, y que las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales (art. 524.3), debiendo, además, el ejecutante solicitar la ejecución provisional por el mismo trámite de la demanda ejecutiva establecido para la ejecución de sentencias firmes[11].

La provisionalidad del título en el que se funda la ejecución provisional, y la consecuente posibilidad de que se vea revocado por el tribunal superior que conoce del recurso pendiente, determina sus especialidades, fundamentalmente, las mayores cautelas para despacharla, o la regulación de un trámite de oposición, y la eventual necesidad de garantías que aseguren el interés del recurrente en el caso de revocación. Pero en ningún caso tales especialidades pueden servir para predicar un carácter condicionado de tal ejecución[12]. La actividad ejecutiva realizada es absolutamente válida en todo caso, y en ningún momento queda condicionada a la resolución del recurso. La ley establece un sistema para prevenir los daños en el patrimonio del ejecutado en el caso de la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente, pero en ningún momento tal revocación supone la nulidad de lo ya actuado en vía ejecutiva.

Tampoco cabe confundir la ejecución provisional con la tutela cautelar. La propia Exposición de Motivos pone en relación ambas figuras, aunque reconociendo sus diferencias. En efecto, de algún modo, ambas tienen su fundamento en la pendencia de un proceso[13], en el *periculum in mora,* es decir, en que el paso del tiempo haga inservible el proceso e inútil la reso-

11. Estos argumentos son también recogidos por Caballol i Angelats, L.: "La ejecución provisional", en *Ley de Enjuiciamiento Civil*, F. Gómez de Liaño González, coord., Oviedo, 2000, p. 632.

12. Arroyo García, S.: "La ejecución provisional", en Cabañas García, J.C. et al.: *Comentarios prácticos a la nueva LEC*, Madrid, 2000, p. 497-498 otorga a la ejecución provisional el carácter de condicionada o anticipada, condicionada a los recursos interpuestos y a la posible revocación de la sentencia, con las consecuencias que la Ley establece para tales casos; anticipada, pues de ser confirmada la sentencia y no ser susceptible de recurso, la ejecución, excepto desistimiento, seguirá adelante como definitiva.

13. Arroyo García, S.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 498.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

lución que recaiga en él. Pero mientras que adoptar una medida cautelar exige únicamente la apariencia de buen derecho, el *fumus boni iuris,* la ejecución provisional se basa en una resolución judicial, que actúa como título ejecutivo, y que indudablemente posee mucha más fuerza. La sentencia ejecutada provisionalmente reconoce un derecho al demandante, y será tal derecho el que se pretenda hacer efectivo con la ejecución provisional, y no simplemente asegurar un fallo en la instancia superior. Aquí radica la diferencia esencial entre la medida cautelar y la ejecución provisional. Mientras que la primera tiene una finalidad esencialmente asegurativa, que pretende no hacer inútil la resolución final del proceso, la ejecución provisional tiene una finalidad esencialmente satisfactiva, que pretende hacer valer un derecho ya reconocido en una sentencia judicial de primera instancia[14].

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ reconoce una triple finalidad de la ejecución provisional: preventiva, agilizadora y satisfactiva. Preventiva, en tanto pretende evitar la utilización fraudulenta de los recursos; agilizadora, para intentar aliviar la carga de trabajo de los tribunales; y satisfactiva, en tanto contribuye a satisfacer la pretensión que se presenta en principio como legítima.

La función preventiva de la ejecución provisional se ha visto por muchos autores como su función esencial[15]. En efecto, de resolverse los recursos en un tiempo breve no sería necesaria la regulación de ésta, e incluso sería desaconsejable su uso, debido al peligro de revocación de la sentencia y la consiguiente necesidad de deshacer lo ya ejecutado[16]. Ahora bien, no cabe pensar que ésta sea la principal función de la ejecución provisional, ya que ello implicaría pensar que todos los recursos interpuestos lo son con

14. ARROYO GARCÍA, S.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 498, ve en las medidas cautelares un carácter instrumental de la posterior ejecución, mientras que la ejecución provisional non gozaría de tal instrumentalidad, por ser una auténtica ejecución, no similar u homogénea a la ejecución ordinaria, sino idéntica.

15. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil, cit.*, pp. 475-476.

16. Afirma GARCÍA PÉREZ, J.J.: "Problemas prácticos derivados de la ejecución provisional de autos y sentencias objeto de recurso de apelación (artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), *RGD*, 1993, nº 589-590, p. 9681, que la ejecución provisional estará siempre subordinada al dato incontestable de que una Administración de Justicia eficaz y sin dilaciones, donde los plazos de substanciación de los recursos apelatorios de las sentencias de primera instancia fuesen aceptables, se haría desaconsejable, por tratarse "*de un instituto de alta cirugía procesal, que como remedio sería peor que la enfermedad*".

ánimo dilatorio, y no como ejercicio de un derecho reconocido legislativamente, y que entronca, según afirma el Tribunal Constitucional en doctrina reiterada, con el derecho a la tutela judicial efectiva. Ciertamente, existe la posibilidad de que el recurso se presente con un ánimo exclusivo de no asumir la obligación reconocida en la sentencia de primera instancia. Pero no se puede pensar en la ejecución provisional como única arma para atajar tales fraudes procesales, ya que supondría un desvirtuamiento de la verdadera naturaleza da la institución. Al mismo tiempo, tal función preventiva supone una aceptación de los riesgos que una revocación de la sentencia, si se estima el recurso, supone para el ejecutado provisionalmente[17].

Consecuencia de la función preventiva es la función agilizadora. En efecto, si la ejecución en marcha de una sentencia de primera o segunda instancia puede conseguir disuadir a una cantidad importante de demandados de la posibilidad de interponer un recurso con ánimo exclusivamente dilatorio, la carga de trabajo de los tribunales que resuelven los recursos, se vería sustancialmente aligerada[18]. Pero es necesario recordar que tal aligeramiento de trabajo de estos tribunales va a ser paralelo a un aumento de la carga de trabajo de los tribunales de primera instancia, debido a los trámites de oposición a la ejecución provisional que puedan ser interpuestos, que previsiblemente serán numerosos, y estarán presentes en casi todos los procedimientos de ejecución provisional que se efectúen según la regulación de la Ley 1/2000, y de las posibles revocaciones de sentencias, que implicarán las consiguientes reintegraciones al ejecutado a su estado anterior a la ejecución de la sentencia revocada.

La verdadera función, pues, de la ejecución provisional no puede ser otra que la satisfactiva, habida cuenta de los pronunciamientos de condena contenidos en una resolución judicial recurrida, y permitir el goce de las posiciones jurídicas, reconocidas en ella durante el trámite del recurso, aunque siempre teniendo en cuenta la posibilidad de revocación de tal resolución que motivará la adopción de las correspondientes cautelas para no provocar la indefensión del ejecutado provisionalmente[19]. No cabe duda de

17. MONTERO AROCA, J. ET AL.: *El nuevo proceso civil, cit.*, pp. 696-697.

18. MUERZA ESPARZA, J.J.: "Algunas consideraciones sobre...", *cit.*

19. Para CABALLOL ANGELATS, L.: "La ejecución Provisional en el Anteproyecto de LEC", en PICÓ I JUNOY, J.: *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, 1998, p. 587, la tesis preventiva contempla la ejecución provisional desde un ángulo desenfocado: si el obli-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que la aceptación de tal función como principal supone un refuerzo de la posición del acreedor[20], que es uno de los objetivos confesos de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

2.2. Relación con el derecho a la tutela judicial efectiva

La ejecución provisional de sentencias es una institución clave para coordinar dos diferentes caras del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, por una parte el derecho a los recursos y por la otra, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales[21].

El derecho a la tutela judicial efectiva extiende también su eficacia a la fase de ejecución y así lo ha declarado en diversas sentencias el Tribunal Constitucional[22]. El simple dictado de la sentencia no es suficiente si no se lleva a efecto de un modo coactivo, en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ella. La pretensión no quedaría satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando el mandato de la sentencia sea cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo otorgado. La puesta en efecto del mandato debe ser efectuada por la persona obligada, de un modo voluntario, pero cuando el obligado se resiste de cualquier modo a realizar el mandato, el Estado, en virtud de la prohibición de la autodefensa para la realización de los propios derechos, debe emplear los medios precisos para superar tal resistencia, llegando al empleo de la fuerza para conseguirlo. Por esta razón, el Tribunal Constitucional considera que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende el derecho subjetivo a que se ejecuten las sentencias de los tribunales ordinarios. El art. 117.3 CE señala que corresponde a los juzgados y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de ahí que el art. 118 CE establezca la obligatoriedad de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de jueces y tribunales. Si no fuese de este modo, las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que se contuviesen en ellas, se convertirían en simples declaraciones de intenciones[23].

Por otro lado, y como parte del derecho a un proceso debido, o con todas las garantías, el Tribunal Constitucional ha señalado que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, la posibilidad que tiene el litigante de utilizar todos los mecanismos procesales que el legislador pone a su alcance durante el trámite del proceso y, en particular, los recursos previstos por la ley contra las resoluciones judiciales[24]. Esto no impide que tal derecho de acceso a los recursos se configure de un modo determinado, sino que se admiten múltiples posibilidades en la ordenación de los procesos y también de instancias y recursos, de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones cuya satisfacción se insta, y de las normas que la fundamenten, pero cuando el legislador establece un cierto sistema de recursos, el art. 24 CE comprende también el derecho a usar estos instrumentos procesales, debiendo interpretarse sus normas reguladoras del modo que más favorezca su admisión y sustanciación[25]. Al mismo tiempo, al ser un derecho de configuración legal, es posible la inexistencia de recursos, o el condicionamiento de éstos al cumplimiento de determinados requisitos.

Por lo visto, es fácil intuir el posible conflicto entre el derecho a la ejecución de sentencias no firmes, que supone la ejecución provisional, y el derecho a los recursos que el Tribunal Constitucional declara comprendido, en el sentido apuntado, en el art. 24 CE. No es posible predicar la existencia de un derecho fundamental a la ejecución provisional[26], en cuanto los

gado por la resolución no recurre, la efectividad de la sentencia tendrá lugar en virtud de la ejecución definitiva, y no de la ejecución provisional. Por eso el alcance preventivo de la ejecución provisional no es más que un efecto reflejo de su regulación en el ordenamiento.

20. Cortés Domínguez, V.; Gimeno Sendra, V.; Moreno Catena, V.: *Derecho Procesal Civil, cit.*, pp. 475-476

21. Armenta Deu, T.: *La ejecución provisional*, *cit.*, pp. 94-95 califica a la ejecución provisional de "*bisagra*" que pretende equilibrar las posibles disfunciones que la coordinación de ambos aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva pudiese tener.

22. SSTC 32/1982, de 7 de junio; 61/1984, de 16 de mayo; 159/1987, de 26 de octubre; 148/1989, de 21 de septiembre.

23. SSTC 26/1983, de 13 de abril e 167/1987, de 28 de octubre.

24. SSTC 110/1985, de 8 de octubre; 191/1988, de 17 de octubre; 265/1988, de 22 de diciembre.

25. SSTC 163/1985, de 2 de diciembre; 106/1988, de 8 de junio; 157/1989, de 7 de noviembre.

26. El Tribunal Constitucional ha declarado que "*con carácter general, este Tribunal ha manifestado que el derecho a la ejecución provisional de las sentencias no es un derecho fundamental comprendido en el art. 24.1 CE, sino que viene establecido, en su caso, por el legislador y se encuentra sometido a ciertos requisitos sobre su procedencia o improcedencia que deben ser valorados por sus órganos judiciales*" (SSTC 80/1990, de 26 de abril; 87/1996, de 21 de mayo; 105/1997, de 2 de junio; ATC 103/1993, de 8 de abril).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

preceptos constitucionales sólo hacen mención de la ejecución de sentencias firmes, y no predican la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias pendientes de recurso. Pero de ahí no se puede concluir la inconstitucionalidad de la ejecución provisional sino, simplemente, la inexistencia de un deber constitucional para el legislador de regular un sistema de ejecución provisional de sentencias. En todo caso, la interpretación que el Tribunal Constitucional hace del derecho a los recursos no proscribe tampoco tal sistema[27], en cuanto la estructura del régimen de recursos no viene predeterminado por la Constitución, sino que es de configuración legal. En todo caso, lo que no podrá el sistema de ejecución provisional es hacer totalmente inútil la existencia de los recursos, imposibilitando el resarcimiento económico del ejecutado en caso de revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada[28].

2.3. Caracteres generales del sistema de ejecución provisional de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil

La regulación de la ejecución provisional que realiza la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 representa, como ya se ha indicado, una notable mejoría con respecto a la normativa anterior, en cuanto intenta introducir un sistema completo y coherente. Podemos extraer de tal regulación una serie de características generales.

27. En palabras de MONTERO AROCA, J. ET AL.: *El nuevo proceso civil*, *cit.*, p. 696, la ejecución provisional no sólo no se ve impedida, sino que resulta favorecida por el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto la sentencia provisionalmente ejecutada, aún no siendo firme, es un pronunciamiento judicial con vocación de permanencia, y dictado con todas las garantías, por lo que no se le puede privar de toda eficacia por la simple interposición de un recurso. El propio Tribunal Constitucional ha declarado la compatibilidad de la ejecución provisional de una sentencia con el derecho a la tutela judicial efectiva. (Autos 649/1986, de 10 de septiembre, e 767/1986, de 8 de octubre).

28. Como afirma CABALLOL ANGELATS, L.: "La ejecución Provisional en el Anteproyecto de LEC", *cit.*, p. 586, la ejecución provisional encuentra en la misma exigencia constitucional de efectividad de la sentencia sus propios límites. La ejecución forzosa de un pronunciamiento recurrido no puede ser causa de ineficacia de lo que pueda resolverse en el recurso a favor del ejecutado provisionalmente. Si tal efecto se produjese, se generaría la indefensión de la parte.

2.3.1. *Unificación de su régimen*

Una de las novedades principales del sistema de la Ley 1/2000 es el establecimiento de un régimen unificado de ejecución provisional. La Ley de 1881 regulaba en el art. 384 la ejecución provisional de sentencias dictadas en primera instancia, mientras que se remitía a los arts. 1722 y 1723 para regular los aspectos referentes a la ejecución provisional de las sentencias recurridas en casación, exigiéndose requisitos diferentes para despachar una y otra, como por ejemplo, la desaparición del requisito de no causar un perjuicio irreparable, del que no se hace mención en el art. 1722, o la referencia que hace este a la parte "interesada", por contraste con la referencia a la parte "apelada" como única legitimada para solicitar la ejecución provisional, según la dicción del art. 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil derogada.

El Título II del Libro III de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil establece una regulación unitaria de la ejecución provisional de sentencias tanto en primera como en segunda instancia. La estructuración en dos capítulos diferentes, para la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en primera y segunda instancia, no deja de ser engañosa, y en ningún momento supone un obstáculo para la consideración del sistema como único, ya que las especialidades incluidas para la ejecución de las sentencias dictadas en segunda instancia son mínimas, por no decir anecdóticas, y no justifican de ningún modo la aparición de un capítulo separado, que simplemente no debería haber existido.

2.3.2. *Sistema mixto*

La regulación de la ejecución provisional en la LEC 1/2000 responde a lo que CABALLOL ANGELATS[29] denomina un sistema mixto de ejecución provisional. Tal sistema intenta aglutinar las ventajas de las otras dos técnicas de ejecución provisional —*ex lege,* donde es la ley la que establece con carácter general la ejecutabilidad de las sentencias recurridas, y *ope iudicis,* en la que será el juez quien ante el caso individual, y siguiendo o no criterios legalmente establecidos, determine la ejecutabilidad de la sentencia recurrida—. La ejecución provisional mixta parte de la generalización de la

29. *La ejecución provisional... cit.*, pp. 55-56.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ejecución provisional *ex lege,* e introduce la capacidad de apreciación del juez en el caso concreto, para que por vía de impugnación —en la regulación de la Ley, el trámite de oposición— suspenda esta eficacia. Este sistema intenta vencer la reticencia de los jueces a despachar la ejecución provisional, haciéndola automática y esperando a la oposición del ejecutado para introducir los criterios que guíen la actuación del juez de cara a suspender tal ejecución provisional.

2.3.2.1. Facilitamiento del despacho de la ejecución provisional

2.3.2.1.1. Apoyo decidido a la justicia de primera instancia

La configuración de un sistema mixto implica la ejecutabilidad con carácter general de todas aquellas sentencias que contengan pronunciamientos de condena, excepto aquellas que la Ley (art. 525) declara de modo expreso como no ejecutables. Esta ejecutabilidad general no sólo está declarada en la ley, sino que el legislador se preocupó por diseñar un sistema completo que no motivase la inaplicación práctica de la ejecución provisional. La regulación que contenía la Ley de 1881 declaraba en principio la ejecutabilidad provisional de todas las sentencias —incluso sin excluir expresamente a las mero declarativas y constitutivas en lo que a la ejecución impropia se refiere— pero el establecimiento de un sistema *ope iudicis,* para todas aquellas sentencias que no condenasen al pago de una cantidad de dinero líquida, que obligaba al juez a analizar antes del despacho de la ejecución la posibilidad de causar un perjuicio irreparable al ejecutado, y las diversas insuficiencias de la regulación motivaron el poco uso en la práctica de la ejecución provisional tal y como estaba configurada en la normativa anterior.

El legislador de 2000 intenta acabar con la excepcionalidad real de la ejecución provisional de sentencias[30], llevando a cabo lo que según la propia Exposición de Motivos de la Ley (aptdo. XVI), supone una decidida opción por la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia[31]. Tal apuesta por la primera instancia se justifica

30. MONTERO AROCA, J. ET AL.: *El nuevo proceso civil, cit.*, p. 698.

31. El depósito de esta confianza puede servir, como señalan CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil, cit.*, pp. 475-476, de acicate para los jueces de primera instancia, conscientes de que se verán obligados con carácter general a ejecutar sus propias resoluciones, sin que las instancias superiores remedien sus errores o descuidos. Esto, sin embargo, al mismo tiempo que un refuerzo para obtener una justicia de más calidad, se puede convertir en un motivo que lleve a los jueces de primera instancia a desestimar las demandas, siempre que tengan alguna sospecha, por ligera que sea, sobre la posibilidad de que su sentencia se vea revocada con motivo de algún recurso.

en la Exposición de Motivos por un criterio cuantitativo de dudosa validez, en cuanto son considerablemente muchas más las sentencias que se ven confirmadas en la segunda instancia que las que se ven revocadas, y en la resignación sobre la inutilidad de la ley para mejorar la calidad en la impartición de justicia. Legitima, además, la Ley tal decisión en la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de la ejecutabilidad inmediata de las resoluciones administrativas, que no gozan de mayores garantías que las sentencias recaídas en la primera instancia.

En realidad, subyace en el fondo una nueva concepción sobre la existencia de la segunda instancia e incluso de la propia existencia de los recursos. La revisión de las sentencias judiciales surge en la Francia Revolucionaria como consecuencia de la desconfianza de los representantes del sistema liberal frente a un aparato judicial de raíz absolutista, y con jueces bajo sospecha de mantener los principios del Antiguo Régimen y no los principios del Liberalismo[32]. Tal desconfianza de la judicatura no es posible que se mantenga hoy en día, con lo que el fundamento de los recursos deberá ser otro, basado en la búsqueda de la corrección judicial, y no en los recelos que los depositarios de la jurisdicción despierten[33].

Desde este punto de vista, la apuesta por la primera instancia se hace intachable teóricamente, si no fuese porque tal apuesta del legislador no se hace —disculpando la expresión— con su propio dinero. El legislador "juega" con los derechos del ejecutado provisionalmente, que se ve favorecido por una revocación de la sentencia, que puede tener dificultades en ser llevada a efecto debido a la posible insolvencia del ejecutante. Pero también con el dinero del ejecutante que deberá responder por mucho más de lo que recibió en el caso de revocación, incluidas costas y frutos. El cumplimiento de unos plazos razonables en la tramitación de los recursos

32. Sobre el origen de los recursos, especialmente de la casación civil, *vide* SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Del recurso de casación", *La reforma de los procesos civiles*, J. Montero Aroca, coord., Madrid, 1993, pp. 215- 292.

33. DAMIÁN MORENO, J.: "De la ejecución provisional de resoluciones jurisdiccionales", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Valladolid, 2000, p. 2498.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

por parte de la Administración de Justicia haría inútil la creación de un sistema de ejecución provisional, por los riesgos que en sí mismo éste implica, riesgos, que por otra parte, el legislador[34], a pesar de la confianza decidida en la justicia de primera instancia, no asume, a través de algún sistema de compensación subsidiaria, por ejemplo, sino que carga sobre las espaldas de ambos, ejecutante y ejecutado. Tampoco puede ser válido el argumento de la ejecutabilidad directa de las resoluciones administrativas[35], pues si bien es cierto que tales decisiones no se toman con mayores garantías que las sentencias de primera instancia, sí existen mayores garantías de que la Administración responderá en caso de que su decisión se vea revocada en un proceso administrativo, respuesta que no siempre se puede esperar de un particular.

2.3.2.1.2. Configuración de la sentencia en primera instancia como genuino título ejecutivo en la práctica

Consecuencia de la generalidad con la que el sistema recogido en la Ley 1/2000 acoge la ejecución provisional de sentencias y de la "apuesta" por la primera instancia que este sistema supone, la sentencia de condena dictada en primera instancia se convierte de facto en el título ejecutivo por excelencia, pudiéndose equiparar a la sentencia firme, y sólo diferenciándose de ésta por las cautelas que es necesario establecer debido al carácter condicionado que tiene la sentencia recurrida[36].

En principio, el art. 517.2.1° predica el carácter de título ejecutivo de las sentencias firmes de condena. La propia lógica de la actividad jurisdiccional del Estado implica que sólo caben injerencias en la esfera jurídica del demandado cuando una resolución firme, con fuerza de cosa juzgada e inalterable en principio se pronuncie sobre el asunto. Esto convierte en título

34. LORCA NAVARRETE, A.M.: *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Madrid, 2000, pp. 237-238. Para este autor la opción del legislador por la confianza en la justicia de primera instancia supone una opción por la resignación sobre los males que arrastra la Administración de Justicia.

35. Argumento que, dicho sea de paso, es acogido por algún sector doctrinal. *Vide.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.: *Derecho Procesal Civil. ... cit.*, p. 360.

36. CARRERAS MARAÑA, J.M.: "Ejecución provisional y oposición en las sentencias de primera instancia", en *LEC comentada*, J. Marina Martínez-Pardo y D. Loscertales Fuertes, dtores., vol. II, Madrid, 2000, p. 1151.

básico de la ejecución a las sentencias firmes[37]. La propia existencia de un procedimiento de ejecución provisional supone, cualquiera que sea su concreta configuración, una quiebra o una excepción a este principio, que tiene incluso su reflejo en el art. 118 de la Constitución. Pero la amplitud con la que la Ley regula la ejecución provisional implica poder considerar en la práctica la sentencia de primera instancia como un verdadero título ejecutivo, bien porque no sea recurrida, y devenga firme, o bien sea porque prácticamente la totalidad de las sentencias de condena recurridas es susceptible de ejecución provisional automática, pues aquél que obtuvo un pronunciamiento favorable tiene el derecho a instar la ejecución, y el órgano jurisdiccional que dictó la sentencia el deber inexcusable de despacharla[38], siempre que se den los requisitos procesales para hacerlo.

2.3.3. Regulación de los efectos de la confirmación o revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada

La necesidad de coordinación entre los diversos aspectos que encierra la propia existencia de un sistema de ejecución provisional, antes mencionados, la necesidad de dar virtualidad práctica a la sentencia condenatoria, y la necesidad, asimismo, de garantizar la utilidad de los recursos previstos legalmente, provocan que la regulación concreta de la ejecución provisional deba hacer frente a ambos intereses, y que las diferentes soluciones adoptadas puedan ser valoradas de diferente forma dependiendo de si se contemplan desde la óptica del ejecutante o del ejecutado. En todo caso, es necesario para conseguir el equilibrio entre ambos intereses el establecimiento de una regulación que prevea la posible revocación o confirmación de la sentencia ejecutada provisionalmente y establezca los derechos y cargas de las partes en tal caso y la actuación judicial correspondiente[39]. La inexistencia de una regulación del supuesto de la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente en la ley derogada era una de sus mayores deficiencias, provocaba una gran incerteza, y era culpable en gran medida de la reticencia de los órganos judiciales a despachar ejecuciones provisionales. Bajo este punto de vista, la previsión que hace la Ley de un trámite tan específico para la incidencia de la revocación de la sentencia provisional-

37. MONTERO AROCA, J. ET AL.: *El nuevo proceso civil*, *cit.*, p. 695.

38. MUERZA ESPARZA, J.J.: "Algunas consideraciones sobre...", *cit.*

39. ARROYO GARCÍA, S.: "La ejecución provisional", *cit.*, 2000, p. 496.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mente ejecutada es, en si misma, un acierto, a pesar de las tachas concretas que podamos encontrar en la regulación.

El hecho de que un órgano judicial actúe en sentidos contrarios en un mismo proceso, a través de la ejecución de la sentencia dictada en primera instancia y la, permítasenos decir, "contraejecución" resultante de la revocación de esta misma sentencia, no otorga a la actuación jurisdiccional de un halo de incoherencia. La incoherencia vendría dada porque tal actuación estatal provocase la imposibilidad de realización de lo que finalmente se resuelva. La consecución de la tutela efectiva es lo que da un sentido final a la actuación de la coerción estatal. Por lo tanto, la ejecutabilidad provisional ha de estar subordinada a la posibilidad de imponer la eficacia de una sentencia firme en sentido contrario.

Para asegurar que la propia existencia de la ejecución provisional no frustre la efectividad de las resoluciones revocatorias favorables a la parte ejecutada, la Ley 1/2000 establece una serie de cautelas, como la posibilidad de acudir directamente a la vía de apremio para deshacer lo ya ejecutado, sin necesidad de un proceso declarativo que reconozca el derecho del favorecido por la revocación, y la necesidad de prestar caución si, en el trámite de oposición a la ejecución provisional de sentencias no dinerarias, y tras ser alegado por el ejecutado, el juez estima la existencia de imposibilidad o extrema dificultad para restaurar la situación anterior o para compensar económicamente al ejecutado. Pero al mismo tiempo, el legislador prescinde de la que fue en la legislación anterior la garantía máxima de la ejecución provisional, la previa prestación de fianza por aquél que solicitase la ejecución provisional de la sentencia condenatoria. Esto provoca un riesgo de que finalmente, y a pesar de acudirse a la vía de apremio, el ejecutante que debe responder de las consecuencias de la revocación de la sentencia sea insolvente, y el ejecutado provisionalmente vea frustrado su derecho a ser devuelto a la situación anterior, o a ser compensado económicamente.

Tal vez lo más curioso es que este riesgo es conscientemente asumido por el legislador, que lo opone al riesgo existente en la legislación anterior de que la prestación previa de fianza hiciese imposible o muy difícil en la práctica la ejecución provisional[40]. La propia Exposición de Motivos declara que, por un lado, el riesgo creado por la ausencia de garantía previa es mínimo para quien disponga de una sentencia provisionalmente ejecutable —que debemos suponer no se declaran insolventes prácticamente nunca—, que existe un alto porcentaje de sentencias confirmatorias de la instancia y, además, que en caso de revocación de lo provisionalmente ejecutado la Ley se remite, como ya hemos señalado, al procedimiento de apremio. Pero ocurre que, la propia Exposición de Motivos (aptdo. XVII), prácticamente a continuación, reconoce que "*ningún régimen legal de la ejecución forzosa puede evitar ni compensar la morosidad crediticia, obviamente previa al proceso, ni pretender que todos los acreedores verán siempre satisfechos todos sus créditos*". Es decir, la propia Ley es consciente de que la remisión a la vía de apremio difícilmente puede ser efectiva, si el ejecutante provisional no tiene intención de devolver lo recibido y que, por lo tanto, tal remisión es un simple parche que no garantiza una adecuada devolución al ejecutado.

El cierre del sistema, ciertamente arriesgado, de ejecución provisional debería haber sido la implantación de algún tipo de responsabilidad subsidiaria del Estado[41], del modo en que se hace en la jurisdicción laboral[42]. Además, es necesario recordar que entre las razones que el Tribunal constitucional ha dado para salvar la constitucionalidad de la ejecución provisional en la jurisdicción laboral está el hecho de que el Estado responde de las posibles pérdidas que se le puedan causar a un ejecutado provisionalmente, posibilidad que el nuevo legislador, a pesar de la confianza en la Administración de Justicia, se negó a contemplar, y que podría llegar a suponer una seria tacha de inconstitucionalidad para la nueva regulación, habida cuenta de que sería la propia ley la que pudiese privar de su derecho a la tutela judicial efectiva a quien se vea favorecido por la resolución de un recurso, negándosele virtualidad al derecho a los recursos contemplado por el art. 24 CE, según interpretación reiterada del Tribunal Constitucional ya señalada más arriba[43].

40. ASENCIO MELLADO, J.M.: "A execución provisional no proxecto de lei de axuizamento civil", en *Congreso de Dereito Procesual de Galicia: A reforma da Xustiza Civil*, A Coruña, 1999, p. 5, quien apunta también el riesgo de una utilización abusiva de los recursos, que también se intenta evitar con esta nueva regulación.

41. La búsqueda de responsabilidad subsidiaria estatal por diversas vías es recurrente entre los autores que han estudiado el nuevo sistema de ejecución provisional. *Vide* p.ej. QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales (comentario de los artículos 524-537 LAC", en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, M.A. Fernández-Ballesteros; J.M. Rifá Soler; J.F. Valls Gombau, dtores., Barcelona, p. 2543.

42. El posible paralelismo con la jurisdicción laboral es propuesto por VÁZQUEZ SOTELO, J.L.: "Ejecución provisional y medidas cautelares", *cit.*, pp. 489-490.

43. ATC 767/1986, de 8 de octubre. *Vide* infra, nota 130.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La posibilidad de que el despacho de ejecución provisional tenga unas consecuencias sin duda graves, que no por poco numerosas cuantitativamente tienen porque no ser importantes cualitativamente, pueden conducir a una aplicación restrictiva de la ejecución provisional por parte de los jueces[44] por la vía de interpretar ampliamente los motivos de oposición que la Ley contempla, con lo cual, sería la propia audacia del sistema la que motivase una aplicación cicatera de la ejecución provisional, cuando es obvio que tal timidez no fue querida en ningún momento por el legislador[45].

2.4. Ámbito objetivo: las resoluciones ejecutables provisionalmente

2.4.1. *Regla general: ejecutabilidad de las sentencias condenatorias que hayan sido recurridas*

MONTERO AROCA[46] define una serie de elementos que deben reunir las resoluciones susceptibles de ejecución provisional en la nueva ley. En primer lugar la Ley se refiere a las sentencias, y no a otro tipo de resoluciones; tales sentencias han de haberse pronunciado sobre el fondo del asunto, y esto parece obvio, pues no cabe actividad ejecutiva de ningún tipo en aquellas sentencias que contienen pronunciamientos puramente procesales; tiene que haber estimado, al menos en parte la pretensión; tiene que ser de condena; y contra ella ha de haberse preparado un recurso previsto por la ley. Aún estando de acuerdo con los requisitos enumerados por MONTERO AROCA, creemos que son necesarias ciertas aclaraciones a cada uno de los puntos, bien por las novedades que introduce la Ley, o bien por haberse suscitado dudas en la doctrina respecto de alguno de estos elementos.

44. Tal interpretación restrictiva ya había sido propugnada por algún autor para frenar los "excesos" de la regulación introducida en la reforma de 1984. *Vide*. MOZO MUELAS, R.: "Razones que hacen desaconsejable e ineficaz la ejecución provisional de las sentencias", *La Ley*, 1989, nº 4, p. 960.

45. QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", *cit.*, p. 2543, se muestra consciente de tal peligro, y hace referencia a la posibilidad de convertir la ejecución provisional en un sistema más o menos útil de medidas cautelares, en cuanto la suspensión general de las ejecuciones provisionales dejaría subsistentes los embargos y otras medidas aseguratívas, pero haría imposible la realización de los bienes y la entrega de las cantidades obtenidas al ejecutante.

46. MONTERO AROCA, J. ET AL.: *El nuevo proceso civil*, *cit.*, p. 696.

A pesar de que el Título II del Libro III de la LEC se titula "*De la ejecución provisional de* resoluciones *judiciales*", durante el articulado del mismo se hace referencia únicamente a la ejecución de sentencias; esto ha motivado una polémica doctrinal en cuanto a la ejecutabilidad provisional de otras resoluciones judiciales que contuviesen pronunciamientos condenatorios, particularmente aquellos autos que pongan fin al proceso yendo más allá de resoluciones meramente procesales, como los que recogen la transacción judicial entre las partes, o la resolución de determinados incidentes como el de liquidación de daños y perjuicios, frutos, rentas y rendición de cuentas. Por otro lado, la interpretación literal de los preceptos referentes a la ejecución provisional vedaría una extensión de la ejecución provisional e estos autos. Sin embargo, tal argumentación se vería contradicha por la propia dicción literal del encabezado del título, ya señalada. Ante tal contradicción son numerosos los autores que se inclinan por apreciar aquí una laguna de la Ley, que es necesario integrar en el sentido de conceder efectividad a los pronunciamientos contenidos en tales autos, por analogía con los pronunciamientos condenatorios de las sentencias definitivas, que son provisionalmente ejecutables, con carácter general[47]. A pesar de estar de acuerdo con la efectividad ejecutiva de los pronunciamientos contenidos en tales resoluciones, no consideramos que la vía de la ejecución provisional sea la adecuada para hacerlo, y tampoco podemos entender que exista una laguna de la Ley en este sentido.

El art. 456.2 LEC señala que la apelación contra autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos. El efecto suspensivo del recurso de apelación, que se debe considerar existente en las apelaciones de sentencias estimatorias de la demanda, por interpretación en contrario del mismo precepto, es la razón de ser de la propia existencia de la ejecución provisional, ya que sin la existencia de tal efecto suspensivo las resoluciones judiciales serían directamente ejecutables. Sobre la base de esta interpretación, los pronunciamientos condenatorios contenidos en autos que pongan fin al proceso serán ejecutables, en efecto, pero no provisionalmen-

47. *Vide* AGUILERA MORALES, M.: "Aproximación a la ejecución provisional y definitiva desde su regulación en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil", *Tribunales de Justicia*, 2000, nº 7, p. 794; ARROYO GARCÍA, S.: "La ejecución provisional", *cit.*, pp. 496-497; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil, cit.*, p. 477; ARMENTA DEU, T.: *La ejecución provisional*, *cit.*, pp. 51-52, a pesar de referirse al art. 456.2, esta autora interpreta que éste es un caso de ejecución provisional.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

te, sino de modo ordinario[48], al carecer de efecto suspensivo los recursos de apelación contra los mismos.

En segundo lugar, ha surgido la duda de la ejecutabilidad provisional de los laudos arbitrales. El art. 517 LEC reconoce a los laudos arbitrales firmes el carácter de título ejecutivo, sin embargo, ante la falta de declaración expresa de la LEC debemos negar la posibilidad de ejecutar provisionalmente los laudos objeto de recurso de anulación, al tener en cuenta que la Ley de Arbitraje 36/1988 permite únicamente solicitar medidas cautelares que conduzcan a asegurar la plena efectividad del laudo una vez que alcance firmeza[49].

La sentencia que resuelva sobre el fondo debe, además, ser de condena. La exigencia de un pronunciamiento condenatorio se exige con carácter general en las disposiciones comunes de la ejecución, en cuanto el art. 517.2.1º LEC establece expresamente que sólo tendrá aparejada ejecución la sentencia de condena firme, y el art. 521 LEC niega el despacho de ejecución de las sentencias meramente declarativas y de las constitutivas, que serán únicamente susceptibles de la llamada ejecución impropia, regulada en el art. 521.2 LEC. Debemos considerar que estas normas son aplicables también a la ejecución provisional, en virtud de la remisión del art. 524.2, que hace referencia únicamente a la ejecución provisional de sentencias de condena. Sin embargo, el art. 524.4 establece los efectos registrales —de ejecución impropia, podríamos considerar[50]— que tienen las sentencias pendientes de recurso, y en este precepto la ley no hace referencia únicamente a sentencias de condena, por lo que debemos considerar que es aplicable también a sentencias mero declarativas y constitutivas[51]. Estos efectos se aplican por extensión a todas las sentencias firmes mientras no transcurriesen los plazos para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía.

Para las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros Públicos, y que no sean firmes, sólo procederá anotación preventiva. De este modo, se pueden armonizar las disposiciones de la legislación hipotecaria, y de los Registros Mercantil y Civil, que permiten únicamente la inscripción o cancelación de asientos a través de sentencias firmes, con el objetivo de garantizar la seguridad del tráfico jurídico, y los intereses tanto del favorecido por la sentencia recurrida, que pretende hacer valer la resolución favorable, y de los terceros que consulten los registros, ya que se puede conocer la situación real en la que se encuentra el bien o derecho de que se trate[52], asegurando la adecuación entre realidad material y realidad registral[53].

El último requisito al que hicimos referencia es la necesidad de que la sentencia de condena se encuentre recurrida, ya que de modo contrario habría alcanzado firmeza, y sería susceptible de ejecución definitiva. De este modo, la ejecución provisional se presenta como una excepción al carácter suspensivo de los recursos, excepción que, por lo demás, alcanza en la práctica carácter de norma general. En la anterior ley había determinados procesos en los que la apelación de la sentencia definitiva carecía de efecto suspensivo, tal y como vimos ocurre ahora para los autos que ponen fin al proceso. En estos casos, no era preciso acudir a la vía de la ejecución provisional para iniciar la ejecución, pues no se necesitaba que el juez hiciese una declaración previa a favor del ejecutante. En la Ley vigente no se hace mención de la existencia de recursos de apelación contra sentencias en un solo efecto, pues la Ley parte de la ejecución provisional automática de todas las sentencias. Sin embargo, es necesario señalar que la tutela ofrecida en la anterior ley en estos casos era más efectiva para el acreedor que en la actual[54], ya que al tratarse de una ejecución definiti-

48. Esta misma interpretación es acogida por CARRERAS MARAÑA, J.M.: "Ejecución provisional y oposición...", *cit.*, pp. 1152-1153.

49. Sobre la imposibilidad de ejecutar provisionalmente los laudos arbitrales, *vide* CALVO SÁNCHEZ, M.C.: "El proceso penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral", en *Arbitraje, Mediación, Conciliación, CDJ*, Madrid, 1995. En lugar de reconocer la ejecutabilidad provisional de los laudos arbitrales, la Ley posibilita la adopción de medidas cautelares, una vez dictado el auto, lo cual desnaturaliza a su vez tales medidas, al mismo tiempo que imposibilita su adopción —es decir, con carácter de verdaderas medidas cautelares— durante la tramitación del proceso arbitral. *Vide* al respecto, MUÑOZ SABATÉ, L.: "Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral", *R.J.Cat.*, 1991, nº 3, pp. 720-735.

50. Así lo hace ARMENTA DEU, T.: *La ejecución provisional*, *cit.*, pp. 59-61.

51. Esta misma interpretación es realizada por CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 633.

52. ARMENTA DEU, T.: *La ejecución provisional*, *cit.*, pp. 59-61.

53. La idoneidad de la figura de la anotación preventiva para asegurar ambos objetivos es puesta de manifiesto por CARRERAS MARAÑA, J.M.: "Ejecución provisional y oposición...", *cit.*, p. 1159, para quien la anotación preventiva mantiene el carácter de provisionalidad de la situación —en cuanto la sentencia puede ser revocada de resultas del juicio— y otorga al mismo tiempo el beneficio de la publicidad registral a quien pretenda conocer la realidad registral de los bienes inscritos.

54. DAMIÁN MORENO, J.: "De la ejecución provisional de resoluciones jurisdiccionales", *cit.*, pp. 2500-2501.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

va, a pesar de la pendencia del recurso, el deudor no podría oponerse a la ejecución basándose en la posibilidad de causación de un perjuicio irreparable.

Para concluir debemos hacer brevemente referencia a la posibilidad de efectuar la ejecución provisional de la condena en costas. A pesar de no estar tal pronunciamiento entre los expresamente excluidos del art. 525 LEC, la opinión doctrinal mayoritaria entiende que tal pronunciamiento no es ejecutable provisionalmente[55]. Para poder ejecutar la condena en costas es necesario proceder a la tasación de tales costas lo que, de acuerdo con el art. 242.1 LEC podrá realizarse únicamente cuando la condena en costas sea firme, con lo que, pensamos, se deshecha la posibilidad de ejecución provisional de tal condena. Esto tiene sentido si reparamos en el dato de que el pronunciamiento sobre las costas no tiene relación directa con el objeto del proceso, en cuanto es una mera consecuencia de la actividad procesal[56], derivando, además, de una disposición legal[57], y no un objetivo mismo del proceso, por lo que será necesario esperar a la finalización del proceso para que pueda hacerse efectivo el pronunciamiento sobre costas, teniendo en cuenta, además, que hasta llegar a la sentencia firme se siguen produciendo costas, y no se podrá saber a quién corresponde la obligación de satisfacer las mismas.

2.4.2. *Excepciones: sentencias no ejecutables provisionalmente por disposición expresa de la Ley*

El art. 525 LEC establece una serie de excepciones a la regla general que acabamos de exponer, privando de ejecución provisional a ciertas sentencias condenatorias, o incluso haciendo susceptibles de ejecución provisional determinados pronunciamientos de sentencias constitutivas o meramente declarativas.

2.4.2.1. *Sentencias dictadas en procesos sobre estado civil y derechos honoríficos*

El art. 525.1.1º LEC establece que en ningún caso serán susceptibles de ejecución provisional las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad del matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, haciendo excepción de los pronunciamientos que regulen los aspectos patrimoniales relacionados con el objeto principal del proceso.

55. ARMENTA DEU, T.: *La ejecución provisional*, *cit*., p. 82, señala que a pesar de la equivocidad de esta ausencia, que podría llevar a la confusión en una primera lectura, la iliquidez de la condena en costas hasta la firmeza de la sentencia impide la ejecución provisional de la misma.

56. CABALLOL ANGELATS, L.: *La ejecución provisional... cit.*, p. 199.

57. ASENCIO MELLADO, J.M.: "A execución provisional no proxecto...", *cit.* , p. 13.

En principio las sentencias recaídas en este tipo de procesos serían constitutivas o meramente declarativas, que, como ya se ha expuesto, no son susceptibles de ejecución provisional, más allá de la regulación de sus efectos registrales realizada por el art. 524.4 LEC. Por lo tanto, deberíamos preguntarnos cuál es el sentido de esta norma en la LEC. El art. 385 LEC de 1881 excluía también las sentencias recaídas en estos procesos de la ejecución provisional, pero se suscitaban dudas acerca de la ejecutabilidad provisional de los pronunciamientos que regulaban las relaciones patrimoniales y personales que se recogían en estas mismas resoluciones. Pues bien, el art. 525.1.1ª LEC declara expresamente la ejecutabilidad provisional de lo concerniente a las relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso —pensiones, deber de alimentos, indemnizaciones, etc.—, por lo que podemos decir que lo que hace cobrar sentido a este párrafo de la Ley es tal declaración expresa[58].

Permanece, sin embargo, sin resolver, alguna cuestión, como puede ser la ejecutabilidad provisional de las medidas referentes a las relaciones personales contenidas en las sentencias recaídas en procesos matrimoniales: régimen de custodia de los hijos, visitas, etc., sobre los que el art. 525.1 guarda silencio. Tal silencio se ha interpretado por algunos autores como indicativo de la no ejecutabilidad de tales pronunciamientos, al no estar expresamente contenidos en el texto del artículo[59]. Esto, sin embargo, puede conducir a la situación absurda de que las medidas provisionales dictadas al principio del proceso (art. 773 LEC), o incluso las provisionalísimas, dictadas por el juez con anterioridad a la presentación de la demanda (art. 771 LEC), permaneciesen en vigor, y no fuesen sustituidas por las establecidas por el juez en la sentencia definitiva recurrida, después de tener éste mayores elementos de juicio, tras un proceso contradictorio, práctica de prueba, etc. Ante lo absurdo de tal situación, muchos auto-

58. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.: *Derecho Procesal Civil... cit.*, p. 363.

59. ARMENTA DEU, T.: *La ejecución provisional*, *cit*., p. 70; también acogen esta interpretación AGUILERA MORALES, M.: "Aproximación a la ejecución provisional y definitiva..., *cit*., p. 792, e MORENO CATENA, V.: *La ejecución forzosa*, *cit*., p. 114, pese a estar ambos expresamente en desacuerdo con sus consecuencias.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

res se han inclinado por la ejecutabilidad provisional de tales resoluciones.

Sin embargo, no creemos necesario acudir a la regulación de la ejecución provisional[60] para entender que las medidas provisionales se verán sustituidas por las establecidas en la sentencia, ya que el art. 773.5 señala que las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando se vean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia —no se señala que tal sentencia deba ser firme— o cuando se ponga fin al procedimiento de cualquier otro modo, y el art. 774.5 LEC señala expresamente que los recursos que se interpongan contra la sentencia no suspenderá la eficacia de las medidas que se hubiesen acordado en ésta. Incluso éstas podrán ser modificadas durante la pendencia del recurso, de acuerdo con el procedimiento del art. 775 LEC[61].

2.4.2.2. *Sentencias que condenan a emitir una declaración de voluntad*

El art. 525.1.2ª LEC excluye la ejecución provisional de las sentencias que condenen a una declaración de voluntad. Tal exclusión es conforme con las normas que regulan la ejecución de este tipo de condenas, ya que el art. 708.1 exige resolución firme para llevar a cabo tal ejecución. En estos casos, la actuación judicial consistirá en tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio y, previa solicitud del ejecutante, emitir mandamiento de anotación o de inscripción en los registros que correspondan. Si no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal los determinará en la propia resolución, conforme a los usos del mercado, tras un procedimiento incidental de carácter contradictorio. Si afectase a los elementos esenciales, la condena será sustituida por una indemnización de daños y perjuicios[62].

60. MUERZA ESPARZA, J.J.: "Algunas consideraciones sobre...", *cit.*, señala que "*la regulación el art. 774 provoca que en las causas matrimoniales no se pueda hablar, en sentido estricto, de ejecución provisional*".

61. Una argumentación semejante a la expuesta se puede encontrar en QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", *cit.*, p. 2550, quien, además, deja constancia de la posibilidad de ejecución conforme al art. 776 LEC, a través de la utilización de multas coercitivas y apremios. También acoge una interpretación en esta línea DÍAZ MARTÍN, F.R..: "La ejecución provisional de resoluciones judiciales... cit., p. 1981

62. La regulación expuesta, contenida en la LEC 1/2000 recoge, como señala CARRERAS MARAÑA, J.M.: "Ejecución provisional y oposición...", *cit.*, p. 1157, la jurisprudencia recaída durante la vigencia de la LEC de 1881 (SSTS de 16 de octubre de 1965; de 13 de diciembre de 1989, e de 25 de junio de 1995.)

La doctrina considera plenamente justificada la decisión del legislador de excluir este tipo de pronunciamientos de la ejecución provisional, habida cuenta de la inseguridad que puede implicar la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas con carácter provisional[63]. De todos modos, tal opinión no es unánime, considerando CABALLOL ANGELATS que tal inseguridad no es suficiente para excluir la ejecutividad provisional de estos pronunciamientos de condena, siempre y cuando se considerase que el vínculo jurídico surgido queda sometido a condición resolutoria, y se tomasen las garantías adecuadas para que la hipotética revocación posterior de la sentencia no afectase a los derechos adquiridos por terceros[64].

2.4.2.3. *Sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial*

El art. 525.1.3ª LEC excluye de la ejecución provisional las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de los títulos de propiedad industrial. Tales sentencias pueden considerarse de carácter constitutivo, por lo que, según lo ya expuesto, permanecería fuera del ámbito objetivo de la ejecución provisional, lo que sería conforme con los arts. 47 y 48 de la Ley de Marcas, que exige firmeza de las resoluciones judiciales para la cancelación de los registros marcarios. Sin embargo, se puede buscar alguna razón para esta mención expresa de la LEC. En primer lugar, tal y como señala ARMENTA DEU[65], la discusión doctrinal sobre la verdadera naturaleza de estas sentencias, si de condena o constitutiva, habría generado dudas respecto a la posibilidad de ejecutarlas provisionalmente y, por lo tanto, inseguridad jurídica que la Ley quiso evitar mediante este inciso del art. 525.1. También se puede utilizar, *a sensu contrario,* el argumento que manejamos al tratar el supuesto de las sentencias recaídas en procesos sobre el estado civil, es decir, que la presencia de esta mención iría más bien destinada a evitar la ejecución provisional de los pronunciamientos de condena contenidos en tales sentencias, y relacionados con los estrictamente constitutivos[66].

63. *Vide* QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", *cit.*, p. 2550; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.; VEGAS TORRES, J.: *Derecho Procesal Civil... cit.*, p. 363.

64. CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 636.

65. *La ejecución provisional*, *cit.*, p. 75.

66. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.: *Derecho Procesal Civil... cit.*, p. 363.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Estos pronunciamientos de condena hacen referencia a menudo a las consecuencias económicas que llevan aparejadas las declaraciones de nulidad o caducidad, y que implicaría en la mayoría de los casos el cese de las actividades industriales. Una ejecución provisional en este sentido llevaría consigo en muchas ocasiones pérdidas económicas importantes, por lo que el legislador ha preferido en este caso obrar con cautela[67]. Por otra parte, la normativa mercantil recoge en muchos supuestos disposiciones mediante las que se pueden perseguir objetivos semejantes a los que se intentan con la ejecución provisional, como es el caso de las medidas cautelares del art. 138 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.

2.4.2.4. Sentencias extranjeras

Una última excepción, establecida en el art. 525.2, es la referida a las sentencias extranjeras que no sean firmes. Esta regla general, acorde con el requisito de firmeza que requiere el trámite de *exequátur* será excluida en el caso de que exista un Tratado Internacional que disponga otra cosa. En este sentido, es importante la referencia al art. 31 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil[68], que permite la ejecución en España de las sentencias que sean ejecutorias en el país miembro de origen. Esto implica que si en el país de origen de la sentencia, ésta es ejecutable provisionalmente, podrá solicitarse en España la ejecución provisional, aunque es de suponer que deberá requerirse que tal sentencia contenga pronunciamientos que fuesen también ejecutables provisionalmente de acuerdo con la normativa española. Este no es el único Tratado Internacional que hace referencia a la materia, pudiendo citarse, entre otros, el Convenio de la Haya, de 2 de octubre de 1973, relativo a la prestación de alimentos entre parientes, o el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, así como numerosos tratados bilaterales[69].

67. QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", *cit.*, pp. 2550-2551.

68. Para un estudio general de este Convenio y también del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, *vide* PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.: *Derecho Procesal Civil*, *cit.*, vol. I, pp. 242-246.

69. Esta exclusión no ha provocado mayores comentarios entre la doctrina. Tal vez podemos citar la crítica efectuada por CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 636, para quien la normativa queda corta, para el contexto globalizador de las relaciones económicas en el que nos encontramos, siendo necesario para el autor "*avanzar hacia la eliminación de los obstáculos legales que fomentan la elección de foros con el concreto objetivo de burlar la efectividad de los derechos, también de los procesales, reconocidos en los ordenamientos de los distintos países con los que el litigio tiene conexión*". Desde esta perspectiva, el autor propone la inclusión en la Ley de un régimen de reciprocidad en ausencia de tratado, como opción intermedia.

3. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PROVISIONAL

3.1. Competencia y legitimación

El art. 524 LEC establece la regla general de competencia para la ejecución provisional, que debe despacharse y llevarse a cabo por el tribunal competente para la primera instancia. De este modo se evitan las dificultades interpretativas de la regulación anterior y se consigue la homogeneidad con la ejecución ordinaria (que acoge esta solución en el art. 545.1 LEC), lo que facilitará los supuestos de conversión de la ejecución provisional en definitiva, por recaer firmeza en la sentencia que se está ejecutando provisionalmente, y los supuestos de revocación, al poder procederse a la restitución de lo obtenido en la ejecución provisional por la vía de apremio[70].

En virtud del principio dispositivo la ejecución provisional debe comenzar a instancia de parte[71], del mismo modo que la ejecución ordinaria (art. 549.1 LEC), señalando la Ley que quien hubiese obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener la ejecución provisional (art. 526 LEC). Es importante hacer notar que, frente a la referencia al apelante, del art. 385 LEC 1881, la nueva regulación hace referencia a la parte que "*hubiese obtenido un pronunciamiento a su favor*". Queda abierta, por tanto, la vía de la ejecución provisional tanto para la parte apelada que se ve favorecida por la condena, como para la parte apelante que, pese a obtener una estimación parcial de su demanda, recurre la sentencia en aquellos pronunciamientos que no le son favorables, sin necesidad de esperar a una adhesión al recurso por parte del apelado. Esto no supone actuación contradictoria alguna[72],

70. CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 633.

71. MONTERO AROCA, J. ET AL.: *El nuevo proceso civil*, *cit.*, p. 701.

72. Es fácilmente constatable que el ámbito del recurso y el de la ejecución provisional no son coincidentes, sino complementarios: CABALLOL ANGELATS, L.: *La ejecución provisional... cit.*, p. 234.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pues no se recurren en ningún caso pronunciamientos favorables, con lo que no se quiebra el principio del art. 448.1 LEC, de exigir gravamen para recurrir. Algún autor ha señalado la posibilidad de que los pronunciamientos favorables al recurrente, y no impugnados, devengan firmes, y sean ejecutados de modo definitivo. Teniendo en cuenta el efecto suspensivo del recurso de apelación, que afecta a toda la sentencia, y no únicamente a los pronunciamientos recorridos[73], y el hecho de que en todo caso la Ley hable de ejecución provisional de resoluciones y no de pronunciamientos, optamos por señalar como camino más adecuado para hacer valer la efectividad de tales pronunciamientos, el trámite de la ejecución provisional. De todos modos, es necesario considerar que la prohibición de *reformatio in pejus* y la exigencia de congruencia en la resolución del recurso motiva que el tribunal superior no se va a poder pronunciar sobre tales pronunciamientos, con la consiguiente imposibilidad de revocación y, por lo tanto, de alegar imposible o extrema dificultad para restaurar la situación anterior en el trámite de oposición a la ejecución provisional.

3.2. Solicitud de ejecución provisional, despacho de la misma y recursos

Ya fue indicado que el despacho de ejecución permanece, en virtud del principio dispositivo, supeditado a la iniciativa de la parte[74]. Tal solicitud deberá realizarse a través de la demanda ejecutiva regulada en el art. 549 LEC, según dispone el art. 524.1. En virtud del art. 549, la demanda ejecutiva debe expresar el título en el que se funda el ejecutante, la tutela ejecutiva pretendida, los bienes del ejecutado susceptible de embargo, las medidas de localización e investigación que interese, y la persona o personas frente a las cuales se pretenda el despacho de la ejecución. Sin embargo, la exigencia de demanda ejecutiva puede considerarse excesiva para la ejecución de un título judicial. Por eso debemos considerar aplicable también a la ejecución provisional el número segundo de este art. 549, que autoriza, cuando el título ejecutivo sea una sentencia dictada por el tribunal competente para conocer de la ejecución, que la demanda ejecutiva se limite a la

73. ASENCIO MELLADO, J.M.: "A execución provisional no proxecto...", *cit.*, pp. 9-10.

74. Tal instancia de parte cobra aún más sentido, si cabe, si se consideran las consecuencias que para el ejecutante va a tener la revocación de la sentencia, como indica DAMIÁN MORENO, J.: "De la ejecución provisional de resoluciones jurisdiccionales", *cit.*, p. 2499.

solicitud de que se despache ejecución, identificando únicamente la sentencia o resolución que se pretenda ejecutar. Entendemos que, dado que con carácter general el tribunal competente para ejecutar provisionalmente una sentencia es el competente para la primera instancia, la simple solicitud será suficiente en la mayoría de los casos.

El plazo durante el que se puede presentar la solicitud de ejecución provisional viene regulado en el art. 527.1 LEC, a través de una fórmula innecesariamente ardua. La ejecución provisional podrá solicitarse en cualquier momento comprendido entre la notificación de la providencia en la que se tenga por preparado el recurso, o, en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y antes de que recaiga sentencia en tal recurso. En primer lugar, se debe señalar que se elimina el criticado plazo de seis días de la regulación anterior, pudiendo decirse que es posible la solicitud de la ejecución provisional en cualquier momento durante la pendencia del recurso, ya que el plazo para solicitarlo debe considerarse terminado no sólo con la sentencia en apelación, sino con el desistimiento del recurso, o a su finalización de cualquier otro modo.

La referencia a la adhesión del apelado puede considerarse innecesaria y perturbadora, por poder inducir a confusiones. Tal mención tenía sentido en el proyecto de Ley, en el que la legitimación se concedía únicamente al apelado o al apelante si el recurrido se adhería al recurso. Con la regulación de la legitimación para solicitar la ejecución provisional que recoge el texto final de la Ley, ya se pudo comprobar que es posible tanto para el apelado como para el apelante solicitar la ejecución provisional de la sentencia en lo que le sea favorable, con lo cual en ningún momento tendrá el apelante que esperar a la adhesión para solicitar la ejecución provisional, careciendo, por lo tanto, la mención del art. 527.1 a tal adhesión de sentido alguno[75]. Por otro lado, resulta curioso que la Ley continúe hablando de ad-

75. Es por eso que consideramos sin fundamento la siguiente explicación ofrecida por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ.: *Derecho Procesal Civil... cit.*, p. 365: "*El* dies a quo *del traslado del escrito de adhesión a la apelación está concebido para un supuesto muy específico, y su sentido es el siguiente: en supuestos de vencimiento parcial, en los que ambas partes tienen gravamen para apelar pero* ab initio *sólo apela una de ellas (que, además, tiene a su favor pronunciamientos de condena susceptibles de ejecución provisional), hasta que se evacuase el trámite de contestación al escrito de oposición (art. 461 LEC) el apelante inicial no puede saber si el apelado se va a adherir o no a la apelación, convirtiéndose también en apelante. La cuestión es importante, porque si el apelado se adhiere la condena no habrá*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

hesión a la apelación, siguiendo la terminología de la Ley de 1881, cuando tal referencia la adhesión se ha eliminado de la Ley 1/2000, que habla de escrito de impugnación de la sentencia (art. 461 LEC).

Tal vez la novedad más importante en la Ley en lo referente a la solicitud de la ejecución provisional sea la no exigencia de caución simultánea. Como se pudo comprobar, la exigencia de fianza simultánea fue uno de los aspectos más criticados de la normativa del art. 385 LEC de 1881, y una de las causas de su poca utilización en la práctica, pero al mismo tiempo su eliminación está siendo uno de los aspectos más polémicos de la nueva Ley[76]. La función de la caución en la normativa anterior estaba relacionada con los peligros que la propia existencia de la ejecución provisional implica[77]. La necesidad de prestar fianza de modo simultáneo con la solicitud de ejecución provisional evitaba los peligros de insolvencia del ejecutante provisional que tuviese que responder de la devolución de lo ejecutado tras la revocación de la sentencia. Tal garantía de efectividad de la revocación no existe en la Ley de 2000, lo que ha resultado muy criticado, debido a las situaciones, ya comentadas, que se pueden producir de insatisfacción del recurrente que ve satisfecha su pretensión en la apelación. La protección de los intereses de la persona ejecutada provisionalmente permanece encomendada a lo que resulte del trámite de oposición y a las previsiones legislativas para el caso de la revocación de la sentencia.

Sin embargo, la regulación del trámite de oposición de la Ley 1/2000 recoge la figura de la caución con dos finalidades diferentes[78]. Por un lado, cuando el ejecutado provisionalmente en el caso de sentencias no dinerarias se oponga a la ejecución provisional sobre la base de la existencia de imposible o extrema dificultad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o de compensación económica, el ejecutante puede ofrecer caución suficiente para garantizar tal restitución (art. 529 LEC). Por otro lado, será el propio ejecutado el que pueda ofrecer caución para, a raíz de la oposición a las actuaciones ejecutivas concretas en la ejecución de condenas dinerarias, responder de los daños y perjuicios que la demora de la ejecución pueda causar al ejecutante.

En todo caso, y sobre la base de los posibles daños que la ausencia de una garantía general para responder de la posible revocación puede causar, habría sido posible intentar una armonización en la ley entre el derecho a los recursos del ejecutado provisionalmente —pues no cabe considerar con carácter general que todos los recursos son dilatorios, máxime teniendo en cuenta la doctrina constitucional comentada— y la efectividad de las resoluciones judiciales, mediante una configuración diferente de la caución a prestar por el ejecutante, configuración que exigiría evitar fianzas exorbitantes que impidiesen de hecho el acceso a la ejecución provisional, y utilizando el patrimonio del ejecutante como elemento modulador de la cuantía de la fianza, de modo que, aun prestando algún tipo de garantía, la imposibilidad de hacerlo no le prive de iniciar la ejecución provisional[79].

sido consentida por éste, y cabrá en su caso, instar la ejecución provisional. Ahora bien, si el apelado no se adhiere a la apelación, los pronunciamientos de condena frente a él contenidos en la sentencia, aún no siendo firmes, son pronunciamientos consentidos que (salvo una eventual nulidad de actuaciones) no podrán ser variados en segunda instancia, sin incurrir en incongruencia. Por esto, hay que sostener que, de lege data, *si se solicita la ejecución forzosa de estos pronunciamientos consentidos, la misma, aunque no se trate de pronunciamientos firmes, debe ser tratada como una ejecución definitiva, y no como una ejecución provisional. En consecuencia, en estos casos de vencimiento parcial en los que sólo una delas partes apela, debe esperarse al traslado del escrito del apelado para solicitar la ejecución. Y así, si el apelado se adhirió a la apelación, habrá que solicitar una ejecución provisional, mientras que si el apelado no se adhirió a la apelación, lo que cabe iniciar es una ejecución definitiva".* Estos argumentos ya fueron rebatidos en este trabajo al tratar de la legitimación.

76. Son expresivas las siguientes líneas de BARBANCHO TOVILLAS, F.J.: "Estudio del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000, pp. 919-920: "*Mientras una sentencia judicial no es firme no se puede ejecutar la decisión judicial sin tomar una caución o fianza suficiente para el caso de que, como es muy frecuente, dicha sentencia se revoque en instancias superiores. ¿Qué ocurrirá si, ejecutada la sentencia a pagar una cantidad de dinero, por ejemplo, el ejecutante provisional dispone del mismo, se convierte en insolvente y luego la sentencia de primera instancia es totalmente revocada en la apelación o casación? Quedaría desamparado el ejecutado, que se habría visto privado de su patrimonio por una decisión judicial que a la postre, se reveló injusta, y en este caso, doblemente injusta. La exigencia de caución es pues esencial en todo caso de ejecución provisional*".

77. Así lo afirma CABALLOL ANGELATS, L.: *La ejecución provisional... cit.*, p. 215, para quien el sistema que prevé la fianza sólo para suspender la ejecución resulta incompleto, ya que no habría garantía alguna para los daños que pudiese causar la decisión inicial de despachar la ejecución, por el cual es más acertado el sistema que exige prestar fianza al ejecutante.

78. CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 639.

79. Puede servir de ejemplo de una interpretación en tal sentido —y somos conscientes de que ambos casos no son ni mucho menos equiparables— la realizada por el Tri-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Cuando la ejecución provisional se solicite con posterioridad a la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación, el solicitante deberá obtener previamente de éste el testimonio de lo que sea necesario para la ejecución y acompañar dicho testimonio a la solicitud, según señala el art. 527.2 LEC. Cuando aún no se hubiese realizado la remisión de los autos, el mismo tribunal de primera instancia expedirá el testimonio antes de hacer la remisión.

Una vez solicitada a instancia de parte la ejecución provisional, su despacho por el juez de primera instancia deviene prácticamente automática, ya que el art. 527.3 se pronuncia en términos imperativos —despachará—, sin que pueda caber discrecionalidad de ningún tipo por parte del juez[80]. Sólo podrá denegar la ejecución provisional en el caso de que se pretenda ejecutar provisionalmente una sentencia de las que no llevan aparejada tal ejecución, o no contenga pronunciamiento de condena a favor del ejecutante, lo que implica que, excepto ausencia de algún presupuesto de la ejecución provisional, el juez debe despachar ejecución[81], incluso sin antes dar traslado al ejecutado[82], que verá diferida su intervención al trámite de oposición. La Ley, sin embargo, olvida fijar un plazo al tribunal para que despache la ejecución[83], aunque ha de entenderse, dado el carácter agilizador de la ejecución provisional que posee la regulación de la nueva LEC, que el despacho ha de producirse con la mayor brevedad.

La automaticidad a la que hacemos referencia no excluye que el juez tenga la posibilidad de analizar de oficio la existencia de ciertos defectos procesales o la concurrencia de los requisitos precisos para el despacho de la ejecución provisional. Se debe entender que no queda el juez supeditado al tenor literal del art. 527.3 LEC, pudiendo entrar a conocer de la falta de cualquier otro presupuesto de la misma[84], para lo que habrá que tener en cuenta las posibilidades

bunal Constitucional con motivo de la fianza exigida al acusador popular en el proceso penal (STC 50/1998, de 2 de marzo) y que fue acogida por la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el art. 20.3.

80. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Guía para una transición ordenada... cit.*, p. 524.

81. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil, cit.*, p. 479

82. MONTERO AROCA, J. ET AL.: *El nuevo proceso civil, cit.*, p. 705.

83. La necesidad de señalar tal plazo es apuntada por ARROYO GARCÍA, S.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 503.

84. CARRERAS MARAÑA, J.M.: "Ejecución provisional y oposición...", *cit.*, pp. 1167.

que el juez tiene de revisión de oficio en la regulación de la ejecución ordinaria, de acuerdo con el art. 551.1 LEC, en virtud de la aplicación supletoria que la normativa de la ejecución ordinaria tiene sobre la de la ejecución provisional. En todo caso, el juez debe permitir la subsanación de todos aquellos defectos que sean subsanables[85], en atención al carácter antiformalista de la LEC.

El despacho de la ejecución tendrá la forma de auto, contra el cual se da recurso de apelación únicamente si es denegatorio de la ejecución provisional solicitada. Tal recurso, dice la Ley que tendrá carácter preferente, para evitar que su resolución coincida en el tiempo con la resolución de la apelación principal, pero, sin embargo, no se arbitra ninguna medida para llevar a efecto la preferencia de tal apelación, lo que demuestra una vez más el carácter retórico que tal declaración de preferencia tiene en diversas prescripciones de la Ley. Si el auto despacha la ejecución provisional no se dará recurso alguno, remitiéndose la Ley al procedimiento de oposición para que el ejecutado alegue lo que crea conveniente. La ausencia de recurso en este caso viene determinada por la necesidad de evitar dilaciones y, aunque ha encontrado alguna crítica, es acorde con el espíritu de la normativa, de conseguir una tramitación rápida de la ejecución provisional.

Tras el despacho de la ejecución provisional se procederá a llevar ésta a cabo por los trámites generales previstos para la ejecución ordinaria, debiendo en primer lugar requerir el cumplimiento voluntario de la sentencia recurrida al deudor[86], que podrá evitar de este modo las consecuencias negativas que en forma de costas y apremios tendrá para él la ejecución provisional.

Cuando la resolución a ejecutar sea una sentencia en la que se tutelen derechos fundamentales la ejecución provisional gozará de carácter preferente (art. 524.5 LEC), lo que es acorde con el mandato constitucional del art. 53.2 CE, que exige un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Sin embargo, esta nueva regulación supone, como señala CABALLOL ANGELATS[87], un retroceso en relación con aquellos procesos especiales que, teniendo como objeto derechos fundamentales establecían la apelación en un efecto de las sentencias estimatorias de la demanda, ya

85. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.: *Derecho Procesal Civil... cit.*, p. 364.

86. Tal necesidad es consecuencia, según afirma CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 642, de que la efectividad de los pronunciamientos impugnados no es exigible hasta tanto no se despache ejecución provisional.

87. "La ejecución provisional", *cit.*, p. 524.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que la efectividad de estos pronunciamientos no se podía suspender, mientras que ahora, mediante el trámite de oposición a la ejecución provisional tal suspensión será posible.

3.3. Oposición a la ejecución provisional

En la regulación de la ejecución provisional que realiza la Ley 1/2000 el trámite de oposición pasa a ser el centro de gravedad de su tramitación[88]. Mientras que en la regulación del art. 385 LEC 1881 era en el momento de la admisión de la ejecución provisional cuando se debían valorar los posibles prejuicios que la ejecución provisional podría causar al ejecutado, en la nueva regulación, y de modo acorde con la automaticidad con la que se despacha ejecución, será el trámite de oposición donde se puedan discutir los peligros que la ejecución provisional implica. La función de la oposición a la ejecución provisional se convierte en la de evitar los posibles perjuicios que la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente pueda provocar[89], intentando compatibilizar el derecho del ejecutante a obtener la efectividad de la sentencia de condena favorable y el derecho del ejecutado-apelante a la utilización de los recursos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, y por lo tanto, a la recuperación de los bienes y derechos extraídos de su patrimonio, lo que no deja de ser, como ya fue expuesto, la función que posee la institución de la ejecución provisional en general, con lo que podemos comprobar el papel central que cumple la oposición.

Desde el punto de vista de la Ley, el trámite de oposición a la ejecución provisional se regula de manera unitaria, de modo que existe un único trámite para la sustanciación de la oposición a todo tipo de ejecución provisional, y por cualquiera de los motivos. Sin embargo, en la regulación concreta se puede comprobar como van apareciendo tantos incidentes diferentes como causas de oposición existen, diferenciándose las actuaciones a realizar y los momentos en los que se deben invocar los diversos motivos[90].

La regulación de la Ley 1/2000 establece un amplio régimen de oposición[91], donde se podrá alegar por parte del ejecutado tanto la falta de presupuestos procesales para llevar a cabo la ejecución, como la oposición a la ejecución no dineraria o a las medidas ejecutivas concretas de las ejecuciones dinerarias por ser susceptibles de hacer imposible o de extrema dificultad restaurar la situación anterior a la ejecución provisional, o compensar económicamente al ejecutado. Al mismo tiempo, y en virtud de la aplicación subsidiaria de la regulación de la ejecución definitiva, también se podrán hacer constar como motivos de oposición, además de los específicos para la ejecución provisional, aquellos que los arts. 556 y ss LEC prevén para la oposición a la ejecución e impugnación de actos de ejecución[92].

3.3.1. Causas de oposición

La primera causa de oposición, establecida por el art. 528.2.1ª LEC es el de haberse despachado la ejecución provisional con infracción del art. 527 LEC. Interpretando de un modo estricto esta disposición, habría que entender que a través de este primer motivo es alegable únicamente la extemporaneidad de la solicitud de ejecución provisional, los defectos formales de la demanda, las deficiencias en los testimonios y el despacho de ejecución de una resolución de las que no llevan aparejada tal ejecución, ya por estar incluidas en el art. 525, por no ser sentencias de condena, o por no tener un pronunciamiento favorable al ejecutante. Pero, tal y como hicimos al tratar de la capacidad de revisión de oficio del juez, debemos entender que se pueden incluir en esta causa todos aquellos motivos procesales comunes a la ejecución definitiva, y concretamente podemos aludir a los previstos en el art. 559 LEC, como la falta de personalidad, de representación, etc[93].

En el caso de que la sentencia que se está ejecutando provisionalmente

88. CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 643.
89. CARRERAS MARAÑA, J.M.: "Ejecución provisional y oposición...", *cit.*, p. 1168.
90. La distinción entre ambas perspectivas, estática y dinámica es realizada por CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 647.
91. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Guía para una transición ordenada... cit.*, p. 529.
92. MONTERO AROCA, J. ET AL.: *El nuevo proceso civil*, *cit.*, p. 705. De todos modos, el propio autor reconoce la dificultad de aplicar a la ejecución provisional de sentencia tales motivos, pues es complicado compatibilizar el pago o cumplimiento anterior a la ejecución provisional por parte de un ejecutado que impugnó la resolución que le obliga a tal. En todo caso, y como señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.: *Derecho Procesal Civil... cit.*, p. 373, el plazo para formular esta oposición es de diez días desde el despacho de la ejecución —el doble de tiempo que para la oposición específica a la ejecución provisional—, por lo que podría ocurrir que ambas oposiciones se sustanciasen de modo paralelo.
93. La doctrina es prácticamente unánime en realizar tal interpretación. *Vide* ARMENTA DEU, T.: *La ejecución provisional*, *cit.*, p. 109; CARRERAS MARAÑA, J.M.: "Ejecución provisional y oposición...", *cit.*, pp. 1169; CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 644.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

fuese de condena no dineraria la Ley establece una causa específica de oposición, la de resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causasen. Como podemos comprobar, la Ley establece un régimen único para toda clase de condenas no dinerarias sin tener en cuenta la gran diversidad existente entre los diversos tipos existentes[94]: hacer, no hacer, dar cosa genérica o fungible, etc.

El concepto clave de esta causa de oposición es la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar o compensar los daños o perjuicios. En comparación con la regulación del art. 385 LEC, la irreparabilidad del perjuicio pasa de ser un óbice para la ejecución provisional, teniendo el que pretendiese el despacho de la ejecución que demostrar su no concurrencia, al ser una causa que es necesario que sea alegada por el ejecutado[95] y que, de prosperar porque se demuestre la existencia de tal imposibilidad, tendrá como consecuencia la suspensión de la ejecución provisional, pero manteniéndose vigentes los embargos y demás medidas de aseguramiento. Esta nueva configuración tiene más lógica, pues la discusión sobre la irreparabilidad del perjuicio puede realizarse con contradicción, cuando ya es posible saber el alcance del perjuicio y no al comienzo del incidente, en abstracto y sin posibilidad de audiencia del ejecutado, como ocurría en la Ley de 1881.

Lo que debe entenderse por perjuicio irreparable no es pacífico entre los intérpretes de la Ley. En primer lugar, se establece la imposibilidad o extrema dificultad de restauración de la situación anterior como el parámetro a seguir por el aplicador de la ley, el que está de acuerdo con el espíritu general de ésta, que intenta, en cuanto sea posible, el cumplimiento *in natura* de las obligaciones[96], sin recurrir de modo automático a la indemnización de daños y perjuicios (Exposición de Motivos de la Ley, aptdo. XVII). Por lo tanto, la remisión a la compensación económica al ejecutado debe consi-

94. Para CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 645, esto puede convertirse en un lastre cuando la referida regulación resulte inadecuada.

95. QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", *cit.*, p. 2543, afirma que ésta es una muestra más de la "*obsesión del legislador por garantizar a ultranza la satisfaccion del acreedor, utilizando las normas procesales como mecanismo disuasorio del incumplimiento en general y de la mora en particular*".

96. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Guía para una transición ordenada, cit.*, pp. 529-530.

derarse subsidiaria[97]. De lo contrario corremos el peligro de considerar indemnizable cualquier perjuicio, perdiendo su sentido esta causa de oposición. La doctrina se inclina por entender como de difícil restauración o indemnización aquellos daños que vayan más allá del simple desplazamiento patrimonial insito en toda ejecución, y que implicase consecuencias de otro tipo, no queridas, en el patrimonio o esfera jurídica del ejecutado[98].

Por otro lado, es necesario preguntarse qué sentido tiene la posibilidad de enervar la efectividad de la oposición mediante la prestación de la caución por parte el ejecutante, recogida en el art. 529.3 LEC. La imposibilidad jurídica de indemnizar no existe, pues todo perjuicio se considera, en principio, indemnizable[99], con lo que éste no puede ser el criterio para interpretar la causa de oposición, ya que la vaciaría de contenido. Si hablamos de imposibilidad material de revocación, o de dificultad extrema de indemnización, la caución carece de sentido, pues la prestación de caución no hace fácil lo difícil, ni posible lo imposible. El único criterio interpretativo para salvar la lógica de ambas disposiciones es entender que es posible interpretar la irreparabilidad del perjuicio en términos subjetivos en lugar de objetivos, es decir, si la imposibilidad o extrema dificultad de restauración o, en último caso, de indemnización, se basa en la incapacidad del patrimonio del ejecutante para asumir las consecuencias de la posible revocación de la sentencia. A través de esta interpretación —que de todos modos reconocemos dudosa, y que en último caso contrariaría el supuesto espíritu favorecedor de la ejecución provisional de la regulación— se podrían salvar las reticencias y los problemas que aparecen en orden a la insolvencia del ejecutante provisional que ve posteriormente revocada la sentencia, y es incapaz de hacer frente a sus consecuencias, provocando tal situación un grave quebranto en los derechos del ejecutado favorecido por la revocación.

Mientras la Ley permite oponerse a la globalidad de la ejecución provisional de sentencias de condena no dineraria, tal oposición está vedada como regla general[100] en el caso de condenas dinerarias, permitiendo la Ley únicamente la oposición a actuaciones ejecutivas concretas del procedi-

97. Para ARMENTA DEU, T.: *La ejecución provisional*, *cit.*, p. 110, sólo debe permitirse la ejecución provisional cuando los perjuicios que cause no sean de difícil reparación.

98. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.: *Derecho Procesal Civil... cit.*, pp. 368-369.

99. ARMENTA DEU, T.: *La ejecución provisional*, *cit.*, p. 110.

100. LORCA NAVARRETE, A.M.: *Tratado de Derecho Procesal Civil, cit.*, p. 247.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

miento de apremio cuando tales actuaciones puedan causar una situación absolutamente imposible de restaurar o compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios. En este caso vemos como el presupuesto para la oposición es de carácter más restrictivo, pues frente a la imposibilidad o extrema dificultad, el art. 528.3 LEC se refiere a la absoluta imposibilidad. Tal restricción de la oposición a la ejecución provisional supone un favorecimiento al ejecutante, y una prueba más de la lucha decidida contra la morosidad y del apoyo al acreedor que la Ley intenta realizar[101]. Además, si el ejecutante pretende oponerse a las actuaciones ejecutivas concretas, no es suficiente con que alegue y —en su caso— demuestre la absoluta imposibilidad de restauración o compensación económica, sino que en el momento de presentar la oposición habrá de indicar otras medidas ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría la oposición a la que se opone, y ofrecer caución para responder de la demora en la ejecución si finalmente las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el tribunal y el pronunciamiento de condena resultase confirmado por la resolución del recurso. Vemos pues que, frente a la amplia capacidad de oposición del ejecutado provisionalmente en el caso de condenas no dinerarias, la oposición a medidas ejecutivas concretas de condenas dinerarias va a ser en la práctica costosa de conseguir[102], debido a la necesidad de alegar imposibilidad absoluta de indemnizar y a la dificultad de muchos ejecutados para encontrar medidas alternativas o caución que ofrecer[103], lo que puede comportar una grave situación de indefensión para el ejecutado[104] al que se

101. En palabras de QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", *cit.*, p. 2570, lo que subyace es el firme "*propósito de utilizar el proceso no sólo como una estructura neutra de defensa de los derechos, sino como método beligerante que se introduce en el campo civil de la mora, endureciendo las consecuencias para el deudor*".

102. De "*ilusoria*" la tilda DAMIÁN MORENO, J.: "De la ejecución provisional de resoluciones jurisdiccionales", *cit.*, p. 2511.

103. Por esta razón, y debido a las graves consecuencias que tal régimen de oposición puede causar, pues es perfectamente posible que el ejecutado no pueda oponerse a que se le embarguen los únicos bienes que posee, ARROYO GARCÍA, S.: "La ejecución provisional", *cit.*, pp. 506-507, expone la posibilidad de que el juez, razonándolo debidamente pudiese eximir de fianza al ejecutado, en una interpretación —*contra legem*, por otro lado— acorde con el art. 24. CE.

104. Para evitar tal indefensión CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, pp. 646-647, considera que, en estos casos, habría sido conveniente que la Ley previniese la posibilidad de estudiar los motivos alegados y en atención a su relevancia se con-

le causa un perjuicio irreparable durante la ejecución y no puede alcanzar la reintegración en el caso de revocación de la sentencia, por haber resultado insolvente el ejecutante provisional que debe responder de la misma[105].

Una duda que ha surgido en la interpretación de esta oposición a medidas ejecutivas concretas es el papel que el ofrecimiento de caución juega con respecto al ofrecimiento de medidas alternativas. Para DAMIÁN MORENO[106], tal fianza tiene naturaleza resarcitoria y como objetivo compensar los daños ocasionados con motivo de la oposición para el caso de que el juez decida no aceptar las medidas propuestas por el ejecutado, y por lo tanto, no constituiría una alternativa a las medidas, sino que sería preceptivo ofrecerla en todo caso. Sin embargo, consideramos que con tal finalidad la caución habría de ser por fuerza de escasa cuantía, pues los perjuicios que para el ejecutante puede tener la suspensión de la ejecución mientras el juez decide sobre la procedencia de la oposición a la medida concreta no pueden ser de tal envergadura que justifiquen la prestación inexcusable de caución[107]. A nuestro entender, la función de la caución será subsidiaria a la proposición de medidas alternativas, para el caso de que el juez no considere viable la medida propuesta. En este caso, y según indica el art. 530.3 LEC, si el Tribunal no considera posibles o de eficacia semejante las actuaciones o medidas alternativas indicadas, deberá suspender de igual modo la medida a la que se opuso el ejecutado, si considera como garantía suficiente de los daños y perjuicios que puedan derivarse de tal suspensión la caución ofrecida con carácter subsidiario[108]. Esta interpretación podría llevar a entender que, incluso cuando no se prestase caución, si el juez considera posibles y de eficacia semejante las medidas alternativas propuestas por el ejecutado, esto implicará la aceptación de la oposición[109]. En cuanto al ofrecimiento de caución sin señalar previamente la posibilidad de medidas alternativas, el último párrafo del art. 528.3 LEC debe llevarnos a la interpretación de que tal posibilidad está admitida por la Ley, ya que este precepto se refiere a no indicar medidas

templase la posibilidad de solicitar del ejecutante una garantía que asegurase, cuando menos por equivalente, la efectividad, en su caso, de la revocación.

105. Esta situación leva a LORCA NAVARRETE, A.M.: *Tratado de Derecho Procesal Civil, cit.*, p. 248 a considerar que la Ley trata al ejecutado como "*una especie de apestado procesal*".

106. "De la ejecución provisional de resoluciones jurisdiccionales", *cit.*, p. 2512.

107. MORENO CATENA, V.: *La ejecución forzosa*, *cit.*, p. 118.

108. CARRERAS MARAÑA, J.M.: "Ejecución provisional y oposición...", *cit.*, p. 1171.

109. ASENCIO MELLADO, J.M.: "A execución provisional no proxecto...", *cit.*, p. 24.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ni ofrecer caución, con lo que debemos entender que hecha una de las dos cosas, puede proceder la oposición a la medida ejecutiva. En todo caso, la interpretación contraria podría salvarse con la propuesta de medidas alternativas de las que hay conciencia de que nunca serán admitidas por el juez, cobrando virtualidad, entonces, el ofrecimiento de caución suficiente.

3.3.2. Sustanciación de la oposición

El incidente de oposición comenzará a través de un escrito que debe ser presentado por el ejecutado. A pesar de que ARMENTA DEU[110] entiende que tal escrito debe tener la forma de demanda, no hay en la ley base alguna para exigir tal forma, ni en el art. 529, ni en las normas relativas a la ejecución definitiva. El plazo para presentar tal escrito es de cinco días desde la notificación de la resolución que acuerda el despacho de ejecución, o la actuación concreta a la que se oponga el ejecutado. Tal plazo, como señala CABALLOL ANGELATS, puede ser considerado suficiente para las causas del art. 528.1, pero no para las demás, habida cuenta de la necesidad de presentar con el escrito los documentos que acrediten la causa en que se funde la oposición, que muchas veces consistirán en informes periciales o otros medios de prueba, y que en tal plazo deberán también proponerse medidas alternativas y ofrecer la prestación de caución, con los problemas que causará tener que ofrecer ésta en un plazo tan perentorio. En todo caso, la ampliación del plazo no habría sido motivo de dilación, debido a que el ejecutado no saca provecho alguno de retrasar la oposición a una ejecución ya en marcha, mientras que la pérdida de la oportunidad de oponerse puede tener graves consecuencias[111].

Del escrito de oposición y de los documentos que se acompañen, se dará traslado al ejecutante para que, a su vez, en el mismo plazo de cinco días, manifieste lo que considere conveniente. En su contestación, el ejecutante debe también presentar los documentos que considere pertinentes, al efecto de desvirtuar lo alegado por el ejecutado. Según la tramitación señalada en el art. 529 LEC parece que no hay lugar a un trámite de prueba o a la comparecencia de las partes[112], aunque la aplicación subsidiaria del art.

110. *La ejecución provisional*, *cit.*, p. 107.

111. CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 648.

112. Tal interpretación es acogida por ARROYO GARCÍA, S.: "La ejecución provisional", *cit.*, pp. 504-505.

560 LEC parece abrir la posibilidad de celebración de vista, cuando los documentos no fuesen suficientes para resolver la oposición, y poder en tal trámite celebrar prueba[113].

En el caso de ejecución provisional de condena no dineraria, cuando el ejecutado hubiese alegado la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar o compensar económicamente, el ejecutante, además de alegar lo que considere oportuno con respecto a la oposición substanciada, podrá ofrecer caución para garantizar que, en caso de revocarse la sentencia se restaurará la situación anterior o, de ser esto posible, se resarcirán los daños y perjuicios causados. De este modo, el juez, a la hora de decidir si admitir o no la oposición, deberá tomar en cuenta, sin que la Ley diga cómo, el ofrecimiento de caución por parte del ejecutante, y la cuantía del tal ofrecimiento[114].

Ya fueron comentadas anteriormente las dificultades interpretativas que surgían al tratar de coordinar tal prestación de caución con los supuestos de la causa de oposición. En todo caso, parece que el legislador pone a disposición del ejecutante tal contracautela[115] con el fin de evitar que los jueces realicen interpretaciones demasiado restrictivas de lo que supone una "*imposibilidad o extrema dificultad*"[116], facilitando la ejecución en los casos en los que se podría colocar al ejecutado, en caso de revocación de la sentencia, en una situación grave, pero fácilmente cuantificable económicamente. El monto de los daños y perjuicios a calcular a la hora de fijar la fianza será en este momento meramente aproximativo, ya que no se podrá determinar con exactitud hasta que la posible revocación se produzca en la realidad, teniendo en cuenta que el tiempo durante el que se le va a privar del bien o derecho al ejecutado, por ejemplo, es indeterminado en este momento.

113. Se muestra partidario de la posibilidad de comparecencia de las partes MORENO CATENA, V.: *La ejecución forzosa*, *cit.*, p. 118.

114. Como señala LORCA NAVARRETE, A.M.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, *cit.*, pp. 250, la prestación de caución permanece al albur del ejecutante. Según este autor, "*la LEC parece evitar al solicitante de la ejecución provisional de condena no dineraria el siguiente mensaje: cuando se proponga oposición y si está interesado en proseguir en la ejecución provisional, lo más oportuno y convincente no es tanto prestar caución, cuanto mejor todavía mostrar una deseable aptitud para proceder a la ejecución provisional al que, sin duda, ayudará el que se preste caución*".

115. Así la califica DAMIÁN MORENO, J.: "De la ejecución provisional de resoluciones jurisdiccionales", *cit.*, p. 2510.

116. CARRERAS MARAÑA, J.M.: "Ejecución provisional y oposición...", *cit.*, p. 1175.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La resolución que decida sobre la oposición a la ejecución provisional adoptará la forma de auto, y su contenido será diferente según la causa de oposición que se estime. Contra el auto que resuelva la oposición no cabrá recurso alguno. La Ley no establece plazo para que el juez resuelva sobre la ejecución. Debe entenderse que lo hará con la mayor brevedad, sobre todo teniendo en cuenta que la Ley tampoco indica si la oposición tiene o no efectos suspensivos[117], con el grave perjuicio que podría depararse al ejecutado.

Cuando se estime una oposición fundada en los motivos comunes, el juez declarará no haber lugar a la prosecución de la ejecución provisional, alzándose las trabas, embargos, y las demás medidas de garantía que pudiesen haber sido adoptadas.

En el caso de oposición a la ejecución de sentencia de condena no dineraria, si el tribunal estima que, en caso de revocación, existiría una imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior o de garantizar el resarcimiento —teniendo en cuenta la caución que el ejecutante pudo estar dispuesto a prestar— dejará en suspenso la ejecución, subsistiendo los embargos y medidas de garantía adoptadas. El juez, a la vista de la caución ofrecida, podrá decidir que continúe la ejecución, condicionada a la efectiva prestación de la caución. La Ley no establece plazo alguno para que la prestación de la caución se lleve a efecto, con lo que habrá que interpretar que la ejecución provisional permanecerá en suspenso hasta que tal prestación se produzca, ya que de lo contrario se le podrían irrogar graves perjuicios al ejecutado. La posibilidad de que el juez decida la prosecución de la ejecución condicionándola a la prestación de caución abre un camino para la generalización de tal prestación, siempre previa oposición del ejecutado, con lo que se podrían evitar por la vía de la interpretación judicial los posibles efectos perniciosos que para el patrimonio del ejecutado puede tener el decreto automático de la ejecución provisional sin previa prestación de fianza, en el hipotético caso de revocación de la sentencia.

Cuando la condena es dineraria, y se ha sustanciado oposición contra medidas ejecutivas concretas, el juez estimará tal oposición, en primer lugar, si las medidas alternativas propuestas son consideradas por el tribunal posibles y de eficacia similar a las indicadas. En caso de que no considere

117. Para DAMIÁN MORENO, J.: "De la ejecución provisional de resoluciones jurisdiccionales", *cit.*, p. 2514, tal situación goza de considerable gravedad, pues considera que la oposición no poesee en ningún caso efectos suspensivos.

válidas las medidas alternativas propuestas, el juez entrará a valorar la existencia de absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior o de compensar económicamente en el caso de revocación de la condena. Si tal imposibilidad es apreciada por el juez, y únicamente si el ejecutado ofreció caución suficiente para responder de la demora de la ejecución, el tribunal puede estimar asimismo la oposición. En el caso de que el juez aprecie absoluta imposibilidad de restauración, pero ni se hayan propuesto medidas alternativas, ni hubiese ofrecido caución el ejecutado, la actividad ejecutiva proseguirá[118]. Esto puede ser especialmente grave en aquellos casos en que la medida ejecutiva a realizar sea el embargo de los únicos bienes que posee el ejecutado, por lo que no cabe imaginar qué otra alternativa se puede proponer, y son de suponer las naturales dificultades para ofrecer una caución suficiente en el breve plazo de cinco días. Estos casos son los que vendría a demostrar la dureza implacable y las graves consecuencias que el sistema de ejecución provisional de condenas dinerarias de la nueva Ley puede implicar, si finalmente el ejecutante no puede responder de las consecuencias de la revocación de la sentencia.

Estimada la oposición, el auto denegará la realización de la concreta actividad ejecutiva objeto de aquella, prosiguiendo el procedimiento de apremio, si el patrimonio del ejecutado lo posibilita.

La imposibilidad de recurrir el auto que resuelve la oposición es acorde con la regulación de la ejecución provisional, tendiente a evitar toda posible dilación, y a sobrecargar de trabajo los tribunales, más allá del propio trámite de oposición (que presumiblemente supondrá un aumento importante de la carga de trabajo de los tribunales de primera instancia, como ya fue señalado). Esto provoca que, al no haber durante la tramitación de la ejecución provisional ningún recurso devolutivo —excepto contra el auto que decide, de modo prácticamente automático sobre el despacho de la ejecución— estos asuntos nunca llegarán a las Audiencias Provinciales, con lo que no se podrá realizar una mínima actividad de uniformización interpretativa, lo que es especial-

118. No acoge esta interpretación QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", cit., p. 2577, para quien "*si las alternativas ofrecidas por el deudor fuesen despreciables por ser mínimo el beneficio de la ejecución, la actividad fuese la única procedente, y el riesgo de perjuicio irreparable máximo, es claro que la más elemental prudencia aconseja estimar la oposición y sustituirla por las cauciones y embargos adecuados*". Es de tener en cuenta, a efectos prácticos, tal solución, debido de la condición de perteneciente a la carrera judicial del autor.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mente grave, dada la gran cantidad de dudas interpretativas que se van a presentar en la aplicación de las normas de la ejecución provisional[119].

3.4. Suspensión de la ejecución provisional en el caso de condenas dinerarias

El art. 531 posibilita la suspensión de la ejecución en el caso de condenas dinerarias mediante una consignación por el ejecutado en el juzgado de la cantidad a la que hubiese sido condenado. La consignación deberá cubrir, además del principal, los intereses y las costas que se hubiesen reportado hasta el momento. La consignación se realiza con objeto de que tal cantidad sea entregada al ejecutante, en concepto de cumplimiento voluntario[120]. La consecuencia directa de la consignación es la suspensión de la ejecución provisional. Su archivo definitivo tendrá lugar cuando se liquiden los intereses y se tasen las costas[121].

4. La revocación o confirmación de la sentencia provisionalmente ejecutada

La introducción de una regulación específica sobre los efectos que la resolución del recurso tendrá sobre la ejecución provisional es una novedad

119. Se señalan otras desventajas de la no existencia de recursos contra la decisión de la oposición. Armenta Deu, T.: *La ejecución provisional*, *cit.*, p. 130, señala la perniciosidad de que el mismo juez decida despachar ejecución y resuelva la oposición. Sin embargo, no cabe considerar que tal juez puede estar "contaminado", pues la decisión del despacho de la ejecución es prácticamente automática, como tuvimos ocasión de ver. Para Díaz Martín, F.R..: "La ejecución provisional de resoluciones..., *cit.*, p. 1986, la "*contaminación*" vendría de la circunstancia de que el juez que resuelve la oposición está convencido de la corrección de la resolución, al haberla dictada él mismo. En todo caso, parece que esta tacha carece de repercusión, ya que en ningún momento la Ley señala como elemento a valorar para resolver la oposición la probabilidad de la revocación de la sentencia, o su corrección, que se entiende en todo caso, hasta la resolución del recurso. Más fundamento tiene la crítica de Caballol i Angelats, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 650, para quien existe una contradicción entre la posibilidad de que el ejecutante apele el auto que deniega el despacho de la ejecución provisional, pero no el que deniega tal ejecución tras la oposición del ejecutado.

120. De acuerdo con esto, tal y como señala Caballol i Angelats, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 651, la satisfacción del crédito llevará siempre consigo la suspensión del proceso de ejecución, sea cual sea el cauce —judicial o extrajudicial— a través del cual el cumplimiento voluntario se produzca.

121. Lorca Navarrete, A.M.: *Tratado de Derecho Procesal Civil, cit.*, pp. 250.

más de la Ley 1/2000, que viene a despejar parte de los problemas que el art. 385 LEC 1881 dejaba sin solución, ya expuestos anteriormente. La fórmula concreta adoptada por la Ley no es, sin embargo, pacífica, por el riesgo existente de que, por insolvencia del ejecutante, resulte finalmente la revocación sin poder hacerse efectiva, debido a la falta de garantías ya mencionadas. El problema resultante es quién responderá finalmente en caso de insolvencia del ejecutante.

Cuando el recurso confirme la sentencia ejecutada provisionalmente, el panorama se despeja en gran medida. En caso de que la resolución que resuelva el recurso no sea firme, la ejecución continuará si aún no estuviese terminado. Cuando la sentencia confirmatoria fuese firme, bien por no caber contra ella recurso alguno, bien por no ser recurrida, la ejecución seguirá adelante como definitiva. Esto implicará, por un lado, eliminar todas las consecuencias específicas de la ejecución provisional[122], archivando los trámites de oposición que se estén sustanciando, y procediendo a la devolución de las cauciones prestadas, el levantamiento de las suspensiones acordadas, etc. Por otro lado, procederá el archivo de la pieza separada de ejecución provisional, extrayendo testimonio de la misma, y prosiguiendo la ejecución definitiva en los autos principales[123].

Mayores problemas presenta el caso de que la sentencia que resuelve el recurso revoque la sentencia que está siendo ejecutada provisionalmente. El primer efecto de la resolución del recurso en sentido contrario a la sentencia de instancia será la suspensión de la ejecución provisional, que deberá realizarse de oficio por el juez. Sin embargo, en virtud del principio dispositivo, la restauración de la situación anterior debe ser solicitada por el ejecutado a quien el recurso dio la razón[124]. La Ley establece diferentes procedimientos para instar tal restauración —o la indemnización de daños y perjuicios, en su caso— diferenciando entre la revocación de sentencias de condena dineraria y no dineraria. En todo caso, las previsiones de la Ley para la restauración poco importarán cuando el ejecutante provisional no pueda hacer frente a tal restauración, por haberse convertido en insolvente. Tanto la propia Ley en su Exposición de Motivos, como la doctrina de

122. Quecedo Aracil, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", *cit.*, p. 2581.

123. Carreras Maraña, J.M.: "Ejecución provisional y oposición...", *cit.*, p. 1178.

124. Caballol i Angelats, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 653.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

modo unánime son conscientes del peligro existente, pero mientras para algunos autores, en consonancia con lo expresado en la Exposición de Motivos, éste es un riesgo mínimo y valientemente asumido por parte de la Ley[125], para otros es una grave irresponsabilidad[126].

Se ha propuesto la posibilidad de que el Estado responda subsidiariamente en caso de insolvencia del ejecutante provisional[127], bien por error judicial, o por responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El error judicial del juez que despacha ejecución sería difícilmente justificable, teniendo en cuenta que, por un lado el despacho de la ejecución provisional es prácticamente automático, habiendo poco margen de maniobra para la valoración por parte del juez, y que, por otra parte, la doctrina sobre error judicial afirma que no es suficiente con la incorrección de la resolución, sino que debe estar fuera de todo sentido lógico y tener carácter manifiesto y palmario[128]. Algún autor ha propuesto la creación de un fondo estatal que se haga cargo de las posibles insolencias de los ejecutantes provisionales en caso de revocación[129], en paralelo al régimen existente en la jurisdicción laboral[130].

4.1. Revocación de condenas al pago de una cantidad de dinero

Como ya hemos señalado, la Ley regula los efectos de la revocación de sentencias diferenciando entre si la condena es al pago de una cantidad

125. Para OLIVA SANTOS, A.: "El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998, y la protección del crédito: ejecución provisional y proceso monitorio", *La Ley*, 1999, nº 2, p. 1643, este régimen puede ser aplicado con muchos más beneficios directos que perjuicios o estragos, y considera altamente probable que sean muy positivos los efectos colaterales. "*En todo caso, me parece una opción favorable a la protección del crédito, de todo congruente con optar, no de modo retórico, sino real, por una justicia civil más efectiva*". Según ARMENTA DEU, T.: *La ejecución provisional*, *cit.*, p. 33, este peligro debe contabilizarse entre los elementos ponderados y asumidos de toda opción política legislativa.

126. De "*juego de azar*" la califica LORCA NAVARRETE, A.M.: *Tratado de Derecho Procesal Civil, cit.*, p. 254.

127. MORENO, J.: "De la ejecución provisional de resoluciones jurisdiccionales", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Valladolid, 2000, p. 2517.

128. CARRERAS MARAÑA, J.M.: "Ejecución provisional y oposición...", *cit.*, p. 1185.

129. BARBANCHO TOVILLAS, F.J.: "Estudio del Proyecto de Ley...", *cit.*, p. 927.

130. Con relación a la ejecución provisional en la jurisdicción laboral, debemos hacer costar la argumentación del Tribunal Constitucional realizada en el Auto 767/1986 de ocho de octubre, en el que, desvirtuando la alegación de que este régimen de ejecución podría atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutado provisionalmente en

de dinero o es de carácter no dinerario. En el caso de que el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuese de condena dineraria, el art. 533.1 LEC establece como consecuencia de la revocación total el sobreseimiento de la ejecución provisional y la obligación del ejecutante de devolver la cantidad percibida, reintegrar las costas que el ejecutado hubiese satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios de la ejecución. La devolución de daños y perjuicios incluirá el interés devengado por la cantidad ejecutada[131], ya que debe considerarse a éste deudor de buena fe[132] del art. 1107 CC, y tal disposición obliga únicamente a restituir los perjuicios que se pudiesen prever al tiempo de constituirse la obligación, y sean consecuencia necesaria de la misma. Es por esto que consideramos bastante discutible la obligación legal de devolución de las costas satisfechas por el ejecutado[133], debido a que la causación de las mismas tiene su origen en la falta de cumplimiento voluntario de la sentencia de condena recurrida. El recurso interpuesto no evita que nazca la obligación de cumplir una resolución judicial cuando ésta se ha ejecutado provisionalmente[134]. La sentencia revocatoria da un derecho a ser restituido, pero no declara nulo lo ya actuado, que es válido, en función de un título al que se le reconoce, siquiera con carácter provisional, fuerza ejecutiva. Ya expusimos como sería necesario hacer un requerimiento de pago para que el deudor cumpliese voluntariamente, y como, en todo caso, permanece abierto el trámite del art. 531 LEC que evitará el reporte de mayores costas. Esto mismo sería aplicable también a las posibles multas coercitivas impuestas al ejecutado provisionalmente[135], que no se podrán

cuanto haría inútil su derecho al recurso, pues de ser revocada la sentencia condenatoria, no se le garantizaba de ningún modo la devolución de lo pagado, el Tribunal Constitucional afirmaba que, entre otros motivos, el derecho a la tutela judicial efectiva no se vería conculcado porque, en último caso, el Estado garantizaba el cobro de tales cantidades. ¿Deberíamos entender, a *sensu contrario*, que la no existencia de una previsión expresa en la LEC que haga al Estado responsable por esta situación convierte a la regulación de la ejecución provisional en inconstitucional?

131. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.: *Derecho Procesal Civil... cit.*, p. 375.

132. QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", *cit.*, p. 2583.

133. De acuerdo con este precepto se muestra DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.: *Derecho Procesal Civil... cit.*, p. 375.

134. CABALLOL ANGELATS, L.: "La ejecución Provisional en el Anteproyecto de LEC", *cit.*, p. 595.

135. CARRERAS MARAÑA, J.M.: "Ejecución provisional y oposición...", *cit.*, pp. 1181-1180.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

incluir entre los daños y perjuicios de la ejecución, tanto más cuando tales multas están basadas en una actitud de mala fe y obstativa de la ejecución provisional que, no lo olvidemos, la propia Ley intenta facilitar con carácter general. Es como si se animase al acreedor a solicitar la efectividad de la sentencia en primera instancia, pero al mismo tiempo se le hiciese responsable de la posible revocación de la sentencia[136]. Termina siendo el ejecutante o el propio ejecutado —cuando el anterior es insolvente— el que paga los errores dela justicia de primera instancia, y asumen las consecuencias de la revocación de las sentencias ejecutadas provisionalmente. Como decíamos al principio de este artículo, así la apuesta del legislador por la justicia de primera instancia es muy sencilla.

Si la revocación de la sentencia fuese parcial, sólo deberá devolver la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, anualmente, desde el momento de la percepción, el interés legal del dinero. Parece que en este caso no hay expresa imposición de costas[137].

Cuando la sentencia revocatoria no fuese firme, la efectividad de la revocación de acuerdo con los criterios señalados, podrá llevarse adelante por medio de la vía de apremio ante el tribunal que sustanció la ejecución provisional. El obligado a devolver en este caso —el antiguo ejecutante— podrá utilizar la facultad que el art. 528.3 LEC reconocía al ejecutado, es decir, la de oponerse a actuaciones ejecutivas concretas, con los mismos presupuestos que en tal precepto se reconoce. Asistimos, por decirlo de un modo gráfico, a una revocación provisional. Cuando la sentencia revocatoria sea firme, la ley silencia el procedimiento para hacerla efectiva. Debemos entender que si la vía de apremio está permitida para el caso de sentencias no firmes, tal posibilidad está plenamente justificada en sentencias que ya alcanzaron firmeza[138]. Por otro lado, tal interpretación se ve reforzada por el hecho de que la propia Exposición de Motivos[139] señala que "*la ley no remite a un proceso declarativo para la compensación económica en caso de revocación de lo provisionalmente ejecutado, sino al procedimiento de apremio ante el mismo órgano que tramitó o está tramitando la ejecución forzosa provisional*".

136. CABALLOL I ANGELATS, L.: "La ejecución provisional", *cit.*, p. 654.

137. Tal interpretación es acogida por QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", cit., p. 2584, que, sin embargo, señala el problema que surge al tratar de las llamadas victorias pírricas.

138. RAMOS MÉNDEZ, F.: *Guía para una transición ordenada... cit.*, p. 533.

139. MONTERO AROCA, J. ET AL.: *El nuevo proceso civil*, *cit.*, pp. 710-711.

4.2. Revocación en casos de condenas no dinerarias

El art. 534 LEC regula la revocación de la sentencia que condena a este tipo de prestaciones, diferenciando al mismo tiempo entre la condena de entregar un bien determinado y la condena a una prestación de hacer. Si la revocación fuese referida a una condena de entrega de un bien determinado, lo que debe restituirse es la cosa recibida, de acuerdo al título jurídico con el que se recibió[140], más las rentas, frutos o productos. Teniendo en cuenta la consideración de deudor de buena fe[141] que tiene el ejecutante provisional que ve revocada la sentencia, al basarse en un título válido, la sentencia de primera instancia, consideramos que el régimen de restitución debe hacerse de acuerdo con el art. 1122 CC, en cuanto a las mejoras y menoscabos. Al mismo tiempo, a pesar de tener que devolver los frutos, rentas o el valor de uso, en virtud de los artículos 452 y 453 CC, podrá tener derecho al resarcimiento de los gastos necesarios para la obtención de tales frutos y rentas. Sólo cuando la restitución *in natura* fuese imposible —para lo que habrá que tener en cuenta la no exigibilidad de la restitución a los terceros—, deberá acudirse a la indemnización de daños y perjuicios. En el caso de revocación de una resolución que contenga una condena de hacer y éste ya se hubiese realizado, se podrá pedir que se deshaga lo hecho y se indemnicen los daños y perjuicios causados.

La Ley, sin embargo, deja algún supuesto sin resolver. Por ejemplo, habla de la revocación de condena no dineraria, pero no tiene en cuenta que la condena no dineraria puede haberse ejecutado provisionalmente a través del equivalente económico. En este caso el resarcimiento deberá tramitarse del mismo modo que en la revocación de las condenas dinerarias[142]. En el caso de que se revoque una condena no dineraria sólo de modo parcial, deberá aplicarse las normas anteriores a los pronunciamientos que sean revocados[143].

140. QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", *cit.*, p. 2587.

141. QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", *cit.*, p. 2587.

142. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.: *Derecho Procesal Civil... cit.*, p. 377.

143. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.: *Derecho Procesal Civil... cit.*, p. 377.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Cuando la sentencia sea de entregar una cosa genérica, debe tomarse por guía la normativa del art. 533 LEC, pues a menudo las cosas genéricas tienen fácil conversión en equivalente monetario[144]. Tampoco trata expresamente la Ley el caso de las condenas de no hacer posteriormente revocadas. En este caso, deberán deshacerse las consecuencias de lo no hecho, corresponderá el alzamiento de la prohibición y la indemnización de daños y perjuicios[145].

Tal y como se hace para el caso de las condenas dinerarias, la Ley ofrece la posibilidad de solicitar la efectividad de la revocación a través del procedimiento de apremio, que debemos entender tanto para sentencias firmes como para no firmes. Al mismo tiempo, cuando la revocación tenga carácter provisional por pender todavía recurso extraordinario de infracción procesal o de casación, cabrá la oposición a tal revocación, en los tiempos en que se establece en la Ley la oposición a la ejecución provisional de sentencias no dinerarias.

5. Ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en segunda instancia

En virtud de la unidad de régimen que establece la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, la regulación de la ejecución provisional de las sentencias de condena dictadas en segunda instancia, a pesar de merecer para el legislador un capítulo separado, no posee ninguna especialidad relevante con respecto a lo hasta ahora expuesto, siendo los arts. 535 a 537 LEC meras remisiones al régimen comentado, con alguna especialidad que no justifica, de ningún modo su tratamiento separado y no implica tampoco, dificultad interpretativa alguna. Sin duda el único comentario que merece el Capítulo III es el de que debería haber sido eliminado, y las especialidades referidas al plazo y a los testimonios, incluidas en los artículos correspondientes.

144. Quecedo Aracil, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales...", *cit.*, p. 2586.

145. Caballol Angelats, L.: *La ejecución provisional... cit..*, p. 281; Montero Aroca, J. et al.: *El nuevo proceso civil*, *cit.*, p. 712.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Bibliografía

Aguilera Morales, M.: "Aproximación a la ejecución provisional y definitiva desde su regulación en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil", *Tribunales de Justicia*, 2000, nº 7, pp. 789-826.

AA.VV.: *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valentín Cortés, coord, Madrid, 1985.

Armenta Deu, T.: *La ejecución provisional*, Madrid, 2000.

Arroyo García, S.: "La ejecución provisional", en Cabañas García, J.C. et. al.: *Comentarios prácticos a la nueva LEC*, Madrid, 2000, pp. 496-511.

Asencio Mellado, J.M.: "A execución provisional no proxecto de lei de axuizamento civil", en *Congreso de Dereito Procesual de Galicia: A reforma da Xustiza Civil*, A Coruña, 1999, pp. 3-28.

Barbancho Tovillas, F.J.: "Estudio del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000.

Caballol Angelats, L.: *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, 1993.

Caballol Angelats, L.: "La ejecución Provisional en el Anteproyecto de LEC", en *Presente y futuro del proceso civil*, J. Picó i Junoy, dir., Barcelona, 1998, pp. 585-596.

Caballol Angelats, L.: "La ejecución provisional", en *El proceso civil y su reforma*, Madrid, 1998, pp. 475-486.

Caballol i Angelats, L.: "La Ejecución provisional", en *Ley de Enjuiciamiento Civil*, F. Gómez de Liaño González, coord., Oviedo, 2000.

Carreras Maraña, J.M.: "Ejecución provisional y oposición en las sentencias de primera instancia", en *LEC comentada*, J. Marina Martínez-Pardo y D. Loscertales Fuertes, dtores., vol. II, Madrid, 2000, pp. 1150-1188.

Cima García, C.: "La ejecución procesal de títulos no jurisdiccionales y judiciales: la ejecución provisional y la ejecución no dineraria", en *Jornadas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Oviedo, 2000.

Consejo General del Poder Judicial: "Informe al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Reforma del Proceso Civil*, Madrid, 1998.

Cortés Domínguez, V.; Gimeno Sendra, V.; Moreno Catena, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Madrid, 2000.

Damián Moreno, J.: "De la ejecución provisional de resoluciones jurisdiccionales", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Valladolid, 2000, pp. 2497-2520.

DÍAZ MARTÍN, F.R..: "La ejecución provisional de resoluciones judiciales en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", *La Ley*, 1999, nº 3, pp. 1980-1988.
GARCÍA PÉREZ, J.J.: "Problemas prácticos derivados de la ejecución provisional de autos y sentencias objeto de recurso de apelación (artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)", *RGD*, 1993, nº 589-590, pp. 9663-9683.
GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.: *Derecho Procesal Civil. Tomo II*, Oviedo, 2001.
LORCA NAVARRETE, A.M.: *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Madrid, 2000.
MONTERO AROCA, J. ET AL..: *El nuevo proceso civil*, 2ª ed., Valencia, 2001.
MORENO CATENA, V.: *La ejecución forzosa*, Madrid, 2000.
MOZO MUELAS, R.: "Razones que hacen desaconsejable e ineficaz la ejecución provisional de las sentencias", *La Ley*, 1989, nº 4, pp. 959-965.
MUERZA ESPARZA, J.J.: "Algunas consideraciones sobre la ejecución provisional en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Aranzadi Civil*, 2000, nº 16.
OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, F.; VEGAS TORRES, J.: *Derecho Procesal Civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales*, Madrid, 2000.
OLIVA SANTOS, A.: "El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998, y la protección del crédito: ejecución provisional y proceso monitorio", *La Ley*, 1999, nº 2, pp. 1641-1648.
ORTELLS RAMOS, M.: "Para la reforma de la ejecución provisional en el proceso civil", *Justicia*, 1991, nº 2, pp. 277-299.
QUECEDO ARACIL, P.: "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales (comentario de los artículos 524-537 LAC)", en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, M.A. Fernández-Ballesteros; J.M. Rifá Soler; J.F. Valls Gombau, dtores., Barcelona, pp. 2541-2591.
RAMOS MÉNDEZ, F.: *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, 2000.
RIFÁ SOLER, J.M.: "La ejecución provisional y las medidas cautelares en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, E. Font Serra, coord., Barcelona, 1999, pp. 97-135.
VALES BAREA, J.R.; MARTÍNEZ CARRERAS, L.: "A vueltas con la ejecución provisional (artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)", *RGD*, 1992, nº 577-578, pp. 9549-9558.
VÁZQUEZ SOTELO, J.L.: "Ejecución provisional y medidas cautelares", en *El proceso civil y su reforma*, Madrid, 1998, pp. 487 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

COMISIONES ROGATORIAS

AUDIENCIA PRELIMINAR Y ORALIDAD EN EL DERECHO BRASILEÑO

DARCI GUIMARÃES RIBEIRO
Profesor de Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil en la *Universidade do Vale do Rio dos Sinos* (UNISINOS)
Profesor de Derecho Procesal Civil en la *Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul* (PUC)
Brasil

SUMARIO

1. Introducción. — 2. La oralidad y el derecho antiguo. — 3. Bentham, F. Klein y la oralidad. — 4. Los valores de la oralidad. — 5. Audiencia Preliminar. 5.1. Nociones generales. 5.2. Derecho comparado. 5.2.1. Derecho austríaco. 5.2.2. Derecho alemán. 5.2.3. Derecho italiano. 5.2.4. Derecho español. 5.2.5. Derecho portugués. 5.2.6. Derecho uruguayo. 5.3. Fases de la audiencia preliminar. 5.3.1. Conciliación. 5.3.2. Saneamiento del proceso. 5.3.3. Fijación de los puntos controvertidos. 5.3.4. Determinación de las pruebas que van a ser producidas.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo procuro demostrar la estrecha vinculación que existe entre la audiencia preliminar y el principio de la oralidad, pues es a través de ella que aquella se implementa, dejando de ser mero un formalismo para ser, realmente, un efectivo instrumento de la adecuada prestación jurisdiccional. No sería exagerado añadir que la mayor o menor eficiencia

de esa audiencia, dependerá de la mayor o menor aproximación de la oralidad. Si concebimos esa audiencia sobre la óptica antigua de la técnica del saneamiento, que permitía al juez sanear por escrito y aisladamente, no alcanzaremos las inmensas ventajas queridas por el legislador con la reforma[1], que se basó en las grandes repercusiones que la oralidad ha tenido en las recientes reformas habidas en el mundo contemporáneo.

2. La oralidad y el derecho antiguo

La ventaja de la palabra hablada sobre la palabra escrita no fue una preocupación exclusiva de los romanos. El propio Platón, en uno de sus diálogos, dice: "(...) *a escrita é morta e só fala por uma parte, isto é, por meio daquelas idéias que com os sinais despertam o espírito. Não satisfaz plenamente à nossa curiosidade, não responde às nossas dúvidas, não apresenta os inúmeros aspectos possíveis da própria cousa. Na palavra viva, falam também o rosto, os olhos, a cor, o movimento, o tom da voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras, e subministram tantos indícios a favor ou contra a própria afirmação delas*"[2].

Según Chiovenda, "*o processo romano foi eminentemente oral, na plenitude da significação dêsse termo e pela razão íntima e profunda de que assim o exigia a função da prova*"[3]. El proceso civil romano, como es sabido, se divide básicamente en tres períodos: *legis actiones*, *per formulas* y *extraordinariae cognitiones*[4]. En el periodo de las *legis actiones*, el proceso era

1. En Brasil la reforma que introdujo la audiencia preliminar vino a través de la Ley nº 8.952, de 13.12.94.

2. Mario Pagano, *apud* Chiovenda, <*Procedimento Oral*>, en la *Coletânea de Estudos de Juristas-Processo Oral*, Edit. Forense, Rio de Janeiro, 1940, pág. 41.

3. *Instituições de Direito Processual Civil*, (trad. J. Guimarães Menegale), v.1º, Edit. Saraiva, São Paulo, 1969, nº 32, pág. 126.

4. Para profundizar mejor sobre el tema, aconsejamos la lectura, entre otros, de Vittorio Scialoja, *Procedimiento Civil Romano*, Edir. Ejea, Buenos Aires, 1954, especialmente §§ 14 y ss; Riccobono, *Roma, Madre de las Leyes*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1975, principalmente Cap. II, págs. 55 y ss; Chiovenda, *Instituições ...*, ob. cit., 1º v, nº 32, José R. Cruz e Tucci e Luiz C. Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, Edit. RT, São Paulo, 1996, Cap. 3º y ss; y Nello Andreotti Neto, *Nova Enciclopédia Jurídica Civil Brasileira,* Ed. Rideel, São Paulo, v. I, Título IX, págs. 229 y ss.

eminentemente oral, a pesar de ser extremamente formal y rígido, pues las partes deberían obedecer a las formas legales que no eran escritas, y el menor quebrantamiento a la forma procesal generaba la pérdida de la causa[5]. En el periodo *per formulas*[6], surgido, según GAIO, con la "*Lex Aebutia e Lex Julia*"[7], los editos de los pretores presentaban esquemas abstractos, esto es, la instrucción era escrita (fórmula) y servía de paradigma al magistrado que, al redactar el *iudicium*, debía observarla; así mismo, el proceso presentaba un carácter predominantemente oral, pues las partes debían comparecer delante del magistrado, identificando la *litis contestatio*[8]. El periodo de la *extraordinaria cognitio* se caracteriza por la ruptura que presenta en relación con el sistema anterior, en que el juzgado se componía de dos fases, *in jure*, la primera y *apud judicem*, la segunda. En este sistema, existe una única persona que juzga (magistrado—funcionario), que empieza, instruye y decide[9]. Así mismo, predominaba el principio de la oralidad, según nos informa JOSÉ R. CRUZ E TUCCI: "*Embora alguns atos processuais fossem documentados, a oralidade se sobrepunha à escritura no procedimento da* extraordinaria cognitio*: as partes debatiam a causa, em contraditório, na presença do magistrado*"[10]. Se constata que, durante todos los siglos de desarrollo del proceso civil romano, el principio de la oralidad jamás fue olvidado como elemento de perfeccionamiento de las instituciones judiciarias.

5. Gaio, *Institutas* 4.30.

6. La expresión "formulario" significa, según el diccionario Aurélio, "*modelo impresso de fórmula, no qual apenas se preenchem os dados pessoais ou particulares*", Edit. Nova Fronteira, Rio de Janeiro. Y, según el *Dicionário Morfológico da Língua Portuguesa*, Edit. Unisinos, São Leopoldo, 1988, v. II, pág. 1815, "forma" significa: "*figura ou aspecto exterior; maneira; modelo.*". Razón por la cual se deduce que el nombre advino de la necesidad de se respetar los modelos establecidos por los "editos" de los pretores.

7. *Institutas* 4.30.

8. Es interesante notar la mudanza de un periodo en pos de otro que el propio jurista Gaio nos menciona, diciendo: "*Mas todas estas ações da lei tornaram-se a pouco e pouco odiosas. Pois dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito, chegou-se à situação de, quem cometesse o menor erro, perder a causa. Por isso, aboliram-se as ações da lei pela Lei Ebúcia e pelas duas Leis Júlias, levando os processos a se realizarem por palavras fixas, i.é., por fórmulas*", Institutas, 4.30.

9. En ese sentido, Vittorio Scialoja, *Procedimiento Civil Romano,* ob. cit., § 50, pág. 365; José R. Cruz e Tucci e Luiz C. Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, ob. cit., Cap. 10, pág. 138; Nello Andreotti Neto, *Nova Enciclopédia Jurídica Civil Brasileira,* ob. cit., pág. 244 y ss.

10. Ob. cit., pág. 141.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La oralidad como postulado del proceso empezó a declinar con la influencia ejercida por el proceso romano (a partir de Justiniano con el *corpus iuris civilis*) y el proceso canónico[11]. La oralidad vino a surgir nuevamente con la adopción de numerosos principios del proceso sumario de la *Clementina Saepe*, permitiendo debates orales y reduciendo formalidades.

3. BENTHAM, F. KLEIN Y LA ORALIDAD

Tuvo un papel relevante para la oralidad en el proceso el jurisfilósofo inglés JEREMY BENTHAM (1748-1832), cuando escribió, en 1823, entre otras obras, el *Tratado de las Pruebas Judiciales*. En él BENTHAM pone en relieve la importancia del hecho para la vida del derecho, y principalmente para la prueba. No fue sin meditar que COUTURE, refiriéndose al filósofo, dice: "*Bentham fue el filósofo del progreso*"[12]. Él, como pocos, dio gran importancia al contacto directo entre el hecho a ser probado y el juez que decide, permitiendo, por consecuencia, una mayor agilización de los procesos, que es el paradigma de la ciencia procesal moderna. Son sus palabras, más que otra cosa, que traducen el sentimiento general de los procesalistas modernos sobre la oralidad, cuando criticó el sistema inglés, vigente en la época, donde la prueba oral no era recogida por el mismo juez que decidía, pues, según BENTHAM, "*el juez no puede conocer por observaciones propias los caracteres de verdad tan vivos y tan naturales, relacionados con la fisionomía, con el tono de voz, con la firmeza, con la prontitud, con las emociones del temor, con la sencillez de la inocencia, con la turbación de la mala fe; puede decirse que se cierra a sí mismo el libro de la naturaleza y que se vuelve ciego y sordo en casos en que es preciso ver y oír todo*"[13]. (subrayado nuestro).

11. JOHN HENRY MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, (traducción de Eduardo L. Suárez), Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, Cap. II., y principalmente CHIOVENDA, *Instituições* ..., ob. cit., nº 32, pág. 128 y ss.

12. *Jeremy Bentham y Nosotros*, en el libro *El Arte del Derecho y otras Meditaciones*, Ed. Fundación de Cultura Universitária, Buenos Aires, 1991, pág. 145.

13. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1971, libro III, Cap. V, pág. 192. También N. MALATESTA, ya en 1894, decía: "*Hay en la fisionomía, en la voz, en la serenidad o en las vacilaciones del testigo, muy interesantes indicaciones acerca de la verdad con que habla, las cuales se pierden cuando se juzga sólo en vista de lo escrito*", Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, Ed. General Lavalle, Buenos Aires, 1945, pág. 279.

Las ideas de ese jurisfilósofo eran tan avanzadas para su época, que solo recientemente estamos adoptando sus sugerencias para el perfeccionamiento del proceso como un instrumento de realización rápida y barata de la justicia. Trazó BENTHAM, ha cuasi dos siglos, el perfil de lo que consideraba el proceso civil natural comparándolo con su procedimiento técnico. Veamos algunos de eses artículos:

PROCEDIMENTO NATURAL	PROCEDIMIENTO TÉCNICO
1. No início de uma causa, e em seguida, todas as vezes que for necessário, as partes serão chamadas e ouvidas em caráter de testemunhas como no de partes, face a face, em presença do juiz, para darem mutuamente todas as explicações necessárias e estabelecer o verdadeiro objeto do processo.	**1.** As partes não são chamadas a comparecer perante o juiz; tudo se faz por intermédio dos procuradores.
3. O depoimento só é recebido na sua forma mais autêntica, isto é, oral, e a testemunha submetida a um interrogatório alternado pela parte adversária e o juiz. Não há outras exceções senão nos casos especificados na lei, onde é preciso admitir um testemunho por escrito segundo as forma estabelecidas para a correspondência judiciária.	**3.** O testemunho recebido em muitos casos da maneira mais imperfeita, isto é, sem as garantias que podem torná-lo exato e completo: testemunho sem publicidade, só para o juiz ou sem interrogatório alternado ou contra-exame pelas partes interessadas: depoimentos recebidos por escrito sem serem submetidos a prova de contradição: provas inferiores admitidas como provas suficientes.
4. Após o primeiro comparecimento, si a causa não está terminada, os subsequentes comparecimentos são fixados conforme a necessidade da causa ou a conveniência do tribunal ou das partes.	**4.** As causas são anotadas e os dias fixados de acôrdo com as regras gerais, conforme a conveniência mútua dos procuradores donde resultam pedidos contínuos de dispensas e pretextos para arrastar idefinidamente as questões.
7. Cada causa é tratada do cômeço ao fim pelo mesmo juiz. Aquele que recolheu as provas pronuncia a decisão.	**7.** A mesma causa é transmitida de tribunal em tribunal sob diversos pretextos. Um juiz recolhe a prova e não decide; outro decide sem ter ao menos ouvido as testemunhas.
9. A reclamação do Autor, as bases sôbre que ela repousa, seja de fato ou de direito, são consignadas (tanto quanto possível) em formulários impressos: as alegações individualizadas por nomes,	**9.** Os diversos escritos expositivos dos pedidos e das defesas, sem formulários, falhos de clareza, de método, de precisão, espalhados por distância infinitas, abrindo vasto campo a variações

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

as datas, logares, insertos nos brancos. O mesmo para a defesa.

11. Os avisos e intimações recíprocas das partes ou da parte, dos juizes são comunicados com um mínimo de palavras e com a maior segurança possível. O Correio é aplicado ao serviço judiciário como ao do comércio.

de questões, a alegações obscuras e incertas.

11. As intimações dessa natureza, falhas de prontidão nos meios e de certeza nas formas, são uma fonte abundante de chicanas e de atrasos. As sutís distinções sôbre os domicílios acarretam os mesmos inconvenientes." [14]

Tales sugerencias, propuestas por el prestigiado autor, cuando imaginó el proceso civil natural, son acogidas hoy como modelo de agilización en la casi totalidad de las leyes procesales del mundo moderno, *v. g.*, cuando dice en el artículo 11, "*O correio é aplicado ao serviço judiciário*", tenemos hoy, en Brasil, la citación por el correo como regla general, que vino solamente con la Ley nº 8.710/93; por lo tanto, cuasi dos siglos después de esa recomendación.

Otro jurista que contribuyó sensiblemente en el fortalecimiento y el desarrollo del principio de la oralidad fue el Prof. FRANZ KLEIN[15], cuando creó para Austria, en 1895, una ley procesal basada sobre los principios de la oralidad, inmediación, concentración, publicidad, autoridad judicial y libre valoración de las pruebas. El autor, para implementar sus ideas de justicia rápida y barata, tuvo que luchar contra toda una estructura arcaica y rígida, que envolvía el proceso civil. La mirada de ese jurista era tan precisa, que el mismo proclamaba: "*La oralidad es un enemigo peligroso si se la acepta como un formalismo; ha de suponer sólo una ayuda para la mejora del procedimiento*"[16]. La ZPO austríaca ejerció enorme influencia en los códigos procesales modernos, a punto de FAIRÉN GUILLÉN decir: "*A través de sus repercusiones, se ve que su influencia en la reforma procesal austríaca y de no pocos otros países, es comparable a la que Napoleón obró sobre la codificación en general*"[17].

14. *Apud* CHIOVENDA, <*A Oralidade e a prova*>, contenido en el libro *Processo Oral*, ob. cit., págs. 146 e 147.

15. KLEIN fue Ministro de Justicia en Austria, en 1891, y Prof. De la Universidad de Viena. Para profundizar el estudio de la oralidad, en el processo civil austríaco, consultar SIEGMUND HELLMANN, en el libro *Processo Oral*, ob. cit., págs. 151 y ss. Sobre su obra consultar *Riv. Dir. Proc. Civ.*, de 1925, v. II, parte I, págs. 80 y ss.

16. *Apud* FAIRÉN GUILLÉN, *El Proyecto de la Ordenanza Procesal Civil Austríaca visto por Franz Klein*, en Estudios de Derecho Procesal, Edit. Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 319.

17. *El Proyecto de la Ordenanza* ..., ob. cit., pág. 306.

El principio de oralidad, de acuerdo con KLEIN, no debería existir solo, debería estar mezclado con el principio de la escritura, que, en algunos casos, es necesario[18]; tanto es así que creó en su proyecto el §190, el cual establece que: "*Las partes actúan oralmente ante el Tribunal que conoce del asunto. En los litigios en que es precisa la asistencia de Letrado, se prepara el debate oral mediante escritos. Por lo demás, sólo se recurre al empleo de estos escritos preparatorios en los casos especialmente previstos en esta Ley*"[19]. Para el autor, ardoroso adepto de la oralidad, pero principalmente de la razón práctica, el proceso debería ser adecuado a sus fines, pues "*los principios de adecuación y practicabilidad del procedimiento (Zweckmässigkeit, Praktikabilität) más se han de referir al fondo de los litigios que a la forma de desarrollar los mismos*[20]. Se puede decir, con certeza, que fue KLEIN el primero en sostener que el proceso es un instrumento de realización de la justicia, donde la forma debe ceder delante de la finalidad.

4. LOS VALORES DE LA ORALIDAD

El problema mayor de la oralidad no reside en el campo del derecho, sino en el de la filosofía y, en especial, en la ética, pues, en la medida en que se agrava la crisis ética[21], se agrava la crisis en las relaciones humanas. Vivimos en el

18. Lo que se quiere combatir es el principio de la escritura, traducido en la máxima "*quod non est in actis non est de hoc mundo*", que, para CAPPELLETTI, es " *la máxima de la inexistencia jurídica de todo acto procesal que no hubiese asumido la forma escrita*", <*Valor actual del principio de la oralidad*>, en La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil, (traducción de Santiago Santís Melendo), Edit. Ejea, Buenos Aires, 1972, pág. 85. Debemos ablandar el principio de la escritura, pero sin prescindir de los elementos escritos, pues la escritura es indispensable precisamente para se establecer aquello que se debe tratar oralmente. En ese sentido también se manifestó A. WACH, ya en 1879, cuando escribió sus *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, (traducción de Santiago Santís Melendo), Edit. Ejea, Buenos Aires, 1958, págs. 1 y ss, especialmente pág. 56. Processo eminentemente oral tuvo el Código de Proceso Civil de Hannover, en el año de 1850.

19. *Apud* VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *El Proyecto de la Ordenanza* ..., ob. cit., pág. 318.

20. *Apud* VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *El Proyecto de la Ordenanza* ..., ob. cit., pág. 309.

21. La ética debe ser entendida, según Adolfo SÁNCHEZ VAZQUEZ, como: "*a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade*", Ética, (traducción de João Dell'Anna), Edit. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1990, pág. 12.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mundo de la apariencia[22], en donde los valores son fácilmente alterados y difícilmente absorbidos por el espíritu humano, razón por la cual sentimos una desconfianza generalizada hacia el ser humano, y, por consiguiente, hacia la persona del magistrado. La oralidad corre en sentido contrario, en la proporción en que presupone una mayor credibilidad, confianza en la persona del hombre-juez, dado que un proceso predominantemente oral significa aproximar el juez al hecho, permitiendo un análisis fenomenológico, consecuentemente creyendo, según CAPPELLETTI, en "*sus capacidades de objetiva observación y de sereno e imparcial análisis de los datos observados*"[23]. Es necesario subrayar que la oralidad presupone una responsabilidad, porque, en el proceso, dicho oral, todos los involucrados son obligados a conocer mejor el derecho que debe ser aplicado, pues no se permiten dilaciones temporales, a fin de buscarse el conocimiento necesario en los libros, para resolver mejor la cuestión. La resolución debe ser inmediata, so pena de que la oralidad quede reducida apenas a una búsqueda de pruebas en los procesos. Ese es el precio que el incremento de la oralidad comporta y que debemos estar preparados para pagar. En ese sentido, tanto más rápida y mejor será la prestación de la tutela jurisdiccional cuanto mayor sea el conocimiento jurídico de las personas involucradas. No es en vano que se intente, de alguna manera, crear un *control externo de la magistratura*, como forma de fiscalizar la actividad judicial.

Esa valorización en la persona del hombre-juez se refleja, de acuerdo con DENTI, en las "*exigencias intrínsecas a la fundamental revaloración del juicio de primera instancia, que ocupa el centro de toda moderna reforma del proceso civil*"[24]. Las reformas ocurridas en el proceso civil brasileño parece que acogieron esas exigencias, en la medida en que conceden al juez mayor poder de decisión, como se puede notar, *e. g.*, en el art.18 del Código de Proceso Civil, lo cual permite al juez *ex officio* condenar al litigante de mala fe, contrariando incluso las decisiones anteriores del Superior Tribunal de Justicia[25]; en el §4º del art. 20 del CPC, que permite al juez equitativamente fijar honorarios en las hipótesis allí previstas; en el art. 33 del CPC, que permite al juez requerir por adelantado los honorarios del perito, facultándole, también, la liberación parcial; en el pár. único del art. 46 del CPC, que permite al juez limitar o no la formación del litisconsorcio facultativo, cuando comprometer la rápida solución del litigio; en el art. 461 del CPC, que permite al juez, entre otras medidas, imponer *ex officio* multa, determinar búsqueda y aprehensión, remoción de personas, etc;[26] en el pár. único del art. 518 del CPC, que permite al juez examinar nuevamente los presupuestos de admisibilidad del recurso; en el pár. único del art. 538 del CPC, que amplió también para el juez la posibilidad de aplicar una multa, cuando los embargos de declaración sean utilizados para dilatar el proceso.

La oralidad está imbricada directamente en el concepto *social* de proceso, visualizado externamente como un instrumento de bienestar social, capaz de garantizar un acceso efectivo a una orden jurídica justa, pues, de acuerdo con CHIOVENDA, "*il processo deve dare per quanto possibile a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*"[27] Y como *socializar* el proceso, sino asumiendo el magistrado una posición prominente frente a las partes, capaz de no solo promover el impulso (art. 262 del CPC) sino también participar más activamente, *v.g.*, en el campo probatorio, en la audiencia preliminar, etc.[28].

22. Pues, según HANNAH ARENDT, "*a primazia da aparência é um fato da vida cotidiana do qual nem o cientista nem o filósofo podem escapar, ao qual têm sempre que voltar em seus laboratórios e em seus estudos, e cuja força fica demonstrada pelo fato de nunca ter sido minimamente alterada ou desviada por qualquer coisa que eles tenham descoberto quando dela se afastaram*", <A vida do Espírito>, (traducción de Roberto Raposo), Edit. Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1993, pág. 20.

23. <*Valor actual del principio de la oralidad*>, en *La Oralidad* ..., ob. cit., pág. 94.

24. *La oralidad en la reforma del proceso civil*, en Estudios de Derecho Probatorio, (traducción de Santiago Santís Melendo), Edit. Ejea, Buenos Aires, 1974, Cap. VI, pág. 258.

25. RSTJ 37/548, STJ-3ª Turma, REsp 4091 SP, rel. Min. Claudio Santos, J 27.8.90 y STJ-5ª Turma, REsp 27.873-2 SP, rel. Min. Assis Toledo, J 21.10.90.

26. Sobre ese importante tema, consultar ADA P. GRINOVER, *Tutela Jurisdicional nas Obrigações de Fazer e não Fazer*, en Revista da Fundação E.S.M.P do Distrito Federal, nº 4, jul/dez. 1994, pág. 11 y ss; y KAZUO WATANABE, <*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado por los autores del anteproyecto*>, Edit. Forense Universitaria, São Paulo, 3ª. ed., 1993, pág. 525.

27. *Saggi di Diritto Processuale Civile,* Roma, 1930, vol. 1, pág. 110.

28. En ese sentido, DENTI, <*La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos*>, en *La Oralidad* ..., ob. cit., págs. 106 y ss. Va más lejos CAPPELLETTI, entendiendo que el juez debe direccionar, impulsar *materialmente* el proceso, pues, según el autor, "*él asume un cometido de carácter activo y asistencial respecto de las partes, discutiendo con ellas la mejor formulación de las demandas y excepciones, colaborando con ellas en la búsqueda de la verdad*", <*Valor actual del principio de la oralidad*>, en *La Oralidad* ..., ob. cit., pág. 79. Esa idea es también defendida por el autor, en otra obra, cuando dice que: "*spettano invero al giudice non soltanto poteri relativi allo svolvímento* formale *del processo (c.d. «formelle Prozessleitung»), ..., anche e soprattutto poteri relativi all'oggetto sostanziale del processo (cosiddetta* «materielle *Prozessleitung»)*", <La Testimonianza della parte nel sistema dell'oralità>, Edit. Guiffrè, Milano, 1962, v. I, pág. 71.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El campo más fecundo de actuación de la oralidad es, sin duda, el de la prueba, pues, según CHIOVENDA, "*entre a forma do procedimento e a função da prova corre um nexo estreitíssimo*"[29]. Esa verdad se cristaliza, cuando se percibe que el proceso *es una tentativa de reproducción de una realidad ocurrida so a óptica del autor y del demandado*. Son ellas, las partes, que aportan al proceso hechos con consecuencias jurídicas. Vale decir que sobre tales hechos, que son contradictorios, debe recaer la prueba. Y la búsqueda de esa prueba debe ser, si es posible, oral, visto que la oralidad permite el contacto directo del juez con la prueba, trayendo, por consiguiente, una mayor simplificación y abreviación de los procesos[30], evitando, así, fullería y la pérdida de tiempo que necesariamente ocurre entre una comunicación y otra de un acto procesal escrito. Además, se debe añadir a eso el hecho del propio art. 131 del CPC prever la posibilidad del juez apreciar libremente, no sólo la *prueba de los hechos*, sino también *las circunstancias constantes de los autos*, que solo puede ser hecho mediante las reglas de la oralidad[31]. El CPC no comporta norma expresa adoptando la oralidad, como lo registra el art. 180 del CPC italiano, aunque sí de forma indirecta en el art. 132[32]. La valoración de la prueba oral no implica necesariamente una desvalorización de la prueba documental[33], pues se debe tener en cuenta que esa última representa, por cierto, una mejor seguridad en las relaciones jurídicas sociales, que están fuera del proceso. Por esa razón, CAPPELLETTI destaca que: "*la prueba legal (preconstituida) tiene más*

29. <*A Oralidade e a prova*>, contenido en el libro *Processo Oral*, ob. cit., págs. 137.

30. Es interesante notar que, solamente en la novena edición de su *Manuale,* y en una nota de pie, MORTARA, que era contrario a la idea de la oralidad, y por tanto contendiente de Chiovenda, esboza un modelo de proceso deseable, diciendo: "*Or é intuitivo che la oralità (per quanto relativa e temperata dalle necessità pratiche della discussione) abbrevia e semplifica il processo; è altrettanto intuitivo che la concentrazione degli atti di istruzione e delle questioni preliminari o pregiudiziali, in un rapido e raccolto svolgimento, diretto con ferma mano e con potestà discrezionale dal giudice, abbrevia e semplifica anche maggiormente il corso della lite*", <Manuale della Procedura Civile>, Edit. Torinese, Torino, 1921, 9ª. ed., v. I, págs. 308 y 309.

31. Así también ARRUDA ALVIM, *Código de processo civil comentado*, Edit. RT, São Paulo, 1979, vol. V, pág. 252.

32. Diversamente ocurre en los "*Juizados Especiais*", donde hay previsión expresa en el art. 2º de la Ley nº 9.099/95.

33. Según MALATESTA, Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, ob. cit., pág. 278.

bien el carácter de un fenómeno preprocesal (sustancial) que de un fenómeno propiamente procesal"[34].

Lo que se constata es que, en consecuencia del predominio de la prueba legal, por los criterios hasta ahora apuntados, la prueba oral posee un valor reducido de simple declaración[35]. Tanto eso es así que se suele decir que la prueba oral es considerada la "*prostituta*" de las pruebas, en virtud de ser la más sencilla de comprarse. Se puede afirmar, con certeza, basado en nuestra tradición, la *civil law*, que, *objetivamente* hablando (criterio objetivo del concepto de prueba), no existe una jerarquía entre las pruebas. Por ese motivo el juez, según el art. 131 del CPC, "*apreciará livremente a prova*"; nada parece ser más cierto; pero, en realidad, no lo es, pues, si así fuera, no nos preocuparíamos en documentar siempre que sea posible un negocio jurídico, teniendo presente la apreciación libre de la prueba. Además, la propia ley, apartado I, del art. 400 del CPC, la doctrina y la jurisprudencia entienden que no cabe prueba testifical para hecho ya probado por documento; pero la recíproca no es verdadera. La cuestión es resuelta con una simple pregunta: ¿Qué tipo de prueba sería preferible presentar en juicio, una prueba documental o una prueba testifical?. Dudo mucho que, en sana consciencia, uno prefiriera presentar, en nuestro sistema, una prueba testifical en lugar de una documental. Eso nos lleva a concluir que hay, *subjetivamente* hablando (criterio subjetivo

34. <*Valor actual del principio de la oralidad*>, en *La Oralidad* ..., ob. cit., pág. 89. Es verdad que las relaciones jurídicas, que son préprocesales, cada vez más se consuman en la prueba escrita, en virtud del acto escrito traer más garantía, pues, según GUGLIELMO FERRERO, "*nessuna garanzia migliore esista, che quella di mettere in iscritto la volontà, e affidare a mani sicure la carta, ci sempra che quella idea debba essere una idea elementare dello spirito umano e che anche il cervello più rozzo debba capirla*", <I Simboli (*Rapporto alla Storia e Filosofia del Diritto alla Psicologia e alla Sociologia*)>, Edit. Fratelli Bocca, Torino, 1893, pág. 17.

35. En sentido contrario, ya en 1894, MALATESTA, para quien la prueba producida oralmente tiene más valor de lo que tiene la prueba escrita, aconsejándose, sempre que sea posible, la reproducción oral, pues "*la razón estará en la inferioridad que como prueba presenta siempre el escrito comparado con la palabra. Conviene no olvidar que, aun en la hipótesis en que el escrito se considere como forma original, su originalidad es siempre menos perfecta que la declaración oral*", Lógica de las Pruebas en Materia Criminal ob. cit., pág. 279. Es interesante notar, según nos muestra HIDEO NAKAMURA, que "*il principio di oralità, che dovrebbe in teoria prevalere nel processo civile giapponese, finisce in realtà con il soccombere, subendo invece il sopravvento del principio di scrittura. In tal guisa, il processo in Giappone vede dilatarsi sempre più la propria durata media*", <Il Processo Civile in Giappone>, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., Edit. Giuffrè, nº 3, anno XLVI, 1992, pág. 944.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la prueba), una *jerarquía subjetiva* entre las pruebas, en la cual la prueba legal goza de una preferencia en el momento de la apreciación.[36]

La oralidad presenta como valor íntimo y necesario para su efectividad: *a) inmediación*, cuya exigencia es el contacto directo del juez con las partes, a fin de legitimarse al sentenciar, teniendo en vista que el recogimiento de la prueba es oral[37]; *b) identidad física del juez*, que determina al magistrado que concluir la audiencia, es decir, recoger la prueba oral, sentencie, según el art. 132 del CPC; c) *concentración*, cuya ventaja reside en acortar el tiempo para la práctica de los actos procesales, reduciéndolos a una o pocas oportunidades, *e. g.*, audiencia preliminar, art. 331[38] (procedimiento ordinario) y 277[39] (procedimiento sumario), ambos del CPC, y también la audiencia de instrucción, art. 450 del CPC; d) *irrecurribilidad de las decisiones interlocutorias*[40], adoptadas por via indirecta, porque las decisiones interlocutorias en nuestro sistema son atacadas por el recurso de agravo, art. 522 del CPC, que no poseen efecto suspensivo, según apartado II, del art. 527 del CPC. El propio código de proceso civil, en su exposición de motivos nº 13, adopta la oralidad con sus corolarios. Sería difícil imaginar la oralidad sin alguno de los elementos que la caracterizan.

36. JOÃO BATISTA LOPES afirma que existe una jerarquía entre las pruebas: "*1) Prova legal; 2) Confissão; 3) Prova pericial indispensável; 4) Prova documental; 5) Prova testemunhal; 6) Prova por indícios e presunções*", <Hierarquia das Provas>, Revista de Processo nº 6, 1977, pág. 295. También CAPPELLETTI habla de la desvalorización de la prueba oral frente a la prueba legal, <*Valor actual del principio de la oralidad*>, en La Oralidad ..., ob. cit., pág. 91 y ss.

37. Para profundizar mejor en el estudio del principio de la inmediación, consultar obligatoriamente ISIDORO EISNER, <La inmediación en el proceso>, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1963, principalmente Capítulos IV a VII e X.

38. "Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário."

39. "Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob a advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.

§ 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.

§ 2º Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença.

§ 3º As partes comparecerão pessoalmente à audiência, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir.

§ 4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário.

§ 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade."

5. AUDIENCIA PRELIMINAR

5.1. Nociones generales

La audiencia preliminar, cuyo origen, según algunos, es de 1895, en la obra de FRANZ KLEIN[41], la ZPO austríaca, está insertada en el Capítulo V del nuestro CPC, lo cual regula el "*julgamento conforme o estado do processo*", más precisamente en la sección III, intitulada "*Do saneamento do processo*". El "*julgamento conforme o estado do processo*" se divide en tres momentos: la *extinción del proceso*, art. 329; el *juzgamiento an-*

40. Esa especie de decisión, en el derecho brasileño, está conceptuada en el §2º, del art. 162 del CPC, que dice: "*Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente*".

41. *Apud* VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *El Proyecto de la Ordenanza* ..., ob. cit., pág. 311. En ese sentido BIDART-TORRELLO-VESCOVI, entendiendo que "*si considera como antecedente cercano el régimen austríaco*", <Exposición de Motivos>, El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2ª. ed., 1997, pág. 25. Para COUTURE, en su proyecto de Código de Proceso Civil para el Uruguay, esa audiencia se originó de la *pretrial*, contenida en el art. 84 da *Federal Rule of Civil Procedure* norteamericana y del art. 37 de la *Conferencia Preliminar del Juicio del Código de Puerto Rico*, *apud* BIDART-TORRELLO-VESCOVI, <Exposición de Motivos>, El Código ..., ob. cit., pág. 26. Para BARBOSA MOREIRA, el origen sería el "*Decreto nº3, de 25-5-1907*", del derecho Portugués, chamado *processo sumario*, que, según el autor, era "*um ato judicial destinado essencialmente à apreciação de nulidades, após o encerramento da fase postulatória, e ao qual doutrina e jurisprudência atribuíram a denominação de 'despacho regulador'*", <Saneamento do Processo e Audiência Preliminar>, en Temas de Direito Processual, 4ª Série, Edit. Saraiva, São Paulo, 1989, pág. 112. Siendo que, luego a seguir, "*passou o despacho saneador a ser precedido de uma 'audiência preparatória', na qual, de início, toca ao órgão judicial tentar conciliar as partes, se disponível a relação jurídica litigiosa*", <Saneamento do Processo e Audiência Preliminar>, en Temas ..., ob. cit., pág. 113.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ticipado de la lide, art. 330; y el *saneamiento del proceso*, art. 331, todos del CPC.

Cuando el juez, delante del proceso, percibe alguna de las hipótesis previstas en los arts. 267 y 269, II a V, declarará *extinto el proceso* o, cuando la cuestión de mérito fuere únicamente de derecho (ap. I) o ocurriendo a la rebeldía (ap. II), el juez juzgará *anticipadamente a la lide*. Ocurriendo alguna de esas hipótesis el proceso se extinguirá, siendo, por tanto, innecesaria la audiencia preliminar[42], como bien prevé la primera parte del art. 331 del CPC, al decir: "*Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes(...)*". No siendo extinto el proceso, el juez deberá partir para el tercer momento del "*julgamento conforme o estado do processo*" que es la fase de saneamiento, donde serán examinadas las posibles preliminares presentadas por las partes, entre otras providencias. Es en esa etapa donde resultó el perfeccionamiento del prestigiado art. 331 del CPC.

La audiencia preliminar es, sin duda, el elemento más importante de la reforma procesal, en lo que se refiere a la aceleración de la prestación de la tutela jurisdiccional. No sería exagerado decir, parafraseando PROTO PISANI, que "*il successo o il fallimento della riforma sono indissolubilmente legati al funzionamento o no di questa udienza*"[43].

42. En ese sentido, encontramos ARAKEN DE ASSIS, Procedimento Sumário, Edit. Malheiros, São Paulo, 1996, pág. 97; BARBOSA MOREIRA, O Processo Civil Brasileiro e o Procedimento por Audiências, en Temas de Direito Processual Civil, 6ª Série, Edit. Saraiva, São Paulo, 1997, pág.104; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, As Inovações no Código de Processo Civil, Edit. Forense, Rio de Janeiro, 5ª. ed., 1995, pág. 15; CALMON DE PASSOS, Inovações no Código de Processo Civil, Edit. Forense, Rio de Janeiro, 1995, pág. 111 y 112; LUIZ RODRIGUES WAMBIER, A Nova Audiência Preliminar (art. 331 do CPC), en Revista do proceso nº 80, pág. 30 y 31. Defiende un punto de vista contrario, DINAMARCO, al afirmar: "*que é a audiência preliminar a oportunidade procedimental em que cabe ao juiz optar entre extinguir ou não o processo*", A reforma do código de proceso civil, Edit. Malheiros, São Paulo, pág. 119, pero, a seguir, el propio autor se contradice, diciendo: "*A conclusão é que a audiência preliminar se realizará no procedimento ordinário brasileiro, sempre (a não ser que extinto o processo antes, é claro)*", A reforma do código ..., ob. cit., pág. 123.

43. *La Nuova Disciplina del Processo Civile*, Edit. Morano, Napoli, 1991, pág. 130. El art. 183 del novel CPC italiano se refiere exactamente a "*Prima udienza di trattazione*". En este sentido, CHIARLONI, *Le Riforme del Processo Civile* (a cura di S. CHIARLONI), Bologna, 1992, pág. 162; TARUFFO *et alii*, *Le Riforme della Giustizia Civile* (a cura di M. TARUFFO), Edit. Torinese, Torino, 1993, pág. 252 y, nuevamente, cuando escribió en conjunto *La Riforma del Processo Civile,* Milano, 1991, pág. 33.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La audiencia preliminar, por la innovación que presenta, exige una mudanza de postura por parte de los operadores del derecho, acostumbrados a trabajar sobre un proceso declarativo anacrónico, basado en principios que ya no reflejan la realidad de la moderna ciencia procesal. Es sabido que, por el hábito, el proceso mismo educa o ineduca, pues, como bien dice algún día CALAMANDREI, *la costumbre del foro es más fuerte que la ley*. Y, según PANZANI, el proceso "*Diseduca quando, per avere un oggetto mutevole, sempre suscetibile di variazione e sorprese, solo in apparenza funzionali al concetto di difesa, tanto le parti, quanto il giudice finiscono per essere travolti da un meccanismo de deresponsabilizzazione, nel quale si impoveriscono le nozioni stesse di difesa e di contraddittorio. Mentre educa quando, mirando a conseguire, attraverso un'articolata fase iniziale, un suo oggetto responsabilmente definito, si può parlare di esso come di un progetto razionale, realmente costruito sul contraddittorio delle parti e realmente funzionale al correto dispiegarsi dei poteri direttivi del giudice*"[44].

Desde ese ángulo debemos analizar el art. 331 del CPC, so pena de tornarlo improductivo y, con eso, despreciar el espíritu de la ley. Pero, para agilizarse la prestación de la tutela jurisdiccional, colocando el proceso en su verdadero rumbo, luego, *educando*, se hace necesario observar los *requisitos para llevar a cabo* la audiencia preliminar:

a) un sistema de *preclusiones*, que obligue a las partes a deducir, inmediatamente, todas las alegaciones y defensas relevantes para la causa, renunciando, consecuentemente, a esquemas procesales y tácticas dilatorias, trayendo con eso una mayor responsabilidad para las partes; es la adopción del principio de la eventualidad[45],

44. *Il Giudizio di Primo Grado: La Prima Udienza e le Preclusioni*, en La Riforma del Processo Civile, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, nº 73, Nov. 1994, v. I, pág. 319 y 320. O en las brillantes palabras de PATANIA, cuando dice: "*In realtà si tratta di una inversione di tendenza che restituisce significato alla presenza del giudice lungo tutto l'arco della procedura recuperando, al contempo, la autorevolezza del giudice e la autoresponsabilità delle parti poiché il processo assolve ad una publica funzione anche quando sono privati i diritti in contesa.*",(sic) en *Il Giudizio di Primo Grado: La Prima Udienza e le Preclusioni*, en La Riforma del Processo Civile, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, nº 73, Nov. 1994, v. I, pág. 351.

45. Según PANZANI, *Il Giudizio ...*, ob. cit., pág. 320; TARUFFO, *La Riforma del Processo Civile*, ob. cit., pág. 33; PATANIA, *Il Giudizio ...*, ob. cit., pág. 351, entre otros. En sentido diferente, FRASCA que divide la fase preparatoria en *contraddittorio libero* y *a binario rigido*, siendo este último "*la previsione nell'ambito della fase preparatoria di momenti suc-*

que ya está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, tanto para el autor, art. 474 del CPC, cuanto para el demandado, art. 303 del CPC. Es patente aquí el eterno conflicto entre justicia y celeridad;

b) la necesidad de fijarse el *thema decidendum*, cuando se determine el objeto litigioso del proceso sobre lo cual deberá recaer la prueba, debiendo las partes requerir las pruebas que aún entiendan necesarias, tales como el "*depoimento pessoal*"[46], art. 343 del CPC, si no es requerido en la fase inicial; la *exhibición de documento o cosa*, art. 356 del CPC; la *pericia*, art. 420 del CPC, siendo que, en el procedimiento sumario, art. 278 *caput* del CPC, se deberán formular, junto con el requerimiento, los "*quesitos*"[47] e indicar asistente técnico; deberá, incluso, si fuere necesario, llamar el tercero al proceso[48]. Es en esa audiencia que se cierra la fase *postulatoria*, dando inicio a la fase *saneadora*[49];

c) el *conocimiento de la causa* antes de empezar la audiencia. Puede parecer innecesario, mencionarse ese requisito para llevar a cabo la audiencia, pero no lo es, una vez que la costumbre apunta en sentido contrario. La acumulación de servicio hoy en Brasil es tan grande[50] que el magistrado no tiene tiempo para preparar el proceso antes de la audiencia preliminar, limitándose a leer el proceso en el inicio de la audiencia, lo que perjudica totalmente el saneamiento y la fijación de los puntos controvertidos; pues, ¿cómo puede el magistrado sanear algo que no conoce? ¿Cómo puede fijar los puntos controvertidos sin conocer detalladamente los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos?. Ese, *data venia*, parece ser el mayor impedimento para llevar a cabo la audiencia pre-

cessivi di operatività delle preclusioni in relazione alla diversa tipologia delle difese della parti sotto il profilo dell'onere di allegatione a realizzare quel temperamento", <*Il Giudizio di Primo Grado: La Prima Udienza e le Preclusioni*>, en La Riforma del Processo Civile, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, nº 73, Nov. 1994, v. I, pág. 363. Para ese autor, el novel CPC italiano en el art. 183 adoptó ese punto de vista, *a binario rigido*. Observó GIUSEPPE TARZIA, con la reforma de 1990, consolidada por la Ley nº 534, de 20 de diciembre de 1995, que "*tinha sido introduzido um regime rígido de preclusões, não só para as demandas reconvencionais, mas também para as exceções em sentido estrito*", A audiência preliminar no processo civil, en GÉNESIS — Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, (3), set./dez. de 1996, pág. 724.

En la doctrina brasileña, según esclarece BARBOSA MOREIRA, " *Técnica de utilização freqüente para evitar protraimentos na suscitação e na solução de questões é, conforme se sabe, a da preclusão. Em princípio, crescerá a eficiência do método 'concentrado' na medida em que o ato específico (ou a série de atos específicos) assinale a liquidação definitiva das questões compreendidas em seu objeto, com a óbvia ressalva das hipóteses de superveniência. Menor será, pelo contrário, a significação desse momento processual, se mesmo depois continuarem elas irrestritamente suscitáveis*", <*Saneamento ...*>, ob. cit., pág. 142. También en ese sentido, CALMÓN DE PASSOS, cuando expone su punto de vista, diciendo: "*Se esse entendimento prevalecer, cumpre atender-se ao princípio da preclusão e da efetividade, que operam no tocante às partes, da recorribilidade do que antes foi decidido e do efeito preclusivo, no que pertine ao juiz, da interposição do recurso, enfim um sem número de problemas que serão, a meu ver, eliminados ou minimizados*", Inovacões no código de proceso civil, Edit. Forense, Rio de Janeiro, pág. 113. Según CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA: "*Esse difícil problema de política judiciária deve ser resolvido, antes de mais nada, levando-se em conta a situação cultural do povo, sua eventual litigiosidade, a capacidade dos juízes e advogados e os meios postos à disposição da administração da justiça*", Do formalismo no processo civil, Edit. Saraiva, São Paulo, nº 21.3, pág. 175.

En el proceso civil alemán, los debates acerca de las preclusiones ganaron nuevos contornos con la reforma, denominada *Vereinfachungsnovelle*, de 1976, principalmente con la redacción del debatido §296 Abs. 1 ZPO, que, según PRÜTTING, "*in tema di rigetto delle deduzioni tardive rappresenta il nucleo essenciale della Novella sulla semplificazione (...). Dal ponto di vista del singolo processo, il paragrafo 296 impedisce la tattica processuale fondata sulla spendita 'goccia a goccia' delle deduzioni*", <La Preparazione delle Trattazione Orale e le Conseguenze delle Deduzioni Tardive nel Processo Civile Tedesco>, en Riv. Dir. Proc., 1991, anno XLVI - nº2, pág. 417 e 418. No obstante el autor concluir que: "*Secondo la mia opinione non è esatta l'affermazione secondo cui il legislatore del 1976 avrebbe reintrodotto il principio di eventualità*", ob. cit., pág. 427.

La preclusión se encuentra, también, en el §255, *comma* 1º, parte primera, del código de processo civil japonés, que, según Hideo NAKAMURA, "*prevede che i fatti specifici, non allegati o dedotti nella fase preparatoria, non possano poi più esserlo nel corso della trattazione orale*", <Il Processo Civile in Giappone>, en Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1992, Giuffrè, anno XLVI - nº3, pág. 943.

En el derecho español encontramos en el art. 693, 4ª, de la LEC, que se refiere al *juicio de menor cuantía*, la posibilidad de las partes, después de la audiencia preliminar, en el plazo de ocho días, presentaren las pruebas que entiendan pertinentes, so pena de, según la ley, "*transcurrido dicho plazo, no se podrá proponer prueba ni adicionar la propuesta, a excepción de lo previsto en el artículo 612 para la prueba pericial*".

46. Que en español equivale a *confesión de la parte*, art. 579 de la LEC.
47. Son las preguntas que las partes pueden hacer para que el perito conteste.
48. Así también el art. 183, *comma* 4º del CPC italiano.
49. Porque, en esa audiencia, las partes aún podrán requerir las pruebas necesarias a la instrucción de la causa.
50. También en el derecho alemán, según PRÜTTING, *La Preparazione delle Trattazione ...*, ob. cit., pág. 414; Y en el derecho japonés, según HIDEO NAKAMURA, *Il Processo Civile in Giappone*, ob. cit., pág. 941 y 942.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

liminar[51]. Se aconseja, mediante una lectura atenta del proceso, que el magistrado seleccione aquellas causas que apuntan para una mayor posibilidad de acuerdo y designe una pauta de preferencias, o en el inicio del expediente o en un único día de la semana. Esa actitud, indiscutiblemente, reducirá la vida útil del proceso[52].

Solamente de esa forma podremos disfrutar de un proceso *rápido*, *eficaz* y *barato*. *Rápido*, porque retira todas las formas de dilaciones indebidas; *eficaz*, porque atiende al principio de la economía procesal, es decir, permite obtener un máximo de resultado, en un mínimo de actividad procesal; y *barato*, porque las partes y el Estado ahorrarán tiempo y dinero.

El art. 331 del CPC, al introducir la audiencia preliminar, estableció fundamentalmente *cuatro fases* bien distintas: 1) La conciliación; 2) el saneamiento del proceso; 3) la fijación de los puntos controvertidos y 4) la determinación de las pruebas[53].

51. Para BARBOSA MOREIRA, "*se o juiz, mesmo zeloso, não tem possibilidade prática, em razão do acúmulo de serviço, de preparar-se conforme cumpre para o ato, então aqueles motivos desaparecem por completo*", *Saneamento* ..., ob. cit., pág. 137. Y, más adelante, destaca el prestigiado autor, refiriéndose al art. 331 del CPC: " '*se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes'. (...) o que implica para o órgão judicial, logicamente, o dever de* ***investigar previamente*** *todas essas possibilidades, e portanto de examinar todas as questões relevantes*", (subrayado nuestro) ob. cit., pág. 139.

52. NELSON NERY JÚNIOR entiende que, "*a audiência preliminar não é burocratizante nem vai carregar a pauta dos juízes, pois nela não se produzem provas. O juiz pode marcar várias audiências preliminares para o início do expediente, sem que isso atrapalhe o andamento das outras audiências, de instrução e julgamento*", <Atualidades sobre o Processo Civil>, Edit. RT, São Paulo, 1995, pág. 71 y 72. En igual sentido LUIZ RODRÍGUES WAMBIER, A Nova Audiência Preliminar (art. 331 do CPC), ob. cit., pág. 33 y 34.

53. Más amplio que el art. 331 del CPC Brasileño es el art. 301 del Código-Tipo para la América Latina, cuando habla de la audiencia preliminar. Ese articulo sirvió de base para muchas innovaciones ocurridas en el mundo entero, en virtud de su grandiosidad, como se puede ver en la transcripción resumida: "*1) possibilidade de ratificação pelas partes dos escritos constitutivos e casual aditamento de fatos novos; 2) contestação pelo autor das exceções opostas pelo demandado; 3) tentativa conciliatória; 4) recepção da prova das exceções; 5) saneamento do processo, para resolver as exceções processuais ou nulidades, bem como julgar todas as questões que obstem a decisão de mérito; 6) fixação definitiva do objeto do processo e da prova*". Para mejor profundizar el tema consultar el libro <Un "Codice Tipo" di Procedura Civile per L'America Latina>, Edit. Cedam, Padova, 1988. Y para comprender la historia, los antecedentes y la exposición de motivos del *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, consultar obligatoriamente <El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica>, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, 2ª ed., págs. 5 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

No tratándose de ninguna de las providencias preliminares (*excepciones previas*), arts. 324 a 327 del CPC, y no incidiendo en las dos primeras hipótesis de "*julgamento conforme o estado do processo*", arts. 329 y 330 del CPC[54], la audiencia preliminar es *obligatoria*[55], porque la tentativa de conciliación, el saneamiento del proceso, la fijación de los puntos controvertidos y la determinación de las pruebas, en esa fase, son requisitos del procedimiento, cualquier que sea, *v. g.*, en los procedimientos especiales, en los embargos[56], tanto de deudor cuanto de tercero, etc. Omitir esa audiencia es omitir un acto indispensable del procedimiento y de la adecuada prestación jurisdiccional, pudiendo el Estado responder por daños morales[57], en la medida en que existiendo una norma capaz de abreviar, drásticamente, el tiempo de la prestación jurisdiccional, su no utilización, por parte del Esta-

54. A diferencia del derecho español, donde la posibilidad del juez juzgar anticipadamente la lide es en la propia audiencia preliminar, según el art. 693, 4ª de la LEC, al decir: "*Cuando resulte de la comparecencia que las partes están conformes en los hechos y que la discrepancia queda reducida estrictamente a una cuestión de derecho, o si ninguna de ellas hubiera solicitado el recibimiento a prueba, el Juez dictará sentencia dentro de cinco días a partir del siguiente al de la terminación de la comparecencia*".

55. En ese sentido, DINAMARCO, A reforma do código ..., ob. cit., pág. 124; CALMON DE PASSOS, Inovacões no código de proceso civil, ob. cit., pág. 113; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, As Inovações no Código de Processo Civil, ob. cit., pág. 16; NELSON NERY JÚNIOR, Código de Processo Civil Comentado, Edit. RT, 1997, 3ª. ed., pág. 608 (nota 4); LUIZ RODRIGUES WAMBIER, A Nova Audiência Preliminar, ob. cit., pág. 31. En sentido contrario, entendiendo ser facultativa, BARBOSA MOREIRA, O novo processo civil brasileiro, ob. cit., pág. 105; IARA DE TOLEDO FERNÁNDES, Da Audiência Preliminar do art. 331 do CPC, en Revista do Processo nº 81, pág. 44.

56. Que en el derecho español se llama *oposición a la ejecución*.

57. Como ya escribí anteriormente: "*O Estado deve ser responsável pelas dilações indevidas de acordo com o direito apresentado. A Corte Européia dos Direitos do Homem já se manifestou a respeito, segundo J. SÁNCHEZ-CRUZAT, durante os anos oitenta, onde reconheceu o direito ao processo sem dilações indevidas, impondo reiteradas condenações à vários países, obrigando-os à indenização pelo dano moral derivante de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda, (in El Tribunal Europeu, 1983, p.91). No Brasil este ponto de vista é defendido por CRUZ E TUCCI, in Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional, RT, 1993, p.99*". Y continuo, más adelante: "*Segundo CRUZ E TUCCI o Brasil é signatário da mencionada Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, inobstante nada dispor a CF sobre a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, abre a mesma a possibilidade de serem adotados certos princípios, direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, de acordo com o § 2º do art. 5º da CF)*", <A instrumentalidade do Processo e o Princípio da Verossimilhança como decorrência do Due Process of Law>, en Revista de Jurisprudência Brasileira, nº 173, pág. 31 y 32, y también en la Revista AJURIS nº 60, pág. 273 y 274.

do, genera un mal servicio a las partes y a la sociedad, causando, indiscutiblemente, un perjuicio injustificado, porque permite la demora innecesaria del proceso, y según TROCKER, "*una giustizia realizzata a rilento è soprattutto un grave male sociale; provoca danni economici (immobolizzando beni e capitali), favorisce la speculazione e l'insolvenza, accentua la discriminazione tra chi ha la possibilità di attendere e chi nell'attesa ha tutto da perdere. Un processo che si trascina per lungo tempo diventa anche un comodo strumento di minaccia e di pressione, un'arma formidabile nelle mani del più forte per dettare all'avversario le condizioni della resa*"[58]. Además, las normas que se refieren al procedimiento son de *interés público* y de naturaleza *obligatoria*[59], consecuentemente su desprecio generará una *nulidad absoluta*[60], lo que no significa decir que despreciada esa norma de procedimiento, el vicio sea insubsanable[61]. La audiencia preliminar

58. *Processo Civile e Costituzione*, Edit. Giuffrè, Milano,1974, pág. 276 y 277.

59. Igual que en el procedimiento sumario, que el magistrado tiene la posibilidad de convertir en procedimiento ordinario, según §4º del art. 277, y viceversa, la naturaleza de la norma continua a ser obligatoria, pues la disponibilidad del procedimiento, legalmente prevista, no altera su naturaleza y, sí, permite dos caminos dentro de la propia norma; esto es tan cierto, que no se puede seguir un tercer camino, en virtud de la obligatoriedad de la norma.

60. También en ese sentido se manifiesta DINAMARCO, al afirmar que: "*trata-se de nulidade absoluta, porque se resolve na violação de norma destinada ao bom e correto exercício da jurisdição, função estatal*", *A Reforma* ..., ob. cit., nº 93, pág. 124. Para GALENO LACERDA, "*certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito do processo*", en RJTJRGS, nº 102, pág. 285. En igual sentido SERRA DOMÍNGUEZ, <Actos procesales ineficaces>, en Estudios de Derecho Procesal, Edit. Ariel, Barcelona, 1969, pág. 459. Para IARA DE TOLEDO FERNÁNDES: "*A interpretação pela 'obrigatoriedade' dada à linguagem cogente da norma, porque apegada à literalidade, merece zelo. Melhor nos parece alçar a interpretação a nível sistemático-teleológico*", <Da Audiência Preliminar do art. 331 do CPC>, ob. cit, pág. 44. La crítica de la autora se debe a confusión que a misma hace, entre nulidad absoluta y su calidad de ser insubsanable.

61. En ese sentido ya decidió el T.J.R.G.S: "*Possibilidade de conversão de procedimento sumaríssimo em ordinário. O interesse público na instrumentalidade do processo relativiza, em regra, as nulidades processuias. Aplicação dos arts. 250, parágrafo único, e art. 154 do CPC, e do art. 1.218 do CC*", relator. Des. Galeno Lacerda, publicado en la Revista de Jurisprudência do T.J.R.G.S. nº 102, pág. 283. Para GALENO LACERNA, "*Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material. (...) Exatamente porque a preocupação maior consiste em tudo fazer para salvar o instrumento, a fim de que alcance o objetivo, verifica-se que as regras sobre nulidades possuem o necessário e indispensável condão de relativizar a maior parte das normas imperativas processuais e, por conseguinte, as sanções resultantes de sua infração*",

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

constituye un "*pressuposto processual de validade objetivo e intrínseco à relação jurídica*"[62]. Aunque falte la primera fase, la conciliación, por tratarse de derechos indisponibles o falta de interés de las partes, habrá la segunda fase, denominada de saneamiento del proceso, en la cual el juez decidirá las cuestiones procesales pendientes. Y, mismo no existiendo nada para sanear, deberá el juez fijar los puntos controvertidos, para, sobre ellos, hacer incidir la prueba, consecuentemente, remitiendo el proceso para la fase de instrucción. Y, si nada de eso fuere posible, lo que dudo, aún así deberá el juez designar la audiencia preliminar, para que pueda, como mínimo, sentir la dimensión jurídica del conflicto, así como de sus aspectos psicológicos y éticos, es decir, del hondo humano y social que la contienda posee.

5.2. Derecho Comparado

5.2.1. Derecho Austríaco

La primera idealización de una audiencia preliminar surgió en la *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895, que entró en vigor en el año 1898[63], y trajo consigo, en los §§ 239 a 242 ÖZPO, a *erste Tagsatzung* (primera audiencia técnica). Es el código de FRANZ KLEIN, que tuvo como objetivo,

<O Código e o Formalismo Processual>, en Rev. AJURIS nº 28, pág. 10 y 11. También CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, entiende que: "*A solução exeqüível estampa-se na adoção do princípio da instrumentalidade das formas, dando-se pela validade do ato processual sempre que atingir sua finalidade essencial, preservadas as garantias constitucionais do processo*", <Do Formalismo no Processo Civil>, Edit. Saraiva, São Paulo, 1997, nº 16, pág. 124. Se puede afirmar, con certeza, que hoy los principios de la finalidad y de la existencia del perjuicio se aplican, también, a las nulidades absolutas, es decir, si el acto practicado, por cualquier de los sujetos procesales, despreciar a la forma preestablecida en ley, y, aún así, alcanzar la finalidad no causando ningún perjuicio, no hay porqué anularlo; pues, de lo contrario, se estaría repitiendo, innecesariamente, el acto que cumplió su finalidad, principalmente si el acto se refiere al procedimiento, porque no puede alterar el mérito (*resultado*) de la causa. Lo que no significa decir que el Estado no pueda ser responsabilizado por la demora injustificada; lo que estoy afirmando es que no se debe repetir nuevamente el proceso para obtenerse el mismo resultado.

62. Eses "*pressupostos processuais*" del derecho brasileño equivalen a las *excepciones procesales* del derecho español, con la diferencia de que en el derecho brasileño el juez puede o debe decretar *ex officio*, según §3º del art. 267 del CPC Brasileño.

63. Así B. KÖNIG, <La ZPO Austriaca dopo la Novella del 1983>, en Riv. Dir. Proc., 1988, ano XLIII, nº 3, pág. 713. En igual sentido BARBOSA MOREIRA, *Saneamento* ..., ob. cit., págs. 120 y ss. También CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, Do formalismo no processo civil, ob. cit., nº 4.6.2, págs. 49 y ss.

sobre todo, la adecuación y la funcionalidad del nuevo proceso y no los principios dogmático-formales o posiciones ideológicas[64]. Para KLEIN, "*ogni causa aveva componente economica e sociale molto importante. La singola controversia non è quindi da considerarsi mera cosa privata delle parti, ma quale episodio di particolare importanza anche per tutta la società*"[65].

El §239 ÖZPO, presenta como, "*l'único scopo di questa udienza è quello di verificare se l'attore e il convenuto siano effettivamente intenzionati a condurre una causa o se in particolare il convenuto in questo momento(...)sia disposto ad adempiere l'obbligazione. Il convenuto (e l'attore) deve manifestare* ***attraverso la sua comparsa in udienza*** *la propria intenzione di volersi fare coinvolgere nella lite*"[66]. Esa audiencia se realiza, según BARBOSA MOREIRA, "***antes*** *da abertura de oportunidade ao réu para defender-se*"[67]. La primera audiencia técnica no es, por tanto, ni de instrucción, ni preliminar, es meramente una *llamada*, que, sin embargo, presenta serias consecuencias en el caso de no comparecencia del demandado, y permite al juez dar una sentencia de contumacia, basada únicamente en la afirmación del autor. Esa decisión crea un título ejecutivo que, según KÖNIG, "*non poteva più essere, in pratica, reso inefficace dalla controparte né con un'impugnazione —in quanto vi è un divieto di proporre nuovi fatti— né durante un'esecutione*"[68]. Es difícil de entender la actitud del legislador austríaco, una vez que la finalidad de esa audiencia es simplemente *invitar*, sin embargo la sanción para la no comparecencia es rígida. Solamente se justifica en un sistema donde existe credibilidad en las personas involucradas en el conflicto, o como quiere CHIOVENDA, refiriéndose al *processo d'ingiunzione*: "*Para que seja útil o instituto, faz-se mister contar-se com a raridade normal de pretensões infundadas e de oposições dilatórias assim como esperar que seja exíguo o número das oposições em relação ao das ordens de pagamentos expedidas*"[69].

64. Según KÖNIG, La ZPO Austriaca dopo la Novella del 1983, ob. cit., pág. 712.
65. *Apud* KÖNIG, La ZPO Austriaca dopo la Novella del 1983, ob. cit., pág. 712. En igual sentido CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, Do formalismo no processo civil, ob. cit., pág. 50.
66. *Apud* KÖNIG, La ZPO Austriaca ..., ob. cit., pág. 714.
67. *Saneamento* ..., ob. cit., pág. 121.
68. La ZPO Austriaca ..., ob. cit., pág. 714.
69. *Instituições* ..., ob. cit., pág. 259.

La reforma de 1983, añadió al §243 ÖZPO un 4º par., que transformó a *erste Tagsatzung* en facultativa, en los procedimientos delante del Tribunal (de regla con un solo juez), cuando, "*in base al contenuto della domanda attorea, sia presumibile che il convenuto si costituirà*". Y, fue sustituida en el "*procedimento pretorile (...) con un procedimento d'ingiunzione obbligatorio*"[70].

5.2.2. Derecho alemán

El código de proceso civil, de la *Deutschen Reichs*, es de 1877. Sin embargo sufrió varias modificaciones en el transcurso del siglo, 1924, 1933, 1974 y la última en 1976.

La reforma de 1976 alteró el §272 Abs. 1, 278 de la ZPO, para simplificar y acelerar el procedimiento. Según PRÜTTING: "*Il cammino di volta in volta più adatto per pervenire alla preparazione dell'udienza principale è deciso dal Presidente del collegio che sceglie, con valutazione discrezionale e non censurabile, tra due tipi di procedimento. (...). Se il tribunale ha scelto per la fase preparatoria la così detta prima udienza immediata, si procede secondo il paragrafo 275 ZPO.(...). Se il tribunale ha invece scelto la via del procedimento preparatorio scrito di cui al paragrafo 276 ZPO, il Presidente chiede al convenuto, senza fissare alcuna udienza e tramite la notificazione della citazione, di manifestare la sua intenzione di difendersi entro un termine di due settimane*"[71].

A pesar del que el juez puede, discrecionalmente, optar por la forma más adecuada del procedimiento, la escrita o la oral, con realización de una audiencia anterior, la finalidad de la audiencia preliminar reside en preparar la audiencia principal, de modo que la materia deducida pueda ser conducida con plena *maturitá* por el juez, por fuerza del §273 de la ZPO.

70. *Apud* KÖNIG, La ZPO Austriaca ..., ob. cit., pág. 716 y 717. En igual sentido BARBOSA MOREIRA, *Saneamento* ..., ob. cit., pág. 122 y 123; CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, Do formalismo ..., ob. cit., nº 4.6.2, pág. 51 y GIUSEPPE TARZIA, A audiência preliminar no processo civil, ob. cit. pág. 726 y 727.
71. *La Preparazione delle Trattazione*, ob. cit., pág. 416 y 417. En ese sentido G. TARZIA, A audiência preliminar ..., ob. cit., pág. 726 y BARBOSA MOREIRA, *Saneamento* ..., ob. cit., pág. 123 y 124.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

5.2.3. *Derecho italiano*

Las recientes reformas del proceso civil italiano culminaron en la promulgación de las leyes nº 353 de 23 de noviembre de 1990 y nº 534 de 20 diciembre de 1995, y trajeron consigo la denominada *prima udienza di trattazione*, prevista en el art. 183 del CPC italiano[72].

Es correcta la afirmación de que la reforma de 1995 estableció expresamente la distinción entre *audiencia de primera comparecencia*, art. 180 del CPC, y *primera audiencia de preparación (trattazione)*, art. 183 do CPC[73].

Se destina la primera audiencia, art. 180 del CPC, según TARZIA, "*à* ***verificação de ofício da regularidade do contraditório*** *e , quando necessário, à emanação dos provimentos para a integração do contraditório em caso de litisconsórcio necessário (art. 102); para o saneamento da citação (art. 164) e da demanda reconvencional (art. 167); para o saneamento dos defeitos de representação, assistência e autorização (art. 182) e dos vícios de notificação da citação (art. 291). Todos estes provimentos requerem naturalmente a fixação de uma outra audiência*"[74].

La segunda audiencia, denominada de *prima udienza di trattazione*, art. 183 del CPC Italiano, viene representar, según PANZANI, "*grazie al sistema di preclusioni adottato dal legislatore, il fulcro del processo*"[75]. Y sirve para determinar el objeto del proceso, el *thema decidendum*, consecuentemente, preparará el mérito de la causa. Puede el juez, según el autor, "*ottenere dalle parti i 'chiarimenti' sulle domande ed eccezioni formulate negli atti introduttivi, sia attraverso l'esercizio da parte di attore e convenuto del potere (limitato) di formulare domanda ed eccezioni nuove e soprattutto di precisare e modificare, con l'autorizzazione del giudice, le domande e le eccezioni già formulate*"[76].

Las actividades comprendidas por el abstracto modelo de audiencia preliminar del Código Modelo para Iberoamérica son, actualmente, en el derecho italiano, divididas en dos audiencias[77].

5.2.4. *Derecho español*

La nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil ha venido a generalizar las ventajas de la audiencia preliminar en el ordenamiento español[78]. Se prevé con gran amplitud una multitud de funciones para esta etapa del proceso: conciliadora, saneadora, delimitadora y probatoria. Según destaca su Exposición de Motivos (párrafo décimo del punto XII): "En la audiencia previa, se intenta inicialmente un acuerdo o transacción de las partes, que ponga fin al proceso y, si tal acuerdo no se logra se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de su controversia, se in-

72. Dispone ese artículo el siguiente: "*art. 183. Prima udienza di trattazione. - Nella prima udienza di trattazione il giudice istruttore interroga liberamente le parti presenti (p.c. 117) e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione (p. c. 185, 198; att. p. c. 88). La mancata comparizione delle parti senza guistificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi del secondo comma dell'art. 116 (p.c. 420).*

Le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale (p. c. 420), il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico (c. 2699) o scrittura privata autenticata (c. 2703), e deve attribuire al procuratore il podere di conciliare o transigere (c. 1965) la controversia. La mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutabile ai sensi del secondo comma dell'art. 116 (p. c. 420).

Il guidice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione (p. c. 37, 38, 39, 40, 75, 102, 107, 164, 182, 421; att. p. c. 80-bis.

Nella stessa udienza l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto nella comparsa di risposta. Può altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto. Entrambe le parte possono precisare e, previa autorizzazione del giudice modificare le domande, le eccezione e le conclusione già formulate.

Se rechiesto, ove ricorrano giusti motivi, il giudice fissa un termine perentorio non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande e delle eccezioni già proposte. Concede altresì al convenuto, su sua richiesta, un termine perentorio non superiore a trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni dell'attore di cui alla prima parte del comma precedente e per proporre, entro lo stesso termine, le eccezioni che sono conseguenza delle domande medezime. Con la stessa ordinanza il giudice fissa l'udienza per i provvedimenti di cui all'art. 184.

73. Según TARZIA, A audiência preliminar ..., ob. cit., pág. 724.

74. A audiência preliminar ..., ob. cit., pág. 724 y también PANZANI, Il Giudizio ..., ob. cit., pág. 329.

75. Il Giudizio ..., ob. cit., pág. 322.

76. Il Giudizio ..., ob. cit., pág. 329. Igualmente TARZIA, A audiência preliminar ..., ob. cit., pág. 725.

77. Así TARZIA, A audiência preliminar ..., ob. cit., pág. 715.

78. Esta audiencia fue introducida para el procedimiento declarativo ordinario de menor cuantía en la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tenta nuevamente un acuerdo entre los litigantes y, en caso de no alcanzarse y de existir hechos controvertidos se proponen y admiten las pruebas pertinentes"[79].

5.2.5. *Derecho portugués*

También el derecho portugués buscó inspiración en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuando, a través de una comisión, creó, en 1993, las *Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil*[80], reglamentando la marcha del proceso civil declarativo.

El Código de Proceso Civil Portugués, cuyo cuerpo es de 1961, prevé varias fases para el desarrollo del proceso: 1ª) *fase dos articulados*, arts. 467 a 507; 2ª) *fase da condensação* (audiencia preparatoria y *despacho saneador*), arts. 508 a 512; 3ª) *fase de instrução*, arts. 513 a 645; 4ª) *fase da discução e julgamento da causa*, arts. 646 a 657; 5ª) *fase da sentença*, arts. 658 a 675; 6ª) *fase dos recursos*, arts. 676 a 782, todos del CPC[81].

Antes de la reforma, el CPC portugués preveía una audiencia preparatoria que era facultativamente marcada por el juez de la causa, donde se permitía la tentativa de conciliación o la manifestación de los abogados sobre el pedido o excepciones[82].

Con las *Linhas orientadoras* de 1993, los objetivos de la audiencia preliminar fueron bastante ampliados, pasando de dos (forma antigua) a siete (forma actual). La primera fase prevé la tentativa de *conciliación*, donde es obligatoria la presencia de las partes y la *expresa fundamentación de*

79. Para el estudio de esta audiencia preliminar, vid. los trabajos de FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas (Comentario a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de año 2000*, Edit. Civitas, Madrid, 2000; y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La audiencia previa al juicio*, en "Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000", T.II, coordinador J. Alonso-Cuevillas, Edit. Difusión Jurídica, Barcelona, 2000, págs. 123 a 157.

80. Según CARLOS MANOEL FERREIRA DA SILVA, <*A Audiência Preliminar no Código Modelo de Processo Civil para a América Latina e nas Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil Portuguesa*>, en Revista de Processo, RT, nº 71, págs. 171 y ss.

81. Para mejor profundizar la estructura del proceso civil portugués, consultar FERNANDO LUSO SOARES, *Processo Civil de Declaração*, Edit. Almedina, Coimbra, 1985, págs. 495 y ss; ANTUNES VARELA-BEZERRA-SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Edit. Coimbra, 2ª ed., 1985, págs. 237 y ss.

82. Según CARLOS MANUEL FERREIRA DA SILVA, <*a audiência preliminar ...*>, ob. cit., pág. 171.

la conciliación y/o de la frustración de esta. La segunda fase se destina al *despacho de perfeccionamiento*, donde el juez o las partes pueden corregir o completar sus articulados, suprimiendo cualquier laguna. La tercera fase es la del *saneamiento del proceso*, que posibilita al juez apreciar y discutir la existencia de cualesquiera excepciones dilatorias, proveyendo, si es necesario, la reglamentación de la instancia. La cuarta fase permite al juez *decidir sobre el mérito de la causa*, en el todo o en parte, apreciando el pedido o alguno de los pedidos deducidos, bien como de algunas excepciones perentoria, todo en conformidad con el principio de la oralidad. La quinta fase trae el *examen de la materia de hecho*, en los límites de la demanda o de las excepciones deducidas, *permitiendo a las partes proceder a la alteración o ampliación del pedido o de la causa de pedir*. La sexta fase *prepara el proceso para que la demanda sea juzgada*, a través de la determinación de los hechos probados y a probar, bien como de la indicación de las pruebas a producir y la fijación de los plazos para su ofrecimiento, además de la designación, siempre que sea posible, de la fecha de la realización de la audiencia final[83].

5.2.6. *Derecho Uruguayo*

En 1986 el Poder Ejecutivo nombró una comisión para preparar el anteproyecto de Código Procesal Civil, que terminó sus trabajos en febrero de 1987. Este anteproyecto fue inmediatamente remitido al Parlamento que lo sancionó, después de un corto debate, en octubre de 1988, entrando en vigor a partir de 20. 11. 1989[84], siendo actualmente uno de los más modernos Códigos de Proceso del mundo.

El novel *Código General del Proceso* prevé, entre otras mudanzas, una audiencia preliminar, que está prevista en el art. 340 y tiene su contenido determinado por el art. 341.

Esa audiencia preliminar viene después de la fase postulatoria, que está compuesta por la demanda, en la cual el autor debe deducir su pretensión, siempre por escrito, y con *todas las pruebas alegadas*, *v.g.*, documental, indicación de testigos, requerimiento de pericia, etc, y por la contestación, que deberá contener los mismos requisitos exigidos para la demanda.

83. Según CARLOS MANUEL FERREIRA DA SILVA, <*A Audiência Preliminar ...*>, ob. cit., págs. 172 y 173.

84. Según E. VESCOVI, <*Il Nuovo Sistema Giudiziario dell'Uruguay*>, en Riv. Dir. Proc., anno XLVI-nº 2, 1991, pág. 402.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La función de esa audiencia[85], según art. 341 del CGP, puede ser resumida en las siguientes características:

a) *Ratificación* de la demanda y de la contestación, haciendo, en caso de que sea necesario, los esclarecimientos pertinentes, lo que permite, incluso, alegar hechos nuevos sempre que no modifiquen la pretensión o la defensa;

b) *tentativa de conciliación*, que puede ser total o parcial, en ese último caso se diminuirá las cuestiones de la lide. La presencia de las partes con sus procuradores es obligatoria, tanto que si el autor no esta asistido se presumirá que ha desistido de su pretensión, o no estando el demandado asistido se le aplicará los efectos de la rebeldía, todo según el art. 340 del CGP;

c) *saneamento del proceso*, a través de una "sentencia" interlocutoria, donde el juez va expurgar, según la letra de la ley (art. 341), "*todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito*", incluyendo la imposibilidad de proponer la petición inicial, las nulidades en general o cualquier vicio referente a los presupuestos procesales;

d) *fijar el objeto del proceso y de la prueba*, pronunciándose el juez sobre los medios de pruebas solicitados por las partes, rechazando las que sean inadmisibles o innecesarias, siempre, según VESCOVI, "*con la presenza e collaborazione delle parti ed i loro avvocati*"[86]. La prueba si es posible deberá ser producida en esa audiencia[87], en caso contrario marcará el juez la *audiencia complementaria*, art. 343 del CGP, que determina: "*343.1 Si la prueba no hubiere podido diligenciarse en la audiencia preliminar, total o parcialmente, se citará a las partes para la audiencia complementaria de prueba en el más breve tiempo posible...*".

5.3. Fases de la Audiencia Preliminar

5.3.1. Conciliación

La conciliación fue una de las metas principales de la reforma, en la cual el legislador buscó prestigiar, sobremanera, la autocomposición como

85. Vid. VESCOVI, <*Il Nuovo Sistema Giudiziario dell'Uruguay*>, ob. cit., pág. 409.
86. <*Il Nuovo Sistema Giudiziario dell'Uruguay*>, ob. cit., pág. 409.
87. Según VESCOVI, <*Il Nuovo Sistema Giudiziario dell'Uruguay*>, ob. cit., pág. 409.

forma de resolución de los conflictos, estimulándola al máximo. No sería exagerado decir que la autocomposición fue equiparada a la jurisdicción, en la medida en que aquella se constituye en el *filtro* de esa, pues, estimulándola, se estaría componiendo conflictos sin necesidad de que el juez juzgara la causa, dado que solamente después de intentarse la conciliación, *a cualquier tiempo*, según art. 125, IV del CPC, es cuando el juez debería juzgar.

La justicia conciliatoria es muy antigua y representa, según los expositores del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, "*el tema(...)más trascendentes del mundo moderno, dentro de la problemática mas general de la justicia, de las formas de acceso a la misma y la búsqueda de fórmulas de alternativa*"[88]. Es la *justicia coexistencial*, en el decir de CAPPELLETTI[89], y encuentra eco en todos los códigos modernos, *e.g.*, Portugal[90], Austria[91], Italia[92], Uruguay[93], España[94], Argentina[95], México[96], Japón[97], China[98], Brasil[99], etc.

La conciliación está íntimamente ligada a la oralidad, *v. g.*, en el proceso del trabajo, art. 847 y 850 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, y principalmente en los *Juizados Especiais* que por ella se orientan, según art. 2º de la Ley 9.099/95, entre otros principios. Decía CHIOVENDA que

88. <El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica>, ob. cit., pág. 35.
89. Que hablaba, en el Congreso ocurrido en la ciudad de Pau, en 6-9 de julio de 1982, sobre "*la necesidad de obtener fórmulas alternativas de justicia, que permitieran un arreglo de las disputas que facilitara la posterior convivencia, no una justice 'tranchant' que resolvía dando razón a una u otra de las partes.(...) Hay que "dérregularizar", "délegalizar", "déprofesionalizar" buscando soluciones simples, equitativas y de avenimiento*", *apud* BIDART-TORRELLO-VESCOVI, <El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica>, ob. cit., pág. 36, nota 56.
90. CARLOS MANUEL FERREIRA DA SILVA, <*A Audiência Preliminar* ...>, ob. cit., pág. 171.
91. KÖNIG, La ZPO Austriaca ..., ob. cit., pág. 714.
92. Art. 183 del CPC Italiano.
93. Art. 293 y 223 del *Código General del Proceso*.
94. Art. 460 y siguientes de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.
95. Art. 36, 2º, letra *"a"* del CPC.
96. Art. 273-A del CPCDF.
97. HIDEO NAKAMURA, *Il Processo Civile in Giappone*, ob. cit., pág. 939.
98. *Apud* BIDART-TORRELLO-VESCOVI, <El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica>, ob. cit., pág. 35. Siendo que en ese país, según los autores, "*la conciliación constituye la forma más extendida de la Justicia*", ob. cit., pág. 35.
99. Art. 331; 125, IV; 448, todos del CPC.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mayor es la posibilidad del acuerdo cuanto mayor sea la autoridad del conciliador. Ante eso, los magistrados deben incorporarse a esa forma *pacífica y menos traumática* de solución de conflictos, en la medida en que no existirá vencedor ni vencido, caracterizándose, por lo tanto, la forma de composición de conflictos más aceptable para los individuos.

Delante de esa realidad conflictiva, deben los jueces percibir la posibilidad del acuerdo y incentivar a las partes a hacerlo, pues la voluntad de ellas es elemento indispensable, bien como la disponibilidad del derecho, mostrando a las partes las ventajas del acuerdo, pero *nunca*, como ocurre seguidamente en la Justicia del Trabajo, *forzar* el acuerdo, pues se retiraría el elemento esencial y benéfico de la conciliación, en la medida en que queda manchada la voluntad de las partes. Por consiguiente, se estaría retirando la disponibilidad de las partes sobre su propio derecho, lo que es abominable. Peor de que no conciliar es forzar la conciliación.

Se debe tener con restricción la máxima de que *más vale un mal acuerdo que un bueno proceso*, pues, si eso es verdad, la jurisdicción no tiene más razón de ser, y sus valores actuales están invertidos. Obligar el ingreso a la jurisdicción y considerarla inadecuada es un contrasentido inadmisible.

El artículo, al referirse a la audiencia preliminar, la designa por *audiencia de conciliación*, dando la errónea impresión de que la conciliación sería el núcleo de la audiencia, lo que no es verdad, pues, como lo antedicho, no existiendo conciliación, deberá el juez sanear el proceso y fijar los puntos controvertidos. Lo que no se realiza, en tal caso, es solamente la primera fase (llamada de conciliación) y no toda la audiencia. Merece críticas, por lo tanto, la redacción de ese artículo[100]. No debemos, en ninguna hipótesis, interpretar gramaticalmente la ley, so pena de no avistar, en ese caso, la profundidad de las mudanzas, tan benéficas en la práctica.

Determina el art. 331 del CPC, que si no se verifica el *julgamento conforme o estado do processo* "*e a causa versar sobre direitos disponíveis*", el juez designará audiencia de conciliación (audiencia preliminar). Tal redacción hace parecer, a primera vista, que las causas que versan sobre derechos indisponibles, por no admitir transacción, estarían fuera del campo de la audiencia, una vez que la ley utilizó la conjunción copulativa "*y*" entre el *julgamento conforme o estado do processo* y los derechos disponibles, permi-

100. En igual sentido DINAMARCO, <*A Reforma ...*>, ob. cit., pág. 118 y LUIZ RODRIGUES WAMBIER, <A Nova Audiência Preliminar (art. 331 do CPC)>, ob. cit., pág. 31.

tiendo, con eso, el entendimiento de que serían necesarios los dos requisitos para que el juez pudiera realizar la audiencia.

Nada más falso, en la medida en que existen derechos indisponibles que posibilitan la transacción[101], *e. g.*, acción de alimentos, donde se puede transigir sobre el *quantum debeatur*; acción de filiación, en que puede ser reconocida la paternidad en la audiencia preliminar, o incluso extrajudicialmente, cuando comparece voluntariamente en el *Oficio de Registro Civil*, en testamento o en escritura pública, o también como dice LUIZ RODRIGUES WAMBIER, "*nas ações de anulação de casamento, em que a jurisprudência anota ser possível sua transformação, por acordo, em separação consensual*"[102].

Según el §1°, del aludido artículo: "*Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença*", que, ciertamente, será de mérito, según el art. 269, III del CPC.

Es necesario destacar que, existiendo audiencia preliminar, nada se altera en el procedimiento, pues esa innovación del legislador solamente insertó una nueva fase en el procedimiento, en la tentativa de agilizarlo, eso es, existirá una audiencia de instrucción y en ella, nuevamente, el juez intentará conciliar las partes, según art. 447 del CPC, que se quedó inalterado, todo en el espirito del art. 125, IV del CPC, pues, como bien sabemos, la *mens legislatoris* decidió por expandir la conciliación y no reducirla.

101. En ese sentido, IARA DE TOLEDO FERNANDES, <Da Audiência Preliminar do art. 331 do CPC>, ob. cit., pág. 45; NELSON NERY JÚNIOR, <Código de Processo Civil Comentado>, ob. cit., pág. 609 (nota 6); LUIZ RODRIGUES WAMBIER, <A Nova Audiência Preliminar (art. 331 do CPC)>, ob. cit., pág. 34. En sentido contrario, haciendo una interpretación literal, BARBOSA MOREIRA, *O Processo ...*, ob. cit., pág. 104 y, también, <*O Novo Processo Civil Brasileiro*>, Edit. Forense, Rio de Janeiro, 19ª ed., 1997, pág. 51; CALMON DE PASSOS, <Inovacões no código de proceso civil>, ob. cit., pág. 111; en certo sentido DINAMARCO, al afirmar: "*Em litígios sobre direitos indisponíveis, sequer se pode pensar em conciliação*". Pero mismo así, según el autor, " *a audiência se realiza e jamais poderia ser 'de conciliação*", <*A Reforma ...*>, ob. cit., pág. 118. La transacción, por obvio, solo puede alcanzar derechos patrimoniales de carácter privado, art. 1.035 del C.C. Brasileño, lo que no significa decir que su ***objeto*** pertenezca, exclusivamente, al ramo del derecho de las obligaciones, pues, según enseña PONTES DE MIRANDA, "*só num ramo se opera, que é o do direito das obrigações. O que é objeto da transação é que pode pertencer ao direito das obrigações, ao direito das coisas, ao direito de família, ou ao direito das sucessões, ou ao direito público*", en *Tratado de Direito Privado*, Edit. RT, São Paulo, 1984, t. XXV, §3.033, pág. 141.

102. <A Nova Audiência Preliminar (art. 331 do CPC)>, ob. cit., pág. 34.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

5.3.2. *Saneamiento del proceso*

En la segunda fase de la audiencia preliminar se realiza el saneamiento del proceso, ahora previsto en el §2º, del art. 331 del CPC, cuando determina al juez que él "*decidirá as questões processuais pendentes*". Lo que quedó alterado, en relación con la ley antigua, fue la *manera de saneamiento*, no su contenido que permanece intacto, y que se encuentra inmortalizado en las palabras del Prof. GALENO LACERDA, como: "*a decisão proferida logo após a fase postulatória, na qual o juiz, examinando a legitimidade da relação processual, nega ou admite a continuação do processo ou da ação, dispondo, se necessário, sôbre a correção de vícios sanáveis*"[103]. Es en esa decisión saneadora donde el juez expurgará del proceso los vicios, impulsando el mismo, después de haber fijado los hechos controvertidos, rumbo a la instrucción de la causa.

La oralidad, introducida en la audiencia preliminar, hace que se revoque la antigua forma procedimental del saneamiento, y es aquí, en la audiencia preliminar, que el juez *debe* sanear el proceso ***oralmente***, no pudiendo hacerlo, como antes hacía, por escrito en los autos, luego, el juez ya no podrá decidir más aisladamente sobre las cuestiones procesales pendientes[104]. Saneamiento y oralidad, hoy, están en perfecta armonía. Debemos aquí recordar las palabras de LIEBMAN, cuando escribió sobre la finalidad de la decisión saneadora, diciendo: "*Estas considerações tornam-se ainda mais decisivas num processo oral, em que a instrução e a decisão do mérito devem ser feitas na audiência*"[105]. Permanecer con tal actitud sería contrariar a la nueva reforma de saneamiento prevista por el legislador, desvirtuando el principio fundamental de la audiencia preliminar, que es la oralidad, y que debe estar presente durante toda ella. Además, heriría también el principio de la publicidad en su esencia.

Desde la proposición de la demanda inicial hasta el saneamiento del proceso, el camino es largo, porque compete al juez analizar, en este ínterin, las providencia preliminares (*cuestiones previas*), arts. 324 a 327 del CPC[106], o juzgar conforme el estado del proceso, arts. 329 y 330. No ocurriendo ninguna de las hipótesis anteriores, deberá el juez realizar la audiencia preliminar, para, en una primera oportunidad, tornar viable la conciliación, y, si no es obtenida, *decidir sobre las cuestiones procesales aún pendientes*, es el despacho (decisión) saneador, propiamente dicho, pues, la fase saneadora empieza con el análisis de las providencias preliminares[107].

La decisión saneadora, que es declaratoria, y hoy se presenta *concentrada*[108], contendrá:

a) juicio de admisibilidad *positivo* sobre las *cuestiones previas*, sean perjudiciales de mérito, art. 325 del CPC, sean preliminares de mérito, pudiendo presentar una *defensa indirecta de mérito*, art. 326 del CPC, o una *defensa indirecta procesal*, art. 327 del CPC, bien como de aquellas materias que puedan ser argüidas *ex officio*, §4º, del art. 301 del CPC;

b) juicio de admisibilidad *positivo* sobre la extinción del proceso, art. 329 del CPC, o sobre el *julgamento antecipado da lide*, art. 330 del CPC, esto es, debe el juez declarar que no es caso, ni de extinción del proceso, ni de *julgamento antecipado da lide*; pues de lo contrario el proceso se extinguirá, sin (art. 267 del CPC) o con (art.

103. <*Despacho Saneador*>, Edit. Safe, Porto Alegre, 1985, pág. 07. Para BARBOSA MOREIRA, "*o despacho saneador é o ato pelo qual o juiz, verificando ser admissível a ação e regular o processo, o impele em direção à audiência de instrução e julgamento, por não estar ainda madura a causa para a decisão de mérito*", <*O Novo Processo ...*>, ob. cit., pág. 52.

104. Así también NELSON NERY JÚNIOR, <Código de Processo Civil Comentado>, ob. cit., pág. 608 (nota 4); LUIZ RODRIGUES WAMBIER, <A Nova Audiência Preliminar (art. 331 do CPC)>, ob. cit., pág. 31. Para BARBOSA MOREIRA, caso sea realizada la audiencia de conciliación, y no sea obtenido el acuerdo, "*não há ensejo para o despacho saneador 'escrito': deve o órgão judicial, 'na própria audiência', pronunciar-se sobre as questões pertinentes*", <*O Novo Processo ...*>, ob. cit., pág. 53. En ese sentido, también, la *reforma intercalar* ocurrida en Portugal, cuando prevé "*a eliminação do recurso autónomo do despacho proferido sobre tais reclamações*", *apud* FERNANDO LUSO SOARES, <*Processo Civil de Declaração*>, ob. cit., pág. 90. Parece que la practica, más una vez, no atendió al llamado de la reforma, porque, según declara CARLOS MANOEL FERREIRA DA SILVA, "*o saneamento do processo e a preparação da audiência de julgamento, núcleos da futura audiência preliminar são, na lei e na prática judiciária portuguesa atual, obtidos exclusivamente através de um despacho escrito do juiz, comunicado também por escrito às partes, que se designa por despacho saneador, de especificação e questionário*", <*A Audiência Preliminar ...*>, ob. cit., pág. 172.

105. <*O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*>, Revista Forense, 1945, nº 104, pág. 20.

106. En ese particular consultar, obligatoriamente, CALMON DE PASSOS, <*Comentários ao CPC*>, Edit. Forense, Rio de Janeiro, vol. III, 6ª ed., nº 266 y ss.

107. En igual sentido, GALENO LACERDA, <*Despacho Saneador*>, ob. cit., pág. 08 y BARBOSA MOREIRA, <*O Novo Processo ...*>, ob. cit., pág. 49 y ss.

108. Según terminología utilizada por BARBOSA MOREIRA, <*Saneamento ...*>, ob. cit., pág. 109 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

269, II a V, del CPC) el análisis del mérito, o aún podrá el juez conocer directamente el pedido, profiriendo sentencia, puesto que en ningún de los casos habrá necesidad de proferir la decisión saneadora;

c) juicio de admisibilidad *positivo* sobre la regularidad de los presupuestos procesales, tanto de existencia cuanto de validez, art. 267, IV del CPC; sobre las *condições da ação*, art. 267, VI del CPC y sobre la validez de los actos procesales, bien como *ex officio* de la materia enumerada en el §3º, del art. 267 del CPC.

El ordenamiento jurídico prevé, como regla general, que el juez, art. 471 del CPC, y las partes, art. 473 del CPC, no puedan discutir nuevamente las cuestiones ya decididas en el proceso, a cuyo respeto se operó la preclusión. Pero, en materia de decisión saneadora, ¿qué cuestiones son alcanzadas por la preclusión? La respuesta nos fue dada por GALENO LACERDA, que concluye diciendo, "*a preclusão 'no curso do processo' depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação*"[109]. Eso significa decir que las cuestiones de orden pública, por escapar a la disponibilidad de las partes, no son alcanzadas por la preclusión, *v. g.*, las cuestiones que están en el §3º, del art. 267 del CPC, bien como las cuestiones contenidas en el §4º, del art. 301 del CPC.

Esa fase de la audiencia preliminar tiene por objetivo *limpiar* el proceso de cualquier cuestión susceptible de distraer la atención del juez, que debe volverse, únicamente, para el *meritum causae*, o como bien dice LIEBMAN, "*A atividade do juiz para instruir e examinar a controvérsia submetida a julgamento será tanto mais eficiente quanto menos sua atenção e sua serenidade forem desviadas pela necessidade de resolver as dúvidas que podem ser levadas a respeito da regularidade e validade do próprio processo*"[110].

109. <*Despacho Saneador*>, ob. cit., pág. 161. Concordando con esa posición JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, <*Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento*>, en Temas Polêmicos de Processo Civil, Edit. Saraiva, São Paulo, 1990, pág. 64.

110. <*O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*>, ob. cit., pág. 20.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

5.3.3. Fijación de los puntos controvertidos

Aquí reside el núcleo de la audiencia preliminar, no obstante esa posibilidad ya está prevista en el art. 451 del CPC, lo que se hizo fue racionalmente anticipar la fijación de los puntos controvertidos para una fase anterior a la de la audiencia de instrucción.

La expresión *puntos controvertidos*, utilizada por la ley, en el §2º del art. 331 del CPC, es equivalente a la expresión *cuestiones controvertidas* o, como quieren los portugueses, al *questionário*, y tiene por finalidad delimitar las cuestiones sobre las cuales recaerá la prueba. Es el llamado *thema probandum* que se refiere a la necesidad concreta de hacerse prueba sobre algo que se encuentre dudoso en la cabeza del juez, más específicamente, las cuestiones de hecho.

Se impone, en este momento, subrayar que no solo los puntos controvertidos deberán ser fijados por el juez en la audiencia preliminar, porque él también podrá convencerse de los hechos que no necesitan ser probados, *e. g.*, los hechos alegados por una de las partes y no replicados por la parte contraria, los hechos notorios, que podrán influenciar al juez a la hora de la sentencia, necesitando, consecuentemente, una delimitación en el sentido de que no sea posible alterarlos más adelante. Por lo tanto, una vez fijados esos puntos controvertidos, no se pueden extraer consecuencias jurídicas diversas de aquellas delimitadas, so pena de producirse la *mutatio libelli*, prohibida por nuestro derecho, según el § único del art. 264 del CPC[111].

Predomina en la doctrina, que las reglas sobre la carga de la prueba son reglas de juzgamiento[112], es decir, el magistrado las utilizará siempre que no estuvieren suficientemente probados los hechos de la causa, una vez que corresponde a las partes, en razón de la carga subjetiva de la prueba[113], art. 333 del CPC, eliminar todas las dudas posibles para la procedencia de

111. Complicación mayor existe en el Derecho italiano, cuando el art. 183 *comma* 4º dice que "*le parti possono precisare e, previa autorizzazione del giudice, modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate*". Predomina en la doctrina italiana el entendimiento de que tal posibilidad se refiere a *emendatio libelli* y no a *mutatio libelli*. En ese sentido, encontramos TARUFFO, <*La Riforma ..*>, ob. cit., pág. 38; PATANIA, <*Il Giudizio ..*>, pág. 358, entre otros.

112. Según JOSÉ R. BEDAQUE, <*Poderes Instrutórios do Juiz*>, Edit. RT, São Paulo, 1991, pág. 81.

113. Vid. por todos BUZAID, <*Do ônus da Prova*>, en Revista de Direito Processual Civil, v. 4, 1961, especialmente págs. 16 y ss.

su pretensión. Pero, cuando el magistrado invierta la carga de la prueba, él deberá hacerlo en la audiencia preliminar, porque la inversión es hecha *ope juris*, y, si el criterio es judicial para la inversión, no sería justo retirar la oportunidad, constitucional, conferida a las partes para, adecuadamente, presentaren sus pruebas.

La fijación de los puntos controvertidos puede darse:

a) *delimitando* los puntos relevantes que fueron presentados por las partes, consecuentemente, se estaría simplificando el objeto del proceso, evitando, con eso, la producción de pruebas inútiles;

b) a través de una mayor participación del juez en audiencia, que puede, incluso, en razón de la oralidad, aclarar mejor las cuestiones contradictorias, evitando, por consiguiente, la interposición de recursos, una vez que la discusión conjunta entre juez, partes y sus abogados facilite el consenso, luego, disminuya la insatisfacción de las partes.

5.3.4. Determinación de las pruebas que van a ser producidas

Aquí, el magistrado deberá delimitar inevitablemente la prueba, para que las partes sepan lo que producir en la audiencia de instrucción, evitando, así, el elemento sorpresa que dilata innecesariamente el procedimiento. Habrá, claramente una *selección de los hechos influyentes*.

Esa fijación de las pruebas es solamente un punto de partida para que el juez las defiera o no, o hasta, utilizando sus poderes inquisitivos, que le son conferidos por el art. 130 del CPC, determinarlas *ex officio*. Aquí él fija los hechos probados y a probar.

La extensión de la determinación de las pruebas que van a ser producidas dependerá, y mucho, de la postura y del interés del magistrado en la rápida solución de la lide, pues la concentración de la prueba en ese momento es fundamental para evitarse una dilación innecesaria. No sería exagerado decir que cuanto más concentradas sean las fases del requerimiento y de la concesión de la prueba, mayores serán las garantías para un proceso justo, rápido y barato, en la medida en que se estaría preparando adecuadamente la instrucción.

Aquí es el sitio donde la oralidad funciona con plena eficacia, porque el contacto directo y personal del juez con las partes y sus procuradores, en la determinación de la prueba, es extremamente productivo, una vez que el

dialogo hace que las cuestiones queden mejor resueltas, y por así decir "*digeridas*", permitiendo un cambio recíproco de argumentaciones, que solo sirve para enriquecer el debate, evitándose, con eso, la producción de pruebas innecesarias, inútiles, incompatibles y irrelevantes, además de evitarse muchos recursos.

Ese contacto directo, oral y personal entre *actum triarum personae*, también puede ser una causa inhibitoria de pretensiones infundadas, en la medida en que alegadas las pretensiones, serán prontamente rebatidas por la parte contraria, sin hablar de la criba judicial.

La última oportunidad para que las partes requieran cualquier prueba es aquí, no permitiéndose requerirlas en ninguna otra oportunidad, *v. g.*, la prueba de testigos solo puede ser requerida hasta ese momento, y una vez requerida, deberá ser concedida por el magistrado, que identificará, delante del caso concreto, la pertinencia del testigo con el hecho que debe ser probado, pues, si el juez no consigue identificar la vinculación existente entre el hecho afirmado por la parte y la prueba que va ser producida, no habrá concesión, puesto que esta será irrelevante, o impertinente para producir el convencimiento necesario.

Determinadas las pruebas necesarias, deberá el juez designar audiencia de instrucción, con la exclusiva finalidad de acoger aquellas pruebas seleccionadas.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA AUDIENCIA PRELIMINAR DEL ARTÍCULO 30 LOTJ Y EL DIRITTO PROCESSUALE ITALIANO: ALGUNAS NOTAS DE DERECHO COMPARADO

JUAN MANUEL BERMÚDEZ REQUENA
Universidad de Sevilla

SUMARIO

I. Introducción. — II. Algunas consideraciones previas sobre el nuevo modelo de instrucción instaurado por la LOTJ. — III. El artículo 30 LOTJ a la luz del *Codice di Procedura Penale* italiano: 1. Presupuestos de su celebración: el *articolo* 417 del *Codice di Procedura Penale* y el artículo 29 de la LOTJ. 2. Función. 3. La incidencia de la celebración de esta audiencia en la conformación del objeto procesal penal: *articolo* 423 del Codice y 31 de la LOTJ. — IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Tras varias décadas de ausencia, y en desarrollo del mandato constituyente, en 1995 se establece de nuevo en España el juicio por Jurados.

El nacimiento de su ley reguladora, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (modificada por la 8/1995, de 16 de noviembre) vino rodeado de intensos debates sobre la institución, no tanto sobre su implantación porque ésta viene impuesta por el artículo 125 de la Constitución Española de 1978, como por el modelo a adoptar y su regulación, haciendo con

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ello honor al devenir histórico que el Tribunal popular ha tenido en la historia jurídica, donde contó con incondicionales defensores y fortísimos detractores.

Con independencia de argumentos filosófico-jurídicos acerca del restablecimiento del Jurado, lo cierto es que una de las principales cuestiones[1] por la que la entrada en vigor de la LOTJ no ha sido pacífica en el foro es porque el legislador juradista de 1995 al contrario que sus predecesores, de 1872, 1888 y 1931, no se ha limitado a diseñar un texto legal en el que, junto a las necesarias disposiciones de carácter general sobre la composición del Tribunal y sus miembros, se regulen las especialidades que en el juicio oral y en la fase decisoria van a tener lugar indefectiblemente. Al contrario; en la LOTJ se han introducido reformas procesales[2] de considerable alcance (cítese *ad exemplum* la del régimen de adopción de la prisión provisional —Disposición Final 2ª apartados 5 y 7—), diseñando según GIMENO SENDRA[3] un nuevo procedimiento que se une a los tres ya existentes, lo cual ha conllevado para el legislador severas críticas, orientadas en el sentido de que una Ley reguladora del juicio por jurado no debe incidir en aspectos como la instrucción de la causa o la denominada fase intermedia, sino tan sólo en el juicio oral que es la que verdaderamente se va a desarrollar ante el Tribunal de jueces legos.

Dentro de esta reforma procesal, se han importado fundamentos e instituciones del Derecho comparado, especialmente del Derecho Procesal italiano, que tras la reforma del *Codice Rocco* dio un giro hacia el llamado acusatorio puro, opción que parece la deseable para el legislador de 1995, a la luz de las novedades procedimentales introducidas.[4]

Objeto del presente artículo es ofrecer un análisis comparado entre la normativa italiana que regula la llamada *udienza preliminare* y el artículo 30 de la LOTJ que implanta esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, y que responde en su función y principios informadores, precisamente, a la tendencia reformista apuntada, siendo consecuencia de la creación de un nuevo modelo de instrucción revestido de unas características ajenas a nuestro sistema acusatorio mixto.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL NUEVO MODELO DE INSTRUCCIÓN INSTAURADO POR LA LOTJ

Desde la reforma procesal de 1988, parece que hay un intento claro de cambiar nuestro sistema acusatorio mixto por el acusatorio puro que impera en los países de nuestro entorno jurídico, sustituyendo la instrucción que hoy conocemos por una investigación dirigida por el Ministerio Fiscal, quedando el Juez de Instrucción como competente para dictar las resoluciones que pueden vulnerar derechos fundamentales (prisión provisional, entrada y registro en inmuebles privados, etc.) y velando por las garantías del justiciable.

1. Para DÍAZ CABIALE "es la cuestión más controvertida de la LOTJ. Se ha abandonado una de las características de las distintas leyes del jurado habidas en nuestro país: el limitar la regulación del procedimiento al juicio oral. Así, tanto la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872, art. 735 y ss., como la ley del Jurado de 1888, art. 60 y ss., únicamente atendían a esa fase del proceso. La presencia de los jueces legos junto a la sección de Derecho obligaba a establecer una serie de especialidades frente a la regulación de los procesos en los que sólo intervenían jueces técnicos. Como la presencia de los jurados se limitaba al juicio oral, las especialidades debían ceñirse a esa fase, mientras que el resto de la instancia, instrucción y fase intermedia, se acomodaba a la regulación genérica de los otros procesos.

La LOTJ ha alterado radicalmente esta realidad, de tal manera que se establezcan especialidades desde la incoación del procedimiento, la instrucción (...)". DÍAZ CABIALE, J.A.: "La fase preliminar en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo VIII cuaderno 2, mayo 1996, pág. 149.

2. Significativa la rúbrica del apartado III de la Exposición de motivos de la Ley del Jurado de 1995: "Necesarias reformas procesales como garantía de la viabilidad del funcionamiento del Jurado", aun siendo consciente el legislador juradista de las críticas que ello le podía suponer: "algunos han proclamado que cualquier especialidad procedimental debe comenzar allí donde empieza la intervención del Jurado, esto es, en la fase de juicio oral. Se ha sostenido que si el Jurado se limita a intervenir en el juicio oral, no debe modificarse el modelo acusatorio formal o mixto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal". Puede consultarse en Ley del Jurado, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 25.

3. Para este autor "la L.O. 5/1995, de 22 de mayo... ha incidido en nuestro ordenamiento procesal desde una doble vertiente; de un lado, ha efectuado una pequeña reforma de determinadas normas comunes de la LECRIM, como son las que disciplinan la prisión provisional (Disposición Final Segunda, apartados 5 a 7) y, de otro, ha ocasionado la reintroducción del Jurado, para la cual ha creado un nuevo procedimiento que ha venido a incrementar con uno más nuestra, una vez más, ya larga lista de procedimientos ordinarios (proceso común, procedimiento ante el Tribunal del Jurado, procedimiento abreviado y juicio de faltas)". GIMENO SENDRA, J.V.:. Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, Madrid, 1996, pág. 162.

4. "En definitiva...el nuevo procedimiento que se regula en la LOTJ responde a una opción libre y legítima del legislador de tratar de alterar los parámetros dibujados en la LECRIM. Y aproximar nuestro modelo procesal penal al de los países donde rige el sistema acusatorio puro o '*adversary system of litigation*'. Opción legítima, que descansa en elementos volitivos y no de necesidad como se argumenta, pero que presenta serios interrogantes en cuanto a la oportunidad de su elección y a los logros de la regulación concreta que se propone". DÍAZ CABIALE, J.A.: "La fase preliminar...", op.cit., pág. 151.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Este movimiento reformista es el vigente en el *Diritto Processuale* italiano bajo la denominación de "*indagine preliminare*" o investigación preliminar.[5]

La Ley del Jurado de 1995 traza una fase de instrucción inspirada en este modelo, cuyos principios informadores exponemos brevemente a continuación, como antecedente inmediato de la audiencia preliminar que regula el artículo 30 de la LOTJ, y que nos servirá para comprender con más facilidad la naturaleza y función de este instituto importado a nuestro Derecho Procesal:

— podrían apreciarse como principios más destacados en esta fase preliminar los de **oralidad y concentración**.[6]

— las limitaciones impuestas a la admisión y práctica de diligencias, da pie a pensar que subyace en la *mens legislatoris* el deseo de implantar lo que podemos denominar principio de **celeridad**[7] en esta etapa procedimental, aunque no es menos cierto que la solicitud y práctica de las mismas puede reiterarse en varios momentos a lo largo de fase preliminar.[8]

— Se da plena vigencia en esta fase de instrucción al principio de **justicia rogada**, quedando las diligencias de investigación que estime oportuno decretar el Juez en un segundo plano respecto a las que las partes soliciten, teniendo aquéllas el carácter de complementarias de éstas.

A la vista de la regulación que de la fase de instrucción hace el legislador juradista, pudiera entenderse que estamos ante un **nuevo modelo de instrucción**[9], donde **los principios de escritura, oficiali-**

5. Sobre sus características esenciales puede consultarse mi artículo "El Ministerio Fiscal en el nuevo modelo de instrucción"; en *Actualidad Penal*, nº 36, 6-12 de octubre 1997, págs. 811 y ss.

6. En opinión de MONTÓN REDONDO "el procedimiento preliminar se caracteriza por una concatenación de comparecencias en que las partes, en igualdad de condiciones, pueden alegar lo que estimen oportuno sobre la continuación del procedimiento y apertura del juicio oral, o el sobreseimiento". AAVV (MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.): Derecho Jurisdiccional, tomo III (Proceso Penal), Valencia, 1999, pág. 549.

PÉREZ-CRUZ, entre otras, menciona como características de esta fase en la regulación de la LO 5/1995:

—"se acentúa el principio de oralidad en la fase de investigación(...);

—se acentúa también el principio de concentración, pretendiéndose realizar el mayor número de actos en las diversas audiencias (arts. 25 —de sustanciación—, 30 y 31 —denominada preliminar, aunque, en realidad, encierra varias finalidades, entre ellas un juicio de acusación— y 36 —de ordenación y saneamiento— que pueden llevarse a cabo durante la instrucción". PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.: "La instrucción en el nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado"; en AAVV: Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva, Granada, 1996, pág. 141.

7. Sostiene LORCA NAVARRETE que "no cabe duda que, en la LJ, la práctica de diligencias con el carácter de imprescindibles acentúa el criterio según el cual se ha de aplicar el principio de celeridad pues la LJ atribuye amplias facultades al instructor para practicar sólo las diligencias que pedidas —o practicadas de oficio por el propio instructor— considere imprescindibles para acordar la procedencia del juicio oral". LORCA NAVARRETE, A.Mª.: El Jurado español. La nueva Ley del Jurado, Madrid, 1996, pág. 222.

8. Según GÓMEZ COLOMER "se pueden practicar diligencias de investigación, a documentar las que no sean reproducibles en el acto del juicio oral [art.34.1.b) LJ], con motivo de los siguientes actos procesales:

1°. Diligencias inaplazables tras la incoación para la comprobación del hecho criminal y la participación del imputado.

2°. Diligencias a practicar en la primera comparecencia, para fundar la imputación o justificar la petición de sobreseimiento.

3° Las diligencias de investigación, en el precepto de su regulación legal, pedidas por las partes para decidir si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (art.25.3).

4°. Nuevas diligencias complementarias de las anteriores, pero acordadas de oficio por el Juez de Instrucción con el fin de comprobar el hecho justiciable y respecto de las personas imputadas (art.27.3, reformado por la LO 8/1995).

5°. Diligencias complementarias a los medios de prueba cuya práctica se propone en el escrito de calificación de las partes (art.29.4). Esto es muy difícil de comprender, a pesar de la prohibición de reiteración, porque la LJ no las califica de prueba, aunque se ve obligada a esta sistemática por el momento procesal en que se presenta en este proceso la acusación.

6° Diligencias a practicar en la audiencia preliminar (arts. 30 y 31.1 y 2), con el fin fundamental de justificar la petición de parte de apertura del juicio oral, o de discutir la posición respecto al presupuesto de competencia.

7°. Diligencias complementarias, acordadas de oficio por el Juez de Instrucción, para ayudarle a resolver las cuestiones planteadas en la audiencia preliminar (art.32.3).

8°. Diligencias practicadas con motivo de la ausencia del detenido, antes de decretar una medida cautelar personal o su libertad (art.504 bis 2. LECRIM)". GÓMEZ COLOMER, J.L.: El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado, Madrid, 1996, págs. 91-92.

9. En opinión de GIMENO "el legislador, preocupado por el reciente y censurable fenómeno de las 'inquisiciones generales', ha creado un modelo de instrucción, inédito en el derecho comparado, informado por los principios de oralidad, justicia rogada y concentración de la investigación en la 'audiencia preliminar', esto es, en la fase intermedia.

No parece que sea misión de una Ley del Jurado evitar tales inquisiciones, sino una reforma total de la LECrim... Ante la complejidad y dificultades que al Juez de Instrucción le va a plantear la nueva Ley del Jurado, cabe predecir que, no obstante los esfuerzos del legis-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dad[10]**, han sido sustituidos por los de oralidad, acusatorio y de justicia rogada**, con un **acrecentado protagonismo de las partes**[11], en especial del Ministerio Fiscal, siguiendo la **corriente reformista** de los últimos tiempos en el Derecho Procesal Penal, que se ha traducido en los **países de nuestro entorno jurídico** en el "*inquerito*" portugués o en la "*indagine preliminare*" italiana.

---

lador para conseguir la aplicación de esta nueva instrucción, en la práctica forense toda la instrucción se efectuará en 'Diligencias previas' y tan solo cuando esté completamente acreditado el hecho y la responsabilidad de su autor es cuando el Juez convertirá tales diligencias en procedimiento de la Ley del jurado dictando la resolución del artículo 24". GIMENO SENDRA, J.V.: "La segunda reforma urgente de la Ley del Jurado"; en AAVV: *El Tribunal del Jurado* —Actas de la Iª Jornadas de estudio organizadas por la Universidad Alfonso X el Sabio y el Excmo. Gobierno de Canarias—, Las Palmas de Gran Canarias, 1995, págs. 29-30.

No obstante, MARCHENA afirma que si bien "el sistema hacia el que se orienta el nuevo texto legal, en lo referente a la introducción de los hechos durante la fase de instrucción, viene presentado por la Exposición de Motivos con la inconfundible complacencia de quien está anunciando una novedad radical... Sin embargo, la ruptura con el sistema vigente no es tan drástica como parece proclamarse y la fase procesal llamada a la fijación del *factum*, sigue acomodando preferentemente su decurso a las exigencias del principio de investigación, incumbiendo al órgano jurisdiccional la 'previa confirmación de la verosimilitud de la imputación' (art.24.1), la práctica de las 'actuaciones inaplazables a que hubiere lugar' (art.24.1, *in fine*), así como ordenar, 'como complemento de las solicitadas por el Ministerio Fiscal y demás partes, las diligencias que estime necesarias, limitadas a la comprobación del hecho justiciable y a las personas objeto de imputación por las partes acusadoras' (art.26.1)". MARCHENA GÓMEZ, M.: "El Fiscal y la Ley del Jurado"; en AAVV: *El Tribunal del Jurado*, op.cit., pág. 96.

10. Según GÓMEZ COLOMER "lo que sí es diáfano, en cambio, en esta nueva instrucción es que, por un mal entendimiento de la combinación entre el principio inquisitivo y el principio acusatorio en la fase de investigación del proceso penal, bien resuelto por la LECRIM y corregido en sus aspectos desfasados por la legislación de desarrollo de la Constitución Española y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de investigación oficial queda muy mermado, dado que si hacemos caso del tenor literal de la LOTJ, el Juez de Instrucción sólo puede pedir diligencias complementarias a las solicitadas por las partes (arts. 25.3 y 27)". GÓMEZ COLOMER, J.L.: El proceso penal especial..., loc. cit., pág. 86.

11. "El nuevo modelo parece responder a un planteamiento de fondo totalmente distinto: la fijación del objeto de la investigación oficial depende sustancialmente de las partes que son las que van a determinar el material objeto de la investigación y que permitirán, en su momento procesal, resolver sobre la apertura del juicio oral o sobre el sobreseimiento de la causa". NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: "El Fiscal en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado: su intervención en la fase de instrucción; algunas cuestiones prácticas suscitadas". En AAVV: *El Tribunal del Jurado*, Madrid, 1998.

III. EL ARTÍCULO 30 LOTJ A LA LUZ DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE ITALIANO

Siguiendo la tramitación procedimental instaurada por la LOTJ, tras la presentación de los escritos de calificación por las partes (artículo 29), éstas serán convocadas a la denominada audiencia preliminar, regulada en el **artículo 30 de la Ley**.[12]

Estamos ante institución novedosa en nuestro Derecho Procesal importada del Derecho comparado se inspira (toma hasta su nombre traducido literalmente) en la *udienza preliminare* italiana[13] (que tiene origen a su vez en la *preliminary hearing* anglosajona[14]).

---

12. **Artículo 30 LOTJ**: "1. Una vez presentado el escrito de calificación de la defensa, el Juez señalará el día más próximo posible para audiencia preliminar de las partes sobre la procedencia de la apertura del juicio oral, salvo que estén pendientes de practicarse las diligencias de investigación solicitadas por la defensa del imputado y declaradas pertinentes por el Juez. Una vez practicadas éstas, el Juez procederá a efectuar el referido señalamiento. Al tiempo resolverá sobre la admisión y práctica de las diligencias interesadas por las partes para el acto de dicha audiencia preliminar(...).

2. La audiencia podrá ser renunciada por la defensa de los acusados, aquietándose con la apertura del juicio oral (...)". Ley del Jurado, ob.cit., pág. 58.

13. Tras la última reforma del *Codice di Procedura Penale* italiano, la ***udienza preliminare*** se ha convertido en el instituto central del nuevo proceso. Situada al finalizar la *indagini preliminare*, viene regulada en el Título X del Libro V del *Codice*, y, según Villagómez, "tiene como finalidad que el Juez pueda controlar la imputación y resuelva sobre el tipo de procedimiento a seguir, siempre tras haberse procedido al contradictorio entre las partes. VILLAGÓMEZ, M.: "Estudio preliminar sobre el nuevo proceso penal italiano"; en *Documentación Jurídica*, tomo XVI, nº 61, enero-marzo 1989, pág. 29.

Para GIARDA "*l'udienza preliminare é un istituto centrale e del tutto inedito del nuovo processo. In primo luogo essa si pone — in termini nuovi rispetto alla nostra tradizione- come momento di controllo finale dell'attivitá investigativa, suolto attraverso il contraddittorio tra accusa e difesa che si confrontano di frente ad un giudice terzo. Per questo si é parlato dell'udienza preliminare como di un 'luogo di trasparenza', nel quale si riaffermano quei valori del garantismo a cui guarda il nuovo sistema. Ancora, piú icasticamente, riecheggiando l'espressione con cui é designato l'omologo istituto di common law, la si é definita come 'filtro delle imputazioni azzardate', per metter il luce come quell controlo serva ad accertare se veramente l'imputazione sia sorretta dalla piattaforma probatoria necesaria a giustificare l'instaurazione di un giudizio pubblico...*" GIARDA, A.: *Codice di Procedura Penale Comentario*, Padova, 1990, págs. 903-904.

14. "El objeto de esta audiencia preliminar ('*preliminary hearing*'), de clara procedencia anglosajona, es el '*screening*', esto es, una especie de 'audiencia sanadora', para cribar o tamizar el objeto de acusación valorando la razonabilidad ('*probable cause*') de que la cau-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Respondiendo a su origen, presenta unas connotaciones paralelas a su homónima italiana que pasamos a analizar.

1. *Presupuestos de su celebración: el articolo 417 del Codice di Procedura Penale y el artículo 29 de la LOTJ*

En primer lugar, ambas **tienen como presupuesto necesario la presentación de un escrito formal de acusación ante el Juez encargado de la instrucción de la causa** (recordar en este punto las diferencias apuntadas a lo largo del presente estudio, aun brevemente, entre nuestro Juez de Instrucción y el *Giudice per la indagine preliminare* italiano).

La acusación formal antecedente a la audiencia preliminar se encarna en nuestro ordenamiento jurídico en el escrito de postulación regulado en el artículo 29 de la LOTJ, denominado de "solicitud de juicio oral y calificación"[15], cuyos elementos esenciales (recogidos en el artículo 650 LECRIM.) son:

- los hechos punibles que resulten del sumario y su calificación legal;
- la participación del procesado;
- hechos que fundamenten la existencia de una posible circunstancia modificativa de la responsabilidad penal;
- la pena en que haya incurrido el procesado.

En el *Diritto Processuale Penale* italiano, el instrumento acusatorio que dará lugar a la celebración de la "*udienza preliminare*" será la "*richiesta di rinvio a giudizio*" [16], regulada en los artículos 417 y ss. del *Codice*, solicitud de apertura de juicio que es evacuada por el *Pubblico Ministero*, quien en consonancia con su papel de director de la "*indagine preliminare*" y realizada su investigación, si estima que no procede el archivo de las actuaciones concurren elementos suficientes para instar el juicio oral, deposita en la secretaría del Juzgado su escrito de acusación, que contendrá, junto a la *notitia criminis* y la documentación elaborada durante la investigación, los siguientes extremos:

- la descripción del delincuente a efectos de su identificación;
- enunciación del hecho punible, de las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y de los preceptos legales aplicables.

2. *Función*

Prima facie, en ambos ordenamientos jurídicos su concepción parece responder a un fundamento común: velar durante la fase preliminar los derechos del justiciable, de forma que sean respetadas las garantías constitucionales y procesales durante todo el *iter* de la investigación.

La reforma procesal italiana trajo como consecuencia la sustitución de la instrucción por la investigación preliminar (*indagine preliminare*), y, por ende, la de la dirección de la citada fase, que de ser privativa del Juez de Ins-

sa pase al estadio de juicio oral y, consiguientemente, evitar que quien sea acusado temeraria o infundadamente tenga que soportar la perversa deshonra de sentarse en el banquillo donde nunca debió estar". LÓPEZ-MUÑOZ Y LLARAZ, G.: Comentarios a la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado, Madrid, 1995, pág. 97.

Afirma DÍAZ CABIALE que "es una institución de raigambre anglosajona '*preliminary hearing*', importada por el Cpp italiano bajo el nombre de '*udienza preliminare*'. Consistente en el filtro fundamental previo a la apertura del juicio oral. Tan es así que se suele decir que es un '*mini trial*', 'pequeño juicio'...". DÍAZ CABIALE, J.A.: "La fase preliminar...", op.cit., pág. 169.

15. Que podemos considerar como los escritos de calificación provisional del proceso ordinario.

Basándose en la existencia de un nuevo escrito de postulación recogido en el artículo 36 de la Ley del Jurado GIMENO define a este escrito del artículo 29 LOTJ como "calificaciones provisionalísimas", siendo para este autor las "calificaciones provisionales" las del artículo 36 de la citada Ley. Op. cit., pág. 187.

16. En el proceso penal italiano el presupuesto de convocatoria y celebración de la *udienza preliminare* lo constituye la "*richiesta di rinvio a giudizio*".

Articolo 416: "1. La richiesta di rinvio a giudizio é depositata dal pubblico ministero nella cancelleria del giudize.

2. Con la richiesta é trasmesso il fascicolo contenente la noticia di reato, la documentazione relative alle indagini preliminari...".

Articolo 417. Requisiti formali di richiesta di rinvio a giudizio:

"...a) la generalitá dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché la generalitá della persona offesa dal reato qualora ne sia possibile l'identificazione.

b) l'enunciazione del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con la indicazione dei relativi articoli di legge...". Puede consultarse en Codice di Procedura Penale Commentario, Padova, págs. 4600-4601.

En este sentido, CORSO sostiene que "*l'udienza preliminare ha come presupposto la richiesta di rinvio a giudizio del p.m., che la deposita nella cancelleria del giudize subito dopo le indagine preliminare*". En PISANI, M. (*a cura di*): *Appunti di procedura penale*, Bologna, 1994, pág. 363.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

trucción, pasó a ser función del acusador público, o sea del *Pubblico Ministero* (nuestro Ministerio Fiscal), hubo que arbitrarse, además de otras garantías procesales, una comparecencia donde un juez (el *Giudice per la indagine preliminare*) compruebe que existe fundamento para iniciar un juicio oral, y que los elementos que corroboren esta decisión hayan sido obtenidos con respeto a los derechos del investigado. Por ello, la "*udienza preliminare*" se ha convertido en el instituto central del nuevo *processo* italiano, y la vocación garantista con la que nace, su función esencial [17], concretada en ser una especie de "*filtro*" para evitar que acusaciones sin fundamento alcancen la fase de juicio oral, lo que en cierto modo parece que implica un enjuiciamiento previo sobre la razonabilidad de la imputación[18].

Nuestro legislador importa este instituto pero en el Derecho Procesal español se ve en cierto modo diluida su *funzione di garanzia* por dos razones:

a) primera, porque no es el Ministerio Fiscal quien se encarga de la investigación, sino que ésta se lleva en todo momento ante el seguimiento e intervención del Juez de Instrucción, aunque no es menos cierto que la intervención de éste ha quedado visiblemente limitada en lo que respecta a la disposición *ex officio* de diligencias de investigación, que sufre una considerable restricción en la LOTJ bien en su carácter ("complementarias" —art. 27.3—, "imprescindibles" —art.27.1—) bien en su objeto ("la comprobación del hecho justiciable y respecto de las personas objeto de imputación por las partes acusadoras").

b) La *mens legislatoris* apunta a que en esta comparecencia ante el Juez de Instrucción se practique el mayor número de diligencias de investigación posible (art. 27.1 *in fine*), lo que parece erigirse como función principal de esta audiencia preliminar, lo que en opinión de GIMENO rompería con el principio de preclusión de la práctica de diligencias en la fase de instrucción.[19]

3. *La incidencia de la celebración de esta audiencia en la conformación del objeto procesal penal: articolo 423 del Codice y 31 de la LOTJ*

La LOTJ en su artículo 30.3 *in fine*[20] ofrece la posibilidad de que se produzca a instancias de las partes una *mutatio libelli*, cuyos límites se fijan en la inmutabilidad del elemento subjetivo del objeto del proceso, la persona imputada, y el elemento objetivo, o sea, los hechos referenciados en el escrito de calificación del artículo 29.

No obstante, como la inmutabilidad del objeto del proceso penal es una regla que admite **excepciones**, siempre que no afecte al núcleo esencial de éste, y por ello permite el legislador introducir determinadas variaciones en la delimitación del *factum* en este momento procesal, parece que sería conveniente establecer el *maximum* de esta mutabilidad a la luz de una lec-

17. Sobre la *udienza preliminare* en el proceso penal italiano, destaca MASSA esta función de garantía sobre la imputación y el decurso de la investigación (*indagine premliminare*) de los hechos objeto de imputación: "*funzione di garanzia, nel senso che in questa sede l'imputato, conoscendo gli atti di indagini, puó consapevolmente difendersi e quella eventuale dibattimentale, evitando anche il rinvio a giudizio, quando ne diffetano le condizioni, con l'emissione della sentenza di non doversi procedere (...) Tale fase, quindi, si tipicizza come momento processuale stricto sensu, in cui interviene per la prima volta un organo giurisdizionale, per vagliare i risultati delle indagini preliminari ed emettere provvedimenti afferenti anche al merito della notitia criminis*". AAVV: *Lineamenti del nuovo processo penale*, Napoli, 1993, págs. 258-259.

18. Sostiene GIARDA que "*l'udienza preliminare é un istituto centrale e del tutto inedito del nuovo processo. In primo luogo essa si pone —in termini nuovi rispetto alla nostra tradizione— comme momento di controllo finalle dell'attivitá investigativa, svolto attraverso il contradittorio tra accussa e difesa che si confrontano di fronte ad un giudice terzo. Per questo si é parlato dell'udienza peliminare come un luogo di trasparenza, nel quale 'si riaffermano quei valori del garantismo a cui guarda il nuovo sistema'. Ancora piú icasticamente, riecheggiando l'espressione con cui é designato l'omologo istituto nei sistemi di common law, la si é definita come 'filtro delle imputazioni azzardate', per mettere in luce come quel controllo serva ad accertare se veramente l'imputazione sia sorretta dalla piattaforma probatoria necesaria a giustificre l'instaurazione di un giudizio pubblico, con i costi umani ed economici che vi sono conessi*". GIARDA, A.: Codice di Procedura Penale..., ob.cit., págs. 903-904.

19. Para el citado autor esta audiencia preliminar se situaría en la denominada fase intermedia; objeto de esta fase sería "decidir acerca del denominado 'juicio de acusación', esto es, en ella de lo que se trata es de examinar los requisitos que condicionan la admisibilidad y la fundamentación de la pretensión punitiva en orden a disponer, bien la apertura del juicio oral, bien el sobreseimiento"; apuntadas estas premisas, sostiene GIMENO que la audiencia preliminar "si se hubiera limitado a que las partes, previa la valoración de material instructorio, informaran sobre la procedencia de la apertura del juicio oral o del sobreseimiento, y a la depuración de la prueba documental mediante la elaboración contradictoria de los testimonios del art. 34 LOTJ, hubiera podido merecer el mayor de los elogios". GIMENO SENDRA, J.V.: op.cit., págs. 186-187.

20. Art. 30.3 LOTJ: "(...)Las acusaciones pueden modificar los términos de su petición de apertura de juicio oral, sin que sea admisible la introducción de nuevos elementos que alteren el hecho justiciable o la persona acusada". Puede consultarse en Ley del Jurado, loc.cit., pág. 59.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tura conjunta de los **artículos 31.3 y 28**[21] ambos de la LOTJ, que establecen un régimen parecido al que rige esta cuestión en el *processo penale* italiano, donde el ***Codice***[22] instaura la doctrina de la distinción ***"fatto nuovo-fatto diverso"***.[23]

21. Artículo 28 LOTJ: "si de las diligencias practicadas resultaren indicios racionales de delito distinto del que es objeto de procedimiento o la participación de personas distintas de las inicialmente imputadas, se actuará en la forma establecida en el artículo 25 de esta Ley o, en su caso, se incoará el procedimiento que corresponda si el delito no fuese de los atribuidos al Tribunal del Jurado". Ley del Jurado, ob.cit., pág. 57.

22. *Articolo 423 Codice di Procedura Penale*: "*1. Se nel corso dell'udienza il fatto risulta diverso da come é descritto nell'imputazione ovvero emerge un reato connesso a norma dell'art.12, comma 1, lettera b), o una circostanza agravante, il pubblico ministero modifica l'imputazione e la contesta all'imputato presente. Se l'imputato non é presente, la modificazione della imputazione é comunicata al difensore, che rappresenta l'imputato ai fini della contestazione.*

2. Se risulta a carico dell'imputato un fatto nuovo non enunciato nella richiesta di rinvio a giudizio, per il quale si debba procedere di ufficio, il giudice ne autorizza la contestazione se il pubblico ministero ne fa richiesta e vi é il consenso dell'imputato". Puede consultarse en *Codice di Procedura Penale comentario*, ob.cit., pág. 4626.

La norma parece contemplar tres supuestos:

a) que se evacue un informe con un hecho descrito de manera diversa a como se hizo en el escrito de imputación.

b) que se incluya un delito conexo o una circunstancia agravante que no se recogía en el citado escrito.

c) que en el informe se exponga un hecho nuevo no recogido en la imputación (siempre que sea perseguible *ex officio*).

En este sentido, GIARDA entiende que "l'articolo 423 prevede interventi a largo raggio, peraltro analoghi a quelli consentiti nella fase del giudizio, che investono una sfera applicativa ben piú amplia di quella che era oggetto della contestazione suppletiva nel vecchio Codice. In particulare, e nonostante la riduttiva intitolazione della rubrica, la norma contempla tre distinta ipotesi di 'contestazione':

a) contestazione in rapporto ad un fatto diverso di quello decritto nell'imputazione;

b) contestazione in rapporto ad un reato connesso ai sensi dell'art. 12, primmo comma, lettera b) o ad una circostanza agravante;

c) contestazione in rapporto ad un fatto nuovo, non enunciato nell'imputazione e procedibile d'ufficio".

Vid. GIARDA, A.: Codice di Procedura..., op.cit., pág. 4627.

23. Según esta doctrina, hay que entender por "hecho nuevo" la contraposición de dos descripciones de dos eventos históricos distintos, mientras por "hecho diverso" se haría referencia a dos descripciones diversas de un mismo hecho. En este sentido, GIARDA afirma que "*dal canto suo, la distinzione tra fatto 'diverso' e fatto 'nuovo' sembra ricavabile dalla contraposizione che esiste tra due diverse descrizioni di uno stesso avvenimento e due descrizioni di avvenimenti differenti*". *Codice di Procedura...*, ob.cit., pág. 4626.

Según CORDERO "*due ipotesi storiche configurano fatti distinti quando non sia contraddittorio imputarle alla stessa persona*". CORDERO, F.: *Procedura penale*, Milano, 1995, pág. 427.

Pudiera entenderse aplicable el citado artículo 28 LOTJ, y ello fundándonos en que en la audiencia preliminar se practican diligencias de investigación que pueden llevar a las partes a variar sus planteamientos, por lo que parece que este precepto, y en ausencia de otro específico para este momento procesal, arbitra una solución para permitir una variación no sustancial del objeto procesal evitando la conculcación del derecho de defensa del imputado.[24]

IV. CONCLUSIONES

En el Derecho Procesal Penal italiano, la "*udienza preliminare*" ha sido un acto procesal novedoso que se introdujo con la última reforma del *Codice di Procedura Penale*, siendo llamado el instituto a servir como una especie de filtro a acusaciones sin fundamento, en el transcurso de la cual el *giudice per la indagine preliminare* examina que la investigación, encargada al *Pubblico Ministero* se haya realizado con observancia de las garantías del justiciable; y además, que concurran ciertamente los elementos necesarios para abrir un proceso penal. En definitiva, un mecanismo de control a las nuevas facultades de dirección de la investigación que realiza el Ministerio Público italiano.

En conclusión, regulada en el artículo 30 de la LOTJ podría definirse como un acto procesal importado del Derecho comparado[25], de carácter dispositivo[26], informado por los principios de inmediación judicial, oralidad,

24. Así, GIMENO sostiene que "el Juez puede acudir a la fórmula del artículo 28 e ilustrar al imputado de sus derechos o nuevos hechos punibles, reanudar la investigación (pudiendo practicar las diligencias complementarias del art. 32.3) y al término de la misma podrán las partes modificar sus calificaciones provisionales al amparo del segundo inciso del art. 31.3, sin que se produzca indefensión alguna o con absoluto respeto al derecho de la defensa al conocimiento previo de la acusación, a la cual se debe permitir contestarle sin perjuicio de su facultad de solicitar la exclusión de tales nuevos hechos conexos *ex* art. 36.1 d)". Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Comentarios..., ob.cit., pág. 197.

25. No ha sido el único en la Ley del Jurado, ya que la audiencia para concretar la imputación, regulada en el artículo 29, encuentra su antecedente en la "*first appearence*" del derecho anglosajón.

26. Puede ser renunciado por la defensa. Por ello, GÓMEZ DE LIAÑO lo califica como "un trámite eventual, dirigido a decidir sobre la apertura del juicio oral, y práctica de diligencias de investigación que fueren procedentes". GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: El proceso penal ante el Tribunal del Jurado, Oviedo, 1995, pág. 76.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

concentración y contradicción, que parece ostentar una doble función: por un lado la que estimamos principal consistente la práctica de diligencias instructorias; por otro lado, y en razón del resultado de la mismas, la segunda función sería obtener del Juez de Instrucción bien el sobreseimiento, bien la apertura del juicio oral (también puede el Juez resolver sobre el cambio de procedimiento e, incluso, la práctica de oficio de alguna diligencia complementaria).[27]

Por tanto, no asume con tanta intensidad como en el *processo penale* italiano esa vocación garantista, ya que en el proceso penal español no es el Ministerio Fiscal el encargado de dirigir la instrucción, aunque con el procedimiento instaurado por la Ley del Jurado de 1995 se han potenciado considerablemente las facultades de éste durante la citada fase procesal, lo que nos lleva a considerar que en cierto modo la asunción de este acto procesal que es la audiencia preliminar responde al modelo de instrucción híbrido que el legislador juradista ha creado, donde el protagonismo de los principios de oralidad, concentración y acusatorio que informan la instrucción de la causa y se reflejan en una concatenación de audiencias (además de la del artículo 30 hay que citar la de imputación —art.25 LOTJ—, y la instaurada para proceder al decreto del auto de prisión provisional —504 bis 2 LECRIM.—) que encuentra su cenit en la celebración de la audiencia preliminar del artículo 30 de la Ley del Jurado.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV (MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.): Derecho Jurisdiccional, tomo III (Proceso Penal), 8ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

AAVV: *Lineamenti del nuovo processo penale*, seconda edizione, Napoli, Jovene editore, 1993.

CORDERO, F.: *Procedura penale*, terza edizione, Milano, Giuffré editore, 1995.

27. Para MONTÓN REDONDO "puede considerarse como el momento en que el instructor recupera su posición prevalente pues, hasta ahora, ha seguido el juego de la acusación y la defensa efectuando un cálculo de probabilidades fundamentalmente permisivo de la continuación del procedimiento, pero todavía no ha creado el presupuesto necesario para el enjuiciamiento del imputado". AAVV: Derecho Jurisdiccional, op.cit., pág. 351.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DÍAZ CABIALE, J.A.: "La fase preliminar en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo VIII cuaderno 2, mayo 1996.

GIARDA, A.: *Codice di Procedura Penale Comentario*, Padova, Ipsoa Informatica, 1990.

GIMENO SENDRA, J.V.:. — Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, Madrid, Colex, 1996.

—"La segunda reforma urgente de la Ley del Jurado"; en AAVV: *El Tribunal del Jurado* —Actas de la Iª Jornadas de estudio organizadas por la Universidad Alfonso X el Sabio y el Excmo. Gobierno de Canarias—, 1995.

GÓMEZ COLOMER, J.L.: El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado, Cuadernos Civitas, Madrid, Civitas, 1996.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: El proceso penal ante el Tribunal del Jurado, Oviedo, Forum, 1995.

LORCA NAVARRETE, A.Mª.: El Jurado español. La nueva Ley del Jurado, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 1996.

MARCHENA GÓMEZ, M.: "El Fiscal y la Ley del Jurado"; en AAVV: *El Tribunal del Jurado* —Actas de la Iª Jornadas de estudio organizadas por la Universidad Alfonso X el Sabio y el Excmo. Gobierno de Canarias—, Las Palmas de Gran Canaria, 1995.

MUÑOZ Y LLARAZ, G.: Comentarios a la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado, Madrid, Dykinson, 1995.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: "El Fiscal en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado: su intervención en la fase de instrucción; algunas cuestiones prácticas suscitadas". En AAVV: *El Tribunal del Jurado*, Madrid, CGPJ y Ministerio de Justicia e Interior, 1998.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.: "La instrucción en el nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado"; en AAVV: Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva, Granada, Comares, 1996.

PISANI, M. (*a cura di*): *Appunti di procedura penale*, seconda edizione, Bologna, Monduzzi editore, 1994.

VILLAGÓMEZ, M.: "Estudio preliminar sobre el nuevo proceso penal italiano"; en *Documentación Jurídica*, tomo XVI, nº 61, enero-marzo 1989.

EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS

Título: *El Proceso Contencioso-Administrativo.* Conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
Autor: Faustino Cordón Moreno

- La jurisdicción administrativa en España
- El ámbito de la jurisdicción administrativa
- La competencia de los órganos judiciales administrativos
- Las partes en el proceso administrativo
- El objeto del proceso administrativo
- El desarrollo de los procesos contencioso-administrativos de declaración
- Terminación del proceso
- Los recursos en el proceso administrativo
- Los efectos de la sentencia
- La ejecución de sentencias
- Los llamados procedimientos especiales

Título: *Derecho Financiero y Tributario*
Parte General
Autor: Luis María Cazorla Prieto

La consideración jurídica de la actividad financiera
- El derecho financiero y tributario como rama autónoma de la ciencia del derecho
- Los sujetos activos de la actividad financiera
- El objeto de la actividad financiera
- Las fuentes del derecho financiero y tributario
- La ley y otras fuentes del derecho financiero y tributario
- La aplicación e interpretación de la norma jurídico-financiera

El ordenamiento jurídico del gasto público. El derecho presupuestario
- El derecho presupuestario
- Los principios presupuestarios
- El ciclo presupuestario (I)
- El ciclo presupuestario (y II)
- El presupuesto de las Comunidades Autónomas

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

- El presupuesto de otros entes públicos
- Los ilícitos en materia presupuestaria y relativa al gasto público

El ordenamiento jurídico de los ingresos de los entes públicos

— El ordenamiento jurídico de los ingresos tributarios. Elementos comunes del derecho tributario

- Los conceptos y categorías propias del derecho tributario (I)
- Los conceptos y categorías propias del derecho tributario (y II)
- La obligación tributaria. El hecho imponible
- Los obligados tributarios (I)
- Los obligados tributarios (y II)
- La cuantificación de la obligación tributaria
- La extinción y las garantías de la obligación tributaria
- El procedimiento de gestión en sentido estricto o de liquidación en materia tributaria
- La liquidación
- La actividad inspectora en materia tributaria (I)
- La actividad inspectora en materia tributaria (y II)
- Los procedimientos recaudatorios en materia tributaria
- Los procedimientos de revisión en materia tributaria (I)
- Los procedimientos de revisión en materia tributaria (y II)
- Las violaciones del ordenamiento jurídico-tributario y su sanción (I)
- Las violaciones del ordenamiento jurídico-tributario y su sanción (y II)

— El ordenamiento jurídico de los ingresos crediticios

- Los ingresos crediticios

— El ordenamiento jurídico de los ingresos patrimoniales y de otros ingresos públicos

- Los ingresos patrimoniales. Otros ingresos de los entes públicos

Título: *Los Impuestos y el Comercio Electrónico*
Autor: Luis María Cazorla Prieto y Pablo Chico de la Cámara

- Planteamiento
- Fundamentos Básicos sobre los que se sustenta la Tributación del Comercio Electrónico
- El Comercio Electrónico como cauce de Manifestación de Capacidad Económica
- La Plena Vigencia de las Categorías Tributarias Actuales y su Adaptación en su caso al Nuevo Escenario Comercial
- Conclusiones
- Anexo Normativo
- Índice Cronológico de Disposiciones citadas
- Bibliografías

Título:*La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*
Autor: Valentín Cortés Domínguez - Víctor Moreno Catena *et als*

Tomo I
- Los sujetos del proceso
- Las actuaciones procesales
- Las costas procesales

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Tomo II
- El proceso ordinario
- Las medidas cautelares

Tomo III
- La prueba
- Los recursos

Tomo IV
- La ejecución forzosa

Tomo V
- Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades

Título: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*
Autor: Ignacio Arroyo - José Miguel Embid *et als*

Volumen I
- Disposiciones generales
- De la fundación de la sociedad
- De las aportaciones
- De las acciones

Volumen II
- De los órganos de la sociedad
- De la modificación de los estatutos y del aumento y reducción del capital

Volumen III
- De las cuentas anuales
- De la transformación, fusión y escisión
- De la disolución y liquidación
- De las obligaciones
- De la sociedad anónima unipersonal

— Disposiciones generales

— De la representación legal de los hijos
— De los bienes de los hijos y de su administración
— De la extinción de la patria potestad
— De la adopción y otras formas de protección de menores

- De la ausencia

— Declaración de la ausencia y sus efectos
— De la declaración de fallecimiento
— Del Registro Central de Ausentes

- De la incapacitación
- De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados

— Disposiciones generales
— De la tutela
— De la curatela
— Del defensor judicial
— De la guarda de hecho

- De la mayor edad y de la emancipación

- Del Registro del estado civil

De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones

- De la clasificación de los bienes
  - — De los bienes inmuebles
  - — De los bienes muebles
  - — De los bienes según las personas a que pertenecen
- De la propiedad
  - — De la propiedad en general
  - — Del derecho de accesión
  - — Del deslinde y amojonamiento
  - — Del derecho de cerrar las fincas rústicas
  - — De los edificios ruinosos y de los árboles que amenazan caerse
- De la comunidad de bienes
- De algunas propiedades especiales
  - — De las aguas
  - — De los minerales
  - — De la propiedad intelectual
- De la posesión
  - — De la posesión y sus especies
  - — De la adquisición de la posesión
  - — De los efectos de la posesión
- Del usufructo, del uso y de la habitación
  - — Del usufructo
  - — Del uso y de la habitación
- De las servidumbres
  - — De las servidumbres en general
  - — De las servidumbres legales
  - — De las servidumbres voluntarias
- Del Registro de la Propiedad

De los diferentes modos de adquirir la propiedad

- De la ocupación
- De la donación
  - — De la naturaleza de las donaciones
  - — De las personas que pueden hacer o recibir donaciones
  - — De los efectos y limitación de las donaciones
  - — De la revocación y reducción de las donaciones
- De las sucesiones
  - — De los testamentos
  - — De la herencia
  - — De la sucesión intestada
  - — Del orden de suceder según la diversidad de líneas
  - — Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él
  - — De la colación y partición

De las obligaciones y contratos

- De las obligaciones

  - — Disposiciones generales
  - — De la naturaleza y efecto de las obligaciones
  - — De las diversas especies de obligaciones
  - — De la extinción de las obligaciones
  - — De la prueba de las obligaciones
- De los contratos
  - — Disposiciones generales
  - — De los requisitos esenciales para la validez de los contratos
  - — De la eficacia de los contratos
  - — De la interpretación de los contratos
  - — De la rescisión de los contratos
- De la nulidad de los contratos
- Del régimen económico matrimonial
  - — Disposiciones generales
  - — De las capitulaciones matrimoniales
  - — De las donaciones por razón de matrimonio
  - — De la sociedad de gananciales
  - — Del régimen de participación
  - — Del régimen de separación de bienes
- Del contrato de compra y venta
  - — De la naturaleza y forma de este contrato
  - — De la capacidad para comprar o vender
  - — De los efectos del contrato de compra y venta cuando se ha perdido la cosa vendida
  - — De las obligaciones del vendedor
  - — De las obligaciones del comprador
  - — De la resolución de la venta
  - — De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales
  - — Disposición general
- De la permuta
- Del contrato de arrendamiento
  - — Disposiciones generales
  - — De los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas
  - — Del arrendamiento de obras y servicios
- De los censos
  - — Disposiciones generales
  - — Del censo enfitéutico
  - — Del censo consignativo
  - — Del censo reservativo
- De la sociedad
  - — Disposiciones generales
  - — De las obligaciones de los socios
  - — De los modos de extinguirse la sociedad
- Del mandato
  - — De la naturaleza, forma y especies del mandato
  - — De las obligaciones del mandante

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

— De los modos de acabarse el mandato
- Del préstamo
  — Del comodato
  — Del simple préstamo
- Del depósito
  — Del depósito en general y de sus diversas especies
  — Del depósito propiamente dicho
  — Del secuestro
- De los contratos aleatorios o de suerte
  — Disposición general
  — Del contrato de seguro
  — Del juego y de la apuesta
  — De la renta vitalicia
- De las transacciones y compromisos
  — De las transacciones
  — De los compromisos
- De la fianza
  — De la naturaleza y extensión de la fianza
  — De los efectos de la fianza
  — De la extinción de la fianza
  — De la fianza legal y judicial
- De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis
  — Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca
  — De la prenda
  — De la hipoteca
  — De la anticresis
- De las obligaciones que se contraen sin convenio
  — De los cuasi contratos
  — De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia
- De la concurrencia y prelación de créditos
  — Disposiciones generales
  — De la clasificación de créditos
  — De la prelación de créditos
- De la preinscripción
  — Disposiciones generales
  — De la prescripción del dominio y demás derechos reales
  — De la prescripción de las acciones

Título: *Delimitación Competencial entre las Órdenes Social y Civil de la Jurisdicción: un Estudio Jurisprudencial*
Autor: Elena Lasaosa Irigoyen

Competencia del orden jurisdiccional social
- Las órdenes jurisdiccionales en el diseño constitucional español
- El ámbito de actuación del orden social

- El ámbito de actuación del orden civil
- La relación entre los ámbitos competenciales de los órdenes social y civil de la jurisdicción

Supuestos particulares
- Cuestiones litigiosas entre trabajadores y entre empresarios
- Previsión social voluntaria
- Reclamaciones en materia de Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales
- Sindicatos y asociaciones empresariales
- Ejecución de sentencias
- Cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales
- Responsabilidad de los administradores de sociedades

Título: *El Acuerdo de Transformación de una Sociedad Anónima*
Autor: Francisco José León Sanz

- Planteamiento
- La Información Contable en la Transformación
- El Acuerdo de Transformación
- Índice Cronológico de Disposiciones Citadas

Título: *Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares*
Autor: Roberto O. Bustillo Bolado y José Ramón Cuerno Llata

- Abreviaturas
- Prólogo
- Presentación de la tercera edición
- Introducción. El concepto de convenio urbanístico
- Historia de los convenios urbanísticos en España: del siglo XIX a la actualidad
  — Introducción
  — La alineación y las técnicas convencionales
  — Convenios y Planes de Ensanche
  — Saneamiento y reforma interior de las poblaciones
  — Del fin del siglo XIX a la Ley del Suelo de 1956
  — De la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 a la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones
- Clasificación de los convenios urbanísticos:
  — Introducción
  — Por razón de su inserción o no en un procedimiento
  — Según se encuentren o no recogidos y regulados normativamente
  — Por el ámbito de la actividad urbanística sobre el que incidan. Especial referencia a los convenios sobre planteamiento
- Régimen jurídico
  — Marco normativo
  — Límites de los convenios
  — Otras cuestiones

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

- Los convenios urbanísticos típicos en la legislación del Estado
  - — Introducción
  - — Convenios urbanísticos típicos
- Los convenios urbanísticos en la legislación de las Comunidades Autónomas
  - — Introducción
  - — Comunidades Autónomas con regulaciones globales del fenómeno convencional
- Convenios urbanísticos atípicos
  - — Introducción
  - — Convenios atípicos que incluyen en su objeto el contenido de posibles modificaciones del planeamiento en vigor
  - — Convenios atípicos que tienen por objeto los términos y condiciones de la gestión y ejecución del planeamiento en vigor
- Conclusión
- Bibliografía
- Índice jurisprudencial
- Índice cronológico de legislación

Título: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*
Autor: Alfredo Montoya Melgar *et als*

De la relación individual de trabajo
- — Disposiciones generales
- Ámbito y fuentes
- Derechos y deberes laborales básicos
- Elementos y eficacia del contrato de trabajo
- Modalidades del contrato de trabajo
  - — Contenido del contrato de trabajo
- Duración del contrato
- Derechos y deberes derivados del contrato
- Clasificación profesional y promoción en el trabajo
- Salarios y garantías salariales
- Tiempo de trabajo
  - — Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo
- Movilidad funcional y geográfica
- Garantías por cambio de empresario
- Suspensión del contrato
- Extinción del contrato
  - — Faltas y sanciones de los trabajadores
  - — Plazos de prescripción
- Prescripción de acciones derivadas del contrato
- Prescripción de las infracciones y faltas

De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa
- — Del derecho de representación colectiva
- Órganos de representación

- Procedimiento electoral
  - — Del derecho de reunión

De la negociación colectiva y de los convenios colectivos
- — Disposiciones generales
- Naturaleza y efectos de los convenios
- Legitimación
  - — Procedimiento
- Tramitación, aplicación e interpretación
- Adhesión y extensión

Infracciones laborales
- — Disposiciones generales
- — Derecho supletorio

Título: *La Constitución Española*
Con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
Autor: Manuel Pulido Quecedo

Título preliminar
De los derechos y deberes fundamentales
- De los españoles y los extranjeros
- Derechos y libertades
  - — De los derechos fundamentales y de las libertades públicas
- De los principios rectores de la política social y económica
- De las garantías de las libertades y derechos fundamentales
- De la suspensión de los derechos y libertades

De la Corona
De las Cortes Generales
- De las Cámaras
- De la elaboración de las leyes
- De los Tratados internacionales

Del Gobierno y de la Administración
De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales
Del Poder Judicial
Economía y Hacienda
De la organización territorial del Estado
- Principios generales
- De la Administración Local
- De las Comunidades Autónomas

Del Tribunal Constitucional
De la reforma constitucional

Título: *Manual de Derecho Informático*
Autor: Miguel Ángel Davara Rodríguez

- Introducción
- La protección de datos

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

- La protección jurídica del software
- La protección jurídica de las bases de datos
- El comercio electrónico y la contratación electrónica
- Los contratos informáticos
- La transferencia electrónica de fondos
- El delito informático
- La informática en el procedimiento
- El documento electrónico
- La sociedad de la información y la normativa sobre telecomunicaciones

Título: *Comentarios al Código Civil*
Autor: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano

- De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia
  - — Fuentes del Derecho
  - — Aplicación de las normas jurídicas
  - — Eficacia general de las normas jurídicas
  - — Normas de Derecho Internacional Privado
  - — Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional

De las personas

- De los españoles y extranjeros
- Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil
  - — De las personas naturales
  - — De las personas jurídicas
- Del domicilio
- Del matrimonio
  - — De la promesa de matrimonio
  - — De los requisitos del matrimonio
  - — De la forma de celebración del matrimonio
  - — De la inscripción del matrimonio en el Registro Civil
  - — De los derechos y deberes de los cónyuges
  - — De la nulidad del matrimonio
  - — De la separación
  - — De la disolución del matrimonio
  - — De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio
  - — De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio
  - — Normas de derecho internacional privado
- De la paternidad y filiación
  - — De la filiación y sus efectos
  - — De la determinación y prueba de la filiación
  - — De las acciones de filiación
- De los alimentos entre parientes
- De las relaciones paterno-filiales
- Jurisprudencia Tributaria del año 2000, por Eugenio Simón Acosta

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

- Índice analítico
- Índice cronológico de disposiciones citadas

Título: *Formularios Laborales. Sustantivos y Procesales*
Autor: Antonio V. Sempere Navarro *et als*

Contratación laboral

- Actos previos a la contratación
  - — Apertura de centros de trabajo
  - — Agencias de colocación sin fines lucrativos
  - — Oferta de empleo
  - — Precontrato de trabajo
- Contrato de trabajo
  - — Circunstancias referidas a la capacidad para contratar
  - — Modalidades de contrato de trabajo
  - — Pactos específicos del contrato de trabajo
  - — Formalidades de la contratación
- Contenido sustantivo del contrato de trabajo
  - — El salario
  - — Garantías del salario
  - — Jornada y descansos
- Vicisitudes del contrato de trabajo
  - — Movilidad funcional
  - — Movilidad geográfica
  - — Modificación sustancial de las condiciones de trabajo
  - — Contratas y subcontratas
  - — Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal
  - — Sucesión de empresa
  - — Interrupciones de la prestación laboral
  - — Suspensión del contrato de trabajo
- Extinción del contrato:
  - — Extinción de contrato por mutuo acuerdo
  - — Extinción de contrato por cumplimiento de condición resolutoria
  - — Extinción de contrato por cumplimiento del término o realización de la obra o servicio pactados
  - — Dimisión del trabajador
  - — Extinción de contrato por muerte, jubilación, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador
  - — Extinción de contrato por muerte, jubilación o incapacidad del empresario
  - — Despido colectivo y extinción de contrato por fuerza mayor
  - — Extinción de contrato por voluntad del trabajador fundada en incumplimiento del empresario
  - — Extinción de contrato por despido disciplinario
  - — Extinción de contrato por causas objetivas
  - — Denuncia de contrato y finiquito

Actuaciones contenciosas
- Formularios preprocesales
  — La conciliación previa
  — Reclamaciones previas
  — Arbitraje
- Formularios procesales en vía de instancia
  — El proceso ordinario
  — Demanda en modalidades procesales
- Recursos
  — Recurso de aclaración
  — Recurso de reposición
  — Recurso de súplica
  — Recurso de queja
  — Recurso de suplicación
  — Recurso de casación
  — Recurso de casación para unificación de doctrina
  — Recurso de revisión
  — Audiencia al demandado rebelde
  — Recurso de nulidad de actuaciones
- Ejecuciones
  — Ejecución dineraria
  — Ejecuciones especiales
  — Procedimiento de jura de cuentas
  — Ejecución provisional

Índice cronológico

Título: *Los Prestadores de Servicios de Certificación en la Contratación Electrónica*
Autor: Mª Isabel Huerta Viesca y Daniel Rodríguez Ruiz de Villa

- La firma electrónica en la regulación española: valoración crítica
- La prestación de los servicios de certificación
- Índice cronológico de disposiciones citadas
- Bibliografía

Título: *Policía Judicial y Constitución*
Autor: Roberto Martínez Pérez

- La Policía: Concepto y Función
- Principios que informan la actividad de la policía
- Organización de los cuerpos policiales
- La policía judicial
- Modelo de policía judicial

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Título: *La Investigación Preliminar del Ministerio Fiscal. La Intervención de las Partes en la Misma*
Autor: Jesús María Izaguirre Guerricagoitia

- La Configuración Orgánica del Ministerio Fiscal
- La Normativa Reguladora de la Investigación Preliminar Encomendada al Ministerio Fiscal
- Los Actos de Parte privada en la Fase Preprocesal de Averiguación
- El Concepto de Indefensión como Garantía de los Derechos de las Partes

Título: *Formularios Procesales Civiles*
Autor: Faustino Cordón Moreno

- Disposiciones generales relativas a los juicios civiles
- Jurisdicción y competencia
- Disposiciones comunes a los procesos declarativos
- El juicio ordinario
- El juicio verbal
- Los recursos
- Ejecución forzosa: los títulos ejecutivos
- Disposiciones generales sobre la ejecución
- La ejecución dineraria
- La liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas
- Las medidas cautelares
- Procesos especiales: capacidad, filiación, matrimonio y menores
- División judicial de patrimonios
- Los procesos monitorio y cambiario
- Otras especialidades procesales
- Las costas procesales y el beneficio de justicia gratuita

Título: *La extradición en Derecho español*
Autor: Rafael Bellido Penadés

- Cuestiones generales introductorias
- Requisitos de la extradición
- Procedimiento de extradición activa
- Procedimiento de extradición pasiva
- Bibliografía

Título: *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*
Autor: Concepción Barrero Rodríguez

La prueba en el derecho
- La relevancia de la prueba de los hechos en el proceso de aplicación del derecho
- El concepto procesal de la prueba. Sus rasgos esenciales
- La prueba en el procedimiento administrativo. Su autonomía respecto de la prueba procesal. La construcción del régimen de la prueba en la regulación del procedimiento administrativo

- Los orígenes del procedimiento administrativo. El derecho anterior a la Ley de Bases de 19 de octubre de 1889
- La prueba en el derecho sobre el procedimiento administrativo en el período histórico 1889-1958
- La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Su singular relevancia en la juridificación del procedimiento administrativo. Su trascendencia para el régimen de la prueba. El régimen jurídico de la prueba en el procedimiento administrativo
- El objeto de la prueba
- La carga de la prueba
- Cuándo ha de probarse en el procedimiento administrativo. Función probatoria y trámite de prueba
- Los medios de prueba y su valoración (I). Consideraciones generales
- Los medios de prueba y su valoración (II). Los distintos medios de prueba
- La posición del proceso contencioso-administrativo en relación con la prueba en el procedimiento administrativo

Índice cronológico de disposiciones estudiadas
Bibliografía

Título: *La Responsabilidad Civil del Abogado*
Autor: Adela Serra Rodríguez

- La Diligencia en el Cumplimiento de las Obligaciones
- El Incumplimiento de la Obligación del Abogado: La Negligencia y la Impericia
- La Carga de la Prueba del Incumplimiento del Abogado
- La Casualidad y la Imputación al Incumplimiento del Abogado del Daño Ocasionado al Cliente
- La Valoración del Daño y la Determinación de la Cuantía Indemnizatoria
- El Abogado en Régimen de dependencia Laboral
- Las Normas Corporativas profesionales y Deontológicas Relativas al Ejercicio de la Abogacía

Título: *Derecho de la Unión Europea*
Autor: Javier Díez-Hochleitner y Carmen Martínez Capdevila

Título: *Las Condenas de Futuro*
Su régimen en la Ley 31/2000, de Enjuiciamiento Civil
Autor: Francisco López Simó *et als*

- La Condena de Futuro: Aproximación a la Figura (concepto, caracteres, delimitación y situación en Derecho Comparado Español)
- Régimen sustantivo de las Condenas de Futuro: Supuestos y efectivos materiales
- Régimen procesal de las Condenas de Futuro

Título: *Anuario de Jurisprudencia 2000*
Autores: Consejo de Redacción de Editorial Aranzadi

- Abreviaturas
- Presentación, por Luis María Cazorla Prieto
- Capítulo I
  Un año de jurisprudencia social (Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo), por Manuel Ramón Alarcón Caracuel
- Capítulo II
  Jurisprudencia Contencioso-Administrativa: aspectos procesales, por José María Álvarez-Cienfuegos Suárez
- Capítulo III
  Un año de jurisprudencia mercantil, por Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano
- Capítulo IV
  Jurisprudencia Procesal, por Faustino Cordón Moreno
- Capítulo V
  Crónica de año de actividad parlamentaria, por Pedro González Trevijano.
- Capítulo VI
  Jurisprudencia Contencioso-Administrativa: aspectos materiales, por Luis Martín Rebollo
- Capítulo VII
  2000: Resumen de un año judicial, por Javier Moscoso del Prado
- Capítulo VIII
  Crónica de la jurisprudencia de la sala segunda del Tribunal Supremo durante el año 2000, por Gonzalo Quintero Olivares
- Capítulo IX
  Un año de jurisprudencia civil, por Enrique Rubio Torrano
- Capítulo X
- La independencia, atributo esencial de un régimen sancionatorio en materia de conflictos de intereses
- Problemática de la incoación de procesos en materia de delitos "relacionados con la corrupción"
- La hegemonía gubernamental: Factor condicionante del procedimiento sancionatorio en materia de conflictos de intereses
- Bibliografía

Título: *La Reforma Laboral de 2001*
Análisis del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo
Autor: Antonio V. Sempere Navarro *et als*

Contratación y modalidades contractuales
- Modificaciones en el régimen jurídico del contrato para la formación
- El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial
- El contrato por tiempo indefinido de fijos discontinuos
- Cuestiones relativas a la contratación temporal estructural
- Un nuevo supuesto de extinción por causas objetivas

Fenómenos interempresariales

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

• Contratas y subcontratas
Plan de fomento del empleo para el año 2001
• A modo de introducción
• Algunas consideraciones sobre las deducciones de cuotas en la Seguridad Social
• Las medidas de fomento del empleo para el año 2001
El contrato para el fomento de la contratación indefinida
• Antecedentes y caracterización
• La normalización del contrato para el fomento de la contratación indefinida
• Ámbito subjetivo del contrato para el fomento de la contratación indefinida
• Limitaciones a la contratación
Régimen jurídico. La indemnización reducida por despido objetivo improcedente "Coste cero" y "coste promocionado" en sustituciones por maternidad y otras circunstancias (La disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 5/2001)
• Introducción
• Antecedentes inmediatos
• Regulación actual
La derogación de la disposición adicional 10ª ET, sobre jubilación forzosa, y sus consecuencias
• Planteamiento de la cuestión
• El contenido plural de la disposición derogada
• Consecuencias de la derogación (de la disposición adicional décima ET/1995)
• Recapitulación
• Conclusión
Novedades relevantes de la "nueva reforma laboral"
Anexo
• Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad
Índice cronológico de legislación
Índice cronológico de disposiciones citadas

Título: *La Suspensión de Actos y Normas de las Comunidades Autónomas en la Jurisdicción Constitucional: El Artículo* 161.2 de la Constitución Española
Autor: Amelia Pascual Medrano

• Introducción
• Origen y desarrollo del artículo 161.2
• La Impugnación de las Disposiciones Normativas con Fuerza de Ley de las CCAA: El Recurso de Inconstitucionalidad
• Los Efectos Positivos de Competencia
• Las Impugnaciones del Título V de la LOCT
• Bibliografía
• Prontuario de Jurisprudencia

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Título: *Las Expropiaciones Urbanísticas*
Autor: Juan Ramón Fernández Torres

• Introducción
• Observaciones generales sobre el nuevo marco normativo de las expropiaciones urbanísticas
• Las funciones de las expropiaciones urbanísticas
• La legitimación de las expropiaciones urbanísticas
• El ejercicio de la potestad expropiatoria
• El procedimiento de determinación del justiprecio
• Las valoraciones urbanísticas (I)
• Las valoraciones urbanísticas (II): Los métodos de valoración de las distintas clases de suelo
• Las valoraciones urbanísticas (III)
• El pago del justiprecio
• La aprobación y los efectos del procedimiento de tasación conjunta
• La ocupación e inscripción en el registro de la propiedad
• La liberación de la expropiación
• La reversión en las expropiaciones urbanísticas: Los supuestos legales y las excepciones a la misma
• El ejercicio del derecho de reversión, la protección registral y la indemnización reversional
• Índice cronológico de disposiciones citadas
• Bibliografía
• La sentencia en el recurso de casación para unificación de doctrina
• Títulos ejecutivos en la Ley 1/2000
• Los sujetos del proceso de ejecución laboral
• Suspensión de la ejecución y excepciones
• Sobre el despacho de la ejecución
• La oposición a la ejecución en el orden jurisdiccional social y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil
• El embargo: búsqueda o averiguación de bienes
• El embargo, el reembargo, el embargo sobrante
• Aseguramiento: depósito y asiento registral
• Administración e intervención judicial en el proceso laboral
• Realización de los bienes: tasación y subasta
• Convenio de realización
• Adjudicación judicial
• Pago al acreedor
• Tercería de dominio
• La tercería de mejor derecho
• La ejecución no dineraria
• La ejecución definitiva de las obligaciones de hacer y no hacer
• La ejecución provisional
• Las costas judiciales

Título: *Incidencia de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Proceso Social*
DOSSIER PRÁCTICO FRANCIS LEFBVRE
Autor: Benedicto Cea Ayala *et als*

- Jurisdicción, Parte y Actos Procesales
- El Proceso Declarativo y los Recursos
- Ejecución y Medidas Cautelares

Título: *Comentarios al Nuevo Código Penal*
Autor: Gonzalo Quintero Olivares *et als*

- Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal
- Delitos y sus penas
- Faltas y sus Penas

Título: *La Prescripción de la Obligación Tributaria. Un Estudio Jurisdiccional*
Autor: Manuela Fernández Junquera

- Aspectos conceptuales
- Alcance objetivo de la Prescripción
- La Aplicación de Oficio
- Renuncia a la Prescripción ganada
- Cómputo de los Plazos de Prescripción
- La Interrupción de la Prescripción

Título: *El Derecho de Separación en la Quiebra*
Autor: Francisco Javier Arias Varona

- Panorama del Derecho Comparado
- El Régimen General del Derecho de Separación en el Ordenamiento español
- Supuestos particulares recogidos en el Código de Comercio

Título: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*
Autor: Ángel Carrasco Perera *et als*

- Disposiciones Generales
- Exigencias Técnicas y Administrativas de la Edificación
- Agentes de la Edificación
- Responsabilidad y Garantías
- Apéndice Legislativo

Título: *Régimen Jurídico de las Adquisiciones de Empresas*
Autor: Gómez Acebo y Pombo

- Elementos comunes de las Adquisiciones
- Cartas de Intenciones
- "Due Diligence"

- Representaciones y Garantías
- Objeto y Precio de las Adquisiciones de Empresas
- La Estrategia de Cierre de la Adquisición
- La Sociedad Conjunta
- Adquisiciones Especiales
- La Cláusula relativa a la Resolución de Conflictos
- Adquisición de Sociedades Cotizadas
- Aspectos Laborales
- Compras de Empresas y Derecho de la Competencia
- Tributación

Título: *El Recargo de Prestaciones*
Autor: Antonio V. Sempere Navarro y Rodrigo Martín Jiménez

- Origen y Evolución Histórica
- Finalidad del Recargo
- Naturaleza Jurídica
- Presupuestos de Aplicabilidad
- Determinación del Importe del Recargo
- Sujetos responsables del pago
- Procedimiento Administrativo de Imposición del Recargo
- La Recaudación del Importe del Recargo por la TGSS
- Prohibición de Aseguramiento del Recargo
- Independencia y Compatibilidad de Responsabilidades
- Problemas Procesales

Título: *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*
Autor: Antonio V. Sempere Navarro y Bartolomé Ríos Salmerón

- Proceso civil y proceso laboral
- Competencia jurisdiccional. Mutualidades de Previsión Social vinculadas a Colegios Profesionales
- Cuestiones de competencia, declinatoria y proceso laboral, tras la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil
- Las cuestiones prejudiciales
- De la abstención y recusación de Jueces y Magistrados
- La capacidad para ser parte en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y su incidencia en el proceso laboral
- La capacidad procesal
- Legitimación y litisconsorcio
- La intervención de terceros en el proceso laboral
- Acumulación de acciones y acumulación de procesos
- Requisitos de actividad de los actos procesales
- Las resoluciones judiciales en la Ley 1/2000 y su incidencia en el proceso laboral
- Diligencias de ordenación, propuestas de resolución y documentación en el proceso laboral
- El incidente de nulidad de actuaciones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

- La incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los "actos preparatorios" de la Ley de Procedimiento Laboral
- La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y las medidas precautorias de la Ley de Procedimiento Laboral
- Demanda y contestación a la demanda
- La prueba en general
- La prueba de confesión
- La nueva regulación de la prueba testifical en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y su incidencia en el Procedimiento Laboral
- La prueba pericial
- La prueba documental
- La incidencia de la nueva regulación de la prueba de reconocimiento judicial por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en el proceso laboral
- Los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos relevantes para el proceso
- La prueba de presunciones
- Sentencia. Otros modos de terminación: desistimiento
- La audiencia al demandado rebelde
- La nueva regulación de las diligencias finales en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y su incidencia en el procedimiento laboral
- Los recursos de reposición y de súplica tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil
- La queja laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil
- El recurso de revisión
- La acumulación de recursos en el proceso laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil
- El recurso laboral de suplicación y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil
- Los motivos del recurso de casación común
- El recurso de casación común: estudio de su tramitación en el proceso civil y en el proceso laboral
- La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social

Título: *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*
Autor: Ana Isabel Pérez Capeda

- El bien Jurídico Protegido Penalmente
- El Derecho Disciplinario y el Principio "Non Bis In Idem"
- Elementos Comunes de los Tipos Delictivos
- Análisis de los Tipos Profesionales de Deslealtad Profesional de Abogado y Procurador

Título: *Tercerías de Dominio, Tercerías de Mejor Derecho en el Contrato de Leasing*
Autor: Magdalena Ureña Martínez

- Planteamiento
- Las Tercerías de dominio en el contrato de Leasing

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

- Las Tercerías de mejor derecho en el contrato de Leasing
- Bibliografías
- Anexo I, Tribunal Supremo
- Anexo II, Audiencias Provinciales

Título: *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico*
Autor: Tomás Ramón Fernández

- El Urbanismo en la Jurisprudencia Constitucional: Notas Críticas
- La Urbanización de las Costas
- El Ordenamiento Jurídico-Urbanístico: Legislación Estatal, Legislación Autonómica y Planteamiento
- Informe sobre la Ley 8/1990, de 23 de julio, y sobre el anteproyecto de texto refundido de la Legislación del Suelo
- Regulación Urbanística de los Terrenos e Instalaciones Portuarias
- La Ciudad Patrimonio: Aspectos Jurídicos
- Presupuestos Jurídicos en el Planteamiento Urbanístico
- La Propiedad Urbanística del Suelo, el Suelo y el Subsuelo
- La Regulación Legal del Mercado del Suelo
- El Desconcertante Presente y el Imprevisible y preocupante Futuro del derecho Urbanístico Español
- El Proyecto de la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones: ¿Una salida a la Crisis?
- Simplificación Administrativa y Actividad Urbanística en España
- Urbanismo y Ordenación Comercial
- Grandeza y Miseria del derecho Ambiental
- La Ordenación Urbanística de los Conjuntos Históricos: breve Denuncia de los Excesos al Uso
- Notas sobre el Proceso Continuo y Silencioso de erosión del Derecho Estatal y de las Garantías Jurídicas de los Ciudadanos: El caso de los Jurados Autonómicos de Expropiación

Título: *La Ejecución y Recepción de las Obras en las Urbanizaciones de Iniciativa Particular*
Autor: Gabriel Cortés Cortés

- Normativa Aplicable
- Sujetos de la Ejecución de las Obras de Urbanización
- Objeto de la Ejecución de las Obras de Urbanización
- Obras Ejecutadas y No Recibidas
- Incumplimiento de las Obligaciones Inherentes al Deber de Urbanizar
- La Recepción de la Urbanización.

Título: *La Acción de Petición de Herencia*
Autor: Silvia Gaspar Lera

- La Acción de Petición de Herencia: Consideraciones Generales
- Legitimación Activa y Legitimación Pasiva en la Acción de Petición de Herencia

- Aspectos Procedimentales de la Acción de Petición de Herencia. Ineficacia de la Acción. Oposición por el Demandado de la Usucapión de los Bienes Hereditarios Reclamados
- Efectos de la Sentencia Dictada en el Proceso de Petición de Herencia a favor del Heredero Demandante
- La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal

Incluye una Parte Especial con 38 capítulos que ahondan en el estudio de esta materia

Título: *Anuario de Jurisprudencia 1999*
Autor: Consejo de Redacción de Editorial Aranzadi

- Jurisprudencia: sentencias de mayor importancia del año tanto desde la perspectiva sustantiva como procesal: civil, mercantil, penal, administrativo, tributario y social
- Crónica parlamentaria: lo más relevante de la actividad parlamentaria durante 1999
- Crónica Judicial: lo más destacado de la actividad judicial en 1999

Título: *Formularios Civiles*
Autor: Roberto Alonso Viso *et als*

- Precontrato
- Compraventa
- Permuta
- Donación
- Arrendamiento cosa
- Arrendamientos urbanos
- Arrendamiento rústico
- Arrendamiento de servicios
- Contrato de obra
- Préstamo
- Transporte
- Edición literaria
- Mandato
- Mediación
- Sociedad civil
- Aparcería
- Depósito
- Hospedaje
- Garaje
- Renta vitalicia
- Lotería
- Vitalicio
- Fianza
- Prenda
- Hipoteca
- Transacción

- Arbitraje
- Multipropiedad
- Factoring
- Agencia
- Franquicia
- Patrocinio publicitario

Título: *La Evaluación de Impacto Ambiental. Estudio Jurisprudencial*
Autor: José Razquin Lizarraga

- El Marco General
- La Regulación del Impacto Ambiental: Legislación, Transposición y Rango Legal
- La Caracterización Jurídica de la Evaluación de Impacto Ambiental
- El Ámbito Objetivo: Los Proyectos o Actividades sujetos a Evaluación de Impacto Ambiental
- El Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental
- Retribuciones
- Garantías por Fenómenos Interempresariales
- Vicisitudes Temporales
- Vicisitudes Espaciales
- Extinción del Contrato de Trabajo
- Especial Consideración del Despido
- Duración del Contrato de Trabajo y Modalidades Contractuales
- Relaciones Laborales Especiales y asimiladas
- Relaciones Laborales de Régimen Específico
- Personal Estatutario de la Seguridad Social
- Relaciones Jurídicas de Carácter Colectivo
- Huelgas
- Relaciones Jurídicas de Seguridad Social
- Prestaciones: Aspectos Generales
- Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales
- Asistencia Sanitaria
- Incapacidad Temporal
- Incapacidad Permanente Contributiva
- Invalidez no Contributiva
- Jubilación Contributiva
- Jubilación no Contributiva
- Prestaciones por Muerte y Supervivencia
- Desempleo
- Prestaciones Familiares
- Regímenes y Sistemas Especiales
- Mutualidades, Montepíos y otros sistemas de Previsión
- El Proceso Laboral
- Delimitación de la Jurisdicción Social
- Cuestiones Generales sobre el Proceso Laboral

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

- Modalidades Procesales
- Recurso de Suplicación
- Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina
- Ejecución de Sentencias

Título: *Manual de Derecho del Trabajo*
Autor: Carlos Molero Manglano *et als*

- Introducción
- Contrato de Trabajo
- Derecho Sindical
- Administración y jurisdicción social
- Seguridad Social

Título: *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*
Autor: Laura Zúñiga Rodríguez

- Nuevas Demandas Sociales al derecho Penal: Nueva Realidad Criminológica
- Derecho Comparado
- El Derecho Comunitario y las Sanciones que se Imponen a Empresas
- Modelos de Solución: el Modelo de la Responsabilidad Individual puesto a Prueba
- Modelo de la Responsabilidad de la Propia Persona Jurídica

Título: *El Recurso Extraordinario de Revisión en Materia Económico-Administrativa*
Autor: Clemente Checa González

- Objeto del Recurso
- Motivos en los que este Recurso se puede fundar
- Legitimación para Recurrir
- Órganos competentes para resolver el Recurso Extraordinario de Revisión
- Plazos para Interponer este Recurso
- Procedimiento
- Resolución
- Bibliografía
- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de justicia
- Tribunal Económico-Administrativo Central

Título: *El Régimen Jurídico Leasing Financiero Inmobiliario en España*
Autor: María del Carmen García Garnica

- Introducción al Leasing Financiero Inmobiliario
- El Origen Inmobiliario del Contrato de Leasing Financiero

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

- Delimitación del Leasing Financiero inmobiliario y sus modalidades
- Normativa reguladora del contrato de Leasing Financiero
- El Elemento Objetivo del Leasing Financiero Inmobiliario
- El tipo Básico de Leasing Financiero Inmobiliario y sus modalidades
- La Naturaleza Jurídica del Leasing Financiero
- Régimen Jurídico del Leasing Financiero Inmobiliario y sus Modalidades Contractuales
- Especialidades del Leasing Financiero de Bienes en Construcción
- Publicidad registral del Leasing Financiero Inmobiliario

Título: *El Juicio Ejecutivo Derivado de Operaciones Bancarias*
Autor: Fernando Díaz Barco y Ángeles Velázquez Martín

- Títulos Ejecutivos Bancarios
- La Iniciación del Procedimiento. La demanda ejecutiva
- El Auto Despachando Ejecución. El Requerimiento de Pago y los Embargos
- La Oposición a la Ejecución Despachada
- Sustanciación y Resolución de la Oposición
- Suspensión de la Ejecución
- La Ejecución Provisional
- Recursos. La Segunda Instancia
- El Apremio
- La Liquidación de Intereses y Tasación de Costas
- Ejecución sobre Bienes Pignorados o Hipotecados

Título: *Jurisprudencia Social Unificada 1999*
Autor: Antonio V. Sempere Navarro y Faustino Cavas Martínez

- Sistema Normativo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
- Convenios Colectivos
- Interpretación y Aplicación de las Normas
- Competencias de la Administración Laboral
- Relaciones laborales de Carácter Individual: Contrato de Trabajo y Vínculos Estatutarios
- Elementos Esenciales del Contrato de Trabajo
- Sujetos del Contrato Laboral
- Clasificación y Categoría Profesionales
- La Punibilidad como Último Presupuesto Positivo para la Aplicación de la Pena
- La exención de Responsabilidad Criminal
- El "Iter Criminis"
- El Autor, los Cómplices, la Víctima
- Las Consecuencias Jurídicas del Delito
- La Individualización del Castigo
- El Concurso de Delitos y el Concurso Aparente de Normas Penales
- Extinción de la Responsabilidad Criminal

Título: *Temas de Derecho Constitucional*
Autor: Luis María Cazorla Prieto *et als*

- El Constitucionalismo. Resumen de la Historia Constitucional Española
- La Constitución Española de 1978. Su Génesis y Estructura. El valor Normativo de la Constitución. Su eficacia Directa. El Principio de Interpretación de las Normas Conforme a la Constitución
- Los Principios Constitucionales, el Estado Social y Democrático de Derecho
- El Sistema Español de Control de Constitucionalidad de las Leyes. El Tribunal Constitucional: Composición y Competencias
- La Corona
- Las Cortes Generales
- El Gobierno. Relaciones entre Gobierno y las Cortes Generales
- El Estado Autonómico
- Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas en la Constitución
- La Tutela de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas
- El Régimen Electoral
- El Poder Judicial en el Estado Social y Democrático de Derecho
- La Sumisión del Juez a la Ley y la Independencia Judicial
- Los Principios de Unidad y Exclusividad de la Jurisdicción
- El Consejo General del Poder Judicial como Órgano Constitucional
- El Gobierno Interno de los Juzgados y Tribunales
- La Responsabilidad del Estado-Juez
- La Responsabilidad Penal, Civil y Disciplinaria de los Jueces
- El Ministerio Fiscal

Título: *Derecho Procesal y del Contencioso Comunitario*
Autor: José Palacio González

- El Ordenamiento Comunitario como Derecho Regulador de un Proceso de Integración
- La Invocación del ordenamiento Comunitario ante los Órganos Jurisdiccionales Internos
- El Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas: Perspectiva Institucional, reglas de Funcionamiento Interno y Normas de Procedimiento
- El Recurso de Anulación
- El Recurso por Omisión
- El Recurso por Incumplimiento
- La Remisión Prejudicial
- El Recurso por Responsabilidad Extracontractual
- La Excepción de Ilegalidad
- El Recurso de Plena Jurisdicción en Materia Sancionadora
- El Contencioso Relativo a la Función Pública Comunitaria
- Otros Recursos Especiales
- Las Medidas Cautelares

Título: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*
Autor: Alfredo Montoya Melgar *et als*

- Parte General
- Del Ejercicio de la Potestad Jurisdiccional
- De las Partes Procesales
- De las Acumulaciones
- De los Actos Procesales
- De la Evitación del Proceso
- Del Proceso Ordinario y de Las Modalidades Procesales
- Del Proceso Ordinario
- De las Modalidades Procesales
- De la Audiencia al Demandado Rebelde
- De los Medios de Impugnación
- De la Impugnación de Sentencias
- De la Ejecución de Sentencias
- Disposiciones Adicionales
- Disposiciones Transitorias
- Índice Cronológico de Disposiciones Citadas

Título: *Apuntes de Derecho Mercantil*
Autor: Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano

- Origen, evolución y significado actual del Derecho Mercantil
- Fuentes del Derecho Mercantil
- Mercado y Derecho Mercantil
- El empresario
- La empresa: Elementos y negocios sobre la misma
- Protección de la libre competencia
- Principio de corrección en el tráfico económico: la competencia desleal
- Patentes y protección de otras creaciones
- Marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico

Título: *Derecho de Internet*
Autor: Rafael Mateu de Ros y Juan Manuel Cendoya Méndez de Vigo

- Principios de la Contratación Electrónica
- La Firma Digital y el Comercio Electrónico
- Los tribunales y el Documento Electrónico
- Servicios Financieros en Internet
- Las Relaciones Telemáticas con la Administración
- La Tributación del Comercio Electrónico

Título: *Los Procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*
Autor: José María Illán Fernández

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

- Introducción. Normas Generales de los Procesos Matrimoniales
- Los Procesos de Separación Nulidad y Divorcio en el Derecho Internacional Privado
- Reconocimiento de Sentencias Dictadas por Tribunales Eclesiásticos
- Clases de Procesos Matrimoniales
- La Solicitud de Medidas
- Los Procesos Relacionados con los Remedios Jurídicos para las Crisis del Matrimonio
- La Ejecución de Sentencias en Materia Matrimonial
- Liquidación del Régimen Económico Matrimonial
- Procedimiento Declarativo de Nulidad del Matrimonio
- Los Recursos en los Procesos Matrimoniales
- Disposiciones Adicionales Transitoria y Derogatorias

Título: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*
Autor: José María Ayala Muñoz *et als*

- Del Ámbito de Aplicaciones y Principios Generales
- De las Administraciones Públicas y sus Relaciones
- De los Órganos de las Administraciones Públicas
- De los Interesados
- De la Actividad de las Administraciones Públicas
- De las Disposiciones y los Actos Administrativos
- De las Disposiciones Generales sobre los Procedimientos Administrativos
- De la Revisión de los Actos en vía Administrativa
- De las Reclamaciones Previas al Ejercicio de las Acciones Civiles y Laborales
- De la Potestad Sancionadora
- De la Responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus Autoridades y demás Personal a su Servicio
- Disposiciones Adicionales, Transitorias, Derogatoria y Final de la Ley 30/1992 y la Ley 4/1999
- Índice Cronológico de Disposiciones Citadas

Título: *Manual de Derecho Penal*
Autor: Gonzalo Quintero Olivares *et als*

- El Derecho Penal: Concepto, Principios Informadores y Evolución
- La Ley Penal: Interpretación, Vigencia Temporal y Espacial
- Dogmática, Política Criminal y Criminología
- Evolución y Estado Actual de la Legislación Penal en España
- El Delito como Institución Nuclear del Derecho Penal: Modelos Sistemáticos Contemporáneos y Concepto Legal de Delito
- La Antijuridicidad
- La Tipicidad
- Culpabilidad
- El Error en el Derecho Penal: Error de Tipo y Error de Prohibición

J.M. BOSCH EDITOR
LIBRERÍA BOSCH, S.L.

Frederic Adan Domenech

EL NUEVO PROCESO CAMBIARIO

Año: 2002
Formato: 17 × 24
Págs: 492
Precio: 53,22 €
ISBN: 84-7698-661-0

El estudio del proceso cambiario se ha realizado desde una triple perspectiva: legal, doctrinal y jurisprudencial.

Desde el punto de vista **legal**, los textos normativos cuyo estudio deviene imprescindible son dos: en primer lugar, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que concede una nueva regulación al juicio cambiario. En segundo lugar, la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, cuyo análisis resulta de especial transcendencia en base a dos motivos: primero, porque regula el régimen jurídico sustantivo del objeto del proceso cambiario, y segundo, debido al hecho de que las disposiciones concretas de esta Ley inciden de forma directa en la configuración de este juicio.

Desde el punto de vista **doctrinal** es preciso señalar la abundancia de monografías y artículos existentes tanto en la doctrina procesal como en la mercantil, que analizan el antiguo juicio ejecutivo cambiario.

Desde el punto de vista **jurisprudencial**, el principal problema con el que nos encontramos radica en la novedad de la LEC 1/2000. Ante esta situación, y partiendo de la realidad de que la regulación que esta Ley concede al proceso cambiario no difiere en gran medida de la que se otorgaba en la legislación derogada, he-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mos analizado la jurisprudencia surgida entorno a la regulación de la LEC de 1881, y en base a ella, hemos interpretado y analizado los preceptos que la nueva LEC dedica a este juicio, respetando las innovaciones que aporta.

María José Azaustre Fernandez, Doctora en Derecho

EL SECRETO BANCARIO

Año: 2001
Formato: 17 × 24
Págs: 618
Precio: 51,72 €
ISBN: 84-7698-641-6

Constituye el objeto del presente libro el estudio del secreto bancario, institución de incuestionable trascendencia práctica tanto para la clientela de las entidades de crédito como para los propios establecimientos financieros, con efectos que se hacen sentir asimismo en el conjunto de la economía de un país. Su aplicabilidad suscita debate tanto en el plano nacional como internacional, del que se hacen eco periódicamente los medios de comunicación. En la primera parte de la obra se analiza la evolución de esta figura, históricamente presente en todos aquellos momentos en los que la actividad bancaria alcanzó cierta importancia, al tiempo que se estudia su situación en los países más representativos de nuestro entorno cultural. La segunda parte está destinada al fundamento y naturaleza del secreto bancario, situándolo en el derecho a la intimidad del cliente que solicita los servicios de una entidad de crédito comunicando determinados datos en la confianza de que no van a ser divulgados sin su consentimiento. Especial atención se dedica al estudio del secreto bancario como una modalidad más del secreto profesional, encuadrado dentro de los deberes generales de las entidades de crédito. En la tercera y más extensa parte de la obra se profundiza, desde una perspectiva interdisciplinar, en el régimen jurídico del secreto bancario en el ordenamiento español, contemplándose, en primer lugar, los diversos límites de la institución frente al poder público, con particular referencia a la Administración fiscal y a la Administración de Justicia, para luego analizar el secreto bancario en el plano de las relaciones entre sujetos privados. Efectivamente, cuando el demandante de información bancaria es un particular, la problemática del secreto bancario se hace más evidente, lo que lleva a estudiar casuísticamente diversos supuestos conflictivos: situaciones de matrimonio, sucesión, incapacidad, representación, relaciones con acreedores o fiadores, etc. En el último capítulo se analiza el régimen de responsabilidades derivado de la violación del secreto bancario, con especial hincapié en el campo de la responsabilidad civil, pero sin dejar de lado otras posibles responsabilidades, como la penal, la administrativa y la laboral.

Lluís Borrás Roca, Médico forense y psiquiatra de la Clínica medico-forense de Barcelona

ASESINOS EN SERIE ESPAÑOLES

Biografía, personalidad, móviles del crimen, víctimas, juicios

Año: 2002
Formato: 17 × 24
Págs:145
Precio: 14,42 €
ISBN: 84-7698-653-X

El presente libro, utilizando un lenguaje comprensivo pero sin dejar en todo momento de ser científico busca esclarecer las causas psíquicas y circunstancias que puedan ocasionar que una persona pueda volverse asesino en serie, es decir se plantea que es lo que puede llevar a alguien a matar reiteradamente, sin detenerse hasta ser detenido. Hace un análisis biográfico de quince de estos asesinos y lo correlaciona con la conducta observada por los mismos, llegando a la conclusión de que hay tres grupos de con diagnósticos clínicos muy distintos de asesinos en serie: *el primer grupo* lo constituyen enfermos esquizofrénicos paranoicos, tales como «el arropiero» o el «matamendigos». *El segundo grupo* se configura como el de los individuos con desviaciones sexuales, tales como el asesino de niños de Málaga o el violador de ancianas de Lesseps. *Y el último grupo* está formado por sujetos sin sentimientos de culpa y egocéntricos (los llamados psicópatas), capaces de matar simplemente por conseguir dinero o por otros intereses personales, figurando entre ellos la «viuda negra» de Hospitalet o la «vampiresa» de Barcelona. Los asesinos más peligrosos, cumplen dos o incluso tres de los citados diagnósticos, es decir son esquizofrénicos, a la vez que psicópatas y puede incluso que tengan desviaciones sexuales.

Este libro supone una recopilación, clasificación y descripción amena de la biografía de los asesinos en serie más conocidos de España en el presente siglo y además descubre a otros a los que no se les dio publicidad en su día pero a quienes se les puede encuadrar también entre los anteriores por su tendencia irrefrenable a matar.

ÍNDICE

I. PREGUNTAS QUE CABRÍA FORMULARSE ACERCA DE LOS ASESINOS EN SERIE
II. ASESINOS EN SERIE ESPAÑOLES
Esquizofrénicos
Parafílicos
Psicópatas
III. CARACTERISTÍCAS DE LOS ASESINOS EN SERIE ESPAÑOLES DE LA MUESTRA ESTUDIADA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

MANUEL CACHÓN CADENAS

DE LA ANTIGUA A LA NUEVA LEY DE ENJUCIAMIENTO: REGIMEN TRANSITORIO DE LOS JUICIOS CIVILES

Año: 2001
Formato: 15 × 21
Págs: 161
Precio: 15,66 €
ISBN: 84-7698-595-9

La entrada en vigor de la nueva LEC, está provocando numerosos problemas de derecho transitorio. Se trata de una materia en la que las dudas y el casuismo van a ser, a buen seguro, prácticamente inagotables. Así pues, resultaría imposible llevar a cabo un análisis exhaustivo del tema. El propósito que se persigue en este libro es mucho más modesto. Tan sólo se intenta esbozar algunos criterios generales y examinar unos cuantos supuestos de entre los muchos posibles. Por lo demás, conviene tener en cuenta que, si bien las Disposiciones Transitorias están situadas al final de la nueva LEC, son las que programan las actuaciones más urgentes y la entrada paulatina en el nuevo sistema.

ÍNDICE

1. Introducción
2. Procesos que estén pendientes al tiempo de la entrada en vigor de la nueva LEC: criterios generales
3. Régimen de recursos contra resoluciones interlocutorias
4. Juicios declarativos que se encuentran en primera instancia
5. Juicios declarativos que se encuentran en segunda instancia o estén pendientes de recurso de casación
6. Juicios ejecutivos que se hallen pendientes a la entrada en vigor de la nueva LEC
7. Procesos de ejecución iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva LEC
8. Medidas cautelares
9. Procesos que se incoen después de la entrada en vigor de la nueva LEC
10. Proceso que hubieran concluido antes de que entre en vigor la LEC-2000

JOSÉ IGNACIO CANO MARTÍNEZ DE VELASCO

LA RESERVA DE DOMINIO

Año: 2001
Págs: 136
Precio: 2596.-// 2700.-
ISBN: 84-7698-629-7

En la venta a plazos el vendedor puede reservarse la propiedad de la cosa vendida hasta el pago integro del precio aplazado. Por lo tanto el comprador entre tanto no es dueño de ella, aunque lo tenga y lo disfrute. Pero es un cuasi dueño que, por ello, tiene atribuidas por los jueces y la jurisprudencia las acciones que corresponden a un dueño verdadero.

Ello hace que durante la vigencia del pacto de reserva, vendedor y comprador compartan la propiedad en diferente nivel (superior el del vendedor).

ÍNDICE

I. Hacia un concepto de reserva de dominio
II. Naturaleza de la reserva
III. Régimen de la reserva
IV. Régimen jurídico II

JOAQUÍN DELGADO MARTÍN

LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

(Comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves)

Año: 2001
Formato: 17 × 24
Págs: 191
Precio: 18,78 €
ISBN: 84-7698-650-5

Producción y distribución de drogas, terrorismo, inmigración clandestina, trata de blancas, tráfico de vehículos robados..., la criminalidad organizada se ha ido extendiendo progresivamente a muchos sectores de la vida social.

Tras realizar un completo estudio de su concepto y notas características, esta obra analiza las nuevas respuestas del sistema penal, cada vez más agresivas contra la libertad y otros derechos fundamentales, centrándose en los instrumentos contenidos de la LO5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfecionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves: los medios encubiertos de investigación del delito, con un especial hincapié en el análisis del agente encubierto; y la entrada vigilada de droga u otro elemento ilícito.

Era necesaria una obra que abordara la criminalidad organizada de una forma global, analizando tanto las respuestas del Derecho Penal material como procesal; combinando adecuadamente el punto de vista dogmático con el práctico.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ÍNDICE

I. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA
1. El Sistema penal ante el preocupante fenómeno de la delincuencia organizada
2. Concepto y clases de criminalidad organizada
3. Clases de criminalidad organizada

II. EL AGENTE ENCUBIERTO
1. La investigación del delito a través de medios encubiertos
2. El agente meramente encubierto
3. El agente infiltrado bajo la regulación del artículo 282 bis LECR
4. Proceso penal con intevención de un agente encubierto infiltrado bajo autorización y control judicial
5. La responsabilidad penal del agente encubierto
6. Especialidades del Proceso Penal abierto para depurar la responsabilidad penal del AE
7. Cooperación intenacional. Actividad del agente encubierto en el terrorismo de otro estado

III. LA ENTREGA VIGILADA DE SUSTANCIA O ELEMENTO ILÍCITO
1. Introducción
2. Concepto, naturaleza y modalidades
3. Requisitos
4. Bibliografía

Mª DEL CASTILLO FALCÓN CARO

MALOS TRATOS HABITUALES A LA MUJER

Año: 2001
Formato 17 × 24
Págs: 283
Precio: 26,58 €
ISBN: 84-7698-634-3

El presente libro representa un preciso equilibrio, en que sin pretender agotar ningún tema, conjuga el estudio y el análisis de perspectivas dogmáticas, politico-criminales, prácticas y criminologicas, española y comparada, ofreciendo con considerable precisión, una fiable visión de una problemática tan actual y tan lacerante como la de los malos tratos intrafamiliares

ÍNDICE

I. Concepto, tipología y causa de los malos tratos
II. Trasfondo sociológico: género, sexo y poder

III. Ámbito internacional
IV. Estudio jurídico-penal de los malos tratos a la mujer
V. Cuestiones procesales en materia de malos tratos intrafamiliares
VI. Estudio de la evolución jurisprudencial en materia de maltrato intrafamiliar
VII. Estudio estadístico y sondeo sociológico. Especial referencia a la situación en Andalucía.
VIII. Consideraciones político-criminales y aspectos organizativos institucionales

RODOLFO FERNÁNDEZ, Director del Departamento de Tecnologías de la Información de Pedro Brosa Y Asociados. Abogado. Profesor de la Universidad de Barcelona y de la escuela Practica jurídica del Colegio de Abogados de Barcelona.

CONTRATACIÓN ELECTRONICA: LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN INTERNET

Año: 2001
Formato: 17 × 24
Págs:114
Precio: 11,41 €
ISBN: 84-7698-652-1

Colección de Derecho Empresarial Pedro Brosa & Asociados
Área tecnologías de la información

La decisión de escribir y publicar este libro tiene su origen en la necesidad de responder a cuestiones inéditas con las que el jurista dedicado al Derecho de las Tecnologías de la información tropieza en su quehacer diario.

El autor atraviesa el iter vital del contrato electrónico, analizando los aspectos más relevantes, desde el momento inicial de la oferta; el tiempo y lugar en el que el contrato existe y produce efectos; los problemas principales de la Ley y jurisdicción aplicables; la firma electrónica y, en especial, el documento electrónico como forma de prestar el consentimiento en Internet.

El libro, esta escrito desde la óptica del Derecho privado, desgrana la legislación española e internacional aplicable al comercio electrónico y, además de apuntar los problemas, ofrece también soluciones.

ÍNDICE

I. Ley aplicable y cuestiones de jurisdicción en la contratación a través de Internet
II. El consentimiento contractual y las nuevas tecnologías
III. La perfección del contrato celebrado a través de Internet

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

IV. Crítica a las disposiciones de la Directiva 31/2000 en sede de objeto del contrato electrónico
V. Forma de prestación del consentimiento electrónico: referencia a la firma electrónica y a la prueba de la existencia del contrato
VI. Recapitulación final
VII. Conclusiones

JUAN V. FUENTES LOJO

NOVÍSIMA SUMA DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (Adaptada a la nueva LEC) 11ª EDICIÓN

Año: 2001
Formato: 17 × 24 (4 Volúmenes)
Págs: 4675
Precio: 510,86 €
ISBN: 84-7698-642-4

La entrada en vigor el 8 de enero del corriente año 2001 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, con las importantes repercusiones producidas en todos los aspectos procesales relacionados con la Ley de Arrendamientos Urbanos, justifican plenamente la publicación de una nueva edición de la **Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos** que refunde la anterior con sus Puestas al Día y se ocupa especialmente de la problemática surgida con la referida Ley procesal de 7 de enero de 2000. Además, actualiza la obra poniéndola al día en toda la legislación sustantiva.

Esta obra es el tratado más completo sobre Arrendamientos Urbanos en España y resuelve desde el punto de vista legal, doctrinal y jurisprudencial, todas las dudas sobre esta materia.

Enumera, desarrolla y soluciona problemas, además recoge sentencias tanto del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Audiencias provinciales.

ÍNDICE

1. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 y los contratos celebrados desde el 1 de enero de 1995, dedicando un capítulo especial a las cuestiones derivadas de la aplicación de la nueva LEC 1/2000 en su relación con los arrendamientos
2. Los procesos arrendaticios después de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.
3. La Ley de Arrendamientos Urbanos. Texto refundido del 24 –12 –64. Artículos y problemática que plantean
4. El contrato de arrendamiento de finca urbana según el Código Civil.
5. Arrendamiento de vivienda de protección oficial

6. La rehabilitación del patrimonio residencial y urbano y las actuaciones protegibles.
7. Arrendamientos ante la legislación urbanística y expropiatoria en el ámbito arrendaticio urbano
8. Arrendamientos de tipo excepcional

Anexo 1. Textos legales de aplicación
Anexo 2. Formularios de aplicación a los contratos de arrendamiento.
Indices. Bibliográfico, alfabético y sistemático

ANTONIO MARZAL

EMPRESA Y DERECHO SOCIAL

Año: 2001
Págs: 219
Precio: 18,03 €
ISBN: 84-7698-626-2

¿Existe aun la empresa?

El Seminario permanente que año tras año organiza el Seminario permanente de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho (ESADE) de la Universidad Ramon Llull, pretendió responder a ello con la complejidad que el tema exige por su historia, y con la lucidez que piden los cambios nada intrascendentes que se han dado en la empresa y en el Derecho social de las últimas décadas.

Podría decirse que esta obra es la exposición de los flujos y reflujos del derecho de la empresa en cuanto parte del derecho del trabajo o derecho social.

Nacido ese derecho como una filosofía liberal, en el que la empresa no es más que el empresario, a lo sumo y desde una perspectiva de intereses en conflicto son el espacio donde se equilibran los intereses del empresario y los trabajadores, la corriente reformista nacida con la 1ª guerra mundial, tenderá a hacerla una comunidad de trabajo o el espacio protegido de la democracia económica a la que tenia que abrirse la democracia política. El flujo de la empresa le imponía así el empresario.

ÍNDICE

Informe Francés por Alain Supiot
Informe Alemán por Spiros Simitis
Informe Belga por Marcel Bourlard
Informe Holandés por Antoine Jacobs
Informe Italiano por Tiziano Treu
Informe Portugués por Antonio Monteiro Fernandes
Informe Español por Antonio Martín Valverde
Infome inglés por Jo Carby-Hall
Informe de síntesis por Gerard Lyon-Caen

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ANTONIO MARZAL

EL NÚCLEO DURO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Año: 2001
Págs: 237
Precio: 18,03 €
ISBN: 84-7698-625-4

¿Hay núcleo duro de los derechos humanos? La pregunta, de difícil respuesta tanto por su contenido como por su método, quedó formulada así en la sesión de Seminario Permanente de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho (ESADE) de la Universidad Ramón Llull.

La afirmación de los derechos del hombre, es como una afirmación fundamental en nuestra civilización, lo que no esta tan bien implantado es su contenido, la expansión retórica de los derechos puede contribuir y de hecho esta contribuyendo a vaciarlos de contenido.

ÍNDICE

El nucleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la filosofía del derecho:
Ponencia Liborio Hierro
Contraponencia Ricardo García Manrique
El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho constitucional:
Ponencia Francisco Rubio Llorente
Contraponencia Eric Sottas
El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la historia de las ideas jurídicas, sociales y morales:
Ponencia Celestino Pardo
Contraponencia José Mª Sánchez
El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional público:
Ponencia Juan Antonio Carrillo Salcedo
Contraponencia Teresa Freixes Sanjuán
Epílogo: El eco reflexivo de los participantes en el seminario
Marta Baró
Ignacio Beltrán
Elia Marzal
Raúl Viedma

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LLUÍS MUÑOZ SABATÉ, Profesor titular de derecho procesal presidente del tribunal arbitral de barcelona

FUNDAMENTOS DE PRUEBA JUDICIAL CIVIL LEC 1/2000

Año: 2001
Págs: 433
ISBN: 84-7698-622-X
Precio: 48,54 €

La sistemática que adopta el autor en esta obra obedece a un doble interés, pedagógico y práxico, cuya exposición se basa en una visión lineal, de cómo pueden plantearse las grandes cuestiones de la prueba en un universo científico que hasta hace poco le había prestado muy escasa atención. Para esta sistemática se ha inspirado en la sugerente formula que en su dia nos diera COUTURE cuando escribió que" los problemas de la prueba consisten en saber que es la prueba; que se prueba; quien prueba; como se prueba; y que valor tiene la prueba conducida" (Fundamentos de derecho procesal civil. 3ªed). Considera el autor que esta formula proporciona no solo una exposición cómoda y panorámica de la disciplina, sino que también facilita el centraje de sus grandes problemas. La solución de algunos de los mismos para, allí donde sea necesario, por la adopción de un método creativo que obviamente no es infalible, pero que ha sido destilado de lo que llamamos principios generales, —es decir, lógica y experiencia con una cierta dosis de tradición como conservante— amén del camino meritoriamente ya desbrozado por la jurisprudencia dentro de estos últimos años. Si a todo esto añadimos, o mejor dicho, colocamos en primera línea las considerables innovaciones, no exentas de peligrosa oscuridad, que presenta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de prueba y trata de interpretarla e integrar sus numerosas lagunas de un modo instrumental operativo.

CARMEN NAVARRO VILLANUEVA

SUSPENSION Y MODIFICACIÓN DE LA CONDENA PENAL

Año: 2002
Formato: 17 × 24
Precio: 32,69 €
ISBN: 84-7698-647-5

Esta obra es un análisis de la ejecución del título ejecutivo penal y, concretamente a las diferentes hipótesis de suspensión y modificación de éste.

En la primera parte del trabajo se tratan diversos supuestos heterogéneos que comparten una característica común, lo que justifica su tratamiento unitario: todos ellos inciden en el título ejecutivo penal privándolo provisional y condicionalmente de eficacia. De este modo, se analiza la suspensión condicional de la ejecución

de la pena privativa de libertad. Asimismo se contempla la declaración de enajenación mental transitoria durante el cumplimiento de aquélla o la solicitud de indulto, como causas de suspensión de la ejecución penal. Y, finalmente, se estudian los efectos que respecto a la ejecución de la pena privativa de libertad puede desplegar la interposición de un recurso de amparo o de revisión.

La segunda parte del estudio se dedica a las diferentes hipótesis de modificación, cuantitativa o cualitativa, del título ejecutivo penal. Así se analiza, en primer lugar la novedosa institución de la sustitución de la pena privativa de libertad. También se estudian el perdón de la víctima como causa de extinción de la eficacia del título ejecutivo y el indulto y la ya derogada redención de penas por el trabajo, que operan ambas mientras se está ejecutando la pena acortando el periodo efectivo de estancia en prisión de personas que se encuentran en condiciones de reintegrarse socialmente.

ÍNDICE

1. La suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad
2. La suspensión de la ejecución de la pena por enajenación mental sobrevenida
3. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como consecuencia de la solicitud de un indulto
4. La suspensión de la ejecución por la interposición de un recurso de amparo o a consecuencia de la revisión penal

JORGE NIEVA FENOLL, Doctor en Derecho

LA INCOACIÓN DE OFICIO DE LA INSTRUCCIÓN PENAL

Año: 2001
Formato: 17 × 24
Págs: 146
Precio: 14,45 €
ISBN: 84-7698-635-1

Nos ofrece el autor con esta obra, ya su tercera monografía, un estudio inédito en la doctrina. Desde hace más de un siglo se viene aceptando, prácticamente sin discusión, la existencia de la incoación de oficio como modo de iniciación del proceso penal, junto con la denuncia y la querella. El estudio que presentamos demuestra que la incoación de oficio no existe en realidad en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tan arriesgada conclusión se alcanza partiendo de un pormenorizado estudio histórico y eminentemente práctico, para acabar evidenciando las numerosas dudas de constitucionalidad que plantea la institución, poniendo en tela de juicio la imparcialidad judicial en estos casos, y el respeto al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. Son muy numerosas las referencias jurisprudenciales que ofrece la obra para demostrar la conclusión antes referida, y que son de gran utilidad para los profesionales del derecho que se encuentran ante una incoación de oficio.

ÍNDICE

I. Historia de la incoación de oficio
II. Concepto y procedimiento de la incoación de oficio
III. Aspecto subjetivo de la incoación de oficio. El Juez instructor
IV. Supuestos de incoación de oficio
V. La incoación de oficio y el principio de imparcialidad
VI. La incoación de oficio y el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley

CARMEN PARRA RODRÍGUEZ

EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS

Año: 2001
Formato: 17 × 24
Págs: 504
Precio: 51,86 €
ISBN: 84-7698-649-1

La contratación internacional constituye hoy, sin duda, el eje de las relaciones privadas internacionales, con la complejidad jurídica que ello implica. No es, por tanto, raro que en los últimos años hayan proliferado las publicaciones relativas a esta materia. Podría entonces pensarse que la obra que ahora se publica es innecesaria o reiterativa. Sin embargo no es ese el caso, sino que tiene características que la diferencian de otros trabajos y aporta elementos que deben ser valorados muy positivamente. En efecto, son dos las características que sirven para definir el libro de Carmen Parra. En primer lugar, su amplitud horizontal, integrando el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley de aplicable a las obligaciones contractuales con las Directivas comunitarias relativas a contratos y con las normas estatales de transposición. En segundo lugar, su carácter eminentemente práctico y asequible, primera obra de esta naturaleza en España. Y todo ello, situando el Derecho europeo de los contratos en el marco más general de las reglas reguladoras del comercio internacional en su conjunto.

Para ello, la obra se ha dividido en dos partes claramente diferenciadas. La primera, dedicada al estudio del marco normativo convencional y comunitario. En la segunda, se abordan los principios esenciales de regulación de las obligaciones y contratos. En un caso y en otro, el eje vertebrador está constituido por el Convenio de Roma de 1980, en cuanto ha supuesto, desde la perspectiva europea en general y española en particular una modificación fundamental.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ÍNDICE

Los sistema de uniformización del derecho internacional privado en materia de obligaciones y contratos

1. Ámbito general del Convenio de Roma de 1980
2. La armonización a través de directivas
3. Problemas que plantean los instrumentos utilizados para la uniformización
4. La interrelación de los sistemas uniformizadores en materia contractual
5. Creación de principios generales de derecho en el ámbito comunitario
6. Los principios generales del comercio internacional

Principios de regulación de las obligaciones y contratos

1. El principio de la autonomia de la voluntad
2. El principio de proximidad
3. La forma de los contratos en el nuevo derecho contractual europeo. El principio del *favor negotii*
4. El principio de solidaridad

Mª ÁNGELES PÉREZ MARÍN (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)

EL DESISTIMIENTO EN EL PROCESO CIVIL

Año: 2002
Formato : 17 × 24
Págs: 314
Precio: 34,00 €
ISBN: 84-7698-632-7

En nuestro ordenamiento, la actuación de las partes en el proceso civil encuentra su fundamento en la vigencia del principio dispositivo y del principio de aportación de parte. En virtud de las facultades que otorgan estos presupuestos, el desistimiento, considerado como una forma anormal de concluir el proceso, debe entenderse como una declaración de voluntad del actor mediante la que pone en conocimiento del juez la intención de abandonar el pleito iniciado a su instancia, renunciando, en consecuencia, a su derecho a obtener una sentencia de fondo que ponga fin al litigio. El actor adelanta el fin del proceso. Ahora bien, dicha circunstancia no convierte al actor en el "Dominum litis"; la intervención que, en materia de desistimiento, la nueva LEC prevé para el demandado, permite al sujeto pasivo del proceso, si no impedir el desistimiento del actor, incluir alegaciones que el organo judicial deberá valorar para fundamentar la resolución en la que admita o rechace el desistimiento solicitado.

A pesar de ser considerado un acto débilmente dispositivo, en tanto que no

implica un abandono de la acción que permanece viva, de esta decisión del actor se deducen una serie de consecuencias procesales , a las que tanto la doctrina como la jurisprudencia deben dar respuesta y que aún no han encontrado un tratamiento unitario.

ÍNDICE

I. APROXIMACIÓN HISTÓRICA
II. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO
III. CONCEPTO Y NATURALEZ DEL DESISTIMIENTO PROCESAL
IV. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DESISTIMIENTO
V. PROCEDIMIENTO
VI. OTROS ORDENES JURISDICCIONALES
ESQUEMAS DE PROCEDIMIENTO E IMPOSICIÓN DE COSTAS
FORMULARIOS

JOAN PICÓ I JUNOY

LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL
Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil

Año: 2001
Tamaño: 17 × 24
Págs: 219
Precio 20,22 €
ISBN: 84-7698-648-3

La prueba pericial suele ser fundamental en aquellos procesos en los que es utilizada, pues el juez casi siempre acude a ella para motivar su sentencia. Por ello, el legislador debe proceder con especial detalle y perfeccionismo, máxime cuando, como sucede con esta prueba, se introduce una regulación totalmente novedosa respecto de la antigua LEC de 1881.

La opinión del autor sobre la nueva normativa de la prueba pericial es muy crítica, opinando que estamos ante una de las materias peor reguladas en la LEC 1/2000. Muy probablemente, los problemas que suscita la nueva regulación traen causa de una errónea configuración de la prueba pericial como un estricto medio probatorio. Nuestro legislador, ha atribuido a las partes todo el poder para introducir los dictámenes periciales en el proceso, articulando una excesiva y confusa variedad de momentos procesales, con tramitación propia, en los que pueden aportarse dichos dictámenes, lo que conduce a un verdadero *labyrinthus peritiae.* Así atendiendo al orden en que legalmente se encuentran previstos, los diversos dictámenes periciales pueden solicitarse y aportarse hasta en doce momentos distintos.

Sin embargo, este libro no se limita a efectuar una visión crítica de la prue-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ba pericial, sino que, en la medida de lo posible, intenta proponer soluciones a los problemas que se plantean, siempre con el criterio básico de efectuar una lectura de las normas que permita la máxima eficacia del derecho a la prueba de las partes, esto es, aquella que posibilite la mayor actividad probatoria dentro del proceso.

ÍNDICE

I. Naturaleza jurídica de la prueba pericial
II. Necesidad y objeto de la prueba pericial
III. El perito en el proceso civil
IV. La aportación del dictamen pericial (*El Labyrinthus peritiae*)
V. Recursos contra la denegación o falta de práctica de la prueba pericial
VI. La intervención de las partes en la realización del dictamen pericial
VII. La contradicción del dictamen pericial
VIII. Valoración e impugnación del dictamen pericial
IX. El costo de la pericia
X. Conclusiones
XI. Anexo de jurisprudencia (aplicable tras la Ley 1/2000)
XII. Regulación de la prueba pericial en la Ley 1/2000

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

GUÍA PARA UNA TRANSICIÓN ORDENADA DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Año: 2001
Págs. 734
Tamaño: 15 × 21
P.V.P : 89,53 €
ISBN: 84-7698-604-1

La Ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento civil, está previsto que entre en vigor el 8 de enero de 2001.

Es una **ley que renueva por completo el sistema procesal civil**, con una filosofía de nuevo cuño. No hay que dejarse seducir por el número teórico de artículos (827) que contiene, sino por la extensión de éstos, que **equivalen a unos 3000 de la ley antigua**. Por tanto, el proemio con que arranca esta nueva obra no es ninguna exageración: "Con el contador a cero".

A partir de este punto, el libro presenta en sociedad las *nuevas características de los juicios civiles, con una visión global y practica de cómo está previsto que funcione el nuevo sistema.* Los diversos niveles en que se presenta la información y el entorno amigable la convierten en una *imprescindible herramienta de trabajo para la transición al nuevo sistema.*

Estructura de la obra:

- Los capítulos clásicos de un sistema procesal, como soporte expositivo, para encuadrar más fácilmente en contenido de la nueva ley.
- Las remisiones al articulado de la LEC 2000 se contienen entre paréntesis, en negrita. El texto legal, cuando se transcribe por necesidad expositiva, está presentado en la forma habitual de los códigos, resaltando las palabras clave, para consentir una lectura por niveles de información.
- Al inicio de cada capítulo, se remarcan las novedades más importantes introducidas por el nuevo texto legal.
- En muchas ocasiones, el autor no ha vacilado en tomar partido, a favor o en contra de las soluciones legales. Se trata de profecías de funcionamiento, que en el futuro deben ser contrastadas con la recepción de la ley por la practica.
- Un índice con las concordancias entre la LEC 2000 y la LEC 1881, que puede servir de guía para el contraste de las soluciones de ambos textos legislativos.

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

JURISPRUDENCIA PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL (INCLUYE CD- ROM)

Año: 2001
Págs: 960
Precio: 164,70 €
ISBN:84-7698-624-6

La presente obra recoge la historia de los principales problemas de derecho procesal civil internacional, documentados en los casos que en ella se compilan. Es por lo tanto un libro de fuentes sectorial, centrado en las complejas cuestiones del proceso transnacional, como se gusta decir ahora.

La rápida obsolescencia de la jurisprudencia internacional ha aconsejado no remontarse a épocas pasadas en la labor de selección. Las soluciones antiguas en la mayoría de los casos son caducas y no aplicables hoy en día. Además, las más relevantes se hallan compiladas en otras obras de referencia al uso.

A partir de 1980 se ofrece el texto completo o en la parte relevante de las resoluciones que se han podido localizar. La lectura de los casos revela la lenta pero imparable incorporación de nuestra jurisprudencia a esta corriente globalizadora.

Tanto las resoluciones históricas como aquellas cuyo texto se transcribe íntegramente se ordenan en primer lugar por materias y luego cronológicamente. El orden de materias se corresponde con el ya adoptado para la obra Código Procesal Civil Internacional, del mismo autor, dedicada a la recopilación de los textos legislativos y convencionales y actualizada regularmente, la última vez, a 31 de diciembre de 1999.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En este sentido, la presente obra es el lógico complemento jurisprudencial de aquellos textos legislativos.

ÍNDICE

1. Aplicación del derecho extranjero
2. Deuda en moneda extranjera
3. Partes
4. Competencia judicial internacional
5. Auxilio judicial internacional
6. Cautio iudicatum solvi
7. Prueba
8. Medidas cautelares
9. Ejecución de sentencias extranjeras
10. Ejecución de sentencias extranjeras de nulidad matrimonial y divorcio
11. Ejecución de resoluciones sobre costas
12. Ejecución de títulos extrajurisdiccionales extranjeros
13. Exequatur de resoluciones canónicas
14. Inmunidad de ejecución sobre bienes de estados extranjeros
15. Arbitraje internacional
16. Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

BIBILIOGRAFÍA PROCESAL ESPAÑOLA (1978-2000)

Año: 2001
Formato: 17 × 24
Págs: 637
Precio: 66,46 €
ISBN: 84-7698-629-9

Durante el último cuarto del siglo XX la literatura procesal ha tenido un desarrollo exponencial en nuestro país, debido a múltiples factores, que se explican detalladamente en la presente obra. En ella se recopila ampliamente la información bibliográfica disponible relativa a dicho período y se introduce al lector en las diversas claves necesarias para su manejo y utilización: el elenco de autores, con la genealogía de los Catedráticos de Derecho Procesal y las diversas escuelas, los géneros bibliográficos utilizados, los temas tratados y la metodología seguida. Ello la convierte en una imprescindible herramienta de referencia para cualquier trabajo científico o profesional en el campo del Derecho Procesal.

ÍNDICE

I. LA LITERATURA PROCESAL ESPAÑOLA DEL ÚLTIMO CUARTO DEL SIGLO XX
1. De la Guía de 1978 al año 2000
2. El panorama literario procesal de fin de milenio
3. Los autores
4. El legado de nuestros mayores
5. El punto de partida de la era actual
6. El cambio del sistema de oposiciones
7. Los géneros bibliográficos
8. Los temas
9. La metodología científica
10. Los medios de publicación
11. Reuniones nacionales e internacionales

II. LOS AUTORES Y SUS OBRAS
III. INDICE SISTEMATICO Y DE MATERIAS

RAMS ALBESA, JOAQUÍN (Coordinador)
MORENO FERNANDEZ, Mª ROSA (Coordinadora adjunta)

COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL TOMO III
Contiene el libro segundo (Títulos: I a VIII)

Son unos comentarios muy rigurosos al Código civil y leyes civiles especiales, con sus concordancias, con las leyes mercantiles y con otras ya de carácter de derecho público que sean afines a las instituciones de derecho privado, en especial con la nueva ley de enjuiciamiento civil. Estos comentarios van acompañados de una relevante jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, y Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas y Audiencias provinciales.

Es una obra de extensión media, recogiéndose en ella la doctrina civil más moderna e incorporando todas las nuevas instituciones y figuras surgidas en el devenir del tiempo y respetando siempre la doctrina clásica, convirtiéndose en la Fuente y Razón de la jurisprudencia que esta emanando de los Tribunales de Justicia.

La sistemática seguida en cada artículo es el siguiente:

- *Texto legal- antecedentes legales.*
- *Comentario y criterios interpretativos. Jurisprudencia de los diversos Tribunales (Constitucional, Supremo, Tribunal Superior de las Comunidades Autónomas y Audiencias Provinciales).*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

- *Derecho Civil propio de las comunidades forales y bibliografía.*
  La estructura de la obra permite una cómoda, práctica y fácil legibilidad y localización del concepto que se busca, con lo cual es una obra totalmente pragmática.

Características:

- Obra de 5 tomos en 9 volúmenes // Tamaño 17 × 24 cms.// Encuadernación: guaflex

Temario:

Tomo I: TÍTULO PRELIMINAR PRECIO: 53,75 €
Tomo II 2 vols: LIBRO PRIMERO (TÍTULOS I A XII) PRECIO: 215,02 €
Tomo III: LIBRO SEGUNDO (TÍTULOS I A VIII) PRECIO: 150,25 €
Tomo IV 2 vols.: LIBRO TERCERO (TÍTULOS I A III) EN PRENSA
Tomo V 3 vols: LIBRO CUARTO (TÍTULOS I A XVIII) EN PRENSA

Ana María Rodríguez Tirado, Profesora de Derecho Procesal Universidad de Cádiz

LAS FUNCIONES PROCESALES DEL SECRETARIO JUDICIAL

Año: 2001
Págs: 353
Formato: 17 × 24
ISBN: 84-7698-630-0
Precio: 34,38 €

El Secretario judicial es el que deja constancia fehaciente del efectivo emplazamiento personal, porque, en el caso de que no quede reflejo fidedigno de este extremo en los autos, mediante el pertinente acto de documentación dotado de fe, y ante la falta de personación de la parte, se estaría afectando a la propia tutela judicial efectiva como ha puesto de relieve la doctrina constitucional. De esta doctrina se deduce que el derecho a la tutela judicial efectiva «no podrá ejercitarse al margen de los cauces y del procedimiento legalmente establecidos».

También puede repercutir en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ya que la inactividad del Secretario judicial puede provocar la paralización del proceso y, por ende, que este se dilate en el tiempo.

Índice

I. Aspectos generales
1. Conceptos de Secretario judicial
- Configuración legal y doctrinal
- Características del Secretario judicial

2. El proceso
- Nociones generales
- El procedimiento
- Principios que informan el proceso
3. Las funciones y actos del Secretario judicial en el proceso
- Concepto
- Clasificación de las funciones

II. La fe pública judicial
- La fe pública. Generalidades y clases
- Concepto y naturaleza jurídica de la fe pública y judicial
- Regulación legal
- Especial referencia a la representación en juicio otorgada por el Secretario judicial

III. La documentación procesal y el documento procesal (I)
1. La documentación procesal
- Concepto de documentación procesal
- Sujetos de la documentación
- Objeto de la documentación
- Los actos de documentación
- La dación de fe y la documentación procesal. Nulidad de las actuaciones sin intervención del fedetario judicial

IV. La documentación procesal y el documento procesal (II)
- El documento procesal
- Naturaleza jurídica del documento procesal
- Elementos del documento procesal
- Eficacia del documento procesal

V. La función de impulso y ordenación procedimental. La función de asistencia técnica
- La ordenación del procedimiento
- Actos de ordenación del Secretario judicial
- La función de asistencia técnica

Mª Ángeles Rodríguez Vázquez

DENEGACIÓN DE LA EFICACIA DE SENTENCIAS EUROPEAS POR INDEFENSIÓN DEL DEMANDADO

Año: 2001
Formato: 17 × 24
Págs: 220
Precio 21,96 €
ISBN: 84-7698-651-3

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El derecho fundamental de toda persona a un proceso justo y a defenderse adquiere, si cabe, una mayor trascendencia en los supuestos en que el demandado no comparece, siendo condenado en rebeldía. La cuestión que de inmediato se plantea es saber si el procedimiento se desarrolló en el respeto de todas las garantías procesales o si, por el contrario, el demandado sufrió una lesión de su derecho de defensa ya que las consecuencias que se derivan de una y otra situación son diferentes. Si la incomparecencia del demandado se debió a su propia voluntad (pasividad, malicia, falta de diligencia procesal) no está justificado que posteriormente se oponga a la efectividad de la resolución invocando indefensión. Ahora bien, el problema se plantea cuando la rebeldía del demandado se debió a una lesión de su derecho de defensa, bien porque no tuvo conocimiento del procedimiento entablado contra é o tuvo un conocimiento defectuoso del mismo o bien porque no tuvo tiempo suficiente para defenderse. En este caso, existe una lesión de los derechos de defensa que hay que sancionar.

ÍNDICE

I. Justificación y presupuesto de aplicación del motivo de denegación del reconocimiento del Art. 27.2 del Convenio de Bruselas (art. 34.2 del reglamento)
II. Garantías previstas en el articulo 27.2 (art. 34.2 reglamento) (I): la controvertida exigencia de la regularidad de la notificación de la cédula de emplazamiento o documento equivalente.
III. Garantías previstas en el articulo 27.2 (art. 34.2 reglamento) (II): notificación con tiempo suficiente para que el demandado pueda defenderse
IV. Los derechos de la defensa y el orden público

RUEDA MARTÍN, Mª ÁNGELES

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO EN EL DELITO DOLOSO DE ACCIÓN

(Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)

Año: 2001
Formato: 17 × 24
Págs: 479
Precio: 49,12 €
ISBN: 84-7698-631-9

La autora presenta en este libro un estudio crítico de la moderna teoría de la imputación objetiva y pone de manifiesto que no es, verdaderamente, ni una teoría en el sentido de que configure un cuerpo armónico de proposiciones teóricas homogéneas, ni tampoco lo es de la imputación objetiva, puesto que trasciende el concepto tradicional de imputación que se centraba en determinar si un suceso podía ser considerado como obra de una determinada persona a partir de estructuras jurídicas materiales. Actualmente la teoría de la imputación objetiva suministra un sentido social a la acción prescindiendo de estas estructuras materiales lo que conduce a una serie de defectos metodológicos.

ÍNDICE

I. Presupuestos de la teoría de la imputación objeta
II. La peligrosidad objetiva
III. La adecuación social y el riesgo permitido en el delito doloso de acción
IV. El fin de protección de la norma y la realización del riesgo típicamente relevante en el resultado
V. La acción como expresión de sentido

MASSIMILIANO SAMMARCO Y GUILLEM DOMINGO PÉREZ

ESPAÑA PUENTE EUROPEO HACIA LATINOAMÉRICA

Año: 2001
Formato: 17 × 24
Págs: 279
Precio: 17,34 €
ISBN: 84-7698-633-5

Categorías tan nucleares del Derecho tributario internacional como la soberanía tributaria, la residencia o el establecimiento permanente se ven sujetas a tensiones y realidades que dificultan su utilidad y diluyen su contenido. Los problemas de configuración del Derecho tributario continúan siendo los mismos: optar por uno u otro criterio de sujeción, delimitar los puntos de conexión controlar las transacciones y los flujos de materia imponible. Lo que ha cambiado sustancialmente es la extensión de las relaciones internacionales, la multiplicidad y libertad con las que se desarrollan hasta el punto de que cualquier ciudadano español puede invertir sus ahorros en tiempo real y sin sujeción a retención en una entidad financiera ubicada en Londres por el sencillo método de clickear en una página electrónica.

Así las cosas, se hace cada día más acuciante el disponer, en la práctica profesional, de una información precisa y suficiente sobre las instituciones mercantiles y tributarias en juego, sobre las previsiones convencionales específicas, al objeto de poder gestionar la planificación de las relaciones comerciales de ámbito internacional con rigor, eficacia y economía de medios.

A este objeto se ordena el presente trabajo. Escrito por diversos profesionales del asesoramiento fiscal, no es, ni pretende serlo, una obra exhaustiva de corte aca-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

démico al estilo de los trabajos de la comunidad universitaria española. Se ha pretendido construir una herramienta de trabajo encaminada a dar un servicio eficaz a quienes surcan los vericuetos de las relaciones mercantiles internacionales «interlatinoamericanas» se podría decir desde la plataforma privilegiada de quienes se desenvuelven a diario en estas lides.

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO
1. Nuestra visión de la planificación jurídico-tributaria en la internacionalización de las empresas
2. Precios de transferencias. Aplicación práctica en la relación entre España e Italia
3. Establecimiento permanente. Aplicación práctica entre España e Italia

CAPÍTULO SEGUNDO
1. Los paraísos fiscales en España e Italia
2. Sistema mercantil español
3. Medidas fiscales de incentivación de la inversión española en el extranjero

CAPÍTULO TERCERO
I. ARGENTINA
1. Sistema mercantil
2. Sistema fiscal Argentino
II. BRASIL
1. Introducción
2. Aspectos relativos a la realización de inversiones en el Brasil
3. Aspectos tributarios
III. CHILE
1. Formas de operar en Chile
2. Tipos de organizaciones societarias
3. Impuestos
4. Regalías, asistencia técnica e intereses
5. Ejecutivos extranjeros
6. Incentivos comerciales o tributarios especiales
7. Contabilidad e informes
IV. MEXICO
1. El capital extranjero en México
2. Tipos de organizaciones societarias
3. Tributación de las personas jurídicas
4. Cláusula contractual de régimen y foro

CAPÍTULO CUARTO
I. El comercio electrónico en el marco de la fiscalidad internacional actual
1. El comercio electrónico
2. Contratación a distancia, con especial referencia a la normativa española
3. Beneficios fiscales para la implantación del E-commerce en la empresa
4. El establecimiento permanente y el E-commerce
5. El IVA on-line: entregas de bienes on-line como prestaciones de servicios

ÍNDICE

Tablas relativas a los convenios sobre doble imposición y casos prácticos sobre planificación fiscal internacional

TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA

ANUARIO DE JUSTICIA ALTERNATIVA. DERECHO ARBITRAL. AÑO 2001 Nº 2

Año: 2002
Formato: 17 × 24
Págs: 286
Precio: 36,06 €
ISBN: 84-7698-654-8

INDICE DEL VOLUMEN 2.º - 2001

I. SCIENTIA
Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de enjuiciamiento civil española. *Luis Muñoz Sabaté*
El reconocimiento de la conservación parcial del negocio jurídico procesal en la vigente Ley de Arbitraje. *Antonio Sabater Tomás*
El proceso cuasi-arbitral en conflictos relativos a nombres de dominio. *Martí Vallés Botey*
La rebeldía en el arbitraje. *Joan Verger Grau*
El defensor del asegurado. *Abelardo Hernández*
¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? *Luis Fernández del Pozo*
Las líneas actuales del arbitraje en derecho belga. *Philippe de Bournonville*
II. PRAXIS ARBITRAL
Consideraciones sobre el contrato de suministro. A propósito del laudo del Tribunal Arbitral de Barcelona de 5 de enero de 2001. *Jordi Miquel*
La revocación del auditor de cuentas por justa causa: el supuesto de prestación simultanea de servicios de auditoría de cuentas y de asesoría jurídica. *Ramón Morral Soldevila*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

III. PRAXIS JUDICIAL
Jurisprudencia arbitral comentada. *Frederic Munné*
IV. NOTITIA
La mediación en el ámbito penal juvenil. *Robert Gimeno*
Una nueva forma de resolver conflictos: la mediación. *Manuel Alvarez Trongé*
Novedades bibliográficas, revistas, noticias, convenios. *Teresa Iranzo*

FUENTES LOJO, J.V.

COMENTARIOS A LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. Después de la Reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000.

Año: 2002
Tamaño: 17 × 24 (Guaflex)
Precio: 240,00 €
ISBN 84-7698-656-4

La interpretación que en el orden doctrinal y jurisprudencial viene produciéndose con motivo de la aplicación de la Ley 8/1999, de 6 de abril sobre Reforma de la propiedad horizontal, de una parte; y, por otra, la puesta en marcha de la nueva Ley de enjuiciamiento civil de 7 de enero del año 2000, que entró en vigor el 8 de enero de 2001, con los novedosos cambios producidos en el ámbito procesal respecto a la derogada de 1881, que no solo afectan a la parte general sino también a la clase de juicios a seguir al sistema de recursos desde el verbal al ordinario y al extraordinario de casación, en sus distintas modalidades, y a la especial configuración del proceso monitorio aplicable a la problemática surgida en el campo de la propiedad horizontal para la reclamación de deudas a los propietarios morosos, consecuencia de la nueva redacción dada por dicha nueva Ley de enjuiciamiento civil al artículo 21 de la Ley sustantiva citada; todo ello nos ha animado a publicar esta nueva edición que titulamos Comentarios a la Ley de propiedad horizontal, en la que, aparte de poner rigurosamente al día la doctrina y la jurisprudencia, dedicamos una especial atención a dichos aspectos procesales y a la redacción de unos formularios adaptados, en cuanto al procedimiento a seguir, a la citada nueva Ley de enjuiciamiento civil.

Esta nueva edición consta de 1991 páginas divididas en 2 tomos e incluye un Cd-Rom (Pdf).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez