JUSTICIA 2001

NÚMERO 1

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. MARTÍN OSTOS
JUAN MONTERO AROCA
VÍCTOR M. MORENO CATENA
MANUEL P. ORTELLS RAMOS
ERNESTO PEDRAZ PENALVA
PABLO SAAVEDRA GALLO
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO
JOAN VERGER GRAU

2001

JOSE MARIA BOSCH EDITOR — BARCELONA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

"JUSTICIA 2001"
ADMINISTRACIÓN (suscripciones), José M.ª Bosch, editor, Ronda Universidad, 11, 08007 Barcelona. Tel. 93 317 53 08.
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.

© 2001, J. M. Bosch, editor
Librería Bosch, S.L.
Ronda Universidad, 11 – 08007 BARCELONA

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

INDICE

DACIONES DE CUENTA

El Proceso Monitorio y la satisfacción de los derechos de crédito, por Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi 5

LEC de 7 de enero de 2000. Medidas Cautelares, por Julio García Casas 19

La prueba de reconocimiento judicial, por Jaume Solé Riera 43

Guía para el uso de las especialidades procedimentales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, por Jorge Nieva Fenoll 65

Algunas reflexiones sobre la legitimación para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios, por Mª Isabel Villar Fuentes 123

Intervención preceptiva de Abogado y Procurador en la nueva LEC, por José Mª Zaragoza Campos 149

COMISIONES ROGATORIAS

La modernización del enjuiciamiento de las bagatelas penales en Brasil, por Nicolás Rodríguez García 193

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DACIONES DE CUENTA

EL PROCESO MONITORIO Y LA SATISFACCIÓN DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO*

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla

SUMARIO

I. Una larga espera. — II. La tutela de los derechos de crédito. — III. La lucha contra la morosidad.

"Desde el punto de vista de los profesionales de la Defensa y la Representación en juicio, creemos que la celeridad con que se pueden obtener resultados de satisfacción de los derechos de crédito [con el proceso monitorio] será admirada y agradecida por los justiciables, seguramente más inclinados a valorar la significación de esa efectividad inmediata que supera a la asequible tras un juicio declarativo ordinario"

PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, en *Corrección y actualización de la LEC*, Tomo II, Madrid 1974, p. 163.

---

*Conferencia pronunciada el 5 de junio de 2000, en las Jornadas sobre *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla y la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. UNA LARGA ESPERA

Era un lugar común antes de la promulgación de la nueva LEC que nos ocupa, la afirmación de los estudiosos y prácticos, que el sistema procesal civil de nuestra Nación adolecía de una gravísima multiplicidad de procedimientos especiales y de especialidades que se introducían en los llamados juicios ordinarios. El nuevo texto legal afronta y pretende resolver esta situación y en la propia Exposición de Motivos (en adelante, E. de M.) se trata expresamente de ello. ¿Por qué entonces hablar de una larga espera? La pregunta y el título de este epígrafe dan por sentado que la novedad de la llegada o incorporación del proceso monitorio (en adelante, p.m.) al texto de la LEC es saludable, merece una calurosa bienvenida por la función procesal que está llamado a representar. El objetivo de esta conferencia es demostrar lo cierto y exacto que esas tres palabras encierran. Una larga espera, para mejorar nuestro proceso civil, aunque sea con la evidente paradoja de que la mejora exigía contar en nuestro ordenamiento con este nuevo proceso conocido y regulado, desde hace mucho tiempo, en la mayoría de los códigos procesales europeos.

El abolengo histórico del p.m. se remonta nada menos que a las exigencias prácticas comerciales de la Italia medieval, cuando se intentaba crear rápidamente un título ejecutivo denominado mandato de pago -*mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*- con apoyo documental, para eludir los complejos trámites del conocido como juicio civil ordinario o *solemnis ordo iudiciarius*. De ahí, que su génesis corra paralela con otro tipo de juicio, más famoso, el llamado sumario ejecutivo, desde entonces en rápida expansión, y del que se diferenciaría muy pronto por la siguiente nota. Mientras que el juicio ejecutivo se basa en títulos que llevan aparejada ejecución *executionem paratam*, recuérdese la dicción del art. 1429 de la antigua LEC, los títulos o documentos base del p.m. no son ejecutivos hasta que el juez ha emitido el mandato de pago. Y es justamente la consecución de este mandato, la finalidad primordial del p.m. y lo que lo distingue del juicio ejecutivo.

Tras este breve apunte histórico obligado y dando un salto histórico de siglos, situémonos en nuestro mundo actual adelantando la función social que cumple el p.m.. Un planteamiento muy gráfico se encuentra en las agudas reflexiones de un autor francés contemporáneo, el Prof. Perrot: "¿Dónde no existe un acreedor que desprovisto de un título ejecutivo no se haya encontrado con un deudor de mala fe? Un deudor que hace oídos de mercader a

los múltiples requerimientos del acreedor, que no responde a ninguna carta, urgente o certificada, que nada le hace darse por enterado, y que especula con cinismo respecto a las legítimas dudas del acreedor de acudir a un juicio para soportar unos gastos judiciales a menudo desproporcionados con relación a su crédito, para obtener el título ejecutivo que necesita. Este acreedor dudará así más cuanto más pequeño sea su crédito. Es la situación del comerciante que se encuentra con un montón de pequeñas facturas impagadas; es el artesano que no consigue obtener el pago de los trabajos que ha efectuado; es el médico o el dentista que espera en vano el cobro de sus honorarios. El acreedor es víctima de una verdadera y propia conjura de silencio, absolutamente intolerable, especialmente en el mundo de los negocios que se funda sobre la confianza y en el que no se acostumbra predisponer en cada ocasión de un documento con eficacia ejecutiva. El procedimiento monitorio, tiene como finalidad la de vencer la inercia del deudor, de obligarlo a salir de su "coma jurídico", permitiendo al acreedor obtener un título ejecutivo, rápidamente y con el mínimo gasto, a través de un procedimiento simple y expedito"[1].

Es decir, y subrayamos esta idea básica, el p.m. ofrece una protección rápida y eficaz de situaciones jurídicas que *prima facie* son incontestables.

En nuestro propio país, y desde prácticamente comienzos de 1960 -han transcurrido ya por tanto 40 años- algunos profesores y profesionales han venido reivindicando en los más variados foros las ventajas del p.m. en la solución de las numerosísimas controversias civiles por reclamaciones dinerarias. Merece la pena citar sus nombres: los Profesores Tomás y Valiente, Gutiérrez de Cabiedes, Gutiérrez-Alviz Conradi, Lorca Navarrete, y muy recientemente Correa Delcasso[2]. Como homenaje a su persona y recordando su contribución histórico-jurídica al conocimiento del p.m., les diré algo que les sorprenderá, que la aportación del malogrado Prof. Tomás y Valiente consistió en desvelar y demostrar documentalmente que con ante-

1. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, "Actualidad del procedimiento monitorio", en *Justicia* 1990, nº 1, p. 27.

2. TOMÁS Y VALIENTE, "Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio", Rev. Der. Proc. 1960, I, p. 35 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España" (1972), ahora en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona 1974, p. 413 y ss.; GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, *El procedimiento monitorio. Estudio de Derecho comparado*, Sevilla 1972; LORCA NAVARRETE, *El procedimiento monitorio civil*, San Sebastián 1988; CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio*, Barcelona 1999.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rioridad a la codificación española del siglo XIX, existía una práctica forense que obedecía a las pautas de nuestra procedimiento y que se tramitaba en distintos territorios, diferenciándose perfectamente de las del conocido como juicio ejecutivo. El testimonio de autores y comentaristas de la época así lo corroboran expresamente. Sin embargo, los autores de la codificación no incorporaron esta práctica procedimental al texto de la LEC y, en consecuencia, quedó desterrado de la realidad legal y judicial.

Estos estudiosos han ido ilustrando los antecedentes histórico-jurídicos, su evolución práctica, la recepción moderna en los ordenamientos europeos, su función y estructura, sus ventajas para el justiciable, etc. etc.. Han hecho una eficaz propaganda jurídica con publicaciones, conferencias, congresos, etc., y esta labor no ha sido baldía. Muy pronto, en 1972, un numeroso grupo de profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas, bajo la guía del Prof. Prieto-Castro, propusieron al Gobierno de la Nación la regulación de este procedimiento para incorporarlo al texto de la LEC. Desgraciadamente, sus voces no fueron oídas, pero se razonaba con esta clarividente argumentación: "... se trata de un instituto que, a partir de su nombre mismo -de ortodoxia castellana pura-, cuenta con precedentes de extraordinario valor en la historia de la práctica judicial española -"pague o dé razones"-, y, además, el comercio y la industria nacionales hace tiempo que presienten que un juicio de este tipo debía estar oculto *in pectore* de los juristas y de los legisladores, y creyéndolo así se da el paso de introducirlo"[3].

Fuera del ámbito académico, años después en 1983, el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona emitió un Informe y modelo de regulación. Pero dejando de lado otros pormenores, iniciativas e incluso alguna propuesta legislativa, y ya muy próximos en el tiempo, señalamos también la opinión del actual Consejo General del Poder Judicial en el Libro Blanco de la Justicia, publicado en 1997, donde se afirma: "cabría incluso introducir un proceso tipo monitorio, válido para documentos en los que conste la firma del deudor, con la posibilidad de que si no media oposición del deudor, pueda seguirse la ejecución"[4].

Queda pues patente el amplio apoyo doctrinal, profesional y judicial en torno al p.m. Por ello, cuando se hace público por la Sra. Ministra de Justicia en abril de 1997 el conocido como Borrador de LEC, con el que se iniciaría

3. La cita en p. 161. Y la regulación propuesta en pp. 319 a 323.
4. P. 187.

la reforma de nuestra justicia civil, ya no extraña el que se contemple, por fin, su expresa regulación.

Sin embargo, y como Vdes. conocen, paralelamente una importante y nueva reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, mediante la Ley 8/1999 de 6 de abril, iba a crear un nuevo procedimiento especial en su art. 17 y que constituye una variedad *sui generis* adelantada del procedimiento monitorio. Ciertamente el legislador se inspiró ya en el modelo que el entonces Proyecto de LEC contemplaba, y que ahora tras la promulgación de la LEC, ha quedado sin efecto, aplicándose las normas generales del p.m., según su Disposición Final Primera.

La larga espera concluía y se aguarda con gran expectación profesional el comienzo de su andadura legal.

II. La tutela de los derechos de crédito

Conviene tratar ahora una cuestión fundamental doctrinal y legal: ¿Qué función cumple?, ¿cuál es su finalidad?, ¿qué intereses jurídicos protege? A estos interrogantes, la historia y la doctrina han contestado de modo concorde: "la protección más eficaz de los derechos del acreedor", o bien, se resalta "una tutela jurisdiccional privilegiada del crédito", en aquellas situaciones de impago, tan corrientes en la práctica, en que no se discute judicialmente la deuda[5]. En parecidos términos, el propio legislador, en la E. de M. de la LEC bajo su nº XIX, apunta que: "en cuanto al proceso monitorio, la ley confía en que, por los cauces de este procedimiento, eficaces en varios países, tenga protección rápida y eficaz el crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales y empresarios medianos y pequeños".

Veamos la verdad de esta afirmación, examinando ya ordenadamente la estructura legal del p.m.[6].

5. Junto a los estudios monográficos citados en la nota 2, pueden consultarse los manuales universitarios que ya han aparecido adaptados a la nueva LEC, así, Gómez Colomer, en Montero Aroca y otros, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 9ª ed., Valencia 2000, pp. 756 y ss.; Bonet Navarro, en Ortells y otros, *Derecho Procesal Civil*, Pamplona 2000, pp. 679 y ss.
6. Para conocer los pormenores de la tramitación previa del texto legal, el trabajo de Grande Seara, "El proceso monitorio en el Proyecto de LEC", en *Tribunales de Justicia*. 1999, nº 4, pp. 319 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

A) Casos en que procede

El art. 812 de la LEC lo indica claramente: "Podrá acudir al p.m. quien pretenda de otro el pago de una deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas...". La E. de M. advierte que "...se ha considerado más prudente... limitar la cuantía a una cifra razonable, que permita la tramitación de reclamaciones dinerarias no excesivamente elevadas...", aunque, "...la ley no desconoce la realidad de las regulaciones de otros países, en los que este cauce singular no está limitado por razón de la cuantía". Dato importante para no olvidar, pues en el futuro ese tope podría incrementarse o incluso desaparecer legalmente.

El mismo precepto 812 enumera los diferentes modos o formas que acreditan la deuda y que en la Exposición se sintetizan así: "Punto clave de este proceso es que con la solicitud se aporten documentos de los que resulte una base de buena apariencia jurídica de la deuda. La ley establece casos generales y otros concretos o típicos". Conviene subrayar que esa enumeración de documentos base para iniciar el p.m. no constituye un *numerus clausus*, sino que será el Juez quien deberá apreciar en cada caso si tales documentos constituyen o no un "principio de prueba del derecho del peticionario", según el art. 815.1. De este modo, se podrá acreditar la deuda, por ejemplo, mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase, que aparezcan firmados por el deudor, con su sello o marca, mediante albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, fax, o certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos, todo ello a tenor del citado 812.

B) Petición inicial del p.m.

Debemos resaltar dos extremos ciertamente interesantes. Uno, que no se precisa la intervención de Procurador y Abogado: "no será preciso valerse de Procurador y Abogado". Dos, que pueden emplearse "impresos formularios" que faciliten la identificación del deudor, domicilio o lugar en que reside o pudiere ser hallado, origen y cuantía de la deuda y documentos acreditativos; art. 31.2 y art. 814.

Respecto a la primera cuestión, todos sabemos que ha suscitado una enconada polémica en su contra antes y durante la tramitación parlamentaria, por parte de los órganos de gobierno corporativos de la abogacía hasta el punto de haber centrado nada menos que la oposición frontal y total a la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nueva LEC, y los medios de comunicación han dado puntual noticia de ello incluso con publicidad pagada. Estimo que se ha desorbitado el tema y por dos elementales razones. La primera, porque la no intervención inicial con la solicitud de ambos profesionales jurídicos es simplemente facultativa. La segunda, porque si el deudor se opone a la orden de pago, la intervención deviene obligatoria cuando ésta sea necesaria por razón de la cuantía, por lo que el respeto al principio de contradicción procesal y a las reglas de la defensa y asistencia están aseguradas, art. 818.1.I. Y, evidentemente, si el deudor no se opone y paga a su acreedor, el p.m. ha cumplido su objetivo al satisfacer pronta y cumplidamente el interés del acreedor obedeciendo al mandato judicial.

Téngase muy en cuenta, como ya advertimos, que el p.m. protege de forma rápida y eficaz situaciones jurídicas que aparentemente son incontestables: "donde el actor cuenta con una prueba suficiente para su propósito, de modo que el demandado suele, por ello, abstenerse de comparecer, sustanciándose por regla general en ausencia e inactividad del mismo ... presentando el juicio declarativo ordinario directo como un dispendio innecesario de todo punto, innecesidad que ha de tener muy presente una política legislativa que sepa cuál es su cometido en orden a la administración de justicia y al gravamen que todo juicio entraña, por lo que debe tenderse a la simplificación"[7].

Por lo que atañe al empleo de impresos o formularios en la solicitud, es otra de las constantes del p.m. en el derecho comparado, en los que se "rellenan" o indican los requisitos mínimos esenciales descritos, en nuestro caso, dirigido al Juez de 1ª Instancia, art. 813. Es otra muestra de esa simplicidad y ausencia de dificultades que el legislador presume para reclamar el cobro de la deuda.

C) Admisión de la petición y requerimiento de pago

Dice la E. de M., que "si se trata de los documentos que la Ley misma considera base de aquella apariencia o si el Tribunal así lo entiende, quien aparezca como deudor es inmediatamente colocado ante la opción de pagar o «dar razones»". El art. 815 lo concreta, "se requerirá mediante providencia al deudor para que, en el plazo de veinte días, pague al peticionario acredi-

7. Así lo subrayaron los PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *ob. cit.*, p. 162.

tándolo ante el Tribunal, o comparezca ante éste y alegue sucintamente, en escrito de oposición, las razones". Es decir, la clásica expresión disyuntiva "pagar o dar razones" que se contiene en el mandato o requerimiento de pago, emitido *inaudita parte*.

Nos encontramos ante el momento crucial de la notificación del requerimiento de pago al deudor de la que depende en buena medida el éxito del procedimiento. Esta notificación, dice el párr. II de este artículo, "se efectuará en la forma prevista en el art. 161 de esta Ley, con el apercibimiento de que, de no pagar ni comparecer alegando razones de la negativa al pago, se despachará contra él ejecución...". No aludiré aquí a los interesantes problemas que se pueden derivar de la notificación, ni a la gravedad de sus consecuencias para el deudor, en los casos en que se obrase con temeridad o mala fe por el acreedor peticionario, y tras sucesivos intentos, según el art. 156, terminase realizándose aquella mediante ... ¡¡¡¡edictos!!!!. También aquí hay especialidades en materia de propiedad horizontal, art. 815.2.

Ciertamente tras el requerimiento de pago, pueden acontecer varias situaciones según la conducta que siga el deudor:

D) Pago del deudor

En este supuesto, "si atendiere el requerimiento de pago, tan pronto lo acredite se le hará entrega de justificante de pago y se archivarán las actuaciones", según el art. 817. El p.m. ha sido un éxito. El acreedor obtuvo la satisfacción de su pretensión dineraria.

E) Incomparecencia del deudor requerido y despacho de la ejecución

"Si el deudor requerido no compareciere ante el Tribunal, éste dictará auto en el que se despachará ejecución por la cantidad adeudada", art. 816.1, que incluye siempre el devengo de los intereses legales, así el 816.2.II.

Igual sucedería aunque compareciere y no pagare, aunque no lo diga la Ley.

La resolución judicial es el título ejecutivo que abre las puertas de la ejecución, "conforme a lo dispuesto para las sentencias judiciales", pudiendo formular oposición a la ejecución, según las normas generales de ésta, y con la importante consecuencia que prevé el citado artículo, y que la Exposición

aclara: "En el seno de esta ejecución forzosa cabe la limitada oposición prevista en su lugar, pero con la particularidad de que se cierra el paso a un proceso ordinario en el que se reclame la misma deuda o la devolución de la que pudiera obtenerse en la ejecución derivada del monitorio. Este cierre de las posibilidades de litigar es conforme y coherente con la doble oportunidad de defensa que al deudor le asiste y resulta necesaria para dotar de eficacia al p.m.".

La siguiente posible conducta del deudor –oponiéndose—marca un hito en la estructura de este procedimiento, y merece una detallada consideración.

F) Oposición del deudor

En el p.m. la finalidad, ya varias veces apuntada, de lograr rápidamente la creación del título ejecutivo se alcanza desplazando la iniciativa del contradictorio (principio de contradicción) del actor al demandado. En puridad, y siguiendo la terminología legal, del acreedor peticionario al deudor, ya que hasta ahora los términos de actor y de demandado se han eludido conscientemente.

La razón de esta especial característica la dio, hace ya muchos años, el principal estudioso de esta institución en Italia, el Prof. CALAMANDREI: "Mientras en el proceso de cognición ordinario el título ejecutivo no nace sino después de que el actor haya instaurado regularmente el contradictorio, éste resulta perfectamente superfluo en todos aquellos casos que el demandado comparecido nada tiene que oponer a la demanda (o petición, en nuestro caso) del actor, o bien se abstiene de comparecer; entonces el título ejecutivo nace por el sólo hecho de que el demandado no demuestre, haciendo oposición dentro del plazo establecido la utilidad, de la cual él es el mejor juez, de abrir la contradicción... El juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio y, por consiguiente, la iniciativa de provocarlo, debe dejarse a la parte en cuyo interés el principio de contradicción tiene inicialmente vigor, esto es, al demandado"[8].

Ciertamente, la oposición del deudor "demandado", dentro del plazo concedido, de veinte días, recuérdese el art. 815.1, deberá realizarla median-

8. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, *El procedimiento monitorio*, *cit.* p. 36; también ampliamente concorde CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio*, *cit.* p. 219 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

te "el escrito de oposición... y alegue sucintamente, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o parte, la cantidad reclamada". Por tanto, y se advierte también en la E. de M., que "si se dan razones, es decir, si el deudor se opone, su discrepancia con el acreedor se sustancia por los cauces procesales del juicio que corresponda según la cuantía de la deuda reclamada". Así lo estatuye terminantemente el art. 818.1: "... el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda teniendo la sentencia que se dicte fuerza de cosa juzgada". Doctrina ortodoxa pues al abandonarse los trámites del p.m., ese nuevo juicio declarativo, se entiende, según la Exposición "como proceso ordinario y plenario y encaminado, por tanto, a finalizar, en principio mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada.

Recapitulemos: la comparecencia del deudor, dentro de plazo, tiene estos importantes efectos: se articula en un escrito de oposición -dando razones-; impide el despacho de la ejecución; frustra la consecución del título ejecutivo; hace fracasar el p.m.; y abre la vía a un nuevo juicio declarativo que corresponda por la cuantía.

A partir de la oposición del deudor se da lugar a la contradicción procesal, lo que la doctrina denominaba "inversión de la iniciativa del contradictorio del actor al demandado", y ya la LEC exige la presencia e intervención técnica del abogado y del procurador: "El escrito de oposición deberá ir firmado por abogado y procurador cuando su intervención fuere necesaria por razón de la cuantía, según las reglas generales", como prevé el art. 818.1.I. Lo que quiere significar, que la intervención de ambos profesionales es necesaria si la cuantía reclamada supera las 150.000 pts., véanse los arts. 23.2.1º y 31.2.1º de la LEC.

Nada dice la LEC respecto al contenido de la oposición, ya sea total o parcial, pero parece obvio que se podrán alegar toda clase de excepciones procesales y materiales que puedan debatirse en los juicios declarativos.

A partir de este momento la LEC contempla estas otras posibilidades en su art. 818.2: 1ª) "Cuando la cuantía de la pretensión no excediera de la propia del juicio verbal (500.000 pts. según el art. 250.2 de la LEC), el tribunal procederá de inmediato a convocar la vista", se sobreentiende que siguiendo los trámites de ese juicio verbal. 2ª) "Cuando el importe de la reclamación exceda de dicha cantidad (es decir, entre 500.001 pts. y 5.000.000 pts., tope legal máximo, como sabemos, para el p.m., según el art. 812.1, por lo que se tramitaría por las reglas del llamado juicio ordinario, art. 249.2): y entonces puede, a su vez, suceder que *a)* "cuando el peticionario no interpusiera la demanda correspondiente dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, se sobreseerán las actuaciones y se condenará en costas al acreedor"; *b)* que la presente dentro de plazo, o, como dice la ley, "...si presentare la demanda, se dará traslado de ella al demandado conforme a los previsto en los arts. 404 y ss. de la presente ley", art. 812.2 *in fine*, o sea, remite a las reglas generales del juicio ordinario.

La regulación legal termina aquí.

Pero, seguramente, no les habrá pasado desapercibido una notable omisión en la misma. Me refiero a aquellos casos en que el deudor plantee una oposición temeraria o abiertamente infundada, con el propósito de impedir el despacho de ejecución y frustrar las expectativas del acreedor haciendo inviable el buen fin del p.m.. Ciertamente, una sanción pecuniaria tipo condena en costas al finalizar el juicio declarativo posterior, sería muy poco eficaz. Pero la nueva ley contempla, de modo general, una regla o principio que prudentemente utilizado y aplicado por el juzgador puede servir de suficiente remedio. Aludo con ello al respeto de las reglas de la "buena fe procesal" del art. 247 y a la graduación en las cantidades de la multa que se fija, "respetando el principio de proporcionalidad" en su nº 3; y, también, a la posible sanción disciplinaria para el profesional en su nº 4. Estimo que ambas previsiones pueden encauzar el buen funcionamientto del p.m. evitando situaciones de cierta picaresca y frivolidad en los justiciables.

III. La lucha contra la morosidad

Precisamente, la amplia difusión y utilización del p.m. en el derecho comparado de los países europeos con más antigua tradición en su regulación: Alemania, Italia y Francia, ha puesto de manifiesto un logro muy importante en la política legislativa civil de cualquier Nación. El p.m. se ha revelado como el instrumento más eficaz en la lucha contra la morosidad. Conviene recordar, en este sentido, que a la antigua LEC siempre se le ha criticado, con razón, porque favorecía la situación del deudor, hasta el punto de haberse hablado autorizadamente de "paraíso del deudor".

Las cifras son bien elocuentes[9]. En Francia, en el año 1988, los tribunales conocieron de más de un millón de demandas por las que se solicitaba el pago de una deuda. De este millón, se sustanciaron por el cauce del p.m.

9. Todas las cantidades de la obra muy documentada de Correa Delcasso, ya citada, pp. 22, 25, 29.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el 76´3%. Únicamente el 5% de los mandatos de pago fueron impugnados. En Alemania, en el año 1993 la cifra de mandatos de pago emitidos en todo el país se elevó hasta 7´4 millones, de los cuales más de un 50% se tramitaron por ordenador, y se impugnaron un 11%. En Italia, en 1993, se dictaron alrededor de un millón de mandatos de pago, y la oposición al mismo se situó en torno a un 10%. Bélgica y, más recientemente Portugal también cuentan ya con este procedimiento. En conjunto, alrededor de las tres cuartas partes de los juicios seguidos por reclamación de cantidad se tramitan por la vía del p.m.

He mencionado hace un momento el ordenador, porque, por ejemplo, en Alemania la tramitación ya se efectúa, desde hace tiempo, por fax entre el peticionario y el Juzgado, pero cuando indico el Juzgado no me refiero al Juez sino a un funcionario similar en sus atribuciones a nuestro Secretario judicial. La tramitación mecanizada y el uso de la informática hacen de estos procesos -sin contienda si no media oposición- innecesarias la intervención del Juez. Por ello, no es de extrañar que los Secretarios judiciales, cuando se ha venido hablando, desde hace años, de la posible introducción de este procedimiento, lo hayan reivindicado dentro del ámbito de sus atribuciones, en estudios, y congresos nacionales -así lo acordó ya el Colegio Nacional de Secretarios Judiciales- e internacionales[10].

Por otro lado, la lucha contra la morosidad ha sobrepasado ya los límites nacionales y adquirido una auténtica dimensión internacional. Ciñéndonos sólo a nuestro ámbito de la Unión Europea, el desarrollo económico de los países que la integran y las exigencias derivadas de las operaciones comerciales del mercado interior y del tráfico mercantil, inciden negativamente en la confianza social de los ciudadanos ante el riesgo de que no existan judicialmente instrumentos procesales idóneos ante situaciones de morosidad que afecten a los países en tales relaciones comerciales transnacionales. La Unión Europea, tras la firma del Tratado de Amsterdam (2-10-97), y en el marco de las nuevas disposiciones relativas a la cooperación judicial civil, ha elaborado recientemente una Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo titulada: "Hacia una mayor eficacia en la obtención y la ejecución de las resoluciones judiciales de la Unión Europea" (publicada en el DOCE de 31-1-98), muy interesante y que cito literalmente: "Para poder beneficiarse plenamente de las ventajas de la desaparición de fronteras, los agentes económicos deben disponer de un procedimiento rápido, eficaz y poco costoso con unas condiciones de fondo y forma que les ofrezcan una protección equivalente. Esta protección no debe limitarse a los agentes económicos, sino que debe ofrecerse a todos los ciudadanos que deben hacer frente al impago de una deuda, consumidores, acreedores, etc." (nº 39).

"El principio esencial es que un procedimiento pesado de pago de una suma de dinero debe evitarse en los asuntos que no sean realmente contenciosos y donde el deudor no impugne la deuda. Este principio de inversión del contencioso postula que la iniciativa del procedimiento ya no incumbe al demandado, que al notificársele una orden de pago dictada a petición del acreedor debe adoptar una actitud activa ante el tribunal" (nº 40). También se alude que "... deben tenerse en cuenta en la reflexión sobre los posibles límites de un procedimiento europeo de mandamiento de pago" (nº 41).

En esta misma línea, debemos citar la Posición Común (CE nº 36/1999, publicada en el DOCE de 6-10-99), "por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa el 29 de julio de 1999, con vistas a la adopción de una Directiva. Sólo indicaré dos considerandos ilustrativos: "La morosidad constituye un incumplimiento de contrato que se ha hecho económicamente provechoso para los deudores en la mayoría de los Estados Miembros a causa de los bajos intereses aplicados a los pagos que incurren en demora y de la lentitud de los procedimientos de reclamación; es necesario un cambio decisivo para invertir esta tendencia y garantizar que las consecuencias de la morosidad sean disuasorias" (nº 14). Y, "las consecuencias de la morosidad sólo pueden ser disuasorias si van acompañadas de procedimientos de reclamación rápidos y eficaces para el acreedor, de conformidad con el principio de no discriminación establecido en el art. 17 del Tratado, tales procedimientos deben estar a disposición de todos los acreedores establecidos en la Comunidad" (nº 17).

Estas lúcidas reflexiones, me dan pie para hacer una última consideración y finalizar mi intervención. La incorporación del p.m. al nuevo texto de la LEC, señala más un punto de partida que de llegada, aunque parezca otra paradoja. Y, muy probablemente, en los próximos años, se le irá abriendo en su evolución legal un futuro muy esperanzador: nada menos que se propicie un "procedimiento europeo de mandamiento de pago".

10. SEOANE CACHARRÓN, "Características del proceso monitorio propuesto por la Unión Europea de Secretarios Judiciales", en *La Fe Pública Judicial* (III Jornadas), Madrid 1988, pp. 49 y ss.; del mismo autor, "El proceso monitorio", en *Estudios Jurídicos*. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Ministerio de Justicia. Madrid 1997, pp. 337 y ss.; DORADO PICÓN, "La intervención del Secretario: referencia especial al proceso monitorio", en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (dir.), *Hacia una nueva Justicia Civil*, Fundación El Monte, Sevilla 1999, pp. 127 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 7 DE ENERO DE 2000. MEDIDAS CAUTELARES

PROF. DR. DON JULIO GARCÍA CASAS
Titular de Derecho Procesal en la Facultad
de Derecho de la Universidad de Sevilla
Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial
Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla
Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia

Hotel Meliá Sevilla.- Martes 23 de Mayo de 2000.- 21 horas

Iltmos. Sres., queridos amigos y compañeros:

Obligado resulta ante todo manifestar mi profundo reconocimiento al Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla y a la Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, por haberme nominado como ponente para este interesante ciclo de conferencias sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Quizá mi diario contacto con los temas procesales y la ya dilatada experiencia docente y judicial hayan animado a los organizadores a contar con mi presencia. Seguí con gran interés el desarrollo legislativo de la nueva norma codificada de procedimiento; y en cuantas ocasiones me fue posible, defendí con entusiasmo y convencimiento la bisoña y aun non nata Ley de enjuiciar. Lógico es pues que reitere ahora ante Uds. mi esperanza por el feliz éxito de una aventura que ha tenido, claro está, sus enconados detractores, pero que ha surgido de la mano de tantos esforzados y prestigiosos procesalistas, insatisfechos con los postulados y trámites de la centenaria Ley de 1.881.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Con estas premisas y habiendo oído con delectación y complacencia la intervención anterior, de **Don Pedro-Luis Serrera Contreras**, Abogado del Estado-Jefe y Profesor Universitario, sobre el **nuevo sistema de recursos**, viene a mi memoria, en paráfrasis de urgencia un texto conocido de Lope de Vega, que dice así:"Yo que siempre me afano y me desvelo en parecer que tengo de "jurista" la gracia que no quiso darme el Cielo..."; pues en honor a la verdad, hablar después del maestro conlleva, desde luego, un alto privilegio, mas también un serio riesgo, pues resulta prácticamente imposible emularle en profundidad y sabiduría, y sobre todo en claridad y en síntesis. Un gran jurista es quien siente, transmite y aplica el Derecho con sabiduría y conocimiento; el Derecho es para Pedro Luis una prolongación de su propia esencia, y ha alcanzado lo más difícil: conciliar la profundidad y la síntesis de su pensamiento; lo que hace de sus intervenciones un meritorio privilegio. Vaya pues por delante mi felicitación más entrañable, y mi gratitud más sincera: es muy difícil aprender tanto en tan poco tiempo.

Se me invita a meditar sobre "**medidas cautelares**", uno de los muchos aspectos novedosos de la nueva Ley , y se me ofrece en consecuencia la doble posibilidad de hacerlo, conforme a mi doble cualificación profesional: la de **Profesor Universitario** y la de **Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial** y esta doble dimensión debe tener en consecuencia no solo un carácter teórico, sino una perspectiva eminentemente práctica que deriva de las innumerables ocasiones en que, como **Magistrado Ponente**, me cupo el honor de intervenir en Autos y Sentencias de la Sección 5ª de la Audiencia sevillana, en que resolvimos cuestiones atinentes al denominado por muchos "proceso cautelar".

En consecuencia y a modo de índice esquemático, ofrezco a Uds. un resumen del contenido de esta conferencia:

1. **Planteamiento general**: Medidas cautelares y Proceso Cautelar. La posible construcción teórica de un Proceso Cautelar, junto a los Procesos de Declaración y de Ejecución.
2. **Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881**: ideas generales.
3. **Modificaciones introducidas por la Ley de Reforma Urgente de la de Enjuiciamiento Civil, de 6 de Agosto de 1984.**
4. **Resoluciones de los Tribunales** sobre medidas cautelares: especial consideración de las dictadas por la **Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla**.

5. **Las Medidas Cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000.**
6. **Exposición de Motivos, Articulado y Procedimiento Cautelar.**
7. **Conclusiones.**

1. Planteamiento General: Medidas Cautelares y Proceso Cautelar. La posible construcción teórica de un Proceso Cautelar, junto a los Procesos de Declaración y de Ejecución

El tema no es nuevo; consiste en la posibilidad de construir un **Proceso Cautelar autónomo** a partir de las notas comunes que suelen predicarse de las medidas cautelares aisladas, tan abundantes y heterogéneas en nuestras Leyes procesales. Tampoco es nuevo recordar que el problema teórico divide profundamente a la doctrina científica, que se manifiesta en favor o en contra de dicha posibilidad: Serra Dominguez: Teoría general de las Medidas cautelares, en "Las medidas cautelares en el proceso civil"(Barcelona, 1974); Montero Aroca: Medidas Cautelares en "Trabajos de Derecho Procesal"(Barcelona, 1988); Ortells Ramos y Calderón Cuadrado, La tutela judicial cautelar en el Derecho Español (Granada, 1996); Ortells Ramos: El embargo preventivo (Barcelona, 1984); El embargo preventivo (Síntesis de su régimen jurídico) en "Las medidas cautelares"(Madrid, 1993); Calderón Cuadrado. "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil"(Civitas, Madrid, 1992); Gascón Inchausti. La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda (Cedecs, Barcelona, 1999); Ramos Méndez, La anotación preventiva de demanda,(Barcelona, 1980), Serra Domínguez "Intervención judicial de bienes litigiosos, en "Las medidas cautelares en el proceso civil", con RAMOS, (Barcelona, 1974); Carreras Llansana, Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC, en Estudios de Derecho Procesal, con FENECH (Barcelona, 1962) Tapia Fernández. El art. 1428 de la LEC, en Boletín Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1985, ,sin olvidar aportaciones tan significativas como las de los Profesores Guasp o Fairen, y sin que además la cita tenga pretensiones de exhaustividad.

A pesar de que resulta obligado traducir las notas comunes que vienen a predicarse de las medidas cautelares (**instrumentalidad, jurisdiccionalidad, provisionalidad, temporalidad, discrecionalidad, fumus boni iuris y periculum in mora**), desde mi punto de vista **no es posible construir un "proceso cautelar autónomo" como un tertium genus junto al proce-**

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

so de declaración y al de ejecución; y ello en virtud de las siguientes consideraciones: 1ª.- **La diversidad y heterogeneidad** de las medidas cautelares, dispersas por la Ley de enjuiciar y leyes procesales especiales, unas de carácter personal, otras de índole mixta y las más, de naturaleza real, lo que dificulta notoriamente su tratamiento unitario. 2ª.- **La existencia de varios procedimientos** para articular cada una de las medidas a adoptar, dificultad mitigada en la Ley de 6 de Agosto de 1984 y sobre todo en la Ley nueva de 7 de Enero de 2000, como luego veremos. 3ª.- **La finalidad instrumental** de las indicadas medidas, que las presenta como "instrumentos del instrumento (proceso), en frase clásica de Calamandrei. 4ª.- **Su objetivo preferentemente aseguratorio**. 5ª.- **La imposibilidad legal de ser un "anticipo de la sentencia"**, aunque pudiera estimarse que ello sí es posible en las de carácter meramente anticipatorio de la resolución final que se dicte en el proceso. 6ª.- **Los principios generales** que las rigen, muy distintos de los que presiden los procesos de declaración y de ejecución, pues si el proceso de declaración está sometido plenamente al principio dispositivo, sin que el Juzgador tenga competencia para inadmitir "a limine" la demanda, la contestación o la reconvención, en cambio, el llamado proceso cautelar está regido por el principio dispositivo, desde luego, pero también por el de "oportunidad", y en definitiva, la adopción y ejecución de dichas medidas pertenecen a la "**discrecionalidad**" del Juez, sin que por otra parte la discrecionalidad no pueda ser confundida con la **arbitrariedad o capricho** de quien tiene la facultad de adoptarlas y 7ª.- **La resolución final, sentencia en el proceso declarativo como regla general y auto** en el llamado proceso cautelar.

Con este panorama teórico, resulta casi imposible la construcción dogmática de un proceso cautelar, aunque la nueva Ley haya dado un gran paso con la instauración de un "**procedimiento común**" para todas las medidas cautelares, mas cuidándose de dejar fuera de sus normas unitarias las medidas, muy numerosas, que pueden adoptarse en procesos especiales civiles.

2. Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881: ideas generales

El legislador de 1881 previó la dificultad de construir un proceso cautelar autónomo. Limitóse pues a la regulación fragmentaria y aislada de varias medidas de cautela o aseguramiento, a cada una de las cuales dotó de con-

tenido procesal propio, sin aventurar siquiera un esbozo de procedimiento común. Aparecen pues en su articulado "**el embargo preventivo**"(arts. 1397 a 1418), "**el aseguramiento de bienes litigiosos**"(arts. 1419 a 1427),"**el aseguramiento de obligaciones de hacer y de no hacer**", "**la anotación preventiva de demanda**"(arts. 42 y sgtes. de la Ley Hipotecaria, y 139 y sgtes. de su Reglamento), reputando al embargo preventivo como un incidente simultáneo del proceso principal, y admitiendo un subincidente de oposición al embargo, y como norma de cierre de todo el sistema cautelar, las llamadas "**medidas innominadas del art. 1428**". Y ello sin contar con los innumerables preceptos procesales sobre medidas cautelares dispersas por la LEC y por una normativa especial amplísima, que más tarde citaremos. La diversidad, la indeterminación y la carencia de medios idóneos en los Juzgados y Tribunales, aconsejaban a éstos **un criterio severo y restrictivo a la hora de adoptarlas**, con la consiguiente quiebra del derecho a la "tutela judicial efectiva" del art. 24 de la Constitución, a lo que nos referiremos en el punto 4 de esta exposición resumida.

3. Modificaciones introducidas por la Ley de Reforma Urgente de carácter procesal de 6 de Agosto de 1984

Las modificaciones introducidas por la Ley 34/1984 de 6 de Agosto en el sistema cautelar de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con carácter de reforma urgente, afectaron fundamentalmente a los **arts. 1397, 1398, 1401, 1411 y 1428 de la LEC**, es decir, al embargo preventivo, al aseguramiento de bienes litigiosos y dentro de su sección, a las medidas indeterminadas o innominadas, como norma de cierre de todo el sistema. Como bien expuso Montero Aroca en los Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, coordinados por Valentín Cortés (Editorial Tecnos S.A. 1985), (pág. 673 y sgtes.), "las modificaciones introducidas en el embargo preventivo no son de trascendencia. Casi podría decirse que todas ellas son consecuencia de la elevación de las cuantías. No hay artículos nuevos, solo hay retoques en cuatro artículos". En cambio, las modificaciones introducidas en el art. 1428 sobre medidas cautelares innominadas y su procedimiento, sí supusieron un avance considerable respecto de la normativa anterior, que sucintamente expongo a continuación.

Conforme a la opinión de Ramos Méndez (pag. 687 y sgtes. del Libro antes citado), "La Ley 34/1984 dio una redacción completamente nueva al

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

art. 1428 de la LEC, que ya existía sin embargo con anterioridad. En la redacción anterior, las medidas cautelares a adoptar estaban supeditadas a que "**se presentare en juicio algún documento de los comprendidos en los tres primeros números del art. siguiente (1429, escritura pública, documento privado y confesión**). El texto modificado decía así: "Cuando se presente en juicio un..."suprimiendo pues la invocación al artículo siguiente que recogía los llamados títulos ejecutivos. En la práctica la aplicación de dicho precepto había devenido en prácticamente imposible, y de ahí la reticencia de los Jueces y Tribunales para aplicarla. La razón era obvia: rara vez habría de encontrarse un título ejecutivo que permitiera hacer uso de dicho precepto. Incluso se pensó en hacer caso omiso del título ejecutivo para que la norma sirviera para algo. La aportación de un "principio de prueba por escrito", aun suponiendo una interpretación contra legem de la norma, no violentaba en absoluto su espíritu, como ya lo pondría de manifiesto Guasp "Derecho Procesal Civil", Madrid, 1968).

La reforma estaba llamada a desempeñar un importante papel en el ámbito de las medidas cautelares; y en la práctica así sucedió, tanto cuando se aplicaba al proceso civil como norma procesal directa, como cuando se aplicaba a los procesos laboral y contencioso-administrativo, como norma procesal supletoria. Se hubiera podido y hubiera sido deseable, para la mejor operativa práctica del precepto, norma de cierre del sistema cautelar, establecer una regulación similar a la de los "**provvedimenti di urgenza**" del Derecho Italiano, "**einstweilige Verfügungen**" del Derecho Alemán u "**ordonnances sur requête**" del Derecho Francés. En este sentido la modificación introducida por la nueva Ley de Enero de 2000 (art. 727) es mucho más progresista y facilita notoriamente a los Tribunales la adopción de medidas cautelares concretas. Ha de decirse por ello que el art. 1428 no era una norma de carácter general en el sentido de que pudiera adoptarse sin más cualquier tipo de medida cautelar, precisamente por la necesidad de unos presupuestos previos de carácter particular. Ahora bien, tal como quedaba redactado el precepto, era una **norma procesal en blanco**, que permitía adoptar cualquier medida que tuviere los requisitos exigidos, sin necesidad de tipificación previa. Siempre se planteó la duda acerca de si podrían adoptarse solo medidas de aseguramiento, medidas de conservación o finalmente medidas anticipatorias de la sentencia que recayere. Lo cierto es que los Jueces y Tribunales se mostraron siempre reacios a la adopción de cautelas conforme al indicado precepto modificado, porque también se suscitaron, en casos concretos, dudas acerca de qué debería entenderse por "principio de prueba por escrito". **Así pues la indeterminación de la norma era su principal enemigo.** Insistimos pues en que ya entonces debió darse al sistema la concreción que ahora manifiesta la nueva Ley de enjuiciar. No obstante es lícito sostener que la modificación operada en el art. 1428 de la LEC de 1881 supuso un paso importantísimo a la hora de configurar un procedimiento común para la adopción de un gran número de medidas cautelares.

4. Resoluciones de los Tribunales sobre medidas cautelares: especial consideración de las dictadas por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla.

Es esta parte de mi intervención la que reputo de mayor interés, pues ilustra debidamente acerca de cuanto venimos diciendo, en primer lugar, sobre la reticencia de Jueces y Tribunales en adoptar medidas cautelares en el proceso, y en segundo lugar, la inseguridad de las partes al solicitarlas, afectando así de modo negativo al principio de tutela efectiva del art. 24 de la Constitución. En lo que atañe a la primera cuestión, es cierto que como consecuencia de varias Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, todas del año 1990 y posteriores, se ha operado un **cambio sustancial en la linea jurisprudencial** sobre medidas cautelares. Muy clarificador al respecto es el **Auto de 24 de Septiembre de 1997 dictado por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, del que me cupo el honor de asumir la Ponencia**, y en el que la Sala recoge abundante doctrina y jurisprudencia, sobre este trascendente tema jurídico, cuyo contenido vengo a resumir a continuación.

Con ocasión de un recurso de apelación interpuesto por la actora principal contra el Auto dictado el día 28 de Diciembre de 1996 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de la Ciudad de Osuna, por el que no accedía a la concesión de la **Administración Judicial** de una gasolinera, medida cautelar innominada que al amparo del art. 1428 de la LEC solicitó la parte actora, la Sala sienta la siguiente doctrina jurídica: "La cuestión sometida a este Tribunal no es otra que un incidente procesal en que la parte actora en el proceso principal, impugna el Auto dictado por el Juzgador de instancia en la pieza separada de medidas cautelares, denegando la medida de Administración judicial solicitada al amparo del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El Juez a quo, de oficio y antes de que la demandada formulara contestación sobre las cuestiones de fondo, ni "oposición a la medida solicitada", deniega por Auto tal medida. La fundamentación jurídica del Auto impugnado se contrae a decir: 1º- Que la cláusula 14ª del contrato básico de suministro (vid. Auto), establece que cualquier duda, discrepancia, diferencia o litigio que surja entre las partes de este contrato en la interpretación, ejecución, cumplimiento o incumplimiento del mismo, se resolverá por medio de "**arbitraje de equidad**". 2º- Que ello supone que "si la parte demandada opone correctamente la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitrajes, se producirá una sentencia absolutoria en la instancia, en cuyo caso la medida cautelar solicitada por la parte actora n o sería necesaria para la efectiva aplicación del derecho sustantivo que reclama, pues su pretensión no seria estimatoria", 3º- Que dada la naturaleza y entidad de la medida cautelar solicitada, así como la **complejidad y diversidad** de las cuestiones debatidas, se estima en el trámite de admisión de la demanda de autos, improcedente la concesión de la medida cautelar solicitada, esto es, la Administración Judicial de la Estación de Servicio objeto del proceso".

La Sala, en su Fundamento Jurídico Segundo, declara que "prima facie", el Auto recurrido no resiste un somero análisis en lo que concierne a su fundamentación jurídica, por las siguientes razones de derecho: 1ª- Tanto la Providencia de 10 de Febrero de 1997 como la contestación son de fecha posterior al Auto recurrido; lo que pone de manifiesto que, al menos, debió el Juez "a quo" esperar para dictar su Auto denegatorio a que el demandado pudiera oponerse a tal medida de acuerdo con el párrafo 5º del art. 1428 de la LEC. No consta que la actuación procesal del Juzgador haya corrido por estos derroteros, por lo que pese a la flexibilidad que el legislador concede a los Tribunales en esta materia, obsérvase un distanciamiento del Juzgador de los trámites procesales que el precepto señala, dictando un Auto "inaudita parte". No obstante, no es esta infracción procedimental lo que va a constituir el tema de fondo que subyace en la medida solicitada, al que se refieren los argumentos siguientes. 2º- No pueden los Jueces y Tribunales supeditar la resolución de las cuestiones jurídicas que las partes les presentan, invocando de forma condicional y futura la oposición de excepciones procesales, máxime en unas actuaciones como las presentes en que leída la contestación, no invocó la demandada la pretendida "excepción de arbitraje", sometiéndose en consecuencia a la jurisdicción y competencia de los Tribunales ordinarios, y 3º- La invocación que el Juez "a quo" hace de la complejidad y

diversidad de las cuestiones de fondo (se ejercitaban tres acciones declarativas acumuladas), siendo cierta dicha complejidad, no solo no puede erigirse en óbice para la adopción de la medida que se solicita, pues la medida judicial de Administración no prejuzga el resultado de la cuestión de fondo, sino que por el contrario, la tutela cautelar que se insta tiene como finalidad última "**la efectividad de la resolución final del procedimiento**; es decir, la complejidad jurídica invocada en el Auto recurrido debió ser un argumento más a favor de la adopción de la medida, y no un óbice esencial para denegarla".

Ya por solas estas razones debiera revocarse, al menos en parte, el Auto recurrido. Sin embargo, la adopción de las medidas innominadas del art. 1428 de la LEC genera una problemática, desgraciadamente mal resuelta por el legislador, tanto antes como después de la reforma operada por la Ley de 6 de Agosto de 1984, que es preciso examinar a la luz de la doctrina más acreditada y de una jurisprudencia cada vez más reiterada y elocuente de los órganos jurisdiccionales superiores, objeto de los siguientes razonamientos.

La Sala proclama, en el **Fundamento Jurídico 3º de su Auto**, que "no existe en nuestro Ordenamiento jurídico un **proceso cautelar autónomo, sino medidas cautelares de aseguramiento dispersas por los preceptos procesales**, siendo así que el pretendido proceso cautelar viene a ser como la justa respuesta a la necesidad creada por el propio proceso, como instrumento de la potestad jurisdiccional y del derecho de acción. Es claro que la actividad procesal requiere tiempo... y que el proceso es una actividad de resultados inciertos, es decir que tanto puede ser favorable al actor como al demandado. Y es patente que la demora que siempre entraña la actividad procesal deja abierta la posibilidad o constituye la ocasión para que el demandado adopte conductas o realice actos aislados que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la sentencia que venga a conceder satisfacción al actor. Ello entraña un evidente riesgo, y el proceso cautelar es precisamente el instrumento que utiliza o debe utilizar la jurisdicción destinado a conjurarlo. Toda esta argumentación conduce también a vincular el **"proceso cautelar" al derecho a la "tutela efectiva" judicial del art. 24 de la Constitución**, debiendo observarse que "el derecho a que el fallo se cumpla" que el Tribunal Constitucional entiendo como componente del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, puede ser radicalmente amenazado por circunstancias que solo un régimen apropiado del proceso cautelar puede conjurar.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La Sala enuncia a continuación las dos clases de normas del proceso cautelar, ambas de índole procesal, las normas sobre competencia y las que establecen los presupuestos. Pues bien: tanto en uno como en otro caso, el Derecho Positivo establece una regulación asistemática, fragmentaria, o desordenada y desigual de las medidas cautelares y de su proceso. Labor de la Jurisprudencia debiera ser la elaboración de una doctrina sistemática y coherente que permita a Jueces y Tribunales apreciar la necesidad o la conveniencia de la tutela cautelar solicitada, para adoptar las medidas o simplemente para denegarlas. Hoy por hoy subsiste una "**grosera casuística** que obliga a los órganos jurisdiccionales a descender al caso concreto, adoptando o denegando las medidas con un margen quizá excesivo de discrecionalidad. No obstante la doctrina científica más acreditada señala características comunes a todas las medidas posibles (**que la nueva Ley se encarga certeramente de enumerar**), y enuncia los presupuestos necesarios para su adopción: instrumentalizad, jurisdiccionalidad, discrecionalidad, distinción con las garantías jurídico-privadas de los derechos, la situación jurídica cautelable, el denominado "fumus boni iuris" y el "periculum in mora", así como la prestación de fianza, y finalmente sus efectos de conservación y no solo de aseguramiento.

En su **Fundamento Jurídico 4º**, la Sala en el Auto que transcribimos, se contrae a las "**medidas cautelares innominadas o indeterminadas del art. 1428 de la LEC de 1881**, precepto al que tilda de desgraciado, insuficiente, mediocre y confuso, especie de norma de cierre de la tutela cautelar en el proceso civil, haciendo una completa enumeración de otras muchísimas medidas cautelares acogidas, no solo en la LEC de 1881, tales como el embargo preventivo, el aseguramiento de bienes litigiosos, o el de las obligaciones de hacer o de no hacer, sino en normas procesales dispersas por infinidad de preceptos aislados (Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, Reglamento de Registro Mercantil, Ley de Propiedad Intelectual, Ley General de Publicidad, Ley de Patentes, etc) (Vid Auto citado). En lo que concierne a las medidas del art. 1428 de la LEC, entre las que puede encontrarse la solicitada de "Administración Judicial", el precepto indica que "**cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el Juez podrá adoptar a instancias del demandante, y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere**". Es obvio que el precepto deja sin resolver muchas e importantes cuestiones, pues se trata de un **concepto jurídico indeterminado** que delimita la autorización de las medidas adoptables, y además subordina la adopción de las medidas a la concreta concurrencia de las circunstancias reveladoras del peligro que supone. Como consecuencia de la Reforma de 6 de Agosto de 1984, el artículo exige ahora para el acreditamiento, "**un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación**...".

En una interpretación racional del precepto el **principio de prueba** debería demostrar por sí mismo que "en ese escrito se contrae una obligación", por aquél contra quien se pida la medida y también cuál es la obligación contraída, sin necesidad incluso de que conste su firma, pues la apariencia de autenticidad del documento en el que aparezca una obligación puede derivar de otros signos que el documento presente o de la actitud que el demandado adopte frente al mismo. Queremos decir, y esto es lo relevante, que **la redacción del precepto, que exige solo un principio de prueba por escrito**, autoriza ya a los Tribunales a la adopción de las medidas solicitadas, ponderando su gravedad y sus consecuencias con un cierto margen de "**generosidad**", pues en definitiva de ello dependerá en gran medida la tutela judicial efectiva.

La Sala explica, en el **Fundamento Jurídico 5º de su Auto, las reticencias de los Jueces y Tribunales** a la hora de acordar las medidas propuestas. Es cierto que la indeterminación de las medidas puede suponer una amenaza a la utilidad práctica del art. 1428; de ahí la reticencia de los Tribunales para adoptarlas. Un sector de la doctrina se pronunció acerca de otorgar a dicho precepto un carácter "**muy restrictivo**" dada su inconcreción, exigiendo que dichas medidas estén preordenadas a la ejecución, persiguiendo que el proceso declarativo no sea inútil...; por ello este sector defiende que dichas medidas sean homogéneas a las ejecutivas pero no idénticas, porque de esta manera se permitiría una "ejecución sin título". Sin embargo, no toda la doctrina comparte esta concepción restrictiva, y también la Jurisprudencia, aunque escasa, va dando muestras de superarla. Se afirma en el Auto que "Los Jueces no solo deben tener presente la imagen de las medidas de mero aseguramiento, sino también la de aquéllas que anticipan los efectos de la sentencia principal. De otra parte el precepto no habla de "asegurar la ejecución" de la sentencia sino su **efectividad**, porque asegurar la efectividad de una sentencia significa mucho más que asegurar su mera

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

"ejecución" frente a posibles riesgos; y es que asegurar la efectividad cubre, por descontado, asegurar la ejecución, pero supone también proteger la sentencia frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para quien sea reconocido como titular del derecho...

En conclusión, "el contenido de las medidas cautelares al amparo del aún vigente artículo 1428 de la LEC de 1881, debe ser en cada caso el apropiado para que la sentencia pueda ser, en su momento, plenamente cumplida; lo que puede requerir, no solo unas medidas con efectos de aseguramiento sino también medidas de conservación del "statu quo" anterior al conflicto, frente a conductas aparentemente ilícitas y dañosas que, al amparo de la incertidumbre sobre la cuestión litigiosa, se intenten adoptar durante la pendencia del proceso principal". La Sala entiende que la medida solicitada de "Administración Judicial" cumple perfectamente esta finalidad, no solo aseguratoria sino de conservación del statu quo entre las partes litigiosas frente a posibles manipulaciones o riesgos derivados de una actuación ilícita, dolosa o simplemente negligente que el demandado pueda adoptar pendente proceso.

Es sin embargo el **Fundamento Jurídico 6º** del citado Auto el que recoge **la Jurisprudencia** más progresista en lo que atañe a la adopción de las medidas cautelares. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, viene otorgando, a partir de 1990 una "**generosa aplicación de la denominada tutela cautelar**", llamando la atención de Jueces y Tribunales acerca de la no adopción de criterios severos y restrictivos, que venían inspirando resoluciones anteriores **El Tribunal Supremo, en el Auto de 20 de Diciembre de 1990 dictado por su Sala 3ª,** nos recuerda que "el derecho a una tutela judicial efectiva, de acuerdo con el art. 24 de la Constitución, implica, entre otras cosas, el **derecho a una tutela cautelar**. Nos recuerda en consecuencia que, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva incluye no solo la declaración, la condena, la ejecución o la absolución, sino también la cautela y el aseguramiento". Y es necesario-sigue proclamando el Auto citado-recordar también que esta fuerza expansiva del citado art. 24 de la Constitución viene impuesta hoy por ese principio de **derecho comunitario**... a que se refiere la **Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de Julio de 1990**, principio que hace suyo implícitamente el Tribunal, y que se resume en "**que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe**

convertirse en un daño para quien tiene la razón".Y esto no es otra cosa que el pensamiento de Calamandrei. Lo que se advierte "prima facie" al instar la adopción de una medida cautelar, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es "una apariencia insistimos-de buen derecho, que es en definitiva lo que en el famoso brocardo latino se conoce como "fumus boni iuris". Y esa apariencia, aun siendo solo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada".

El Auto que comentamos analiza el art. 24 de la Constitución, el art 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y muy especialmente, el art. 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción de la Ley de 6 de Agosto de 1.984, sustancialmente coincidente con los otros preceptos que invoca, porque dice así: "**ello no puede sorprender, porque el ordenamiento jurídico es, o debe ser, un conjunto coherente, esto es, inteligible**".Y puesto que esta Sala comparte el criterio del Alto Tribunal que refleja el Auto citado, entiende aplicable su doctrina a la jurisdicción civil ordinaria...

En el **Fundamento de Derecho 7º** se proclama que, de dicho Auto, que invoca asimismo Sentencias anteriores del propio **Tribunal Supremo de 27 de Febrero y 30 de Marzo de 1990**, se desprende con notoria claridad, que existe, como filial del derecho a la tutela judicial efectiva un verdadero derecho a la tutela cautelar, derecho fundamental,. y por tanto "**fundamento del orden político y de la paz social**"(Art. 10.1 de la Constitución), como lo es inequívocamente todo derecho con base en el art. 24.Y correlativo de ese derecho **"es el deber de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad de la sentencia". No hay aquí pues algo remitido a la discreción, al buen sentido o a la apreciación singular de cada caso de los órganos judiciales, como hasta ahora se ha venido creyendo:** hay por el contrario **un mecanismo riguroso de derecho-deber, y no de cualquier derecho sino de uno fundamental, precisamente".**

El **Tribunal Constitucional Español**, en línea con los demás Tribunales Constitucionales europeos y con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea "ha incluido el derecho a una tutela cautelar inmediata entre los contenidos inesquivables de una tutela judicial efectiva". Puede decirse entonces con rotundidad que **el Tribunal Constitucional ha acabado con las últimas resistencias que por parte de algunos órganos judiciales se oponían a la nueva doctrina abierta por el Tribunal Supremo; no**

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

hay más que ver la Sentencia de 29 de Abril de 1993 en la que el Tribunal Constitucional proclama que "la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro... De ahí que cualquier Ley o actuación jurisdiccional que intente rectificar este criterio explícito del Tribunal Constitucional sobre el alcance del art. 24 de la Constitución, será simplemente **inconstitucional ella misma.** Pocas veces pues el Tribunal Supremo ha sido tan explícito, tanto al afirmar que adopta una nueva manera de entender un precepto legal como al desechar las rigideces que de la anterior interpretación resultaban. **Se trata pues de un deliberado y explícito cambio de la linea jurisprudencial** que es de la máxima significación. Y su base y fundamento se encuentra en la Sentencia citada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de Junio de 1990, sentencia capital en la evolución del derecho comunitario europeo al establecer **"la obligación de los jueces nacionales de tutelar cautelarmente los derechos invocados sobre la base de normas comunitarias, aun cuando esa tutela cautelar, que ha de ser proporcionada para evitar la frustración de la sentencia final, según la doctrina del "fumus boni iuris", implique una inaplicación o una infracción de las normas nacionales del propio juez".**

En consecuencia de todo lo expuesto y descendiendo la Sala a aplicar la mencionada doctrina al caso concreto controvertido, la Sala **decreta la adopción de la medida cautelar solicitada y acuerda la Administración Judicial de la Estación de Servicio** en la forma y con el alcance que se contienen en la parte dispositiva del Auto transcrito. Esta resolución judicial abre un camino expeditivo a la adopción de las medidas cautelares innominadas, amparadas hasta ahora por el art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881. Son sus propios fundamentos jurídicos los que se erigen en defensa de la solución adoptada.

La propia **Sección 5ª de la Audiencia de Sevilla** ha dictado en innumerables ocasiones resoluciones atinentes a la adopción de medidas cautelares. Citemos, por su particular relevancia, **la Sentencia de 17 de Enero de 1994 (Rollo 1080 de 1993)**, recaída en un **incidente de oposición a un embargo preventivo**, en la que desestimando la oposición, se decreta el embargo después de un análisis de la concurrencia de datos objetivos para formar el criterio del Juzgador sobre las exigencias contenidas en el art.

1.,400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La enumeración de disposiciones semejantes sería interminable, y no se circunscriben, lógicamente, a la Audiencia sevillana, pudiendo destacarse asimismo el Auto de la Audiencia de Madrid de 4 de Febrero de 1.999(Rollo de apelación 289/1.998) sobre aplicación del art. 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5. Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000

Sucede en ocasión que la realización de los procesos de declaración y de ejecución no basta para alcanzar la satisfacción de pretensiones en ellos ejercitadas, por cuanto la necesaria duración de los mismos se convierte en rémora para su eficacia, e incluso puede ser aprovechada por el sujeto pasivo para hacer inútil la resolución final que en su día se dicte. Muy significativo al respecto es el **art. 5 de la nueva Ley**, en el que se configura a la tutela cautelar como una de las clases de tutela jurisdiccional junto a la declarativa y ejecutiva, pese al intento del legislador de "eludir" en los **arts. 72l a 747** la expresión proceso cautelar. Empero y en opinión de Montero Aroca, este proceso tiene un objeto bien definido: **facilitar otro proceso principal**, asegurando la efectividad de su resultado (Guasp) según se infiere del dictado literal del art. 721 de la LEC. Los principios por los que se rige este tipo de proceso son los siguientes: l-Dualidad, contradicción y la igualdad de partes, (arts. 72l, 733 y 734) 2-Principios dispositivo, de aportación de parte y de oportunidad (arts. 721.1, 732 y 734) y 3- Oralidad, excepto su iniciación por escrito.

Por lo que atañe a la extensión y límites de la Jurisdicción, habrá que distinguir entre situaciones cubiertas por los distintos tratados internacionales en la materia, especialmente los **Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988**, y aquellas otras cubiertas por la legislación nacional (Arts. 22.5 de la LOPJ y 722.II de la LEC). Corresponde adoptar las medidas al orden jurisdiccional civil, excepto las medidas cautelares que se adopten en el proceso penal, debiendo acudirse a los ats. 723. 1 y 2 y antes al art. 700 LEC) Solo es posible adoptar la tutela cautelar **a instancia de parte, pues el Tribunal no podrá otorgarla de oficio.**

Las medidas cautelares son instrumentos procesales que tienden a asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare (Art. 72l.1 LEC). Sus características se encuentran desarrolladas en el art. 726, y son: instrumentalidad, (instrumen-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tos del instrumento, en frase de Calamandrei), provisionalidad, temporalidad, variabilidad y proporcionalidad. En lo que concierne a su "**naturaleza jurídica**", conviene distinguirlas de otras instituciones afines. 1ª.- Las medidas de aseguramiento de las personas, especialmente las que se refieren a menores e incapacitados, 2ª.- Las que aseguran el proceso mismo o alguna de sus fases, como la prueba anticipada, y 3ª.- La Justicia provisional o sumaria. Debe destacarse que en estos últimos años se ha superado la teoría clásica de las medidas cautelares, que las configuraba como medidas estrictas de aseguramiento, y se consolida la opinión de que con las medidas cautelares se cumple en ocasiones una función anticipatoria de la resolución, por lo que muy bien puede hablarse ya de medidas que aseguran la ejecución, medidas que conservan la situación de hecho tal como se encontraba al iniciarse el proceso, y medidas que anticipan el resultado del mismo...

Es obvio que tales medidas han de descansar siempre en ineludibles presupuestos, distinguiendo entre "**presupuestos para la adopción**, que según el art. 728 nuevo son el "fumus boni iuris" y el "periculum in mora" y **presupuestos de ejecución** de la medida, cual es la necesidad general de prestar caución. En este sentido la medida precisa de unos **indicios de probabilidad, de verosimilitud y de apariencia de buen derecho**, y no de prueba cumplida, lo que entraña un juicio de verosimilitud, provisional e indiciario a favor de quien la solicita. Dicho presupuesto debe ser alegado y justificado mediante los medios oportunos y permitidos en derecho, sin excluirse en ningún caso los medios no documentales (con lo que se viene a superar la exigencia del principio de prueba por escrito del antiguo art. 1.428 de la LEC de 1.881). En cuanto al "**periculum in mora procesal**", debe acreditarse que existe peligro de inejecución o de inefectividad de la sentencia estimatoria, habiendo optado la Ley con carácter general, por la configuración in abstracto de este presupuesto, atendido el peligro de la duración del proceso. Y en cuanto a la **caución**, sirve para responder, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado si con posterioridad se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y es por ello revocada. **El art. 728 consagra de manera general la exigencia de caución suficiente**, que podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el art. 539,II: dinero efectivo, aval solidario o cualquier otro medio que sirva de garantía, sin que finalmente el derecho a la justicia gratuita exima al postulante de la prestación de caución, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, pues la exención supondría una importante lesión en el interés

privado del sujeto pasivo de la medida. A las medidas cautelares específicas nos vamos a referir en el punto siguiente de esta síntesis.

6. Exposición de motivos, Articulado y Procedimiento Cautelar

La Exposición de Motivos de la nueva Ley viene a configurar los principios generales que su articulado aplicará más tarde. En un esfuerzo de síntesis, esos extremos son los siguientes:

1º. La Ley establece un "**conjunto unitario de artículos**", (eludiendo la expresión proceso cautelar), que regulan todas las medidas cautelares, excepto las que puedan adoptarse en "procesos especiales".

2º. **Fija un régimen abierto** respecto de las medidas, huyendo pues de un numerus clausus, pero fijando presupuestos y caracteres generales de las medidas que se puedan adoptar.

3º. **Señala como presupuestos, el fumus boni iuris, el periculum in mora, la caución, la instrumentalidad, la accesoriedad y la provisionalidad, que se garantizan adecuadamente.**

4º. Se instaura un régimen de **medidas más enérgicas** que las anteriores, para que sean de verdad eficaces.

5º. Frente a posibles peligros y riesgos, se regula **la oposición a las medidas, su revisión, modificación y sustitución, así como las contra cautelas que las neutralicen**.

6º. En lo que concierne al momento procesal para solicitarlas, admite tres: antes, en y después de la demanda, sentando como regla general la "previa contradicción", y la "no necesidad de contradicción previa", como excepción. Y como oposición inmediata posterior se regula un régimen expreso de "**contra cautelas**".

7º. En cuanto a **competencia**, considera que serán del Juez que conozca del proceso principal, sin que ello implique necesariamente "sumisión".

8º. **Hace un llamamiento a Jueces y Tribunales** para que vayan superando "impresiones provisionales" y las vayan concediendo en la medida en que se soliciten.

9º. Finalmente fija normas para el **alzamiento de las medidas acordadas**, y establece un sistema de "**caución sustitutoria**" para los casos en que la medida entrañe grave lesión a los derechos e intereses del sujeto pasivo de la medida.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Ella es en síntesis la Exposición de Motivos de la nueva Ley procesal, sin que se observe más tarde contradicción entre dichos principios y la regulación explícita de su articulado.

Por lo que se refiere al articulado de la Ley en lo que concierne a las **"medidas cautelares específicas"**, debe advertirse con carácter previo que, según se infiere del **art. 727**, que utiliza la frase "entre otras", se consagra el carácter de "**numerus apertus**", que acoge, tanto medidas de aseguramiento, como puede ser el embargo preventivo, como medidas de carácter conservativo, como la prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación, como finalmente, medidas innovativas o anticipatorias del resultado de la estimación de la pretensión, cuyo ejemplo más característico sería la pensión provisional. El art. 727 se refiere a las siguientes medidas:

1º. **Embargo preventivo**, que trata de evitar que el demandado se transforme en insolvente mientras dura el proceso principal.

2º. **La intervención y la administración judicial**, que tiende a garantizar la productividad de ciertos bienes.

3º. **El depósito de cosa mueble**, en relación con la diligencia preliminar de los arts. 256 y 261, 3º.

4º. **La formación de inventario de bienes.**

5º. **La anotación preventiva de demanda**, respecto de la cual la regla 5ª del precepto que analizamos viene referida a bienes o derechos susceptibles de inscripción en un Registro Público, y que equivale al art. 42, 1ª de la Ley Hipotecaria. Esta medida trata de evitar el riesgo de transmisiones de bienes o derechos sobre los que versa el proceso, efectuadas por el demandado.

6º. **Otras anotaciones registrales**.

7º. **Cesación provisional o abstención temporal, o prohibición temporal de actividades, conductas o realización de prestaciones**, con las que se asegura a través de estas medidas la tutela de condena a obligaciones de hacer y de no hacer.

8º. **Intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante actividades ilícitas**, o consignación o depósito de las cantidades reclamadas en concepto de remuneración de la **propiedad intelectual**, debiendo aclararse que la intervención de los ingresos es una medida cautelar eficaz para determinar el lucro que ha obtenido y que obtiene quien realiza una actividad ilícita de propiedad intelectual.

9º. **Depósito de ejemplares de obras, objetos y material**, sustitutiva de la antigua medida de "secuestro".

10º. **Suspensión de acuerdos sociales**.

11º. **Otras previstas legalmente**. Es evidente que con esta cláusula general y residual se facilita enormemente la adopción de otras posibles medidas cautelares. Vemos que la Ley ha optado por **"enumerar" en el art. 727 las medidas que pueden comúnmente adoptarse**, sustituyendo el criterio más general y difuso que contenía el art. 1428 de la LEC de 1881 respecto de las medidas innominadas, si bien no cierra las posibilidades de necesidades que ex novo requieran de diferente cobertura cautelar, y acogiéndose en todos los casos al **principio de legalidad y de necesidad**.

Puesto que al comienzo de este epígrafe hablábamos de la **caución sustitutoria**, el demandado puede solicitar, por serle menos gravosa, la sustitución de la medida cautelar por una caución. Este criterio general se acoge en los **arts. 746 y 747 de la nueva LEC,** y que esta somete al cumplimiento de unos presupuestos o condiciones tales como: 1º.- Petición de parte, 2º.- La conversión de la medida no procede automáticamente, sino que atiende al fundamento de las medidas cautelares, a la naturaleza y contenido de la pretensión de condena, a la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado y a la proporcionalidad ponderada por el Juez o Tribunal. 3º.- La sustitución por caución puede solicitarse bien antes de que se hubiere adoptado la cautela bien tras su adopción, y 4º.-Respecto de las formas de adoptarlas, admite el dinero efectivo, el aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, o cualquier otro medio que a juicio del Tribunal garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate. **La nueva Ley es pues extraordinariamente generosa** a la hora, tanto de adoptar las medidas, como a la hora de sustituirlas por varias formas de caución, lo que presagia un uso adecuado y eficiente de la finalidad tutelar que pretende.

En lo que atañe, finalmente, al **Procedimiento Cautelar**, la Ley nueva no habla de "**proceso**", sino tímidamente de "**conjunto unitario de preceptos**", aunque más interesa conocer cual es la verdadera naturaleza de dicho conjunto, pues habla la Ley de "instrumentalizad" (no podía por menos de hacerlo), pero no aclara en absoluto la naturaleza procesal de su conexión con el proceso principal. No es ocioso recordar que la Ley anterior reputaba a alguna de estas medidas, concretamente al "embargo preventivo" como

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

"incidentes del proceso principal" e incluso de "subincidente", cuando articulaba la posibilidad de oposición al embargo adoptado.

La LEC de 2000 simplifica el régimen procedimental para la adopción de estas medidas, frente a situaciones anteriores en que había que acudir incluso a leyes especiales para concretar los procedimientos. Con la unificación del procedimiento desaparece la dispersión odiosa de la enorme cantidad de normas reguladoras, lo que es evidente que otorgará confianza al sistema. De acuerdo con el art. 721, la adopción requiere siempre **la instancia de parte, y no admite en ningún caso su adopción de oficio.** Pueden solicitarse antes de la demanda principal, debiendo interponerse ésta dentro de los veinte días siguientes a la adopción de la medida, con la demanda principal, y con posterioridad a la presentación de la demanda, si bien esta última posibilidad se establece con carácter restrictivo y siempre que se justifique la solicitud en estos momentos posteriores. No olvidemos la necesidad de prestar caución al solicitarla cuando venga exigida como presupuesto de la medida.

En lo que se refiere a la **tramitación,** el principio de contradicción admite dos fórmulas distintas: **la contradicción previa o la contradicción diferida**, pues si bien proclama, como regla general, la previa contradicción, permite adoptar la medida sin oír previamente al demandado, pero atribuyéndole la posibilidad de ser oído mediante la interposición de una "oposición" regulada en los **arts. 730 a 742.** El art. 733 dispone que, como regla general, el Tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado, contradicción que se formaliza a través de la "vista" a que se refiere el art. 734, al que me remito expresamente para no alargar innecesariamente estas líneas. **Y la adopción de las medidas sin contradicción previa** viene condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 733.2: instancia de parte, razones de urgencia y resolución judicial motivada.

En lo que se refiere a la "resolución cautelar", deberá revestir necesariamente la forma de **"auto motivado",** que deberá dictarse en el plazo de cinco días en la forma y con los requisitos a que se refieren los arts. 735.1 y 733.2. Su contenido podrá ser **estimatorio o desestimatorio**, accediendo a otorgarla o denegándola, debiendo precisar el Auto, la medida cautelar acordada y el régimen a que ha de estar sometida, no pudiendo el Tribunal acordar medidas más gravosas que las que se hubieran solicitado, de acuerdo con el principio de congruencia. Un punto de extraordinaria relevancia

procesal es el relativo a la "**cosa juzgada**" de estas medidas. Sabemos que uno de sus caracteres es la "variabilidad", lo que ha llevado a cierto sector doctrinal a la negación de la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones cautelares. Sin embargo lo razonable es entender que "la cosa juzgada debe predicarse de las resoluciones cautelares cuando se mantienen los presupuestos para la adopción de la medida"; lo contrario, como dice Montero Aroca, conduciría a un estado de inestabilidad e inseguridad jurídica, indefendible, por otra parte".

Extremo relevante es el relativo a la **"ejecución"** de la medida. Adoptada ésta, es Tribunal competente para su ejecución el mismo que dictó la resolución, que deberá practicarse "de oficio", sin que como medios de ejecución puedan utilizarse otros que los que, con carácter general, se consideren necesarios para ejecutarla. En lo que se refiere al "embargo preventivo", que tal como viene regulado en la Ley desaparece como tal, la Ley remite a los instrumentos de ejecución que se utilizan para los embargos decretados en el proceso de ejecución con remisión a los arts. 584 y sgtes. con lo que en su eje caución, aquél pierde su sustantividad propia; en lo que atañe a la "administración judicial, la Ley se remite a los arts. 630 y sgtes., dictándose otras normas de ejecución, referidas a otras medidas en el art. 738.3 de la LEC.

El Auto resolutorio de la medida puede **impugnarse de dos modos procesales**: 1° Si se adoptó con contradicción previa, es recurrible en **apelación** (Art. 735.II y 736.1), y 2°.-Si el Auto cautelar se ha dictado sin previa contradicción, puede impugnarse mediante la interposición de una demanda de oposición a que se refiere el art. 739, sin que pueda ser recurrido directamente. Deberá consultarse el art. 741 a efectos de tramitación de la demanda de oposición, debiendo advertirse que si se estimare la oposición, como el Auto habrá de pronunciarse sobre la indemnización de daños y perjuicios, habrá que esperar a que alcance firmeza para proceder a la determinación de los mismos (Art. 742). También es interesante destacar que, dada la posibilidad de "variar las medidas", dictada la resolución **cautelar**, es posible modificarla conforme a lo establecido en los arts. 743 a 745 (**De la modificación y alzamiento de las medidas cautelares**); pero el legislador ha querido ser restrictivo, porque la demanda de modificación de las medidas cautelares debe fundarse en la alegación y prueba de hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión (Art. 743) y deberá ser siempre a instancia de parte, no siendo posible la modificación de oficio.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En el extremo atinente a la "**relación de dependencia entre tutela cautelar y proceso principal**", las medidas acordadas solo pueden perdurar en tanto en cuanto exista el proceso principal del que pendan. Existe por consiguiente una "tutela cautelar "ante causam", de manera que las medidas quedarán sin efecto si la demanda no se presenta en el plazo previsto legalmente, atendido el art. 729.2 de la LEC; en los casos de "suspensión del proceso principal" no podrá mantenerse una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida (Art. 731.1), ; y finalmente, si el proceso principal ha terminado ya, el mantenimiento o, en su caso, el alzamiento de la medida dependerá del resultado final del proceso declarativo, de acuerdo con el tenor literal del citado art. 731. Finalmente, en cuanto al alzamiento de las medidas, tras la sentencia firme, deberá significarse que si ésta hubiere sido absolutoria sea en el fondo o en la instancia y se convierte en firme, se producirá el **alzamiento de oficio de todas las medidas cautelares**, conforme al dictado a expreso del art.745.1 de la LEC

7. Conclusiones generales

Sin perjuicio de que en el texto que antecede hemos ido destacando las principales características del nuevo sistema de tutela cautelar, con fundamento en la nueva Ley y en la Jurisprudencia transcrita, no sería ocioso destacar ahora, con la aconsejable brevedad, algunas conclusiones relevantes:

1ª. La nueva Ley **simplifica extraordinariamente el procedimiento cautelar.**

2ª. Su exposición de motivos anima a los Tribunales a la adopción de las medidas, **frente al severo criterio restrictivo anterior.**

3ª. La enumeración del art. 727 clarifica las medidas que pueden adoptarse y adopta un sistema de "**numerus apertus**".

4ª. En los presupuestos y requisitos generales, **la Ley no es especialmente innovadora**, pues viene a repetir los principios que siempre las han caracterizado, pero acentúa su carácter enérgico para hacerlas más eficaces.

5ª. **La nueva Ley es extraordinariamente minuciosa** en la conjuración de los posibles riesgos que estas medidas pueden ocasionar al sujeto pasivo de las mismas.

6ª. **La Ley respeta los principios de congruencia, contradicción, dispositivo y de aportación de parte**, propios de todo proceso civil.

7ª. Entiendo que con ese "**conjunto unitario de preceptos**" y con el sentido actual de la **Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Audiencias Provinciales**. Disponen las partes litigantes de un extraordinario instrumento procesal para pedir y obtener de los Jueces y Tribunales la adopción de cualquier medida que soliciten.

8ª. Una Ley nueva es siempre una **nueva aventura**, y mucho más las que regulan una cuestión tan dinámica como es el procedimiento. Habrá pues que esperar a ir constatando sus resultados, que yo auguro espléndidos, en esta materia y en cuantas la nueva Ley acomete.

Durante muchos años yo he tenido una "novia" que se llamó Ley Procesal y que nació en 1881; ya me había habituado a vivir con ella, y la verdad es que no era tan mala como a algunos parecía. Obtuve y experimenté con ella sensaciones muy placenteras, y ahora, sin embargo, me obligan a sustituirla por otra nueva, bisoña e inexperta. Espero respetarla, enseñarla y aplicarla en la medida de lo posible, como hice con la otra, y espero que la edad y la experiencia me lo permitan. Al fin y al cabo siempre resulta apasionante una "aventura nueva". Reitero pues mi agradecimiento al Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, a la Real Academia sevillana de Legislación y Jurisprudencia, y muy singularmente, a quienes, presentes, tuvieron la paciencia de soportar este largo alegato procesal, que hice de buena fe y quizá con mejor intención que acierto.

Sevilla, a 23 de Mayo de 2000

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL

JAUME SOLÉ RIERA
Universitat Pompeu Fabra
Barcelona

1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El artículo 299.5º LEC destaca como uno de los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio el del reconocimiento judicial. Posteriormente, los artículos 353 a 359 del mismo texto legal se encargan de regular su contenido, objeto, características y efectos. Estos preceptos constituyen la única regulación de este medio de prueba, en la medida en que la nueva LEC ha supuesto la derogación de los artículos 1215, 1240 y 1241 del Código Civil (Disposición Derogatoria 2, 1ª). La clásica problemática terminológica suscitada en orden a este medio de prueba ha quedado definitivamente superada con la nueva regulación de la LEC, ya que ahora sólo cabe referirse al reconocimiento judicial en la forma en que aparece en la Ley Procesal[1] al haber quedado derogados, como hemos apuntado, los preceptos del Código

1. La anterior normativa no presentaba una regulación unívoca, sino que junto a los preceptos de la LEC de 1881 se añadían los artículos del Código Civil (1215, 1240 y 1241) que también se referían a este medio de prueba, aunque con la denominación de inspección personal del Juez. La doctrina, por su parte, tampoco ayudó a esclarecer el tema, pues añadió, además, otras variantes terminológicas. Así, FENECH, *Derecho Procesal*, Barcelona, 1960, I,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Civil que recogían esta misma materia. La supresión de esos artículos de la ley sustantiva ha supuesto un claro acierto, dado que toda prueba tiene eminentemente un carácter procesal, además de que el reconocimiento judicial sólo puede practicarse en el curso de un proceso judicial, y con intervención del tribunal.

Las novedades introducidas en la nueva regulación del reconocimiento judicial son abundantes, y afectan a aspectos de contenido que inciden en la configuración de este medio de prueba en dos facetas fundamentales: en primer lugar, el reconocimiento judicial se acordará por el tribunal cuando el mismo sea "necesario o conveniente", matización ésta que no es baladí, pues introduce un aspecto valorativo que, como ahora analizaremos, habrá de posibilitar un mayor uso del reconocimiento en la práctica que el que hasta ahora han llevado a cabo los órganos jurisdiccionales. En segundo lugar, se amplia ostensiblemente el objeto sobre el que puede recaer esa prueba, al permitir que el "tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona". Desaparece, pues, la limitación en cuanto al objeto del reconocimiento que suponía que el mismo sólo pudiera recaer sobre el "sitio o la cosa litigiosa".

Un somero análisis del empleo de este medio de prueba en la jurisprudencia, a tenor de la normativa recogida en la anterior LEC, no podía sino arrojar un resultado desalentador: la prueba de reconocimiento judicial no ha sido acordada, con carácter general, sino todo lo contrario, al amparo de una interpretación restrictiva del término "necesidad" recogido en el anterior artículo 663 LEC. Los tribunales, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al efecto[2], han inadmitido sistemáticamente la prueba de reconocimiento judicial propuesta por las partes por considerar que la admisión de esa prueba no es obligatoria para el juez en forma incondicional, sino que su práctica se acordará cuando se estime precisa y necesaria. Esa "necesidad" contenida en la anterior normativa ha servido para justificar el tradicional reparo de los jueces y tribunales del orden civil a salir de la oficina judicial para practicar pruebas; sólo al amparo de las diligencias para mejor proveer,

oo. 619 y ss., hizo mención al reconocimiento judicial como percepción judicial inmediata, mientras que GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1947, II, 1º, pp. 675 y ss., empleó el término "monumentos».

2. A título de ejemplo, la STS de 25 junio 1990, en donde, siguiendo la doctrina consolidada al respecto se dice que "la prueba de reconocimiento judicial se subordina evidentemente a que por el órgano judicial se considere necesario el examen personal de algún sitio o cosa litigiosa, en los términos previstos en el artículo 633 de la ley...".

y cuando el caso no dejaba otra escapatoria, se ha practicado el reconocimiento, aunque, como antes apuntábamos, nunca con carácter general.

La nueva regulación deberá suponer un cambio de mentalidad en el empleo de esta prueba. Ahora ya no se trata de un criterio de mera necesidad, sino que la "conveniencia" a la que se refiere la ley no ha de dejar lugar a dudas de que estamos ante una prueba cuya práctica no ha de ser pseudo-subsidiaria, como ha sucedido hasta ahora. Es más, la manifiesta toma de postura de la nueva ley por la oralidad y la inmediación del tribunal en todos los actos que configuran los periodos de alegaciones y prueba habrá de suponer que el reconocimiento judicial se admita, como si de cualquier otro medio de prueba se tratase, sin distinción alguna, tomado sólo como límite el propio contenido de su regulación normativa.

A nivel conceptual, la prueba de reconocimiento judicial se configura como un medio de prueba de carácter directo que supone la percepción inmediata por parte del tribunal, con cualquiera de sus sentidos, de los hechos que son objeto de prueba. Entre el Juez y lo que vaya a ser objeto de prueba no existirá ningún intermediario (como sucede, por ejemplo, con la prueba documental o testifical), ya que de lo contrario se desvirtuaría la propia naturaleza y funcionalidad del reconocimiento[3]. Este reconocimiento supone una percepción inmediata, como apuntara SERRA[4], siendo esta apre-

3. "...la prueba de reconocimiento judicial que no es otra cosa que la percepción por parte del Juez, de una forma directa, de los hechos que son objeto de prueba. En dicha prueba, la Juez de Primera Instancia, con la inmediación propia de la misma, sin que nada se interpusiera entre la juzgadora y los hechos objeto de inspección, se hizo constar que "no se observan obras recientes. Que hay una puerta de doble hoja que ha sido cambiada. Que en el dormitorio había un agujero, y lo taparon con una ventana de doble hoja de madera. Tanto la actora como el demandado pudieron concurrir al reconocimiento judicial acompañados de una persona práctica (art. 633 LEC) para ilustrar a la Juez sobre el terreno en cuanto a si para la sustitución de la puerta hubo necesidad de realizar obras, así como si sobre el conjunto de las alegadas por la parte demandante, sin que ninguna de ellas hiciera uso de tal facultad". Sentencia de la AP Valencia, Secc. 1ª, de 11 diciembre 1992, RGD, nº 582, pp. 2225 y ss.

4. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *De la inspección personal del Juez*, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Tomo XVI, Vol. 2, pp. 365 y ss. La regulación de esta diligencia de prueba se remonta a las Siete Partidas (Partida III, Título XIV, Ley 8ª y Ley 13ª). También varía la terminología empleada en los sucesivos Proyectos de Código Civil: en el de 1821 se habla "de la prueba por inspección ocular"; en el Proyecto de 1836 "de la prueba que se hace por inspección del Juez acompañado de testigos o peritos, mientras que en el Proyecto de 1851 se prescindió de la inspección personal del Juez.

A nivel de Derecho comparado, la prueba de reconocimiento judicial no figura ni en el Código Civil francés, ni en el italiano.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ciación terminológica más acertada desde un punto de vista teórico, al comprender las notas distintivas de la institución, aunque desde un aspecto legislativo sea preferible referirse al reconocimiento judicial, por ser más conforme a la naturaleza jurídica de la prueba, en la medida en que supone el concepto de comprobación de anteriores afirmaciones. Así, es de destacar que, en la medida en que los hechos objeto de debate que configuran el *thema probandi* son anteriores al proceso, únicamente respecto de hechos permanentes y de las huellas dejadas por hechos pretéritos será procedente la práctica de la prueba de reconocimiento.

De la definición propuesta destacan dos notas que merece analizar con detalle: el carácter directo de este medio de prueba, y la percepción del objeto a reconocer mediante cualquiera de los sentidos.

A. *Prueba directa*

La nota más característica de este medio de prueba es la ausencia de cualquier instrumento que se coloque entre el tribunal y la cosa litigiosa. El tribunal percibe directamente y sin intermediarios aquello que es objeto del reconocimiento, entendiendo, conociendo y convenciéndose para sí de las notas peculiares que le ofrece externamente el objeto litigioso. En ese sentido, se ha dicho que mientras que en los demás medios de prueba al Juez le convencen, en el reconocimiento judicial el Juez se convence[5].

Aunque ese carácter de prueba directa haya suscitado una cierta polémica doctrinal en orden a negar al reconocimiento judicial el carácter de verdadero medio de prueba, lo cierto es que si centramos el análisis de la prueba en la formación de la convicción judicial en orden a los hechos alegados por las partes, el reconocimiento judicial debe ser considerado, a todos los efectos, como un medio de prueba más, tendente a la determinación de la indicada convicción judicial. Cabe destacar que en la prueba de reconocimiento, el tribunal actúa como destinatario de la prueba; no debe confundirse la participación judicial con el destino de la prueba, que es únicamente el tribunal. La percepción judicial del tribunal en el reconocimiento no es, en sí misma, medio de prueba, sino únicamente el medio propio para observar la prueba, cuyo objeto es la cosa litigiosa sometida a reconocimiento; es decir,

5. Guasp Delgado, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, I, pp. 407 y ss. 5 Guasp Delgado, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, I, pp. 407 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el medio de prueba lo constituye el objeto examinado por el tribunal. Por ello, la percepción que realiza el tribunal no se diferencia en nada de las restantes percepciones judiciales realizadas respecto de cualquier otros actos procesales en los que sea precisa la intervención del tribunal.

La vigencia del principio dispositivo y el carácter rogado de la justicia civil imponen que el tribunal no pueda investigar hechos nuevos mediante los medios de prueba propuestos. A tal efecto, el artículo 216 LEC señala que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales. Por su parte, el artículo 217 LEC se refiere a la carga de la prueba, determinando que aquella parte que afirma unos hechos debe probar su existencia, pues la falta de prueba sobre esos hechos determinará la desestimación de la pretensión (actora o reconvencional) en la sentencia. Como consecuencia a lo dicho, el artículo 282 LEC determina que las pruebas se practiquen a instancia de parte, dejando la puerta abierta a que el tribunal acuerde de oficio determinadas pruebas "cuando así lo establezca la ley".

B. *Prueba mediante cualquiera de los sentidos*

Aspecto significativo de la prueba de reconocimiento es que la misma permite, y obliga, al tribunal a apreciar directamente aquello que deba ser objeto de reconocimiento empleando cualquiera de sus percepciones sensoriales. Así, no sólo se estará a lo que resulte de la vista, sino también del olfato, el oído, el tacto o el gusto, dependiendo, claro está, de las características concretas del lugar, objeto o persona a reconocer.

2. El objeto del reconocimiento

El artículo 353 LEC señala que el reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona.

Los hechos que hayan de ser esclarecidos o apreciados serán aquellos hechos objeto de litigio; por ende, se excluyen los hechos reconocidos, los hechos notorios y los hechos que gozan de presunción legal. El soporte normativo aparece en los artículos 281.3 y 4 LEC, donde se indica que están

exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes (...), así como que no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

La ampliación del objeto sobre el que puede llevarse a cabo la prueba de reconocimiento judicial se constata de la simple comparación entre la referencia a "algún sitio o la cosa litigiosa" del anterior artículo 633, y la "necesidad o conveniencia" de que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona, que introduce la nueva normativa.

2.1. Reconocimiento del lugar

Cuando el reconocimiento judicial se acuerde respecto de algún lugar se estará acordando implícitamente el desplazamiento del tribunal fuera de la sede judicial, al tratarse el referido lugar de un bien inmueble. A tal efecto, el artículo 169 LEC prevé la posibilidad de solicitar el auxilio judicial para aquellas actuaciones que hayan de efectuarse fuera de la circunscripción del tribunal que conozca del asunto, incluidos los actos de reconocimiento judicial, cuando el tribunal no considere posible o conveniente hacer uso de la facultad que le concede la ley de desplazarse fuera de su circunscripción para practicarlas. Sin embargo, el uso del auxilio judicial en la práctica de la prueba de reconocimiento debiera emplearse sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales, y en ningún caso convertirse en la regla general al uso, pues la nueva LEC pone especial énfasis en la implantación efectiva en el proceso civil de la garantía de inmediación; basta la simple lectura del artículo 137 LEC para valorar la importancia que se da a esta garantía; no en vano, su infracción determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones. *Ex abundantia*, la Ley Orgánica del Poder Judicial también permite que el tribunal pueda practicar diligencias de prueba, tanto fuera del territorio de su jurisdicción (artículo 275 LOPJ "cuando no se perjudique la competencia del juez correspondiente y venga justificado por razones de economía procesal"), como fuera de la localidad donde el tribunal tenga su sede, aunque dentro de su circunscripción (artículo 268.2 LOPJ).

2.2. Reconocimiento de objeto

En este caso, el reconocimiento de objeto se refiere a aquellos bienes muebles cuyo análisis o estudio sea necesario o conveniente para el esclarecimiento y apreciación de los hechos litigiosos. Estos objetos muebles serán aquellos que por su naturaleza y por la finalidad de su examen no constituyan fuente de prueba documental, salvo que, en sí mismo considerados, se traten de la cosa litigiosa (por ejemplo, sería objeto de reconocimiento un incunable, cuando el pleito versare sobre el mismo, pero quedarían excluidos los bienes muebles -documentos en sí mismo considerados- que de ordinario incorporen signos de lenguaje, o los que requieran la práctica de cotejo de documentos para su esclarecimiento). En todo caso, el objeto sobre el que recaiga el reconocimiento será un bien de carácter material, que permita su percepción mediante los sentidos, en atención al concepto de reconocimiento judicial propuesto más arriba. Con ello se quiere indicar que no se concibe la prueba de reconocimiento en la que el tribunal deba apreciar si el honor de una persona o el buen nombre de un comerciante se han visto afectados como consecuencia de las manifestaciones efectuadas por el demandado.

Nada impide, por lo demás, que en el reconocimiento de objeto el tribunal tenga que desplazarse fuera de la sede judicial para poder llevar a cabo la referida prueba. Son asimilables aquí los comentarios efectuados anteriormente en relación al reconocimiento de lugares. Así, pensemos en aquellos bienes muebles que por su tamaño no puedan trasladarse a la sede del tribunal (un centro de cálculo informático), o bien aquellos otros supuestos en los que se solicita que el reconocimiento verse sobre los efectos que el funcionamiento del bien mueble en cuestión produzca (las vibraciones que produce una máquina fresadora en el lugar donde está ubicada).

2.3. Reconocimiento de personas

El reconocimiento judicial de personas no aparecía regulado expresamente en la anterior redacción de la LEC, aunque la doctrina, sobre la base a la inexistencia de causa que justificase su exclusión y a tenor de las últimas reformas del Código Civil en materia de incapacitación, menores e investigación de paternidad y maternidad, había admitido sin discusión su admisibilidad. Con el nuevo articulado desaparecen las dudas de forma expresa, pues el reconocimiento de personas está previsto tanto en el artículo 353 LEC con carácter general -el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona- , como específicamente al dedicarle el artículo 355 LEC un tratamiento particular. Este precepto destaca que el reconocimiento judicial de una persona se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto. En ese interrogatorio, que podrá practicarse, si las circunstancias lo aconsejaren, a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, podrán intervenir las partes siempre que el tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia. En todo caso, en la práctica del reconocimiento judicial se garantizará el respecto a la dignidad e intimidad de la persona.

De esta novedosa regulación son destacables los siguientes aspectos:

- El reconocimiento judicial de una persona se practicará mediante un interrogatorio realizado por el tribunal.

  No se trata de la prueba de interrogatorio de las partes propiamente dicha, prevista en el artículo 299.1 LEC, por cuanto este medio de prueba tiene una regulación expresa, que difiere en cuanto a su naturaleza jurídica de la prevista para el reconocimiento de personas. Cuando la ley se refiere en la práctica del reconocimiento de personas al interrogatorio realizado por el tribunal alude a la forma en que tendrá lugar ese medio de prueba: mediante las preguntas, observaciones y apreciaciones, a través de cualquiera de las percepciones sensoriales del tribunal, a efectuar sobre la persona objeto de reconocimiento. Este interrogatorio supone tácitamente acotar el contenido sobre el que deba versar el reconocimiento judicial cuando éste afecte a la persona humana a aquello sobre lo que el tribunal pueda percibir directamente por sí mismo, sin el auxilio de otros intervinientes, es decir, excluye del objeto del reconocimiento el empleo de medios o conocimientos técnico-científicos, más propios de una prueba pericial, sin perjuicio, como más adelante analizaremos, de que junto al reconocimiento judicial se acuerde por el propio tribunal la practica de la prueba pericial. A título de ejemplo, el interrogatorio que el tribunal practique a la persona a reconocer no podrá consistir en la extracción de una muestra de sangre para averiguar el grupo sanguíneo, ni tampoco en que se practiquen determinadas radiografías, u obligar al reconocido a efectuar una prueba de esfuerzo para comprobar su capacidad pulmonar.

  Además, la ley indica que el interrogatorio se adapte a las necesidades de cada caso concreto. Con ello se quiere decir que no podrá articularse de una manera uniforme un interrogatorio al uso, como si se tratase de un trámite tasado, sino que, en razón de las características particulares de la persona a reconocer y de cual sea el *thema probandi*, el tribunal deberá adaptar su actuación e interrogatorio a cada caso en concreto. No puede ser igual el reconocimiento sobre un presunto incapaz, al amparo del artículo 759 LEC, que el que afecte a los hijos menores en un proceso de separación o divorcio del artículo 770.4 LEC.

- El reconocimiento judicial de personas podrá practicarse a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, pudiendo, además, intervenir las partes.

  El carácter público de las actuaciones orales, que tiene fiel expresión en los artículos 137 y 138 LEC, puede excepcionarse en la práctica del reconocimiento judicial de personas en la medida en que las circunstancias lo aconsejen. Con ello, se deja amplia libertad al tribunal para que, apreciando la concurrencia de esas circunstancias, acuerde la práctica del interrogatorio de la persona a puerta cerrada, sin la presencia de las partes. En todo caso, como señala el artículo 138.3 LEC, antes de acordar la celebración a puerta cerrada de cualquier actuación, el tribunal oirá a las partes que estuvieran presentes en el acto. La resolución adoptará la forma de auto y contra ella no se admitirá recurso alguno, sin perjuicio de formular protesta y suscitar la cuestión, si fuere admisible, en el recurso procedente contra la sentencia definitiva.

  También en este caso, serán las circunstancias particulares de la *litis* las que determinarán la adopción de ese acuerdo de celebrar el reconocimiento sin la presencia de las partes. Fuera de este caso, la intervención de las partes, y de sus abogados, en la práctica de este reconocimiento de personas, que se regula como el supuesto general, no debe limitarse a una mera presencia pasiva o testimonial, sino que podrán también participar activamente en el interrogatorio que efectúe el tribunal, efectuando preguntas o solicitando aclaraciones sobre extremos que se consideren de relevancia y que sean de interés a los fines de la prueba de que se trate, de cuyo contenido y resultado se dejará oportuna constancia en el acta que a tal efecto extienda el Secretario Judicial. El límite a la intervención de las partes en esta prueba estará en que el tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia; en todo caso, como hemos apuntado al referirnos al concepto, se trata de una prueba directa en la que el tribunal no tiene intermediarios con lo que vaya a ser objeto

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de prueba, y por ello, debe ser el propio tribunal quien dirija la práctica de la misma con carácter principal, sin que la intervención de las partes en el interrogatorio pueda diluir ese carácter de prueba directa que caracteriza al reconocimiento judicial.

También cabe la posibilidad de practicar el reconocimiento de personas fuera de la sede del tribunal, siempre que las circunstancias lo aconsejen. Piénsese en el caso de que el reconocido sea un presunto incapaz que tenga serias dificultades para desplazarse hasta la sede del tribunal, o bien que se acuerde reconocer a los hijos menores del matrimonio en el domicilio del cónyuge que tenga atribuida su guarda y custodia.

En todo caso, como señala el artículo 355.2 LEC, en la práctica del reconocimiento judicial se garantizará el respeto a la dignidad e intimidad de la persona, aspectos que vienen a concretar el derecho constitucional a la intimidad que recoge con carácter general el artículo 18.I de la Constitución.

Especial mención merece el supuesto, perfectamente posible en la práctica, en que la persona que vaya a ser reconocida se niegue a ello. En este caso, a diferencia de lo previsto en la LEC de 1881 en donde no se regulaba la práctica de la diligencia de reconocimiento judicial sobre la persona humana, entendemos que al amparo del artículo 354.1 LEC, el tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar en que se halle la persona que se deba reconocer. Si a pesar de esas medidas, no se consigue doblegar la voluntad contraria a la práctica de la prueba de quien deba ser reconocido, nada obsta para que el propio tribunal acuerde la intervención de la Fuerza Pública, aunque siempre bajo la actuación del principio de proporcionalidad, o bien acuerde la solicitud de incoación, ante el órgano jurisdiccional competente, de un proceso penal por desobediencia a la autoridad (artículo 556 Código Penal), aunque esta última decisión al respecto debiera tener un carácter extraordinario, sólo cuando otras medidas de carácter civil hubieran fracasado.

3. Proposición del reconocimiento judicial

La proposición de la prueba de reconocimiento judicial corresponde efectuarla a las partes, dentro del periodo previsto a tal efecto en el proce-

dimiento de que se trate. Como indica el artículo 353.2 LEC la parte que lo solicite habrá de expresar los extremos principales a que quiere que el reconocimiento se refiera e indicará si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia. La otra parte podrá, antes de la realización del reconocimiento judicial, proponer otros extremos que le interesen y asimismo deberá manifestar si asistirá con persona de las indicadas (persona técnica o práctica en la materia).

Esta proposición del reconocimiento, junto con los demás medios de prueba que se propongan, se hará expresándolos de forma separada (artículo 284.1 LEC).

Aunque compete a las partes proponer este medio de prueba, la actuación del tribunal adquiere especial protagonismo en la medida en que será el propio tribunal quien decida sobre la amplitud que deba tener el reconocimiento judicial propuesto. Cuando la ley alude en el artículo 353.2 a que "sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estime que ha de tener el reconocimiento", entendemos que está atribuyendo al tribunal una facultad de actuación respecto de la propuesta efectuada por las partes que, si bien no puede suplir la iniciativa de parte en cuanto a la proposición se refiere, sí que puede restringir o ampliar la propuesta efectuada. Nótese que la parte proponente queda obligada a expresar los "extremos principales" a que quiere que el reconocimiento se refiera, aunque después, en el momento de la práctica de la prueba, el tribunal podrá incidir en la misma, a través de esa facultad de ampliar mediante otros extremos distintos a los propuestos, o restringir la propuesta efectuada por la parte proponente que la ley le otorga. Cabe recordar al respecto, como más arriba hemos apuntado, que el artículo 282 LEC establece la regla general en virtud de la cual las pruebas se practicarán a instancia de parte, aunque permitiendo al tribunal acordar de oficio la práctica de determinadas pruebas cuando así lo establezca la ley. Esta facultad que prevé la ley no debe interpretarse como si el tribunal pudiera modificar el contenido de la prueba de reconocimiento extendiéndolo hacia el examen de otros objetos distintos al propuesto expresamente, pues ello supondría afectar la esencia de la prueba propuesta y la finalidad que persigue alcanzar la parte con dicha prueba. El tribunal sí podrá, ante el lugar, objeto o persona que deban ser reconocidos, apreciar todas sus características que reciba de su percepción sensorial, sin la limitación que supongan los extremos principales propuestos por las partes, y extraer de ellas las conclusiones pertinentes para el mejor esclarecimiento y apreciación de los hechos litigiosos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Esta interpretación de las facultades de que está investido el tribunal en la prueba de reconocimiento judicial está acorde con la configuración que la ley efectúa, en general, para el periodo probatorio, al posibilitar una mayor intervención del tribunal en los distintos medios de prueba, como sucede con el interrogatorio de las partes, testigos y peritos.

En el juicio ordinario la proposición del reconocimiento tendrá lugar dentro del trámite de la audiencia previa (artículo 414 LEC). Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba (artículo 429 LEC). Especial mención cabe efectuar respecto del segundo párrafo de este artículo 429.1, en la medida en que recoge la posibilidad de que el tribunal considere que la prueba propuesta por las partes sea insuficiente para el esclarecimiento de los hechos; a tal efecto, el tribunal podrá señalar o sugerir la prueba que considere conveniente practicar, posibilitando que, a tenor de esa sugerencia, las partes puedan completar o modificar su proposición de prueba. Esta novedosa regulación en materia de prueba puede tener relevancia en lo concerniente a la prueba de reconocimiento judicial, en la medida en que, al tratarse de una prueba directa, el tribunal pueda solicitar, en ese momento, la conveniencia de practicar el reconocimiento, en relación a cuál sea la materia litigiosa objeto de prueba.

En el juicio verbal la proposición de prueba se lleva a cabo en el acto de la vista (artículo 443.4 LEC), una vez fijados con claridad los hechos relevantes en que las partes fundamenten sus pretensiones, y no mediando conformidad sobre ellos. Resulta de aplicación también aquí el artículo 429.1, por la remisión expresa al mismo que efectúa el artículo 443.4 LEC.

Señala el artículo 353.3 LEC que el tribunal señalará con cinco días de antelación, por lo menos, el día y hora en que haya de practicarse el reconocimiento judicial. Esta previsión está pensada para aquellos supuestos en que el reconocimiento no pueda practicarse en unidad de acto, junto con las demás pruebas que tengan lugar en el momento del juicio. Como hemos señalado más arriba, a tenor de las características de lo que haya de ser reconocido (lugar, objeto o persona), en determinados casos la prueba no podrá practicarse en la sede de la oficina judicial, como sucederá cuando el tribunal se desplace al un lugar, o el objeto a reconocer deba apreciarse en el lugar en que se encuentre. En esos casos, el artículo 290 LEC prevé también un plazo de cinco días de antelación para señalar el día y la hora en que hayan de practicarse los actos de prueba que no sea posible llevar a cabo en el juicio o

vista. Si la prueba no se practicase en la sede del tribunal, se determinará y notificará el lugar de que se trate. Estas pruebas se practicarán en todo caso antes del juicio o vista.

Cuando en el juicio verbal se admita la práctica de un reconocimiento judicial que deba llevarse a cabo fuera de la oficina judicial, será necesario acordar la interrupción de la vista, como señala el artículo 193.1.2º LEC

El reconocimiento judicial también puede proponerse, al amparo de lo previsto en los artículos 293 LEC y siguientes, como prueba anticipada, cuando exista el temor fundado de que por causa de las personas o por el estado de las cosas la prueba no pueda realizarse en el momento procesal generalmente previsto; será necesario exponer las razones en que se apoye esta petición.

Por último, la parte proponente de este medio de prueba deberá indicar si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia. Esta persona a la que se refiere el artículo 353.2 LEC se trata del "práctico en el terreno" que regulaba el anterior artículo 634 de la LEC de 1881. En ese momento de la proposición no será necesario identificar, con nombres y apellidos, quién sea la persona técnica o práctica en la materia con que se pretenda acudir a la práctica del reconocimiento; bastará con indicar que al acto del reconocimiento se asistirá con esa persona, aunque sí será oportuno concretar cuál sea su conocimiento o saber que hagan oportuna su presencia, y cuál sea su relación con el objeto del reconocimiento a practicar. En todo caso, será necesario y útil para la contraparte conocer si ese técnico o práctico asistirá a la práctica de la prueba, para que pueda, a su vez, manifestar si ella también asistirá con persona de similares características. Ambas actuaciones tienen lugar, como señala el artículo 353.2 LEC, antes de la realización del reconocimiento. Posteriormente, si el tribunal considerase conveniente oír sus observaciones o declaraciones les recibirá previamente juramento o promesa de decir verdad, momento oportuno para su concreta identificación y reseña en el acta que de la práctica de esa prueba extienda el Secretario Judicial.

La funcionalidad del técnico o práctico en la materia estriba en ser una persona que, por su conocimiento específico sobre la naturaleza o características de lo que vaya a ser objeto de reconocimiento, pueda aportar una especial perspectiva al tribunal. A diferencia de los peritos, que aportarán un conocimiento técnico sobre la materia u objeto de la pericia, el técnico o práctico sería un experto cualificado en aquello que constituya el concreto

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

reconocimiento, ya sea por su proximidad con el mismo, o por su experiencia o conocimiento directo sobre el terreno. La doctrina se refirió a la necesidad de contar con la actuación del "práctico en el terreno" para, entre otros casos, y como ejemplos significativos, determinar los lindes de las heredades, identificar un pedazo de tierra enclavado entre otros, o fijar el sitio o la forma de una servidumbre rústica. En todos estos casos se piensa más en la persona conocedora del lugar, o de las circunstancias determinantes del hecho en concreto que deba reconocerse, que no en el técnico (perito) que, de forma abstracta, aporta su explicación sobre las causas de los hechos. Dado que, como analizaremos más adelante, el reconocimiento judicial puede practicarse conjuntamente con la prueba pericial, quedará para este supuesto la aportación de las actividades propias del perito en la materia.

4. Práctica del reconocimiento

Una de las principales novedades que introduce la nueva regulación de la prueba de reconocimiento judicial en la LEC es la que recoge el artículo 354. En este precepto se dice que el tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, citando, a modo de ejemplo, y sin que se trate de *numerus clausus*, la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer. Sin duda, esta previsión, inexistente en la anterior regulación, facilitará mucho la práctica de esta prueba, sobre todo ante supuestos de indudable transcendencia práctica, como la negativa a permitir la entrada al lugar que deba reconocerse, o la negativa de la parte a someterse, ella misma, al reconocimiento personal. Con la redacción de la norma indicada, el propio tribunal que conoce del proceso en el que se ha solicitado la prueba de reconocimiento judicial está facultado para acordar cualquier tipo de medidas tendentes a lograr la efectividad de esa prueba; ello no confiere al tribunal un poder de actuación ilimitado, pues deberá motivar, en todo caso, las resoluciones que adopte en orden a asegurar la efectividad de esa prueba, pero sí le permite resolver sobre cuestiones que, sin el soporte normativo expreso que ahora tiene, la anterior regulación planteaba como dudosas. Por ejemplo, ante la negativa de un tercero a permitir la entrada al lugar que deba ser reconocido, el tribunal podrá acordar la oportuna resolución (auto), que de forma motivada y justificada, obligue y compela al tercero a acatar la resolución dictada, en orden a la práctica de la diligencia de prueba acordada; ante la negativa de permitir el reconocimiento sobre un objeto o bien mueble determinado, el tribunal podrá requerir a la parte o a un tercero para que permitan la práctica de ese reconocimiento, tanto en la sede de la oficina judicial, como en el lugar donde el mismo se encuentre. En todos esos supuestos, el tribunal podrá valerse de la Fuerza Pública para asegurar el cumplimiento de la resolución adoptada. También aquí la intervención de la Fuerza Pública deberá atenerse al marco que confiere la justa proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los medios que se disponen para su consecución.

4.1. Intervención de las partes en el reconocimiento judicial

Señala el artículo 354.2 que la partes, sus procuradores y abogados, podrán concurrir al reconocimiento judicial y hacer al tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas. Esta intervención de las partes y sus representantes tiene un carácter facultativo; en todo caso, el tribunal, en el día y hora señalados para proceder a la práctica de la prueba, procederá a tal efecto, con independencia de que las partes o sus abogados estén o no presentes en el acto. Ello no obstante, será necesario que, con carácter previo a la realización de la prueba, el tribunal haya comunicado a las partes la celebración de la misma, bajo sanción de nulidad. El artículo 225 LEC indica que los actos procesales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda de normas esenciales de procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

La asistencia de las partes y sus representantes a la práctica de la prueba de reconocimiento judicial puede limitarse o impedirse. Así lo prevé el artículo 138.2 LEC cuando se refiere a que las actuaciones judiciales podrán celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos o libertades lo exijan, o en la medida en que el tribunal lo considere estrictamente necesario. De forma expresa rige esa limitación en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (artículo 754 LEC).

Si las partes, procuradores y abogados están presentes en la práctica de la prueba podrán intervenir, haciendo al tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas. Con ello se quiere decir que las partes o sus

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

representantes podrán indicar al tribunal aquellos aspectos de interés que le hubieran podido pasar desapercibidos, o bien incidir en que el tribunal aprecie determinados elementos que puedan ser relevantes para la completa valoración del objeto a reconocer. Las observaciones a que se refiere la ley no creemos que puedan interpretarse en el sentido de permitir que las partes o sus representantes puedan formular al tribunal preguntas, aclaraciones o explicaciones, acerca del modo en que percibe el objeto que está reconociendo. Se tratará, a nuestro entender, de efectuar meras manifestaciones para que el tribunal aprecie mejor aquello que reconozca, aunque sin poder incidir en el resultado que el reconocimiento comporte, y que sólo apreciará, en sus términos de valoración, el propio tribunal que percibe directamente el resultado de esa prueba. Las observaciones que efectúen las partes o sus representantes deberán constar también en el acta que se extienda por el Secretario Judicial.

4.2. Concurrencia del reconocimiento judicial y el pericial

Cuando el tribunal lo considere conveniente, podrá disponer mediante providencia, que se practiquen en un solo acto el reconocimiento judicial y el pericial, sobre el mismo lugar, objeto o persona; las partes también podrán solicitar la práctica conjunta de ambos reconocimientos, acordándolo el tribunal si la estima procedente, como indica el artículo 356.1 y 2 LEC. Se trata de un supuesto que ya estaba previsto en la anterior regulación de la Ley Procesal (artículo 635 LEC de 1881).

De la letra del artículo 356 LEC se desprende que la decisión sobre la práctica conjunta de la prueba de reconocimiento judicial y de la prueba pericial depende exclusivamente del criterio del tribunal, sin que la solicitud que al respecto puedan efectuar las partes sea vinculante. La conveniencia de la práctica conjunta de esos medios de prueba dependerá de las propias características del lugar, objeto o persona sobre el que deba recaer la prueba, si bien es cierto que con frecuencia será aconsejable esa actuación conjunta, dado la finalidad que persiguen ambos medios de prueba. A modo de ejemplo, cuando el tribunal acuerde la práctica del reconocimiento sobre el presunto incapaz, al amparo del artículo 759 LEC, será muy aconsejable que un perito médico lleve a cabo el oportuno dictamen a tal efecto, dado que no siempre a simple vista, o mediante el interrogatorio que previene la ley para el reconocimiento de personas, el tribunal podrá apreciar la entidad de la enfermedad que pueda determinar la incapacitación del sujeto en cuestión.

Aunque nada dice la ley al respecto, pues sólo se refiere a la práctica conjunta y en unidad de acto de ambos medios de prueba, en el caso de la prueba pericial, que exige para la emisión del dictamen un previo estudio, análisis y comprobación de los hechos o circunstancias relevantes del litigio sometidos a pericia, entendemos que nada debiera impedir al perito llevar a cabo su labor técnica con antelación, para emitir el dictamen al tiempo de la práctica del reconocimiento. Sólo de esta manera podrá complementarse el conocimiento científico, artístico o práctico que aporta el perito al proceso, con el resultado que ofrezca el reconocimiento directo que el tribunal lleve a cabo con relación a aquello que haya de ser reconocido. De otra forma, en no pocas ocasiones será difícil, cuando no imposible, que el perito realice su labor y emita su dictamen al mismo tiempo que el tribunal practique el reconocimiento.

Para que el tribunal acuerde la práctica conjunta de ambas pruebas entendemos que el único requisito válido ha de ser que los dos medios probatorios hayan sido propuestos por las partes, conjunta o separadamente. Así, aunque una parte haya solicitado la prueba pericial, y la otra el reconocimiento, o bien una única parte haya propuesto ambas pruebas, el tribunal podrá acordar la práctica conjunta sin otros requisitos que la "conveniencia" a que se refiere la ley, interpretada en sentido favorable a la viabilidad del resultado a obtener respecto del hecho litigioso.

En cuanto al momento procesalmente idóneo para la proposición de la práctica conjunta de ambos medios de prueba, nos remitimos a lo dicho en relación a las especialidades que ofrecen el juicio ordinario y el juicio verbal (artículos 429 y 443 LEC).

4.3. Concurrencia del reconocimiento judicial y la prueba por testigos

Aunque el enunciado del artículo 357 LEC se refiera a la posibilidad de practicar de forma conjunta las pruebas de reconocimiento judicial y la prueba por testigos, con ser ello cierto, no se corresponde íntegramente con el contenido posterior del articulo, pues éste, de manera solapada, permite que también se practique el reconocimiento junto con la prueba de interrogatorio de las partes. Lo cierto es que no tiene justificación alguna, salvo que se trate de un simple error, la omisión que efectúa el enunciado indicado, sobre todo, dada la entidad que, por otro lado, otorga la ley a la prueba de interrogatorio de las partes.

Señala el referido artículo que, sólo a instancia de parte, y por ende, a diferencia de lo que sucede con la práctica conjunta con la prueba pericial, el

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tribunal podrá determinar mediante providencia que los testigos sean examinados acto continuo del reconocimiento judicial, cuando la vista del lugar o de las cosas o personas pueda contribuir a la claridad de su testimonio. También, a petición de parte, se podrá practicar el interrogatorio de la contraria cuando se den las mismas circunstancias señaladas para la práctica conjunta con la prueba por testigos.

La letra de este precepto parece que se decante por el sentido de la vista como preponderante a la hora de apreciar el objeto a reconocer, ya que se dice "cuando la vista del lugar o de las cosas o personas...", aunque lo cierto es que en el reconocimiento no debe primar un sentido sobre otro, en la medida en que todos son válidos para conseguir lo que dicho medio de prueba pretende.

A diferencia de la posibilidad de práctica conjunta del reconocimiento judicial con la prueba pericial, cuando se trate de testigos o interrogatorio de la parte contraria, ésta práctica conjunta no se prevé que se lleve a cabo en un solo acto y de forma simultánea, sino acto continuo del reconocimiento judicial. Con ello, la ley prevé que primero el tribunal reconozca aquello que sobre lo que deba versar esta prueba, y una vez practicado el reconocimiento, tenga lugar el interrogatorio de los testigos y/o de la parte. Esta práctica sucesiva tiene cierta lógica en lo que se refiere a la prueba de interrogatorio de las partes, pues no hay que olvidar que el artículo 354.2 LEC permite que las partes puedan formular al tribunal cuantas observaciones estimen oportunas; de ahí que no sea adecuado que antes de poder formular esas observaciones la parte tuviera que responder a las preguntas que le formulase la contraria, o incluso el propio tribunal al amparo de la facultad de que dispone el artículo 306 LEC (con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar a la parte llamada a declarar).

En todo caso, en relación a la práctica conjunta con el interrogatorio de testigos, será necesario prever las peculiaridades propias de éste interrogatorio, sobre todo en lo relativo a la procedencia de las preguntas, la impugnación de las mismas, y la posibilidad de formular repreguntas. Ello requerirá la citación de las partes para que, debidamente informadas, puedan usar de su derecho respecto a las expectativas que el interrogatorio de testigos ofrece.

5. El acta del reconocimiento judicial

La exigencia de documentación del resultado que arroje la prueba de reconocimiento judicial se cumple con las previsiones que aparecen en los

artículos 358 y 359 LEC. En estos preceptos se regula el contenido, forma y características del documento, así como el empleo de medios técnicos de constancia, que recoja lo sucedido en ese medio de prueba; no en vano, el artículo 146 LEC indica que las actuaciones procesales que no consistan en escritos y documentos se documentarán por medio de actas, diligencias y notas. Cuando la ley disponga que se levante acta, se recogerá en ella, con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado. Sin embargo cuando se trata de las actuaciones que hayan de registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción, el acta se limitará a consignar, junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

5.1. Contenido del acta

Del reconocimiento judicial practicado se levantará por el Secretario Judicial acta detallada, consignándose en ella con claridad las percepciones y apreciaciones del tribunal, así como las observaciones hechas por las partes, por sus representantes y por la persona técnica o práctica en la materia que hubiera asistido al acto. También se recogerá en el acta el resultado de las demás actuaciones de prueba que se hubieran practicado en el mismo acto del reconocimiento judicial (pruebas pericial, testifical o interrogatorio de las partes).

Esta acta detallada deberá contener todas aquellas indicaciones que permitan identificar lo sucedido en la práctica del reconocimiento judicial: descripción del lugar en el que se lleva a cabo la prueba (como se ha indicado, ésta puede practicarse fuera de la oficina judicial), día y hora en que se celebra, identificación completa de todos y cada uno los intervinientes (partes, terceros, peritos y personal jurisdiccional incluido), descripción del objeto reconocido (lugar, bien mueble o persona), así como una breve reseña de la medida o medidas adoptadas expresamente para lograr la efectividad del reconocimiento.

Si el reconocimiento se practicase mediante medios técnicos, el Secretario Judicial consignará en el acta, junto con los datos relativos al tiempo y lugar, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieren constar en aquel soporte.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Especial mención cabe efectuar a la previsión recogida en el artículo 358 LEC cuando indica que en el acta deberá consignarse las percepciones y apreciaciones del tribunal. Se trata de hacer constar, de la manera más objetiva y detallada posible, cuál haya sido el resultado ofrecido mediante la apreciación sensorial obtenida por el tribunal, sin que ello signifique formular en ese momento la valoración que el tribunal efectúe de la prueba practicada, dado que esa valoración sólo puede tener lugar, en un momento posterior, al tiempo de dictar sentencia, junto con los demás medios de prueba practicados. La consignación de esas percepciones y apreciaciones será de especial relevancia, no sólo para que, posteriormente, el tribunal extraiga de las mismas esa oportuna valoración, sino, en la medida en que, en caso de recurso, otro tribunal distinto del que practicó el reconocimiento deba servirse de esa acta para apreciar la correcta valoración de la prueba efectuada por el juez *a quo*.

5.2. *Empleo de medios técnicos de constancia del reconocimiento judicial*

Se utilizarán medios de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos semejantes para dejar constancia de lo que sea objeto de reconocimiento judicial y de las manifestaciones de quienes intervengan en él, pero no se omitirá la confección del acta y se consignará en ella cuanto sea necesario para la identificación de las grabaciones, reproducciones o exámenes llevados a cabo, que habrán de conservarse por el tribunal de modo que no sufran alteraciones. Cuando sea posible la copia, con garantías de autenticidad, de lo grabado o reproducido por los antedichos medios o instrumentos, la parte a quien interese, a su costa, podrá pedirla y obtenerla del tribunal (artículo 359 LEC).

La incorporación de los nuevos avances técnicos en el campo de la reproducción de imágenes y sonido tiene fiel reflejo en la nueva Ley Procesal. No podía ser de otra manera, en la medida en que, cada vez más, la sociedad demanda la presencia de la innovación y la mejora que esos avances técnicos representan en las diferentes facetas de la vida. Por ello, si se trata de dejar constancia, de la forma más rigurosa, objetiva y exacta posible, de la existencia de unos concretos hechos, el medio más adecuado para ello ya no lo será el acta manuscrita que antaño extendía el Secretario Judicial, dadas las limitaciones de todo tipo que esa transcripción comporta. Cuando la ley se refiere, en el artículo antes mencionado, a medios técnicos, de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos semejantes, está pensando

en la posibilidad de emplear aparatos grabadores y reproductores de video y sonido, así como archivos informáticos, cintas, discos u otros dispositivos (como por ejemplo CD o DVD) según el estado de la técnica actual al uso, sin perjuicio de que, como es de prever, el futuro de los avances tecnológicos nos depare nuevos adelantos, quizás ahora difíciles de imaginar, pero no por ello menos útiles[6]. En todo caso, en la medida en que se empleen en el proceso esos medios técnicos, ello no comportará, en lo concerniente a la prueba de reconocimiento judicial, la desaparición del acta que deba extender el Secretario Judicial a tal efecto, pues la ley dice expresamente que "pero no se omitirá la confección del acta y se consignará en ella cuanto sea necesario para la identificación..."; con ello, el acta no desaparece, sino que a su contenido, indicado en el punto anterior, deberá añadir las notas necesarias para la perfecta identificación de las grabaciones o reproducciones llevadas a cabo, dado que deberán conservarse por el tribunal sin que se pierdan o dañen.

Sobre este particular es preciso destacar que el Secretario Judicial es el encargado de la custodia y conservación de los autos (artículo 148 LEC); además, cuando la documentación de las actuaciones se lleve a cabo mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido, esa grabación se efectuará bajo la fe del Secretario, a quien corresponderá la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado (artículo 147 LEC). Estas novedades que introduce la ley, en cuanto a la custodia de los soportes de cintas o discos donde queden reproducidos las actuaciones orales practicadas en el proceso, obligará a adecuar y ordenar la oficina judicial de una forma distinta a la que hasta ahora estamos acostumbrados. Una vez más, los medios técnicos y humanos quedan a expensas de las medidas que a tal efecto puedan adoptarse para su completa efectividad.

6. La previsión que efectúa el Legislador en cuanto al empleo de esos medios técnicos puede quedarse en nada si, a su vez, no se dota a la Administración de Justicia de los oportunos medios económicos que hagan realidad la previsión. La Disposición Adicional 3ª de la LEC indica que "en el plazo de un año a partir de la aprobación de esta Ley, el Gobierno de la Nación y los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas que tengan transferidas las correspondientes competecias, adoptarán las medidas necesarias para que los Juzgados y Tribunales dispongan de los medios materiales y de los recursos humanos precisos para la constancia de las actuaciones orales conforme a lo dispuesto en el artículo 147 de la presente Ley". Sin embargo, el plazo del año al que se refiere esta Disposición Adicional está a punto de cumplirse, sin que hasta la fecha se haya adoptado medida alguna, ni para los medios materiales, ni para los humanos. Es de prever, pues, la imposibilidad de llevar a cabo en el proceso civil, al menos de momento, el empleo de los medios técnicos que la modernidad nos frece.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

GUÍA PARA EL USO DE LAS ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

JORGE NIEVA FENOLL
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Procesal. Universidad de Barcelona

El presente trabajo pretende solamente prestar una ayuda a los prácticos del derecho. Es decir, tiene la única intención de ofrecerles una herramienta para que puedan utilizar, no los procedimientos especiales que el Legislador cita como tales expresamente en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, procesos sobre división judicial de patrimonios, proceso monitorio y proceso cambiario).

Me refiero más bien a aquellos procedimientos, que fueron especiales durante la vigencia de la anterior ley, o constituyeron especialidades procedimentales de la misma, o son nuevas especialidades procedimentales. Dichos procedimientos, aunque el legislador se haya empeñado en negarlo durante toda la tramitación legislativa, e incluso en la propia Exposición de Motivos (parágrafo XIX), siguen existiendo en su mayor parte[1], e incluso

1. Como ya lo han destacado, entre otros, SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcelona 2000, p. 33, o GIMENO SENDRA, VICENTE, *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, Madrid 2000, p. 26, o ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAUME, *Principa-*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

han aparecido nuevas especialidades. Lo que ocurre es que si antes disponíamos, en general, de regulaciones separadas de cada procedimiento en concreto, ahora el usuario deberá buscar dichas especialidades en la ley, perdidas entre todos sus preceptos, aunque eso sí, colocadas en el lugar teórico que sistemáticamente les corresponde[2].

Lo anterior supone un importante esfuerzo por parte del Legislador. Pero el esfuerzo es totalmente inútil para el práctico. Desde luego, al teórico, probablemente le venga muy bien tener todas las especialidades colocadas en su sitio, sobre todo cuando deba escribir un artículo doctrinal sobre una institución procesal. Sin embargo, al práctico le va a dificultar enormemente su trabajo, puesto que lo primero que va a hacer es tratar de confeccionarse un listado de los preceptos que atañen al ejercicio de la concreta acción que intenta hacer valer en el proceso.

No es mi intención polemizar, razón por la cual no voy a valorar en profundidad esa decisión del Legislador, que por lo dicho me parece profundamente incorrecta, puesto que los primeros usuarios de la ley son precisamente los prácticos. Es beneficioso eliminar la dispersión de las especialidades procedimentales en múltiples leyes, pero no a cambio de reduplicar dicha dispersión, aunque sea una sola ley la que provoque la diseminación. Pero es que además, es falso que se hayan agrupado todas las especialidades en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que lo cierto es que una parte de ellas, nada despreciable[3], sigue hallándose en las leyes especiales, como veremos seguidamente, sin una clara justificación a este modo de hacer.

les ideas-clave para el estudio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Actualidad Jurídica Aranzadi, 2-III-2000, nº 428, p. 2, García Gómez de Mercado, Francisco, *Los procesos especiales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 28-XII-2000, nº 467, p. 2, y se destacó con mucha reiteración desde múltiples sectores durante todo el *iter* legislativo. Ramos Méndez, Francisco, *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona 2000, p. 182, utiliza palabras muy reveladoras: "*La ley se ha limitado a absorber y a encajar materias, como guardando la basura debajo de la cama para que no se vea*".

2. Aún reconociendo que este modo de hacer regarga la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Díez-Picazo Giménez, Ignacio, *Derecho Procesal Civil*, Madrid 2000, pp. 10 y 581, lo justifica aduciendo que en muchos casos se trata de "*especialidades aisladas*", y que por tanto "*no habría tenido justificación agrupar su regulación*". Veremos a continuación hasta qué punto este pensamiento se ajusta o no a la realidad.

3. En contra, Díez-Picazo Giménez, *Derecho*, cit. p. 580, quien opina que "*en contadísimos casos el legislador ha optado por mantener ciertas disposiciones especiales fuera de la LEC*". El lector podrá comprobar en las líneas del presente trabajo si esta afirmación es acertada.

Dicho esto, entiendo que prolongar la crítica sirve, ya en estos momentos, para poco. Por ello, sin más preámbulos, voy a realizar un listado de los preceptos que deberá utilizar el usuario de cada procedimiento especial de declaración[4] en concreto, transcribiendo dichos preceptos, sin apenas comentario, pues no es la finalidad de este trabajo comentar cada procedimiento especial, sino sencillamente que el que ejercite las concretas acciones, y ya conociera el procedimiento antiguo, sepa rápidamente qué ha cambiado, y sobre todo, no se salte ningún precepto. El trabajo, como se ve, pretende ser eminentemente práctico.

Para facilitar la utilización de esta guía, se sistematizarán los procedimientos, según deban seguir los trámites del procedimiento ordinario, o bien del procedimiento verbal, o bien del que corresponda de ambos en razón de la cuantía. Para mayor claridad, se acompañarán también los incisos de la Disposición Derogatoria Única y de las Disposiciones finales que puedan afectarles.

Por último, aunque pueda ir en detrimento de las líneas que siguen, deseo manifestar que espero haber hecho bien mi trabajo y no haberme saltado ningún precepto. Y si no es así, agradeceré en un futuro la crítica y la corrección, lógicamente, venga de donde venga. El estudio de búsqueda en la ley ha sido muy profundo y farragoso, pero si se me ha pasado algún precepto, además de asumir la crítica, debería servir de reflexión, desde luego a este autor; pero quizás también al "legislador en la sombra", para que compruebe lo fácil que resulta pasar por alto preceptos perdidos en la ley, incluso cuando alguien se dedica exclusivamente a reordenar su sistemática.

Especialidades del procedimiento ordinario

1. *Procedimiento en materia de condiciones generales de la contratación*

Se trata, fundamentalmente, de las especialidades procedimentales que preveía la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

4. Dejo al margen los procedimientos especiales de ejecución para un trabajo posterior, habida cuenta que su tratamiento y sistematización requiere un estudio mucho más detenido, teniendo en cuenta el enorme confusionismo en que ha incurrido el Legislador en esta materia. No obstante, debo señalar provisionalmente que, a mi juicio, subsisten, al menos, buena parte de las especialidades del antiguo "juicio ejecutivo", del llamado juicio ejecutivo bancario, del conocido como juicio ejecutivo del auto de máximo en accidentes de circulación, y las diversas especialidades de la ejecución hipotecaria y la prenda sin desplazamiento.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En estos momentos se seguirán estos procesos a través de los trámites del procedimiento ordinario (art. 249), existiendo especialidades en materia de competencia territorial, que es improrrogable (art. 52).

No obstante, resulta imprescindible seguir acudiendo a diversos preceptos de la Ley 7/1998 en cuestiones que, aunque sean de derecho material, tienen una trascendencia procesal indudable. El hecho de que dichas especialidades no estén agrupadas en la misma ley[5], va a crear notables confusiones. En este sentido, es preciso acudir al art. 12 para saber los tipos de acciones existentes y al 19 para conocer los plazos de prescripción; al art. 13 para la conciliación previa, a los arts. 16 y 17 para averiguar la legitimación, al art. 9.2 para el contenido de la sentencia, y a los arts. 21 y 22 para la regulación de las condiciones de publicidad de la sentencia.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:
   5º. Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.

Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales

1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes: (...)
   14º. En los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante. Y, sobre esa misma materia, cuando se ejerciten las acciones declarativa, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión.

También se ha realizado una reforma de los preceptos de la ley 7/1998 para adaptarla a los preceptos de la nueva ley, introduciendo algunas especialidades más, lo que confirma, al menos en este caso, el baldío esfuerzo del legislador en tratar de eliminar todas esas especialidades.

5. A diferencia del criterio seguido por ejemplo, en el proceso de consumidores y usuarios, que veremos después.

Disposición Final Sexta. Reforma de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación

1. El apartado segundo del artículo 12 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedará redactado en los siguientes términos:
   «2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.
   A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.»
2. El apartado tercero del artículo 12 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedará redactado en los siguientes términos:
   «3. La acción de retractación tendrá por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.»
3. El apartado cuarto del artículo 12 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedará redactado en los siguientes términos:
   «4. La acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del artículo 11 de la presente Ley.»
4. Se añade un nuevo párrafo al final del artículo 16 de la Ley 7/1998,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en los siguientes términos:

«Estas entidades podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.»

5. Se añade una Disposición Adicional Cuarta a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en los siguientes términos:

«Disposición Adicional Cuarta. Las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios, deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Asimismo, las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a las asociaciones de consumidores y usuarios, deberán considerarse aplicables igualmente, en los litigios en que se ejerciten acciones colectivas contempladas en la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a las demás personas y entes legitimados activamente para su ejercicio.»

Esta reforma de la Disposición Adicional 4ª de la Ley 7/1998 va a causar enormes dudas, por el evidente confusionismo con que está redactada. En una primera lectura, literal, parece como si se produjera una especie de fusión procedimental con el proceso en defensa de consumidores y usuarios. Pero ello carecería por completo de sentido en algunos casos, por no ser equiparables, en ocasiones, las situaciones que se producen en uno y otro proceso.

Según DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ[6], habría que poner en relación esta D.A. 4ª, con lo dispuesto en el art. 12.2 de la Ley 7/1998, reformado también por la D.A. 6ª de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. De ese modo, entiende que la remisión a las especialidades del proceso en defensa de consumidores y usuarios, sólo es aplicable cuando no se pretenda conseguir solamente la ilicitud de una condición general, sino en el caso de que, además, a esa pretensión se acumulen las acciones de devolución de cantidades cobradas indebidamente como consecuencia del cumplimiento de la condición general y de indemnización de daños y perjuicios causados por dicho cumplimiento.

6. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho*, cit. p. 604.

Con independencia de que dicho autor no dé más razones de esta interpretación, al margen de un pretendido e inmotivado "*recto entendimiento*", lo cierto es que dicha opinión carece de toda base legal, puesto que dicho de forma mucho más sencilla, la ley no dice nada de eso, y lo afirmado por el Prof. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, por lógico que pueda parecer, es una interpretación *contra legem*, ya que la ley no dispone esa restricción.

A mi juicio, y sin poder entrar *in extenso* en el problema, existe una manera de salvar este evidente lapsus del legislador, y que preserva la coherencia del ordenamiento jurídico, utilizando los argumentos lógico, teleológico y sistemático: Todos los preceptos del proceso en defensa de consumidores y usuarios parten de la base, expresa o tácita, de la existencia de un hecho dañoso, que ha podido afectar a una pluralidad de personas. En el proceso en materia de condiciones generales de la contratación, esto no siempre es así, puesto que, hipotéticamente, es posible, por ejemplo, anular una condición general antes de que nadie la haya contratado, precisamente para evitar el daño.

En estos casos, es absurdo realmente aplicar los preceptos del proceso en defensa de consumidores que veremos más adelante. Teniendo en cuenta que dichos preceptos exigen indudablemente la presencia de dicho "hecho dañoso", al no aparecer siempre dicho "hecho" en estos casos, no sería lógico aplicar dichos preceptos, que están concebidos precisamente para indemnizar los efectos perjudiciales de ese hecho, pero sólo cuando existan dichos efectos perjudiciales (derivados de la aplicación de la condición general nula).

Por ello, entiendo que la remisión a los preceptos del proceso en defensa de consumidores de la D.A. 4ª de la Ley 7/1998, ha de ser restringida en la forma indicada.

Disposición Derogatoria Única

2. Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: (...)

   15º. El apartado tercero del artículo 9 y los artículos 14, 15, 18 y 20 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2. *Proceso para la tutela de derechos fundamentales*

En comparación con el régimen anterior, existe solamente una especialidad en materia de competencia territorial, donde se establece un fuero improrrogable.

Sorprende, sin embargo, que un procedimiento que, según el art. 53.2 de la Constitución, debe estar basado en los principios de preferencia y SUMARIEDAD, se tramite a través del procedimiento menos sumario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento ordinario.

Debe decirse también que este procedimiento será el utilizado para la tutela de todos los derechos fundamentales, pero teniendo muy en cuenta que para la reclamación de la tutela del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, seguirán en vigor, en su totalidad, las especialidades de la LO 1/1982 de 5 de mayo[7]. Ello tiene el inconveniente de que el art. 9.1 de dicha ley autoriza a ejercitar la acción a través de "*las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el art. 53.2 de la Constitución*", es decir, el basado en los principios de preferencia y sumariedad. Teniendo en cuenta que el procedimiento de la Ley 1/2000 para estos menesteres, como hemos visto, obviamente sumario no es, queda la duda de si la derogación de la Ley 62/1978, que sí que preveía ese procedimiento "sumario" -en el sentido impropio que a esta palabra dio la Norma Fundamental[8]- es inconstitucional, pues, desde luego, en la vigencia de la Ley 1/2000, ha dejado de existir un procedimiento "sumario" para la defensa de derechos fundamentales.

Sea como fuere, los preceptos que resultan de aplicación son los siguientes:

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:
   2º. Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente.

7. En sentido coincidente GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *Derecho Jurisdiccional II*, Valencia 2000, p. 703.8Vid. al respecto GIMENO SENDRA, *Derecho*, cit. p. 243.

8. Vid. al respecto GIMENO SENDRA, *Derecho*, cit. p. 243.

Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales.

1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes:
   6º. En materia de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, en general, en materia de protección civil de derechos fundamentales, será competente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate.

Disposición Derogatoria Única.

2. Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: (...)
   3º. Los artículos 11, 12, 13, 14 y 15 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

3. *Proceso para la tutela de derechos honoríficos*

Es difícil emitir un juicio sobre si nos hallamos o no ante un procedimiento especial. Si especialidad procedimental es la que hace diferir un procedimiento de la norma general, a causa de la materia que se debata, desde luego, puede ser dudoso que solamente dos especialidades procedimentales provoquen que el procedimiento sea especial[9] . Pero lo que no cabe dudar es que dichas dos especialidades existen, aunque una de ellas sea absurda, como veremos seguidamente. Lo más frecuente es que el procedimiento se determine por razón de la cuantía del objeto del juicio (art. 249.2 L.E.C.). Cuando la ley señala una materia e impone un procedimiento para su discusión, no se respeta ese criterio general de la cuantía, sino que se impone un procedimiento por razón de la materia.

La segunda especialidad se referiría a la imposibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias de esos procesos. Sin embargo, aunque la ley, por evidente mimetismo de la anterior, haya arrastrado esta referencia, era del todo innecesaria en la nueva ley, puesto que la Ley 1/2000 sólo impo-

9. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *Derecho Jurisdiccional II*, cit., p. 703.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ne la ejecución provisional de las sentencias **de condena**, y la sentencia que declara un derecho honorífico, desde luego no lo es.

Por ello, la referencia del art. 525.1.1ª es del todo redundante, por lo que no puede constituir una especialidad, aunque la vocación de la ley, aunque por error, era que la constituyera.

Quedando por tanto limitadas las especialidades al procedimiento, no considero, por coherencia con lo dicho anteriormente, que estemos ante un procedimiento especial, sino ante un procedimiento ordinario con una sola especialidad procedimental, el procedimiento a seguir.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:
   1º. Las demandas relativas a derechos honoríficos de la persona.

Artículo 525. Sentencias no provisionalmente ejecutables

1. No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional:
   1ª. 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 y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso.

4. Procedimientos en materia de Propiedad Horizontal.

Salvo cuando el objeto del juicio sea únicamente la reclamación de cuotas comunitarias, que trataré después, todos los procesos -de jurisdicción contenciosa- derivados de la Ley de Propiedad Horizontal seguirán los trámites del procedimiento ordinario. Las especialidades atañen a la competencia territorial, de nuevo improrrogable (art. 52.1.8ª). Sin embargo, subsisten múltiples especialidades procedimentales en la Ley de Propiedad Horizontal, puesto que la Ley 1/2000 no ha derogado ni uno solo de sus preceptos, sino que solamente ha reformado el art. 7.2 L.P.H. En estas condiciones, no creo que hayan de considerarse derogadas todas las especialidades procesales de la Ley de Propiedad Horizontal[10] por derogación tácita, puesto que no se oponen a

10. Al contrario de lo considera DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho*, cit. p. 586, favorable a esta derogación.

sus preceptos, sino que matizan algunas materias, igual que vimos que sucedía en el procedimiento de condiciones generales de la contratación.

Por ello, subsisten las especialidades del art. 18 L.P.H. en materia de legitimación para la impugnación de acuerdos, así como los plazos de caducidad para proceder a dicha impugnación derivados del mismo precepto legal. Tampoco parece razonable entender que está derogado el art. 18.4 L.P.H. referente a la ejecutoriedad de los acuerdos comunitarios aunque sean impugnados judicialmente, si bien sí debe acudirse al régimen general de las medidas cautelares (arts. 721 y ss) para obtener la suspensión.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario.

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:
   8º. Cuando se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda.

Disposición Final Primera.
Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal

1. El párrafo tercero del apartado 2 del artículo 7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, queda redactado en los siguientes términos:
   «Si el infractor persistiere en su conducta el Presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo, se sustanciará a través del juicio ordinario»

Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales

1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes:
   8º. En los juicios en materia de propiedad horizontal, será competente el tribunal del lugar en que radique la finca.

Por último, en sede de ejecución, se confecciona un precepto que, según sea interpretado, puede dificultar el cumplimiento de las sentencias dictadas contra la comunidad de propietarios (art. 544 L.E.C.), sin dar una solución alternativa a los múltiples problemas de la práctica en este particu-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

lar. En una primera lectura, podría considerarse derogado el art. 22 L.P.H., que permite dirigir la ejecución contra los comuneros, puesto que parece ser claramente contrario al tenor del citado art. 544.

Sin embargo, teniendo en cuenta que dicho artículo 22 había sido redactado por la Ley 8/1999 de 6 de abril, es decir, ni siquiera un año antes de la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sería demasiado notable la rapidez del Legislador en cambiar y derogar sus propias normas.

Por consiguiente, desde un punto de vista de seguridad jurídica, debe tenerse en cuenta que el nuevo precepto, interpretado como derogatorio del art. 22 L.P.H., lo único que otorga es inseguridad a los acreedores de las comunidades de propietarios. Además, parecería bastante patente la irreflexión y falta de conocimiento de la realidad práctica en este asunto del legislador de la ley 1/2000, si es que realmente pretendía derogar dicho precepto. Por todo ello entiendo que debe buscarse un camino para salvar una presunta derogación tácita. Y la única forma de evitar dicha derogación del art. 22 L.P.H., es considerar que el art. 544 sólo impide dirigir la ejecución contra los comuneros de manera principal, pero no subsidiaria, reafirmando por tanto dicho carácter subsidiario de la reclamación a los comuneros, una vez intentada la ejecución de todos los créditos y fondos a favor de la comunidad, como dispone el art. 22 L.P.H.

Por tanto, a nuestro juicio debe considerarse que continúa en vigor el art. 22 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Artículo 544. Entidades sin personalidad jurídica

En caso de títulos ejecutivos frente a entidades sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados, podrá despacharse ejecución frente a los socios, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico en nombre de la entidad, siempre que se acredite cumplidamente, a juicio del tribunal, la condición de socio, miembro o gestor y la actuación ante terceros en nombre de la entidad.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las Comunidades de Propietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal.

5. *Arrendamientos (salvo retracto y desahucio por falta de pago, por precario y por expiración del plazo pactado)*

Se suprimen las pocas especialidades procedimentales que subsistían en materia de arrendamientos urbanos, y se eliminan todas las de la Ley de

Arrendamientos Rústicos. En estas condiciones, salvo en los casos de desahucio por falta de pago, por expiración del plazo pactado, por precario, y en el supuesto de retracto arrendaticio, que trataré después, el proceso de arrendamientos será como cualquier otro, con las únicas especialidades de que siempre habrán de tramitarse estos procesos a través de procedimiento ordinario (art. 249.1.6º), y de que cuando en uno de estos procesos se disponga el lanzamiento, existirá la obligación de consignar las rentas a que esté obligado contractualmente el arrendatario, en caso de que interponga los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación, declarándose desiertos dichos recursos si se produce el impago de dichas rentas.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:
   6º. Las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia.

Artículo 449. Derecho a recurrir en casos especiales

1. En los procesos que lleven aparejado el lanzamiento, no se admitirán al demandado los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al prepararlos, no manifiesta, acreditándolo por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas.
2. Los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, a que se refiere el apartado anterior, se declararán desiertos, cualquiera que sea el estado en que se hallen, si durante la sustanciación de los mismos el demandado recurrente dejare de pagar los plazos que venzan o los que deba adelantar. El arrendatario podrá adelantar o consignar el pago de varios periodos no vencidos, los cuales se sujetarán a liquidación una vez firme la sentencia. En todo caso, el abono de dichos importes no se considerará novación del contrato.

Disposición Derogatoria Única

2. Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: (...)

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

6º. Los artículos 38 a 40, incluido, de la Ley 29/94, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.
7º. Los artículos 123 a 137 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos.

6. *Proceso de retracto*

Subsisten las especialidades derivadas del derecho material de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aunque se ha avanzado notablemente en la claridad procedimental, caótica, en este caso, con la antigua ley. A partir de ahora, todos los procesos de retracto, de cualquier clase, se decidirán por los trámites del procedimiento ordinario.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:
   7º. Las que ejerciten una acción de retracto de cualquier tipo.

Artículo 266. Documentos exigidos en casos especiales

Se habrán de acompañar a la demanda:
3º. Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por el ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere.

Artículo 269. Consecuencias de la falta de presentación inicial. Casos especiales

2. No se admitirán las demandas a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el artículo 266.

7. *Procesos para la impugnación de acuerdos sociales*

Con un acierto de fondo bastante discutible, la nueva ley desea hacer desaparecer todas las especialidades procedimentales derivadas fundamentalmente de la Ley de Sociedades Anónimas (RDL 1564/1989 de 22 de

diciembre). No obstante, en dicha ley subsisten las especialidades en materia de legitimación y plazo para ejercitar las acciones (arts. 115 a 117), como viene siendo habitual, solapándose en este sentido, la intervención litisconsorcial de los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo del art. 117.4, con la que permite actualmente el art. 13 de la L.E.C., sin que por ello se produzcan problemas de compatibilidad. Sólo decir que, con el nuevo art. 13, obviamente podrán también los accionistas que votaron en contra del acuerdo, intervenir apoyando a la sociedad, lo que ya había sido admitido por la jurisprudencia. En estas condiciones, sencillamente, podría haberse derogado el art. 117.4.

A la Ley de Enjuiciamiento Civil se han incorporado las especialidades en materia de procedimiento (art. 249 L.E.C. y 118 L.S.A.), competencia territorial, nuevamente improrrogable (art. 52), acumulación de acciones (art. 73), y medidas cautelares (art. 727), para cuya solicitud y concesión se seguirá el régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 721 y ss). Y por último, en relación a la eficacia de la sentencia que se dicte en estos procesos, con una intención respecto a los derechos adquiridos por terceros de buena fe que no puedo entrar a discutir en este momento, se sustituye el art. 122.1 L.S.A. por el actual art. 222.3 L.E.C.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:
   3º. Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles.

Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales

1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes:
   10º. En materia de impugnación de acuerdos sociales será tribunal competente el del lugar del domicilio social.

Artículo 73. Admisibilidad por motivos procesales de la acumulación de acciones. Casos especiales de acumulación necesaria

2. Cuando la demanda tenga por objeto la impugnación de acuerdos sociales se acumularán de oficio todas las que pretendan la declara-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción de nulidad o de anulabilidad de los acuerdos adoptados en una misma Junta o Asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración y que se presenten dentro de los cuarenta días siguientes a aquel en que se hubiera presentado la primera.

En todo caso, en los lugares donde hubiere más de un Juzgado de Primera Instancia, las demandas que se presenten con posterioridad a otra se repartirán al Juzgado al que hubiere correspondido conocer de la primera.

Artículo 727. Medidas cautelares específicas

Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

10ª. La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el uno o el cinco por ciento del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

Artículo 222. Cosa juzgada material

3. (...) Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

Disposición Derogatoria Única

2. Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: (...)

2º. Los artículos 119, 120, 121 y 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

Disposición Final Tercera.
Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas

1. El artículo 118 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, quedará redactado en los siguientes términos:

«Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

2. Los párrafos segundo y tercero del artículo 122 del citado texto de la Ley de Sociedades Anónimas, pasarán a ser los párrafos primero y segundo, respectivamente, de dicho artículo.

8. Procesos en materia de competencia desleal

Se conservan las especialidades existentes, aunque con algún cambio en la redacción acerca de la "carga de la prueba" en estos procesos (art. 217), que puede resultar esencial según cuál resulte la interpretación de la jurisprudencia.

Por lo demás, subsisten especialidades en materia de competencia territorial, una vez más improrrogable, (art. 52.1.12º), y en materia de medidas cautelares (art. 732). Fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez más, en la Ley 3/1991 de 10 de enero de competencia desleal, se conservan las especialidades en materia de acciones que pueden interponerse (art. 18), su prescripción (art. 21), legitimación (arts. 19-20), y por último la especialidad referente a las diligencias de comprobación de hechos, para las cuales el art. 24 de la Ley 3/1991 se sigue remitiendo a la ley de patentes, fomentando de nuevo la fragmentación procedimental. Más adelante hablaré de estas diligencias.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:

4º. Las demandas en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame.

Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales

1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes:

12º. En los juicios en materia de competencia desleal, será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante.

Artículo 217. Carga de la prueba

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

Artículo 732. Solicitud de las medidas cautelares

1. La solicitud de medidas cautelares se formulará con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción.
2. Se acompañarán a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares.
   Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud.

Para el actor precluirá la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de las medidas cautelares.

Disposición Derogatoria Única

2. Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: (...)
   11º. Los artículos 23, 25 y 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Disposición Final Cuarta. Reforma de la Ley de Competencia Desleal

El artículo 22 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, quedará redactado en los siguientes términos:

«Artículo 22. Procedimiento. Los procesos en materia de competencia desleal se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio ordinario»

9. Procesos sobre publicidad ilícita

Este procedimiento posee solamente especialidades en sede de medidas cautelares (art. 727), y en materia de carga de la prueba, acerca de la cual cabe realizar la misma apreciación que en los procesos en materia de competencia desleal (art. 217).

Y, una vez más, se encuentran especialidades fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, general de publicidad, subsiste el art. 25 en materia de acciones a interponer y legitimación, y los arts. 26.3 y 27.4 sobre requerimiento previo al ejercicio de la acción, teniendo, la falta de requerimiento, la consecuencia inmediata de la inadmisión, acudiendo al art. 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También se respeta el art. 32 de la Ley 34/1998 sobre compatibilidad en el ejercicio de acciones.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:
   4º. Las demandas en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame.

Artículo 217. Carga de la prueba

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

Artículo 403. Admisión y casos excepcionales de inadmisión de la demanda

3. Tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales.

Artículo 727. Medidas cautelares específicas

Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

8ª. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

9ª. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

Disposición Derogatoria Única

2. Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: (...)

12º. Los artículos 29, 30 y 33 de la Ley 34/1988, de 11 noviembre, General de Publicidad.

10. Procedimiento en materia de patentes

Se trata del procedimiento especial en el que menos cosas han cambiado. De hecho, salvo en parte, en materia de medidas cautelares (procedimiento de solicitud y concesión, que se unifica con el régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y en sede de ejecución provisional (art. 525.1.3ª), subsisten el resto de especialidades procedimentales, incluidas las referentes a las medidas cautelares, salvo en los incisos señalados. Téngase en cuenta que de toda la regulación procesal de los arts. 123 a 142, la Ley 1/2000 solamente ha reformado dos preceptos, el art. 125 y el art. 133, y ha derogado expresamente otros dos, el art. 135, y los dos primeros párrafos del art. 136. Por ello, resulta sorprendente que se haya afirmado que «*la LEC ha alterado el régimen jurídico-procesal en materia de propiedad industrial*"[11], cuando en realidad las modificaciones son mínimas, como veremos seguidamente.

Ello es debido a que, en contra de la voluntad interna unificadora del legislador, la mayoría de las especialidades procesales siguen contenidas en la Ley 11/86 de 20 de marzo, de patentes. Véase cómo, por ejemplo, en materia de competencia, el art. 52.1.13º L.E.C. se sigue remitiendo a la legislación especial, es decir, al art. 125.2 de la Ley de Patentes.

11. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho*, cit. p. 589.

Sigue por tanto en vigor casi todo el régimen de los arts. 123 y ss de la Ley de Patentes, tal y como estaba hasta el momento, con las matizaciones realizadas, y la lógica sustitución del procedimiento de menor cuantía por el ordinario.

Sobre la especialidad en materia de ejecución provisional (art. 525.1.3ª), cabe decir exactamente lo mismo que ya se expuso al hablar del proceso sobre derechos honoríficos. Resulta absurdo que se impida la ejecución provisional de una sentencia declarativa de nulidad o caducidad de título de propiedad industrial, cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo prevé la ejecución provisional inmediata de las sentencias de condena.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:

4º. Las demandas en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame.

Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales

1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes:

13º. En materia de patentes y marcas, será competente el tribunal que señale la legislación especial sobre dicha materia.

Artículo 525. Sentencias no provisionalmente ejecutables

1. No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional:

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

Disposición Derogatoria Única

2. Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: (...)

14º. Los apartados tercero y cuarto del artículo 125, el apartado segundo del artículo 133, el artículo 135 y los apartados primero y segundo del artículo 136 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Disposición Final Quinta. Reforma de la Ley de Patentes.

1. El apartado primero del artículo 125 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, quedará redactado en los siguientes términos:
   «1. Los litigios civiles que puedan surgir al amparo de la presente Ley se resolverán en el juicio que corresponda conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil»
2. El artículo 133 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, quedará redactado en los siguientes términos:
   «Quien ejercite o vaya a ejercitar una acción de las previstas en la presente Ley, podrá solicitar del órgano judicial que haya de entender de aquélla la adopción de las medidas cautelares tendentes a asegurar la efectividad de dichas acciones, siempre que justifique la explotación de la patente objeto de la acción en los términos del artículo 83 de la presente Ley o que ha iniciado unos preparativos serios y efectivos a tales efectos»

11. Procesos en materia de propiedad intelectual

Las especialidades en este procedimiento se cifraban, sobre todo, en sede de medidas cautelares. Actualmente se suprime dicha especialidad, puesto que las medidas cautelares se solicitarán a través del régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 721 y ss).

Se añade una especialidad en materia de competencia territorial, que pasa a ser improrrogable, para el Juez de todo el proceso, adoptando para él -aunque modificando su redacción- el antiguo fuero de competencia para la adopción de medidas cautelares que establecía el art. 142.1ª del RDL 1/1996 de 12 de abril por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Subsisten, no obstante, especialidades procesales en la propia ley especial (arts. 138 a 141), que no han sido derogadas, y que se solapan de manera incomprensible con preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que es especialmente claro, por ejemplo, en el caso del art. 141 del RDL 1/1996, y el art. 727.8ª y 9ª de la Ley 1/2000.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:
   4º. Las demandas en materia de competencia desleal, propiedad

industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame.

Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales

1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes:
   11º. En los procesos en que se ejerciten demandas sobre infracciones de la propiedad intelectual, será competente el tribunal del lugar en que la infracción se haya cometido o existan indicios de su comisión o en que se encuentren ejemplares ilícitos, a elección del demandante.

Artículo 727. Medidas cautelares específicas

Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

8ª. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

9ª. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

Disposición Derogatoria

2. Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: (...)
   13º. El artículo 142 de la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

Disposición Final Segunda. Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual

1. El artículo 25.20 de la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, quedará redactado en los siguientes términos:

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«20. En el supuesto indicado en el apartado que antecede y en cualquier otro de impago de la remuneración, la Entidad o Entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que les asistan, podrán solicitar del tribunal la adopción de las medidas cautelares procedentes conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en concreto, el embargo de los correspondientes equipos, aparatos y materiales. Los bienes así embargados quedarán afectos al pago de la remuneración reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios»

2. El artículo 103 de la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, quedará redactado en los siguientes términos:
   Artículo 103. Medidas de protección.
   El titular de los derechos reconocidos en el presente Título podrá instar las acciones y procedimientos que, con carácter general, se disponen en el Título I, Libro III de la presente Ley y las medidas cautelares procedentes, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil»
3. El artículo 143 de la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, quedará redactado en los siguientes términos:
   «Artículo 143. Causas criminales.
   En las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley, podrán adoptarse las medidas cautelares procedentes en procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal»
4. El artículo 150 de la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, quedará redactado en los siguientes términos:
   «Artículo 150. Legitimación.
   Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales.

Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente»

ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO VERBAL

1. Proceso en materia de venta plazos de bienes muebles y arrendamiento financiero

En realidad, se trata de dos procedimientos diferentes, el proceso en materia de venta a plazos de bienes muebles, y el proceso en materia de arrendamiento financiero.

Lo que ocurre es que comparten la mayoría de especialidades, y por ello estimo más simple, a efectos explicativos, mantener el esquema de la ley. No obstante, como casi siempre, hubiera sido preferible una regulación separada, y sobre todo reunida, de estas especialidades, distinguiendo las comunes a ambos procedimientos de las que no lo son.

Dichas especialidades son múltiples, y están desperdigadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil. En materia de competencia, en el art. 52.2, se establece un fuero subsidiario improrrogable, que entra en juego en defecto de los fueros improrrogables del art. 52.1[12]. Otras especialidades se hallan en cuanto a la admisión de la demanda (art. 439), actuaciones previas a la vista (art. 441), causas de oposición del demandado (art. 444.3), y ejecución de la sentencia (art. 634.3).

La sentencia que se dicte en estos procedimientos, de naturaleza sumaria según el art. 250.1.10º-11º, carecerá de efectos de cosa juzgada, si se hace caso a lo que de manera profundamente discutible declara el art. 447.2 en este sentido[13].

12. Destaca DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho*, cit. p. 617, la escasa aplicabilidad a estos casos de los fueros del art. 52.1.

13. Sobre esta introducción del legislador de sus propias ideas sobre la cosa juzgada, vid. GIMENO SENDRA, *Derecho*, p. 27, que sugiere que hubiera sido mejor decir "*ausencia de la plenitud de efectos de cosa juzgada*".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Pero de nuevo, no todas las especialidades están en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, quedan una serie de especialidades, algunas importantes, y otras que hubieran debido ser derogadas expresamente, sin esperar siempre a la derogación tácita del art. 2.2 del Código Civil, que tantas dudas suscita, que solamente revela, o bien problemas de última hora que surgieron con las prisas para aprobar la ley, como fuera, antes de la finalización de la legislatura, o bien, sencillamente, la impericia del Legislador en la elaboración de sus normas.

Con independencia de ello, que ya es historia, con respecto al proceso de venta a plazos, en los arts. 15.3.I (ejecución y medidas cautelares), arts. 16.1, 16.2.d y f (acciones a interponer), y D.A. 2ª (anotaciones preventivas) cabe encontrar especialidades que deberían haber sido incorporadas directamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprovechando que esos artículos se reformaban (vid. D.F. séptima), eliminando de ese modo inútiles duplicidades y regímenes paralelos en cuyo detalle no puedo entrar en estos momentos.

Y en relación con los procesos en materia de arrendamiento financiero, la D.A. 1ª, párrafos segundo y tercero, que han sido objeto de reforma parcial, también debieran haber desaparecido, siguiendo la lógica del legislador, pues solamente citan las acciones que le corresponden al arrendador financiero, y detallan la manera de realizar el requerimiento al arrendatario, previo a la interposición de la demanda (D.A. 1ª, párrafo tercero, a y b, y párrafo cuarto), al que después se refiere el art. 439 L.E.C. para decretar la inadmisión.

Subsisten por lo demás del anterior régimen otras especialidades en materia de derecho concursal (D.A.primera, párrafo quinto).

Artículo 250. Ámbito del juicio verbal

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:

   10º. Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, al objeto de obtener una sentencia condenatoria que permita dirigir la ejecución exclusivamente sobre el bien o bienes adquiridos o financiados a plazos.

   11º. Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero o contrato de venta a plazos con reserva de dominio, siempre que en ambos casos estén inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la inmediata entrega del bien al arrendador financiero o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de éste, en su caso.

Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales

2. Cuando las normas del apartado anterior de este artículo no fueren de aplicación a los litigios en materia de seguros, ventas a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación, así como en materia de contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de oferta pública, será competente el tribunal del domicilio del asegurado, comprador o prestatario o el del domicilio de quien hubiere aceptado la oferta, respectivamente.

Artículo 439. Inadmisión de la demanda en casos especiales

4. En los casos de los números 10º y 11º del apartado primero del artículo 250, cuando la acción ejercitada se base en el incumplimiento de un contrato de venta de bienes muebles a plazos, no se admitirán las demandas a las que no se acompañe la acreditación del requerimiento de pago al deudor, con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien, en los términos previstos en el apartado segundo del artículo 16 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, así como certificación de la inscripción de los bienes en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, si se tratase de bienes susceptibles de inscripción en el mismo.

   Cuando se ejerciten acciones basadas en el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, no se admitirán las demandas a las que no se acompañe la acreditación del requerimiento de pago al deudor, con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien, en los términos previstos en el apartado tercero de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Artículo 441. Actuaciones previas a la vista, en casos especiales

4. En el caso del número 10º del apartado primero del artículo 250, el tribunal, al admitir la demanda, ordenará la exhibición de los bienes a su poseedor. bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a la autoridad judicial, y su inmediato embargo preventivo, que se asegurará mediante depósito, con arreglo a lo previsto en esta Ley. Cuando, al amparo de lo dispuesto en el número 11º del apartado primero del artículo 250, se ejerciten acciones basadas en el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero o contrato de venta a plazos con reserva de dominio, el tribunal ordenará, al admitir la demanda, el depósito del bien cuya entrega se reclame. No se exigirá caución al demandante para la adopción de estas medidas cautelares, ni se admitirá oposición del demandado a las mismas. Tampoco se admitirán solicitudes de modificación o de sustitución de las medidas por caución.
   Además de lo dispuesto en el párrafo anterior, se emplazará al demandado por cinco días para que se persone en las actuaciones, por medio de Procurador, al objeto de anunciar su oposición a la demanda por alguna de las causas previstas en el apartado tercero del artículo 444. Si el demandado dejare transcurrir el plazo sin anunciar su oposición, o si pretendiera fundar ésta en causa no comprendida en el apartado tercero del artículo 444, se dictará, sin más trámites sentencia estimatoria de las pretensiones del actor.
   Cuando el demandado anuncie su oposición a la reclamación con arreglo a lo previsto en el párrafo anterior, se citará a las partes para la vista y, si el demandado no asistiera a la misma sin concurrir justa causa o asistiera, pero no formulara oposición o pretendiera fundar ésta en causa no comprendida en el apartado tercero del artículo 444, se dictará, sin más trámites, sentencia estimatoria de las pretensiones del actor. En estos casos el demandado, además, será sancionado con multa de hasta la quinta parte del valor de la reclamación, con un mínimo de 30.000 pesetas. Contra la sentencia que se dicte en los casos de ausencia de oposición a que se refieren los dos párrafos anteriores no se dará recurso alguno.

Artículo 444. Reglas especiales sobre contenido de la vista

3. En los casos de los números 10º y 11º del apartado primero del artículo 250, la oposición del demandado sólo podrá fundarse en alguna de las causas siguientes:

1ª. Falta de jurisdicción o de competencia del tribunal.
2ª. Pago acreditado documentalmente.
3ª. Inexistencia o falta de validez de su consentimiento, incluida la falsedad de la firma.
4ª. Falsedad del documento en que aparezca formalizado el contrato.

Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales

2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta ley califique como sumaria.

Artículo 634. Entrega directa al ejecutante

3. En la ejecución de sentencias que condenen al pago de las cantidades debidas por incumplimiento de contratos de venta a plazos de bienes muebles, si el ejecutante lo solicita, se le hará entrega inmediata del bien o bienes muebles vendidos o financiados a plazos por el valor que resulte de las tablas o índices referenciales de depreciación que se hubieran establecido en el contrato.

Disposición Derogatoria Única

2. Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: (...)
   16º. El artículo 12 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Disposición Final Séptima. Reforma de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles

1. El párrafo primero del apartado tercero del artículo 15 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, quedará redactado en los siguientes términos:
   «3. En caso de embargo preventivo o ejecución forzosa respecto de bienes muebles se sobreseerá todo procedimiento

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de apremio respecto de dichos bienes o sus productos o rentas tan pronto como conste en autos, por certificación del Registrador, que sobre los bienes en cuestión constan inscritos derechos en favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiese dirigido contra ella la acción en concepto de heredera de quien aparezca como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspenda el procedimiento»

2. El apartado primero del artículo 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, quedará redactado en los siguientes términos:

   «1. El acreedor podrá recabar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos regulados por la presente Ley mediante el ejercicio de las acciones que correspondan en procesos de declaración ordinarios, en el proceso monitorio o en el proceso de ejecución, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

   Únicamente constituirán título suficiente para fundar la acción ejecutiva sobre el patrimonio del deudor los contratos de venta a plazos de bienes muebles que consten en alguno de los documentos a que se refieren los números 4º y 5º del apartado segundo del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»

3. La letra d) del apartado segundo del artículo 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, quedará redactada en los siguientes términos:

   «d) Cuando el deudor no pagare la cantidad exigida ni entregare los bienes para la enajenación en pública subasta a que se refiere la letra anterior, el acreedor podrá reclamar del tribunal competente la tutela sumaria de su derecho, mediante el ejercicio de las acciones previstas en los números 10º y 11º del apartado primero del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4. El apartado segundo de la Disposición Adicional Primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, quedará redactado en los siguientes términos:

   «El arrendador financiero podrá recabar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos regulados por la presente Ley mediante el ejercicio de las acciones que correspondan en procesos de declaración ordinarios, en el proceso monitorio o en el proceso de ejecución, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

   Únicamente constituirán título suficiente para fundar la acción ejecutiva sobre el patrimonio del deudor los contratos de arrendamiento financiero que consten en alguno de los documentos a que se refieren los números 4º y 5º del apartado segundo del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»

5. El primer párrafo y la letra c) del apartado tercero de la Disposición Adicional Primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, quedarán redactados en los siguientes términos:

   «3. En caso de incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero que conste en alguno de los documentos a que se refieren los números 4º y 5º del apartado segundo del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o que se haya inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizado en el modelo oficial establecido al efecto, el arrendador, podrá pretender la recuperación del bien conforme a las siguientes reglas:

   c) Cuando el deudor no pagare la cantidad exigida ni entregare los bienes al arrendador financiero, éste podrá reclamar del tribunal competente la inmediata recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero, mediante el ejercicio de las acciones previstas en el número 11º del apartado primero del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»

2. *Proceso de alimentos*

Las especialidades de este procedimiento se han suprimido en su casi totalidad, salvo en la obligatoria aportación documental que acredite el dere-

cho a percibir los alimentos, que preveía el antiguo art. 1609 L.E.C. 1881 (art. 266.2º), lo cual tiene escaso sentido, habida cuenta de que la tutela que otorga este procedimiento ya no es ni provisional ni sumaria. Pero como es sabido, este no es sino un caso más, habida cuenta de que la nueva ley ha ampliado muy notablemente los supuestos de inadmisión, que pueden provocar formalismos inaceptables, cuando no pérdidas absolutas de derechos, incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución.

Artículo 250. Ámbito del juicio verbal

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:
   8º. Las que soliciten alimentos debidos por disposición legal o por otro título.

Artículo 266. Documentos exigidos en casos especiales

Se habrán de acompañar a la demanda:

2º. Los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden alimentos, cuando éste sea el objeto de la demanda.

Artículo 269. Consecuencias de la falta de presentación inicial. Casos especiales

2. No se admitirán las demandas a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el artículo 266.

3. Proceso de rectificación

Sigue en vigor la LO 2/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, y por tanto, todo el procedimiento que allí se establece. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ[14] aboga -aunque es difícil conocer por qué razones- por la derogación parcial del régimen procesal establecido en la LO 2/1984, ley orgánica y especial, en aquello que sea incompatible con la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene carácter de ley ordinaria y goza de naturaleza general.

14. Díez-Picazo Giménez, *Derecho*, cit. pp. 583-585.

No comparto la anterior opinión por razones obvias. Estimo que, una vez más, el Legislador hubiera debido realizar una reforma expresa de esta ley, y nunca esperar a derogaciones tácitas, profundamente confusas y especialmente discutibles en este caso. Y debe decirse que, al menos en este supuesto, nunca debió ser su intención derogar el régimen procesal de la LO 2/1984, puesto que ni en el Borrador de Abril de 1997, ni en el Anteproyecto de diciembre de 1997 ni en el Proyecto de 1998, se contenía derogación expresa alguna de la LO 2/84, ni se contiene en la Ley 1/2000.

Por ello, entiendo que la LO 2/84 conserva su vigor en su totalidad, con las adaptaciones precisas cuando se remite a preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. De hecho, la única norma que directamente se refiere a estos procesos, el art. 250.1.9º, en absoluto se contradice con la LO 2/84, sino que confirma su tenor. El resto de normas generales complementan lo dicho en la LO 2/84, ya que esta ley contiene constantes remisiones a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deben adaptarse (o hubieran debido adaptarse de forma expresa) a la nueva ley. Solamente en materia de competencia territorial existe un precepto claramente incompatible con el art. 4 LO 2/84, el art. 52.1.6º, incompatibilidad que entiendo que debe de salvarse a favor de la Ley Orgánica, al menos por ser más razonable el fuero que establece para este caso concreto, aunque si bien se mira, la incompatibilidad es mínima: Ambos preceptos establecen como fuero general el domicilio del actor, difiriendo únicamente en el fuero subsidiario, que para la LO 2/84 sería el del lugar donde radique la dirección del medio de comunicación, y para el art. 52.1.6º habría de ser el lugar donde se hubiera producido el hecho vulnerador del derecho fundamental, lugar, habitualmente, muy difícil de determinar cuando se reclama el derecho a rectificar una información inexacta aparecida en un medio de comunicación social (art. 1 LO 2/1984).

Artículo 250. Ámbito del juicio verbal

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:
   9º. Las que supongan el ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales.

4. Proceso de desahucio por falta de pago

Se trata sin duda del procedimiento más fragmentado de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Lejos de lo que disponía la antigua, que le dedicaba

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

un título entero, la Ley 1/2000 disemina el régimen a lo largo de toda la ley, convirtiendo un sencillísimo procedimiento, en una ardua labor de investigación. Me limitaré a ordenar, de manera lógica, los preceptos de la ley directamente referidos al desahucio por falta de pago, cuyo procedimiento no es el mismo que el del desahucio por el resto de causas, como veremos después.

Artículo 250. Ámbito del juicio verbal

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:
   1º. Las que, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractualmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana, dada en arrendamiento, ordinario o financiero, o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca.
   2º. Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.

Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales

1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes:
   7º. En los juicios sobre arrendamientos de inmuebles y en los de desahucio, será competente el tribunal del lugar en que esté sita la finca.

Artículo 439. Inadmisión de la demanda en casos especiales

3. No se admitirán las demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario si el arrendador no indicare las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio.

Artículo 440. Admisión y traslado de la demanda sucinta y citación para vista

3. En los casos de demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de rentas o cantidades debidas, el tribunal indicará, en su caso,

en la citación para la vista, la posibilidad de enervar el desahucio conforme a lo establecido en el apartado cuarto del artículo 22 de esta Ley. También se apercibirá al demandado que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites.

Artículo 22. Terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto. Caso especial de enervación del desahucio

4. Los procesos de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán si, antes de la celebración de la vista, el arrendatario paga al actor o pone a su disposición en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio.
   Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, ni cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario, por cualquier medio fehaciente, con al menos cuatro meses de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación.

Artículo 438. Reconvención y acumulación objetiva y subjetiva de acciones (...)

3. No se admitirá en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones, salvo las excepciones siguientes:
   3ª. La acumulación de las acciones en reclamación de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, siempre que lo reclamado no exceda de quinientas mil pesetas, cuando se trate de juicios de desahucio de finca por falta de pago.
   Cuando la cantidad reclamada excediera de dicha cantidad, las acciones de reclamación de rentas y de desahucio por falta de pago podrán acumularse en el juicio ordinario.

Artículo 444. Reglas especiales sobre contenido de la vista

1. Cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales

2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta ley califique como sumaria.

Artículo 449. Derecho a recurrir en casos especiales

1. En los procesos que lleven aparejado el lanzamiento, no se admitirán al demandado los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al prepararlos, no manifiesta, acreditándolo por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas.
2. Los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, a que se refiere el apartado anterior, se declararán desiertos, cualquiera que sea el estado en que se hallen, si durante la sustanciación de los mismos el demandado recurrente dejare de pagar los plazos que venzan o los que deba adelantar. El arrendatario podrá adelantar o consignar el pago de varios periodos no vencidos, los cuales se sujetarán a liquidación una vez firme la sentencia. En todo caso, el abono de dichos importes no se considerará novación del contrato.

Artículo 703. Entrega de bienes inmuebles

1. Si el título dispusiere la transmisión o entrega de un bien inmueble, el tribunal ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena y, en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo.
   Si en el inmueble que haya de entregarse hubiere cosas que no sean objeto del título, el tribunal requerirá al ejecutado para que las retire dentro del plazo que señale. Si no las retirare, se considerarán bienes abandonados a todos los efectos.
2. Cuando en el acto del lanzamiento se reivindique por el que desaloje la finca la titularidad de cosas no separables, de consistir en plantaciones o instalaciones estrictamente necesarias para la utilización ordinaria del inmueble, se resolverá en la ejecución sobre la obligación de abono de su valor, de instarlo los interesados en el plazo de cinco días a partir del desalojo.
3. De hacerse constar en el lanzamiento la existencia de desperfectos en el inmueble originados por el ejecutado o los ocupantes, se podrá acordar la retención y constitución en depósito de bienes suficientes del posible responsable, para responder de los daños y perjuicios causados, que se liquidarán, en su caso y a petición del ejecutante, de conformidad con lo previsto en los artículos 712 y siguientes.

Artículo 704. Ocupantes de inmuebles que deban entregarse

1. Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan se les dará un plazo de un mes para desalojarlo. De existir motivo fundado, podrá prorrogarse dicho plazo un mes más.
   Transcurridos los plazos señalados, se procederá de inmediato al lanzamiento, fijándose la fecha de éste en la resolución inicial o en la que acuerde la prórroga.
2. Si el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización de aquél, el tribunal, tan pronto como conozca su existencia, les notificará el despacho de la ejecución o la pendencia de ésta, para que, en el plazo de diez días, presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación.
   El ejecutante podrá pedir al tribunal el lanzamiento de quienes considere ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. De esta petición se dará traslado a las personas designadas por el ejecutante, prosiguiendo las actuaciones conforme a lo previsto en los apartados tercero y cuarto del artículo 675.

5. *Desahucio por precario, o por expiración del plazo pactado*

Una de las pocas cosas buenas de la Ley de Arrendamientos Urbanos había sido, precisamente, la unificación procedimental de todos los desahucios. Sin embargo, la nueva ley, dejándose llevar por parte de la jurisprudencia en materia de desahucio por precario, que, como es sabido, desestimaba la demanda en caso de que se alegara una cuestión que sobrepasara el ám-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

bito del procedimiento sumario, ha querido acabar con esas maniobras del demandado-precarista, que siempre introducía en el proceso cuestiones que complicaran el juicio, como la existencia de un título, para obtener la citada desestimación[15].

Pero ignora el legislador que dichos fraudes procesales habían empezado a ser rechazados por la jurisprudencia, frecuente en este sentido, cuando de las alegaciones de la demandada se deducía su carácter manifiestamente infundado o dilatorio, que sí era el supuesto más frecuente.

En estas condiciones, es acertado conceder una tutela rápida a esas situaciones, por lo que la tramitación a través del procedimiento verbal puede parecer en principio adecuada. Por el contrario, cuando la tutela solicitada por el precarista sea honesta, tramitar todo ello a través de un brevísimo y falto de garantías procedimiento verbal, y además, con plenos efectos de cosa juzgada, es sencillamente inaceptable.

Teniendo en cuenta la evolución de la jurisprudencia menor, el Legislador debería haber dejado las cosas como estaban, o al menos, si lo que se deseaba era crear un procedimiento diferente para estas materias (uno más), cabría haber especificado, al menos, los límites de la cosa juzgada en este tipo de procedimientos, con más razón cuando la tutela es tan sumaria como la de un procedimiento verbal, y los bienes jurídicos en juego (¡el derecho a la vivienda!), son tan esenciales.

Artículo 250. Ámbito del juicio verbal

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:
   1º. Las que, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractualmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana, dada en arrendamiento, ordinario o financiero, o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca.
   2º. Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.

15. A estas prácticas, justificando al Legislador, se refiere Díez-Picazo Giménez, *Derecho*, cit. p. 613.

6. Procesos sumarios de tutela de la posesión

El legislador ha deseado, en esta materia, sustituir la palabra "interdicto" por "proceso sumario de tutela de la posesión", denominación quizás menos arcaica, pero mucho más farragosa y con menos tradición en la práctica. Ya era conocido que la denominación "interdicto" era etimológicamente impropia en la actualidad, pero ello hubiera debido motivar, bien la supresión de la expresión, respetando el antiguo articulado, bien la elaboración de un articulado común –y sobre todo seguido– para todos los procedimientos sumarios. Hubiera sido también deseable, una actualización técnica más profunda de las especialidades de estos procedimientos.

Antiguo interdicto de adquirir

Aunque la ley, negligentemente, no se haya ocupado de decirlo expresamente, la tutela que otorga este procedimiento obviamente tutela la posesión, o mejor dicho, permite obtenerla. Además, la tutela forzosamente debe ser sumaria, rápida, teniendo en cuenta el crucial momento del procedimiento sucesorio en el que se encuentra el demandante en estos casos, con unos bienes que dejó el difunto, y que al estar temporalmente sin dueño conocido, podrían ser indebidamente ocupados por cualquiera, de demorarse en exceso el procedimiento.

Por todo ello, entiendo que el proceso es sumario y por tanto le resulta aplicable lo dispuesto en el art. 447.2 en cuanto a la cosa juzgada de la sentencia, a pesar de no compartir el criterio legal en este caso, como ya dije anteriormente.

Artículo 250. Ámbito del juicio verbal

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:
   3º. Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.

Artículo 266. Documentos exigidos en casos especiales

Se habrán de acompañar a la demanda:

4º. El documento en que conste fehacientemente la sucesión «mortis causa» en favor del demandante, así como la relación de los testigos que puedan declarar sobre la ausencia de posee-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dor a título de dueño o usufructuario, cuando se pretenda que el tribunal ponga al demandante en posesión de unos bienes que se afirme haber adquirido en virtud de aquella sucesión.

Artículo 441. Actuaciones previas a la vista, en casos especiales

1. Interpuesta la demanda en el caso del número 3º del apartado primero del artículo 250, el tribunal llamará a los testigos propuestos por el demandante y, según sus declaraciones, dictará auto en el que denegará u otorgará, sin perjuicio de mejor derecho, la posesión solicitada, llevando a cabo las actuaciones que repute conducentes a tal efecto. El auto será publicado por edictos, que se insertarán en un lugar visible de la sede del tribunal, en el «Boletín Oficial» de la provincia y en uno de los periódicos de mayor circulación en la misma, a costa del demandante, instando a los interesados a comparecer y reclamar, en el plazo de cuarenta días, si consideran tener mejor derecho que el demandante.
Si nadie compareciere, se confirmará al demandante en la posesión; pero en caso de que se presentaren reclamantes, previo traslado de sus escritos al demandante, se le citará, con todos los comparecientes, a la vista, sustanciándose en adelante las actuaciones del modo que se dispone en los artículos siguientes.

Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales

2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta ley califique como sumaria.

Antiguo interdicto de retener y recobrar la posesión

Artículo 250. Ámbito del juicio verbal

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:
   4º. Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute.

Artículo 439. Inadmisión de la demanda en casos especiales

1. No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo.

Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales

2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta ley califique como sumaria.

Antiguo interdicto de obra nueva

Artículo 250. Ámbito del juicio verbal

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:
   5º. Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva.

Artículo 441. Actuaciones previas a la vista, en casos especiales

2. Si la demanda pretendiere que se resuelva judicialmente, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva, el tribunal, antes incluso de la citación para la vista, dirigirá inmediata orden de suspensión al dueño o encargado de la obra, que podrá ofrecer caución para continuarla, así como la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado. El tribunal podrá disponer que se lleve a cabo reconocimiento judicial, pericial o conjunto, antes de la vista.
La caución podrá prestarse en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 64 de esta Ley.

Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales

2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta ley califique como sumaria.

Antiguo interdicto de obra ruinosa

Artículo 250. Ámbito del juicio verbal

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:
   6º. Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande.

Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales

2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta ley califique como sumaria.

7. *Proceso para la protección de derechos reales inscritos. (Antiguo procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria)*

Teniendo en cuenta la discutidísima naturaleza jurídica de este infausto procedimiento, he decidido tratarlo también en este trabajo, teniendo presente que, sin duda, con el régimen de la nueva ley, al menos va a ser un proceso de declaración, -seguro que no es de ejecución, por la ubicación y trascendencia de sus preceptos- y de nuevo, de naturaleza sumaria[16].

Pero, una vez más, el legislador ha olvidado realizar de forma debida su labor. No ha derogado expresamente los arts. 137 y 138 del Reglamento Hipotecario, que desarrollaban el régimen procesal del art. 41 de la Ley Hipotecaria, precepto este último que sin embargo sí ha reformado. Entiendo no obstante que dichos artículos del RH están derogados por completo, no sólo teniendo en cuenta que el reglamento es norma inferior en rango a la ley,

16. En este sentido, Díez-Picazo Giménez, *Derecho*, cit. pp. 610-611.

sino también que la única razón de existencia de esos preceptos era el art. 41 de la Ley Hipotecaria, en su versión previa a la reforma..

Artículo 250. Ámbito del juicio verbal

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:
   7º. Las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales

1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes:
   1º. En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles será tribunal competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa. Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante.

Artículo 439. Inadmisión de la demanda en casos especiales

2. En los casos del número 7º del apartado primero del artículo 250, no se admitirán las demandas en los casos siguientes:
   3º. Si no se acompañase a la demanda certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante.

Artículo 440. Admisión y traslado de la demanda sucinta y citación para vista

2. En los casos del número 7º del apartado primero del artículo 250, en la citación para la vista se apercibirá al demandado de que, en caso de no comparecer, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

actor. También se apercibirá al demandado, en su caso, de que la misma sentencia se dictará si comparece al acto de la vista, pero no presta caución, en la cuantía que, tras oírle, el tribunal determine, dentro de la solicitada por el actor.

Artículo 441. Actuaciones previas a la vista, en casos especiales

3. En los casos del número 7º del apartado primero del artículo 250, el tribunal, tan pronto admita la demanda, adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere.

Artículo 444. Reglas especiales sobre contenido de la vista

2. En los casos del número 7º del apartado primero del artículo 250, el demandado sólo podrá oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el tribunal en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 64 de esta Ley.

   La oposición del demandado únicamente podrá fundarse en alguna de las causas siguientes:

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

Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales

3. Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos

reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito.

Disposición Final Novena. Reforma de la Ley Hipotecaria (...)

1. Artículo 41:

   «Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del Registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.»

Especialidades del procedimiento que corresponda según la cuantía

1. Proceso en materia de circulación de vehículos a motor (antiguo juicio verbal del automóvil)

Lo que ha ocurrido con este procedimiento es consecuencia, de nuevo, de la precipitación legislativa[17]. Aparentemente, siguen en vigor las Disposiciones Adicionales de la LO 3/1989 de 21 de junio (RCL 1989\1352), de actualización del Código Penal, porque la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alguna razón[18], no las ha derogado, ni parece que tuviera intención de derogarlas, a pesar de que durante todo el *iter* de elaboración del proyecto de ley, la intención derogatoria era clara.

Sin embargo, se encuentran dos preceptos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 52.1.9º y el 449.3, que hacen augurar que la intención del

17. En este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Las pretensiones resarcitorias del automóvil en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, Julio-Agosto 2000, p. 365.

18. Díez-Picazo Giménez, *Derecho*, cit. pp. 586-587, argumenta que probablemente el Legislador, de manera errónea, consideró que dichas Disposiciones Adicionales tenían rango de ley orgánica. Algo de cierto debe haber en ello cuando Gómez Colomer, *Derecho Jurisdiccional*, cit. p. 710, considera que las DDAA no han sido derogadas por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil al estar contenidas en una ley orgánica.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Legislador ha sido eliminar definitivamente dichas Disposiciones Adicionales[19].

Teóricamente, cabría tener por derogadas ambas disposiciones adicionales, puesto que dichas disposiciones, a pesar de estar contenidas en una ley orgánica, como había de ser la que reformara el Código Penal, tienen carácter de ley ordinaria, por mandato expreso de la Disposición Final de dicha LO 3/1989. El mismo carácter que la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El problema es el alcance de una supuesta derogación tácita, puesto que en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben considerarse derogadas "*cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley*".

Y aquí empieza la dura labor del intérprete, que paga la indolencia del legislador en la búsqueda y cita expresa de normas que se propone derogar con la nueva ley. Me veo obligado, por tanto, a cotejar ambos regímenes, el de la LO 3/1989, y el de la Ley 1/2000.

Y de dicho cotejo resulta que las inefables Disposiciones Adicionales van a seguir en vigor en parte. Dividiré la materia para mayor claridad:

Procedimiento

Teniendo presente la vocación de exhaustividad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia, debe considerarse que aunque no exista un precepto específico en dicha ley para este tipo de procesos, ello es debido a que la intención del legislador es que dicho proceso se sustancie por el procedimiento que corresponda según su cuantía (arts. 249.2 y 250.2), como venía reclamando buena parte de la doctrina desde hacía tiempo[20]. Por tanto, debe considerarse derogada tácitamente la Disposición Adicional Primera.1 de la LO 3/89.

Debe decirse, no obstante, para concluir esta materia, que la intención inicial del prelegislador no fue esta, puesto que en el Proyecto de ley aprobado por el Gobierno el 30-10-1998, en su art. 250.1.13, se disponía el procedimiento verbal para estos casos.

19. Que ya hubiera sido hora, puesto que como afirma certeramente RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, p. 910, el juicio verbal del automóvil estaba regulado en las "*alcantarillas de las alcantarillas: las Disposiciones Adicionales de la LO 3/1989, 21 junio, derogada por el Código Penal vigente de 1995*".

20. En este sentido DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho*, cit. p. 587, REGLERO CAMPOS, FERNANDO, *Efectos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el juicio verbal y el juicio ejecutivo del automóvil. Notas*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 461, 16-11-2000, p. 3.

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

2. Se decidirán también en el juicio ordinario las demandas cuya cuantía exceda de quinientas mil pesetas y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo.

Artículo 250. Ámbito del juicio verbal

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

Competencia

Debe considerarse derogada la Disposición Adicional Primera. 2 de la LO 3/89, al existir el art. 52.1.9º L.E.C. en esta materia.

Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales

1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes:
   9º. En los juicios en que se pida indemnización de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor será competente el tribunal del lugar en que se causaron los daños.

Iniciativa probatoria

Debe considerarse en pleno vigor la Disposición Adicional Primera. 3 de la LO 3/89, puesto que coordina a la perfección con lo dispuesto en el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De hecho, cobra sentido el art. 282 con lo dispuesto en dicho inciso de la LO 3/89.

Disposición Adicional Primera

3. El Juez podrá de oficio o a instancia de parte, solicitar de las Autoridades correspondientes los atestados que hubieren instruido y los informes que juzgue oportunos.

Artículo 282. Iniciativa de la actividad probatoria

Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Recursos y ejecución provisional

Están derogadas por completo la Disposición Adicional primera. 4 y la Disposición Adicional segunda de la LO 3/89, por haber quedado sustituidas por el art. 449.3, que incorpora en gran medida el tenor de la primera, y por el nuevo régimen de ejecución provisional, claramente incompatible con la LO 3/89 (arts. 524 y ss).

Artículo 449. Derecho a recurrir en casos especiales

3. En los procesos en que se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor no se admitirán al condenado a pagar la indemnización los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al prepararlos, no acredita haber constituido depósito del importe de la condena más los intereses y recargos exigibles en el establecimiento destinado al efecto. Dicho depósito no impedirá, en su caso, la ejecución provisional de la resolución dictada. (...)
6. En los casos de los apartados anteriores, antes de rechazar o declarar desiertos los recursos, se estará a lo dispuesto en el artículo 231 de esta Ley cuando el recurrente hubiese manifestado su voluntad de abonar, consignar, depositar o avalar las cantidades correspondientes, pero no acreditara documentalmente, a satisfacción del tribunal, el cumplimiento de tales requisitos.

2. *Procedimiento para la defensa de consumidores y usuarios*

Se trata de un procedimiento prácticamente nuevo en su totalidad, que pretende avanzar en esta materia, antiguamente tratada de manera poco clara y uniforme por el art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que seguirá en vigor) y por la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios.

Se crea un procedimiento con múltiples especialidades, absolutamente escondidas a lo largo del articulado. Teniendo en cuenta las dificultades de estos procesos, hubiera sido muy conveniente la reunión de todos estos preceptos en un solo título, otorgándole la consideración expresa, y no meramente tácita, de procedimiento especial. Incluso desde un punto de vista teórico, resulta mucho más beneficiosa, y sobre todo formativa, la explicación conjunta de todas las especialidades de este tipo de procesos, que ordeno, alterando el orden del articulado, para una mejor comprensión.

Artículo 6. Capacidad para ser parte

1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: (...)
   7º. Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.
2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.
3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

Artículo 13. Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados

1. Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.
   En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios

1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual.
   Este llamamiento se hará publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.
2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.
3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta Ley.

Artículo 54. Carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial

2. No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios.

Artículo 78. Improcedencia de la acumulación de procesos. Excepciones

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los procesos, susceptibles de acumulación conforme a los artículos 76 y 77, incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, cuando la diversidad de esos procesos, ya sean promovidos por las asociaciones, entidades o grupos legitimados o por consumidores o usuarios determinados, no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el artículo 15 de esta Ley.
   En tales casos, se decretará la acumulación de procesos, incluso de oficio, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud

1. Todo juicio podrá prepararse:
   6º. Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables.
   A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

Artículo 261. Negativa a llevar a cabo las diligencias

Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formu lare oposición, el tribunal, mediante providencia, acordará las siguientes medidas:

5ª. Tratándose de la diligencia prevista en el número 6º del apartado primero del artículo 256, ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiere colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiere incurrir por desobediencia a la autoridad judicial.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1ª. Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2ª. Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3ª. Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados

Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución.

3. Proceso por préstamos usurarios

Es el presente un procedimiento que no acaba de morir nunca, aunque se halle desde hace muchos decenios en permanente agonía, puesto que a pesar de que la regulación procesal de la llamada Ley Azcárate de 23 de julio de 1908 se deroga expresamente por la DD.2.4º de la Ley 1/2000, subsisten los arts. 5 y 6 de dicha Ley, que condenaban a unas multas irrisorias (de 500 a 5.000 pesetas) a quien se anulasen tres o más contratos de préstamo. Dichas sanciones, debiendo imponerlas el propio Juez, hubieran debido ser derogadas en esta reforma.

Al contrario, no sólo siguen vigentes, sino que la especialidad más importante de aquella ley, en su día, la libertad de apreciación probatoria, sigue en vigor, traspasada a la nueva ley.

Artículo 319. Fuerza probatoria de los documentos públicos

1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1º a 6º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella (...)
3. En materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo.

Disposición Derogatoria Única

2. Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: (...)
   4º. Los artículos 2, 8, 12 y 13 de la Ley de 23 de julio de 1908, referente a la nulidad de ciertos contratos de préstamos.

4. Proceso de responsabilidad civil contra jueces y magistrados

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil prevé solamente dos especialidades de este proceso, que en el fondo están encaminadas a un mismo objetivo. Las especialidades son la exigencia de la firmeza de la resolución del proceso en el que se incurrió en responsabilidad (art. 403.2), y la previa denuncia en el propio

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

proceso del acto que habría de producir la responsabilidad (art. 266.1°). El art. 413.1 L.O.P.J., con diferente redactado, viene a decir exactamente lo mismo.

El procedimiento será el ordinario que corresponda en función de la cuantía de la indemnización reclamada, a falta de otra previsión expresa (art. 251.1ª), lo que elimina las antiguas dudas en torno a este punto, pero también provoca que la responsabilidad civil de un juez pueda ser decidida en un procedimiento verbal, lo que no parece demasiado adecuado. Entiendo que debería haber existido en la ley un precepto como el art. 484.4° de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que preveía el procedimiento de menor cuantía cuando no se dispusiese otra cosa. Y no solamente para este procedimiento, sino para algunos otros en los que la cuantía, no es que sea inestimable, sino que no se suscita un auténtico interés económico.

Artículo 266. Documentos exigidos en casos especiales

Se habrán de acompañar a la demanda:

1°. Las certificaciones y testimonios que acrediten haber terminado el proceso y haberse en él reclamado o recurrido cuando se interponga demanda de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones, con dolo, culpa o ignorancia inexcusable.

Artículo 403. Admisión y casos excepcionales de inadmisión de la demanda

2. No se admitirán las demandas de responsabilidad contra Jueces y Magistrados por los daños y perjuicios que, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, irrogaren en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio. Tampoco se admitirán estas demandas si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios.

5. *Proceso de reclamación de cuotas de comunidad en régimen de propiedad horizontal*

Como vimos anteriormente, el art. 249.1.8° exceptuaba del procedimiento ordinario las demandas que tuvieran por único objeto la reclamación de cuotas de comunidad en régimen de propiedad horizontal:

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:

8°. Cuando se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda.

Ello aclara definitivamente, que el procedimiento para reclamar las cuotas será el ordinario que corresponda, acudiéndose únicamente al procedimiento monitorio especial del art. 21 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuando concurran sus presupuestos, y en cualquier caso, de manera opcional para el actor.

No obstante, no deja de ser paradójico que las especialidades, nuevamente, estén fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que en este caso nos hallemos ante una suerte de especialidad del procedimiento especial monitorio de los arts. 812 a 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La precipitación en la tramitación legislativa impidió la incorporación de este procedimiento a la Ley de Enjuiciamiento Civil, como había sucedido con casi todos los demás[21].

Disposición Final Primera. Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal (...)

2. El artículo 21 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, quedará redactado en los siguientes términos:

«1. Las obligaciones a que se refieren los apartados e) y f) del artículo 9 deberán cumplirse por el propietario de la vivienda o local en el tiempo y forma determinados por la Junta. En caso contrario, el Presidente o el Administrador, si así lo acordase la Junta de Propietarios, podrá exigirlo judicialmente a través del proceso monitorio.

2. La utilización del procedimiento monitorio requerirá la previa certificación del acuerdo de la Junta aprobando la li-

21. Sobre la génesis legislativa, vid. CORREA DELCASSO, JUAN PABLO, *El proceso monitorio de la nueva Ley de Propiedad Horizontal: indicaciones prácticas de aplicación en aras a salvaguardar su constitucionalidad parcial*, La Ley 28-4-1999, nº 4784. Vid también, del mismo autor, *Presente y futuro de la reclamación de deudas comunitarias: Propuesta de solución a las reivindicaciones de los administradores de fincas*, RCDI, 2000, nº 656 enero febrero, pp. 173 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

quidación de la deuda con la comunidad de propietarios por quien actúe como secretario de la misma, con el visto bueno del Presidente, siempre que tal acuerdo haya sido notificado a los propietarios afectados en la forma establecida en el artículo 9.

3. *A la cantidad que se reclame en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior podrá añadirse la derivada de los gastos del requerimiento previo de pago, siempre que conste documentalmente la realización de éste, y se acompañe a la solicitud el justificante de tales gastos.*
4. *Cuando el propietario anterior de la vivienda o local deba responder solidariamente del pago de la deuda, podrá dirigirse contra él la petición inicial, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el actual propietario. Asimismo se podrá dirigir la reclamación contra el titular registral, que gozará del mismo derecho mencionado anteriormente.*
   En todos estos casos, la petición inicial podrá formularse contra cualquiera de los obligados o contra todos ellos conjuntamente.
5. *Cuando el deudor se oponga a la petición inicial del proceso monitorio, el acreedor podrá solicitar el embargo preventivo de bienes suficientes de aquél, para hacer frente a la cantidad reclamada, los intereses y las costas.*
   El tribunal acordará, en todo caso, el embargo preventivo sin necesidad de que el acreedor preste caución. No obstante, el deudor podrá enervar el embargo prestando aval bancario por la cuantía por la que hubiese sido decretado.
6. *Cuando en la solicitud inicial del proceso monitorio se utilizaren los servicios profesionales de Abogado y Procurador para reclamar las cantidades debidas a la Comunidad, el deudor deberá pagar, con sujeción en todo caso a los límites establecidos en el apartado tercero del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los honorarios y derechos que devenguen ambos por su intervención, tanto si aquél atendiere el requerimiento de pago como si no compareciere ante el tribunal. En los casos en que exista oposición, se seguirán las reglas generales en materia de costas, aunque si el acreedor obtuviere una sentencia totalmente favorable a su pretensión, se deberán incluir en ellas los honorarios del Abogado y los derechos del Procurador derivados de su intervención, aunque no hubiera sido preceptiva»*

Por último, entiendo que tanto si se utiliza el procedimiento monitorio, como el ordinario que corresponda por razón de la cuantía, el art. 449.4 es aplicable en todo caso, y establece una nueva especialidad en cuanto a los requisitos para recurrir la sentencia que se dicte:

Artículo 449. Derecho a recurrir en casos especiales

4. En los procesos en que se pretenda la condena al pago de las cantidades debidas por un propietario a la comunidad de vecinos, no se admitirá al condenado el recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al prepararlos, no acredita tener satisfecha o consignada la cantidad líquida a que se contrae la sentencia condenatoria. La consignación de la cantidad no impedirá, en su caso, la ejecución provisional de la resolución dictada.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA LEGITIMACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS*

ISABEL Mª VILLAR FUENTES
Profesora Asociada de la Facultad
de Derecho de Jerez

SUMARIO:

I. La protección de los intereses de los consumidores. — II. Legitimación y capacidad para la defensa de los consumidores en la nueva LEC. — III. Estado de la protección de los consumidores en las leyes específicas antes de la nueva LEC: a) Clases de legitimación de las asociaciones de consumidores en las leyes específicas. b) Pretensiones formulables por las asociaciones de consumidores en las legislaciones específicas. c) ¿Pretensiones de indemnización colectiva?

I. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES

El objeto sobre el que se va a centrar este trabajo es la defensa colectiva del consumo, teniendo en cuenta que es poca la normativa que reconoce expresamente la existencia de este "fenómeno" relativamente reciente. La

* (Comunicación presentada, al Curso de Verano "La protección del consumidor ante el siglo XXI", de la Universidad Internacional de La Rábida, Agosto de 1999)

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

protección que nos interesa es la que se dispensa a aquellos sujetos a los que va dirigido todo un engranaje de producción, marketing, ventas, etc; lógicamente, éstos sujetos consumidores, sufren atentados en ese ejercicio de consumo y entendemos que deben poder defenderse no sólo individualmente, sino también de un modo colectivo, de tal modo que las fuerzas queden al menos equiparadas.

Las relaciones económicas existentes en los países "occidentales" se basan en la actualidad en el sistema de libre competencia, piedra angular de un sistema económico saludable. Sin embargo ese sistema de libre competencia, rápidamente se revela como imperfecto, pues no existe la competencia perfecta, ya que ésta tiende a destruirse a sí misma, pretendiendo los distintos agentes económicos ser la mejor oferta y acaparar al máximo la demanda, utilizando mecanismos que crean: en unos casos lesiones indirectas a las otras empresas y, en otras ocasiones, generando lesiones, también en cierto modo indirectas a los consumidores, los cuales en definitiva son el objetivo final de la citada competencia. Son los atentados a los consumidores, los que nos van a ocupar en éste trabajo, más en concreto, las posibilidades de defenderse en la vía jurisdiccional civil, contra los atentados a sus "intereses de grupo"[1].

El consumidor tiene un papel lógicamente fundamental, en las relaciones de mercado, basadas en las reglas de libre competencia, pues actúa como un "árbitro"[2], que en teoría puede seleccionar dentro de la oferta del mercado, pero lo cierto es que la entidad del consumidor aislado es notablemente inferior a la de la "empresa", lo cual genera una notable disfunción en el sistema. Como consecuencia de ello el consumidor se encuentra "mediatizado por el sometimiento estructural que, en atención al reparto de poder en el propio mercado, caracteriza su posición"[3]. Por ello el objeto de éste estudio, son las posibilidades de legitimación activa colectiva de los consumidores en el proceso civil, ya que esa aglutinación de sujetos individuales

1. Bujosa Vadell, L.M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995, pag 321. Este autor le da la calificación de intereses de grupo, más adelante haremos referencia a otras denominaciones como "intereses colectivos y difusos".

2. García Cruces González, J.A., "Derecho Comunitario y Derecho de Consumo", *Revista de Derecho Mercantil*, 192, 1989, pag. 386, señala la importancia del papel del consumidor, aunque a su vez, reconoce que el dogma de la "soberanía del consumidor", es totalmente teórico.

3. García Cruces González, J.A., "Derecho Comunitario...", op. cit. , pag. 386.

en defensa de sus intereses como consumidores, parece mucho más eficaz y equitativa, a la hora de enfrentarse, a través de un proceso civil, con los agentes que les han perjudicado de algún modo.

La protección al consumidor, se encuentra amparada en la Constitución de 1978, en su artículo 51.1 y 2, proclama la defensa de los consumidores y usuarios, así como requiriere la regulación en la legislación ordinaria de procedimientos eficaces, para una real y pragmática protección de éste importante colectivo. Se consagra como uno de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo Tercero, por lo que de conformidad con el artículo 53.3 de la CE, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Sin embargo el respaldo decisivo a los intereses de los consumidores se debe reconocer al Derecho Comunitario, donde cabe mencionar en primer lugar el "Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección de información de los consumidores", aprobado por Resolución del Consejo de 14 de Abril de 1975[4], que reconoce los principales derechos de los consumidores e incluye un conjunto de concretas medidas para su realización[5]. Se produjeron otros sendos Programas, que intentaban subsanar la falta de medidas concretas tendentes a obtener la anhelada protección del consumidor[6].

El espíritu de los diversos Programas mencionados, fue asegurar la continuidad de una política comunitaria de defensa de los consumidores, adoptándose importantes medidas, bajo la forma de Directivas en este sentido: Directiva 450/84 (Publicidad engañosa, de 10 de Septiembre de 1984), Directiva 374/85 (Responsabilidad de productos, de 25 de Julio de 1985), Directiva 577/85 (Contratos negociados fuera de establecimientos comerciales, de 20 de Diciembre de 1985), la Directiva 102/87 (Créditos al consumo, de 22 de Diciembre de 1987)[7] , Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 (relativa a la protección de los

4. *JOCE*, C 92/16, de 25 de Abril de 1975.

5. Bujosa Vadell, L.M., *La protección jurisdiccional...*, op. cit. pag. 312,se incluyen "unos derechos materiales (derecho a la seguridad, la salud y los intereses legítimos de los consumidores y usuarios) y otros derechos que son instrumentales respecto a los anteriores (derecho a la información y a la educación de los consumidores y usuarios, y el fomento de organizaciones y la audiencia de éstas en las cuestiones que pueden afectar a aquellos)".

6. García Cruces González, J.A., "Derecho Comunitario...", op. cit. , pags. 331 y 332.

7. García Cruces González, J.A., "Derecho comunitario...", op. cit. , pags 331-333.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

consumidores en materia de contratos a distancia, cuyo art. 3 excluye de su ámbito de aplicación a los servicios financieros), entre otras.

Desde la óptica de la legitimación activa colectiva en el Derecho Comunitario, es necesario hacer referencia a la Carta de Protección de los Consumidores del Consejo de Europa, aprobado por la Resolución 543/73 de la Asamblea, donde se recoge ya la representación de los consumidores en juicio por las asociaciones de consumidores.

Estas Directivas comunitarias, así como el espíritu de protección al consumidor, y de obtención de una tutela eficaz para éste, lógicamente calaron en cada uno de los Estados miembros.

En España recientemente, se ha constatado la nueva sensibilización del legislador, ante la figura del consumidor y sus vías de protección. La concreta protección que se dispensa al consumidor, es un paso adelante pues la figura de éste sólo adquiere importancia y entidad propia con la llegada del denominado Modelo Social[8], es en este modelo económico en el que se destaca la necesidad de protección de los intereses de los consumidores. Anteriormente, con los Modelos Paleo-liberal y Profesional[9], no se tenía en cuenta la figura del consumidor, como la de un agente económico más, sino que sólo se pensaba en la "empresa" y en la necesidad de potenciar la actividad industrial.

En el Derecho español la presencia de los intereses de los consumidores, se ha hecho patente de forma distinta, en dos momentos diferenciados, por el antes y el después de la nueva Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

Antes de la nueva LEC, no existía ninguna norma procesal que hiciera referencia expresa a la defensa de los citados intereses, sin embargo sí es cierto, que legislaciones específicas, bien destinadas a los consumidores, bien a los empresarios y comerciantes, hacen referencias en ocasiones muy puntuales, a cuestiones procesales para su protección.

Como norma dedicada a los consumidores, encontramos la Ley General de defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), de 1984, donde se abordan cuestiones de carácter sustantivo, que afectan y son de interés para tales sujetos. Pero son mínimas las menciones de aspecto procesal, aunque cabe destacar el reconocimiento de legitimación activa a las Asociaciones de Consumidores.

8. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Competencia...* op. cit. , pags. 41 y ss.
9. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Competencia Desleal*, Madrid, 1988, pags. 27 y ss.

Es más amplia la representación de legislaciones destinadas a empresarios y comerciantes, las cuales regulan, con carácter general, la conducta de éstos en el mercado. Debemos mencionar la Ley General de Publicidad (LGP), de1988; la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), de 1989 y la Ley de Competencia Desleal (LCD), de 1991. En estas normas se regulan algunas especialidades procedimentales, pero en este trabajo la que se aborda, es la relativa a la legitimación activa.

En esta misma etapa anterior a la nueva LEC, se encuentran ciertas normas sectoriales para concretos tipos o formas de contratación, donde puntualmente también se hace alguna consideración a aspectos procesales: Ley de Contrato de Seguro[10] (LCS), de 1980; Ley de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos[11] (LRCDPD), de 1994; Ley sobre Condiciones Generales de Contratación[12] (LCGC), de1998; Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos[13] (LVBMP), de 1998; Ley para la Regulación de Viajes Combinados[14] (LRVC), de 1995; Ley sobre Derecho de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias, de 1998.

El panorama procesal de la protección de los consumidores, ha variado notablemente, con la aprobación de la nueva LEC. La mencionada Ley introduce la novedad de regular la tutela de los intereses de los consumidores desde la óptica de intereses colectivos y difusos; su defensa de un modo individual ya era posible gracias a la normativa procesal de la LEC de 1881. El Preámbulo de la nueva LEC, en el apartado VII, al señalar novedades referidas a las partes, indica: *"...la presente Ley aborda la realidad de la tutela de intereses jurídicos colectivos, llevados al proceso, no ya por quien se haya visto lesionado directamente y para su individual protección, o por grupos de afectados, sino por personas jurídicas constitui-*

10. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., "La LCU dentro del marco constitucional", en *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios"*, coordinada por BERCOVITZ, R., y SALAS, J., Madrid, 1992, pag. 21.
11. Artículo 14.
12. Esta Ley 7/1998 modifica la citada LGDCU en algunos aspectos, no teniendo repercusión dichas modificaciones sobre el artículo 20, que se estudia en este trabajo.
13. La anterior Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos de 17 de Julio de 1965, fue modificada, dando lugar a la citada Ley 28/1998 de 13 de julio, por el imperativo de la regulación contenida en la Ley 7/1995, de 23 de Marzo, de Crédito al Consumo.
14. Incorpora la Directiva 90/314/CEE, de 13 de Junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

das y legalmente habilitadas para la defensa de aquellos intereses"[15]. Son importantes las novedades de la Ley, a la vez que introduce alguna derogación, por lo cual parece oportuno hacer un pequeño análisis de todo ello.

II. Legitimación y capacidad para la defensa de los consumidores en la nueva LEC

Para llevar a cabo el estudio y análisis de la defensa de los consumidores en la nueva LEC, es necesario, distinguir previamente los diversos intereses que se pretenden amparar, para de ese modo ir averiguando la legitimación que se reconoce para la defensa de cada uno de ellos.

Los intereses que menciona la nueva LEC, en los artículos dedicados a los consumidores son: los intereses de la Asociación de Consumidores, los intereses de los asociados, el interés general de consumidores y usuarios, los intereses colectivos y los intereses difusos.

Por lo que respecta a los intereses de las Asociaciones de Consumidores, siguiendo la regla general del artículo 10.I de la nueva LEC, se les reconoce legitimación en aquellos casos en que estén tutelando los propios intereses de la asociación[16]. Este reconocimiento no supone una novedad, ni un especial reconocimiento de legitimación, pues en esos casos la asociación está defendiendo unos derechos que le son propios, por lo que es aplicable la norma general para la defensa de todo tipo de intereses y derechos propios. Pese a ello, vuelve a hacerse mención, en la misma ley, a la legitimación de la Asociaciones, en ese tipo de intereses propios, pues el art. 11[17] de la LEC reconoce expresamente tres clases de intereses para los cuales las asociaciones de consumidores estarían legitimadas: en primer lugar los de sus asociados, en segundo lugar los ya mencionados intereses de la asociación, y por último los intereses generales de los consumidores y usuarios. La referencia en este artículo 11 de la nueva LEC a la legitimación de las Asociaciones de Consumidores, para la defensa de sus propios intereses parece un poco reiterativa respecto al artículo anterior. La nueva aportación del artículo 11 parece que debería haberse centrado sólo en la legitimación de las Asociaciones en los intereses de los asociados y los generales de los consumidores y usuarios. Es posible que esto se deba al aparente traslado literal de la LGDCU, en su art. 20.1, que más adelante será analizado con el resto de legislaciones especificas, el cual recoge de un modo idéntico los tres intereses mencionados.

El segundo grupo importante de intereses susceptibles de protección son los intereses de los asociados. Aquellos asociados que sean perjudicados por un acto de comercio, en definitiva en su papel de consumidores, podrán acudir a la Asociación para que les defienda. Pero es necesario advertir que dentro de este grupo de intereses es posible diferenciar a su vez intereses individuales e intereses colectivos; es decir el daño sufrido de un modo aislado por un asociado-consumidor, o el daño sufrido por un grupo de asociados-consumidores. A efectos de tipo de legitimación reconocida a la Asociación para la protección de estos dos sub-grupos de intereses, es indiferente, pues parece que se trata de una representación voluntaria. Más arriba hemos hecho referencia al artículo 11 de la nueva LEC donde se reconoce, expresamente, a las "*...Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas...*", legitimación para la defensa de los intereses de sus asociados.

Un tercer grupo de intereses es el que, el propio artículo 11 de la nueva LEC que estábamos analizando, los denomina "*intereses generales de los consumidores*". Para diferenciar este tipo de intereses, de otros intereses ya sean colectivos o difusos, habrá que prestar atención a la existencia o no de hecho dañoso. De tal modo que la protección de los intereses *a priori*, de la producción de un hecho dañoso, se calificaría de interés general, pero lo cierto es que la identificación y perfil de este tipo de interés general, será necesario que la jurisprudencia lo vaya delimitando en sus pronunciamientos. En una primera aproximación a esos intereses generales, en los cuales no se ha producido un hecho dañoso, cabe hacer mención a cinco derechos que se han interpretado básicos en la protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de la UE[18]:

15. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2000.

16. En este caso se trataría de una legitimación ordinaria, pues no está defendiendo derechos ajenos.

17. Art. 11.1 de la nueva LEC: "*Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores.*".

18. Consejo de las Comunidades Europeas, DO nº C-92, 25.04.1975.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1º. Derecho a la protección de la salud y la seguridad.
2º. Derecho a la protección de los intereses económicos.
3º. Derecho a la información y a la educación.
4º. Derecho a la representación.
5º. Derecho a la justa reparación de los daños por medio de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos.

De esta lista debemos señalar en primer lugar que el quinto derecho, el cual tiene un carácter procesal, no se identifica con interés general, menos aún en lo que se refiere a reparación de daños, pues en ese caso estamos ante intereses colectivos, o en todo caso difusos. Pero del resto de derechos que se proclaman, exceptuando alguno que pueda tener una defensa con un matiz más político, el resto parece que aglutina a grandes rasgos los intereses generales, en los cuales no tiene porqué haberse producido un daño, pero necesitan de protección procesal. Protección procesal que la nueva LEC dispensa a estos intereses generales, mediante el reconocimiento a las Asociaciones de Consumidores de legitimación para su defensa.

Es el artículo 11 citado anteriormente, el que hace referencia a esta legitimación extraordinaria, pues en ese caso la Asociación no defiende intereses propios (legitimación ordinaria), ni intereses de sus asociados (representación voluntaria), sino que defiende intereses que podemos decir que son ajenos. En la nueva LEC el párrafo segundo del citado artículo, es el que deja la puerta abierta a "*...la legitimación a persona distinta del titular*", de tal modo que ya se advierte el criterio amplio de reconocimiento de legitimación, a las Asociaciones de Consumidores.

Nos parece que es necesario hacer alguna reflexión sobre la idoneidad de conceder a las Asociaciones de Consumidores, en exclusiva, la protección de los intereses generales de los consumidores. No parece desacertado que dichas asociaciones se ocupen de la defensa de tales intereses, pues la protección de ellos será una de sus máximas, pero el monopolio procesal que se establece en el artículo 11 de la nueva LEC, quizás resulte insuficiente. Esos intereses generales ¿no deberían poder ser defendidos, también, por otras entidades?; si pensamos en los derechos[19] que hemos señalado anteriormente parece que se merecen la posibilidad de protección por parte del Ministerio Fiscal, o entidades como el Instituto Nacional de Consumo, e incluso según la materia del Ministerio de Sanidad.

19. Los derechos que fueron proclamados por el Consejo de las Comunidades Europeas.

El cuarto grupo de intereses, es el referido a los intereses colectivos, los cuales antes de analizar la legitimación para su defensa, necesitan de alguna consideración, para diferenciarlos de los intereses difusos. El citado artículo 11, en su párrafo segundo, sorprende por la simplicidad[20] con que soluciona la dicotomía entre intereses colectivos y difusos, al reconocer como intereses colectivos los que corresponden, a "*...un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables...*". La clasificación resulta sumamente sencilla y clara, pues dependerá solamente de si los miembros que componen el grupo son o no determinados o al menos fácilmente determinables. Aunque también es necesario reconocer, que en algunos casos puede resultar extremadamente difícil dilucidar si el grupo es determinable o no, ya que es relativo precisar hasta qué punto es fácil o difícil determinar los miembros de un grupo. Esta clasificación de los intereses, que hemos calificado de sencilla difiere de la de algún autor[21], que distingue los intereses colectivos, no sólo porque sus miembros estén determinados o sean fácilmente determinables, sino también considera necesario que estén unidos por un vínculo jurídico. De ahí que resulte sumamente tolerante la concepción que de éstos intereses tiene la nueva LEC.

Una vez identificados los intereses colectivos es necesario acudir al artículo 11, en su párrafo segundo[22], el cual atribuye legitimación para la tutela de estos intereses a tres grupos diferenciados:

1. Asociaciones de Consumidores.
2. Entidades legalmente constituidas para la defensa de estos intereses.
3. Grupos de afectados.

La legitimación extraordinaria de las Asociaciones de Consumidores,

20. El término simplicidad, debe ser interpretado, no como una crítica, sino por el contrario como un logro, al haberse alejado de complicadas discusiones doctrinales poco fructíferas.

21. Montero Aroca, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994, pag. 65: "Lo característico de los intereses colectivos es que los mismos corresponden a una serie de personas, más o menos numerosa, que están o pueden estar determinadas, entre las cuales existe un vínculo jurídico, existiendo una entidad que es persona jurídica a la cual se atribuye por la ley la representación institucional para la defensa de ese interés."

22. Art. 11.2 de la nueva LEC: "*Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que vengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como los propios grupos de afectados*".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

para los intereses colectivos, resulta coherente y sumamente práctica, pues da viabilidad a aquellos consumidores perjudicados por un hecho dañoso común, que sin pertenecer a una asociación, pueden ver defendidos sus derechos por una organización con entidad y medios suficientes para enfrentarse al agente del comercio que causó el daño. Esta solución ya se preveía en legislaciones específicas, que veremos más adelante. El segundo supuesto de legitimación, el de las entidades legalmente constituidas para la defensa de esos intereses, parece más confuso o quizás innecesario. Si los intereses colectivos pueden ser defendidos por las Asociaciones de Consumidores y por los propios grupos de afectados, que veremos más adelante, surgen algunas preguntas: ¿cuáles son esas otras entidades legalmente constituidas?, ¿para qué reconocer legitimación a estas entidades?

No queda nada claro en el art. 11.2 de la nueva LEC a qué entidades se refiere al decir *"...a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos..."*[23], porque parece que ese tipo de entidades deberían ser las Asociaciones de Consumidores, las cuales ya han sido citadas por el artículo 11, ya que su finalidad es esa precisamente, la protección de los consumidores y usuarios, no tendría sentido semejante redundancia. Ello hace pensar que se está refiriendo o a asociaciones de carácter más particular y que por tanto protejan unos intereses más concretos, pero referidos al consumo, en alguna de sus múltiples facetas, o a entidades como las mencionadas anteriormente en los intereses generales (Ministerio Fiscal, Instituto Nacional de Consumo...).

Es difícil entender el porqué de la legitimación extraordinaria de estas entidades, para los intereses colectivos, cuando se revela más necesaria para los intereses generales, tal y como hemos señalado.

Encontramos en el artículo 11.2 de la nueva LEC, la tercera legitimación para la defensa de los intereses colectivos, la cual supone un importante paso adelante en la materialización de la protección de los intereses de los consumidores. Se reconoce legitimación a los propios grupos de afectados, tratándose de una legitimación ordinaria, pues los integrantes del grupo de afectados están defendiendo sus propios intereses. La gran novedad radica en que se les reconoce dicha legitimación sin que sea necesaria la constitución de los mismos, en personas jurídicas[24].

23. La misma terminología es utilizada por la LOPJ en su art. 7.3.

24. Hasta la fecha los grupos de afectados debían constituirse en asociaciones, para poder llevar a cabo la defensa de sus intereses de un modo conjunto.

Para que sea factible esta legitimación a grupos de afectados, sin personalidad jurídica, la propia LEC de 2000 reconoce en el art. 6.7º[25], capacidad para ser parte a los grupos de consumidores o usuarios. Analizando este artículo se observa que son tres los presupuestos, que se plasman como necesarios para reconocerle la capacidad para ser parte: que estén afectados por un hecho dañoso (se presupone que relacionado con el comercio), que estén determinados o sean determinables[26] y que se constituyan en grupo con la mayoría de los afectados. Al estudiar estos tres requisitos del art. 6.7º, parece que coinciden con todas las condiciones que dábamos para identificar a los intereses colectivos; pues en primer lugar advierte que es necesario que se haya producido un hecho dañoso, al cual hacíamos referencia para distinguir los intereses colectivos de los intereses generales y en segundo lugar que los perjudicados estén determinados o sean determinables, coincidiendo con la referencia a los intereses colectivos del art. 11.2 de la misma LEC. Por tanto, se admite la capacidad para ser parte a los grupos de afectados, sin que necesariamente tengan que erigirse en asociación, es decir no se les exige personalidad jurídica. De la lectura del artículo dedicado a la capacidad para ser parte se desprende, *sensu contrario*, que los grupos de consumidores y usuarios indeterminados o de difícil determinación, quedan excluidos de este reconocimiento de capacidad.

De este modo se le está reconociendo capacidad para ser parte a entes sin personalidad, lo cual podría conducir a dudas sobre la representación en juicio, pues ya no cabe acudir a los órganos de administración de la persona jurídica. La nueva LEC soluciona la representación en juicio con un criterio

25. Art. 6. 7º: *"Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados."*.

26. Esta referencia nos conduce a identificar tales intereses como, intereses colectivos, en contraposición con los intereses difusos, los cuales se caracterizan por no ser posible la identificación de las personas físicas que los componen. Así se pronuncia MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994, pags. 65 y 66: *"Lo característico de los intereses colectivos es que los mismos correspondan a una serie de personas, más o menos numerosa, que están o puedan ser determinadas, entre las cuales existe un vínculo jurídico."*. Es necesario advertir que la nueva LEC ha ido más lejos pues llega a admitir la defensa de los intereses colectivos de los consumidores, por el mero hecho de formar un grupo fácilmente determinable, sin necesidad de un vínculo jurídico que los una.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

amplio en el art. 7, al señalar: *"...comparecerán en juicio las personas que de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros"*. Bastaría con que una de las personas componentes del grupo de afectados, de facto, se erigiera en representante, por cuanto no siempre van a existir pactos en ese sentido.

El quinto y último grupo de intereses a proteger por la nueva LEC, es el de los intereses difusos. Si hasta ahora hemos señalado importantes avances de la nueva LEC, sobre todo en lo que respecta a la apertura de vías idóneas para la protección de los consumidores, es necesario reseñar, como una de las novedades más notables, la atención que les presta a los intereses difusos, los cuales, como ya se menciona en otro momento del estudio, sólo eran protegidos en los procesos laboral y administrativo. El párrafo tercero del art. 11[27], de la nueva LEC, establece una exclusiva legitimación a las asociaciones de consumidores, en el sentido que no se la reconoce a nadie más, *"...para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos..."*, así mismo este artículo en el párrafo tercero define los intereses difusos como aquellos correspondientes a *"...una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación..."*. Este es un caso más de legitimación extraordinaria de las Asociaciones de Consumidores, al igual que en los intereses colectivos y en los intereses difusos. Ha sido la nueva LEC la que ha materializado el principio, hasta ahora parecía más bien programático, del art. 7.3 de la LOPJ, que pretende evitar la indefensión de *"...los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos..."*[28], la lectura de este artículo demuestra que las aspiraciones que este recoge son más amplias que lo que ha plasmado el art. 11.3 de la nueva LEC, pero no por ello hay que dejar de reconocer la protección que se ofrece a los intereses difusos, en la estudiada Ley. Resulta, posiblemente, obvio señalar que la protección de esos intereses se puede hacer de un modo

27. Art. 11.3 de la nueva LEC: *"Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas"*.

28. Art. 7.3 de la LOPJ: *"Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción"*.

individual por cada uno de los afectados, pero lo cierto es que esto resulta poco operativo y con pocas esperanzas de prosperidad.

Se ha ocupado de la identificación e individualización de los perjudicados en el supuesto de intereses difusos el art. 15 de la nueva LEC. Como norma general el primer párrafo del artículo 15 establece la publicidad de los procesos que persigan la protección de derechos e intereses, tanto colectivos como difusos. Publicidad que será llevada a cabo mediante la difusión de la admisión de la demanda, en los medios de comunicación. Pero la preocupación por los intereses difusos avanza aún más cuando se articula un procedimiento específico, para éstos, en el artículo15.3[29], aunque lo cierto es que no especifica un mecanismo concreto, sino que lo deja en función de la complejidad en la localización de los miembros, y concede un plazo especial de dos meses de suspensión del proceso, para dar publicidad a éste. En la misma línea se encuentra el artículo 256.1.6º de la nueva LEC, referido a las diligencias preliminares, en el párrafo primero, nº 6[30], al establecer una diligencia preliminar para poder determinar a los miembros del grupo de afectados, cuando sea posible su determinación.

La labor de localización y en definitiva de individualización de los sujetos que conforman, tanto los intereses colectivos como los difusos, tiene una especial relevancia en la ejecución de la sentencia. De tal modo que si se pretendió una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, no habrá problema alguno si ha sido posible la individualización a la que se aspira en el mencionado art. 15, ya que la propia sentencia estimatoria señalará a los beneficiados por la condena, tal y como establece el artículo 221.1, en su primer párrafo[31]. Pero para el caso en que la individualización no sea posible, la solu-

29. Art. 15.3 de la LEC: *"Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados"*.

30. Art. 256.1.6º de la nueva LEC: *"Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretara los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables"*.

31. Art. 221.1, párrafo primero: *"Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena"*.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción aportada por el párrafo segundo[32] del citado art. 221.1ª.II, en combinación con la regla segunda, es realmente innovadora, pues parece que se aproxima a las *class actions* de los Estados Unidos y de la legislación Brasileña. Parece que en ese caso las indemnizaciones no van a poder determinarse, es más los daños aún están indeterminados, pues se ofrecen los datos, características y requisitos para exigir el pago, por lo que se desconoce en ese momento quién y cuántos sujetos van a acudir al cobro de la indemnización.

III. Estado de la protección de los consumidores en las leyes específicas anteriores a la nueva LEC

La protección del interés individual del consumidor lesionado en un proceso civil se revela como obvia, puesto que cualquier sujeto puede ejercitar sus derechos subjetivos a través del proceso, es la forma ordinaria de legitimación, tanto en el caso de la ordinaria como en el de la extraordinaria por sustitución[33]. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ha venido reflejando una concepción individualista de las relaciones de los sujetos en la sociedad, por lo que la legitimación activa se vincula "...a la afirmación de la titularidad de la relación jurídica deducida en juicio."[34]. Pero esta concepción individualista no se corresponde con lo que, con el paso del tiempo, sucede en la sociedad: las relaciones ya no se producen sólo entre dos sujetos, sino que una misma relación jurídica puede afectar a numerosos grupos de sujetos, tal y como sucede con las relaciones comerciales, la publicidad etc... De tal modo que una sóla campaña de ventas, publicitaria o comercial, de una única empresa o industria, afecta a un número considerable de consumidores, lo extraño sería que sólo repercutiera en un sujeto. Ante la importante trascendencia tanto cuantitativa

32. Art. 221.1, párrafo segundo: *"Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante"*.

33. Montero Aroca, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994, pag. 61, "...es el supuesto normal contemplado por el derecho, bien porque el mismo se origina desde una concepción individualista de las relaciones del hombre en sociedad, bien porque estadísticamente los conflictos suelen presentarse entre dos personas"

34. Bellido Penadés, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Granada, 1998, pag. 184.

como cualitativa de los actos de comercio, es lógico entender que era necesaria una protección acorde de los intereses de los consumidores. La protección aislada de cada consumidor, siguiendo la línea individualista de la antigua LEC, es insuficiente, puesto que se produce una situación de desigualdad en los medios respecto a la empresa o industria lesionadora.

Era necesario que los consumidores afectados por un hecho dañoso, pudieran unirse en la defensa y protección de sus intereses, de tal modo que su posición tuviera una entidad equiparada a la de la parte contraria.

Por tanto, la aparición de los denominados intereses de grupo, en tanto en cuanto se trata de unos intereses comunes a determinados grupos sociales, ya sugiere la necesidad de reconocimiento de una legitimación extraordinaria, que permita representar esos intereses en juicio por las asociaciones de consumidores[35]. Nos encontramos ante unos intereses que, como hemos visto anteriormente, pueden ser colectivos y difusos, los cuales en una inicial definición, se caracterizaban los primeros porque correspondían a una serie de personas determinadas o determinables entre las cuales existía un vínculo jurídico; por el contrario los intereses difusos se caracterizaban porque correspondían a una serie de personas indeterminadas y sin vínculo jurídico alguno entre ellas; pero ya hemos visto en la nueva LEC, como desaparece la exigencia de existir o no vínculo jurídico. Partiendo de ésta somera distinción, se puede afirmar que los intereses colectivos sí tienen una específica protección en el Derecho Español, tanto en el proceso administrativo (arts. 18 y 19.1,b) de la LJCA)[36], cómo en el proceso laboral (reconocido tanto en el art. 7 de la CE y el art. 17.2 TRLPL)[37]. Sin embargo en el proceso civil no se había encontrado referencia alguna a estos intereses, ni por tanto reconocimiento de legitimación a asociaciones y corporaciones, hasta la aparición de las leyes específicas que más adelante se analizarán.

Pese a la aparición de legislaciones que regulan materias en concreto y que a su vez reconocen la legitimación activa para las asociaciones de con-

35. Más adelante veremos como, en las leyes específicas, la única posibilidad real de legitimación extraordinaria, para los intereses de grupo, es a través de una persona jurídica legalmente constituida, no habiendo prosperado el principio del artículo 7.3 de la LOPJ, en esos textos.

36. La LJCA de 27 de Diciembre de 1956, recogía dicha protección en los artículos 28.1, a) y 32, pero el avance de la LJCA actual ha sido notable, pues al hablar de la legitimación en el art. 19.1, b) señala: *"...afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos."*

37. Bellido Penadés, R., *La tutela frente a la...*, op. cit. , pag. 186.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sumidores, ninguna de ellas había materializado la legitimación de los grupos, para la defensa en juicio de los intereses colectivos prevista en el art. 7.3 LOPJ[38]. De tal modo que no existía legislación alguna que reconociera legitimación a grupos de afectados que no estuvieran constituidos como personas jurídicas. Es precisamente en los grupos de personas que no están determinados, donde se encuentran los intereses difusos y, más en concreto, la mayor parte de los intereses de los consumidores, que casi siempre se encuentran, sólo ligados entre ellos por ser destinatarios de una misma campaña de publicidad, ser consumidores de un mismo producto etc...[39]. La indeterminación de las personas afectadas, la inexistencia de persona jurídica específica, que las aglutine, así como el no haberse plasmado en el ámbito normativo específico (LGDCU, LDC, LCD...) el principio del art. 7.3 de la LOPJ, ha provocaba problemas de legitimación a estos colectivos, encontrándose la única solución, en ese momento, en el reconocimiento a las asociaciones de consumidores de legitimación (extraordinaria) para la protección de esos intereses difusos de los consumidores.

Pero además de la existencia de intereses de grupo, los intereses individuales de los consumidores también justificaban la legitimación extraordinaria de las asociaciones de consumidores, para representar a sus asociados, pues ya señalábamos más arriba, la posición del consumidor aislado frente a la empresa es notablemente inferior[40], ya que gozan de mayores medios económicos, materiales y técnicos para defenderse de posibles demandas.

A) *Clases de legitimación de las asociaciones de consumidores en las leyes específicas*

Dentro de las específicas legislaciones que protegen los intereses de los consumidores, vamos a referenciar a tres de ellas por el papel que reconocen a las asociaciones de consumidores: la LGDCU (art. 20.1), la LGP (art. 25) y la LCD (art. 19.2 b).

El ámbito de atribución de legitimación colectiva más amplio se encuentra en el art. 20.1 de la LGDCU, pues reconoce a las asociaciones de consumidores y usuarios la posibilidad de "... *ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos* (asociados), *de la asociación o de los intereses generales de los consumidores u usuarios*". Se encuentran por tanto tres posibilidades de actuación procesal de las asociaciones: en defensa de sus asociados[41], los cuales pueden plantear de un modo independiente su posición jurídica violada, pero para una mayor eficacia y seguridad encomiendan la actuación procesal a la asociación a la cual pertenecen; en defensa de la asociación, en tanto en cuanto se trata de una persona jurídica y en virtud del art. 24.1 de la CE es titular del derecho fundamental de acceso a la justicia; y por último en defensa de los intereses generales de los consumidores[42].

Sin embargo, es distinta la extensión del reconocimiento de legitimación para las asociaciones en el art. 25 de la LGP. El precepto legitima activamente para el ejercicio de cualquiera de las pretensiones que constituyen su objeto a "*....los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios y las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas*" [43]; en éste caso sólo se refiere a los intereses difusos de consumidores y usuarios, no a la defensa de los intereses públicos que ya tienen previstos los órganos administrativos oportunos, ni a los intereses patrimoniales concretos, para lo cual sólo lo están las personas físicas o jurídicas afectadas[44].

38. Bellido Penadés, R., *La tutela frente a la...*, op. cit. , pag. 187 y 188; especifíca el segundo inciso del art. 7.3 LOPJ, "... para la defensa de éstos últimos (intereses colectivos) se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados, o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.". Ninguna de las leyes que se han publicado con posterioridad a la LOPJ, han reconocido legitimación, para grupos que no sean personas jurídicas.

39. Montero Aroca, J., *La legitimación en...*, op. cit., pag. 66.

40. Montero Aroca, J., *La legitimación en...*, op. cit., pag 66, indica que la legitimación individual ordinaria puede ser insuficiente e incluso inconveniente.

41. Bujosa Vadell, L.M., *La protección jurisdiccional...*, op. cit., pag. 321, la pretensión ejercitada en éste caso por la Asociación, es la suma de las pretensiones individuales que podrían haber ejercido cada uno de los consumidores afectados.

42. Marín López, J.J., "El ejercicio de acciones judiciales", en *Comentarios a la Ley General de ...*, op. cit., pag. 549, señala que en lugar de hablar de *interés general* de los consumidores y usuarios, la LGDCU, debería haber hablado de intereses colectivos, puesto que se refiere a éstos como colectivo amenazado por un determinado comportamiento del mercado.

43. Montón Redondo, A., "El proceso de la Ley General de Publicidad", *La Ley*, nº 1, Madrid, 1989, pag. 1048, especifica que de conformidad con la Directiva comunitaria, de 10 de Septiembre de 1984, sobre la represión de la publicidad engañosa, en su art. 4.1, se estiman legitimadas "*...a las personas u organizaciones que, según la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la prohibición de la publicidad engañosa*".

44. Montero Aroca, J., *La legitimación en el...*, op. cit., pag. 68.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El art. 19.2. de la LCD, reconoce para unas determinadas pretensiones, legitimación a: " a) *Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros. b) Las asociaciones que según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en éste supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores.*". Se plantea una doble posibilidad de actuación procesal de las asociaciones de consumidores, que puede recordar en cierto modo al art. 20.1 de la LGDCU, ya que éstas pueden actuar en defensa de sus miembros (o asociados), cuando resultan lesionados particularmente por un acto de competencia desleal, o para la defensa de los intereses difusos de los consumidores. Ciertamente, no se hace mención a la actuación procesal en defensa de los propios intereses de la asociación, del modo en que lo especifica el art. 20. 1 de la LGDCU, pero esto es algo que queda sobreentendido, puesto que las asociaciones de consumidores son personas jurídicas y, al igual que las personas físicas, gozan del derecho fundamental del art. 24.1, de la tutela judicial efectiva. La LCD no pretende tutelar únicamente los derechos e intereses individuales del consumidor o consumidores aislados, sino que además tutela el interés difuso de los consumidores potencialmente afectados[45].

Ciertamente ha supuesto un notable avance en nuestro ordenamiento jurídico, el despliegue de una legitimación colectiva en materia de consumo, como el medio más eficaz para asegurar la protección de los intereses de los consumidores y usuarios, pero es necesario hacer hincapié en dos extremos: por una parte que no ha quedado solventado[46] en el ámbito normativo la aspiración del art. 7.3 de la LOPJ: "*Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción*". La atribución de legitimación colectiva expuesta en las tres legislaciones específicas, hace referencia a entes con personalidad jurídica, como son las asociaciones de consumidores, pero obvian la posibilidad de actuación procesal para grupos que carezcan de ella. Sin embargo lo cierto es que jurisprudencialmente, la capacidad para ser parte de grupos sin personalidad jurídica, sí ha sido reconocida[47], aunque planteando otros problemas prácticos que la doctrina procesalista ha intentado solventar.

En las tres leyes específicas anteriores, existen menciones expresas a la legitimación colectiva de las asociaciones de consumidores, sin embargo cabe hacer referencia a la Ley 32/1988, de 10 de Noviembre, de Marcas y a la Ley de Defensa de la Competencia, Ley 16/1989, de 17 de Julio, pues de bien de un modo indirecto, bien por remisión, en algunos casos hay que estar a lo previsto en el art. 20.1 de la LGDCU.

Ciertamente la LM, no regula la posibilidad de atribuir a las asociaciones de consumidores legitimación en defensa de un derecho de marca, sino que sólo hace mención a los titulares del derecho de marca (art. 35). Pero cabe plantearse que en algunos casos los derechos de los consumidores pueden quedar afectados por la infracción de un derecho de marca, pues los signos distintivos, no sólo tienen un interés empresarial[48], sino que van necesariamente ligados a la identificación que de ellos hacen los consumidores. De tal modo que pueden inducir a errores o engaños, lesionando de este modo el interés general de los consumidores, por lo que en virtud del art. 7.3 de la LOPJ y del art 20.1 de la LGDCU, cabría la legitimación activa colectiva para las asociaciones y grupos que resulten afectados[49].

Un caso similar sucede con la LDC, donde tampoco se menciona expresamente la intervención de los consumidores, en los procedimientos que este cuerpo normativo regula, pero lo cierto es que al protegerse el mantenimiento de la competencia, se protegen también los intereses de los consumidores. Las prácticas restrictivas de la competencia afectan sin duda alguna a los intereses de los consumidores, pero es necesario hacer una importante salvedad pues el órgano encargado de su represión no tiene carácter juris-

45. Bellido Penadés, R., *La tutela frente a...*, op. cit., pag. 189, habla de interés colectivo de los consumidores, sin embargo parece que si se está haciendo referencia al interés de los consumidores, como un interés que no es específico de algunos miembros de la asociación, para lo cual está previsto el apartado a) del art. 19.2, parece que quizás se trate más bien de interés difuso.

46. Montero Aroca, J., *La legitimación en el...*, op. cit., pag. 70, señala que en la práctica los afectados tienden a constituir asociaciones específicas para la defensa de los intereses comunes, de tal modo que la citada norma se que da sin aplicación real.

47. Bellido Penadés, R., *La tutela frente a...*, op. cit., pag. 188, señala que jurisprudencialmente se ha reconocido la capacidad para ser parte de ciertos grupos o entes sin personalidad jurídica, aunque el problema que ha surgido en esos casos ha sido la determinación de la persona que pueda actuar en juicio en representación del grupo.

48. Marín López, J.M., "El ejercicio de...", op. cit. , pag. 586.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diccional, sino administrativo, de ahí que no se pueda hablar de representación procesal en estos casos[50].

B) *Pretensiones formulables por las asociaciones de consumidores en las legislaciones específicas*

Uno de los límites de la atribución de legitimación colectiva se encuentra en las clases de pretensiones que pueden ejercitar las asociaciones de consumidores, ya que, unas veces por referencia expresa de la ley, otras por el propio contenido de la pretensión algunas de ellas quedan fuera de la esfera de las asociaciones.

La LGDCU en el art. 20.1 sólo hace referencia a las *"correspondientes acciones"* en defensa de sus asociados, de sus propios intereses, o de los consumidores en general, por lo que se puede censurar el que adolezca de una concreción mayor, como la de la LGP y la LCD, las cuales sí especifican y concretan los ámbitos de actuación de las asociaciones de consumidores. De igual modo que fue alabada en su momento esta norma por la innovación que suponía el reconocimiento de legitimación activa, también resultó censurada[51] por la vaguedad de la misma a la hora de especificar las *"correspondientes acciones"*. La doctrina ha intentado delimitar qué clases de acciones pueden ejercitar las asociaciones de consumidores, y para ello lo ha hecho distinguiendo los tres grupos que la propia ley delimita, esto es las "acciones" en defensa de sus intereses propios, de sus asociados y de los "intereses generales de los consumidores".

Es obvio que el primer grupo no plantea problema alguno, pues como persona jurídica podrá ejercitar todas las pretensiones previstas, para la defensa de los derechos e intereses que le son propios. En definitiva se trata de una legitimación ordinaria[52] de una persona jurídica.

Respecto a los "intereses generales de los consumidores", se entiende que pueden ejercitar pretensiones preventivas[53], como la de cesación, que

49. Bujosa Vadell, L.M., *La protección jurisdiccional...*, op. cit. , pag. 341.

50. BBujosa Vadell, L.M., *La protección jurisdiccional...*, op. cit. , pag. 340.

51. Vid en este sentido: DE LA OLIVA SANTOS, A., "el problema específico de la protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios reside en la falta de acciones..., esto es, la falta de tutelas jurisdiccionales concretas que se pueden pedir y obtener", en *Sobre la tutela jurisdiccional a los consumidores y usuarios*, EC, 1989, nº 16, pags. 161- 162.

52. Montero Aroca, J. , *La legitimación en el...*, op. cit., pag. 67.

en definitiva es la pretensión que consigue que la lesión o daño siga produciéndose. No por ello se debe olvidar a las pretensiones declarativas puras, así como al resto de las constitutivas, pues las asociaciones están legitimadas para todas ellas. Los problemas surgen con las pretensiones de condena, ya que se acepta la legitimación colectiva para las de condena a hacer y a no hacer, pero se entienden totalmente excluidas aquellas que supongan indemnización por daños y perjuicios[54].

El último grupo es el referido a los intereses de sus asociados, en cuyo caso se deben incluir todas las pretensiones a su alcance, para la defensa de los derechos individuales de los mismos. Tanto es así que parece claro aceptar que se puede plantear, por las asociaciones de consumidores, una pretensión de condena con indemnización por los daños causados, bien de un modo aislado para alguno de sus miembros, bien para un grupo de ellos[55]. Lógicamente esta posibilidad queda fuera de la legitimación extraordinaria de las asociaciones en defensa de los intereses generales de los consumidores, pero tiene cabida cuando actúa como representante de sus asociados. Sí ha planteado alguna duda la calidad en la que interviene en estos casos la asociación: si es un representante de los asociados en el proceso, entidad obtenida por el acto de afiliación, que implicaría un apoderamiento voluntario a la asociación para actuar en juicio, o si la asociación actúa como un sustituto procesal, con el consiguiente reconocimiento de parte procesal[56].

No se ha considerado necesario realizar un catálogo de las pretensiones, pues se entiende que quedan suficientemente determinadas en la LGDCU

53. Bellido Penadés, R., *La tutela frente a la...*, op. cit., pag. 190.

54. Montero Aroca, J., *La legitimación en el...*, op. cit., pag. 67, excluye en su totalidad las pretensiones de condena a obligaciones dinerarias que impliquen indemnización de los daños sufridos, independientemente de tratarse a nivel individual o a nivel colectivo. La imposibilidad de ejercitar una pretensión de indemnización por daños a nivel colectivo, es evidente por la propia imposibilidad del Derecho material español.

55. Bellido Penadés, R., *La tutela frente a la...*, op. cit., pag. 190, en este sentido entiende que "...el inciso representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos sí permitía a las asociaciones de consumidores formular las pretensiones de resarcimiento de daños perjuicios en defensa de los intereses de sus asociados. Por el contrario no comparte esta postura MONTERO AROCA, que entiende excluida cualquier pretensión de condena a obligaciones dinerarias. (vid. *La legitimación en...*, op. cit., pag. 67).

56. Bujosa Vadell, L.M., *La protección jurisdiccional...*, op. cit , pag. 326, entiende que la solución más correcta sería considerar que la asociación actúa en nombre propio, debido al interés en la defensa de sus propios fines, pero además, actúa en interés de sus miembros y ejercitando derechos de éstos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

"... cuando afirma que les cabe el ejercicio de las *correspondientes acciones* en defensa de sus asociados, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios está diciendo llanamente, que pueden ejercitar *todas las acciones que correspondan...*"[57].

La LGP en el art. 25 legitima a las asociaciones para "*...solicitar del anunciante la cesación o en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita*". Se trata de una legitimación colectiva de un "interés de grupo" en sentido estricto, de tal modo que se pretende sólo evitar que exista una publicidad ilícita (art. 3 LGP), la cual afecta a un colectivo de consumidores y usuarios. En esta ley no se prevé legitimación de las asociaciones para actuar en nombre de ningún interés individual, a diferencia de lo visto en la LGDCU.

Por tanto en este ámbito normativo, la legitimación colectiva podrá sólo ejercitar las pretensiones de cesación y de rectificación de la publicidad ilícita[58], así como instar las correspondientes medidas cautelares[59] (art. 30), e iniciar el proceso especial previsto en los arts. 29 a 33.

Pero sin duda alguna el abanico más amplio y detallado de pretensiones formulables por las asociaciones de consumidores, se encuentra en la LCD. El art. 19 de ésta legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercer las pretensiones que se recogen en el art. 18, excluyendo de un modo expreso la "*acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados*" y la "*acción de enriquecimiento injusto*". Por tanto, sólo podrán ejercitar las pretensiones merodeclarativas, de cesación o prohibición, de remoción de los efectos producidos o de rectificación. Pero es necesario señalar que estas pretensiones pueden ser formuladas con dos tipos de legitimaciones diferentes: "*a) Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.*" y "*b) Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor*", en este último caso se supedita la legitimación a que resulten afectados los intereses de los consumidores.

57. MARÍN LÓPEZ, J.J., "El ejercicio de acciones...", op. cit., pág. 558, concluye que, en definitiva, podrán ejercitar todas las acciones que redunden en la mejor defensa y protección de los intereses que constituyan el fin último de la asociación.

58. Tanto en el caso de la pretensión de cesación, como en la de resarcimiento, se exige un requisito previo al acceso a los órganos jurisdiccionales, pues debe intentarse el arreglo extraprocesal de la controversia.

59. MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el...*, op. cit., pag. 68.

Puede plantearse una duda respecto a la pretensión de resarcimiento, que como ya hemos señalado queda excluida en el art. 19; sin embargo, sí se le reconoce legitimación para formular dicha pretensión a "*cualquier persona que participe en el mercado y cuyos intereses se vean afectados*". En ese caso, si una persona que participa en el mercado puede ejercitar la pretensión de resarcimiento y a su vez es miembro de una asociación de consumidores y usuarios, no se entiende por qué no podría formularla dicha asociación, de un modo similar al que veíamos en la LGDCU, cuando ejercita "*las correspondientes acciones en defensa de los mismos* (asociados)"[60]. Si llegamos a una conclusión afirmativa, para la pretensión de resarcimiento, ¿qué impide hacer ésto extensivo a la pretensión de indemnización por daños en defensa de sus asociados?. Algún sector de la doctrina[61] entiende que ello es posible, para lo cual es necesario partir de la premisa que el art. 20. 1 de la LGDCU, entendiéndola no como una norma programática[62], sino como una norma de alcance general y aplicable a cualquier ámbito, donde se desarrolle la actuación procesal de las asociaciones de consumidores. En el caso de aceptar esta posibilidad, es cierto que la actuación de las asociaciones de consumidores está más cercana a la representación voluntaria[63] que a la legitimación por sustitución o extraordinaria, por lo que las verdaderas partes serían los consumidores perjudicados.

60. MARÍN LÓPEZ, J.M., "El ejercicio de...", op. cit., pag. 561, afirma, en este sentido, que "...no existe ningún límite sustancial a la actuación de las asociaciones de consumidores y usuarios en sustitución de sus asociados, por lo que todas aquellas acciones que los asociados pueden ejercitar en defensa de sus propios derechos e intereses como consumidores o usuarios pueden ser ejercitadas del mismo modo por la asociación a la que pertenecen...". CORDÓN MORENO, F., "Comentario breve a las normas procesales de la Ley de Competencia Desleal", *Actualidad Civil*, 1991, pag. 469, opina que pese a la exclusión expresa del art. 19.2 b) de la LCD, nada impide que los estatutos de la asociación regulen la legitimación de ésta para formular la pretensión de resarcimiento en nombre de sus asociados.

61. MARÍN LÓPEZ, J.M., "El ejercicio de...", op. cit., pag. 558; BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la...*, op. cit., pags. 195 y ss; BARONA VILAR, S. , *Competencia Desleal*, Valencia, 1991, pag. 61.

62. MARÍN LÓPEZ, J.M., "El ejercicio de...", op. cit., pag. 558, "Considerar que la legitimación conferida por la LCU tiene un valor solamente programático significa que la ausencia de toda posterior intervención legislativa tendente a concretar las acciones que pueden ejercitar las asociaciones de consumidores produce, en la práctica la absoluta y total inoperancia de la opción legislativa adoptada por la LCU."

63. BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la...*, op. cit. , pags. 195 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

C) ¿Pretensiones de indemnización colectivas?

Ya se ha hecho referencia al estudiar las pretensiones formulables por las asociaciones de consumidores, la reiterada negativa a reconocer legitimación a éstas para las pretensiones de indemnización de los daños y prejuicios causados a los consumidores, tanto por actos de competencia desleal, como por publicidad ilícita, hasta la llegada de la nueva LEC.

Hemos visto como nada impediría que una asociación de consumidores y usuarios, interpusiera tal pretensión en representación de sus miembros asociados, aunque en ese caso habría que hablar, más bien, de representación voluntaria donde las verdaderas partes procesales serían los consumidores.

Teniendo en cuenta que la nueva LEC[64] no se encuentra todavía en vigor, debido a la *vacatio legis,* nos preguntamos si cabe la posibilidad de ejercicio, por parte de las asociaciones de consumidores de una pretensión de indemnización colectiva, según las leyes específicas estudiadas.

El planteamiento que hay que hacer es el siguiente: si partimos de la legitimación extraordinaria que conceden, las tres legislaciones analizadas, para la protección de los intereses difusos[65] de los consumidores, podríamos admitir las pretensiones colectivas de indemnización, por unos daños "colectivos o abstractos", pues los daños se han producido, pero en el momento de ejercer la pretensión, no se encuentran individualizados.

La razón por la cual en nuestro ordenamiento jurídico no eran posibles las pretensiones de indemnización de daños colectivos o difusos era de estricto Derecho material[66]: pues hasta la nueva LEC, en nuestro Derecho no existían pretensiones de indemnización de daños no determinados, debían ser necesariamente determinados, y menos aún sufridos por colectivos y no por personas individuales. La doctrina[67] se pronunció ocasionalmente sobre

64. Esta LEC ha dado una solución a este interrogante de un modo similar a otros ordenamientos jurídicos como el francés, el brasileño o el italiano, solución que hemos visto anteriormente.

65. Es necesario hacer hincapié que estamos haciendo referencia a los intereses difusos de los consumidores, pues desde la óptica de los intereses individuales de los mismos, ya se han señalado algunas posibles soluciones, que no son las que vienen ahora al caso.

66. Marín López, J.M. , "El ejercicio de...", op. cit. , pag. 571 y ss.

67. Font Ribas, *Notas a N. REICH*, "Mercado y Derecho", 1985, pag. 204, así lo entiende al no excluirse de forma expresa la procedencia de la indemnización en el supuesto de que la pretensión haya sido ejercitada colectivamente por una asociación.

el tema, intentando admitir la posibilidad que ahora sí prevé la nueva LEC, en base a la LGDCU, pues ésta como ya hemos visto, legitima a las asociaciones de consumidores para el ejercicio de pretensiones en defensa de los intereses generales de los mismos, y a su vez esta ley declara que "*el consumidor y usuario tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusivamente o por la de personas por las que deba responder civilmente*". Pero lo cierto es que la doctrina mayoritaria no admite esta posibilidad, ni siquiera en base al art. 20.1 de la LGDCU, que es el que proporciona una legitimación más vaga y por tanto más amplia, a las asociaciones de consumidores para la defensa de los intereses generales de los consumidores. Las posibilidades por tanto de ejercitar pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, por las asociaciones de consumidores, se limitan a la "sustitución" de sus asociados, con lo cual ya no están tutelando intereses colectivos, sino intereses individuales, que no son los que vienen al caso.

Por tanto debemos desterrar la posibilidad de atribuir a las asociaciones de consumidores, el ejercicio de pretensiones de indemnización colectiva. Pero no quiere decir ello, que no quepa la posibilidad de formular tales pretensiones, por parte de consumidores individuales, ya que como hemos visto son las propias "indemnizaciones colectivas" las que no tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Estas razones son las que nos conducen a afirmar que no se admiten las *class actions*[68] o "acciones de clase", en el art. 20. 1 de la LGDCU. Las *class actions* "consisten en que el actor del juicio puede asumir, si es autorizado por el Tribunal, la representación voluntaria y conjunta de cuantos sean titulares de situaciones subjetivas conexas a la accionada, siempre que alegue su idoneidad para proteger adecuadamente esos intereses"[69].

En definitiva, la imposibilidad de formular pretensiones de indemnización colectiva en nuestro ordenamiento anterior, provocaba dos soluciones posibles en los casos de múltiples afectados por productos defectuosos,

68. Montero Aroca, J., *La legitimación en el...*, op. cit., pag. 67, excluye del art. 20.1 de la LGDCU las posibles indemnizaciones colectivas y cita las *class actions* de los Estados Unidos.

69. Marín López, J.M., "El ejercicio de...", op. cit. , pag. 573.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

intoxicaciones etc... Si todos los afectados pertenecen a una misma asociación de consumidores y usuarios, podrán hacerse representar por ésta en el ejercicio de cada una de las pretensiones de indemnización, o constituir un grupo de afectados[70], para acudir a la vía judicial. Lo cierto es que ninguna de las soluciones era apropiada, ni carente de problemas (pertenecer a la misma asociación, distancia geográfica de los asociados..), por lo que nuestro legislador, en este extremo ha dado una salida efectiva para este tipo de circunstancias, pues la situación anterior venía a acrecentar la descompensada posición en que se encuentran los consumidores frente a las empresas que les ofrecen los productos y servicios que consumen.

70. MONTERO AROCA, J., *La legitimación en...*, op. cit., pag. 67, justifica la proliferación en España en los últimos años de las "asociaciones de afectados", por el síndrome tóxica, por la pantanada de Tous, etc...

INTERVENCIÓN PRECEPTIVA DE ABOGADO Y PROCURADOR EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

JOSÉ MARÍA ZARAGOZA CAMPOS
Secretario Judicial
Juzgado de 1ª Instancia e
Instrucción de Zafra (Badajoz)

SUMARIO:

I. Introducción. — II. La intervención procesal del procurador en la nueva ley de enjuiciamiento civil. A) Regla general. B) Excepciones. 1. Justificación de la innecesariedad del concurso del procurador. 2. Comparecencia procesal de la parte por si misma. 3. Supuestos legales del artículo 23 de la ley de enjuiciamiento civil. 4. Otros supuestos legales. — III. La intervención procesal del abogado en la nueva ley de enjuiciamiento civil. A) Regla general. B) Excepciones. — IV. Intervención voluntaria de abogado y procurador. — V. Designación de abogado y procurador: La regla especial del artículo 33.2 de la ley de enjuiciamiento civil. — VI. Bibliografia

I. INTRODUCCIÓN

" (...) Procuradores y Abogados que, como necesarios cooperadores de la Administración de Justicia (así se califican expresamente en el Libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial), están sometidos por dicha Ley, por la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LEC. y por sus respectivos Estatutos a una serie de deberes, obligaciones y responsabilidades tendentes al correcto desarrollo del proceso y sin cuya colaboración no sólo se resentiría gravemente el normal funcionamiento del mismo, sino que resultarían de imposible cumplimiento las garantías de la efectividad y defensa que impone la Constitución a la tutela judicial."

Estas palabras de la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 110/93, de 25 de marzo, en la que se afirmó la constitucionalidad del procedimiento llamado de "jura de cuentas", ponen de manifiesto que además del carácter privado que presenta la actuación de los profesionales referidos, tiene ésta también una dimensión pública en la medida en que el legislador la considera pieza básica para la plena operatividad del derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la Constitución.

Aplicado ello al proceso civil, éste se ha regido tradicionalmente –y la nueva Ley de Enjuiciamiento no supone cambio al respecto-, amén de otros, por los llamados principios dispositivo y de aportación de parte, que en esencia suponen que la actividad jurisdiccional sólo se inicia a petición del interesado, al que además corresponde determinar la tutela concreta que solicita y ofrecer al juzgador los elementos que éste necesita (es decir, aportar los hechos a través de los correspondientes actos de alegación, recayendo asimismo sobre la parte la carga de probarlos) para dar una respuesta ajustada a Derecho. Ahora bien, para que tales actuaciones se lleven a cabo de forma adecuada y correcta evitando que la parte quede en una situación de indefensión, es preciso, como regla general, dada la complejidad técnica del proceso y de la legislación que a través de él se aplica, que se supla la falta de conocimientos jurídicos del justiciable mediante la intervención de unos técnicos con la debida preparación que le asistan. Esos profesionales, en nuestro Derecho, son dos: el Procurador, que representa a la parte, y el Abogado, que la defiende.

Pues bien, con arreglo a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2.000, de 7 de enero, vamos a analizar en qué supuestos es obligatoria la intervención de Abogado y Procurador en dicho proceso, y en qué supuestos no lo es con las consecuencias que de ello se derivan, centrándonos en la actuación ante los órganos unipersonales, todo lo cual supone básicamente el examen de los artículos 23 ("Intervención de Procurador"), 31 ("Intervención de Abogado") y 32 ("Intervención no preceptiva de Abogado y Procurador") de la Ley, tanto en los problemas que plantean como en las principales novedades que introducen en relación con la normativa aún vigente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881.

II. La intervención procesal del procurador en la nueva LEC

"Artículo 23. *Intervención de Procurador*

1. *La comparecencia en juicio será por medio de Procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca del juicio.*
2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán los litigantes comparecer por sí mismos:*
   1º. *En los juicios verbales cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta mil pesetas y para la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley.*
   2º. *En los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas.*
   3º. *En los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio."*

A) Regla general

Así pues, la norma establece claramente una regla general en su apartado 1 y una serie de excepciones a la misma en su apartado 2. Empezando por la regla general, sustancialmente idéntica a la contemplada en el artículo 3/1º de la LEC de 1881, consiste ésta en que la parte deberá intervenir representada por Procurador. La novedad más llamativa consiste en la acertada supresión de la exigencia de que el poder que confiere la representación haya sido declarado bastante por un Letrado, reliquia histórica carente de sentido en la actualidad.

En efecto, el origen del bastanteo se remonta a las Ordenanzas de los Reyes Católicos dadas en Madrid el 4 de diciembre de 1.505, posteriormente recogidas en la Novísima Recopilación, encontrándose su fundamento en la frecuencia con se otorgaban poderes insuficientes para actuar en el proceso causando su nulidad con los consiguientes gastos para la parte. Para evitarlo se dispuso que los Letrados, bajo su responsabilidad, declarasen el poder bastante antes de iniciarse el pleito, de tal forma que si no lo era corrían ellos con los gastos causados. En toda la normativa posterior se mantuvo el requisito pero sin hacer referencia alguna a la responsabilidad del Abogado (así, el artículo 3 de la LEC. de 1881) con lo cual se le privaba de toda justificación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Su intrascendencia era afirmada tanto la doctrina como la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS 19/10/1987 nos dice que "en cuanto al bastanteo, como tiene ya dicho esta Sala muy reiteradamente, se trata de un formalismo cuya omisión no tiene otro alcance que el de ser un vicio formal no constitutivo de quebrantamiento de requisitos esenciales, con un significado meramente económico y una proyección colegial", admitiendo su validez cualquiera que fuera la forma en que se realizase, indicando en tal sentido la STS 10/09/1990 que "se cumple la disposición (la del artículo 3) siempre que se asevera la suficiencia del poder en el escrito conteniendo las alegaciones o en el de personación, aunque la hoja de bastanteo no esté firmada (...) hasta el punto que la prevalencia de formulismos frente a un valor superior como es la realización de la justicia pugnaría con el principio constitucional a obtener la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24 de la constitución".

El Tribunal Constitucional fue incluso más allá al establecer una especie de "presunción de bastanteo" en la sentencia 26/1981 al establecer lo siguiente: "sobre la exigencia formal del bastanteo del poder este Tribunal ha manifestado ya su criterio en el sentido de que la forma de realizar el bastanteo no tiene por qué coincidir con las usuales en los órganos jurisdiccionales, debiendo presumirse que el Letrado que se sirve del poder, lo ha bastanteado."

Por lo demás, la exigencia de que el Procurador esté legalmente habilitado, presente también en la normativa vigente, debe entenderse en el sentido de que el Procurador interviniente haya cumplido los requisitos que exige el Estatuto general de los Procuradores de España, Real Decreto 2.046/82, de 30 de julio, no sólo para ser Procurador (artículo 5) sino también para el ejercicio de la profesión (artículo 6).

B) Excepciones

Sentada la regla general, veamos ahora las excepciones a la misma, básicamente recogidas en el apartado 2 del artículo 23, cuyo equivalente se encuentra en el artículo 4 de la LEC de 1881.

Antes de pasar al examen de la norma referida, es conveniente analizar dos cuestiones importantes relacionadas con la misma y ver qué postura adopta frente a ellas la nueva Ley de Enjuiciamiento. Son las siguientes:

- cúal es el fundamento de la existencia de excepciones y, cuando se den las mismas, esto es, cuando no sea obligatoria la intervención de Procurador, cómo puede comparecer en juicio la parte. Dicho en otras palabras, si debe comparecer personalmente o, sin perjuicio de ello, si puede ser representado por tercera persona que no sea Procurador.

1. Justificación de la innecesariedad del concurso del procurador

Empezando por la **primera**, la razón de ser de las excepciones (aplicable tanto a los supuestos en que no es obligatoria la actuación de Procurador como a aquéllos en que no es obligatoria la actuación de Abogado) se encuentra en que supone un encarecimiento innecesario exigir la intervención de profesionales en aquellos casos en que por la escasa entidad económica del asunto y/o la sencillez de la tramitación a seguir, el desconocimiento del Derecho por el particular no constituye un obstáculo para la obtención de la tutela judicial por él pretendida. Pues bien, sin perjuicio de que, en opinión de ciertos autores, tal fundamento sea discutible una vez generalizado el criterio del vencimiento en materia de costas desde la reforma de la Ley de Enjuiciamiento llevada a cabo por la Ley de 6 de agosto de 1.984, cuestión en la que aquí no cabe detenerse, es lo cierto que el nuevo texto plasma esta idea de forma acertada, siendo destacable, por lo que a los juicios declarativos ordinarios se refiere, que al colocar el límite en los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 150.000 pesetas se pone fin a la situación un tanto anómala con relación a la pauta seguida por nuestra legislación hasta entonces, creada por la elevación de cuantías que llevó a cabo la citada Ley de 6 de agosto de 1.984 y acentuada por la Ley de 30 de abril de 1.992, las cuales al no modificar al mismo tiempo la no exigencia de Procurador en el juicio de cognición determinaron la posibilidad de que la parte pudiera comparecer por sí misma en asuntos de hasta 800.000 pesetas de cuantía, lo que indudablemente no casaba bien con el fundamento expuesto.

2. Comparecencia procesal de la parte por si misma

En cuanto a la **segunda** cuestión, hay que señalar que la tendencia de nuestra legislación ha sido siempre la de reforzar la exclusividad del Procurador en materia de representación de las partes en juicio.

Nuestra primera Ley de Enjuiciamiento, de 1.855, establecía en su artículo 13 tras la regla general de la intervención obligatoria del Procurador una serie de excepciones respecto de las que se decía que "podrán (...) los interesados comparecer directamente". A la vista de la norma se entendió que en los casos exceptuados las partes podían actuar representadas por cualquier persona.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Posteriormente, la Ley de 1.881 puso fin a esta interpretación al establecer en la redacción originaria del artículo 4 que " no obstante lo dispuesto en el artículo anterior [que establecía como regla la actuación por medio de Procurador], podrán los interesados comparecer por sí mismos, o por medio de sus administradores o apoderados, pero no valiéndose de otra persona que no sea Procurador habilitado, en los pueblos donde lo haya: (...)", afirmando tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 30 de mayo y 19 de noviembre de 1.888) que tales administradores o apoderados no eran los que específicamente pudieran designarse para el asunto en cuestión sino sólo aquéllos que tenían encomendada la gestión de los negocios e intereses de su mandante, entendiéndose la actuación en el pleito en nombre éste como una manifestación más de aquélla.

Así las cosas, la Ley de 6 de junio de 1.935 supuso un paso más al suprimir la referencia genérica a administradores o apoderados manteniendo tan sólo un supuesto específico, que se introdujo mediante un nuevo párrafo: "Se exceptúa de la limitación a que se refiere el párrafo anterior el factor mercantil cuyo apoderamiento conste inscrito en el Registro Mercantil, para ostentar la personalidad de sus mandantes en los asuntos en que sean parte", inciso este último que se concretó (y restringió) más adelante (ley de 23 de julio de 1.966) al referirlo a "los actos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento o la empresa".

Las posteriores reformas del artículo 4 (leyes citadas de 6 de agosto de 1.984 y de 30 de abril de 1.992) no supusieron alteración alguna en este punto, siendo la nueva Ley de Enjuiciamiento la que parece culminar el proceso de exclusividad. En efecto, como hemos visto, el artículo 23 en su apartado 2 suprime toda referencia al factor mercantil. Por tanto, la conclusión es clara: desde la entrada en vigor de la nueva Ley, en el ámbito del proceso civil, sólo el Procurador podrá representar a las partes, de tal forma que en aquellos supuestos en que la Ley, excepcionando la regal general, establece que su intervención no es preceptiva, el justiciable únicamente tiene dos opciones: comparecer él personalmente o hacerlo a través de un Procurador.

Y no es argumento en contra que el precepto también haya eliminado la indicación de que si la parte no comparece personalmente no podrá valerse de otra persona que no sea Procurador habilitado. Ello no puede llevarnos a confusión, pues son muchas las razones que avalan la interpretación expuesta: la evolución legislativa, muy significativa; la normativa orgánica (el artículo 438/1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nos dice que "corresponde

exclusivamente a los Procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la Ley autorice otra cosa", salvedad que, en cuanto excepción, debe ser expresa y no se da en el caso que nos ocupa); el propio tenor literal del artículo 23 y la forma en cómo enuncia la regla general ("la comparecencia en juicio será por medio de Procurador"); e incluso parece que ésa es la intención del legislador, es decir, partiendo del mantenimiento en nuestro Derecho de ambos profesionales, Abogado y Procurador, de acuerdo con las directrices marcadas por el Libro Blanco de la Justicia, unificar su ámbito de actuación, como luego veremos, y deslindar claramente sus funciones.

Así se desprende en principio del Preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento cuando en su apartado VII nos dice que "la obligada representación mediante Procurador y la imperativa asistencia de Abogado se configuran en esta Ley sin variación sustancial respecto de las disposiciones anteriores", añadiendo más adelante que "las responsabilidades de Procuraduría y Abogacía se acentúan en el nuevo sistema procesal, de modo que se subraya la justificación de sus respectivas funciones", habiéndose eliminado de la nueva Ley todo supuesto contrario a dicha separación de funciones y a la exclusividad del Procurador en materia de representación, como es el caso en la normativa aún vigente, del juicio verbal cuando nos dice el artículo 730/4º que "a esta comparecencia (acto del juicio) podrá concurrir, acompañando a los interesados y para hablar en su nombre, la persona que elijan que deberá reunir la condición de Letrado o Procurador en ejercicio", o del juicio de cognición cuyo artículo 27 establece que "las partes podrán comparecer por sí mismas, siendo facultativa la representación por medio de Procurador legalmente habilitado. De no existir procurador, o no aceptar ninguno la representación en el territorio del Juzgado, podrán las partes apoderar a un Letrado en ejercicio para que les represente y, en último término, podrán apoderar a cualquier persona, aunque no tenga dicha condición", añadiendo el artículo 28 que "la defensa se llevará a cabo por Abogado en ejercicio. Cuando en el territorio del Juzgado no lo hubiere o por cualquier causa se negare a la dirección técnica, podrá la parte defenderse por medio de Procurador".

Puede por tanto obedecer la desaparición del extremo referido simplemente a que el legislador lo haya considerado innecesario al tratarse de una cuestión ya definitivamente resuelta, sin posible discusión. No obstante, la Ley ha dejado, al menos de modo transitorio, una puerta abierta al sistema que se deroga y, por tanto, a la posible confusión.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

3. Supuestos legales del artículo 23 de la LEC

Aclarados tales puntos, estudiamos el apartado 2 del artículo 23. La norma parece seguir un orden sistemático: el número 1º trata de los procedimientos declarativos (ordinarios y especiales), el número 2º de los universales y el número 3º de los incidentes y de las solicitudes previas al procedimiento, lo que merece una crítica positiva. Veamos cada supuesto:

a) juicios verbales: hay que partir de la base de que la nueva Ley sólo regula dos procesos declarativos ordinarios (artículo 248): el juicio ordinario y el juicio verbal, a los que dedica su libro II, relegando al libro IV los escasos procesos especiales que mantiene y que son: los relativos a capacidad, filiación, matrimonio y menores; los referentes a la división judicial de patrimonios; el monitorio y el cambiario (esta afirmación no es, sin embargo, cierta del todo en cuanto que en la regulación del juicio verbal se han introducido algunas especialidades según cual sea su objeto, determinantes de la inadmisión de la demanda -artículo 439-, de la realización de actuaciones previas a la vista -artículo 441- o de ciertas particularidades en el contenido de ésta -artículo 444-).

A continuación la Ley determina en los artículos 249 ("Ámbito del juicio ordinario") y 250 ("Ámbito del juicio verbal") el campo de cada uno de estos procedimientos siguiendo una doble técnica: la materia debatida en el pleito y la cuantía con aplicación preferente del primer criterio (artículo 248: "Las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía sólo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia") y situando la frontera en relación con el criterio de la cuantía entre el juicio verbal y el ordinario en 500.000 pesetas (tramitándose también por este último las demandas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, siquiera sea de modo relativo).

A la vista de lo expuesto y del tenor del artículo comentado, y por lo que aquí nos interesa, se desprende una conclusión y se plantea una duda. Así, parece claro que en el juicio ordinario será siempre preceptiva la intervención de Procurador aunque la cuantía no supere las 150.000 pesetas. Se contemplan no obstante en los números 4º y 8º del apartado 1 del artículo 249, que determina las pretensiones que deben tramitarse por el juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía, unas excepciones consistentes en las demandas que tengan por objeto una reclamación de cantidad amparada en la normativa reguladora de la competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad y propiedad horizontal, que afectan al procedimiento en cuanto se aplicará uno u otro de los declarativos ordinarios según

la cuantía que se reclame, de tal modo que si por ser inferior a 500.000 pesetas procede acudir al juicio verbal, se aplicarán las normas propias de éste para determinar si es preceptiva o no la intervención del Procurador. Consecuentemente, en el juicio ordinario siempre se requiere la intervención de este profesional.

En cuanto a la duda, ésta se planteaba ya en la legislación anterior. Consiste en determinar si en aquellos supuestos en que es de aplicación el juicio verbal por razón de la materia y no de la cuantía, esto es, en los previstos en el apartado 1 del artículo 250, entre los que hay algunos que frecuentemente vemos en los juzgados (acción de desahucio por falta de pago o por expiración de plazo, acción de precario, acciones posesorias -interdictos-, acción de alimentos, o la acción de protección registral de los derechos reales prevista en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, por usar la terminología tradicional), es de aplicación o no la excepción prevista en el artículo 23.2.1º.

Dicho en otras palabras, si en tales casos puede la parte comparecer por sí misma cuando la cuantía del procedimiento no exceda de 150.000 pesetas. En la interpretación de la normativa vigente la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias consideran que no (a título de ejemplo, la SAP de Zaragoza de 8 de febrero de 1.999 señala que : "los procesos interdictales son procedimientos autónomos con una regulación específica en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que la remisión al juicio verbal es limitada a la mera tramitación pero en modo alguno a los presupuestos procesales, entre los que se halla la postulación que, por tanto, viene contenida en el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no alcanzar a los interdictos ninguna de las excepciones contenidas en los artículos 4 y 10 de la Ley", con cita de las sentencias de la AP de Toledo de 14 de junio de 1.994, de la AP de Lérida de 18 de mayo de 1.994 y de la AP de Zaragoza de 5 de mayo de 1.995. Añade que "a lo dicho no puede ser opuesta la equívoca dicción del artículo 1.644 de la LEC., al que remite el posterior artículo 1.656 tal y como ha entendido el Tribunal Supremo ya en la antigua sentencia de 19 de octubre de 1.912"; también se puede citar, en relación con el proceso de alimentos provisionales, la SAP de Sevilla de 21 de noviembre de 1.997, que se pronuncia en términos similares).

Pues bien, con la nueva Ley la solución es la misma, es decir, que en todos aquellos supuestos en que sea aplicable el juicio verbal por razón de la materia no entra en juego la excepción que comentamos y, por tanto, será preceptiva la intervención de Procurador y ello por dos motivos:

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1º. porque nos encontramos ante una excepción a la regla general de comparecencia obligatoria por medio de Procurador y, por tanto, no puede aplicarse a supuestos distintos de los expresamente comprendidos en ella (artículo 4/2º del Código Civil). Si claramente se establecen dos criterios para la determinación del procedimiento a seguir (artículo 248/2, ya citado), criterios que aparecen diferenciados con nitidez en el artículo 250 (apartado 1: materia; apartado 2: cuantía) y en el artículo 23 se habla expresamente de cuantía, podría entenderse que cuando el criterio derterminante del tipo de procedimiento sea la materia no jugará la excepción.
El argumento es, no obstante, algo endeble si se piensa en que igualmente se podría decir que la referencia a la cuantía del artículo 23 se realiza con independencia de la pretensión deducida, apoyándose además en el tenor literal del apartado 1 del artículo 250 conforme al cual : "se decidirán en el juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: (...)".

2º. el fundamento de la excepción establecida por el legislador a la intervención preceptiva de Procurador. Como ya hemos dicho, parece claro que cuando la Ley permite que las partes puedan comparecer por sí mismas lo hace por considerar que la intervención del Procurador supone un gasto innecesario que ninguna ventaja sustancial aporta dada la simplicidad de las cuestiones planteadas y la sencillez del procedimiento a seguir. En principio, ambos datos concurren en el juicio verbal, pero solo en principio ya que algunas de las pretensiones para cuya tramitación establece la Ley este procedimiento presentan, al menos potencialmente, una cierta complejidad tanto sustantiva como procedimental (recordemos las "especialidades" del juicio verbal a que antes se ha hecho referencia) que aconsejan que la parte esté debidamente asistida por unos profesionales a fin de evitar que sus intereses no queden debidamente tutelados.

A partir de estas consideraciones sólo las reclamaciones de cuantía mínima serían adecuadas para permitir la comparecencia personal de la parte. El hecho de que el legislador situe el límite en 150.000 pesetas es una cuestión que se podrá discutir, pero en cualquier caso es una opción que solo al legislador corresponde. Hay además dos razonamientos que avalan este argumento: por una parte, que en supuesto que estamos comentando, juicios

verbales cuya cuantía no exceda de 150.000 pesetas, tampoco es preceptiva la intervención de Abogado, lo que no puede obedecer sino a la sencillez del pleito, lo que excluiría los supuestos del apartado 1º del artículo 250. El otro aval a la interpretación expuesta lo encontramos en el artículo 437/2 de la Ley conforme al cual y en consonancia con lo expuesto "en los juicios verbales en que se reclame una cantidad que no exceda de 150.000 pesetas, el demandante podrá formular su demanda cumplimentando unos impresos normalizados que, a tal efecto, se hallarán a su disposición en el tribunal correspondiente".

Señalar por último dos datos: primero, que debe tenerse presente que aunque el artículo 250 incluye en el listado de su apartado 1 las demandas que supongan el ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales (número 9º), en tal supuesto no es necesaria la intervención de Procurador ni tampoco de Abogado, tal como establece el artículo 5 de la Ley Orgánica 2/84, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación; segundo y como curiosidad, que con la nueva Ley se pone ya fin a toda la discusión suscitada por la reclamaciones basadas en responsabilidad extracontractual derivada de accidente de tráfico y que tenía su origen en una deficiente legislación. No aparece contemplada en el listado de materias de los artículos 249 y 250 por lo que se aplicará exclusivamente el criterio de la cuantía: más de 500.000 pesetas, juicio ordinario; más de 150.000 pesetas, juicio verbal con intervención obligatoria de Abogado y Procurador; menos de 150.000 pesetas (el supuesto menos frecuente en la práctica), juicio verbal sin que sea preceptiva la intervención de ninguno de los dos profesionales referidos.

Sin embargo la Ley, curiosamente, pese al extraordinario alcance de su Disposición Derogatoria Única no menciona entre las normas que expresamente deroga las Disposiciones Adicionales 1ª y 2ª de la Ley Orgánica 3/1.989.

b) petición inicial del procedimiento monitorio: en este punto concuerda el artículo 23 con el 814/2 conforme al cual "para la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio no será preciso valerse de Procurador y Abogado." Cabe efectuar dos comentarios:

1º. que en el resto de los procesos declarativos especiales que regula la Ley no hay excepción a la regla general de intervención preceptiva de Procurador, sin perjuicio de ciertas particularidades como la ya existente en la normativa que se deroga y actualmente recogida en

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el artículo 750/2 que señala que "en los procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, estos podrán valerse de una sola defensa y representación", añadiendo a continuación una novedad que supone la consagración de un uso forense aplicado en la ejecución de las sentencias dictadas en estos procedimientos, al que se da un mayor alcance.

Así, se establece que "no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando alguno de los pactos propuestos por los cónyuges no fuera aprobado por el tribunal, se requerirá a las partes a fin de que en el plazo de cinco días manifiesten si desean seguir con la defensa y representación únicas o si, por el contrario, prefieren litigar cada una con su propia defensa y representación. Asimismo, cuando, a pesar del acuerdo suscrito por las partes y homologado por el tribunal, una de las partes pida la ejecución judicial de dicho acuerdo, se requerirá a la otra parte para que nombre Abogado y Procurador que la defienda y represente".

Como parece lógico, pues, en el supuesto de ejecución forzosa no es optativa la designación de nuevos profesionales. La medida parece acertada.

2º. respecto del proceso monitorio, una de las grandes novedades de la Ley utilizable para la reclamación de deudas dinerarias, vencidas, exigibles, de cuantía inferior a cinco millones de pesetas y acreditada a través de alguno de los documentos que contempla el artículo 812, la excepción sólo se establece para "la solicitud inicial".

En coherencia con ello y de modo similar a como vimos que establecía para el juicio verbal el artículo 437, el 814 nos dice que tal solicitud podrá extenderse en impreso o formulario (curiosamente, aquí ya no dice el legislador que tales impresos se hallarán a disposición de las partes en el tribunal, tal vez por la necesidad de acompañar a la petición inicial en todo caso el soporte documental de la deuda que se reclama). Ahora bien, presentada la correspondiente solicitud y, una vez admitida, requerido de pago el deudor, se abren tres posibilidades: que pague, que no lo haga o que se oponga.

En el primer caso todo termina y ningún inconveniente supone la no intervención de profesionales. En el último, el artículo 818 establece (apartado 1) que "el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda", esto es, a través del juicio ordinario o del verbal según la cuantía reclamada, como confirma el apartado 2 del mismo precepto, lo que supone la aplicación

de las reglas generales en cuanto a la intervención de profesionales, siendo por tanto obligatoria la misma a partir de 150.000 pesetas. De conformidad con ello, el párrafo 2º del apartado 1 de la norma establece que "el escrito de oposición deberá ir firmado por Abogado y Procurador cuando su intervención fuese necesaria por razón de la cuantía según las reglas generales".

Finalmente, en el segundo supuesto, que el deudor no pague, el artículo 816 dice que el tribunal dictará auto en el que despachará ejecución por la cantidad adeudada, añadiendo que "despachada ejecución, proseguirá ésta conforme a lo dispuesto para la de sentencias judiciales" y entre las normas reguladora de ésta nos encontramos con el artículo 539 que tras decirnos que "el ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por Letrado y representados por Procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales", por si no hubiera quedado suficientemente claro añade de modo un tanto innecesario que "para la ejecución derivada de procesos monitorios en que no haya habido oposición, se requerirá la intervención de Abogado y Procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 150.000 pesetas".

A la vista de todo ello, parece claro que los temores que se suscitaron entre los profesionales por la introducción en nuestro Derecho del proceso monitorio eran infundados. Es más, incluso puede llegar a suponer un incremento de trabajo para los Procuradores. En efecto, no parece descabellado afirmar que incluso en aquellos supuestos en que se reconoce al interesado plena capacidad de postulación, es decir, para las pequeñas reclamaciones de menos de 150.000 pesetas, formuladas en un volumen importante por particulares o pequeños empresarios, acudan éstos ante el impago del deudor a contratar los servicios de un Procurador para la ejecución forzosa aun con el gasto que ello supone por la sencilla razón de que son dichos profesionales quienes con su actuación (y así nos lo pone de manifiesto la práctica todos los días) consiguen que tales ejecuciones sean realmente efectivas en la mayoría de los casos.

c) juicios universales: la regulación en este punto es totalmente idéntica a la contenida el la Ley de 1.881, no existiendo por tanto novedad al respecto. Sólo apuntar que como ya puso de manifiesto la doctrina en su momento, esta excepción, referida a los juicios universales concursales, no alcanza al resto de los trámites de dichos juicios, como es el caso por poner el ejemplo más significativo, de la impugnación de los acuerdos tomados en la junta.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Existe sin embargo una importante excepción: la prevista en el artículo 11 de la Ley de Suspensión de Pagos relativa a la impugnación que de la relación de créditos presentada por el deudor pueden formular los acreedores hasta los quince días anteriores al señalado para la celebración de la junta, respecto de las cuales se establece que no es necesaria la asistencia de Abogado ni de Procurador.

d) incidentes relativos a la impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita: en este punto la Ley de Enjuiciamiento ha venido a "completar" lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que tras decirnos que "quienes sean titulares de un derecho o interés legítimo podrán impugnar las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan o denieguen el derecho a la asistencia jurídica gratuita", añade que "tal impugnación, para la que no será preceptiva la intervención de Letrado, habrá de realizarse por escrito y de forma motivada (...)".

Por lo demás señalar que por parte de la doctrina se ha criticado el empleo del término incidente por ser inadecuado, crítica que parece excesiva si partimos de un concepto amplio del término incidente (o más propiamente "cuestión incidental") y tenemos presente que en la práctica el conocimiento de la impugnación se lleva a cabo por el mismo Juez que conoce de los autos (es muy raro el supuesto contemplado en el último inciso del párrafo 2º del artículo 20 de remisión del escrito de impugnación y del expediente al decanato para reparto si el procedimiento aún no hubiera comenzado por la sencilla razón de que los interesados en la impugnación difícilmente habrán tenido conocimiento de la resolución dictada), se resuelve mediante resolución propia (auto) tras tramitarse en procedimiento independiente (en el que, bien es cierto, intervienen el Abogado del Estado o el Letrado de la Comunidad Autónoma correspondiente, que nada tienen que ver con el pleito) y se encuentra relacionada con un aspecto del proceso, el pronunciamiento sobre costas. De hecho, en la práctica se tramita generalmente como tal, citando a las partes a la comparecencia prevista en el artículo 20 a través de sus Procuradores en el procedimiento principal tras dejar constancia en el "incidente" a través de la correspondiente diligencia de que aquéllos ostentan su representación y una vez dictado el pertinente auto, se lleva testimonio del mismo al pleito a los efectos previstos en el artículo 36 de la Ley que contempla las distintas hipótesis que pueden darse según exista o no pronunciamiento en materia de costas en la sentencia que en su momento se dicte.

Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de reconocer que la naturaleza de esta impugnación es un tema discutido (según la mayoría de la doctrina se

trata realmente de un recurso contencioso-administrativo, con las consecuencias que ello debería conllevar en materia de jurisdicción competente) en el que, desde luego, la nueva Ley no entra.

e) medidas urgentes solicitadas con anterioridad al juicio: lo primero que llama la atención en relación con la regulación anterior es la mayor precisión en la redacción y en la terminología.

En efecto, si lo comparamos con el apartado 4º del artículo 4 de la Ley de 1.881, que es al que viene a sustituir, observamos la supresión de los dos supuestos específicos contemplados (alimentos provisionales y embargos preventivos) ya que ambos encajan en la cláusula genérica utilizada, que de tal forma permite dar cobertura tanto a los supuestos indicados como a todos los demás en que se den las notas que exige el precepto y que seguidamente comentaré. Por otra parte, sustituye el término "diligencias", más confuso, por el de "medidas" que, además, pone el acento en la concreta decisión que el interesado solicita y no en la actuación del juzgado, y también sustituye el de "preliminares", igualmente confuso (recordar los artículos 497 y siguientes de la Ley vigente en donde se regulan las que denomina, precisamente, "Diligencias preliminares"), por la referencia a que se soliciten con anterioridad al juicio. Aclarado esto, procede destacar lo siguiente:

1º. que la excepción viene ahora referida tanto al Procurador como al Abogado (según veremos que establece el artículo 31), a diferencia de lo que sucedía en la Ley de 1.881, lo cual parece acertado si tenemos presente que la causa que lleva al interesado a formular la petición y que se convierte asimismo en fundamento de la excepción es la existencia de motivos de urgencia.

2º. que la excepción va referida sólo a la solicitud y, por tanto, no es de aplicación a toda la tramitación posterior relacionada con la medida solicitada (salvo, como es lógico, que en el proceso posterior, por aplicación de las reglas correspondientes, no sea preceptiva la intervención de Abogado y Procurador). Parece más acertada esta interpretación que la de considerar que la excepción se extiende a todas las actuaciones posteriores, tanto por la propia redacción del precepto que refiere la excepción no a las medidas urgentes anteriores al juicio sino a la solicitud de tales medidas, como por el hecho mismo de tratarse de una excepción a la regla general y, consecuentemente, como ya he indicado en

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

otra ocasión antes, de interpretación restrictiva, como también porque en un supuesto, importante, que de modo específico regula la Ley, así se establece.

Nos referimos a las medidas provisonales previas a las demandas matrimoniales que vienen reguladas en el artículo 771 de la Ley cuyo apartado 1 nos dice claramente en su párrafo 2º que "para formular esta solicitud no será precisa la intervención de Procurador y Abogado, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior".

3º. que para que entre en juego la excepción deben concurrir aparentemente dos requisitos: que la solicitud se formule con anterioridad, lo cual no plantea problema alguno, como que sea urgente. Pero realmente, la urgencia no afecta a la solicitud en sí misma sino a la concesión de la medida solicitada, siendo uno de los aspectos a valorar por el juez en el momento de resolver, pero quedando a la discrecionalidad del solicitante en el momento de instar la actuación judicial.

Por último señalar que los principales supuestos a los que resulta aplicable la excepción son los mismos que con la normativa aún vigente, diligencias preliminares (artículos 256 a 263), medidas cautelares (artículos 721 a 747) y anticipación y aseguramiento de prueba (artículos 293 a 298), reguladas en la nueva Ley de modo más detallado y completo que en la que se deroga.

4. Otros supuestos legales

Con ello, queda concluido el examen del artículo 23 de la Ley. Sin embargo, no todos los supuestos en que se reconoce a las partes plena capacidad de postulación aparecen recogidos en su apartado 2. Así, como supuestos más relevantes, cabe citar los siguientes:

aa) ante todo, el ya referido artículo 539 atinente al proceso de ejecución. Esta norma suscita dos comentarios. En primer lugar, parece criticable que regulando la nueva Ley de Enjuiciamiento, un verdadero proceso de ejecución en su libro III (aunque no se atreva a darle ese nombre prefiriendo hablar en su lugar de ejecución forzosa y "meta" en el mismo libro la regulación de las medidas cautelares en el último de sus títulos) esta norma no aparezca incluida en el libro I de la Ley, que es el que contiene las disposiciones generales relativas a los juicios civiles y, más concretamente, en su artículo 23 que es el que regula la intervención obligatoria del Procurador y sus excepciones (así como en el artículo 31 en lo referente al Abogado). En segundo lugar, la norma tras establecer la preceptiva actuación de los profesionales indicados, sólo excepciona los supuestos en que el título ejecutivo es resolución dictada en proceso en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales, lo que supone que en los restantes supuestos, es decir, cuando sea otro el título que tenga aparejada ejecución, siempre es obligatoria cualquiera que sea la cuantía reclamada, si bien hay que tener presente que el artículo 520 establece que "cuando se trate de los títulos ejecutivos previstos en los números 4º (escritura pública), 5º (póliza de contrato mercantil), 6º (títulos nominativos o al portador y sus cupones) y 7º (certificados de valores representados mediante anotaciones en cuenta) del apartado 2 del artículo 517, sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 50.000 pesetas (...)". Todo ello supone, por otra parte, que si el título ejecutivo es un laudo o resolución arbitral firme (número 2º del artículo 517/2) la intervención de Procurador (y de Abogado) es obligatoria en cualquier caso.

bb) en los procesos en que intervengan los Abogados del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, asumen estos tanto la defensa como la representación, no siendo por tanto necesaria la intervención de Procurador (artículo 447 de la Ley Orgánica del Pode Judicial y Ley 52/97, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas).

cc) el procedimiento de reclamación de honorarios devengados en el pleito por el Abogado a su cliente, previsto en el artículo 35 de la nueva Ley y una de las novedades más relevantes en esta materia al haber desaparecido el Procurador como sujeto pasivo legitimado en la reclamación formulada por el Letrado en coherencia con la reforma del artículo 5.5º de la Ley vigente que, sustituido por el artículo 26.7º, pasa a decirnos que "aceptado el poder, el Procurador quedará obligado: 7º.- a pagar todos los gastos que se causaren a su instancia, excepto los honorarios de los Abogados y los correspondientes a los peritos, salvo que el poderdante le haya entregado los fondos necesarios para su abono", dando así respuesta a una reclamación histórica de la Procura.

Pues bien, tal procedimiento se pueden instar directamente por el Letrado sin necesidad de Procurador, tanto porque así parece desprenderse del tenor de la norma cuando nos dice que "los Abogados podrán reclamar fren-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

te a la parte a la que defiendan (...)", como por coherencia con la no exigencia de intervención de Abogado cuando es el Procurador el que reclama su cuenta (artículo 34), como ha señalado la jurisprudencia en diversas ocasiones.

En definitiva, lo que la Ley permite a través de estos procedimientos especiales es que el profesional, sea uno u otro, reclame directamente a la parte y por sí mismo las sumas que se le adeuden por razón del pleito.

dd) finalmente, también se suele citar el supuesto en que sea parte el propio Procurador, en cuyo caso no necesita éste conferir la representación a un compañero, supuesto que viene contemplado en el artículo 20 del Estatuto General de los Procuradores respecto del colegiado no ejerciente. No estamos aquí en presencia de una excepción a la regla de intervención obligatoria de Procurador, sino que se están confundiendo supuestos. Una cosa es que el Procurador que sea parte en un pleito se pueda representar a sí mismo (que es lo que viene a decir la norma referida) y otra cosa distinta, que realmente no se da, es que en aquellos pleitos en que sea parte un Procurador no sea obligatoria la intervención de tal profesional a pesa de que la exijan los normas generales.

Por último, y para concluir el examen de los supuestos en que no es preceptiva la actuación del Procurador hay que referirse a los que se derivan de la transitoria vigencia de la Ley de Enjuiciamiento de 1.881, siendo ésta la puerta abierta a que antes hice referencia, determinante además y pese a la entrada en vigor de la nueva Ley de la existencia, al menos temporalmente, de cierta confusión de funciones entre Abogado y Procurador, criticable en mi opinión.

El apartado 1 de la Disposición Derogatoria Única de la Ley deroga la Ley de Enjuiciamiento de 1.881 con las salvedades siguientes, entre otras que aquí no interesan:

- el Libro Tercero ("Jurisdicción Voluntaria") que quedará en vigor hasta la vigencia de la proyectada Ley sobre Jurisdicción Voluntaria excepción hecha del artículo 1.827 (oposición de interesado en los expedientes de acogimiento y adopción) y de los artículos 1.880 a 1.900 (medidas provisionales en relación con la mujer casada, junto con el precepto introductor del Título correspondiente), inclusive, que quedan derogados. La particularidad consiste en que las referencias al procedimiento contencioso contenidas en aquéllos preceptos se entenderán hechas al juicio verbal de la nueva Ley.

- el Título I del Libro II, así como el artículo 11, sobre la conciliación, y la Sección 2ª del Título IX del Libro II, sobre declaración de herederos abintestato, que estarán vigentes hasta la entrada en vigor de la regulación de ambas materias en la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.
- asimismo y hasta la vigencia de la referida Ley también quedarán en vigor los números 1º y 5º del artículo 4, los números 1º y 3º del artículo 10 y las reglas del artículo 63 determinantes de la competencia territorial en los expedientes de jurisdicción voluntaria.

En conclusión, en tanto no se proceda a elaborar una Ley reguladora de la jurisdicción voluntaria (conforme a la Disposición Final 18ª de la Ley "en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria"), seguirá vigente la normativa que sobre los expedientes de esa naturaleza y sobre los actos de conciliación (que, al fin y al cabo, también son actuaciones no contenciosas) se contiene en la vieja Ley de 1.881, no sólo en lo referente al procedimiento a seguir y a la competencia sino también en lo que respecta a la postulación.

En efecto, el artículo 4.1º y 5º de la aún vigente Ley Procesal Civil exceptúan de la intervención obligatoria de Procurador los actos de conciliación y los de jurisdicción voluntaria, y lo propio hace respecto del Abogado el artículo 10.1º y 3º con la salvedad, que sí exige intervención letrada, de aquellos expedientes que tengan cuantía determinada superior a 400.000 pesetas o que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en plazo perentorio.

En principio podría pensarse que tal vez habría sido más acertado regular lo referente a la postulación dentro de los artículos correspondientes de la nueva Ley que parecen tener una vocación de regulación global en la materia de representación procesal y defensa técnica. Sin embargo, el legislador ha optado por dejar todo lo referente a la jurisdicción voluntaria para su ley específica, sin perjuicio de que haya materias en la nueva Ley de Enjuiciamiento que serán indudablemente aplicables a los actos de jurisdicción voluntaria aun después de dictada su dicha ley.

Aclarado por tanto que, de momento, no es preceptiva la intervención de Procurador ni en los expedientes de jurisdicción voluntaria ni en los actos de conciliación, se plantean las dos cuestiones siguientes:

1º. no se acaba de comprender muy bien la declaración de vigencia del artículo 11 de la Ley de 1.881, teniendo presente que tal vigencia va

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

referida exclusivamente a los actos de conciliación, pues así se desprende tanto de la redacción de la Disposición Derogatoria como del hecho de que en el ámbito de la jurisdicción contenciosa el párrafo 2º de dicho artículo ha sido sustituido por la regulación contenida en el nuevo artículo 32 (lo cual supone, por otra parte, que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria si la parte no comparece personalmente sólo la puede representar un Procurador). Y no se acaba de entender porque, como ya indiqué más arriba, mantiene vigente sin fundamento aparente que lo justifique, una excepción a la exclusividad que en materia de representación ostenta el Procurador en la nueva Ley así como a la separación de funciones que la misma consagra, a pesar de haberse eliminado los vestigios que de ello existían en la normativa que se deroga, ya vistas.

Y en efecto, el párrafo 1º del artículo, en la medida en que seguirá vigente, establece que "tanto los Procuradores como los Abogados podrán asistir con el carácter de apoderados o con el de auxiliares de los interesados a los actos de conciliación cuando las partes quieran valerse espontáneamente de ellos", entendiéndose generalmente que los dos profesionales indicados pueden asumir cualquiera de las funciones, esto es, que el Abogado puede representar a la parte sin que sea necesaria la asistencia personal de ésta así como que el Procurador puede actuar como auxiliar del interesado que comparece (SAP Cáceres de 17 de enero de 2.000: "el artículo 11 de la LEC. parte en su párrafo 1º, para los concretos tipos de procedimientos a que se refiere, de una excepción en cuanto a las funciones que los artículos 3, 5, 6 y 10 de la Ley de Enjuiciamiento atribuyen a los Procuradores y Abogados –representación y dirección técnica, respectivamente- por cuanto establece casi una aproximación entre las funciones de Abogado y Procurador (...) en las medida en que uno u otro pueden asistir excepcionalmente a dichos procedimientos tanto en calidad de apoderados como de auxiliares (...). Se rompe, pues, con la dualidad de personas para el cumplimiento del presupuesto de postulación procesal (...) en el sentido de que un solo profesional, ya sea el Abogado ya sea el Procurador, desempeña ambas funciones con la salvedad de que la dirección técnica propia del Abogado, que no es necesaria de acuerdo con el artículo 10, se sustituye por un auxilio en la defensa que puede ser llevado a cabo también por un Procurador").

En cualquier caso, la cuestión no parece tener excesiva trascendencia en cuanto queda circunscrita a los actos de conciliación que, sin embargo

pueden llegar a tener un mayor protagonismo que el que actualmente disfrutan (artículo 395.1: "Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado. Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera dirigido contra él demanda de conciliación").

2º. y en relación con la jurisdicción voluntaria, la nueva Ley replantea una cuestión que aparentemente estaba resuelta. Es el caso de los llamados procedimientos sucesorios, los tradicionales juicios de testamentaría y de abintestato, regulados dentro de la Ley de Enjuiciamiento en el Libro IV ("De los procesos especiales"), Título II ("De la división judicial de patrimonios"), Capítulo I ("De la división de la herencia").

En relación con la vieja Ley de 1.881 es un tema pacífico que pese a estar regulados estos procedimientos dentro de su Libro II (Títulos IX, X y XI), dedicado a la jurisdicción contenciosa, se trata realmente de actos de jurisdicción voluntaria. Así, por ejemplo, la SAP de Zaragoza de 19 de enero de 1.999 nos dice que: "el sistema de la LEC, respecto al ejercicio de la jurisdicción en materias de derecho privado, se funda en la división de esa jurisdicción en dos grandes ramas contrapuestas, la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, a las que el texto legal dedica, respectivamente, sus Libros II y III, mientras que en el Libro I se contienen las normas comunes a las dos clases de jurisdicción mentadas. El criterio diferenciador entre una y otra clase, o tipo de jurisdicción, no ha de basarse tanto en que la concreta actuación judicial se halla regulada en el Libro II o en el Libro III de la Ley de ritos; por el contrario, debe basarse en la existencia, o en la ausencia, de contienda o contradicción entre los afectados por la actuación judicial concreta."

En concordancia con lo anterior, el artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento establece que "se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquéllos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas". Pero en cuanto aparezca la contradicción entre las partes, cesa la naturaleza de "acto de jurisdicción voluntaria" y la actuación judicial –el expediente- se hará contencioso, tal como obliga la literalidad del artículo 1.817", citando más adelante la STS de 5 de julio de 1.994 en la que ex-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

presamente se afirma que tanto el juicio de testamentaría como el de abintestato son procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Ello supone, por imperativo de lo dispuesto en los artículos 4.5º y 10.2, 3º de la Ley de 1.881, que en tales procedimientos no es preceptiva la intervención de Procurador y la de Abogado sólo cuando la cuantía del expediente -la del caudal hereditario- exceda de 400.000 pesetas.

Pues bien, no obstante ello la nueva Ley, que expresamente deja la regulación de todo lo referente a la jurisdicción voluntaria a una ley posterior declarando la vigencia transitoria de la práctica totalidad del Libro III de la Ley de 1.881 y, consecuentemente, de los apartados correspondientes de los artículos 4 y 10, como se ha dicho regula en su seno los procedimientos sucesorios, a los que en principio deben entenderse aplicables las normas generales contenidas en los artículos 23 y 31 que no los incluyen entre los supuestos exceptuados de intervención de Abogado y Procurador. Es más, la intervención obligatoria de este último se desprende del artículo 783 que al regular la convocatoria de junta para designar contador y peritos establece en su apartado 3 que "la citación de los interesados que estuvieren ya personados en las actuaciones se hará por medio del Procurador".

De todo ello parece desprenderse que la intervención de estos profesionales en dichos procedimientos es preceptiva. ¿Supone ello que en opinión del legislador del año 2.000 los procedimientos de división de herencia tienen naturaleza contenciosa? En principio, no. Pero en tal caso no se entiende bien ni su regulación en la nueva Ley en lugar de la anunciada sobre la materia ni la diferencia de trato en cuanto a la postulación con respecto a los demás actos de jurisdicción voluntaria.

Y para concluir con el examen del artículo 23, destacar una omisión de la nueva Ley que no parece acertada.

No se contiene en esta norma análoga a la prevista en el último párrafo del reiteradamente citado artículo 4 de la Ley de 1.881, introducido por la Ley de 6 de agosto de 1.984, conforme al cual "siempre que el interesado no se sirva de Procurador designará en el primer escrito que dirija al Juzgado o en su primera comparecencia un domicilio en la localidad donde tenga su sede el órgano jurisdiccional, en el que se practicarán todas las diligencias que hayan de entenderse con aquél".

Aunque no se trate de una cuestión de excesiva trascendencia, sobre todo teniendo presente el ámbito de los asuntos a los que resultaría aplicable, habría sido conveniente introducir una norma similar por la mayor rapidez

que ello supone para la tramitación del procedimiento al facilitar los actos de comunicación (rapidez que en algunos casos puede ser significativa, como cuando debe acudirse –artículo 261 de la Ley de 1.881- al libramiento de exhorto ante la devolución del correo remitido con acuse de recibo –que de por sí tiene un funcionamiento algo lento en ocasiones-, pudiendo llegar a motivar incluso la suspensión de señalamientos). Nada habría costado e incrementaría la eficacia de la actuación judicial.

Finalizado con ello el examen del artículo 23 de la Ley, paso a comentar, de acuerdo con lo indicado, el artículo 31.

III. La intervención procesal del abogado en la nueva LEC

"Artículo 31. *Intervención de Abogado*

1. *Los litigantes serán dirigidos por Abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve firma de Abogado.*
2. *Exceptúanse solamente:*
   1º. *Los juicios verbales cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta mil pesetas y la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley.*
   2º. *Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones. Cuando la suspensión de vistas o actuaciones que se pretenda se funde en causas que se refieran especialmente al Abogado también deberá éste firmar el escrito, si fuera posible"*

Así pues, al igual que el artículo 23, esta norma, que viene a sustituir al artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento de 1.881, establece en su apartado 1 la regla general en la materia, intervención obligatoria de Abogado, para recoger a continuación en su apartado 2 una serie de excepciones en que tal intervención es simplemente facultativa.

A) Regla general

Se enuncia ésta en términos sustancialmente idénticos a los contemplados en la normativa que se deroga.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Efectuar tan solo tres comentarios. En primer lugar y en relación con la exigencia de habilitación, que al igual que sucede con el Procurador en el artículo 23 debe entenderse equivalente a colegiación (cuyos requisitos se contemplan en el artículo 15 y concordantes del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2.090/1.982, de 24 de julio), señalar que el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, con el propósito de eliminar las barreras que puedan limitar los beneficios de la colegiación única, ha introducido una modificación importante en el artículo 3.2 de la Ley 2/74, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales, que pasa a tener la siguiente redacción:

"Es requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al Colegio correspondiente. Cuando una profesión se organice por Colegios Territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado, sin que pueda exigirse por los Colegios en cuyo ámbito territorial no radique dicho domicilio habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquéllas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial. Lo anterior se entiende sin perjuicio de que los Estatutos Generales o, en su caso, los autonómicos puedan establecer la obligación de los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación de comunicar a los Colegios distintos a los de su inscripción la actuación en su ámbito territorial".

En consecuencia, el Abogado colegiado en cualquier colegio puede ejercer ante cualquier órgano judicial con sólo acreditar aquella circunstancia, lo que además de potenciar la competencia, abarata el coste del proceso al desaparecer el pago de las "habilitaciones", lo que sin duda merece una crítica positiva.

En segundo lugar, llama la atención que en la redacción del inciso final de este apartado 1 la Ley haya sustituido la expresión "firma del Abogado" por "firma de Abogado". En principio parece una simple corrección de estilo, pero tal vez se haya pretendido dar un carácter más general y flexible a la posibilidad de sustitución contemplada en el artículo 50.2 del Estatuto de la Abogacía cuando establece que "el Letrado actuante podrá designar un compañero en ejercicio que le auxilie o sustituya en el acto de la vista o juicio o en cualquier otra diligencia judicial".

En definitiva, de lo que se trataría tal vez es de destacar que lo esencial consiste en que la parte sea en todo momento asistida por un Abogado, independientemente de la identidad y continuidad de éste, al menos desde el punto de vista del Juzgado y del procedimiento.

Y en tercer y último lugar, debe criticarse la insistencia del legislador de referirse exclusivamente a las actuaciones escritas ("no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de Abogado") olvidando que también es preceptiva la asistencia letrada en las actuaciones orales, sobre todo si tenemos presente que frente al tradicional proceso civil escrito que ha existido siempre en nuestro Derecho, la nueva Ley de Enjuiciamiento introduce un nuevo modelo de proceso civil, que es sustancialmente oral.

B) Excepciones

Pasando ya al examen de las excepciones del apartado 2, se plantean aquí las mismas dos cuestiones previas. La relativa al fundamento de las excepciones, para la que vale lo ya expuesto y la consistente en determinar si en aquellos supuestos en que no es obligatoria la intervención de Abogado la parte, además de poder actuar por sí misma, puede encomendar la defensa de sus intereses a otra persona. Pues bien, la línea general de la nueva Ley, ya apuntada al referirnos al Procurador, es la de establecer la diferenciación de funciones entre ambos profesionales así como la de atribuir a cada uno de ellos las que le corresponden con carácter exclusivo.

Los argumentos son los mismos: desde la normativa orgánica (artículo 436 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "Corresponde en exclusiva la denominación y función de Abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico"), pasando por la literalidad de la norma y la intención del legislador manifestada en el Preámbulo de la Ley, hasta la circunstancia, fundamental, de que los dos únicos supuestos existentes en la normativa que se deroga y en los que se permitía al Procurador asumir, en cierto modo, la defensa de su representado, esto es, los contemplados en los artículos 730 de la LEC para el juicio verbal y 28 del Decreto de 21 de noviembre de 1.952 para el juicio de cognición, ya referidos, han sido eliminados.

A todo lo cual debe añadirse que así como en materia de representación la posibilidad de que ésta pudiera asumirse por persona distinta de Procurador es un tema que se ha planteado continuamente hasta que la nueva

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Ley lo zanja de modo definitivo, según resulta de la evolución legislativa expuesta, la posibilidad de que la defensa en los casos en que no es preceptiva la intervención de Letrado pueda asumirse por persona distinta no ha sido una cuestión debatida, pues se daba por hecho que sólo un Abogado puede desempeñar tal función (fuera de los supuestos legalmente previstos).

Aclarado esto, refirámonos a las excepciones a la regla general de intervención preceptiva, no sin antes indicar que las mismas deben, al igual que en el caso del artículo 23, interpretarse restrictivamente y ello no sólo por el hecho de tratarse de excepciones sino también porque la pauta seguida por nuestro legislador al regular esta materia ha sido siempre la de ir restringiendo el número de supuestos en que se excepcionaba la norma general.

En efecto, establecida la misma con claridad por el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento de 1.855, promulgada la vigente Ley de 1.881, que reforzaba el criterio, fueron sin embargo apareciendo multitud de disposiciones que ampliaban el campo de las excepciones (entre otras, resulta llamativa la no necesidad de intervención de Abogado en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecario regulado como novedad –inspirada en la Ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar- en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria de 1.909), situación a la que se puso fin invirtiendo el criterio desde la ya citada Ley de 23 de diciembre de 1.961 que además de modificar la redacción del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento, suprimió la excepción que se contemplaba en varias normas, siguiendo la misma línea las reformas posteriores.

Pues bien, el número 1º del apartado 2 del artículo 31 contempla los juicios declarativos, dispensando de la intervención de Abogado los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 150.000 pesetas y las petición inicial (realmente, una demanda) del monitorio, coincidiendo casi literalmente con lo dispuesto en el número 1º del apartado 2 del artículo 23, ya expuesto. Por tanto, son aplicables aquí los comentarios ya efectuados reiterando tan solo la acertada novedad que supone la unificación de supuestos en que es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, tanto en el ámbito de los procesos declarativos como en el de los procesos de ejecución (recordar el artículo 539), lo cual concuerda mejor con la función que corresponde a estos profesionales y que justifica su actuación, pretendiendo de esta forma llevar a cabo una adecuación entre la normativa y la realidad social a la que debe aplicarse, siguiendo las directrices señaladas por el Consejo General del Poder Judicial cuyo Libro Blanco de la Justicia señala, a la vista de los

datos recogidos, que "parece ser que existe una correspondencia casi absoluta entre la intervención de Abogado y Procurador, lo que implica que en la casi totalidad de los casos en los que el ciudadano acude defendido por Letrado, designa simultáneamente un Procurador que lo represente", aun cuando no sea obligatoria la intervención de éste, haciéndose constar también, en relación con este último inciso, en el mismo documento que Jueces y Magistrados se muestran partidarios del carácter obligatorio de la actuación de Procurador dado que "en aquellos procedimientos en que no se exige dicha intervención se originan importantes disfunciones y dilaciones en la tramitación de las actuaciones".

De esta forma se pone fin además a la situación actual que contempla supuestos difícilmente explicables como sería el caso, por poner un ejemplo, del juicio de desahucio de finca rústica, que requiere la presencia de Procurador y sin embargo no exige la de Letrado.

A continuación, el número 2º del apartado 2 del artículo 31 recoge un listado no de procedimientos sino de actuaciones aisladas en las que también se excepciona la regla general.

Son los siguientes, junto con la solicitud de medidas urgentes con anterioridad al juicio:

1º. Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio. No hay aquí novedad alguna con relación al artículo 10/4º de la Ley de 1.881. Es un acto típico del representante que en nada afecta a las funciones específicas del Abogado. La jurisprudencia en este tema, recaida fundamentalmente en incidentes de impugnación de tasación de costas por indebidas, es clara y consolidada (STS de 12 de noviembre de 1.997: "de las normas reguladoras que la Ley de Enjuciamiento Civil dedica a la comparecencia en juicio, concretamente, de las contenidas en sus artículos 3, 4 y 10, se evidencia que los escritos de personación no requieren la firma de Letrado, como de manera explícita se afirma en el apartado 4º del precitado artículo 10, y ello explica (...) que la personación, al no exigir firma de Letrado, no responde a diligencia justificada, y si bien puede devengar honorarios, no es admisible que su abono repercuta en la parte adversa". En el mismo sentido, las SSTS de 29 de mayo, 7 de junio o 30 de octubre de 1.996, entre otras).

2º. Los escritos que tengan por objeto pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones. También este supuesto aparece previsto en el

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

artículo 10/4º de la Ley vigente, si bien se limita su ámbito al exigir la urgencia, de modo que si no la hay deberá firmar también el Abogado. Por otra parte, de forma sustancialmente idéntica a como establece el actual artículo 10, "cuando la suspensión de vistas o actuaciones que se pretenda se funde en causas que se refieran especialmente al Abogado también deberá firmar éste el escrito, si fuera posible". Este último inciso pone de manifiesto que en caso de imposibilidad se deberá expresar por parte del Procurador en el escrito que presente la causa de la misma. Por lo demás, se completa esta norma con lo dispuesto en el artículo 188 que recoge las causas de suspensión de las vistas.

A partir de aquí, cabe efectuar el siguiente comentario: el artículo 31 sólo contempla los dos escritos indicados, habiendo desaparecido de la Ley la referencia a los escritos de mera tramitación. Esta es una novedad importante por lo que a la actuación del Procurador se refiere. La idea del legislador en este punto parece haber sido la de limitar el campo de los escritos que el Procurador puede presentar con su sola firma, hoy probablemente extendido en exceso en la práctica por una incorrecta interpretación de la norma.

En un primer momento, la Ley de 1.881, además de la referencia genérica, establecía un listado no exahustivo de escritos que podían considerarse incluidos en aquélla (prórroga de plazos, publicación de pruebas, nombramiento de peritos, señalamiento de vistas, ...) que venía completado por jurisprudencia que resolvía supuestos concretos, como por ejemplo el de la STS de 4 de enero de 1.911 conforme a la cual no es incluible en este grupo (y exige, por tanto, firma de Abogado) el escrito por el que se renuncia a una prueba admitida por el Juzgado.

En definitiva, la Ley de Enjuiciamiento dispensaba de la firma de Letrado a los escritos que tenían por objeto actos de mero impulso procesal. A pesar de que la interpretación de la norma no debería plantear problemas, como he apuntado, sí los suscita en la práctica tanto por la dificultad de determinar en algunas ocasiones cuándo un escrito es de mera tramitación, de mero impulso (cuestión además en la que incide claramente el artículo 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al establecer que "salvo que la ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto los proveidos necesarios", que había sido anticipado por el artículo 307 de la Ley de Enjuiciamiento, con la misma redacción, introducido por la Ley 34/84), problema que se plantea básica-

mente en el ámbito de la ejecución forzosa, como por el abuso que de esta posibilidad realizan (con el consentimiento de los juzgados) los profesionales, que resulta muy cómoda para los Abogados y que se pretende amparar en la afirmación de que el Procurador no va a presentar escrito alguno sin haber recibido previamente instrucciones del Letrado.

En cualquier caso, lo cierto es que con la nueva Ley la cuestión ya no parece que deba plantearse: salvo los dos concretos supuestos citados, en todo procedimiento en que sea preceptiva la intervención de Abogado deberá éste firmar cuantos escritos se presenten y esta norma entiendo que no admite excepción, sin que se pueda considerar como tal el escrito, admisible por tanto con la sola firma del Procurador, en que éste devuelve el despacho de cuya tramitación se ha encargado pues realmente no nos encontramos aquí con un "escrito de la parte" en sentido estricto en la medida en que en el mismo no se contiene petición alguna, limitándose a devolver al procedimiento algo que le pertenece y que debe figurar en el mismo (apuntar aquí que son varias las novedades que la Ley introduce en una materia que pudiera parecer secundaria, el auxilio judicial, regulado en los artículos 169 a 177, de las que a mí parecer una de las más destacables en la medida en que pone fin a una corruptela lamentablemente extendida entre ciertos profesionales y consistente en "no devolver el despacho cuyo conocimiento por parte del juzgado no interesa", es la prevista en el artículo 175/1 conforme al cual "cumplimentado el exhorto, se comunicará al exhortante su resultado por medio del sistema informático judicial o de cualquier otro sistema de comunicación que garantice la constancia de la recepción".

No existe, sin embargo, disposición similar aplicable a los oficios o mandamientos diligenciados por las partes, sin que se entienda bien el porqué no se impone a su destinatario un deber similar al contemplado en el precepto transcrito, para lo que no parece existir impedimento a la vista de los dispuesto en el artículo 118 de la Constitución).

La cuestión tratada lleva a referirse necesariamente a la determinación de los efectos derivados de la falta de firma, sea del Abogado, sea del Procurador, cuando la actuación de estos profesionales es obligatoria.

La doctrina del Tribunal Constitucional en este punto es suficientemente clara: se trata de un presupuesto procesal (STC 57/84, de 8 de mayo: "cuando es preceptiva la intervención de Letrado, no debe darse curso a los escritos que carecen de esa intervención, y es el juez "ex officio" el que debe velar por el cumplimiento preciso de tales previsiones legales"), cuya

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ausencia no determina, no obstante, la ineficacia total del acto al tratarse de un mero defecto formal fácilmente subsanable y que permite calificar tal acto como incompleto (STC 163/97, de 30 de octubre: "es doctrina reiterada de este Tribunal que la simple falta de firma del Abogado o del Procurador de la parte es un defecto que no debe conducir sin más -en el caso concreto se había desestimado un recurso al declarar inexistente el escrito de interposición por falta de firma- a la nulidad del recurso y a la declaración de firmeza de la sentencia impugnada y a la caducidad de la acción, pues ello supondría una sanción desproporcionada con la entidad real del defecto; por el contrario, se trata de un requisito de cumplimiento subsanable y sólo cuando después de conceder ocasión para ello no hubiera sido subsanado, podrá servir como motivo de inadmisión del recurso sin lesionar la tutela judicial efectiva").

La única cuestión un tanto debatida es la del plazo para la subsanación. En principio el Tribunal Constitucional pareció mantener una postura más estricta. Así, la sentencia 39/88, de 9 de marzo, nos dice que "ninguna duda razonable cabe respecto de la posibilidad de completar el acto, siempre que la integración se realice antes de cumplirse el plazo preclusivo del correspondiente trámite procesal, si éste existiera", añadiendo sin embargo que "podría, tal vez, cuestionarse la eficacia de una integración tardía". En resoluciones posteriores ha mantenido una postura más flexible.

En tal sentido, la sentencia 115/90, de 5 de julio, señala que "la Sala debió permitir la subsanación atendiendo en todo caso a lo dispuesto en el artículo 11/3 de la Ley Orgánica del poder Judicial, según el cual "los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela judicial consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver sobre las pretensiones que les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuere insubsanable o no se subsane por el procedimiento establecido en las leyes", cláusula genérica esta última en la que, como señalan las SSTC 2/89 y 105/89, "puede apoyarse un trámite de subsanación para los defectos susceptibles de ello, fuera del plazo en principio previsto para cumplir la exigencia procesal, aunque no estuviera expresamente establecido por la Ley". La doctrina expuesta se reitera en términos prácticamente idénticos en diversas sentencias como, por ejemplo, la 213/90 o la 127 y la 177 de 1.991.

Concluido el examen del artículo 31, debe señalarse que al igual que sucede con el artículo 23 hay otros supuestos no previstos en el mismo en los

que se dispensa de la intervención obligatoria de Abogado. Han sido citados ya anteriormente: los procesos de ejecución, en los términos previstos en el artículo 539 de la Ley; los procesos en que se ejercite la acción de rectificación regulada en la Ley Orgánica 2/1.984; el procedimiento seguido por el Procurador para reclamar a su poderdante moroso las cantidades que le adeude por los derechos y gastos que hubiere suplido para el asunto (artículo 34, debiendo incluir aquí también el procedimiento instado por el Procurador contra su mandante una vez iniciado el pleito a fin de que le provea de los fondos necesarios para continuarlo, contemplado en el artículo 29); o también, la impugnación de la resolución referente al derecho a la asistencia jurídica gratuita, prevista en el artículo 20 de la Ley 1/1.996.

Y, por último, a todos ellos deben añadirse también los derivados de la vigencia transitoria de la Ley de Enjuiciamiento de 1.881, esto es, los actos de conciliación y los expedientes de jurisdicción voluntaria, en los términos expuestos.

IV. Intervención voluntaria de abogado y procurador

Pasamos a referirnos al artículo 32 de la nueva Ley, que constituye otra de las novedades importantes en la materia. Dicho precepto establece lo siguiente:

"Artículo 32. *Intervención no preceptiva de Abogado y Procurador*

1. *Cuando no resultando preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, el demandante pretendiese comparecer por sí mismo y ser defendido por Abogado, o representado por Procurador, o ser asistido por ambos profesionales a la vez, lo hará constar así en la demanda.*
2. *Recibida la notificación de la demanda, si el demandado pretendiera valerse también de Abogado y Procurador, lo comunicará al tribunal dentro de los tres días siguientes, pudiendo solicitar también, en su caso, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. En este último caso, el tribunal podrá acordar la suspensión del proceso hasta que se produzca el reconocimiento o denegación de dicho derecho o la designación provisional de Abogado y Procurador.*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

3. *La facultad de acudir al proceso con la asistencia de los profesionales a que se refiere el apartado anterior de este artículo corresponde también al demandado, cuando el actor no vaya asistido por Abogado o Procurador. El demandado comunicará al tribunal su decisión en el plazo de tres días desde que se le notifique la demanda, dándose cuenta al actor de tal circunstancia. Si el demandante quisiere entonces valersa tamvbién de Abogado y Procurador, lo comunicará al tribunal en los tres días siguientes a la recepción de la notificación y, si solicitare el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, se podrá acordar la suspensión en los términos prevenidos en el apartado anterior.*
4. *En la notificación en que se comunique a una parte la intención de la parte contraria de servirse de Abogado y Procurador, se le informará del derecho que les corresponde según el artículo 6/3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, a fin de que puedan realizar la solicitud correspondiente.*
5. *Cuando la intervención de Abogado y Procurador no sea preceptiva, de la eventual condena en costas de la parte contraria a la que se hubiese servido de dichos profesionales se excluirán los derechos y honorarios devengados por los mismos, salvo que el tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto de aquél en que se ha tramitado el juicio, operando en este último caso las limitaciones a que se refiere el apartado tercero del artículo 394 de esta Ley".*

El precepto, dentro del ámbito, muy concreto, en el que se desenvuelve, juicios contenciosos en que no es obligatoria la intervención de profesionales, esto es, aquéllos en los que la pretensión planteada determina no por razón de la materia sino de la cuantía, inferior además a 150.000 pesetas, la utilización del jucio verbal, plantea tres cuestiones: igualdad procesal de las partes, qué sucede con la condena en costas si intervienen Abogado y Procurador y posibilidad de solicitar el beneficio de justicia gratuita junto con asistencia de dichos profesionales en tales casos. En cada una de ellas aparecen novedades. Veamos:

a) igualdad procesal de las partes: inspirándose en cierta medida en la regulación existente en el proceso laboral, se establece que si alguna de

las partes pretende valerse de Abogado y/o Procurador se pondrá en conocimiento de la contraria a fin de que ésta haga lo propio, si lo estima procedente (como señala la STC 71/1.990, de 5 de abril, la igualdad de armas puede quebrar cuando una de las partes utiliza los servicios de un profesional y la otra no). Hay, no obstante, cierta falta de precisión.

El apartado 1 nos dice que cuando sea el actor el que opte por esta posibilidad "lo hará constar así en la demanda". En definitiva lo que la Ley pretende es evitar que la demanda pueda aparecer redactada y firmada por el propio interesado y que posteriormente éste comparezca al acto del juicio representado y/o defendido por profesionales, conducta que por otra parte podría entenderse contraria a la buena fe procesal (regulada en el artículo 247 con más detalle que en la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Para impedirlo se exige que se haga constar en la demanda, expresión no muy acertada para indicar que tal demanda deberá estar encabezada y firmada por el Procurador, acompañando el correspondiente poder (si interviene) y firmada por el Letrado (si interviene).

Por otra parte no acaba de entenderse bien el que en el apartado 2 se establezca la obligación del demandado al que se ha notificado la intención del actor y decida valerse también de profesionales de ponerlo en conocimiento del Juzgado. No le veo sentido más que en el concreto supuesto de que no sean los mismos profesionales los que las partes vayan a utilizar, es decir, que, por ejemplo, el actor comparezca personalmente pero defendido por Letrado mientras que el demandado lo haga también, pero representado por Procurador. Además, no se establece con claridad la comunicación del Juzgado al actor de tal circunstancia, si bien se podría amparar en la redacción del párrafo 1º del apartado 3, al emplear éste la proposición disyuntiva "o". Si lo entendemos así, en aquellos casos en que hay identidad de profesionales intervinientes, se está introduciendo un trámite en el apartado 2, inciso 1º, aparentemente inútil en cuanto que nada hay que comunicar al actor y al Juzgado en nada afecta el conocimiento anticipado de algo (intervención de profesionales asistiendo al demandado) que acabará sabiendo más adelante por su intervención en el acto del juicio.

b) condena en costas: el apartado 5 viene a sustituir al polémico párrafo 2º del artículo 11 de la Ley de 1.881, con dos novedades de relieve.

En primer lugar, ya no cabe discutir si en el caso de que la parte favorecida con la condena en costas se ha servido de ambos profesionales y se puedan reclamar sus devengos económicos, deben incluirse tanto los dere-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

chos del Procurador como los honorarios del Letrado o solo los derechos del primero (por citar las dos principales interpretaciones que se defienden del artículo de la Ley de 1.881 citado). La utilización en la redacción del precepto de la conjunción copulativa "y" ("derechos y honorarios"; "representada y defendida"); la referencia conjunta a ambos ("dichos profesionales") y el hecho de haber introducido un nuevo supuesto en que se pueden reclamar de la parte condenada tales devengos y que nada tiene que ver con los inconvenientes que le supone el residir fuera del lugar en que se tramita el juicio (fundamento básico de la interpretación del artículo 11 que considera incluibles solamente los derechos del Procurador), lleva a entender que en la tasación deberán comprenderse los devengos económicos de los profesionales que hayan actuado, esto es, de ambos, o de uno u otro si sólo ha intervenido uno.

En segundo lugar, tras establecer la misma regla general hoy existente de que en estos supuestos no se incluyen en la condena en costas los derechos y honorarios devengados, contempla dos excepciones.

La primera es sustancialmente idéntica a la actualmente existente: que el domicilio del favorecido esté en lugar distinto de aquél en que se tramite el juicio. Hay, no obstante , una diferencia: habla de domicilio y no de "residencia habitual", expresión utilizada en la vigente Ley de Enjuiciamiento. ¿Tiene este cambio algún relieve? Respecto de las personas físicas parece que no si tenemos presente que el Codigo Civil en su artículo 40 define en relación con éstas el domicilio como el lugar de su residencia habitual. Además, en la práctica no se han suscitado dificultades respecto de las personas naturales, dificultades que sí se han planteado cuando de personas jurídicas se ha tratado y que básicamente han surgido en el ámbito del ya referido "juicio verbal de tráfico" en relación con las compañías aseguradoras del vehículo causante de los daños, que tienen su domicilio social, estatutariamente determinado, en localidad distinta de aquélla en que se sigue el juicio en la gran mayoría de los casos.

Partiendo de la base de que el problema, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento, tendrá menos trascendencia ya que según lo visto sólo se exceptúan de la intervención preceptiva los verbales de cuantía cuando ésta es inferior a 150.000 pesetas, con la normativa aún vigente la jurisprudencia se ha mostrado un tanto reacia a admitir en tales casos el juego de la excepción que estamos comentando.

Así, por ejemplo, la sentencia de la AP de Sevilla de 18 de septiembre de 1.993 nos dice que "en relación con la excepción del 11.2 LEC, es decir,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la inclusión en la tasación de costas de los gastos de defensa y representación por el hecho de residir la parte en lugar distinto al del juicio, debe tenerse en cuenta que el precepto no habla de domicilio, sino de residencia habitual – que es un concepto más amplio, referido al lugar en que se está con vocación de permanencia-, y que el espíritu de la ley, al consagrar la excepción, no es otro que el de evitar la indefensión de aquellas personas que, por residir en lugares distintos de aquél en que se celebra el juicio, podrían tener mayores dificultades a la hora de hacer valer sus pretensiones.

En consecuencia, la mencionada excepción no es aplicable a las entidades demandadas que obtuvieron a su favor, en el caso, la condena en costas, porque aunque estatutariamente tienen su domicilio social en otra plaza, cuentan también con una delegación regional en aquélla en la que fueron citadas para el acto del juicio , donde sus respectivos representantes otorgaron poder a favor del Procurador que les representa, lo que evita que puedan darse los inconvenientes que justifican la excepción", doctrina aplicable en principio a todos aquellos supuestos en que en la localidad donde se sigue el pleito la entidad tenga delegaciones o sucursales, partiendo del concepto que de estas últimas nos da el artículo 295 del Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto 1.784/1.996, de 19 de julio, del que se desprende que sucursal es todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión y a través del cual se desarrollan, total o parcialmente, las actividades de la sociedad (en el mismo sentido expuesto, la SAP de Málaga de 19 de abril de 1.994 señala gráficamente que "(...) acreditado que la Asociación Mutualista de Ingeniería Civil, que ha obtenido a su favor la condena en costas que es objeto de la tasación impugnada, no tiene su domicilio ni su residencia habitual en esta ciudad, donde no consta tuviese siquiera una agencia o sucursal abierta con tal carácter permanente, se encuentra comprendida en la excepción"; o, también, la SAP de Baleares de 17 de mayo de 1.999: "pero ello no significa que sea el domicilio social de las personas jurídicas el único lugar donde resulta posible su localización jurídica y así se observa que en el tráfico ordinario las entidades sociales tiene, junto a una sede principal, que suele coincidir con su domicilio social, múltiples sucursales, delegaciones y oficinas abiertas al público, dotadas de una mayor o menor autonomía funcional y operativa, dispersas por todo el ámbito territorial a que se extiende su objeto social, (...) por lo que debe entenderse que las razones de incomodidad en la actuación procesal que justifican la excepción del artículo 11/2 y que como tal excepción debe ser

interpretada restrictivamente, no concurren al tener oficinas abiertas al público en el lugar donde se desarrolla el juicio").

Existe incluso una jurisprudencia más extrema que entiende que en el caso de las compañías aseguradoras y aun manteniendo una interpretación amplia del artículo 11.2 que permita en el caso de extraterritorialidad (y, lógicamente, condena en costas) percibir sus devengos económicos a ambos profesionales, nunca serían incluibles los honorarios de Letrado, argumentando en los términos siguientes (sentencia de la AP de Badajoz de 11 de febrero de 1.999): "es verdad que el procedimiento se ha seguido en la localidad de Llerena y que la compañía aseguradora tiene su domicilio social en Badajoz. Pero no puede olvidarse que las compañias aseguradoras en materia de aseguramiento de vehículos de motor asumen la posibilidad, por propia naturaleza, de que el siniestro se produzca en cualquier punto geográfico diferente de su domicilio social, y ello es lo que acontece ordinariamente, por lo que de hacer aplicación de la excepción que contempla el artículo 11.2 de la LEC implicaría hacer una excepción desmesuradamente extensa de dicha excepción, que desnaturalizaría su razón de ser y que carecería de justificación".

Aparentemente la nueva regulación no parece permitir la aplicación de esta jurisprudencia tanto porque, según se ha dicho, serían incluibles los devengos económicos de todos los profesionales intervinientes, tanto Abogado como Procurador, como porque al usar la ley el término "domicilio" parece restringir su alcance exclusivamente al domicilio social fijado en los correspondientes estatutos.

Sin embargo, esta interpretación parece contraria a la finalidad de la norma consistente en evitar los perjuicios que para la parte supone el residir en lugar distinto de aquél en que se sigue el pleito.

Por tanto , aun con la nueva Ley no hay inconveniente en entender el término "domicilio", que constituye la esencia de esta excepción, de conformidad con el espíritu de la norma (artículo 3 del Código Civil), en el sentido de concepto contrario al de "ausencia del lugar", de tal modo que si la parte está presente por sí o a través de representante permanente allí donde se sigue el juicio, no entrará en juego la excepción. Por lo demás, señalar que debe entenderse vigente la jurisprudencia, ésta más uniforme, que entiende que el "lugar distinto de aquél en que se ha tramitado el juicio" es cualquier municipio que no sea la capital del partido judicial aunque pertenezca a éste.

Dicho esto, veamos la segunda excepción, que sí constituye una novedad: también se incluirán en la tasación los derechos y honorarios de los

profesionales intervinientes en el supuesto de que el juzgador aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas. El legislador, aunque con un propósito correcto (sancionar al litigante que ha actuado con temeridad), ha mezclado cuestiones que deben diferenciarse claramente.

Una cosa son las normas que establecen los criterios que el Juez debe tener presentes para determinar, en el momento de dictar sentencia, el pronunciamiento en materia de costas y otra cosa las normas que concretan el contenido de una eventual condena en costas.

Las primeras se recogen , por lo que a la primera instancia se refiere en el artículo 394 completado con los supuestos particulares de los artículos 395 y 396 sobre allanamiento y desistimiento, respectivamente. Entre las segundas se incluye el apartado que estamos comentando. Son normas que se aplican en momentos distintos: las primeras, como se ha dicho, al dictar sentencia; las segundas, en un momento posterior, cuando existiendo ya una condena en costas debe determinarse el contenido de las mismas. Y asimismo van dirigidas a distintos destinatario u operadores: las primeras exclusivamente al Juez; las segundas también, pero sólo para el supuesto que se suscite contienda, ya que en primer lugar serán aplicadas por las propias partes en caso de liquidación extrajudicial o por el Secretario si debe procederse a su tasación.

Pese a ello, el legislador utiliza la misma circunstancia, de naturaleza subjetiva, para modelar el criterio objetivo del vencimiento que rigen en materia de costas y para constituir esta segunda excepción a la regla de la no inclusión de los devengos económicos de Abogado y Procurador cuando no es preceptiva su intervención: la temeridad del litigante (entendiendo que ésta comprende, siguiendo la SAP de Toledo de 27 de diciembre de 1.996, "tanto la actuación dolosa del litigante que es consciente de la falta de fundamento de su pretensión y formula una demanda o se opone a la formulada de contrario por razones diversas al ejercicio legítimo de un derecho, como la actuación culposa de quien podría haber conocido la inconsistencia de su pretensión de haber indagado más diligentemente los fundamentos de ésta").

En efecto, a la hora de realizar el pronunciamiento sobre costas en la sentencia la nueva Ley sigue en esencia, si bien más desarrollado y con mayor precisión terminológica, el sistema que la Ley 34/84, de 6 de agosto, introdujo en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento vigente: imposición de costas al litigante cuyas pretensiones hayan sido totalmente rechazadas.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Se introduce una excepción nueva: que el tribunal aprecie y razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho; y se mantienen las ya existentes: "la limitación del tercio", que no jugará cuando se declare la temeridad del litigante condenado; los casos de estimación parcial en que pese a no proceder condena, conforme a la regla general, se impondrán las costas a la parte que, en su caso hubiere litigado con temeridad; y el supuesto de allanamiento anterior a la contestación en que pese a suponer en principio (artículo 21) estimación íntegra de las pretensiones del actor, no conlleva condena en costas, salvo mala fe del demandado. Así pues nos encontramos con que pese a ser el artículo 32.5, en principio, norma de aplicación posterior, el juzgador deberá tenerlo presente a la hora de fallar el pleito, pues hay que partir de la base, generalmente no tenida en cuenta, de que el Juez debe en la "elaboración" de toda sentencia analizar en su fuero interno la posible temeridad en la actuación procesal de la parte condenada o, en su caso, de ambas partes y en el supuesto de que dicho análisis le lleve a una respuesta positiva deberá plasmar la misma y su razonamiento en la sentencia.

Dejando a un lado el específico tema del allanamiento anterior a la contestación, se trata de una cuestión clara tanto en los supuestos de estimación parcial (artículo 394.2) como en los de estimación o desestimación íntegra, a los efectos de aplicar o no la "limitación del tercio" (artículo 394.3) y ello, tanto si se trata de un juicio ordinario como de un verbal. Consecuentemente, esta segunda excepción que estamos comentando realmente no tiene una sustantividad propia en cuanto que no exige un pronunciamiento específico ni obliga a acudir a ningún dato de fuera de la misma sentencia que contiene la condena en costas (a diferencia de lo que sucede con la otra excepción) sino que en el caso de darse se derivará de la propia fundamentación de esta última.

Consecuentemente, se produce una cierta confusión entre ambos tipos de normas en cuanto que al utilizar como criterio fundamentador de la excepción a la regla de no inclusión la temeridad, el supuesto de hecho de las mismas hasta cierto punto se unifica determinando (en el limitado ámbito de aplicación del apartado 5 del artículo 32), en los supuestos de estimación parcial, tanto la condena en costas como la inclusión en la misma de los devengos económicos de los profesionales intervinientes y, en los casos de estimación o desestimación íntegra, tanto la no aplicación de la "limitación del tercio" como la referida inclusión.

Y todo ello sin perjuicio que el fundamento de la norma me parezca acertado: si el juez aprecia temeridad en una de las partes (o en la condenada) y ello determina la condena en costas (o la inexistencia de límites en su cuantificación), es correcto que se complete el sistema evitando que todo ello quede en papel mojado por el hecho de que la intervención de profesionales no sea preceptiva.

Pues bien, en principio el tema expuesto no tendría mayor trascendencia de no ser porque la confusión referida ha provocado , tal vez por un no correcto entendimiento de la misma, un error en el legislador: la referencia innecesaria en el último inciso del apartado 5 del artículo 32 a "las limitaciones a que se refiere el apartado tercero del artículo 394 de esta Ley". Dejando a un lado la indicación que en éste se hace al beneficio de la justicia gratuita, que comentaré más adelante, la referencia es innecesaria porque dicha limitación (la ya varias veces citada "limitación del tercio") es de aplicación en todo caso al estar incluida entre las normas que regulan el pronunciamiento que en materia de costas debe contener toda sentencia, independientemente de que en la eventual condena en costas sean o no incluibles los honorarios del Abogado interviniente.

Señalar, por lo demás, que la especificación que se hace a "en este último caso", es decir, a que la limitación sólo es de aplicación al supuesto de domicilio distinto y no al de temeridad del condenado, es lógica pues en las hipótesis de temeridad ya establece el artículo 394, como ha quedado dicho, que no es aplicable la "limitación del tercio".

c) posibilidad de solicitar asistencia jurídica gratuita con asistencia de Abogado y representación por Procurador: aquí se plantea ya de entrada una dificultad de interés. El precepto que comentamos debe interpretarse en conexión con el artículo 6.3 de la Ley 1/96, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (al que el mismo artículo 35 de la LEC. se remite) y conforme al cual "el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones: (...) 3.- Defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso".

Ante todo, es claro que al movernos en el ámbito de procesos en que no es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, independientemente de que una o ambas partes soliciten el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita y de que se les reconozca o no, la designación de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

profesionales, que es lo que constituye su contenido esencial, requiere que por el Juez que conoce de la causa se dicte auto (que, como tal, siempre es motivado, resultando redundante la referencia a "auto motivado" contenida en el artículo 6.3 citado) requiriendo el nombramiento a los respectivos Colegios a fin de garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

De aquí surge una duda y un inconveniente. Empezando por la primera, ¿puede dicho auto dictarse de oficio? La doctrina que se ha ocupado de este tema entiende que sí. Sin embargo, no es una cuestión que parezca completamente clara, sobre todo vista la redacción del apartado 4 del artículo 32 que establece la obligación del juzgado, cuando una parte pretende servirse de profesionales, de informar a la otra del derecho que le corresponde con arreglo al artículo 6.3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita a fin de que pueda realizar la solicitud correspondiente.

Partiendo de la base de que el nombramiento de profesionales del turno de oficio está supeditado al reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, la "solicitud" de que habla la norma entiendo que consiste, básicamente y sin perjuicio de que también se inste el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita (lo que ocurrirá siempre si no se ha hecho antes), en la petición de que se proceda al nombramiento de profesionales del turno de oficio, petición que el interesado deberá motivar lo más ampliamente posible, por lo que más adelante diré.

No comparto, por tanto, la idea de quienes entienden que la "solicitud" de que habla este apartado 4 que comentamos se refiere exclusivamente al reconocimiento del derecho a la gratuidad de la justicia pues no veo el fundamento de que en los procesos en que el legislador permite que las partes puedan actuar y defenderse por sí dada la sencillez de las cuestiones objeto de debate (aunque sea "a priori" y en un plano teórico) deba informarse a una de las partes del derecho que pudiera asistirle a la gratuidad de la justicia a fin de que lo solicite si le interesa y no se haga en los restantes procesos, siempre más complejos o de más entidad económica y, además, no hay que olvidar que el precepto claramente establece que dicha información debe suministrarse exclusivamente cuando una de las partes decide valerse de Abogado y Procurador, lo cual justifica que se informe a la contraria de que aunque no sea preceptiva la intervención de estos profesionales, si carece de recursos y solicita (o ha solicitado) justicia gratuita puede también pedir el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio si considera que ello es necesario para garantizar la igualdad de las partes.

Y aquí es donde aparece el problema al que antes me refería. Sea de oficio, sea a instancia de parte, parece que en este momento inicial del proceso el Juez no tiene los suficientes elementos de juicio como para saber si la igualdad procesal de las partes requiere o no la intervención de profesionales. Prácticamente y dado el ámbito en que nos movemos (juicios verbales) el Juez deberá basarse casi exclusivamente en el contenido de la demanda, referido no solo a lo que se pretende sino también a las particularidades que se den o se prevean en materia de alegación y prueba. Es claro que se carece de los suficientes elementos de juicio. De ahí la relevancia que tal vez la solicitud de la parte y la fundamentación que dé a la misma tengan a la hora de resolver, teniendo presente que generalmente tal solicitud irá "ín sita" en la del reconocimiento del derecho a la justicia, presentada en el Juzgado a fin de que éste la remita, lo cual le da al Juez la oportunidad de conocer previamente las condiciones personales del solicitante, elemento en mi opinión importante a la hora de determinar la existencia de desigualdad procesal entre las partes.

Y de todo lo expuesto se desprende otro inconveniente. Se hace de peor condición al actor que al demandado. En efecto, si el primero se encuentra en condiciones de solicitar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, caben dos posibilidades: primera, que no lo solicite y presente la correspondiente demanda por él redactada (recordemos los impresos normalizados de que habla el artículo 437/2), supuesto en que ya no puede solicitarlo posteriormente de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley que nos dice que "no se reconocerá el derecho a la asistencia jurídica gratuita al actor una vez presentada la demanda, (...) salvo que en su solicitud acredite ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que las circunstancias y condiciones necesarias para obtener aquél sobrevinieron con posterioridad a la demanda". Tampoco cabe en este caso, como es lógico, la intervención de oficio del Juez pues como se ha dicho el nombramiento de profesionales es uno de los contenidos del derecho previamente reconocido; segunda posibilidad, que solicite el reconocimiento del derecho y en esa solicitud interese asimismo el nombramiento de profesionales.

Es muy difícil en este caso saber cómo podrá valorar el Juez la existencia de una posible desigualdad procesal, por lo que lo lógico será solicitar el reconocimiento del derecho y sólo posteriormente, una vez presentada la demanda, si el demandado tiene intención de intervenir asistido por Abogado y Procurador, solicitar el actor aquél nombramiento dentro del plazo de los

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tres días siguientes a la notificación que al efecto establece la Ley, con el inconveniente en este caso de que la demanda ya habrá sido redactada y presentada sin la debida asistencia técnica.

Señalar por último que aun cuando exista condena en costas, si se reconoció a la parte condenada el derecho a la asistencia jurídica gratuita, pese a la intervención de profesionales y lo que resulte de la aplicación del apartado 5 del precepto que comentamos, el artículo 394 dispone en el último párrafo de su apartado 3 que "cuando el condenado en costas sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, éste únicamente estará obligado a pagar las costas causadas en defensa de la parte contraria en los casos expresamente señalados en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita", lo que supone una remisión a lo previsto en el artículo 36 de la referida Ley cuyo examen queda fuera del ámbito del presente trabajo.

V. Designación de abogado y procurador: La regla especial del artículo 33.2 de la LEC

Y ya para concluir sólo resta citar el artículo 33 de la nueva Ley, claramente relacionado con el tema tratado y sin equivalente en la aún vigente. Nos dice lo siguiente:

"Artículo 33. *Designación de Procurador y de Abogado."*

1. *Fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del Procurador y del Abogado que les hayan de representar y defender en juicio.*
2. *No obstante, el litigante que no tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita podrá pedir que se le designe Abogado, Procurador o ambos profesionales, cuando su intervención sea preceptiva o cuando, no siéndolo, la parte contraria haya comunicado al tribunal que actuará defendida por Abogado y representada por Procurador. Estas peticiones se harán y decidirán conforme a los dispuesto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, sin necesidad de acreditar el derecho a obtener dicha asistencia, siempre que el solicitante se comprometa a pagar los honorarios y derechos de los profesionales que se le designen".*

De esta forma se concreta en el ámbito del proceso civil una norma prevista ya con carácter general en el artículo 440 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pareciendo no obstante innecesario el compromiso a que se hace referencia en el último inciso, por resultar obvio.

Expuestos los preceptos que regulan esta materia en la nueva Ley de Enjuiciamiento, a modo de breve conclusión final cabe decir que son dos las grandes novedades que se introducen en el ámbito de la postulación.

En primer lugar, partiendo del mantenimiento de la intervención de dos profesionales, Abogado y Procurador, se deslindan claramente sus funciones: el primero defiende los intereses de la parte y el segundo la representa, habiendo desaparecido los supuestos (cuestiones de Derecho transitorio aparte) en que uno u otro podían asumir ambas funciones.

En segundo lugar, teniendo presente la función que desempeñan y la relevancia de la misma para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, se unifican los supuestos en que ambos profesionales deben intervenir (unificación que incluso se refleja en los casos en que su intervención no es obligatoria, según la interpretación aquí defendida del artículo 32), introduciendo al mismo tiempo una mayor claridad al haber eliminado supuestos dudosos o difícilmente comprensibles de la normativa que se deroga. Todo lo dicho, merece a mi entender y desde una perspectiva general una crítica positiva. La cuestión más discutible es, sin duda, la del límite fijado entre los supuestos en que es preceptiva y en que no lo es la intervención de Abogado y Procurador. Admitiendo que dicho límite se fija (supuesto básico) en las demandas que determinan la utilización del juicio verbal no por razón de la materia sino de la cuantía, siendo ésta además inferior a 150.000 pesetas, en principio parece que se ha encontrado una solución de equilibrio en la ecuación "intervención de profesionales para garantizar la defensa de los intereses de la parte/coste económico de la reclamación".

No obstante, y estando claramente implantado el criterio del vencimiento en materia de costas, podría pensarse que tal vez hubiera sido conveniente rebajar el límite aún más para evitar que las pequeñas reclamaciones queden excluidas de la tutela judicial por el coste que conllevan, lo cual no parece cuadrar bien con una ley de la que se dice que introduce un proceso civil de corte "social" en nuestro Derecho. Aunque quizá, también podría afirmarse que tal posible inconveniente queda paliado con la regulación del proceso monitorio.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

BIBLIOGRAFÍA

JUAN MONTERO AROCA, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, ALBERTO MONTÓN REDONDO, SILVIA BARONA VILAR: "El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)", editado por TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2.000.

JUAN MONTERO AROCA: autor de los comentarios a los artículos 4 y 10 en la obra colectica "Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 34/1984, de 6 de agosto de 1.984)", editada por Tecnos, Madrid, 1.985.

JAIME GUASP: "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo Primero)", editado por M. AGUILAR, Madrid, 1.948.

JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, HILARIO DAGO SAINZ Y JOSÉ DE MOLINUEVO JUNOY: "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", editado por Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.955.

JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT (director) y otros: "Ley de Enjuiciamiento Civil (1.881); Interpretación jurisprudencial y legislación complementaria", editado por Bosch, Barcelona, 1.998.

JUAN F. HERRERO PEREZAGUA: "La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil (Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000)", editado por LA LEY, Las Rozas (Madrid), 2.000.

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ: "La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil", editado por JOSÉ M.ª BOSCH, Barcelona, 2.000.

JOSÉ VICENTE ROJO ARNAU Y ANTONIO TÉLLEZ LAPEIRA: "Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", editado por Editorial Práctica de Derecho, Sedaví (Valencia), 2.000.

SARA DÍEZ RIAZA: "La Procuraduría", editado por la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1.997.

ALBERTO MARTÍNEZ DE SANTOS: "Funciones judiciales y regulación procesal en la asistencia jurídica gratuita", artículo publicado en la revista "Secretarios Judiciales", número 13, febrero de 1.999, editado por La Ley-Actualidad, Madrid.

JULIÁN CABALLERO AGUADO: "Procuradores de los Tribunales. Legislación y jurisprudencia", editado por COLEX, Madrid, 1.998.

COMISIONES ROGATORIAS

LA MODERNIZACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO DE LAS BAGATELAS PENALES EN BRASIL(*)(**)

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

«En penal, con la ley no se juega. En civil, las partes tienen las manos libres; en penal deben ternerlas atadas. Aquí no hay lugar más que para la ley, es decir, para el derecho ya encontrado; ni hay la posibilidad, en cuanto al caso singular, de encontrar otro». Carnelutti, F., *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, pág. 292.

SUMARIO:

1. Planteamiento previo: La crisis de la justicia penal y la reforma procesal penal en latinoamérica. — 2. Brasil: Problemática socio-económica. — 3. Algunos apuntes del sistema judicial brasileño. — 4. La ley 9.099, de 26 de septiembre de 1995, de juzgados especiales criminales: 4.1. Introducción. 4.2. La composición de los daños civiles. 4.3. La aplicación inmediata de una pena no privativa de libertad. 4.4. El procedimiento sumarísimo. 4.5. La exigencia de representación en los crímenes de lesiones corporales leves y lesiones culposas. 4.6. La suspensión condicional del proceso. — 5. Conclusiones.

* Quiero expresar mi más sincero agradecimiento a Fernando Andrade Fernandes, Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la *Universidade Stadual Paulista*, por haberme facilitado la bibliografía brasileña necesaria para elaborar este trabajo, y por orientarme y servirme de ayuda en la comprensión de su sistema procesal penal. A él está dedicado el

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1. Planteamiento previo: la crisis de la Justicia penal y la reforma procesal penal en Latinoamérica.

Una vez más, el adentrarnos en el estudio de un ordenamiento jurídico foráneo nos va a permitir constatar no sólo que las deficiencias que presentan muchos ordenamientos procesales penales a finales del siglo XX son muy parecidos, por muchos kilómetros que separen unos países de otros, sin importar en exceso la comunidad cultural en la que se inserten, sino también que esa identidad se extiende a los instrumentos e instituciones a las que se recurre para intentar corregirlas. Únicamente se puede apreciar que la positivación de las mismas en cada país difiere en el tiempo, lo cual está condicionado por factores tales como el nivel que alcance el clima de insatisfacción social ante el funcionamiento de las instituciones democráticas, el grado de sensibilidad política de los gobernantes ante los problemas que inquietan a sus ciudadanos como son los altos niveles de criminalidad y de impunidad, la mayor o menor consagración constitucional de grandes principios, derechos y garantías fundamentales, los resultados que proporcionen en otros ordenamientos jurídicos las reformas y soluciones que se traten de implantar, o la participación activa en foros internacionales en los que se traten de impulsar soluciones a grandes problemas que afectan a todos sus integrantes.

Estamos cansados de oír que la Justicia está en crisis[1], puesto que las medidas que progresivamente se han ido arbitrando para paliarla han fracasado. A pesar de que el Estado parece tener claro su deber de salvaguardar la paz pública y seguridad de los ciudadanos, acaso se puede afirmar sin engaño que con las medidas insertadas por los distintos países para superar la crisis de la justicia penal, y que en buena medida se encuentran recogidas en la Recomendación 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987[2], alguno de ellos ha alcanzado la pócima mágica para lograr el ideal de que su Administración de Justicia sea rápida, barata y eficaz, pero a la vez garantista y segura.

Parece que no, a tenor de las encuestas elaboradas al efecto[3], que en lo que se refieren a nuestro país lamentablemente reflejan como la imagen global de la Justicia que tiene la sociedad española no sólo es mala sino que cada vez es peor, de ahí que se espere tanto del llamado «Pacto de Estado

trabajo, en recuerdo además de su defensa de Tesis Doctoral sobre *O processo penal como instrumento de política criminal* en la *Universidade de Coimbra* el 2 de mayo de 2000, dirigida por nuestro común amigo el Profesor Jorge de Figueiredo Dias, siendo el primer no-portugués en hacerlo en toda la historia de esta prestigiosa Universidad.

** Listado de abreviaturas utilizadas en este trabajo: A.F.G.U.G.: Annali della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Genova. A.J.A.: Actualidad Jurídica Aranzadi. A.P.: Actualidad Penal. A.P.C.: Archives de Politique Criminelle. B.D.D.C.: Boletim de Documentação e Direito Comparado. B.F.D. (UNED): Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. C.C.G.P.J.: Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. C.D.J.: Cuadernos de Derecho Judicial. C.F.B.: Constitución Federal Brasileña. C.I.V.C.: Eguzkilore. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología. C.P.B.: Código Penal Brasileño. C.P.P.B.: Código de Proceso Penal Brasileño. C.P.P.P.: Código de Proceso Penal Portugués. Cass. Pen.: Cassazione Penale. Comp.: compilador. D.J.: Documentación Jurídica. Dtor.: Director. E.D.J.: Estudios de Derecho Judicial. E.P.C.: Estudios Penales y Criminológicos. Esp.: especial. Extraord.: extraordinario. Id.: Idem. J.D.: Jueces para la Democracia. Información y Debate. L.E.Cr.: Ley de Enjuiciamiento Criminal. N.F.P.: Nuevo Foro Penal. Núm.: número. P.C.: Poder y Control. P.C.I.: Papeles de Cuestiones Internacionales. P.E.F.: Papers d'Estudis i Formació. P.J.: Poder Judicial. Quest. Giust.: Questione Giustizia. R.B.C.C.: Revista Brasileira de Ciências Criminais. R.D.E.: Revista de Direito e Economia. R.D.P.C.: Revista de Derecho Penal y Criminología. R.D.P.Ib.: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. R.D.P.P.: Revista de Derecho y Proceso Penal. R.d.T.: Revista dos Tribunais. R.G.D.: Revista General de Derecho. R.I.D.P.: Revue Internationale de Droit Pénal. R.P.C.C.: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. R.S.C.D.P.C.: Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé. R.V.D.P.A.: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. Rev. Min. Pub.: Revista do Ministério Público. Riv. Dir. Pr.: Rivista di Diritto Processuale. Riv. It. Sc. Giur.: Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche (JUS). T.: tomo. T.J.: Tribunales de Justicia. Vol.: volumen. Vv.Aa.: varios autores.

1. *Vid.* por todos Pedraz Penalva, E., «Sobre la crisis de la Justicia», *P.J.*, núm. 10, 1988, págs. 35 y ss.; Calvo Sánchez, M. C., «La reforma del proceso penal», *P.J.*, núm. 17, 1990, págs. 9 y ss.

2. Conseil d l'Europe. Comité des Ministres. Recomandation nº R (87) 18 du Comité des Ministres aus Etats membres concernent la simplification de la justic pénal (adoptée par le Comité des Ministres le 17 septembre lors de la 410 reunion des Délégues des Ministres). Un estudio de las mismas puede consultarse en Rodríguez García, N., *El consenso en el proceso penal español*, Barcelona, 1997, págs. 20 y ss.

3. *Cfr.* Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, págs. 17 y ss.; Toharía, J. J., «La imagen de la administración de justicia en la sociedad española actual: rasgos principales», Vv.Aa., «Política criminal comparada, hoy y mañana», *C.D.J.*, 1998, págs. 241 y ss.; Casares, F., Giner, S., «Los ciudadanos y la Justicia: percepción actual de la Justicia por parte de la sociedad y sus aspiraciones de reforma», Vv.Aa., *Los retos de la justicia en el siglo XXI. Reflexiones sobre la situación actual y las perspectivas de futuro del Poder Judicial*, Barcelona, 2000, págs. 39 y ss. Sobre esta cuestión *vid.* además Robert, P., «El ciudadano frente a la justicia penal: actitudes y esperanzas», *P.E.F.*, núm. 5 esp., 1990, págs. 9 y ss.; Hassemer, W., «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal «eficaz»», trad. F. Muñoz Conde, *E.P.C.*, vol. XV, 1992, págs. 181 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sobre la Justicia»[4], ofrecido por todas las fuerzas políticas en sus programas electorales pero cuya plasmación práctica completa continuamente se posterga[5]. A pesar del indudable esfuerzo que diariamente realizan centenares de dignísimos profesionales, el desencanto es generalizado, y por ello en España no es difícil encontrar, como destaca Quintero Olivares, muchos juristas convencidos de que no gozan del respeto de sus conciudadanos; y por si esa sensación fuera poca cosa, día tras día oyen cómo les tildan de inútiles, liantes, estorbos para la solución sencilla de los conflictos, sanguijuelas que aprovechan la desgracia ajena para ganar dinero, y otras acusaciones igualmente despectivas. No se libra ningún oficio de la diatriba, de la que son por igual objeto jueces, abogados, fiscales, funcionarios, y, cómo no, los propios legisladores[6].

Esta problemática general de la Justicia se acentúa, si cabe, en el ámbito penal: la Administración de Justicia, que en 1984 era para el conjunto de la ciudadanía la cuarta institución más confiable del país -precedida tan sólo por el Rey, el Defensor del Pueblo y las Cortes-, ocupa ahora el antepenúltimo lugar en dicha escala de confiabilidad, por encima tan sólo de los partidos y de los políticos. El consuelo a esta situación lo encuentran algunos en el hecho de que la Justicia no goza de buena imagen en casi ningún sitio; así, en el ámbito de la Unión Europea, Italia, Portugal y Francia están por detrás de España, y Bélgica al mismo nivel.

No podemos desdeñar en este punto el papel que han desempeñado los medios de comunicación en la formación y difusión de estos estados de opinión, y en la reorientación del Derecho Penal contra los *powerful* y no sólo

4. *Vid.* Toharía, J. J., «Un pacto de Estado para la Justicia», *El País*, 20 de octubre de 2000.

5. Destacar como a finales de junio de 2000 se ha comenzado a tramitar en el Parlamento una Ley Orgánica sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, un primer paquete de medidas urgentes que van a modificar parcialmente la L.O.P.J. En concreto, se propugna: a) unificar el procedimiento selectivo, en fase de oposición, para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal, con Tribunales y pruebas únicos; b) ampliar transitoriamente la edad de jubilación forzosa de los miembros de la Carrera Judicial hasta los 72 años, y hasta los 75 la limitación para ser propuesto para actuar como Magistrado suplente; c) adaptar la duración del curso teórico y práctico de selección y formación en la Escuela Judicial, sin menoscabar la calidad y el contenido de la misma; d) posibilitar la adscripción de los Magistrados de unas Salas a otras cuando así lo aconseje la diferente carga de trabajo, mediante propuesta de la Sala de Gobierno correspondiente.

6. Quintero Olivares, G., *La Justicia Penal en España*, Pamplona, 1998, pág. 19.

contra los *powerless*[7]. Estamos en unos momentos en los cuales ante la lentitud de la Justicia la ciudadanía confía la denuncia y la investigación de prácticas delictivas de nuestro tiempo -*v. gr.*, la corrupción- a los periodistas, que en los últimos años han tenido un decisivo papel en el descubrimiento de relevantes hechos delictivos; sin embargo, los medios han aprovechado esta coyuntura favorable para poner de relieve las fallas que presenta el sistema penal, fomentando con ello la desconfianza hacia la labor que vayan a desempeñar los órganos judiciales, su imparcialidad[8], especialmente si la adopción de las decisiones se prolongan en el tiempo: los sesgos ideológicos, las orientaciones políticas o simplemente los intereses económicos de las respectivas empresas conforman la transmisión y la presentación de los fenómenos sociales lo que da lugar, en la mayoría de las ocasiones, a percepciones inexactas, a la inexorable aparición de peligrosos juicios paralelos.

Si bien es cierto, en palabras de Aguilera de Paz, que la publicidad del juicio en el procedimiento penal constituye una garantía tan firme y potente en favor de la justicia que equivale a todas las demás garantías procesales reunidas[9], el trabajo que desarrollan a diario los medios de comunicación puede conducir a dos tipos de peligros que ningún país ha sabido controlar de manera satisfactoria, como pone de relieve Roxin[10]: por un lado, puede ocasio-

7. Silva Sánchez, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, pág. 37, nota 49.

8. *Vid.* Simon, D., *La independencia del juez*, trad. C. Ximénez-Castillo, Barcelona, 1985; Varela Castro, L., «Sobre la legitimidad del Poder Judicial», *P.J.*, núm. esp. XI, 1989, págs. 87 y ss.; Auger Liñán, C., «La Justicia ante el fenómeno de la corrupción», *Claves*, núm. 56, 1995, págs. 40 y ss.; Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2.ª ed., Madrid, 1997, págs. 578 y ss.; Ippolito, F., «Política y justicia en la experiencia comparada actual. El caso italiano», Vv.Aa., «Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial», *E.D.J.*, 1998, págs. 107 y ss.

9. Aguilera de Paz, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. V, Madrid, 1924, págs. 268 y ss. Para un estudio más detallado de la publicidad procesal *vid.* por todos Pedraz Penalva, E., «Notas sobre publicidad y proceso», *P.J.*, núm. esp. XI, 1986, págs. 115 y ss.; Id., «Publicidad y derecho al proceso debido», Vv.Aa., *La criminalidad organizada ante la Justicia*, F. Gutiérrez-Alviz y Conradi dtor., Sevilla, 1996, págs. 157 y ss.

10. Roxin, C., «El proceso penal y los medios de comunicación», *P.J.*, núm. 55, 1999, pág. 74. *Vid.* además Schneider, H. J., «Influencia de los medios de comunicación de masas en la opinión pública sobre la delincuencia y la justicia penal», Vv.Aa., «La justicia penal y la política criminal en el Consejo de Europa», *D.J.*, núm. 56, 1987, págs. 115 y ss.; Vv.Aa., «Libertad de expresión y medios de comunicación», *P.J.*, núm. esp. XIII, 1990; Verger Grau, J., «Los juicios paralelos y la presunción de inocencia, con especial referencia al Jurado», Vv.Aa., *La criminalidad organizada ante la Justicia*, F. Gutiérrez-Alviz y Conradi dtor.,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nar daños directos al inculpado, tratándole, por ejemplo, ya con anterioridad a la conclusión del proceso, como culpable; de esta forma el acusado podrá sufrir perjuicios en la salud, en la vida privada o en los negocios, que no habrá forma de reparar después de su absolución; por otro lado, los medios de comunicación pueden falsear la decisión en sí misma, influyendo en el juez, por ejemplo, con una campaña de prensa favorable o contraria a los intereses del imputado, de forma tal que se puede provocar la inculpación de un inocente, la absolución de un culpable o que se imponga una pena más grave o más leve de la que se hubiera impuesto de no haber existido la presión de los medios de comunicación, vulnerándose con ello el derecho a un proceso con todas las garantías.

Muchos países tienen en común en que para salir de esta situación han hecho del «parcheo normativo» la técnica legislativa por excelencia; sin embargo, a pesar de que nos encontramos en unos tiempos en los que la profesión de legislador vive en continua solicitación laboral[11], no se ha cambiado el modelo penal de enjuiciamiento en su integridad, ni desde el punto de vista orgánico ni desde el legislativo[12]. Pero no nos engañemos, la crisis de la Justicia no es debida única y exclusivamente a la cantidad y a la calidad de las leyes: «No vale decir, como se oye repetir con excesiva superficialidad,

Sevilla, 1996, págs. 191 y ss.; VIEITES PÉREZ, C., «Restricciones a la libertad de expresión y protección del secreto sumarial: los procesos «paralelos»», VV.AA., «Medidas restrictivas de derechos fundamentales», *C.D.J.*, 1996, págs. 393 y ss.; VV.AA., «Justicia, información y opinión pública. I Encuentro entre Jueces y Periodistas», *P.J.*, núm. esp. XVII, 1999; ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *La Justicia y su eficacia*, Madrid, 1999, págs. 25 y ss.; RODRIGO ALSINA, M., «El conocimiento del sistema penal: alarma social y medios de comunicación», VV.AA., «Política criminal», *C.D.J.*, 1999, págs. 71 y ss.; RACT MADOUX, M., «Criminalidade, processo penal e meios de comunicaçao», trad. A. L. Riquito, *R.P.C.C.*, 1999, núm. 2, págs. 213 y ss.; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Juicios paralelos y proceso penal. (Razones para una necesaria intervención legislativa)», *R.D.P.P.*, núm. 3, 1999, págs. 117 y ss.; JUANES PECES, A., «Los juicios paralelos», *A.J.A.*, núm. 378, 1999, págs. 1 y ss.; VV.AA., *Criminalidad, medios de comunicación y proceso penal*, M. Barbero Santos y M. R. Diego Díaz-Santos coords., Salamanca, 2000; GISBERT GISBERT, A., «Sobre los juicios paralelos», *Tapia*, núm. 109, 2000, págs. 60 y ss.

11. RAMOS MÉNDEZ, F., «De cómo hacer las reformas procesales. (Manual del aprendiz de legislador)», VV.AA., *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Valencia, 1990, pág. 461.

12. *Vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Notas en torno al Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal», *Justicia*, 1992, núm. I, pág. 20; PEDRAZ PENALVA, E., «Hacia la justicia penal del siglo XXI», *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2000, págs. 96 y ss.

que la función de los magistrados es aplicar la ley, y que, por tanto, si cambio de régimen significa cambio de leyes, el oficio de los magistrados no varía, compendiado como está en el deber de ser fieles a las leyes vigentes. Quien así razona, no quiere convencerse de que las leyes son fórmulas vacías, que el juez en cada caso llena, no sólo con su lógica, sino también con sus sentimientos. Antes de aplicar una ley, el juez, como hombre, se ve arrastrado a juzgarla; y según que su conciencia moral y su opinión política la apruebe o la rechace, la aplicará con mayor o menor convicción, es decir, con mayor o menor fidelidad»[13].

En Latinoamérica la situación no es muy diferente[14], y el deseo de superar las consecuencias devastadoras para cualquier sociedad de unos altos índices de criminalidad ha provocado que en los últimos años hayamos contemplado como en muchos de esos países -Chile, Venezuela, Bolivia, Argentina, Colombia, Costa Rica...- se hayan dejado atrás los últimos vestigios de procedimientos inquisitivos escritos, llevados por España en la época colonial, adoptando modelos acusatorios inspirados claramente en el sistema angloamericano de justicia penal y en cómo algunas de sus directrices básicas han sido acogidas en países que siempre les han servido de referencia: España, Italia, Portugal, Francia y Alemania, cada vez más pujantemente[15].

13. CALAMANDREI, P., *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1956, pág. 219.

14. *Vid.* GÓMEZ COLOMER, J. L., GONZALVEZ, F., «La procédure pénale face au principe accusatoire: la position adoptée par le ministère public en Espagne et dans les principaux pays latino-américans. Influences européennes et nord-américaines», *R.I.D.P.*, 1997, núms. 1-2, págs. 67 y ss.

15. En el continente europeo Alemania han sido pionera en esta materia, y ya desde la década de 1960 detectaron que su ordenamiento jurídico penal se iba a colapsar si aplicaban de manera estricta el principio de legalidad en la persecución de las bagatelas penales. Por ello, con motivo de la reforma penal y procesal penal de 1974 el tratamiento de la pequeña criminalidad pasó a regirse por el principio de «flexibilización de la persecución penal estatal», lo que se traducía en establecer supuestos en los que el principio de legalidad tenía que dejar paso al principio de oportunidad. *Vid.* PETERS, K., «Le ministère public», *R.I.D.P.*, 1963, págs. 3 y ss.; JESCHECK, H. H., «Gli indirizzi di politica criminale nelle riforme penali tedesca ed austriaca», trad. E. Musco, *Riv. It. Sc. Giur.*, vol. XXI, 1974, págs. 359 y ss.; ID., «Il contributo della comparazione del diritto alla riforma del processo penale tedesco», trad. F. Molinari, *A.F.G.U.G.*, vol. XIV, 1975, págs. 96 y ss.; PEDRAZ PENALVA, E., «La reforma procesal penal de la R. F. de Alemania de 1975», *R.D.P.Ib.*, 1976, núm. 2-3, págs. 647 y ss.; HÜNERFELD, P., «A pequena criminalidade e o processo penal», trad. M. da Costa Andrade, *R.D.E.*, vol. IV, 1978, págs. 25

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Sorprende constatar, como destaca Schünemann[16], el cambio radical que se ha experimentado, ya que si hasta hace pocos años el sistema continental europeo aún era considerado predominantemente como el más moderno -era el más adecuado para combatir la criminalidad y además resultaba compatible con los propios fundamentos normativos de la jurisdicción penal del Estado-, el procedimiento norteamericano, por el contrario, se entendía como poco adecuado, especialmente para combatir la criminalidad organizada y la verdad formal por él garantizada no podía asegurar una ejecución material justa del Derecho penal, porque no garantizaba un tratamiento igualitario de autores similares de igual culpabilidad.

El cambio en las estructuras básicas de la Administración de Justicia en estas naciones poco a poco está consiguiendo mejorar su imagen y los sentimientos de confianza en su funcionamiento. A pesar de su precariedad inicial, según un informe elaborado por el Banco Mundial relativo al índice de la Ley y el Orden en América Latina y el Caribe, en los últimos quince años han experimentado un avance significativo los indicadores relativos a la consideración de un ordenamiento jurídico como sólido e imparcial, y a la aceptación de los mecanismos legales para dirimir las controversias: en una escala de cero a diez, mientras que en 1984 la puntuación en América Latina era de 3,9 y la de los países de la OCDE del 9,3, en 1998 la diferencia se ha

y ss.; GREBING, G., «La procedure accelerée dans le proces penal en republique federale d'allemagne», *A.P.C.*, núm. 5, 1982, págs. 151 y ss.; BLAU, G., FRANKE, E., «Diversion and mediation. Federal Republic of Germany», *R.I.D.P.*, 1983, págs. 929 y ss.; HERRMANN, J., «Diversion and mediation. Federal Republic of Germany», trad. M. E. Leistner, *R.I.D.P.*, 1983, págs. 1043 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985, págs. 34 y ss.; GÖSSEL, K. H., «Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán», trad. V. Gimeno Sendra y J. L. Gómez Colomer, *Justicia*, 1985, núm. IV, págs. 877 y ss.; BOTTCHER, R., «The relations between the organization of the judiciary and criminal procedure in federal republic in Germany», *R.I.D.P.*, 1989, págs. 973 y ss.; ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España,* Barcelona, 1991; ID., «Incremento de la llamada criminalidad de bagatela y tratamientos descriminalizadores arbitrados en la RFA, con especial referencia al principio de oportunidad», *Justicia*, 1990, núm. 1, págs. 201 y ss.; ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, trad. C. Gómez Rivero y M. C. García Cantizano, Valencia, 2000, págs. 121 y ss.

16. SCHÜNEMANN, B., «¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», VV.AA., «Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania»», trad. S. Bacigalupo Saggese, *C.C.G.P.J.*, núm. 8, 1991, pág. 50.

acortado -5,4 y 9,6, respectivamente-[17]. A pesar de la frialdad de los datos, y lo arriesgado que es hacer previsiones de futuro, todo parece indicar que se está en el buen camino.

Sin embargo, este cambio no siempre se ha hecho de forma pacífica, escalonada, con un respeto escrupuloso a la sociedad, a la historia y a las tradiciones jurídicas de cada país. Sorprende constatar como se ha dado casi un salto en el vacío: se ha pasado de un extremo inquisitorio a otro extremo acusatorio, sin que los movimientos reformadores surgidos de la revolución francesa, que hicieron extender por el continente europeo el proceso penal acusatorio formal o mixto, cruzaran el Atlántico, como habría sido de esperar, de la mano de textos como nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en 1882 pasaba por ser, en palabras de ALONSO MARTÍNEZ, «un Código completamente nuevo y de carácter tan liberal y progresivo como el más adelantado de los Códigos de procedimiento criminal del continente europeo»[18].

Así por ejemplo, con ocasión de la implantación en Colombia de una Fiscalía General de la Nación de corte anglosajón, a la que como en otros muchos países[19] se le atribuye en exclusiva el ejercicio de la acción penal -con uso

17. *Vid. Desarrollo Humano e Institucional en América Latina*, núm. 2, 1999.

18. A pesar de los incuestionables méritos del texto, elaborado con la participación de «hombres eminentes, no sólo en la ciencia del Derecho, sino también en el conocimiento especial de la topografía, censo de población, vías de comunicación y estadística criminal del territorio de la Península e islas adyacentes», el Ministro de Gracia y Justicia advirtió «que la aplicación y cumplimiento de la nueva Ley, singularmente en los primeros años, tropezara con graves dificultades, siendo la mayor de todas ellas la falta de costumbres adecuadas al sistema acusatorio y al juicio oral y público. Educados los españoles durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, lejos de haber adquirido confianza en la Justicia y de coadyuvar activamente a su recta administración, haciendo, como el ciudadano inglés, inútil la institución del Ministerio público para el descubrimiento y castigo de los delitos, han formado ideas falsas sobre la política judicial y se han desviado cada vez más de los Tribunales, mirando con lamentable recelo a los Magistrados, Jueces, Escribanos y Alguaciles, y repugnando figurar como testigos en los procesos. Pero este mal será mayor cuanto más tiempo pase; y como lo cual no puede seguir, sin desdoro de la Nación y de los Poderes que la gobiernan, lo mejor es decidirse, que alguna vez se ha de empezar, si la España no ha de ser una excepción entre los pueblos cultos de Europa y América» (Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882).

19. Poner de relieve que este modelo anglosajón de Ministerio Público también tiene importantes defensores en nuestro país, y muchos de sus rasgos más significativos han sido tomados por el Consejo General del Poder Judicial al elaborar en julio de 2000 propuestas de mejora de la Justicia penal, entre las que se incluyen:

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

discrecional del principio de oportunidad-, la competencia para instruir y las facultades de ejecución penal, FERNÁNDEZ LEÓN denunció como hasta el mismo momento de su implantación en 1991 «no hubo por parte del Estado ninguna preocupación por cimentar los principios que han inspirado en el mundo el establecimiento de esta institución; tampoco se educó al país para asimilarla y muchísimo menos se capacitó a los funcionarios y empleados, que habrían de organizarla y tramitar (absurdamente, por supuesto) un estadio tan trascendental del proceso como es el sumario. La creación de la Fiscalía fue abrupta e inconsulta. Exigía una consulta integral y no limitada solamente a sus objetivos»[20].

A) La instrucción de los procesos penales ha de atribuirse al Ministerio Fiscal. Para que el Ministerio Fiscal asuma la instrucción penal es condición imprescindible potenciar los principios funcionales de legalidad e imparcialidad, la dotación de los medios personales y materiales necesarios, así como configurar un nuevo estatuto del Fiscal General del Estado, en el que, partiendo de su designación conforme al sistema actual, se fije un plazo legal de duración para su mandato, análogo al de la duración normal de una legislatura, con sometimiento a control parlamentario y determinación precisa de las causas de su cese y del procedimiento a seguir en tal supuesto.

B) La regulación procesal de la instrucción se basará en los siguientes principios: 1. Las querellas, denuncias y, en general, toda comunicación de hechos que presenten caracteres de delito deberán ser presentadas ante el Ministerio Fiscal, con eventual recurso ulterior ante el Juez de Garantías en caso de inactividad del Ministerio Público. 2. Corresponde al Ministerio Fiscal dirigir la investigación penal y practicar todas las diligencias tendentes a la averiguación de los hechos y a la constatación de los presupuestos de la acción penal. No obstante, se posibilitará a los abogados de las partes que, con las necesarias cautelas, realicen determinadas actividades de investigación, tales como entrevistas con testigos, visitas al lugar de los hechos, acceso a documentación o a material probatorio y a organismos oficiales. 3. El imputado podrá tener acceso a las actuaciones, salvo los supuestos de secreto previstos en la ley, podrá solicitar la práctica de todo tipo de diligencias encaminadas a desvirtuar los indicios existentes en su contra, con recurso ulterior ante el Juez de Garantías, en caso de denegación de prueba anticipada o preconstituida, y podrá asimismo instar la conclusión o archivo de las diligencias de investigación, una vez concluidos los plazos legales o el objeto de las mismas. 4. Finalizada la investigación, el Ministerio Fiscal se pronunciará sobre la formalización o no de la acusación, con fijación ulterior por el órgano judicial de la fase intermedia del contenido de la acusación que ha de servir de base para el enjuiciamiento. 5. Corresponde al Juez de Garantías el control jurisdiccional de la instrucción y, en particular, la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales, así como la decisión de las cuestiones que se susciten en relación con la práctica de prueba anticipada o preconstituida, así como respecto al ejercicio de la acción penal, todo ello durante las fases de instrucción e intermedia.

20. FERNÁNDEZ LEÓN, W., *Fiscalía: Juez y parte*, Santa Fe de Bogotá, 1996, pág. 9. *Vid.* también BOVINO, A., «El Ministerio Público en el proceso de reforma de la justicia penal en América Latina», *Problemas del Derecho Procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, 1998, págs. 29 y ss.

En los más recientes periodos de reforma, la política procesal de muchos Estados latinoamericanos ha estado fuertemente influida el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, discutido y aprobado en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y en el que tuvieron una relevante participación eminentes procesalistas como FAIRÉN GUILLÉN, VÉLEZ MARICONDE, CLARIÁ OLMEDO, DE LA RÚA, PELLEGRINI GRINOVER o BERNAL CUÉLLAR; un texto que representa, en palabras de MAIER, «un buen ejemplo del estado de desarrollo científico del Derecho Procesal Penal en nuestro universo cultural, formulado en normas, tal que puede ser utilizado por alumnos y estudiosos para entrenarse en la decisión de problemas, cuando estudian en medios de legislación sumamente atrasada culturalmente, o para conocer lo que es un cuerpo moderno de reglas de procedimiento penal en la actualidad, sus problemas teóricos y sus desarrollos políticos»[21].

Este texto, que hace suya la vieja aspiración de integrar cultural y políticamente a diversos Estados entre los que existen fuertes lazos de identidad, esto es, la comunidad hispano-lusoparlante, superando las barreras nacionales pero a la vez respetando las características propias de cada región, fue concebido para acabar con los más graves conflictos sociales que les afectan. Por lo tanto, la crisis estructural en la que se encontraban muchos pueblos latinoamericanos, lo que condicionaba su desarrollo político y económico, ha intentado ser superada por la vía de la integración[22], por medio de instituciones jurídicas debatidas, consensuadas, y adecuadas a su tradición cultural.

Existe una relación inescindible entre las situaciones de conflictividad social y el funcionamiento de los sistemas judiciales, cuya disociación conduce a dos fenómenos perniciosos[23]: por un lado, todo sistema judicial ineficaz multiplica los conflictos sociales y, por ende, ahonda las situaciones críticas; por otro, si los sistemas judiciales no garantizan la efectiva aplicación del

21. MAIER, J. B. J., *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1996, pág. III. De forma parecida, CONSO, G., «Intervento di apertura», VV.AA., *Un «Codice Tipo» di procedura penale per l'America Latina*, a cura di M. Massa y S. Schipani, Padova, 1994, pág. 3, lo considera como una «operazione di civiltà sociopolitica piú ancora che di civiltà giuridica».

22. Estos bríos supranacionales se han vuelto a despertar en los últimos tiempos, en los que se propugna no sólo la creación de un espacio judicial europeo, sino también la creación de un «espacio judicial iberoamericano». *Cfr.* JIMÉNEZ DE PARGA, M., «Contra la inercia del Derecho», *ABC*, 16 de agosto de 2000, pág. 3.

23. Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Derecho, los programas normativos se convierten en ficciones irritantes o juegos de palabras y, tras ellas, renace la violencia social.

Después de casi dos siglos de desarrollo nacional independiente, que los han separado de las tendencias europeas posteriores, y les han añadido rasgos idiosincrásicos adicionales, y puesto que la fórmula inquisitiva que en buena manera conservan ha fracasado, al no mostrarse acorde con las exigencias de un proceso penal moderno, este proceso uniformador se vio fuertemente imbuido por los textos procesales penales alemán, italiano, portugués, español y francés, sin dejar a un lado la producción jurisprudencial de Tribunales supranacionales a partir de declaraciones y pactos internacionales, en especial, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este punto nos parece acertada la apreciación de ALMAGRO NOSETE, según la cual este influjo normativo debería producirse en ambas direcciones, puesto que existe «un fondo común en todo Derecho Procesal de cuño hispánico, ibérico, que no puede caer en saco roto, ni perderse sin más, pues las identidades no se improvisan y nuestra identidad está fundida con la de muchos pueblos hermanos. Este aire renovador que nos viene de la otra orilla del Atlántico debe servir al empeño de promover y realizar entre todos una tarea innovadora y en muchos aspectos coincidente, sin merma de las peculiaridades a que cada tradición singular o sistema propio obligue»[24].

Al objeto de nuestro estudio[25], de los principios o bases[26] fundamentales que sirvieron para elaborar este Código Modelo podemos destacar las siguientes: el libre acceso de todos los ciudadanos a los Jueces y Tribunales a fin de promover su actuación jurisdiccional en el proceso penal; no-imposición de pena alguna a consecuencia de actos punibles, sino conforme a las disposiciones legales, y en virtud de proceso legal y sentencia dictada por Juez competente, imparcial y predeterminado por la ley; desarrollo del proceso penal en régimen de igualdad y de contradicción para las partes; la conciliación entre las exigencias derivadas de la eficiencia procesal y las garantías procesales básicas consagradas en los textos constitucionales, esto es, que el ciudadano tiene derecho a que el proceso legal se desarrolle en un procedimiento con las debidas garantías y sin formalidades excesivas, a terminar dentro de un plazo razonable según las circunstancias de tiempo, lugar y casos, y sin dilaciones indebidas; la adopción del modelo acusatorio, con una clara separación del órgano que ha de instruir y el órgano encargado del enjuiciamiento; obligatoriedad de ejercicio de la acción penal e indisponibilidad del objeto del proceso penal como regla general, si bien, de forma atenuada, sujetas al debido control judicial y reservadas a las infracciones de menor gravedad, se dan entrada a manifestaciones del principio de oportunidad -suspensión condicional del proceso con imposición de determinadas medidas durante un periodo de prueba- y a procedimientos simplificados y alternativos al ordinario; la globalidad de la reforma, puesto que su puesta en práctica presupone una reestructuración de la organización y una nueva distribución de roles a desempeñar por los distintos intervinientes en el proceso penal: órganos judiciales, fiscales, abogados, policía, auxiliares, etc.

En conclusión, que en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica encontramos una propuesta articulada de cómo administrar Justicia en el ámbito penal, estableciendo una estructura de partes típica del modelo acusatorio con la que se intenta alcanzar un óptimo equilibrio entre dos valores fundamentales, la garantía y la eficacia.

2. BRASIL: PROBLEMÁTICA SOCIO-ECONÓMICA.

Una vez apuntada de forma global la situación de deterioro que sufren las estructuras judiciales en América Latina, y una muestra de cómo desde la década de 1980 ha existido un compromiso generalizado de gobiernos, líderes judiciales, organizaciones de la sociedad civil y diferentes agencias de ayuda externa por unirse en la mejora de las instituciones jurídicas en gene-

24. ALMAGRO NOSETE, J., «Presentación», VV.AA., *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, Madrid, 1990, pág. 6.

25. Vamos a poder comprobar como la influencia de este Código de Proceso Penal Modelo en las reformas habidas en Brasil es innegable, aunque sólo sea por el hecho de la participación en su elaboración de Ada Pellegrini Grinover, que junto a Antonio Magalhães Gomes Filho y Antonio Scarance Fernandes también han colaborado en los trabajos preparatorios de la Ley 9.099/95 de Juzgados Especiales Criminales. *Vid.* PELLEGRINI GRINOVER, A., «Lineamenti generali del nuovo processo penale nell'America Latina: Argentina, Brasile e Codice modello per l'America Latina», VV.AA., *Un «Codice Tipo»..., cit.*, págs. 175 y ss.; ID., «Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana», *R.B.C.C.*, núm. 1, 1992, págs. 41 y ss.; MARAFIOTI, L., «L'archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione ed opportunità dell'azione ed opportunità «di fatto». Prospettive di razionalizzazione della preassi (alla luce del «Codice Tipo» di procedura penale per l'America latina)», *Cass. Pen.*, 1992, págs. 206 y ss.

26. Una relación completa de mismas puede encontrarse en FAIRÉN GUILLÉN, V., «Bases o principios para un código-tipo de derecho procesal penal en los países iberoamericanos», VV.AA., *Derechos fundamentales y justicia penal*, E. Vásquez Martínez coord., San José de Costa Rica, 1992, págs. 399 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ral[27], y de la justicia penal en particular[28], y antes de plantear un programa específico de reforma dispuesto el legislador brasileño para hacer frente a esta problemática -la Ley 9.099, de 26 de septiembre de 1995-, creemos que es necesario presentar brevemente el contexto político-económico y social de Brasil, puesto que como ha estudiado Moreno Catena[29] los factores sociológicos también contribuyen de forma decisiva a deteriorar el funcionamiento de la Administración de Justicia.

27. *Vid.* VV.AA., *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference*, M. Rowat, W. Malik and M. Dakolias edits., Washington D.C., 1995; VV.AA., *La economía política de la reforma judicial*, E. Jarquín y F. Carrillo edits., Washington D.C., 1997; VV.AA., *Reforma Judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*, Santa Fe de Bogotá, 1999.

28. Las actividades han estado dirigidas fundamentalmente al fortalecimiento de las Fiscalías y Procuradurías del Ministerio Público, la formulación de políticas de prevención del delito y de informatización de las estadísticas criminales y los sistemas de registro e información penitenciaria, actividades de reforma de la justicia de menores, proyectos generales sobre convivencia y seguridad ciudadana, etc. Destacar, por ejemplo, los esfuerzos realizados desde la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Lucha contra el Crimen y Prevención de la Delincuencia, que en su reunión de abril de 1999 en Medellín (Colombia) redactaron un Informe en el cual se contenían importantes recomendaciones:

1. Los Estados miembros deberán unir todos sus esfuerzos en la lucha contra el delito y hacia la prevención de todas las manifestaciones delictivas.
2. La adopción por parte de los Estados miembros de políticas integrales de apoyo a las familias y a los sectores más vulnerables de la sociedad, en particular a los jóvenes, las mujeres y los niños, debe ser un componente fundamental de toda estrategia nacional y de los esfuerzos de la cooperación para la lucha contra la delincuencia y la prevención del delito.
3. Deberá impulsarse la participación de la sociedad civil para que apoye los programas y campañas que ejecuten las autoridades de cada país en su lucha contra el delito y la delincuencia.
4. La Organización de los Estados Americanos puede desempeñar un importante papel de apoyo a los esfuerzos nacionales, a cuyos efectos debe estudiar la posibilidad de desarrollar una serie de actividades diseñadas para facilitar el intercambio de experiencias e información en áreas entre las que se incluirían, entre otras, las siguientes: a) Políticas y programas preventivos aplicados por los Estados miembros. b) Capacitación en los campos de policía, criminología, e investigación criminal, así como de funcionarios penitenciarios y post-penitenciarios. c) Tendencias y estadísticas que permitan contar con una visión integral de la situación hemisférica, desagregadas por sexo. d) Experiencias legislativas y operativas en la materia. e) Fortalecimiento de la cooperación entre entidades multilaterales, gobiernos, fundaciones privadas, instituciones académicas y organismos no gubernamentales, a fin de movilizar recursos y evitar la duplicidad de esfuerzos.

29 MORENO CATENA, V., «Causas históricas de la ineficacia de la Justicia», *Justicia*, 1988, núm. I, págs. 53 y ss.

Este país, organizado en una República Federal con 26 Estados, distribuidos en una extensión de 8,5 millones de km.^{2}, con casi 170 millones de habitantes, se caracteriza interior y exteriormente por dos hechos que lo llevan lastrando desde hace muchos años:

a) En primer lugar, la miseria y el «apartheid tecnológico»[30] al que conduce, puesto que a pesar de unos últimos años de bonanza económica, que han situado a Brasil en el puesto 74 del ranking mundial de países según su nivel de desarrollo humano[31], más de 36 millones de brasileños viven por debajo del umbral de extrema pobreza definido por las normas internacionales.

Según un estudio nacional realizado durante diez años por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística[32], en medio de los escándalos de corrupción que a diario salpican las páginas de los periódicos, importantes cambios estructurales como la estabilidad económica, la apertura a productos importados y la privatización, han provocado que los brasileños vivan mejor que hace diez o veinte años atrás, y estén en vías de combatir el analfabetismo. Así, invirtiendo en educación el 5% del PIB, se ha conseguido que cerca del 96% de los niños brasileños entre los siete y los catorce años, de todas las clases sociales, vayan a la escuela, y cada vez más gente estudie después de concluir la secundaria -15%-, y además se publican más libros -22.000 al año-; en 1978, por ejemplo, apenas el 3% de los brasileños de más de once años tenía estudios, y hoy ese índice es del 19%, tendencia que de mantenerse conseguiría extinguir el analfabetismo infantil en una década. Sin embargo, un importante obstáculo a salvar es que reducir el número de niños que entre cinco y catorce años realizan algún tipo de actividad laboral -2,9 millones-, o al menos poner los medios para que puedan conciliar el trabajo con el estudio.

30. Según PETRELLA, a escala mundial estamos asistiendo a un «*apartheid* tecnológico entre los que «saben y tienen acceso a los nuevos conocimientos» y los que «no saben y no tienen acceso». El *apartheid* es el resultado de la acumulación de viejos y nuevos abismos sociales entre instruidos y analfabetos, hombres y mujeres, ricos y pobres, patrones y trabajadores, jóvenes y ancianos, blancos y de color, urbanos y rurales, los angloparlantes y los demás. Internet está hecho, más que nada, por y para los hombre instruidos, blancos, jefes, *english speaking*, jóvenes, urbanos. La legitimación del nuevo *apartheid* se basa en la desigualdad en los niveles de formación y de conocimientos» (PETRELLA, R., «Mundialización y tecnología», *El Mundo*, 30 de agosto de 2000).

31. *Vid.* VV.AA., *Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Informe sobre Desarrollo Humano 2000*, Madrid, 2000.

32. *Vid.* http://www.ibge.gov.br/.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En esta mejora de la situación ha contribuido notablemente un cambio importante en algunos hábitos y costumbres: la reducción del tamaño de las familias, que era de 4,3 en 1981 y hoy es de 3,4. Por otro lado, en un país con una esperanza de vida de 68 años, y una mortalidad infantil del 42‰, se ha verificado como la población sigue envejeciendo, ya que en 1995 el número de jóvenes con menos de 18 años era el 38,7%, y hoy es el 36%, mientras que el número de personas con más de 60 años aumentó al 14,5%. Además, también creció el número de electrodomésticos y aparatos electrónicos en las casas, incluyendo congeladores, máquinas de lavar y teléfonos: casi el 90% de las casas tienen radio y televisión, y el 82% tienen refrigeradores.

Pero la investigación también trae índices negativos, a consecuencia de la crisis financiera internacional y la repentina devaluación de la moneda brasileña a comienzos de 1999, que generó la caída del consumo, del empleo y de las exportaciones. Además, si bien se ha conseguido equilibrar mejor la distribución de la renta, Brasil sigue siendo uno de los países con peor distribución de la renta en el mundo: de los 71,6 millones de personas empleadas, sólo 1,4 millón ganan más de US$ 1.500; el promedio de la renta de los más pobres creció un 30%, pero continúa siendo escasa ya que subió de US$ 20,6 a US$ 30,6; además, algo más de 30 millones de brasileños viven con sólo 144 $USA mensuales.

Como conclusión, reseñar que la sociedad brasileña está aún en fase de transición, pero en una tendencia positiva, a pesar de que la velocidad de crecimiento es aún lenta. Los números confirman que a pesar del clima de pesimismo que se vive en relación con los últimos años, la década del 90 no fue una década perdida, como la de los 80.

b) Ante la situación económica que vive el país, es fácil colegir que la misma ha provocado el incremento de los niveles de delincuencia; el enemigos de la soberanía nacional no proviene del exterior, sino que está arraigado en el interior del Estado[33]. A pesar de que se han arbitrado importantes programas sectoriales para reducir el nivel de paro obrero y aumentar la tasa de alfabetización, son dos fenómenos que en los grandes núcleos urbanos no han hecho más que recrudecer la violencia. Por ejemplo, en el primer trimestre del año 2000 se han registrado más de 2.300 homicidios en las calles de São Paulo. Por todo ello, la violencia endémica que asola las calles de las

33. Reyes Echandía, A., «Legislación y seguridad nacional en América Latina», *P.C.*, núm. 0, 1986, pág. 251.

urbes ha alcanzado un nivel tal que sitúan a Brasil entre las naciones más violentas del mundo[34]: hace 20 años, cada 53 minutos se producía un asesinato en Brasil; en 1990, ese lapso de tiempo disminuyó a 21; hoy en día, cada 13 minutos un brasileño muere víctima de algún acto delictivo. A mayores, entre 1979 y 1998 el número de asesinatos ha crecido en un 273%, muriendo más de 150 mil brasileños en los últimos cuatro años.

Este problema de la inseguridad y de la violencia han hecho perder credibilidad al poder político. Además, la impunidad generada ha supuesto el punto de partida de una espiral de circunstancias que terminan por favorecer la reiteración y la perpetuación del abuso, máxime cuando se ha generado a la sombra del Estado[35]. Por ello se ha presentado en Brasil un Plan de Seguridad Pública para combatir a gran escala la delincuencia y el crimen organizado, que sin perder de vista las características particulares de la realidad brasileña, ha copiado[36] algunas de las políticas más exitosas[37] que en esta materia se están aplicando en otros países, fundamentalmente Canadá y Estados Unidos. Se ha recurrido a ellos puesto que desde las más altas esfe-

34. Uno de los temores más extendidos entre la población es que su país se llegue a convertir en una segunda Colombia, país en el que desde hace décadas sufre el dominio incontrolado de narcotraficantes, paramilitares y guerrilleros, y que ha conducido a su Estado a recurrir a medidas tan inaceptables como ocultar el rostro de Jueces, Fiscales, y muchos otros funcionarios públicos, colectivos reiteradamente atacados por los grupos violentos. Con relación a esta cuestión, y la posible similitud de situaciones conflictuales entre Brasil y Colombia, *vid.* Rodríguez García, N., Rivero Ortega, R., «Jueces sin rostro: una crítica desde las garantías del Estado de Derecho colombiano», *P.J.*, núm. 57, 2000 -en prensa-.

35. García Arán, M., Ormazábal Malarée, H., Ferré Olivé, J. C., Serrano-Piedecasas Fernández, J. R., López Garrido, D., «La impunidad es un insulto a la democracia», *P.C.I.*, núm. 65, 1998, pág. 59.

36. En cualquier trabajo de Derecho comparado es obligada la cita de Vázquez Sotelo, J. L., «Pautas metodológicas para elaborar un nuevo Código Procesal», Vv.Aa., *La Reforma del Proceso Penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, M. C. Calvo Sánchez dtora., Madrid, 1989, pág. 181, que critica el «mimetismo científico» o «legislativo extranjero», puesto que una cosa es tomar en cuenta las instituciones y las experiencias extranjeras y otra muy distinta es el afán de imitar o copiar o de inspirarse en todo cuanto sucede -y a veces se cree que sucede- en otros países, sobre todo si se consideran doctrinalmente más adelantados; el mimetismo existe en la doctrina y en la legislación y su consecuencia no puede ser otra que el empobrecimiento de Derecho propio.

37. Siempre considerada desde una perspectiva numérica, cuantitativa, puesto que en su aplicación se dejan por el camino muchos *cadáveres jurídicos*. *Vid.* Thaman, S. C., «La protección de los derechos humanos en el proceso penal de los EE.UU.», *J.D.*, núm. 38, 2000, págs. 81 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ras políticas del país se considera que el modelo de sociedad que en la actualidad impera en Brasil se asemeja mucho a la de esos países -en especial a Estados Unidos-, es decir, marcado por el consumismo y la violencia; en concreto, desde la década de 1970 se ha producido un claro aumento del tráfico de drogas, siendo la causa del 60% de los delitos.

En el área geográfica latinoamericana no se puede obviar el peso económico y político de Estados Unidos se hace notar especialmente en el mundo jurídico, de ahí que las medidas más expeditivas en la lucha contra la delincuencia sean impulsadas desde Washington, que exige de los países una lucha feroz contra las drogas y la criminalidad organizada si quieren recibir ayudas, con lo cual su logro dificulta cualquier política dirigida a diseñar un proceso penal acorde con las exigencias de un Estado de Derecho. Y se hace, además, sin calibrar suficientemente que medidas como el denominado «Plan Colombia» provocarán una extensión del conflicto a las áreas geográficas cercanas, con los consiguientes movimientos de colectivos de población[38]: «El Gobierno brasileño comienza a tenerlo claro: si Colombia arde, la Amazonia se puede quemar. Acostumbrado a mirar hacia el Atlántico, Brasil despierta hacia el conflicto del país vecino, atemorizado por las consecuencias que la inminente ofensiva militar del Gobierno colombiano, contra el narcotráfico y las guerrillas, más conocida como Plan Colombia, pueda provocar en la región amazónica»[39]; «el plan tiene, por tanto, dos planteamientos a escala igual problemáticos. A corto plazo, se sustenta sólo en una ambición de continuidad en el poder, que así puede ser percibido por las respectivas opiniones; a medio y largo es susceptible de provocar la oposición de media América Latina, con Brasil a la cabeza. Por eso, hoy Estados Unidos apenas tiene un plan, y Bogotá, sólo el de Washington»[40].

De los más de US$ 1.700 millones que se van a dedicar a esta empresa, buena parte de ellos -US$ 400 millones- están destinados a reformar las policías brasileñas -tanto Federal como Militar-, constantemente cuestionadas, en buena medida a consecuencia de las bajísimas remuneraciones que perciben, por acusaciones de corrupción y por su exceso de dureza[41]. Como señala Ferrajoli, estos poderes coercitivos de la policía representan una contradicción no resuelta en el moderno Estado de Derecho: su participación en todos los poderes del Estado se debe a la ambigüedad del papel que repre-

38. Con relación a esta trágica problemática, *vid.* LIMA MALVIDO, M. L., «Movimientos de población, delincuencia y control social. La situación en Latinoamérica», *C.I.V.C.*, núm. 7 extraord., 1994, págs. 49 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Movimientos de población: víctima social/víctima del delito», *C.I.V.C.*, núm. 7 extraord., 1994, págs. 191 y ss.

Pero junto a los grupos de población colombiana que huyen a los países fronterizos en busca de paz y trabajo, entre ellos Brasil, las penosas condiciones de vida que existen en la región amazónica fronteriza entre ambos países provoca que jóvenes brasileños sean seducidos por la guerrilla con la promesa de una vida mejor -trabajo, sueldo superior al que tienen en su país...-.

39. GOITIA, F., «Plan Colombia: el enemigo fantasma de Brasil», *El Mundo*, 29 de agosto de 2000.

Tratando de evitar este fenómeno, el gobierno brasileño ha aprobado la Operación Cobra -iniciales de Colombia y Brasil-, un programa en el que van a invertir 7.000 millones de pesetas, con el que se pretende evitar la entrada del narcotráfico y del conflicto colombiano en territorio brasileño.

40. BASTENIER, M. A., «EE.UU. tiene un plan; Colombia, tampoco», *El País*, 5 de septiembre de 2000.

41. *Vid.* CHOUKR, F. H., «Las garantías constitucionales y la investigación criminal. Nuevas tendencias y el modelo brasileño», *D.P.*, 1998, págs. 765 y ss. A título de ejemplo, destacar como en el seno de la Organización de Estados Americanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido un Informe núm. 10/00, de 24 de febrero de 2000, sobre el caso 11.599 -Marcos Aurelio de Oliveira c. Brasil-: el 7 de diciembre de 1995, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una petición del Centro de Defensa y Garantía de los Derechos Humanos/Proyecto Legal del Instituto Brasileño de Innovaciones en Salud Social (IBISS) contra la República Federativa del Brasil, en la que se denuncia el homicidio del menor Marcos Aurelio de Oliveira en Río de Janeiro el 25 de septiembre de 1993, presuntamente por un policía civil del Estado de Río de Janeiro, conocido como extorsionista de niños de la calle. Se alegó que la víctima estaba intentando robar al conductor de un automóvil cuando ocurrió el ataque, y otro menor que fue testigo ocular y prestó declaración sobre la responsabilidad del policía, fue luego amedrentado y cambió su testimonio. Cuatro meses después, el mismo policía acusado descubrió a este testigo y trató de asesinarlo.

Transcurridos más de dos años, en la fecha de la denuncia -diciembre de 1995- aún no había concluido la investigación policial. De acuerdo con la denuncia, los hechos configuran graves violaciones por parte del Brasil de los derechos garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los arts. 4 -derecho a la vida-, 8 -derecho a las garantías judiciales-, 19 -derechos del niño-, 22 -derecho de circulación y residencia- y 25 -derecho a la protección judicial-.

La Comisión concluye en su Informe que el menor Marcos Aurelio de Oliveira fue ejecutado extrajudicialmente por el policía, siendo la República Federativa del Brasil responsable de la violación del derecho a la vida –art. 4-, derechos del niño –art. 19-, derecho a las garantías y protección judiciales –arts. 8 y 25- y de la obligación del Estado de garantizar y respetar los derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, como la investigación no se realizó cumpliendo los deberes y garantías judiciales que debe proveer el Estado, el Estado brasileño también es responsable por la falta de investigación y sanción efectiva de los culpables. Por todo ello, recomienda el procesamiento y castigo de los responsables de las distintas violaciones, y que se indemnice a los familiares de la víctima.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

senta y a su actividad administrativa formalmente organizada, dependiente del poder ejecutivo[42]. Por lo tanto, el ideal siempre es que los poderes de la policía muestren un equilibrio; tienen que expresar, por un lado, el interés público poniendo a los infractores en manos de la justicia, y por otro lado, han de respetar los derechos y libertades de las personas sospechosas o acusadas de crímenes[43].

En un primer momento, se van a contratar 2.000 nuevos policías, quienes se sumarían a los 8.000 con los que cuenta en la actualidad la Policía Federal, cifra global que alcanzará los 15.000 efectivos a finales del 2002. Además de reforzar también las fuerzas armadas, la vigilancia de las fronteras, la lucha contra el narcotráfico y el contrabando de armas, este Plan de Seguridad Pública contempla un fondo para financiar el entrenamiento de los nuevos miembros y el reciclaje de los actuales, una gran base de datos en la almacenar todo tipo de información que ayude en la batalla contra el crimen, un catastro de armas y la unión de las policías estatales con la Federal y las fuerzas armadas en materia de lucha contra el narcotráfico. Esta lucha armada contra el crimen se concentraría fundamentalmente en aquellas zonas urbanas en las que se comenten mayor cantidad de infracciones, porque el 90% de los crímenes tienen lugar en tan sólo el 5% de las calles brasileñas.

A pesar de este aparente control policial de la sociedad, intentando llevar a la práctica el lema de «tolerancia cero»[44], los más pudientes económicamente se muestran recelosos con el mismo[45]. El sentimiento de inseguridad ciudadana les ha conducido al mercado de la seguridad privada, en el que las compañías se han lanzado a ofrecer unos servicios destinados a conseguir la panacea[46]. En Brasil se contratan 1,5 millones de guardias privados -número que dobla al de los efectivos policiales-, siendo esta profesión una de las más rentables del país, con una tasa de crecimiento anual del 30%; junto a ello, el mercado brasileño es el tercero más grande en la venta de vehículos blindados, sólo precedido por México y Colombia.

En definitiva, que como sucede en otras muchas ocasiones, existe un sentimiento generalizado de que la mayoría de estas soluciones son simples parches, una nueva campaña de imagen orquestada desde el gobierno para limpiar su imagen pública hacia el interior y el exterior del país. Nos son reformas estructurales, sino sólo coyunturales, respuestas cíclicas que los gobernantes plantean cuando se repiten crímenes traumatizantes para los ciudadanos, o lo que es peor, cuando se acercan las fechas de los comicios electorales. Como ha señalado Ramos Méndez en relación con la política legislativa de nuestro país, «no existe una política legislativa clara que primeramente reflexione sobre qué fines desea obtener y cuál es su objetivo, y que luego busque los medios o luego lleve a cabo la reforma pensando en dicho objetivo»[47].

3. Algunos apuntes del sistema judicial brasileño

Desde distintas organizaciones e instancias internacionales -Banco Mundial, Organización de Estados Americanos, Banco Interamericano de Desarrollo, Organización Panamericana de la Salud, etc.- se ha exhortado en reiteradas ocasiones a Brasil para que ante la ineficacia de su sistema judicial, que no puede hacer frente a muchos de los conflictos sociales y políticos que se generan en su sociedad, emprenda una reforma integral de sus estructuras jurídicas básicas.

Se trata de una importantísima decisión política cuya plasmación práctica siempre depende del análisis costo/beneficio que estas coyunturas se suele hacer, en la que si bien la gran beneficiada sería la población en general, existen determinados grupos que no salen bien parados con la reforma judicial, puesto que hacen de ella su forma de vida. Estos beneficiados son, según Castelar Pineiro, en primer lugar, la burocracia encargada de la llevanza del sistema y aquellas personas que se ganan la vida ofreciendo agilizar los procesos judiciales; en segundo, los abogados y toda una serie de interme-

42. Ferrajoli, L., «La legalidad violenta», trad. B. Rivaya García, *C.P.C.*, núm. 41, 1990, págs. 309-310. *Vid.* además Pérez-Cruz Martín, A. J., «Algunas consideraciones sobre la Policía Judicial», *R.V.D.P.A.*, 1990, núm. 3, págs. 503 y ss.

43. Morgan, R., «Los ciudadanos, la seguridad pública y los poderes policiales», *P.E.F.*, núm. 11, 1992, págs. 92-93.

44. Con este concepto se designa la política policial conforme a la cual hay que conciliar «seguridad» y «orden», esto es, que frente al aumento de la delincuencia y de las perturbaciones del orden público no cabe condescendencia. *Vid.* más ampliamente Hassemer, W., «La Policía y el Estado de Derecho», *R.D.P.P.*, 1999, núm. 1, págs. 112 y ss.

45. Recientemente el mismo Presidente de la República ha sido acusado de utilizar el Ejército con fines personales, en concreto, para defender una propiedad particular de sus hijos. *Vid. El Mundo*, 16 de septiembre de 2000.

46. *Vid.* Larrauri Pijoán, E., «Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada», *P.E.F.*, núm. 8, 1992, págs. 225 y ss.

47. Ramos Méndez, F., «Problemas planteados por la inserción de la LO 7/88 en el sistema vigente de la LECR», *Justicia*, 1990, núm. I, pág. 8.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diarios que sustituyen a las partes interesadas y que gestionan sus intereses; en tercer lugar, las empresas y otros agentes que se benefician de un sistema judicial inoperante -empresas que pueden postergar el pago de impuestos y reducir los impuestos de nómina al recurrir a los Tribunales, las compañías de seguros que ganan al posponer el pago a los clientes, los arrendatarios que no pagan o pagan reducidas cantidades al no correr el riesgo de ser evacuados, las personas involucradas en actividades ilegales y criminales, etc.-; incluso los gobiernos, que en muchos casos explotan los problemas del sistema judicial para su propio beneficio[48].

Ante esta situación, ante el lastre que supone tener que emprender una reforma para dejar de beneficiar a los grupos más influyentes política y económicamente, que siempre han encontrado en los sustitutos privados los instrumentos adecuados para asegurar la defensa de sus intereses[49], la tendencia a postergar los cambios en el sistema judicial es una realidad[50], lo que es especialmente grave en el orden penal, debido a la importancia de los derechos y libertades que hay en juego[51]. Sobre la base de ello, RAMOS MÉNDEZ analiza con preocupación como la práctica ha provocado una inversión en los principios que informan el proceso penal, lo que ha desencadenado un relajamiento de la tutela penal, una discriminación en cuanto a la persecución de los débiles económicamente, porque la persona que no tiene medios económicos para aguantar el proceso penal se ve obligada a la composición o a someterse a las consecuencias del proceso penal, porque no puede pagar; en el fondo, no hay más que ver quienes integran la mayor parte de los condenados penalmente: «prohombres poco; carne de presidio, muchísimos»[52].

Brasil siempre ha sido un país avanzado a su tiempo en materia de legislación procesal penal, puesto que a los pocos años de lograr su independencia de Portugal -1822- logró romper con el sistema inquisitivo heredado aprobando un Código de Procedimiento Penal en 1832, digno exponente de los ideales consagrados en el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808. Esta opción por lo acusatorio se hizo todavía más palpable con la aprobación del vigente Código de 1941, cuya convivencia con el régimen político autoritario implantado desde mitad de la década de 1960 no siempre ha sido fácil. Y más aún si cabe con la promulgación de la Constitución de 1988, en la que se han acentuado las características que lo definen como un proceso de partes, en el que para que pueda ser impuesta una sanción penal es necesario que se cumplan todas las garantías derivadas de la exigencia del derecho a un proceso justo.

A consecuencia la ineficacia del sistema judicial para resolver en un plazo razonable los numerosos casos que anualmente se presentan ante los órganos judiciales, como en otros muchos países se ha suscitado un debate sobre las opciones, había que decantarse en la disyuntiva *crime control vs. due process*[53]. Las opciones que se han barajado en Brasil para solventar la crisis de la Justicia penal podemos circunscribirlas a dos:

1ª. Ante la manida reclamación ciudadana de que los Tribunales no funcionan, que están colapsados, las autoridades adoptan la decisión política de incrementar los recursos económicos que con cargo a los

48. CASTELAR PINHEIRO, A., «Costos ocultos de la ineficiencia judicial: conceptos generales y estimativos para Brasil», VV.AA., *Reforma Judicial en..., cit.*, págs. 104-105.

49. No tenemos nada más que ver la pujanza que en los últimos años están adquiriendo las fórmulas alternativas de resolución de los conflictos. Sobre las mismas *vid.* BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, 1999; COMOGLIO, L. P., «Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionale», *Riv. Dir. Pr.*, 2000, núm. 2, págs. 318 y ss.; SILVESTRI, E., «Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias», *J.D.*, núm. 37, 2000, págs. 47 y ss.

50. ROXIN pone de relieve como uno de los motivos fundamentales que dificultan las reformas procesales es el escaso interés de la opinión pública: «en ésta o en los círculos que la forman se discute apasionadamente, por ejemplo, cómo ha de estructurarse el Derecho Penal político, el que regula el derecho de manifestación, el Derecho Penal Sexual, el relativo al aborto, al medio ambiente, al Derecho Penal Económico. No es raro que en estos casos el legislador sea impulsado por la opinión pública y que ésta a veces lo anime a hacer reformas a las cuales él de por sí apenas se hubiera atrevido. Pero, ¿cómo puede provocarse el entusiasmo de la opinión pública con temas tales, como por ejemplo, el del «recurso de revisión ampliado», cuyo significado sólo es entendido la mayor parte de las veces por los expertos? El hecho de que tales temas no puedan despertar en la población una gran resonancia explica por qué en esos casos a veces ya con el voto negativo de una coalición de intereses pueda liquidarse una reforma, y explica también, por otra parte, que reformas legislativas con las cuales se promete a la justicia economizar trabajo y otras facilidades en el desarrollo de su actividad no resulten muy difíciles de imponer, a menudo contra objeciones político-jurídicas de peso» (ROXIN, C., «Sobre el concepto global para una reforma procesal penal», *Universitas*, 1987, núm. 4, pág. 312).

51. *Vid.* CALVO SÁNCHEZ, M. C., «Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del Proceso Penal», *Justicia*, 1990, núm. I, págs. 54 y ss.

52. RAMOS MÉNDEZ, F., «La situación del enjuiciamiento criminal en España», *Justicia*, 1983, núm. IV, págs. 563 y ss.

53. *Vid.* CHIAVARIO, M., «Garanzie individuali ed efficienza del processo», VV.AA., *Il giusto processo*, Milano, 1998, págs. 54 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Presupuestos Generales del Estado se destinan al sistema judicial, exigiéndole muchas veces imposibles; así, y referido a España, MONTERO AROCA cuestiona el hecho de que el Estado destine a la Administración de Justicia el uno por ciento de sus presupuestos generales, «lo que puede traducirse diciendo que el interés por esa Justicia, medido en términos económicos, es ínfimo. No puede aceptarse que, primero, el Estado diga que destina a la Justicia menos del 1 por 100 de los recursos económicos y que, luego, pretenda que el sistema penal se adecue a esa limitación, pues con ello lo que está haciendo es convertir en imposible el cumplimiento de la función. Antes de nada, pues, debe replantearse la redistribución de los recursos, partiendo de que son limitados, determinar así qué recursos se asignan a la Justicia, atendidas todas las otras funciones que deben cumplirse, con lo que establecerá una verdadera jerarquía de valores, y, por fin, adecuar el sistema penal, y sobre todo el procesal, a los recursos asignados»[54].

En Brasil esta solución presupuestaria ha fracasado, como lo demuestran el alto incremento del gasto judicial realizado entre 1988 y 1997[55], parche insuficiente para solventar por sí solo el problema.

2ª. El carácter limitado de los recursos que se pueden destinar a esta empresa hacen surgir dudas, preguntas a las que no siempre es fácil dar una respuesta adecuada, atinentes a la crisis de la pena privativa de libertad, la falta de preparación y especialización de jueces y fiscales en la persecución de nuevas formas delictivas, la generalizada lentitud de los procesos penales... Por ello, se opta por una segunda medida: mediante cambios de carácter sustantivo y procesal, hay que, por un lado, reducir el número de los casos que llegan a conocer los órganos judiciales penales, y por otro, establecer mecanismos de simplificación de la justicia penal agilizando la tramitación de los asuntos que superen los filtros selectivos que se establezcan, recurriendo en la mayoría de las ocasiones a órganos judiciales unipersonales, y olvidando a la vez, que ni la eficiencia judicial buscada se tiene que limitar a un análisis cuantitativo relacionado con el aumento de la productividad procesal -tiene que ser analizado también cualitativamente, es decir, que se deben proscribir las consecuencias injustas y arbitrarias[56]-, ni el imperativo de la eficacia se agota en la celeridad[57].

Como ha señalado MIRANDA RODRIGUES[58], «a ilusão da «justiça para todos e já» que a democracia trouxe consigo cedeu lugar à justiça que, se quer «realizar», tem de ser selectiva na intervenção». Con ello, la consecuencia que se alcanza no puede ser más desalentadora en un Estado de Derecho[59]: la debilitación del principio de legalidad sustantiva y procesal y de las garantías esenciales que de siempre han informado el proceso penal, de forma tal que el procedimiento ordinario -lento pero garantista- se convierte en un lujo reservado para unos pocos[60], para los presuntos responsables de la gran criminalidad, cuyas conductas criminales van a ser más severamente reprendidas, dentro del denominado «Movimiento de Lei e Ordem»[61], y por las cuales siempre van a tener que ser sancionados con una pena privativa de libertad, que tiene que ser efectivamente cumplida.

Desde un punto de vista totalmente opuesto, al tener que hacer frente a la pequeña o mediana criminalidad las opciones se multiplican, puesto que

54. MONTERO AROCA, J., *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Valencia, 2000, pág. 136. Reseñar que con motivo del acto oficial de apertura del año judicial, el Grupo Parlamentario del PSOE ha presentado una propuesta para dedicar a la Justicia al menos el 2 por ciento de los Presupuestos Generales del Estado en los próximos cuatro años.

55. CASTELAR PINHEIRO, A., «Costos ocultos..., *cit.*, pág. 102.

56. HASSEMER, W., «Crisis y características del moderno Derecho penal», trad. F. Muñoz Conde, *A.P.*, 1993, vol. II, pág. 642.

57. PEDRAZ PENALVA, E., «Medidas procesales para la agilización de la justicia española», VV.AA., *VII Jornadas de la Fe Pública Judicial*, Santiago de Compostela, 1995, pág. 120.

58. MIRANDA RODRIGUES, A., «A celeridade no processo penal. Uma visão de Direito comparado», *R.P.C.C.*, 1998, núm. 2, pág. 234.

59. *Vid.* GÖSSEL, K. H., «Reflexiones sobre la importancia del principio de legalidad en el procedimiento penal del Estado de Derecho», *N.F.P.*, núm. 23, 1984, págs. 5 y ss.; HASSEMER, W., «La persecución penal: legalidad y oportunidad», trad. M. A. Cobos Gómez de Linares, *J.D.*, núm. 4, 1988, págs. 8 y ss.

60. Como señala FERRAJOLI, L., «Patteggiamento e crisi della giurisdizione», *Quest. Giust.*, 1989, núm. 2, págs. 372 y ss., se puede producir una perversión burocrática y policíaca de una buena parte de la justicia penal y transformar el juicio en un lujo reservado para aquellos que están dispuestos a afrontar los gastos y los riesgos que conlleva; es el peligro de que el proceso se pueda convertir en un juego de azar en el cual el imputado, en ocasiones inocente, es puesto en la tesitura de tener que elegir entre la condena a una pena reducida y el riesgo a un juicio ordinario que efectivamente puede terminar en su absolución pero que también puede acabar con una condena mucho más alta.

61. Buenos ejemplos de esta política represiva los tenemos en la Lei 8.072/90 dos Crimes Hediondos y en la Lei 9.034/95 do Crimen Organizado.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

desde las primeras actuaciones se establecen mecanismos para reducir la imposición de la pena privativa de libertad a los casos indispensables, generalizándose la aplicación de medidas alternativas y cuando no sea posible, evitar la ejecución de penas privativas de libertad suspendiendo bajo condición su cumplimiento.

La aplicación de estas medidas alternativas tienen que evidenciar su adecuación a los fines constitucionales de educación e inserción social, y su obtención es lo que debe de primar en su establecimiento en un ordenamiento jurídico. Por ello, hay que tener cuidado y no dejarse imbuir por la idea de que uno de los logros principales que se pueden obtener con la adopción de estas penas alternativas es la simplificación y celeridad del proceso, puesto que si no queremos que se conviertan en meros sustitutivos de los centros penitenciarios, en su implantación y desarrollo práctico no sólo se tiene que producir un importante cambio en los hábitos tradicionales, sino que también hay que hacer frente a importantes gastos en medios humanos y técnicos, como ha quedado evidenciado recientemente con motivo de la tramitación parlamentaria y aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en el que sigue primando por encima de todo el «interés del menor», el cual tiene que ser valorado por equipos profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, y en cuya consecución hay que dar la máxima expresión -como se hace en Alemania- al principio de intervención mínima, dando facilidades para no abrir el procedimiento, renunciar al mismo, resarcir anticipadamente a la víctima -facilitando su conciliación con el infractor-, suspender condicionalmente la medida impuesta, o sustituirla durante la fase de ejecución[62].

62. *Vid.* RUIZ VADILLO, E., «El futuro inmediato del proceso penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración», *P.J.*, núm. 7, 1987, pág. 33; ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de..., cit.*, págs. 43 y ss.; SORIA, M. A., MORQUILLAS, J., HERNÁNDEZ, J. A., ALARCÓN, L., «Estudio sobre los costos sociales de la aplicación de las medidas alternativas», VV.AA., *Psicología política, jurídica y ambiental*, E. Garrido Martín y C. Herrero Alonso comp., Salamanca, 1995, págs. 231 y ss.; KERNER, H. J., «Conciliación víctima-ofensor y reparación de daños en el Derecho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y las experiencias de la aplicación práctica», trad. M. Polaino Navarrete, *C.P.C.*, núm. 62, 1997, págs. 376 y ss.; GOMES, L. F., «El nuevo paradigma de la justicia criminal consensuada: planteamientos sobre la Ley Brasileña 9.099/95», *B.F.D. (UNED)*, núm. 12, 1997, págs. 386 y ss.; DOLZ LAGO, M. J., *La nueva responsabilidad penal del menor. (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, 2000; POLO RODRÍGUEZ, J. J., HUÉLAMO BUENDÍA, A. J., *La nueva Ley Penal del Menor*, Madrid, 2000; PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999, págs. 36 y ss.; GONZÁLEZ CANO, M. I., «Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores», *T.J.*, núm. 7, 2000, págs. 827 y ss.

Con la adopción de estas nuevas pautas de actuación se logra sustraer del ambiente crimonógeno de la prisión a una determinada categoría de delincuentes, puesto que ya se ha constatado la inutilidad y la ineficacia de la pena de detención de corta duración; además, no se puede olvidar que esta diferenciación en el tratamiento jurídico de las conductas criminales en atención a su gravedad sirve también para encubrir las limitaciones y deficiencias de los sistemas carcelarios[63], que en un país como Brasil presenta unos niveles de superpoblación que a menudo genera rebeliones de presos[64].

4. LA LEY 9.099, DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1995, DE JUZGADOS ESPECIALES CRIMINALES

4.1. Introducción

Las estadísticas señalan como en Brasil en el 70% de los litigios los órganos judiciales actúan para enjuiciar infracciones penales de escasa entidad. Por ello, si le atribuimos la competencia a un órgano unipersonal, no sólo

63. *Vid.* BERGALLI, R., «Ejecución penal y política criminal en América Latina», *R.I.D.P.*, 1978, págs. 77 y ss.

64. *Cfr.* MARAFIOTI, L., «L'archiviazione..., *cit.*, pág. 211.

Parece claro que la adopción de medidas como la suspensión condicional de la pena tiene una justificación práctica, puesto que hasta su instauración, al haberse generalizado la aplicación de la pena privativa de libertad, los Estados tuvieron que hacer frente a una superpoblación de los establecimientos penitenciarios, con el consecuente empeoramiento de las condiciones de vida carcelarias y un considerable incremento en sus gastos de mantenimiento para el Estado. Era una inversión que se hizo innecesaria cuando ««la ciencia» y, con su inestimable apoyo, las corrientes de pensamiento más generalizadas, acordaron dictaminar, en pro de la enmienda del delincuente, la necesidad de prescindir de tan perjudiciales y, sobre todo, «costosos» medios. De esta forma, a una motivación de orden meramente utilitario vino a servir de cobertura el más alto ideal de la rehabilitación social del criminal, en la convicción además... de que quedaban a salvo las exigencias de prevención general que, en todo caso, podrían ser invocadas, en cualquier momento, para su exclusión. Se pagaba, por tanto, un precio ficticio para la consecución de tan elevada meta» (Maqueda Abreu, M. L., *Suspensión condicional de la pena y probation*, Madrid, 1985, págs. 56-57).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

estaremos cumpliendo mejor el fin resocializador de la pena -al existir un contacto más directo entre el acusado y el Juez, lo que favorecerá la imposición de una pena más adecuada a la personalidad y caracteres del acusado-, sino que estaremos preservando los limitados recursos humanos y técnicos a la represión de las infracciones de mayor gravedad, puesto que ya no se cree en el *full enforcement*[65].

Con esta lógica economicista de inspiración angloamericana[66] ha actuado el legislador brasileño al diseñar la Lei 9.099, de 26 de septiembre de 1995, de Juzgados Especiales Criminales, amparándose en los «antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável *litigiosidade contida*»[67], y en la previsión constitucional del art. 98.I[68], que en relación con las infracciones penales de menor potencial ofensivo prevé un juzgamiento más rápido y desformalizado, en el que es posible, a consecuencia de la menor repercusión social del hecho, del escaso interés público en su persecución, llevar a cabo una transacción, con inmediata indemnización de los daños a la víctima, y la sustitución de la pena inicialmente prevista por otra

65. Gomes, L. F., «El nuevo paradigma..., *cit.*, pág. 369.

66. En relación con la misma *vid.* Rodríguez García, N., «A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões», *R.B.C.C.*, núm. 13, 1996, págs. 79 y ss.

67. Dias Figueira Junior, J., Ribereiro Lopes, M. A., *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, 2.ª ed., São Paulo, 1997, págs. 30-31.

Sorprende ver como la Ley entró en vigor a los sesenta días de su publicación oficial (art. 96), con los importantes cambios personales, técnicos... que eran necesarios realizar para su efectiva aplicación.

68. El art. 98.I C.F.B. dispone que «A União, no Distrito Federal e nos Territorios, e os Estados criarão juizados especiais, próvidos por juízes togados, ou togados e leigõs, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipótesis previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau».

Aunque nosotros nos limitamos a analizar la reforma producida en el orden penal, después de los dos primeros artículos en los que se exponen las disposiciones generales de la reforma, los arts. 3 a 59 de la Lei 9.099/95 se dedican a regular Juzgados Especiales Civiles, a los que también se les atribuye competencia para el enjuiciamiento de las causas civiles de menor complejidad. Con relación a los mismos *vid.* Martins Batista, W., Fux, L., *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo penal. A Lei n.º 9.099/95 e sua doutrina mais recente*, Rio de Janeiro, 1996; Dias Figueira Junior, J., Ribereiro Lopes, M. A., *Comentários à Lei..., cit.*

menos severa. En definitiva, que como las cataloga Roxin se establecen sanciones orientadas a la voluntariedad[69].

De esta forma, en el marco del viejo Código de Proceso Penal de 1941, en el que rige un estricto principio de legalidad, la idea de que el Estado puede y debe perseguir cualquier comportamiento delictivo, sin admitir ninguna excepción a la indisponibilidad de la acción penal pública, ha mostrado su falacia e hipocresía[70], su fracaso[71], por lo que hay que explorar la vía del consenso, de la conciliación, del diálogo, para alcanzar la paz social y la seguridad pública. Tal y como sucediera en Portugal pocos años antes[72], en la búsqueda de la eficacia del sistema a través de la simplificación y celeridad del proceso penal se ha otorgado un tratamiento diferenciado a la criminalidad grave y a la pequeña criminalidad, estableciendo, desde el principio de legalidad, atenuaciones al mismo por razones político-criminales, soluciones de consenso a lo largo de todo el proceso penal con las que se pretende propiciar el encuentro entre las partes para que dialoguen y defiendan sus intereses con absoluta transparencia y publicidad, desde un plano de igualdad. Con esta preconizada igualdad se corre el riesgo, denunciado por Hirsch[73], de que los derechos del ofendido se acrecienten a costa de las garantías procesales del inculpado; puede ser, por lo tanto, una fuente privilegiada de injusticia[74].

Nadie se puede sentir engañado[75], puesto que sin ambages con carácter general en el art. 2 se declara que se ha diseñado un nuevo sistema de

69. Roxin, C., «¿Tiene futuro el Derecho penal?», trad. E. Borja, *P.J.*, núm. 49, 1998, págs. 387 y ss.

70. Pellegrini Grinover, A., Magalhães Gomez Filho, A., Scarance Fernandes, A., Gomes, L. F., *Juizados Especiais Criminais. Comentarios à Lei 9.099, de 26.09.1995*, 3.ª ed., São Paulo, 1999, pág. 29.

71. Torres de Carvalho destaca como antes de la reforma «no conflicto rapidez *versus* segurança a processualísta penal bresileira tem optado por maior ênfase na segurança do procedimento, criando fórmulas que se tornam excessivamente onerosas e lentas para a apuração e julgamento das infrações menores» (Torres de Carvalho, R. C., «Infrações penais de menor potencial ofensivo. Aspectos procedimentais», *R.B.C.C.*, núm. 5, 1994, págs. 257 y ss.).

72. *Vid.* Rodríguez García, N., *La Justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Salamanca, 1997, págs. 240 y ss.

73. Hirsch, H. J., «La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación», trad. R. L. Sánchez-Ocaña Chamorro, *C.P.C.*, núm. 42, 1990, pág. 563.

74 Miranda Rodrigues, A., «A celeridade..., *cit.*, pág. 240.

75 No como en España, en donde «las «instituciones», en la modesta Ley de Reforma Procesal de 28 de diciembre de 1988 -introducidas a modo de cuñas en la venerable L.E.Crim.-,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

enjuiciamiento en el que se van a seguir como criterios de actuación la oralidad, la simplicidad, la informalidad, la economía procesal y la celeridad, buscando, siempre que sea posible, la conciliación o la transacción; y específicamente para el orden penal, en el art. 60 se matiza que las pautas que van a informar las actuaciones que se celebren ante los Juzgados Especiales se tienen que orientar por los criterios de la oralidad, informalidad, economía procesal y celeridad[76], llevando a efecto, siempre que sea posible, la reparación de los daños sufridos por la víctima y la aplicación de penal alternativas a la privación de libertad.

Como podemos observar, con esta reforma de 1995 se incorporan al ordenamiento procesal brasileño medidas que no sólo sirven para luchar contra el colapso de los Tribunales, sino fundamentalmente para introducir en el proceso penal ideas como descriminalización -con toda la reducción posible del ámbito de intervención del Derecho Penal-, desjudicialización o diversión -con la máxima disminución, compatibles con la legalidad e igualdad, de las reacciones formales en favor de las reacciones informales-, descentralización -con acceso de la pequeña y mediana criminalidad en la realización de tareas político criminalmente definidas- y participación -de las personas individuales en la reacción formal y sobre todo en la informal, principalmente de la persona de la víctima-[77].

no aparecen ciertamente embellecidas», y entre ellas, «ese oculto *plea bargain*, sin enunciar y anunciar, como si de algo bellaco se tratase» (FAIRÉN GUILLÉN, V., «Imagen preliminar y fragmentaria de la Reforma Procesal Penal a fines de 1991», *R.D.P.*, 1992, núm. 1, pág. 11). Ello es consecuencia de una deficiente técnica legislativa, que da lugar a que «ni con un tratamiento escrito sumamente minucioso, extenso y pormenorizado, nadie estará en condiciones de asegurar, a modo de jurisconsulto interrogado por sujetos seriamente interesados en ajustar su conducta a *lo jurídico*, qué es lo que la Ley Orgánica 7/1988 quiso establecer en el orden procesal... Una ley tan opuesta al concepto mismo de ley, merece la inequívoca repulsa intelectual que debe provocar toda falsedad o falsificación» (OLIVA SANTOS, A. DE LA, «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal», *R.G.D.*, núms. 577-578, 1992, págs. 9873 y ss.). Una reforma de este calado a lo que ha conducido es al desconcierto de todos: como «por desgracia, no existe un único proceso penal tipo, con grave quebranto de la claridad que el justiciable tiene derecho a reclamar en la materia. ¡Qué menos que todo el mundo sepa de antemano cuáles son los pasos fundamentales que va a seguir su enjuiciamiento y qué suerte le espera! Actualmente es poco menos que enigmático y, a veces, el proceso debido resulta una entelequia» (RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal. Quinta lectura constitucional*, Barcelona, 1999, pág. 5).

76. De conformidad con ello, por ejemplo, se deja posibilidad de que los actos procesales se puedan realizar en horario nocturno o en cualquier día de la semana (art. 64).

77. FIGUEIREDO DIAS, J. DE, «Principes généraux de la politique criminelle portugaise», *R.S.C.D.P.C.*, 1987, núm. 1, pág. 93. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la relevancia jurídico-penal

El ámbito objetivo de aplicación de esta Ley esta circunscrita a las infracciones penales de menor potencial ofensivo[78], categoría que se integra en atención a la gravedad de la pena en abstracto[79]: contravenciones penales y a los crímenes que tengan tipificada una pena máxima no superior a un año (art. 61). Por lo tanto, en su configuración el legislador ha analizado las peculiaridades que presenta su país[80], tanto de orden cuantitativo, sobre la base de la frecuencia de su comisión, como cualitativo, puesto que lo limita a los tipos penales -más de ochenta- que por la naturaleza jurídica de los bienes jurídicos protegidos y la entidad del ataque que sufren son susceptibles de permitir estas fórmulas alternativas de resolución de los conflictos, como de práctica forense, puesto que se tenía la experiencia de que esas infracciones de menor importancia para la colectividad -que no para la víctima- nunca o casi nunca eran juzgadas. Por este motivo, a nadie debería extrañar que con este limitado ámbito de aplicación no se consiga el anhelado efecto de deflacionar la situación de la justicia penal[81].

A pesar de que la competencia objetiva[82] del Juzgado Especial parece sencilla a tenor de los arts. 60 y 61 -«as infrações penais de menor potencial ofensivo»-, no son todas, ya que en atención a las finalidades que trata de

de la realización de actos de «reparación»», *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Buenos Aires, 1998, págs. 199 y ss., que mantiene una postura de distanciamiento frente a la euforia desatada a nivel general por una política criminal «orientada a la víctima», en la que algunos tratan de descubrir la panacea de los males del sistema del Derecho penal.

78. Para un análisis de la categoría de infracciones encuadrables en el concepto de criminalidad de bagatela, debido a su escasa entidad o a que causan poca alarma social, *vid.* PALIERO, C. E., *«Minima non curat praetor». Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985; GOMES, L. F., «Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela», *R.B.C.C.*, núm. esp., 1992, págs. 88 y ss.; ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de..., cit.*

79. Sin duda, hay que hay entender que la referencia legal lo es a la pena tipo señalada para el delito de que se trate, en abstracto, con independencia del grado de perfeccionamiento, formas de participación o circunstancias modificativas de la responsabilidad que puedan concurrir.

80. Como señalábamos al principio del trabajo, la semejanza teórica de las soluciones prefabricadas para solventar el común problema de la crisis de la Administración de Justicia en parte se diluye cuando hay que tomar en consideración la composición institucional específica del país; por ello, la fórmula de atribuir a órganos jurisdiccionales unipersonales el conocimiento de las infracciones penales de menor relevancia tiene modulaciones distintas desde el punto de vista cuantitativo: cinco años en España, cuatro años en Italia, tres en Portugal, o uno en Alemania.

81. *Vid.* MARTINS BATISTA, W., FUX, L., *Juizados Especiais.... cit.*, págs. 289 y 291.

82. Para la atribución de la competencia territorial se recurre al tradicional criterio, también establecido con carácter general en los arts. 69 y ss. C.P.P.B., del *forum delicti*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

satisfacer la Ley a lo largo del articulado se incluyen algunas exclusiones, que hará que determinadas causas tengan que seguir la tramitación del procedimiento ordinario o de algún procedimiento especial: delitos en relación con los cuales la Ley -el Código de Proceso Penal o cualquier otra normativa de enjuiciamiento- prevea un procedimiento especial (art. 61 *in fine*), que el acusado no fuera encontrado para ser citado (art. 66 § único), o que la complejidad o las circunstancias del caso lo impidan (art. 77 §2 y 3). Sin embargo, si hubiera un concurso de delitos entre crímenes de competencia de los Juzgados Especiales de lo Criminal, y otros con una pena máxima superior a un año, se produciría un desdoblamiento en su enjuiciamiento, puesto que los Juzgados mantendrían su competencia, pero sólo para los delitos y contravenciones con una pena máxima de un año[83].

Las soluciones innovadoras con las que se pretende enjuiciar la mayor parte de las bagatelas penales, manifestación de las ideas de consenso, simplicidad y celeridad, y que se suceden de forma ordenada en el desarrollo de las actuaciones, son: la composición de los daños civiles, la aplicación inmediata de una pena no privativa de libertad, el procedimiento sumarísimo, la exigencia de representación en los crímenes de lesiones corporales leves y lesiones culposas, y la suspensión condicional del proceso.

Veamos los rasgos más sobresalientes de cada una de ellas.

4.2. La composición de los daños civiles

En la fase preliminar del nuevo juicio penal (arts. 69 y ss.) el acto central lo constituye la audiencia preliminar, en la que se ponen los medios adecuados para que las partes resuelvan la controversia que les enfrenta, esto

commissi: corresponderá al Juez del lugar en el que se hubiera cometido la infracción penal (art. 63). Bien es verdad que no se especifican otros fueros subsidiarios para determinar la competencia territorial en el caso en que no conste el lugar en el que se haya cometido el crimen o la contravención, por lo que habrá que estar a las previsiones generales del C.P.P.B., puesto que en las Disposiciones Finales de la Ley 9.099/95 se prevé la aplicación subsidiaria de los Códigos Penal y de Proceso Penal, en todo lo que no fuera incompatible con ella (art. 92).

83. *Cfr.* ANDRADA, D. G. B. DE, *A suspensão condicional del processo penal*, 2.ª ed., Belo Horizonte, 1996, pág. 55; MARTINS BATISTA, W., FUX, L., *Juizados Especiais..., cit.*, pág. 293. En contra de esta postura *vid.* JESÚS, D. E. DE, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, São Paulo, 1995, pág. 40; PAZZAGLINI FILHO, M., MORAES, A. DE, SMANIO, G. P., VAGGIONE, L. F., *Juizado especial criminal*, 2.ª ed., São Paulo, 1997, pág. 21.

es, que se autocompongan en materia civil y penal -condicionado al tipo de acción penal que se ejercite-. Con el establecimiento de esta conciliación civil se intenta que las partes se encuentren cara a cara, que negocien, transijan y cedan en sus posturas iniciales en pro del acuerdo rápido que solucione el conflicto planteado, si bien nada impide que antes de que puedan llegar estas concesiones bilaterales la decisión unilateral del autor de los hechos o del ofendido ponga fin al conflicto[84].

A primera vista, la solución autocompositiva del conflicto siempre es más satisfactoria que cuando es impuesta por un tercero ajeno al conflicto, pese a su exigible imparcialidad. No obstante, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO pone de relieve como con frecuencia la espontaneidad del sacrificio es más aparente que real, porque en realidad envuelve una capitulación del litigante de menor resistencia, e incluso cabe que la renuncia del propio interés obedezca a una errónea representación del mismo por parte de su titular que le lleve a considerar su posición más desfavorable de lo que en realidad es. De este modo, se puede decir que la autocomposición oculta o disimula con frecuencia verdaderos actos de autodefensa, y el reconocimiento de que al adversario le asiste la razón se ve sustituido por el reconocimiento de que al renunciante le falte resistencia, aunque le sobren argumentos para proseguir la contienda. Por ello, también puede decirse que entre el fundamento jurídico de la autocomposición, es decir, la convicción de no tener razón, en todo o en parte, en cuanto a la pretensión formulada o en cuanto a la resistencia opuesta, y los móviles internos que a ella impulsen, puede mediar divorcio y no coincidencia, tanto por faltar en el fondo la espontaneidad del sacrificio -autocomposición obligada o coaccionada-, como por no ser ésta altruista en realidad -autocomposición falsa o aparente-[85].

El art. 72 dispone que el Juez, estando presente el representante del Ministerio Público, el autor de los hechos, la víctima y, si fuera posible, el responsable civil, y los abogados de todos ellos, intentará que se produzca la

84. Por ello PELLEGRINI GRINOVER, A., MAGALHÃES GOMES FILHO, A., SCARANCE FERNANDES, A., GOMES, L. F., *Juizados Especiais..., cit.*, pág. 117, señalan que las formas de autocomposición a las que la conciliación puede conducir son tres: la «renúncia», en la que el ofendido deja de exigir la tutela de los derechos e intereses de los que es titular; la «submissão», en el que el titular de la resistencia cede a la pretensión opuesta; y la «transação», con concesiones bilaterales, mútuas y recíprocas.

85. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autotutela*, 3.ª ed., México, 1991, págs. 13-14 y 78-79.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

composición de los daños derivados del crimen o la contravención penal y, cuando sea procedente, la aceptación de la propuesta de aplicación inmediata de una pena no privativa de libertad.

Para la celebración de la audiencia, cuya realización no está sujeta a la concurrencia de especiales formalidades, es necesaria la actitud positiva y resocializadora tanto del infractor como de la víctima, porque sólo del diálogo que se establezca entre ellos podrá surgir el acuerdo de reparar los daños, que en ocasiones tendrá un contenido patrimonial, pero que perfectamente también puede dar cabida una satisfacción moral[86]; y ello porque la reparación a la víctima no sólo significa la reparación material del daño causado, sino algo más: la rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal, el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo y uno injusto, la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente, ha sido una víctima -y no un delincuente ni tampoco el protagonista de un simple accidente-[87].

Sobre el Juez Especial Criminal recae la función primordial de que la composición sea efectiva, de que el acuerdo se alcance, expresión máxima de las tendencias recientes que postulan la privatización de la justicia penal[88] y que conciben a los órganos judiciales más que como personal jurisdiccional que administra justicia, como conciliadores y/o homologadores de acuerdos que alcanzan las partes, siendo necesaria una predisposición por su parte[89]. Ello supone que amparándose en la necesaria especialización de los órganos judiciales para el enjuiciamiento de las conductas prescritas en el art. 60, con

86. *Cfr.* FABBRINI MIRABETE, J., *Juizados especiais criminais*, São Paulo, 1996, pág. 72.

87. HASSEMER, W., «¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)», *R.D.P.C.*, núm. 3, 1999, pág. 323.

88. Ya hemos señalado como dentro de las Disposiciones Generales que afectan tanto a los Juzgados Especiales Civiles como a los Penales, uno de los criterios comunes de actuación es que estos Jueces tienen que buscar «sempre que possível, a conciliação ou transação» (art. 2).

89. PELLEGRINI GRINOVER, incide en esta cuestión, y como para el buen desarrollo de las vías conciliadoras se tienen que dar varios requisitos: «a necessidade de uma adequada mentalidade do conciliador (juiz ou leigo), que deverá buscar o acordo entre as partes para além da solução jurídica da controvérsia, agindo por equidade e não de acordo com o princípio estrito da legalidade; a conscientização de que pela conciliação se atinge seu fim maior, que é a pacificação social; o respeito aàs vontades das partes ou partícipes, limitando-se o mediador a aconselhar, pacificar e indicar as vantagens da conciliação, sem pressões de qualquer sorte» (PELLEGRINI GRINOVER, A., *Novas tendências do direito processual*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1990, págs. 216 y ss.).

esta Ley 9.099/95 se ha dado un paso más allá, y se intenta cambiar el rol que deben cumplir en un proceso penal[90]. Pero como señalamos con anterioridad, es una intención que no se oculta, puesto que dentro de las funciones que se encomiendan a los nuevos Juzgados, la primera de ellas es la conciliación, y si no prospera, el juzgamiento y ejecución de las infracciones penales de menor potencial ofensivo. Esta impresión queda refrendada por los dos siguientes hechos incontestables:

a) para favorecer la rapidez en la consecución del acuerdo, y así descargar de trabajo al Juez Especial, se crea un cuerpo de auxiliares de Justicia especialistas en esta materia, los «conciliadores», que actúan bajo la orientación judicial, y que está formado por licenciados en Derecho, reclutados conforme a la legislación de cada localidad, y que no pueden ejercer funciones en la Administración de Justicia;

b) como las infracciones penales sólo pueden ser enjuiciadas y resueltas formalmente por Jueces integrados en el Poder Judicial, para que lo estipulado por las partes sea un título con eficacia para ser ejecutado conforme a las reglas del Código de Proceso Civil, el Juez lo tendrá que homologar y plasmar por escrito en una sentencia, que es irrecurrible[91]. Pese a que éste es el tenor literal del art. 74, como defensor de la legalidad que es[92] el Juez Especial Criminal no está

90. *Vid.* PETERS, T., «Alternativas en el campo judicial», VV.AA., «Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia 1999», *E.D.J.*, 2000, págs. 159 y ss., que analiza éste y otros problemas que se plantean en el funcionamiento de la mediación penal, y que no pueden ser soslayados por el éxito cuantitativo que pueda lograr la mediación penal.

91. Son aquí reproducibles los argumentos que se esgrimen cuando se discute sobre la impugnabilidad de la sentencia de conformidad. *Vid.* BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994, págs. 330 y ss.; PUENTE SEGURA, L., *La conformidad en el proceso penal español*, Madrid, 1994, págs. 145 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso..., cit.*, págs. 199 y ss.; DIEGO DÍEZ, L. A., *La conformidad del acusado*, Madrid, 1997, págs. 461 y ss.; ID., *Los recursos contra las sentencias «de conformidad»*, Madrid, 1997; MIRA ROS, C., *Régimen actual de la conformidad*, Madrid, 1998, págs. 512 y ss.; BUTRÓN BALIÑA, P. M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid, 1998, págs. 230 y ss.; AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Barcelona, 1998, págs. 304 y ss.

92 JESÚS, D. E. DE, *Lei dos Juizados..., cit.*, pág. 58, señala que el Juez puede sugerir a las partes el valor de lo que le parece que es justo y legal, y que no concordando con las partes en esta apreciación, si entiende que es ilegal o injusto los términos de la composición de los daños, no lo homologará, pudiendo las partes recurrir esa decisión.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

obligado a homologar siempre el acuerdo, por lo que las partes podrán impugnar la sentencia en apelación cuando el Juez no homologue el acuerdo, o cuando lo haga sin concurrir los presupuestos legales, o cuando amplíe o reduzca los límites de la composición, plantear un «embargo de declaração» cuando la decisión homologatoria contenga contradicciones, omisiones, errores materiales, etc., e incluso interponer una acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos[93].

Los efectos que se derivan del acuerdo homologado por el Juez son distintos según el tipo de acción que se ejercite: en los casos de delitos de acción pública condicionada -en los que para ejercitar la acción penal pública el Ministerio Público necesita la *representação* o autorización del ofendido- o de acción penal de iniciativa privada, de la composición civil el ofendido habrá renunciado a su derecho de queja o de representación (art. 74 § único), con lo cual se extinguirá la punibilidad; por el contrario, si se estamos ante un crimen de acción penal pública incondicionada, la homologación del acuerdo civil no impide que el proceso siga sus trámites conforme a los arts. 75 y ss.

Cuando en este primer momento no se produzca la composición civil, podrá repetirse el intento por parte del Ministerio Público en la audiencia de instrucción y juzgamiento que tendrá lugar en el desarrollo del procedimiento sumarísimo (art. 79). No obstante ello, de forma inmediata el Ministerio Público puede proponer la aplicación inmediata de una pena no privativa de libertad (arts. 72 y 76), y en caso de ser la única aplicable la pena de multa, el Juez la podrá reducir a la mitad. Sin solución de continuidad, de esta forma se pasa a la segunda medida despenalizadora: la transacción penal.

4.3. La aplicación inmediata de una pena no privativa de libertad

Acabamos de señalar como el efecto que se deriva de la homologación de la composición civil es la renuncia al derecho de queja o representación, con lo cual se extingue la punibilidad. Por lo tanto, esta posibilidad de que el Ministerio Público pueda proponer, previa transacción, la aplicación inmediata de una pena restrictiva de derechos o una multa a las infracciones penales

93. *Vid.* Pellegrini Grinover, A., Magalhães Gomes Filho, A., Scarance Fernandes, A., Gomes, L. F., *Juizados Especiais.... cit.*, pág. 31.

de menor potencial ofensivo sólo puede tener lugar en los dos siguientes supuestos: primero, cuando se trate de un crimen de acción penal publica incondicionada; y segundo, cuando ante un crimen de acción penal pública condicionada no se haya logrado un acuerdo sobre la composición civil de los daños -o alcanzado el Juez Especial de lo Criminal no lo haya homologado-, siempre que el ofendido represente al Ministerio Público. Al estar en una audiencia pública, y en pro de la celeridad de su realización, esta representación tiene que hacerse de forma verbal. Precisamente por ello, el art. 75 dispone que cuando no se haya obtenido la composición de los daños civiles, en la misma audiencia pública y de forma inmediata hay que dar la oportunidad al ofendido para que pueda ejercer su derecho de representación verbalmente -cuando no se hiciera, ello no obsta para que con posterioridad pueda ejercerlo, con arreglo a las disposiciones generales previstas en el C.P.P.B.-.

El derecho a ejercer la representación no puede verse perturbado porque estemos ante tramitaciones especializadas y abreviadas, en las cuales puede acontecer no sólo que no se informe de su derecho al ofendido por haber fracasado el intento de conciliación -por ello se exige la presencia obligatoria de su abogado-, sino también que la propia audiencia preliminar no se celebre, por ejemplo, porque el acusado no ha comparecido. Y aunque en este precepto no se diga nada más, parece que esta misma actuación tendrá lugar en los delitos de iniciativa privada, esto es, que el ofendido tendrá que ser informado de la posibilidad de ejercer su derecho de queja.

En buena lógica, la audiencia preliminar concluirá sin pasar a este trámite de la transacción penal si no se produce esa representación al Ministerio Público, ya sea porque el ofendido no quiere ejercer su derecho, o porque no ha sido informado de esa posibilidad. Por ello, dentro del clima de informalidad que reinará en la sesión de audiencia preliminar, fase pre-procesal que recordemos que puede estar dirigida por un auxiliar judicial -el conciliador-, y a pesar de que no se indique quien tiene el deber de hacerlo, parece que tanto el Juez como el representante del Ministerio Público son los más directos destinatarios[94] del art. 75 § único, sobre todo si pensamos en el interés común de todos los partícipes en la rápida y eficaz solución de la causa y el mandato general del art. 2 de buscar siempre que sea posible la

94. *Vid.* Solé Riera, J., *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona, 1997, págs. 39 y ss., que analizar el ofrecimiento de acciones previsto en nuestra L.E.Cr. aborda la polémica suscitada en relación con la forma de llevarla a cabo, y quién debe hacerlo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

conciliación y la transacción. No hay que obviar tampoco el papel que está llamado a desempeñar el abogado del ofendido, cuya presencia en esta audiencia es obligatoria, y que por el interés de su cliente -y por el suyo propio- debe orientarle técnicamente y advertirle también de esta segunda posibilidad de zanjar consensuadamente el conflicto.

En cualquiera de estos dos supuestos, para que pueda realizarse la transacción penal el art. 76 exige que no concurra ninguna de las circunstancias del art. 28 C.P.P.B. que darían lugar al archivo de la causa. Es una condición de procedibilidad, no una alternativa de actuación del Ministerio Público.

De forma parecida a lo que sucede en Italia con el *patteggiamento*[95], en esta transacción penal brasileña la propuesta del Ministerio Público va a condicionar el *iter* procedimental que va a seguir la causa: la aplicación inmediata de las penas alternativas a la privación de libertad. Resaltar que hablamos simplemente de transacción o negociación en una audiencia preliminar al juicio, de un acercamiento de posturas que culmina en un acuerdo -si no, no ha lugar a que el Ministerio Público proponga nada-, y no una declaración -negociada o no- de culpabilidad del acusado, por la que espera ser recompensado, primero por la acusación pública, y luego por el órgano judicial -las modalidades anglosajonas del *plea bargaining* o *plea guilty*-. En consecuencia, a este acto y a su génesis sólo se le puede atribuir una trascendencia procedimental, a la que se llega por diferentes motivaciones, sin ser pueda ser considerada como una confesión implícita del acusado que pueda servir de fundamento de su culpabilidad, estando más cercana a nuestra institución de la conformidad, acto dispositivo de doble actuación que afecta tanto al contenido jurídico-material como a la forma por la cual se van a desarrollar las actuaciones[96].

95. *Vid.* Athayde Buono, C. E., Bentivoglio, A. T., «A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil», *R.d.T.*, 1991, págs. 81 y ss.; Pellegrini Grinover, A., «Lineamenti generali del nuovo processo penale in America Latina e punti di convergenza con il modelo italiano», Vv.Aa., *Il nuovo Codice di Procedura Penale visto dall'estero*, a cura di M. Chiavario, Milano, 1991, págs. 137 y ss.; Rodríguez García, N., *La Justicia penal..., cit.*, págs. 157 y ss.

96. *Vid.* Fairén Guillén, V., «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español», *Temas del ordenamiento procesal*, tomo II, Madrid, 1969, págs. 1233 y ss.; Calvo Sánchez, M. C., «Procedimiento abreviado: lagunas y dificultades interpretativas», Vv.Aa., *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación. Año 1992*, vol. II, Madrid, 1992, pág. 1440; Gómez Colomer, J. L., *Derecho Jurisdiccional. III. Proceso Penal* (con J. Montero Aroca, A. Montón Redondo y S. Barona Vilar), 8.ª ed., Valencia, 1999, págs. 262 y ss.

En el sistema brasileño formalmente de quien parte la iniciativa es del Ministerio Público[97], quien ocupa una posición de supremacía sobre el papel que desempeña el imputado y su defensor[98], los cuales tienen que pronunciarse sobre la misma antes de que el Juez la pueda analizar: aceptada la propuesta por el autor de la infracción y por su defensor, será sometida a la apreciación del Juez (art. 76 §3). Esta doble aceptación es condición indispensable para que pueda aplicarse la sanción sustitutiva: dentro de su estrategia defensiva, una de las posibilidades por las que puede optar es por la aplicación de este instituto del art. 76, que entre otros efectos conllevará la renuncia a derechos esenciales como el de un proceso público con todas las garantías, irrenunciable en la concepción tradicional de lo que es un proceso penal y la función que tiene que cumplir, y que está por encima del juego de la autonomía de la voluntad, por mucho que en el art. 98.I C.F.B. admita la transacción de las infracciones penales de menor potencial ofensivo, dentro de los parámetros legales que se establezcan. Como gráficamente señala Gomes, «de todas as garantias debe ser cercada a transação, pois do contrário o princípio da oportunidade correia o risco de se transformar no da inoportunidade»[99].

Como en otros países, la legalización del principio de oportunidad -oportunidad reglada- se utiliza como justificación para legitimar la vulneración del principio de legalidad y de las garantías constitucionales con las que se reviste al proceso. Para Ruiz Vadillo, por ejemplo, oportunidad y legalidad no son nociones opuestas: el Ministerio Público, modelado con la vista puesta en el proceso penal, prototipo de la aplicación del Derecho coercitivo necesario, no debe aventurarse en la apreciación de lo oportuno, pero tampoco debe oponer una cerrada resistencia a que la justicia pueda ser estimulada desde fuera con criterios de oportunidad razonables, siempre que lo que estime oportuno sea a la vez estrictamente legal, esto es, conforme a Derecho y a la justicia[100].

97. Nada parece impedir que sea el abogado quien inicie los contactos por el Ministerio Público para beneficiar a su cliente de este instituto del art. 76.

98. Por el contrario, en el *patteggiamento* italiano quien solicita -*richiesta*- es el imputado, y quien muestra su conformidad vinculante -*parere*- es el Ministerio Público. Esta iniciativa del imputado es la que lleva a pensar que con la misma está reconociendo implícitamente su culpabilidad.

99. Gomes, L. F., *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de Justiça Criminal*, 2.ª ed., São Paulo, 1997, pág. 296.

100. Ruiz Vadillo, E., «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», *P.J.*, núm. II esp., 1986, pág. 58.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En última instancia, de lo que se trata es de reconducir la aplicación *de facto* se hace de este principio por los operadores jurídicos: como en la práctica operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos, incluso dentro de los órganos de persecución penal y judiciales del Estado, se hace necesario introducir criterios que permitan conducir esta selección de casos razonablemente y conforme a decisiones políticas convenientes, lo que significa modificar, en parte, el sistema de ejercicio de las acciones del Código Penal, tolerando excepciones a la legalidad, con criterios de oportunidad, legislativamente orientados[101].

Las mutuas ventajas que a todos reporta este sistema alternativo de justicia penal son las que incentiva su proliferación, parece que a costa de un «pequeño» coste: el Ministerio Público renuncia a ejercitar la acción penal y buscar una condena a pena privativa de libertad, y el imputado *se lo agradece* renunciando a su derecho al debido proceso legal. Con estas bases, ¿quién se puede extrañar de que a menudo se denuncien presiones por parte de los representantes de las fiscalías para alcanzar los acuerdos, de sus comportamientos discrecionales -«poderá», señala el art. 76-, o vulneraciones de principios esenciales en un Estado de Derecho como los de igualdad o proporcionalidad, etc.?

El contenido de la propuesta del Ministerio Público al Juez Especial es la aplicación inmediata de una pena restrictiva de derechos o una sanción pecuniaria, nunca una pena privativa de libertad, puesto que al señalar el ámbito de actuación de estos Juzgados el art. 62 se excluye esta posibilidad: se concilia y negocia para evitar los efectos crimonógenos de las penas cortas privativas de libertad. Siendo así las cosas, dentro de la legalidad penal el acusador público determinará cualitativa y cuantitativamente la pena a imponer.

El acuerdo de las partes se formaliza ante el Juez por medio de propuesta, que le presenta el Ministerio Público en la misma audiencia preliminar. Es una petición bilateral, del autor de los hechos y de la acusación oficial, sin que se tenga en cuenta para nada la opinión de la víctima[102] -su

101. Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. *Vid.* PAOLOZZI, G., «Maggiore semplificazione dello svolgimento processuale nel «Codice tipo» di proceduera penale per l'America latina», *Gius. Pro.*, núm. 6, 1990, págs. 168 y ss.; MARAFIOTI, L., «L'archiviazione..., *cit.*, págs. 206 y ss.

102. Sobre la participación de la víctima en el proceso penal brasileño, *vid.* SCARANCE FERNANDES, A., *O papel da vítima no processo criminal*, São Paulo, 1995; ID., «A vítima no

eventual oposición-, presente en la audiencia, ni al solicitar ni al acordar el Juez la imposición de la pena alternativa.

Como estamos ante una vista pública, debido a que la voluntariedad de la declaración del imputado es un elemento esencial para que sea válida su aceptación, es el Juez quien no limitándose a homologar el acuerdo que se le presenta debe controlar que el imputado no haya sido objeto de coacciones o presiones indebidas, teniendo en cuenta las importantes consecuencias jurídicas que se derivan de ella, tanto desde el plano procesal como desde el material. A pesar de la necesaria aceptación también de su defensor[103], en instituciones como transacción penal el temor que siempre se cierne sobre ellas es que hay que reducir al mínimo las posibilidades de que personas inocentes puedan verse forzadas o seducidas por los beneficios que se le ofrecen, ante la dificultad y el riesgo de tener que hacer valer en juicio su inocencia.

La propuesta no será admitida si se constata que en el autor de los hechos concurre alguna de estas circunstancias (art. 76 §2): haber sido condenado por sentencia firme a una pena privativa de libertad como autor de un crimen tipificado penalmente; haber sido ya beneficiado con la aplicación de una pena restrictiva de derecho o una multa, dentro del plazo de los cinco años anteriores; o que la medida a adoptar no la considere adecuada a los antecedentes, conducta social y personalidad del sujeto infractor.

Si se supera este triple control, el Juez dictará una sentencia condenatoria en la que determinará cual es la sanción impuesta, pena restrictiva de

processo penal brasileiro», VV.AA., *La víctima en el proceso penal. Su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay*, Buenos Aires, 1997, págs. 121 y ss.; SCHMIDT DE OLIVEIRA, A. S., *A Vítima e o Direito Penal*, São Paulo, 1999.

103. Para un sector de la doctrina brasileña, debe primar la voluntad del autor de los hechos sobre la de su Abogado en los supuestos de divergencia de pareceres (MARTINS BATISTA, W., FUX, L., *Juizados Especiais..., cit.*, pág. 312; BITENCOURT, C. R., *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*, Porto Alegre, 1996, pág. 103; LIMA E SOUZA, A. DE, *Juizados especiais criminais. Lei núm. 9.099/95*, Leme, 1998, pág. 56). Nos parece en este punto más acertada, por garantista, la posición de nuestra L.E.Cr., que en caso de disenso entre el acusado y su Letrado defensor ordena que continúe el juicio con todos sus trámites, sin que el órgano judicial pueda dictar sentencia de conformidad, tesis que también encuentra adeptos en la doctrina brasileña (*vid.* FABBRINI MIRABETE, J., *Juizados especiais..., cit.*, págs. 88 y ss.; RIBEIRO LOPES, M. A., DIAS FIGUEIRA JUNIOR, J., *Comentários à Lei..., cit.*, pág. 503; PAZZAGLINI FILHO, M., MORAES, A. DE, SMANIO, G. P., VAGGIONE, L. F., *Juizado especial..., cit.*, págs. 50 y ss.).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

derechos o multa, sin que en su delimitación esté condicionado por la petición que le haya formulado el Ministerio Público -es una propuesta-. Sin embargo, sí se hacen algunas acotaciones generales -ampliables con lo establecido en los arts. 70 y ss. C.P.B.- para cuando la única sanción aplicable al caso fuera la pena de multa: el Juez puede reducir su importe hasta la mitad (art. 76 §1), su cumplimiento se llevará a efecto mediante un pago en la Secretaría del Juzgado, y una vez efectuado el Juez declarará extinguida la punibilidad y dispondrá lo necesario para que de esta condena no quede constancia en los registros públicos (art. 84); sin embargo, si el condenado no paga la multa, esta pena será convertida en una pena privativa de libertad o en una pena restrictiva de derechos, en los términos previstos legalmente (art. 85).

Contra la sentencia de homologación cabe interponer recurso de apelación, que seguirá los trámites específicos del art. 82 de la misma Ley 9.099/95, la cual, por un lado, produce el efecto de no ser tenida en cuenta esta condena a efectos de reincidencia -ni se expedirá certificación de antecedentes ni constará en los registros-, salvo para el caso de que el infractor quiera volverse a beneficiar de la transacción en el plazo de cinco años; por otro, no tiene efectos civiles, el autor de los hechos ni reconoce su culpabilidad ni su responsabilidad civil, teniendo los interesados la posibilidad de ejercitar en el juicio civil correspondiente la acción reparatoria de los daños.

4.4. El procedimiento sumarísimo

El procedimiento sumarísimo está regulado en los arts. 77 y ss. de la Ley 9.099/95, y va a permitir enjuiciar las bagatelas penales cuando en la fase preprocesal anterior, la audiencia preliminar, no se haya podido alcanzar un acuerdo para extinguir la acción penal. De esta forma, el fracaso de la conciliación civil y de la transacción penal abocan irremisiblemente a que el Juez Especial Criminal tenga que instruir y tramitar la causa por medio del procedimiento sumarísimo, si bien es cierto que en su desarrollo se da la tercera oportunidad a las partes para que nuevamente puedan, de forma consensuada, poner fin a la controversia, tanto en acciones penales de iniciativa pública como en las privadas.

Con este procedimiento sumarísimo, desformalizado, simplificado, en el que rige plenamente el principio de oralidad, se pretende reducir al mínimo la estigmatización social del delincuente, potenciar el consenso y, en consecuencia, ofrecer nuevas hipótesis al principio político-criminal de la resocialización del delincuente[104].

Se inicia con la formulación de denuncia o queja oral[105]. Así, en los supuestos de acción penal de iniciativa pública, si no hubiera sido posible acordar la aplicación de una pena alternativa a la privación de libertad, por no concurrir los presupuestos del art. 76 -falta de propuesta del Ministerio Público, o de aceptación por el autor de los hechos y su abogado, o de homologación por el Juez-, o por no haber estado presente el autor de los hechos, el Ministerio Público presentará al Juez, de forma inmediata, denuncia oral. De igual forma, en los casos de acción penal de iniciativa del ofendido, si no se ha llegado a la composición civil de los daños, éste puede formular oralmente su derecho de queja.

La rapidez con la que se quiere que se produzca su desarrollo queda patente no sólo por la reiteración en el texto de que las actuaciones son orales, que se tienen que verificar de forma inmediata y con la presencia necesaria de todos los sujetos afectados -que incluso pueden ser conducidos coercitivamente (art. 80)-, en la que se puede llegar a prescindir de alguna actuación[106], que todas las pruebas serán producidas en la audiencia (art. 81 §1), sino también por las dos circunstancias que pueden impedir su realización por retrasar la presentación de la denuncia -el Ministerio Público- o la queja -ofendido-: la necesidad de practicar diligencias imprescindibles, y la complejidad o las circunstancias del caso. La consecuencia que se deriva es que el Juez tendrá que realizar un cambio de procedimiento al juicio común, y enviar todas las actuaciones al Juez competente que tenga que conocer del mismo (art. 66 § único).

Una vez formulada la denuncia o la queja, si el acusado está presente se le entrega una copia del escrito, se le cita para la celebración de la vista

104. FIGUEIREDO DIAS, J. DE, *Código de Processo Penal e outra Legislação Processual Penal*, Lisboa, 1992, pág. 11.

105. A pesar de que se formule oralmente la denuncia o la queja, su contenido necesario no debe verse afectado por ello y por la informalidad y celeridad del procedimiento. Según el art. 41 C.P.P.B., estos escritos tienen que contener una «exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas».

106. El art. 77 §1 señala que en la elaboración de la denuncia, y para agilizar su presentación, el Ministerio Público prescindirá de las investigaciones policiales y del examen del cuerpo del delito cuando la materialidad del delito constara en el informe del forense o prueba equivalente.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

oral -*audiência de instrução e julgamento*-, y se le informa de que es necesaria su comparencia acompañado de un Abogado de su elección, advirtiéndole que en caso contrario le será designado uno de oficio[107]; de igual forma se procederá con el Ministerio Público, el ofendido, el responsable civil y su abogados respectivos. Por el contrario, si el acusado no estuviera presente en la audiencia preliminar, será citado de forma personal e informado de la hora y lugar de la celebración de la vista; si no fuera encontrado, hay que proceder a cambiar de procedimiento, remitiendo todas las actuaciones al Juez competente[108].

Como ya señalamos en los apartados anteriores, la primera actuación a llevar a cabo en el día y hora señalado para la realización de la audiencia de instrucción y juzgamiento es intentar la conciliación de los daños civiles y la transacción penal con aplicación inmediata de una pena restrictiva de derechos o multa, según los presupuestos y requisitos preceptuados en los arts. 72 a 75 analizados, de no haber sido posible hacerlo en la fase preliminar.

A pesar de que el tener literal del art. 79 parece no dejar lugar a las dudas -«se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de

107. Acertadamente Dias Figueira Junior, J., Ribereiro Lopes, M. A., *Comentários à Lei..., cit.*, pág. 452, ponen de relieve como no se puede confundir la asistencia prestada por un defensor público con la asistencia judicial gratuita que reciben los económicamente más necesitados: «A segunda é medida sócio-técnico-legal, enquanto a primeira técnico-legal apenas. Tendo recursos o autor da infração, embora venha a dispor de assistência de defensor público, deverá ressarcir o Estado pelo ônus provocado». Sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita *vid.* Rodríguez García, N., *Justicia gratuita: un imperativo constitucional*, Granada, 2000.

La penuria económica que vive Brasil tiene su reflejo en el proceso penal, puesto que como destacan Pellegrini Grinover, A., Magalhães Gomes Filho, A., Scarance Fernandes, A., Gomes, L. F., *Juizados Especiais..., cit.*, pág. 94, la práctica forense viene demostrando que la buena parte de los acusados en procesos criminales no está en condiciones económicas de nombrar un Abogado de su confianza, por lo cual hay que recurrir a los profesionales que están incorporados a las Defensorías Públicas o Procuradurías del Estado, o a los que integran programas de colaboración entre los Gobiernos de los Estados y la Orden de los Abogados, los cuales prestan sus servicios gratuitamente. La frecuencia con la que hay que requerir sus servicios hace que su buena o mala organización, y los trámites que haya que superar para conseguir su designación, influyan notablemente en el buen desarrollo de la Ley 9.099/95, que de por sí haría necesario organizar un sistema especial de nombramientos, de forma parecida a los que acontece en España con relación a los extranjeros, a las víctimas de malos tratos, menores, etc.

108. No es un reenvío de ida y vuelta, esto es, que una vez que el acusado comparezca pueden devolverse las actuaciones al Juzgado Especial. Hay que seguir los trámites del juicio

conciliação o de oferecimento de proposta pelo Ministério Público...»-, siendo una previsión que está reservada a los supuestos de imposibilidad de intentar ambas actuaciones -no es un nuevo intento para acercar las posturas divergentes mantenidas en la audiencia preliminar y que impidió alcanzar un acuerdo-, la doctrina, en pro del consenso y la celeridad, en el deseo de beneficiar a la Justicia -reduciendo las consecuencias del crimen-, la víctima -que va a ser rápidamente reparada- y al autor de los hechos -concluye el proceso sin la imposición de una pena privativa de libertad y sin que ello conste a efectos de antecedentes penales, extinguiéndose la punibilidad-, apoyándose en la informalidad del procedimiento, se muestra partidaria de que el Juez pueda realizar un nuevo intento «desde que perceba que, mais do que simples possibilidade, existe verdadeira *probabilidade* do accordo, ...embora muito rapidamente»[109], puesto que este es el objetivo primario de la Ley[110], y cualquier momento antes de la sentencia es bueno, especialmente en las audiencias[111].

Declarada abierta la audiencia, a la defensa del acusado se le da la oportunidad de responder a la acusación contenida en la denuncia o queja, decidiendo el Juez su admisión o no a trámite. De ser aceptada, se tomará declaración al ofendido y a los testigos que presenten las partes, se interrogará al acusado[112], y después del debate oral se dictará inmediatamente

común que corresponda, lo que no impide que el Juez competente pueda acordar la suspensión condicional del proceso, tal y como prevé para este procedimiento especial el art. 89. No obstante, si habrá lugar a ello cuando realizada la citación para el juicio común «fique comprovado que não foi possível realizá-la no Juizado Especial Criminal por 'vicio' do mandado (omissão dos endereços constantes dos autos ou erro ortográfico ou de numeração dos mesmos) ou por erro do própio oficial de justiça encarregado de cumpri-lo, debe ser adotado o procedimento sumaríssimo, que é mais favorável ao réu, o que inclusive permitirá, na hipótese de não ter sido realizada a audiência preliminar, a tentativa de conciliação civil e a poposta de transação penal» (Pazzaglini Filho, M., Moraes, A. de, Smanio, G. P., Vaggione, L. F., *Juizado especial..., cit.*, pág. 33).

109. Martins Batista, W., Fux, L., *Juizados Especiais..., cit.*, pág. 337.

110. Pellegrini Grinover, A., Magalhães Gomes Filho, A., Scarance Fernandes, A., Gomes, L. F., *Juizados Especiais..., cit.*, pág. 171.

111. Jesús, D. E. de, *Lei dos Juizados..., cit.*, pág. 78.

112. Dias Figueira Junior, J., Ribereiro Lopes, M. A., *Comentários à Lei..., cit.*, págs. 538-539, van más allá de lo señalado en la nota anterior en la defensa a ultranza de los criterios inspiradores de esta Ley 9.099/95. En su opinión, la razón de invertir el orden en la producción de la prueba, dejando para el final el interrogatorio del acusado, es dar la última posibilidad al acusado para que, a pesar de haberse practicado la prueba y haber rehusado con anterioridad la práctica de la transacción penal, se replantee su estrategia defensiva y acepte la propuesta

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sentencia, que es apelable[113], en la cual habrá que hacer mención expresa de los elementos de convicción del Juez.

En conclusión, que de forma parecida a lo acontecido en España con la Ley 10/1992, de 30 de abril, y la creación de los juicios rápidos, el panorama procedimental brasileño ha sido completado, puesto que al ordinario y sumario existentes -amén de los especiales-, se ha establecido uno sumarísimo para el castigo de las conductas de menor gravedad y relevancia social, que si bien tiene en común su denominación[114] con el previsto en los arts. 392 y ss. C.P.P.P., difiere en el modelo adoptado: no es un monitorio penal, como el alemán, el italiano, el portugués o el del Código Modelo[115], sino que es una abreviación procedimental, obligatoria tanto para el Juez como para las partes, motivada por el fracaso de los intentos conciliadores, en la que se prescinde de la realización de la fase preliminar y se pasa inmediatamente a la apertura del juicio oral.

4.5. La exigencia de representación en los crímenes de lesiones corporales leves y lesiones culposas

La Ley 9.099/95 cierra el Capítulo III dedicado a la regulación de los Juzgados Especiales Criminales con una Sección VI de «Disposiciones fina-

del Ministerio Público de aplicación de una medida alternativa a la pena privativa de libertad, en cuyo caso los debates orales serían sustituidos por esa manifestación, y se retomarían los trámites de los parágrafos 3 y ss. del art. 76.

113. También lo es la decisión de admitir o rechazar la denuncia o la queja, debiéndose seguir en su tramitación lo dispuesto en el art. 82. Además, cuando en la sentencia hubiera contradicciones, oscuridades, omisiones o dudas, las partes pueden interponer un *embargo de declaração*, de conformidad con el art. 83.

114. Con relación a esta cuestión *vid.* PELLEGRINI GRINOVER, A., «Procedimentos sumários em matéria penal», VV.AA., *Justiça penal*, J. de Camargo Penteado coord., São Paulo, 1993, págs. 14 y ss.

115. Sobre los mismos *vid.* CALVO SÁNCHEZ, M. C., «Exposición del proceso monitorio en el ordenamiento procesal penal alemán, italiano y portugués», VV.AA., «V Jornadas de la Fe Pública Judicial», *D.J.*, t. XVIII, 1991, págs. 15 y ss.; ARMENTA DEU, T., «Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios», VV.AA., *Un «Codice Tipo»..., cit.*, págs. 271 y ss.; MIRANDA RODRIGUES, A., «Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal», *R.P.C.C.*, 1996, núm. 4, págs. 536 y ss.; MESQUITA, P. DA, «Os processos especiais no Código de Processo Penal português. Respostas processuais à pequena e média criminalidade», *Rev. Min. Pub.*, núm. 68, 1996, págs. 109 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La Justicia penal..., cit.*, págs. 288 y ss.

les» en cuyos cinco artículos, además de recoger previsiones de normativa transitoria y subsidiaria (arts. 90 a 93), establece las dos últimas medidas aceleradoras y simplificadoras de la justicia penal: la exigencia de representación en los crímenes de lesiones corporales leves y lesiones culposas (art. 88), y la suspensión condicional del proceso (art. 89). No debe extrañar esta ubicación final, ya que se justifica porque ambos preceptos son de aplicación general, es decir, que la exigencia de representación en esos crímenes y la posible suspensión condicional del proceso son aplicables también en otros procedimientos penales, no sólo en este que es competencia del Juzgado Especial Criminal.

La primera de estas medidas lo que se hace es ampliar el catálogo de tipos penales que exigen que el ofendido por el delito presente representación para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción pública, condicionada por ello. En concreto, este art. 88 dispone que «además de las hipótesis recogidas en el Código Penal y en la legislación especial, dependen de la representación las acciones penales relativas a los crímenes de lesiones corporales leves y lesiones culposas».

A pesar de que en el proceso penal brasileño rija el principio de oficialidad, conforme al cual el Ministerio Público es el encargado de promover el proceso penal deduciendo la acusación en el caso de que existan indicios suficientes de la comisión de cualquier delito, el colapso de los Tribunales penales aconsejaba[116] adoptar una medida despenalizadora de esta clase, que sin llegar al extremo de eliminar la ilicitud del hecho, hace uso del principio de intervención mínima dificultando la aplicación de la pena de prisión[117].

No se ha producido un cambio en la naturaleza jurídica de la acción penal a ejercitar, no se ha optado por privatizarla -acción penal privada-, y sin embargo con el establecimiento de esta condición de procedibilidad, al ampliar del ámbito de incidencia de la representación, la víctima recupera el protagonismo que el espíritu de la Ley le concede pero que en las dos instituciones vistas con anterioridad se difumina -hay un *roubo do conflicto*[118],

116. *Vid.* PELLEGRINI GRINOVER, A., *Novas tendências..., cit.*, pág. 408.

117. GOMES, L. F., *Suspensão condicional..., cit.*, pág. 347.

118. COSTA ANDRADE utiliza la expresión «roubo do conflicto» para destacar la privación que la víctima sufre en sus facultades como parte conflictual, por cuanto en las situaciones previstas legalmente en las cuales dándose determinados presupuestos se permite que la concurrencia de voluntades de las partes provoquen una definición anticipada del proceso, el ofendido por el delito tiene una escasa participación (COSTA ANDRADE, M. DA, «Consenso e

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

una «neutralización de la víctima»[119]-, puesto que se les oye y poco más, ya que hemos analizado como en ningún momento se requiere su consentimiento, ni su oposición determina que la causa se sustancia por un procedimiento ordinario.

En verdad, el sistema legal de la reparación es excesivamente formal, su presencia es sólo una condición legal, sin que se busque una verdadera solución para el conflicto humano que subyace a todo comportamiento ilícito. A este respecto, Gomes afirma que «sem a presença da vítima no momento da conciliação, a determinação da reparação dos danos será apenas uma «condição» legal e nada mais. Impossível será a mediação no que concerne a esse conflicto (civil). Não se saberá qual foi o dano, quanto é o prejuízo. A vítima não será sequer «vista». Não conheceremos suas expectativas, suas ansiedades, suas pretensões. Muitas veces ela nada quer receber. Só quer um pedido de desculpa. Mas sem sua presença não tomaremos conecimento disso. Auqela carga emocional para o êxito da conciliação ficará pela metade. Não haverá um compromisso direto entre acusado e vítima. A reparação aparecerá não como um compromiso individual do acusado, favorecedor da sua ressocialização, senão como uma imposição do juiz»[120].

Si para que prosperara la compensación civil de los daños era necesaria su actitud colaboradora, ahora la persecución penal de las lesiones corporales leves y lesiones culposas dependen de que ejercite su derecho de representación, ya que la consecuencia que se deriva de su ausencia es la extinción de la punibilidad. A estos efectos, el art. 91 dispone que la víctima del delito o su representante legal tienen derecho a ser informados, a recibir el ofrecimiento de la representación para que la puedan hacer efectiva en un plazo de treinta días. Como esta *intimação* puede ser hecha de manera informal, lo relevante es que el ofendido -o su representante- tengan conocimiento de ello, en persona, momento a partir del cual comenzará a contar el plazo preclusivo. Y habría que aprovechar la ocasión para convocar una audiencia de conciliación con el autor de los hechos, y ello porque, en primer lugar, el autor de los hechos tiene derecho, antes de todo, a intentar la composición civil en una audiencia preliminar, la cual le es más favorable que la transacción penal, siempre buscando su resocialización; en segundo, porque hemos visto como la Ley 9.099/95 tiene como objetivo principal conseguir con los nuevos institutos despenalizadores la reparación de la víctima, y qué mejor que celebrar una audiencia conciliatoria, y si fracasa y la víctima representa al Ministerio Público, que éste intente la transacción penal o que se produzca la suspensión condicional del proceso[121].

Como vemos, la posibilidad que tiene el ofendido de renunciar al derecho de representación se configura como una opción político-criminal que tiene su fundamento en el interés no sólo individual, sino también de la comunidad, en alcanzar, tan rápido como sea posible, la paz jurídica de todos los participantes en la contienda judicial. Como ha señalado FIGUEIREDO DIAS, es una medida que trata de dar coherencia al sistema: «se o ofendido tem o direito de, por si só, impedir a prossecução penal, deve ter também a possibilidade de renunciar ao direito de a pôr em movimento»[122].

Del régimen jurídico de la representación y de la acción pública que condiciona (arts. 100 y ss. C.P.B. y 24 y ss. C.P.P.B.), podemos extraer las siguientes consideraciones: es un derecho subjetivo de carácter instrumental, que no se extingue con la muerte de su titular; se puede ejercer personalmente, o por medio de Procurador con poder especial; su objeto lo conforma una declaración que debe contener todos los datos que puedan servir para la averiguación del hecho criminoso y su autor, pero sin ningún rigor formal, puesto que lo único que se necesita es que conste la inequívoca manifestación de voluntad de la víctima de querer representar al Ministerio Público; se formaliza por escrito u oralmente, como sucede en las actuaciones que se desarrollan ante el Juez Especial Criminal; la declaración se puede dirigir tanto al órgano judicial como al Ministerio Público, como a las autoridades policiales, ya que la misma se verifica en la fase preliminar; su formulación provoca la continuación del proceso penal como si el delito fuera público incondicionado se tratara; la representación es irretractable después de que el Ministerio Público haya presentado la denuncia, lo que en nuestro caso tiene escasa aplicación práctica si tomamos en consideración la oralidad y la

oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)», VV.AA., *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1988, pág. 336).

119. HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, págs. 92 y ss.

120. GOMES, L. F., *Suspensão condicional..., cit.*, pág. 300.

121. *Cfr.* PELLEGRINI GRINOVER, A., MAGALHÃES GOMES FILHO, A., SCARANCE FERNANDES, A., GOMES, L. F., *Juizados Especiais..., cit.*, pág. 221.

122. FIGUEIREDO DIAS, J. DE, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, 1993, págs. 677-678.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

inmediatez con la que se desarrollan las actuaciones en la audiencia preliminar, esto es, tanto la representación como el ofrecimiento de la denuncia se suceden sin tiempo material para cambiar de opinión el ofendido.

En definitiva, estamos ante una medida despenalizadora, manifestación del principio de oportunidad, que se traduce directamente en la ampliación del campo de actuación de los particulares[123]. Sin embargo, hacer notar que la búsqueda de la eficacia se ha hecho escatimando garantías; así por ejemplo, en un sistema así siempre existirá el peligro de que los imputados puedan ser presionados para que renuncien al ejercicio de la representación, lo que fácilmente se subsanaría si como acontece en Portugal el órgano judicial tuviera que homologar la misma[124].

4.6. La suspensión condicional del proceso

Si con la transacción penal ya hemos podido estudiar una manifestación del principio de oportunidad reglada en el ámbito de actuación de los Juzgados Especiales Criminales, en un ordenamiento jurídico en el que hasta esos momentos el Ministerio Público siempre ha estado obligado a ejercitar la acción penal en el art. 89 encontramos una segunda manifestación: la suspensión condicional del proceso.

En esta cuestión encontramos semejanzas con su regulación en otros ordenamientos jurídicos, en ese deseo común de controlar la decisión del Ministerio Fiscal de ejercitar o no la acción penal pública, reglando el ámbito y los requisitos cuyo cumplimiento le puede permitir actuar con criterios de oportunidad, lo que deriva en una abreviación procedimental al evitarse la celebración del juicio. De nuevo, lo que prima es la selección de conductas que van a ingresar en el sistema penal: los más graves según las valoraciones de la sociedad brasileña.

123. *Vid.* MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, 1997, pág. 72, que critica duramente en hecho de que cuando en España se defiende la implantación del principio de oportunidad, ni se está pidiendo aumentar las facultades de los órganos jurisdiccionales en la persecución de los delitos, en la determinación de la pena y en su ejecución, ni se refiere a los particulares y a su poder de disposición del proceso penal; la oportunidad pretendida busca limitar los poderes de los órganos jurisdiccionales, fortaleciendo al Ministerio Público, y también la supresión -o al menos su limitación- de la acusación en manos de los ciudadanos.

124. *Vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La Justicia penal...*, *cit.*, págs. 245 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Su ubicación en el art. 89, dentro de las disposiciones finales, se justifica claramente desde el momento en el que constatamos como el ámbito de aplicación, y la forma de fijarlo, es notablemente diferente en relación con la competencia atribuída a los Jueces Especiales Criminales. El art. 61 dispone que estos Jueces extienden su competencia a las «infrações penais de menor potencial ofensivo», catalogándolas como las contravenciones penales y los crímenes a los que la Ley castigue con una pena máxima no superior a un año; por lo tanto, se incluyen dos tipos de infracciones, se fija un tope máximo, y se matiza que esta es una calificación a los solos efectos de esta Ley, esto es, para la celebración de la audiencia preliminar. Por el contrario, en el art. 89 se señala que la suspensión del proceso puede producirse en los crímenes cuya pena mínima fuese igual o inferior a un año, estén o no comprendidas en esta Ley 9.099/95; conforme a ello, esta institución puede ser utilizada en el enjuiciamiento de la mediana criminalidad, concepto amplio y abierto al que no se le ha señalado límite máximo, cuya concreción queda en poder del Ministerio Fiscal[125], y en el que a pesar de que sólo se haga mención a los «crimes», entendemos que no debe haber ningún problema para ampliar su aplicación a las «contravenções penais», que en esencia no dejan de ser una denominación que sirve para designar a la categoría menor de los crímenes[126]. De esta forma, la mayor dedicación y los mejores medios humanos y técnicos seguirán quedando reservados para reprimir las conductas penales de mayor gravedad.

Los requisitos que tienen que concurrir para que pueda aceptarse la propuesta que el Ministerio Público haya hecho al acusado para suspender el proceso son de dos tipos, unos generales, comunes a los exigidos para que se pueda acordar la suspensión condicional de la pena (art. 77 C.P.B.), y otros específicos de este instituto procesal (art. 89):

125. Si la competencia de los Juzgados Especiales Criminales es fijada principalmente sobre la base de la gravedad de la pena considerada en abstracto, en la aplicación de la suspensión provisional del proceso lo relevante es la calificación que de los hechos haga el Ministerio Público en su denuncia. Es el Ministerio Público quien ofrece a la parte acusada la propuesta de suspensión, pero una vez que ha presentado la denuncia, con sujeción a la legalidad material.

126. MIRABETE los califica de crímenes enanos *-crime anão-*, cuya menor lesividad «não está ligada nem à quantidade da pena cominada nem ao procedimento penal adotado, mas decorre de sua própia naturaleza, de tal modo que a lei não a caracterizou como crime, mas como infração menor, impondo a elas pena de prisão simples, sem rigor carcerário ou simplesmente multa» (FABBRINI MIRABETE, J., *Juizados especiais...*, *cit.*, pág. 31).

a) Que la concesión de este beneficio sea adecuada a la culpabilidad, los -buenos- antecedentes, la conducta social y la personalidad del acusado.
b) Que se trate de un delincuente primario, esto es, que el acusado no haya sido condenado penalmente por la comisión de otro crimen. Estamos ante exigencia que reduce notablemente los supuestos de aplicación de la suspensión, puesto que en el ámbito delictivo en el que se aplica es donde se produce la repetición de conductas delictivas; bien es verdad, sin embargo, que sólo alude a los crímenes y no a las contravenciones penales, y que esa remisión al Código Penal sirve para matizar que la condena tiene que ser por crímenes dolosos -se excluyen los culposos-. Tampoco la dicción literal del precepto ayuda a generalizar la concesión del beneficio, porque requiere la inexistencia de una sentencia penal de condena, con lo que no es posible aplicar el art. 64.I C.P.B. que limita los efectos de la reincidencia a cinco años.
c) Que el acusado no tenga pleito pendiente. Esta exigencia no nos parece adecuada por ser gravemente atentatoria a la presunción de inocencia. Lo relevante debe ser la condena firme, como se exige en el requisito anterior, y si lo que el legislador ha querido es incorporar «un forte indício de que o acusado tem personalidade voltada para a delinquência»[127], su análisis puede hacerlo con base al amplísimo tenor literal del art. 77.I C.P.B., que como hemos referenciado con anterioridad permite analizar la culpa, la conducta y la personalidad del acusado, y cuya consideración negativa puede llevar a desestimar la suspensión provisional del proceso.

Una vez efectuado un control positivo de estos requisitos, al ofrecer la denuncia al Ministerio Público le incumbe la obligación[128] de formular a la

127. GOMES, L. F., *Suspensão condicional..., cit.*, pág. 289, que acertadamente -a nuestro juicio- niega que pueda ser rechazada la suspensión provisional del proceso por el hecho de estarse beneficiando de otra suspensión, puesto que lo relevante es el análisis del «mérito» del caso, es decir, las condiciones subjetivas que concurren -personalidad, conducta social, motivaciones que le llevaron a delinquir...-.

128. Con relación a la naturaleza jurídica de la suspensión condicional del proceso, cuya determinación ha dividido la doctrina brasileña, *vid.* por todos GOMES, L. F., «Natureza jurídica da suspensão condicional do processo. (É acto discricionário, acto consensual bilateral ou direito público subjectivo do acusado?)», *R.P.C.C.*, 1996, núm. 2, págs. 233 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

parte acusada la propuesta de suspensión del proceso, por si quiere aceptarla. Podemos apreciar como uno de los elementos más destacados también en la suspensión del proceso es la consecución de una solución consensuada, consentida por la acusación oficial y por el acusado. Éste sabe que si no acepta la propuesta el juicio penal seguirá con todos sus trámites, con lo cual emitirá una declaración de *nolo contendere*, expresión con la que se designa una de las tres opciones -junto a las de declararse culpable (*guilty*) o no culpable (*not guilty*)- que tiene el imputado en Estados Unidos a la hora de defenderse ante la imputación que se le formula en una audiencia preliminar; es un artificio legal por el cual el imputado expresa su voluntad de no querer contestar acerca de su culpabilidad o inocencia, en la que se reconocen los hechos pero sin que éstos se conviertan en hechos ciertos[129].

Como a la víctima no se le va a dar oportunidad de participar, el Ministerio Público, además de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, actuará como pacificador y mediador entre la víctima y el acusado[130]. De esta forma, se pasan por alto los beneficios que puede reportar su presencia, por ejemplo, contribuyendo con su declaración a que el Juez pueda acordar la medida más adecuada a las circunstancias personales del acusado. Acaso será que la víctima *molesta* en el desarrollo de la nueva actividad que está llamada a cumplir fundamentalmente el Ministerio Público en este nuevo modelo de justicia penal consensuada, cuando además en Portugal, cuya *suspensão provisória do processo* le sirvió de inspiración, sí se le reconoce[131]. No se entiende, cuando hasta incluso en Estados Unidos se considera que traer a la víctima al centro de la atención pública proporcionaría nueva legitimidad a la práctica a veces oscura de las declaraciones negociadas de culpabilidad; serviría para reconciliar al delincuente y a la víctima, y los fiscales se esforzarían por crear un estado de ánimo entre la víctima y el delincuente que facilitaría la comprensión entre ellos; ganando el control sobre la injusticia que le ha ocurrido, la víctima tendría una necesidad menos

129. Más ampliamente *vid.* CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la justicia negociada en los EE.UU. de Norteamérica*, Granada, 1996, págs. 65 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La Justicia penal..., cit.*, págs. 37 y ss.

130. *Vid.* DOMINGUES, C., NOGUEIRA, L., «Protection des Droits de l'Homme des victimes de la criminalité et d'abus de pouvoir», *B.D.D.C.*, núms. 39-40, 1989, pág. 451.

131. *Vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La Justicia penal..., cit.*, págs. 272 y ss.; SANTOS PINTO TORRÃO, F. J. DOS, *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*, Coimbra, 2000, págs. 199 y ss.

urgente de venganza en el proceso público, tendría mayor esperanza para restablecer su posición como persona segura de sus derechos, y desde esta posición de fortaleza podría acercarse al delincuente con una necesidad menor de venganza[132].

El Juez, si en su presencia el acusado y su defensor aceptan la propuesta del Ministerio Público, someterá al acusado a un periodo de prueba de entre dos y cuatro años, en el cual el acusado deberá cumplir las condiciones que se listan en el art. 89 §1 -o cualquier otra que se muestre adecuada a su situación personal-, con cuyo cumplimiento se entiende satisfecho el interés público: reparación del daño, siempre que sea posible; prohibición de frecuentar ciertos lugares; prohibición de ausentarse de la comarca en donde reside sin autorización judicial; o comparecencia mensual, personal y obligatoria ante la autoridad judicial para informar y justificar las actividades que ha realizado.

Durante el período de tiempo que dure la suspensión, que habrá sido fijado por el órgano judicial de forma proporcionada a las circunstancias concurrentes, podrá ser revocada por el Juez si el acusado incumple alguna de las condiciones impuestas, en especial la reparación del daño, o si es procesado -no se exige la condena, lo que nuevamente supone un ataque a la presunción de inocencia- por cometer otro crimen o contravención.

Como la inobservancia de las condiciones por el acusado tiene que ser injustificada, parece que no hay inconveniente en defender -por la falta de previsión legal- la eventual sustitución y modificación de las condiciones, e incluso la prórroga del plazo de suspensión, siempre en un escrupuloso respeto de las finalidades político-criminales que motivaron la implantación de esta institución. Más allá de todo ello, con el cumplimiento de las condiciones y mandatos, y la expiración del período de prueba, el Juez declarará extinguida la punibilidad.

En conclusión, que el ideal de la justicia consensual se persigue en la suspensión del proceso por caminos distintos a los utilizados en el *plea bargaining* norteamericano: se limita el ámbito de aplicación; no se negocia ni con el delito que se va a imputar ni con las consecuencias jurídicas que se

132. FLETCHER, G. P., *Las víctimas ante el Jurado*, trad. J. J. Molina Ariza y A. Muñoz Aunión, Valencia, 1996, págs. 331-332. *Vid.* además SCHNEIDER, H. H., «Recompensación en lugar de sanción. Restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad», *E.P.C.*, vol. XV, 1992, págs. 214 y ss.; BINDER, A. M., «Límites y posibilidades de simplificación del proceso», VV.AA., *Derechos fundamentales y..., cit.*, págs. 181 y ss.

derivan del mismo; se hace de forma pública en presencia judicial; el acusado no puede ser presionado por el Ministerio Público, puesto que el *riesgo* que asumirá en caso de no acceder a su propuesta es que el proceso siga por todos sus trámites como si no hubiera tenido lugar la propuesta, etc.

Pero esto no es más que teoría, puesto que en los países donde se ha implantado los resultados alcanzados no han conseguido acallar las críticas; por ejemplo, TIEDEMANN pone de relieve como a través del parágrafo 153a de la ordenanza procesal penal se introdujo en Alemania una institución cuyos efectos prácticos fueron importantes, mientras que dejó pendiente de aclaración su fundamentación teórica y democrática[133].

5. CONCLUSIONES

La conclusión que podemos extraer es que para alabar y defender la vigencia de instituciones como las introducidas por la Ley 9.099/95 sólo nos podemos fijar en los *presuntos* resultados que se alcanzan -desburocratización y agilización de la Justicia, reparación de la víctima, su no estigmatización, reintegración social del acusado, etc.-, y no en los medios que se utilizan para ello, porque si bien es verdad que la manifestación pública del consenso y su control judicial deberían ahuyentar las prácticas persuasivas que acostumbran a utilizar los representantes del Ministerio Público en los ordenamientos jurídicos donde la oportunidad ha ganado la batalla a la legalidad, *v. gr.*, en Estados Unidos, nadie lo puede garantizar. Resignadamente tenemos que admitir, como señala Hassemer[134], que si queremos aplicar en actual Derecho Penal material en el proceso es necesario recurrir al principio de oportunidad, que de esta forma más que configurarse como una opción, es una claudicación resignada ante las necesidades del moderno Derecho Penal.

La autonomía personal de los sujetos en el proceso penal no es ilimitada, los derechos y libertades que son restringidos o eliminados por mor de una teórica aceptación libre y voluntaria del imputado son indisponibles, carácter que no debe verse alterado. Con ello no negamos la importancia de buscar espacios de consenso en el orden jurídico penal, pero siempre de forma limitada, puesto que peligrosamente se suelen rebasar las fronteras de la pequeña criminalidad hacia la mediana, atraídos por los buenos resultados

133. TIEDEMANN, K., «Prólogo», BARONA VILAR, S., *La conformidad..., cit.*, pág. 21.
134. HASSEMER, W., «Crisis y..., *cit.*, pág. 644.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cuantitativamente hablando. Además, no se puede olvidar que en todas estas reformas introducidas en los distintos países su éxito, su funcionalidad, siempre se hace depender del correcto uso procesal que de los mismos hagan los operadores jurídicos, más que de las normas que lo regulan; esto significa que todos, y en especial el Ministerio Público, tienen que adoptar una nueva postura procesal: tienen que dejar atrás la mentalidad meramente represiva y buscar, siempre que sea posible, el consenso, las soluciones aceptadas y no impuestas. Con esta premisa, no será difícil encontrar situaciones en las cuales se hayan vulnerado garantías esenciales del Estado de Derecho, como la igualdad, la legalidad o la proporcionalidad.

Utilizando unas palabras de PEDRAZ PENALVA, podemos cuestionarnos si la única solución para desatascar la maquinaria judicial es seguir desguazando asistemática y aconceptualmente el sistema acusatorio formal con miras a una impartición de justicia rápida y simple[135], que hasta ahora se ha limitado a las bagatelas penales pero que poco a poco está viendo ampliado su ámbito de aplicación[136].

Quizá todo pase por alejar la idea de que las salas de los tribunales tienen que convertirse definitivamente en unas plazas donde todo tiene un precio, donde todo se intercambia, y por mejorar la legislación penal en su integridad, pieza básica del orden constitucional y de la convivencia pacífica. ¿Por qué no se aprovechan los esfuerzos que se quieren emplear para cambiar de mentalidad a todos los intervinientes en el proceso penal y se canalizan en su preparación y especialización[137]?, ya

135. PEDRAZ PENALVA, E., «Prólogo», CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público...*, *cit.*, pág. XVII.

136. Tal y como reconoce MIRANDA RODRIGUES, las ideas de celeridad y de consenso «não valem só no âmbito da pequena e média criminalidade, sendo aqui, entretanto, ...que a sua ligação é mais visível e que encontram o lugar por excelência» (MIRANDA RODRIGUES, A., «Os processos..., *cit.*, pág. 525).

137. Sobre esta cuestión *vid.* CARMONA RUANO, M., «La selección y formación del Juez profesional», *D.J.*, núms. 42-44, 1984, págs. 530 y ss.; AUGER LIÑÁN, C., «La formación y selección del personal judicial», *D.J.*, núms. 45-46, 1985, págs. 197 y ss.; ALMAGRO NOSETE, J., «Formación y selección del personal judicial», *Consideraciones de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, págs. 85 y ss.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., «Formación y perfeccionamiento de Jueces y Magistrados», *P.J.*, núm. V esp., 1988, págs. 87 y ss.; MONTERO AROCA, J., «Selección de licenciados y formación de jueces», *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, págs. 217 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., «La selección y formación de los jueces en España: El Centro de Estudios Judiciales», *B.I.M.J.*, núm. 1567, 1990, págs. 2750 y ss.; MOLINS FERNÁNDEZ, F., «La formación jurídica del Juez penal», *Tapia*, núm. 65, 1992, págs. 84 y ss.;

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que el legislador reconoce su falta de capacitación -por ejemplo, en materia de menores[138]-.

De conseguirse esto, sólo restaría confiar más en el Poder Judicial, porque los órganos judiciales no pueden hacer imposibles. Como ha señalado Bachof, con frecuencia «se ponen esperanzas demasiado elevadas en las posibilidades del juez; como si se creyera que sólo de él depende el justo y equitativo resultado de su decisión; como si el juez pudiese doblar y evitar la rigidez de la ley»[139]. En definitiva, que sigan haciendo lo que han venido haciendo y saben hacer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero de forma efectiva y en un plazo razonable, tal y como se lo encomienda la Constitución.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «El sistema alemán de formación continuada de Jueces y fiscales. Las condiciones para ser Juez y otras cuestiones de organización de las Jurisdicciones y Tribunales», *P.J.*, núm. 34, 1994, págs. 219 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Sistemas jurídicos y formación de jueces y abogados*, Barcelona, 1995; BLASCO GASCO, F. P., «Sobre la necesidad de la formación de los jueces», *J.D.*, núm. 38, 2000, págs. 17 y ss.

138. *Vid.* CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco...*, *cit.*, págs. 244 y ss.; Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

139. BACHOF, O., *Jueces y Constitución*, trad. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1985, págs. 64-65.