# *JUSTICIA 2002*

NÚMEROS 3-4

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:
JOSÉ ALMAGRO NOSETE
JOSÉ M.ª ASENSIO MELLADO
M.ª DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ
MANUEL J. CACHÓN CADENAS
JUAN DAMIÁN MORENO
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JUST FRANCO ARIAS
JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT
JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA
JUAN L. GÓMEZ COLOMER
FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO
NICOLÁS GONZÁLEZ CUÉLLAR
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
ANTONIO M.ª LORCA NAVARRETE
JOSÉ S. 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

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

"JUSTICIA 2002"

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

Todos los originales deben ser enviados con soporte informático.

© 2003. J. M. BOSCH EDITOR
Librería Bosch, S.L.
Ronda Universidad, 11 - 08007 BARCELONA
http://www.libreriabosch.es/jmb
e-mail: jmb@libreriabosch.es

Depósito Legal: SE-1716-2003
ISSN: 0211-7754
ISBN: 84-7698-689-0
Impreso por: Publicaciones Digitales, S.A.
www.publidisa.com — ( 34) 95.458.34.25. (Sevilla)

Printed in Spain / Impreso en España

# ÍNDICE

IN MEMORIAM. Prof. José Rodríguez Urraca ..... 7

DACIONES DE CUENTA

*Los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal* por José Almagro Nosete ..... 11

*La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio*, por Joan Verger Grau ..... 47

*El sistema de recursos en la jurisdicción comunitaria, tras el tratado de Niza*, por Jordi Nieva Fenoll ..... 89

*La regla* lex fori regit processum, por M.ª Dolores Adam Muñoz ..... 121

*La creación de un ministerio público europeo en el marco de la cooperación judicial penal de la unión europea*, por Ana M.ª Lourido Rico ..... 145

*Inaplicación de la norma de conflicto que remite al derecho extranjero*, por Francisco Ramos Méndez ..... 169

EXEQUÁTUR DE TÍTULOS PUBLICADOS ..... 181

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

# IN MEMORIAM

## Prof. José Rodríguez Urraca (Venezuela)

Ha muerto el maestro de la ciencia procesal venezolana, José Rodríguez Urraca, su figura física de Sancho, en la que siempre albergó el espíritu de Quijote, ha dejado de transitar por los escenarios de los congresos internacionales de Derecho Procesal, por los pasillos de las universidades de las que fue profesor, y por los tribunales en los que fue juez.

Nació en Valencia, Estado Carabobo, Venezuela, el 19 de noviembre de 1930. Doctor en Derecho egresado de la Universidad Central de Venezuela, en diciembre de 1956.

Fecha en la que fue publicada su obra *El Proceso Civil y la Realidad Social*, la cual estuvo profundamente influida por el pensamiento de los maestros Eduardo J. Couture y Piero Calamandrei. De este último aprendió que "*también el proceso es esencialmente estudio del hombre*", y de allí su obsesión por lograr que el estudio de las ciencias procesales estuviera siempre nutrida por las ideas centrales de los valores humanos que en el proceso y fuera de él se desenvuelven. Con sus ojos de novicio, Rodríguez U., como le conocíamos sus alumnos, le abrió al Derecho Procesal venezolano la oportunidad de transitar por nuevas rutas.

En efecto, no fue sino hasta 1932 cuando nuestra doctrina procesal, dominada hasta entonces por el método exegético, comenzó a abrazar el pensamiento sistemático gracias a los esfuerzos del maestro Luis Loreto.

Cabalgando sobre esas dos visiones del Derecho, la práctica procesal materializada por las actuaciones en los tribunales se caracterizaba por afe-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rrarse a la vigencia absoluta del principio dispositivo, encubriéndose de esta manera la absoluta pereza y la actitud rutinaria del juez.

Dentro de este contexto se alzó la voz disidente de Rodríguez U., marcando en el Derecho Procesal venezolano el inicio de una nueva perspectiva, que reclamaba un aumento en los poderes del juez, conduciéndonos a entender el proceso como una institución de Derecho Público, instándonos a la simplificación de las formas procesales, y exigiéndonos una visión del derecho que estuviera íntimamente conectada a la vida, para desechar el derecho Fórmula.

Por eso hemos dicho que el maestro Rodríguez U. dotó al Derecho Procesal venezolano de alas de libertad y visión de futuro, al darle una nueva dimensión a la reflexión procesal cuando fundamentó su concepción del Derecho como una obra humana, estimulada por las necesidades de la vida social, obra que adopta forma normativa y apunta a la realización de unos valores específicos: justicia, dignidad, respeto a la persona humana, bienestar general, y al advertir la necesidad de que la estimativa jurídica se alimentase fundamentalmente de realidad, para obtener las consecuencias prácticas debidas y las que resulten más oportunas y eficaces en cada tiempo y lugar, esto es, en cada situación histórica. Estas ideas, sembradas por el maestro Rodríguez U. en 1956, son las que forman parte de esa visión del proceso, que antes no existía y que ahora prácticamente forman el denominador común de toda la investigación de los procesalistas. Gracias a las tendencias que emergieron en los Congresos de Gante, Würzburg y Utrecht.

Entre 1961 y 1963, José Rodríguez Urraca realizó cursos de especialización en Derecho Procesal y Derecho Comparado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Florencia, Italia. A su regreso a Venezuela, se desempeñó como profesor de la Universidad de Carabobo, en las asignaturas de Introducción al Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Procesal Civil, en esa Universidad fue director del Instituto de Derecho Privado, del Instituto de Derecho Comparado y Decano de la Facultad de Derecho.

Paralelamente a su labor académica, se desempeñó en la administración de justicia como Juez Superior en lo Contencioso-administrativo de la Región Centro Norte Costera, desde 1979 hasta 1995. Fue también conjuez de la Sala Político-administrativa de la Corte Suprema de justicia, desde 1993 a 1995, y como Conjuez de la Sala de Casación Civil, en 1996.





Como investigador, nos dejó su obra escrita en la que, además del trabajo ya indicado, se destacan entre otras.

*La disyuntiva Escritura Oralidad,* publicado en Valencia, Estado Carabobo, en 1999, en el folleto Eduardo J. Couture editado por el Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Carabobo.

*La Jurisdicción Voluntaria en el Derecho Venezolano,* publicada en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, año III, n.º 1, 1962; *Elementos inquisitivos en el Proceso Civil venezolano,* publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo en Valencia, revista de la Colección Miguel José Sanz, n.º 1; *El Derecho y la Realidad de nuestro Tiempo,* publicada en Caracas, 1966, y en 1967 se publica la obra fundamental y más importante del autor: *Autoridad del Juez y Principio Dispositivo*; prologada por el inolvidable maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo. En esta obra fundamental para la comprensión del Derecho Procesal venezolano y su evolución, Rodríguez U. analiza el principio dispositivo, declarándole en una serie de subprincipios, en donde se plantea el problema de la coexistencia del principio dispositivo con los poderes del juez. Con base en sus agudos estudios sobre el Derecho Comparado, establece como el principio dispositivo no es de la esencia del proceso, ni puede ser considerado como proyección del Derecho subjetivo, se trata más bien de un principio adoptado por razones políticas de oportunidad, en razón de lo cual existe la posibilidad de que el legislador cambie su ordenación y resuelva que el proceso se tramite con otros principios, por razones de conveniencia. En esta obra el maestro analiza el problema de la autoridad del juez y del principio dispositivo en el ámbito de la prueba. Rodríguez U. nos enseñó que el mecanismo de la prueba está organizado para convencer al juez, no para mandarlo, por lo que la técnica de la prueba pertenece al ámbito del proceso y a la relación jurídico-procesal, por lo que todo lo relativo a su manejo debe estar en manos del juez, como órgano del Estado encargado de tutelar los intereses públicos. Estas experiencias, entre otras, contenidas en su rico ensayo, llenas de sapiencia analítica, fue lo que llevó al maestro Alcalá Zamora a calificarla como un espléndido libro, y a Rodríguez U. como uno de *"los grandes procesalistas del continente americano"*.

En 1974 publica un ensayo sobre *Liberalización y socialización en el Proceso Civil venezolano,* editado por la Comisión de Cultura de la Universidad de Carabobo.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En 1975 publicó un ensayo titulado *El Futuro del Proceso Civil*, editado por el Colegio de Abogados del Estado Carabobo.

En 1986 publicó *El Sistema de los Recursos en el Nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano,* serie Eventos n.º 4, Biblioteca A.C.P.S.

En 1990, en la Revista de Derecho Procesal n.º 1, editada por Paredes Editores, publicó un trabajo sobre *El Recurso Extraordinario de Revisión.*

RENÉ MOLINA



## DACIONES DE CUENTA

# LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS DE CASACIÓN Y DE INFRACCIÓN PROCESAL*

Prof. JOSÉ ALMAGRO NOSETE
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. — I. *A)* NORMAS APLICABLES. *B)* CONSECUENCIA. — II. RESOLUCIONES RECURRIBLES. *A)* Hermenéutica de las disposición final "decimosexta" y del artículo 477 de la LEC. *B)* Criterios jurisprudenciales. — III. EL RECURSO DE CASACIÓN. *A)* Concepto. *B)* Competencia funcional. *C)* Motivo. *D)* Procedimiento. 1. Fase procesal ante el órgano "a quo" (Audiencia Provincial). 1.1. Preparación. 1.1.1. Escrito de preparación. 1.1.2. Resolución sobre la preparación. 1.2. Interposición. 1.2.1. Plazo. 1.2.2. Contenido del escrito. 1.2.3. Documentos acompañatorios. 1.3. Remisión de los autos. 2. Fase procesal ante el órgano "ad quem" (Sala I del TS). 2.1. Admisión o inadmisión. 2.1.1. Examen previo de la competencia funcional. 2.1.2. Inadmisión. 2.1.3. Resultado de la admisión. 2.2. Oposición al recurso. 2.2.1. Comunicación de la admisión. 2.2.2. Alegación de causas de inadmisibilidad. 2.2.3. Escrito de oposición. 2.3. Decisión. 2.3.1. Vista eventual. 2.3.2. Sentencia. — IV. EL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL. *A)* Concepto. *B)* Competencia funcional. *C)* Motivos. 1. Errores anteriores a la sentencia. 1.1. Relativos a la determinación del órgano funcional. 1.2. Relativos a la idoneidad del órgano jurisdiccional. 1.3. Relativos a la observancia de las

(*) El presente trabajo tiene como norte la realización de una exposición lo más ordenada posible de las normas aplicables a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, útil, a mi juicio, en materia tan maltratada legislativamente, junto con la explicitación de algunos criterios interpretativos sobre puntos importantes que consideramos de interés.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

reglas legales durante el "iter" procesal. 2. Errores producidos en la sentencia. 3. Errores sobre vulneración art. 24 CE. *D)* Denuncia previa en la instancia. *E)* El procedimiento. 1. Fase procesal ante el órgano "a quo". 1.1. Preparación. 1.1.1. Escrito de preparación. 1.1.2. Resolución sobre la preparación. 1.2. Interposición. 1.2.1. Plazo de interposición. 1.2.2. Contenido del escrito. 1.2.3. Efecto de la no presentación. 1.3. Remisión de los autos. 2. Fase procesal ante el órgano "ad quem". 2.1. Admisión o inadmisión. 2.1.1. Instrucción del Magistrado Ponente. 2.1.2. Causas de inadmisión. 2.1.3. Resolución de inadmisión. 2.1.4. Resolución de admisión. 2.2. Oposición al recurso. 2.3. Prueba. 2.4. Votación y fallo. 2.4.1. Plazo para su fijación. 2.4.2. Vista eventual o necesaria. 2.5. Decisión. 2.5.1. Plazo para dictar sentencia. 2.5.2. Orden de Resolución. 2.5.3. Contenido. 2.5.4. Irrecurribilidad de la sentencia. — V. LOS RECURSOS CONJUNTOS DE CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL. *A)* Reglas generales. *B)* Recurso por infracción procesal conjunto con recurso de casación contra sentencia de los casos 1º y 2º del art. 477. *C)* Recurso por infracción procesal conjunto con recurso de casación incurso en el caso 3º del art. 477. — VI. DENUNCIA CASACIÓNAL DE LA INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL. *A)* Ideas generales. *B)* Criterios jurisprudenciales.

## I. INTRODUCCIÓN

*A)* En la actualidad los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal se rigen por la "disposición final decimosexta" (régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios) y artículos concordantes de la LEC 1/2000, de 8 de enero, por remisión directa o indirecta. Ambos recursos proceden del tronco común del precedente "recurso de casación", que conforme a una tradición legislativa consolidada, fundía, en su regulación, las antiguas modalidades del recurso por infracción de ley o "doctrina legal" y del recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

La nueva LEC desgaja del tronco común, la segunda modalidad, configurándola como un recurso, independiente de su matriz originaria, con el nombre de "recurso extraordinario por infracción procesal". Propósito declarado del proyecto de la LEC era la asignación a los Tribunales Superiores de Justicia de la atribución competencial para el conocimiento de estos recursos, no obstante, que dicha intención prelegislativa, fuera frustrada en el debate parlamentario, ante la imposibilidad de disponer el Gobierno de la mayoría para que se aprobara la reforma orgánica necesaria. Tal situación provocó la introducción de la citada "disposición final", apresurada en su redacción y, enrevesada, por ello, en su hermenéutica.

*B)* La primera consecuencia derogatoria, respecto del propio texto de la LEC, merced a la introducción de la referida "disposición final" es la



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



inaplicación de la llamada "opción" obligatoria, para que la misma parte elija sin posibilidad de acumulación entre el recurso de casación y el recurso por infracción procesal, según determina el art. 466 de la LEC, norma en contradicción con lo que dispone la regla 3ª de la disposición 16ª que permite al litigante recurrir por infracción procesal y en casación conjuntamente.

A la luz, además, de la "disposición decimosexta" se observa que junto a los recursos "puros" de casación o de "infracción procesal", los recursos "mixtos" (de casación e infracción procesal) generan clases diferenciadas, según se amparen, tomando como base la naturaleza de la sentencia recurrible, en los ordinales 1º, 2º o 3º del art. 477 de la LEC.

## II. RESOLUCIONES RECURRIBLES

### *A) Hermenéutica de la "disposición final decimosexta" y del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

Tema de especial importancia por sus repercusiones es el de las "resoluciones recurribles". En este punto la "disposición final" (que altera las nonnatas reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil nueva) se remite al artículo 477 sobre resoluciones recurribles en casación, tanto para fijar la recurribilidad en materia de recurso de casación, como en materia de recurso extraordinario por infracción procesal. Este patrón del artículo 477 impera, pues, sobre todos los recursos extraordinarios, pero con ostensibles diferencias que no son de contenido baladí, en lo que afecta a los recursos extraordinarios por infracción procesal, puesto que en la variedad del recurso por infracción procesal autónomo, basta con que la resolución objeto de recurso sea "susceptible de recurso de casación" al igual que ocurre con la variedad del recurso por infracción procesal eventualmente conjunto con el de casación, mientras que, en la variedad del recurso por infracción procesal, necesariamente conjunto con el de casación, la suerte del primero está en función de la viabilidad preliminar del recurso de casación, de tal manera, que sólo en el caso de que el recurso de casación resultara admisible se procedería a resolver sobre la admisión del recurso por infracción procesal.

Las resoluciones recurribles se limitan, pese al carácter más genérico del título empleado, a las "sentencias dictadas en segunda instancia por las

Audiencias Provinciales", por lo que se excluyen en cualquier caso los "autos" (vide artículo 456), incluso cuando no sea la forma procedente (artículo 208), pues la infracción cometida tendrá naturaleza procesal.

Obviamente, no todas las sentencias de segunda instancia proferidas por las Audiencias Provinciales (más bien Salas de Justicia de éstas que se ocupen de materia civil) son, en concreto, recurribles, sino sólo aquellas que se hallen dentro de alguno de los casos que el precepto contempla, nucleadas en tres grupos perfectamente diferenciados.

Son éstos: 1.º) El grupo compuesto por las sentencias que se dicten, para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. La excepción se explica al constituir la vulneración de derechos, reconocidos por el citado precepto constitucional, motivo específico del recurso por infracción procesal (artículo 469-4º). Los asuntos a que este número 1º hace referencia conforman el conjunto de los recogidos en la proposición segunda del artículo 249 relativa al ámbito del juicio ordinario ("Las demandas 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"). Por supuesto, que caen fuera de las previsiones de este grupo aquellos asuntos cuyo objeto principal no sea la tutela de un derecho fundamental, no obstante, que se invoquen, como argumentos o fundamentos de apoyo, normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

2.º) El grupo que integran los asuntos cuya competencia objetiva venga establecida, en último extremo, por razón de la cuantía (artículo 249-2) según las reglas previstas para su determinación (artículos 251, 252 y 253). En relación con el acceso de estos asuntos a casación la regla es muy clara: la cuantía del asunto ha de exceder de veinticinco millones de pesetas. En consecuencia todos los demás, vinculados a este concepto están excluidos de casación.

3.º) El tercero y último grupo que contiene, a su vez, tres supuestos diferenciados tiene, a mi juicio, como explicación dar acceso casacional en los casos que regula, a aquellos asuntos en los que la fijación de la competencia objetiva se haya establecido por razones independientes de la cuantía, tanto en el ámbito del juicio ordinario (artículo 249) como en el ámbito del juicio verbal. La referencia al "interés casacional" es un mero adorno pues si se suprime la expresión y se examina el artículo, en clave exclusiva





de los presupuestos de recurribilidad exigibles, en nada padece su contenido. En realidad el concepto de interés casacional que proviene del Derecho norteamericano ("certiorary"), supone una avocación al conocimiento del Tribunal Supremo de aquellos asuntos que, por la materia que tratan, se consideran relevantes para que establezca doctrina el dicho órgano jurisdiccional. Sin pretender que se llegue al extremo de una absoluta indeterminación y subjetivismo en el juego de este concepto indeterminado, pues sin duda, existen mecanismos de objetivización para la fijación del interés casacional, lo que no cabe es que se prive al concepto de su movilidad, de su versatilidad, ya que entonces desaparece o se tergiversa. Y esto es lo que hace la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ante las peticiones que hubo en favor de un complemento de tal naturaleza, como medio de selección de resoluciones recurribles, acoge el concepto para falsearlo, determinando lo que es interés casacional, de una vez, por todas, y con pretensiones de perennidad, con lo cual, evidentemente, sobra.

Los tres subgrupos que comprende el número tercero del artículo 477 se diversifican del siguiente modo: *a)* Cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En la preparación del recurso, primero, y mas detenidamente, en la formalización, después, ha de explicitarse en qué sentido el núcleo decisorio de la sentencia recurrida se opone a otras razones de decisión, avaladas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es decir, dos sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que contengan la doctrina en oposición que, por descontado, deben reflejar los criterios actuales de la Sala y no los ya superados que, por ello mismo, han dejado de constituir jurisprudencia. *b)* Cuando la sentencia resuelva "puntos y cuestiones" sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Si soslayamos la falta de rigor técnico que se desprende del uso del término "jurisprudencia", al tratar de la regulación del recurso de casación, referido a órganos jurisdiccionales de apelación y lo asimilamos "mutatis mutandis", por analogía, al concepto de jurisprudencia, en sentido propio, ha de concluirse que el Legislador quiere que la contradicción se produzca, al menos, entre dos pares de sentencias de Salas de Justicia o de Secciones diferenciadas, de manera, que habrán de señalarse cuatro sentencias (dos y dos) que manifiesten la expresada contradicción entre las mismas y en relación con el asunto controvertido. *c)* Por último el subgrupo tercero exige, simplemente, que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo "relativa a normas anteriores de igual o



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

similar contenido", cuando la norma que se pretenda infringida no "lleve más de cinco años en vigor". Transcurrido el plazo, el recurso no será admisible haya o no jurisprudencia. Cuestión, por ello, decisiva es la de la fijación del dies "a quo" para el cómputo del plazo de los cinco años. Tomando en consideración que la norma, definitivamente, se aplica en la sentencia de segunda instancia sea esta confirmatoria o revocatoria, perece lógico que se señale como día inicial el de la fecha de la notificación de esta última sentencia.

*B) Criterios jurisprudenciales*

Urgido por la entrada en vigor de la nueva Ley, la Sala Primera del Tribunal Supremo reunida, en sesión plenaria, de carácter consultivo, el día 12 de diciembre de 2000, elaboró unos criterios interpretativos sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio, en relación con los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal que fueron publicados y ampliamente difundidos.

En lo que se refiere sustancialmente a las "resoluciones recurribles" estos criterios han enfatizado sobre el carácter "distinto y excluyente" de cada uno de los grupo de sentencias contemplados por el artículo 477, guiados, sin duda, sus autores por el propósito de contribuir a la seguridad jurídica al evitar la promoción de recursos abocados al fracaso, por confusiones a este respecto.

Algún sector doctrinal no comparte estos criterios. Sin embargo, un examen sereno del precepto y de su entorno legislativo no permite otras interpretaciones, ya que entender que la "cuantía" fijada como parámetro de referencia en el número segundo, no "excluye" los asuntos que por este concepto no estén incluidos en dicho número, conduce al absurdo interpretativo, de considerar que tal ordinal se estatuye "ad pompam vel ostentationem", dado que, sin el freno de la cuantía, absolutamente todas las resoluciones serían recurribles, lo que contradice, abiertamente, el propósito del legislador, manifestado en la "exposición de motivos" en los siguientes términos:

"Esta Ley ha partido, no sólo de la imposibilidad, sino también del error teórico y práctico que entrañaría concebir que la casación perfecta es aquélla de la que no se descarta ninguna materia ni ninguna sentencia de segunda instancia".





"Además de ser ésa una casación completamente irrealizable en nuestra sociedad, no es necesario ni conveniente, porque no responde a criterios razonables de justicia, que cada caso litigioso, con los derechos e intereses legítimos de unos justiciables aún en juego, pueda transitar por tres grados de enjuiciamiento jurisdiccional, siquiera el último de esos enjuiciamientos sea el limitado y peculiar de la casación. No pertenece a nuestra tradición histórica ni constituye exigencia constitucional alguna que la función nomofiláctica de la casación se proyecte sobre cualesquiera sentencias ni sobre cualesquiera cuestiones y materias". Más concretamente, la "exposición de motivos" anticipándose a interpretaciones extensivas, acerca de las resoluciones recurribles, trata de explicar como ha objetivado el "interés casacional". Y al efecto contrapone "un parámetro de cuantía elevada" con otro, "asuntos sustanciados por razón de la materia" que no sólo acceden a casación mediante invocación de la infracción de la ley sustantiva (se entiende) sino "además" ... (y aquí siguen los complementos jurisprudenciales necesarios o los relativos a la antigüedad de la norma). Es, en definitiva, el propio legislador el que obliga a una interpretación como la acordada por la Sala I —cualquier otra incurriría en manifiesta arbitrariedad—.

El "auto" de la Sala Primera, de 15 de octubre de 2002, dictado en recurso de queja, contiene una amplia exposición de la doctrina jurisprudencial ya recaída acerca de los cauces de acceso conforme a la nueva Ley procesal: En resumen se razona por qué la vía del "interés casacional" está reservada a los asuntos seguidos en atención a la materia que constituye el objeto del litigio:

"Dicho interés casacional se objetiva no sólo mediante el parámetro de una cuantía elevada, sino con la exigencia de que los asuntos substanciados en atención de la materia aparezcan resueltos con infracción de ley sustantiva, desde luego, pero, además, contra doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, o sobre asuntos o cuestiones en las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Los asuntos que no alcancen la cuantía requerida para acceder a casación son precisamente los substanciados en atención a ésta, pues de lo contrario la causa de inadmisión sería ineficaz, ya que si fuera posible que los asuntos tramitados en razón a la cuantía —inferior a 25.000.000 ptas.— pudieran también tener acceso a la casación acreditando el "interés casacional", la única causa de inadmisión aplicable sería la inexistencia de dicho presupuesto y nunca la insuficiente valoración económica del litigio que, por sí misma, jamás vedaría el recurso de casación.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## III. El recurso de casación

*A) Concepto.* El recurso extraordinario de casación instituido para la formación de jurisprudencia, procede contra sentencias determinadas, dictadas por las Audiencias en segunda instancia, con la finalidad de que se observe el cumplimiento de las Leyes aplicables a la cuestión sustancial debatida, con criterios hermenéuticos uniformes, según los "hechos" que se hayan estimado probados, mediante la obtención de una nueva sentencia que declare haber lugar o no al mismo, con el efecto, en el primer supuesto de establecer otra decisión sustitutoria de la anterior y, en el segundo, de mantener la impugnada.

— Es un "recurso extraordinario", conforme reconoce la LEC [aún de manera indirecta (art. 488.1)], lo que, en términos doctrinales, equivale a poner de relieve el carácter tasado de las causas de impugnación y las limitaciones impuestas al conocimiento del asunto por el órgano jurisdiccional "ad quem" (Sala I del Tribunal Supremo o Tribunales Superiores de Justicia).

— El recurso, desde el tiempo de su consolidación, como instrumento procesal, sirve para la formación de jurisprudencia, esto es, para establecer criterios uniformes en la interpretación de las leyes, que deben seguir en su aplicación todos los órganos jurisdiccionales, salvo que, de forma motivada, se expresen fundadas razones de discrepancia. De este modo, se salvaguarda la "unidad política" del Estado y la efectividad de su soberanía en el campo concreto de un derecho constitucional fundamental: el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. La jurisprudencia, además, "retroalimenta", su reproducción puesto que su infracción permite la formulación del recurso de casación. Con todo, la jurisprudencia, como complemento del ordenamiento jurídico (art. 1.6 del Código Civil) no produce una interpretación anquilosada del Derecho, aunque si estable, puesto que el TS, en virtud de las nuevas realidades sociales, puede apartarse de la misma y crear nueva jurisprudencia, no obstante, que deba razonar si actúa, con criterios dispares, en la resolución de los casos, las causas del cambio operado en la interpretación.

En lo que concierne al recurso que se examina, la referencia a la "cuestión sustancial" debe entenderse, como "tema de fondo", el objeto material del proceso, por cuanto las cuestiones procesales quedan fuera del ámbito del recurso de casación, tras la creación del recurso por infracción procesal. En





este sentido, al excluirse los errores en la valoración de las pruebas legales, como motivos del recurso, cobra mayor fuerza la declaración sobre los "hechos probados" que devienen plenamente intangibles.

La sentencia, con la que concluye, normalmente, el recurso admitido "confirmará o casará en todo o en parte la sentencia recurrida" (caso 1º o 2º del art. 477) o "si la sentencia considera fundado el recurso casará la resolución, impugnada" (caso 3º, apartado 2 del art. 477). En realidad, resulta mas adecuado a la naturaleza del recurso, seguir hablando de "haber o no haber lugar al recurso", con los efectos pertinentes, no otros que los de mantener la sentencia impugnada si no ha lugar al mismo o anularla o casarla, en todo o en parte, si ha lugar decidiendo sobre el "fondo" con arreglo a Derecho.

*B) Competencia funcional.* Desde su instauración el conocimiento del recurso de casación se reservó a la Sala competente del Tribunal Supremo como cometido especifico del mismo por razón de sus propias finalidades, criterio que ratifica el art. 478 de la LEC al establecer que "el conocimiento del recurso de casación en materia civil compete a la Sala Primera del Tribunal Supremo".

Sin embargo, al haberse creado, en su día, los Tribunales Superiores de Justicia, como cúspide del sistema de organización judicial, en cada territorio de las Comunidades Autónomas, en las regiones donde existe Derecho foral o asimilados, se atribuye a estos órganos judiciales, el conocimiento de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

No es posible a una misma parte, simultanear la tramitación de dos recursos de casación, uno ante el TS y otro ante el TSJ. Dispone, en este sentido, la LEC, para estos casos que "se tendrá mediante providencia por no presentado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta circunstancia".

Mas la configuración de la Sala I del TS (o Sala de lo Civil y Penal del TSJ correspondiente), como órgano decisor del recurso, no supone la exclusión de otros órganos judiciales tal como la Sala competente de la Audiencia Provincial, que dictó la sentencia recurrida, para intervenir, con funciones reforzadas ahora por la nueva normativa, en la tramitación del re-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

curso de casación, lo que permite hablar de dos fases en el tracto procedimental del recurso.

*C) Motivo.* La Ley de Enjuiciamiento Civil previene sólo la existencia de un motivo casacional ("El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso", artículo 477-1). Estas normas de acuerdo con la procedencia histórica del precepto (artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil vieja) y su separación de los motivos que permiten el recurso por infracción procesal han de ser normas jurídico materiales, no procesales. Se elimina, así, cualquier norma que haga referencia a la prueba y su valoración o carga de la prueba o presunciones, máxime cuando han desaparecido las razones de ubicación de la prueba, aún la documental, en el Código civil (las que persisten de este tipo en tal Código son por otros criterios y no, desde luego por razones de valoración netamente procesales).

El único motivo de casación debe relacionarse con el necesario complemento de la jurisprudencia ya del Tribunal Supremo, ya de las Audiencias, según las modalidades expuestas o con designación de la norma nueva, en su caso, justificativa del recurso.

Contempla este motivo el "fondo" del asunto o la cuestión litigiosa que se ventila y garantiza la recta aplicación del Derecho material al caso. El concepto de normas jurídicas se identifica con las fuentes de producción y comprende por ello, la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, extendiéndose a las normas extranjeras en cuanto deban aplicarse por la jurisdicción española y los Tratados internacionales que forman parte del ordenamiento interno.

El rango de las disposiciones debe considerarse en función del principio de jerarquía normativa y han de ser disposiciones de naturaleza civil lo que, sin embargo, no excluye la resolución de cuestiones prejudiciales de tratamiento permitido.

La jurisprudencia, en cuanto sienta unos criterios hermenéuticos y con ellos complementa al ordenamiento jurídico, vincula a los Tribunales inferiores, que deben aplicarla so pena de incurrir en causa de casación. La insuficiencia de la regulación actual para extender la observancia de la jurisprudencia es manifiesta y resulta conveniente se arbitren formulas legales que corrijan la eventualidad de su inobservancia, sin motivación adecuada.





*1. Fase procesal ante el órgano "a quo" (Audiencia Provincial)*

*1.1. Preparación*

1.1.1. Escrito de preparación

El recurso se prepara mediante escrito que se presenta ante el Tribunal que hubiera dictado la sentencia, dentro de los *cinco días siguientes* a su notificación (art. 479). Mas el *escrito de preparación* tiene un contenido distinto, conforme al tipo de sentencia recurrible:

1.1.1.1. En el caso del nº 1 apartado 2 del art. 479, el escrito de preparación se limitará a exponer sucintamente la vulneración del derecho fundamental que se considera cometida.

1.1.1.2. En el caso del nº 2 del apartado 2 del referido artículo, el escrito únicamente deberá indicar la infracción legal que se considera cometida.

1.1.1.3. En el caso del nº 3 del apartado 2, el escrito deberá indicar no sólo la infracción cometida, sino otros requisitos de admisibilidad del recurso, según la variedad del supuesto que determina la impugnación.

1.1.1.3.1. Si la sentencia reviste "interés casacional", por oponerse a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, el escrito de preparación deberá consignar, además, "las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial" de referencia (art. 479.4).

1.1.1.3.2. Si la sentencia reviste "interés casacional" porque resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, el escrito de preparación deberá consignar, además, la jurisprudencia en que se funde el mencionado "interés" (art. 479.4).

1.1.1.3.3. Considera, asimismo el precepto, que reviste "interés casacional" la sentencia que aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor (siempre que, en este último caso, no existiera doctrina jurisprudencial del TS relativa a normas anteriores de igual o similar contenido).



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Nada dice, en este caso la LEC sobre la preparación del recurso. Sin embargo, esta omisión, que luego se salva, a propósito de la interpretación, debe integrarse para que la preparación sea inteligible, con la consignación, además, de una indicación del supuesto normativo novedoso, ayuno de interpretación jurisprudencial.

1.1.2. Resolución sobre la preparación

Comprobada la concurrencia de los requisitos señalados por la Ley, para la válida preparación del recurso, el Tribunal dictara "providencia" irrecurrible en la que se "tendrá por preparado el recurso de casación". La parte contraria podrá oponerse a la admisión del recurso al comparecer ante el Tribunal de Casación.

Si se cumplen los requisitos exigidos, la Sala "a quo" dictará auto rechazando el recurso contra el que únicamente podrá interponerse "recurso de queja".

*1.2. Interposición del recurso*

1.2.1. *Plazo de interposición.* El escrito de interposición habrá de presentarse ante el Tribunal que hubiere dictado la sentencia recurrida en el plazo de *veinte* días "siguientes a aquel en que se tenga por preparado el recurso de casación" (art. 481.1). Finalizado el plazo para interponer el recurso de casación, sin haberse presentado el escrito de interposición, el recurso se declara *desierto* y se impondrán al recurrente las costas causadas, si las hubiere (art. 481.4).

1.2.2. *Contenido del escrito.* En el escrito "se expondrá con la necesaria extensión, sus fundamentos". El escrito ofrece, además, la oportunidad de pedir la celebración de *vista*. Los "fundamentos" o razones jurídicas, equivalen a los antiguos "motivos", numerados según la praxis, que se desarrollaban separadamente, aunque todos ellos respondieran al solo "motivo" 4º, del antiguo art. 1692 de la LEC de 1881, como, ahora, todos los "fundamentos" han de acogerse al único motivo que establece el art. 477.1. Mas se les llame "motivos" o "fundamentos", su exposición con la "necesaria extensión" (o dicho con otras palabras, sin profusiones innecesarias) deberá acomodarse a criterios de orden, claridad y separación de argumentos, conforme a los que resultan, por analogía, de la aplicación de los exigidos para la demanda. Además:





1.2.2.1. En el supuesto de que se aduzca, por causa de "interés casacional" que el recurso se funda en la infracción de "norma nueva", habrá de manifestarse razonadamente cuanto se refiera al tiempo de vigencia de la norma y a la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida.

1.2.2.2. En el supuesto de que el "interés casacional se alegue como consecuencia de la existencia de "jurisprudencia contradictoria" de las Audiencias, al escrito de interposición habrá de acompañarse el texto de las sentencias en que aquel se apoya.

1.2.2.3. Tal exigencia no es necesaria, según interpretamos, cuando las sentencias que se invoquen en oposición con las normas aplicadas, también, en supuesto de "interés casacional", se refieran a doctrina del T.S. ya que el órgano casacional conoce su propia jurisprudencia y todas las sentencias son objeto de publicación oficial.

1.2.3. Documentos acompañatorios del escrito

Con el escrito se acompañarán certificación de la sentencia impugnada, según disposición específica del art. 481. Pero esta exigencia parece arbitraria ya que no se adivina la "ratio legis", puesto que la sentencia impugnada consta en el "rollo" de Sala al que se une, precisamente, el escrito de interposición, presentado. Posteriormente, dentro de los cinco días siguientes a la presentación, se remiten todos los autos originales, a la Sala I del TS, de manera, que tampoco se entiende en qué sentido puede ser necesaria dicha certificación ante el órgano "ad quem". A pesar de ello, la LEC insiste, una vez remitidos los autos, aún sin la dicha certificación, en imponer al Tribunal de casación, la carga de reclamar la referida certificación de sentencia, si fuera necesario, "del Tribunal o Tribunales que deban expedirlas", si el recurrente no hubiera podido obtenerla. La negativa o resistencia a expedir la certificación será corregida disciplinariamente. La hermenéutica del precepto se hace muy ininteligible pues al final del inciso parece que se confunde la sentencia impugnada con el "texto de las sentencias que se



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

aduzcan como fundamento del interés casacional". Preceptos, en suma, desafortunados que, por su contradictoriedad y falta de sentido, deberán ser objeto de interpretación finalista.

*1.3. Remisión de los autos*

El órgano "a quo" debe remitir las actuaciones originales al Tribunal Supremo en el tiempo ya indicado en el párrafo anterior (art. 482).

*2. Fase procesal ante el órgano "ad quem" (Sala I del Tribunal Supremo)*

*2.1. Admisión o inadmisión*

2.1.1. Examen previo de la competencia funcional

Antes de pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, la Sala debe examinar su competencia para conocer del recurso. Caso de no considerase competente, pondrá esta circunstancia de relieve a las partes (personadas) a las que dará audiencia por un plazo de diez días, transcurrido el cual resolverá lo procedente, ordenando en su caso la remisión de las actuaciones a la Sala que se estime competente con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante aquella en el plazo de diez días (art. 484). Entendemos que el plazo de audiencia, previsto por la norma, puede utilizarse para poner de manifiesto otras causas de inadmisión, conforme a lo dispuesto por el apartado 3 del art. 483. Por ello, este aspecto debe considerarse incluido dentro de la propuesta para la inadmisión del recurso que analizamos seguidamente.

2.1.2. Inadmisión

2.1.2.1. Intervención del magistrado ponente: una vez recibidos los autos en el Tribunal se pasan al magistrado designado "ponente" para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación.

2.1.2.2. Propuesta de decisión. La propuesta de resolución puede ser de admisión total o correlativamente de inadmisión o de admisión parcial e inadmisión parcial, según que la causa de inadmisión afecte a todos o solo a algunas de las infracciones alegadas (art. 483).





2.1.2.3. Causas de inadmisión del recurso:

Las causas de inadmisión, a tenor del art. 483.2 LEC, se sistematizan así:

1.º Que la sentencia no sea recurrible en casación (art. 483.1-1.º, inciso primero, LEC), lo que hace preciso examinar si la sentencia se encuentra en alguno de los casos del art. 477.2 LEC.

2.º Que en la preparación se hubiera incurrido en defecto de forma (art. 483.2-1.º, segundo inciso, LEC), cuales son:

*a)* La presentación del escrito fuera de plazo (art. 479.1 LEC);

*b)* Falta de expresión de la vulneración del derecho fundamental que se considere cometida (art. 479.2 LEC);

*c)* Falta de indicación de la infracción legal que se considere cometida (arts. 479.3 y 4 LEC);

*d)* Por lo que respecta al "interés casacional", cuando se alegue la oposición a jurisprudencia del Tribunal Supremo, la preparación defectuosa será apreciable al omitirse la expresión de las sentencias de la Sala Primera, y también cuando se menciones éstas y su contenido, pero no se razone la vulneración de su doctrina por la resolución recurrida, lo que resulta imprescindible para que la Audiencia pueda examinar el supuesto de recurribilidad invocado y decidir sobre la preparación del recurso de casación (art. 479.4 LEC);

*e)* Si se funda el "interés casacional" en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, sobre puntos y cuestiones jurídicas resueltas por la sentencia que se pretenda recurrir en casación, la preparación defectuosa concurrirá cuando se prescinda de mencionar las sentencias firmes de Audiencias Provinciales, que deberán ser dos, de un mismo órgano jurisdiccional, y otras dos, de otro órgano diferente, siendo rechazable la enumeración masiva de resoluciones, que habrán de limitarse a cuatro por cada punto de cuestión o contradicción (dos en cada sentido) y, en el caso de citarse más, se estará a la de fechas más recientes; asimismo será necesario recoger el contenido de las sentencias, su "ratio decidendi", con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y de qué modo se produce, siendo preciso razonar sobre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí, lo que igualmente resulta imprescindible para que la Audiencia efectúe el control de recurribilidad que le corresponde en la fase preparatoria (art. 479.4 LEC);



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*f)* Si el "interés casacional" se refiere a normas con vigencia inferior a cinco años, deberá el recurrente indentificar la disposición legal, y comprobarse en fase de preparación el plazo de cinco años entre la entrada en vigor de la norma y la fecha de la sentencia recurrida;

*g)* Incumplimiento de los presupuestos para recurrir en casos especiales (art. 449 LEC).

3.º Que el escrito de interposición incumpla los requisitos establecidos (art. 449 LEC), constituyendo supuestos de interposición defectuosa:

*a)* la presentación del escrito fuera de plazo (art. 481.1 LEC);

*b)* que no se expongan con la necesaria extensión los fundamentos del recurso, en orden a la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 481.1 en relación con el art. 477.1 LEC);

*c)* que no se acompañe la certificación de la sentencia impugnada, salvo que no se haya podido obtener (art. 481.2 en relación con 482.2 LEC), o bien, que no se presente el texto completo de las sentencias de las Audiencias Provinciales que se aduzcan como fundamento del interés casacional, mediante certificación íntegra de las mismas expedida por el secretario judicial, con expresión de su firmeza (art. 481.2 LEC).

*d)* que no se manifieste razonadamente cuanto se refiere al tiempo de vigencia de la norma, inferior a cinco años, y la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida (art. 481.3 LEC).

4.º Que la cuantía del asunto no supere la cifra de 150.000 euros (art. 483.2-3.º LEC y RD 1417/2001, de 17 de diciembre).

5.º Que no exista interés casacional (art. 483.2-3.º LEC), lo que determinará la inadmisión cuando:

*a)* la resolución no sea de las que puedan presentar "interés casacional", exclusivamente limitadas al caso 3.º del art. 477.2 LEC;

*b)* la sentencia no se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo;

*c)* no exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias sobre puntos o cuestiones resueltos en la sentencia recurrida;

*d)* la norma lleve vigente más de cinco años o exista jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la misma u otra de contenido igual o similar.

6.º Que sean planteadas a través del recurso de casación cuestiones propias del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal previsto en el art. 469 LEC.





7.º Que el recurrente no se halle legitimado, por no afectarle desfavorablemente la resolución impugnada (art. 448 LEC).

2.1.2.4. Audiencia previa a la inadmisión: si la propuesta fuera de inadmisión (total o parcial) la Sala habrá de poner de manifiesto, mediante providencia, a las partes personadas la posible causa de inadmisión del recurso de casación para que en el plazo de diez días formulen las alegaciones que estimen procedentes.

2.1.2.5. Resultado de inadmisión. Si la Sala entendiese que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto declarando la inadmisión del recurso de casación y la firmeza de la resolución recurrida. En los casos de inadmisión parcial, en el mismo auto, resolverá sobre la admisión parcial. Esta resolución es recurrible en reposición según se desprende "a contrario sensu" de lo previsto en el último párrafo del art. 483 para el auto que decide la admisión del recurso.

2.1.3. Resultado de admisión. La deliberación sobre la propuesta acerca de la suerte del recurso, si es, finalmente, de admisión se embebe con la propia resolución de admisión que se formaliza por medio de auto. Contra el auto que decide sobre la admisión del recurso no se dará recurso alguno (art. 483. 4 y 5).

2.2. *Oposición al recurso*

2.2.1. Comunicación de la admisión a las otras partes

Admitido el recurso de casación se dará traslado del escrito de interposición con los documentos acompañatorios a la parte o partes recurridas, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días y manifiesten si consideran necesaria la celebración de "vista" (art. 485).

2.2.2. Alegación de causas de inadmisibilidad.

No obstante, la admisión del recurso, pese a la oportunidad que confiere el último inciso del art. 480 ("contra la providencia en que tenga por preparado el recurso de casación, la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a la admisión del mismo al comparecer ante el Tribunal en casación") en la posadmisión del recurso cabe que se



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

susciten, de nuevo, con la oportunidad del escrito de oposición, el planteamiento de causas de inadmisión, que pueden alegarse en dicho escrito en cuanto se consideren existentes y en tanto en cuanto no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal. Aunque nada dice la LEC al respecto, debe entenderse que tales alegaciones no abren un nuevo tramite de inadmisión, sino simplemente, que las causas aducidas se tienen por fomuladas para, en su día, resolverlas en la sentencia definitiva, y en la que las causas de inadmisión operarían, de ser ciertas, como causas de desestimación del recurso.

2.2.3. Escrito de oposición.

Por medio del escrito de oposición las partes recurridas "formalizan" su oposición, esto es, razonan sobre la inoperatividad, a su juicio, de los fundamentos del recurso y manifiesten si consideran necesaria la celebración de vista (art. 485).

*2.3. Decisión*

2.3.1. Vista eventual

Transcurrido el plazo para oponerse (háyanse presentado o no los escritos de oposición), la Sala señalara, mediante providencia, dentro de los treinta días siguientes, día y hora para la celebración de "vista", que ha de acordarse potestativamente, cuando el Tribunal lo considere necesario "para la mejor impartición de justicia", u obligatoriamente, si lo solicitan todas las partes.

La "vista" comenzará con el informe de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida. Si fueran varias las partes recurrentes se estará al orden de interposición de los recursos, y siendo varias las partes recurridas, al orden de las comparecencias.

2.3.2. Sentencia

2.3.2.1. Plazo para dictarla.

La Sala dictará sentencia sobre el recurso de casación dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista o al señalado para la votación y fallo.

2.3.2.2. Contenido de la sentencia (art. 487).





2.3.2.2.1. Recursos previstos en los nº 1º y 2º del apartado 2 del artículo 477. Dice la norma que la sentencia que se dicta en estos recursos (o sea los que tengan por objeto la tutela judicial civil de derechos fundamentales (excepto los que reconoce el art. 24 de la CE) o aquellos cuyo objeto tengan una cuantía que exceda de 150.000 euros, "confirmará o casará en todo o en parte la sentencia recurrida". En puridad la terminología que se emplea no es muy ortodoxa, puesto que la sentencia que declara no haber lugar al recurso, o, en otras palabras, la desestima, en realidad, no confirma, de manera expresa, la sentencia recurrida, sino que hace que ésta cobre toda su firmeza, como sentencia de instancia definitiva y firme, al desaparecer la condición a que se hallaba sometida. En el supuesto de "haber lugar al recurso", la sentencia impugnada se casa o anula. De nuevo, la falta de técnica legislativa deja en el aire el verdadero sentido de los pronunciamientos de la sentencia puesto que, en principio, "casar" la sentencia impugnada no significa mas que eso, de manera, que no se explica el mecanismo de sustitución de la sentencia de instancia anulada, por otra nueva, que resuelva el asunto conforme a las infracciones detectadas y declaradas por el recurso. Ante tal omisión tampoco la "exposición de motivos", contribuye a aclarar si estamos en presencia de un sistema de recurso con solución de reenvio, al estilo puro del recurso, o ante un sistema mixto que otorga facultades al órgano de casación para resolver en la instancia. No sirven al efecto las alusiones de la dicha "exposición" a la "anulación de la sentencia recurrida con reenvío a la instancia y a la vez, subsidiariamente, la sustitución de la sentencia de instancia por no ser conforme al Derecho sustantivo", pues se refiere a un sistema casacional que proclama periclitado.

Personalmente nos inclinamos, por la segunda idea, en virtud, de los principios que, en referido orden, inspiran nuestra tradición y en fuerza de los criterios analógicos que se desprenderían del apartado 3 del artículo 487 y regla 7ª del apartado 1 de la disposición "decimosexta". En cualquier caso, estas cuestiones de tanta trascendencia deben regularse con una claridad, que desde luego, no nace de la norma.

2.3.2.2.2. Recurso previsto en el nº 3º del apartado 2 del art. 477 ("interés casacional"). El precepto, en estos casos, también de inteligencia oscura, no impone expresamente que se mantenga o se case la sentencia, aunque no parece posible eludir una solución estimatoria o desestimatoria del recurso (prohibición del "non liquet"). Por tanto, en principio, ofrece vi-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sos de "brindis al sol", la referencia a que se declare lo que corresponda, según los términos, en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial, salvo que se quiera elípticamente expresar que el TS no está sujeto a su propia jurisprudencia (y por ello, razonadamente puede apartarse del criterio seguido hasta entonces) o bien, que las tesis contradictorias de las sentencias de las Audiencias al no vincular al Tribunal, no impiden una "tercera solución" no contemplada por la sentencia recurrida, ni por aquellas que se afirman contradictorias.

2.3.2.2.3. Respecto a las sentencias distintas de la impugnada que se hubieren invocado: Aunque conforme a una recta hermenéutica que tenga presente el elemento sistemático exigible en esta tarea, la norma que constituye el último párrafo del apartado 3 del art. 487, sobra, en verdad, debido a la eficacia de los recursos sólo "interpartes", se quiere salvaguardar a las sentencias que se hayan citado como fundamentos de los recursos, de cualquier sombra de alteración posible, en virtud de que los pronunciamientos del recurso sirven exclusivamente para la sentencia recurrida. Por ello, la norma determina que "los pronunciamientos de la sentencia que se dicte en casación en ningún caso, afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado".

## IV. El recurso extraordinario por infracción procesal (autónomo)

### *A) Concepto*

El recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo fundamento originario es común al del recurso de casación, cabe con autonomía, respecto de este último, sólo contra determinadas sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias, seleccionadas de entre las que son recurribles en casación (art. 1º y 2º del art. 477), por incurrir en cualquiera de los graves vicios procesales que motivan el mismo, para obtener una sentencia que, si es desestimatoria, declarará no haber lugar al recurso y, si es estimatoria, casará y anulará la impugnada, de modo que, cuando se trate de conocimiento erróneo, por el órgano "a quo" dejará a salvo el derecho de las partes a ejercitar su pretensión ante quien corresponda y, cuando se trate de negativa a conocer mandará la iniciación o prosecución del conocimiento





del asunto al órgano concernido; o bien, en los supuestos de infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia (o vulneraciones del art. 24 de la CE que sólo afectare a la sentencia), declarando no haber lugar al mismo y dictando nueva sentencia sobre el asunto, si es estimado; o bien, en los demás casos reponiendo las actuaciones al "estado y momento" en que se hubiere producido la infracción o vulneración (DF 16, 7º).

En efecto, ha sido inseparable, hasta ahora, la historia de los recursos de casación por quebrantamiento de las formalidades esenciales (vicio "in procedendo"), de la de los recursos de casación (vicios "in iudicando"), por infracción de ley o jurisprudencia, o, como se decía, con anterioridad a la última reforma de la LEC antigua, "doctrina legal" (formula que sirvió de modelo para designar como "doctrina constitucional" a la jurisprudencia del TC). Esta historia responde a un fundamento común: la elaboración de criterios uniformes interpretativos para la aplicación igualitaria de las leyes procesales y de las leyes materiales.

Al presente, el recurso extraordinario por infracción procesal es ancillar respecto del de casación, pues se tiene que tramitar conjuntamente con este, salvo cuando proceda con carácter autónomo. Esta posibilidad sólo cabe, frente a sentencias determinadas, ya sea por razón de la cuantía del asunto (cuando esta exceda de 150.000 euros), ya sea por razón de la materia (si la sentencia se dictara para la tutela civil de derechos fundamentales, exceptuados los que reconoce el art. 24 de la CE). La paradoja, en este último supuesto, resulta evidente, si se comprueba que la limitación que exige la excepción del art. 24 CE, no entraña, imposibilidad de alegar, como motivo del recurso, la infracción procesal consistente en la vulneración de dicho art. 24 CE (art. 469).

La sentencia, que ponga fin al recurso, tiene distinto contenido, por razón de los motivos casacionales que se aduzcan, y, en función, de los que hayan o no prosperado. De no prosperar ningún motivo no procede más que la desestimación del recurso. En los casos de estimación, o bien, se deja a salvo el derecho de las partes "a ejercitar las pretensiones ante quienes correspondiere" (estimación del motivo 1º del art. 469), con las matizaciones que establece el inciso final del párrafo tercero del apartado 2 del art. 476, o bien (estimación de los motivos previstos en los n.º 3º o 4º, con los matices en este último supuesto que se derivan de lo dispuesto en la regla 7º de la disposición decimosexta, inciso final) se ordena la reposición de las actuaciones al momento en que se produjo la infracción, o bien, (estimación del



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

motivo 3º o del motivo 4º si la infracción del art. 24 afecta sólo a la sentencia) deberá dictarse nueva sentencia que sustituya a la viciada.

*B) Competencia funcional*

Según ya se ha apuntado, el recurso por infracción procesal fue proyectado para atribuir el conocimiento del mismo a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Fracasada legislativamente la idea proyectada, la "chapucera" disposición final decimosexta, aún sin la determinación necesaria para configurar un sistema casacional moderno que, obviamente no pasaba por la "mutilación" del recurso de casación, ha vuelto al tradicional y aceptable criterio de respetar —por falta del "quorum" parlamentario necesario— las funciones de la Sala I del TS atribuyendo, siquiera sea en la mentalidad del legislador, en ese momento, de manera transitoria o mejor "interina", el conocimiento de los recursos extraordinarios, incluido el de infracción procesal al Alto Tribunal (Sala I).

Como ya ocurría con el régimen, orgánico y procesal, anterior, se respeta el ámbito propio de los Tribunales Superiores de Justicia, en orden al conocimiento de los recursos de casación, que se produzcan por inobservancia de Derecho foral o Derecho especial. Empero, se añade, como nueva atribución (a mi juicio contraria a la LOPJ y que, por ello, no debería haberse aprobado) la extensión, en estos casos, del conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal a referidos Tribunales, lo que en puridad, plantea graves dudas de inconstitucionalidad dado que se priva al TS del ejercicio de su función nomofiláctica y uniformadora de la interpretación judicial en una materia que corresponde, exclusivamente, al Derecho común, ya que no hay legislación procesal foral, puesto que la legislación procesal viene concebida constitucionalmente como "competencia" (en el ámbito legislativo) exclusiva del Estado.

La norma que resulta, por ahora, aplicable, con las suspicacias reseñadas, es la establecida por la regla primera de la disposición final 16ª: 1ª "Será competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley".





*C) Motivos*

Los "motivos" o causas de impugnación se establecen en el art. 469, inspirados en los tres primeros ordinales del antiguo y derogado art. 1692 de la LEC precedente, a excepción del 4º, previsto, con carácter, más general, por el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los ordinales 1º, 2º, 3º consisten en errores procesales, anteriores a la sentencia o producidos en la misma. Al primer grupo corresponden los contemplados en los ordinales 1º y 3º y al segundo, corresponden el ordinal 2º. El ordinal 4º, se refiere a infracciones que pueden cometerse tanto en el tracto procesal como en la sentencia.

En efecto el recurso por infracción procesal podrá fundarse en los siguientes motivos:

1º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

2º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

3º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

4º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836).

Desde la perspectiva de las funciones que asume el TS, al decidir, debe distinguirse:

*1. Errores anteriores a la sentencia. (A título enumerativo)*

*1.1. Relativos a la determinación del órgano jurisdiccional*

La elección del órgano ante el que deba promoverse el ejercicio de la actividad jurisdiccional exige una previa selección de la jurisdicción idónea (nacional o extranjera) y dentro de la jurisdicción nacional, una fijación del orden jurisdiccional competente para conocer del asunto, y de la atribución del asunto según su naturaleza y cuantía (competencia objetiva) a una clase de Tribunal y con respecto a los fueros territoriales ya sean dispositivos o imperativos (competencia territorial) la fijación de un Tribunal concreto de la clase objetivamente competente. En conexión con la atribuida competencia objetiva y territorial, la competencia funcional expresa el órgano que conoce de los recursos devolutivos o de las incidencias y ejecución del asunto



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

principal. El ordinal 1º citado previene con la sanción de nulidad, a la sentencia recurrida que infrinja las "normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional".

Así, pues, denunciadas en forma por los litigantes, mediante la oportuna declinatoria, los defectos que haya en la jurisdicción (que no sea la española) o, en el orden jurisdiccional concernido (que no sea el civil, o pertenezca al conocimiento de árbitros) o en la competencia objetiva (que no sea objetivamente competente el órgano judicial que detente el conocimiento del asunto), cabe la invocación del motivo, que se examina, como causa casacional. A dichos conceptos se equipara la competencia territorial imperativa, pues aunque no esté enunciada, expresamente, en otro lugar de la LEC se asimila con la competencia objetiva (art. 59).

La defectuosa competencia funcional, si no es apreciada de oficio, podrá denunciarse por medio de los recursos y protestas oportunas y, en su caso, de no ser corregida, permitirá, asimismo, su alegación como infracción procesal al amparo del ordinal 1º que se examina.

### *1.2. Relativos a la idoneidad del órgano jurisdiccional*

1.2.1. El error en la aplicación de las reglas de reparto, posible cuando haya mas de un juzgado de primera instancia en el partido, puede servir de base a la impugnación de la decisión errónea y objeto de recurso. La nulidad que se produce, puede hacerse valer en determinadas condiciones por vía de recurso extraordinario, conforme dispone, en este caso, a falta de prevención especifica, el ordinal 3º del art. 468 ("infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinase la nulidad conforme a ley o hubiera podido producir indefensión").

1.2.2. La decisión errónea, en supuestos de recusación de jueces, determina, en su caso, la nulidad de las sentencias (art. 113). Por ello cabe encuadrarla, como supuesto concreto, dentro del marco del ordinal 3º. Lo mismo ocurre, si el órgano jurisdiccional colegiado no se constituyó con el número de magistrados requerido para la validez de las decisiones o no se siguieran las reglas establecidas orgánicamente para la elaboración de la sentencia.





### *1.3. Relativos a la observancia de las normas legales, que regulan la producción de los actos, durante el "iter" procesal*

Los supuestos posibles se encuadran dentro del nº 3º del art. 469, como otros de los señalados, respecto del órgano jurisdiccional. El "motivo" otorga fuerza casacional a estas infracciones en dos casos alternativos: 1) cuando la infracción sea determinante de la nulidad, conforme a la ley (declaración, se entiende que ha de ser "expresa"); 2) cuando la infracción haya podido producir indefensión (concepto jurídico indeterminado cuya concurrencia debe valorarse tomando en consideración las circunstancias del caso). A título ejemplar:

1.3.1. Resoluciones erróneas no consentidas sobre cuestiones procesales en la "audiencia previa al juicio"). Entre éstas, las referidas a litisconsorcio, litispendencia y cosa juzgada.

1.3.2. Ampliación ilegal del objeto del procedimiento, sea por acumulación indebida de acciones o por acumulación, no autorizada de procesos, sin haber mediado en su caso, subsanación.

1.3.3. Violación de los principios de inmediación y publicidad, con referencia a los actos adoptados sin la observancia de cualquiera de ellos.

1.3.4. Incumplimiento de los requisitos necesarios para la validez de los actos procesales y, en particular de los actos de comunicación (emplazamientos y citaciones) en cuanto no subsanados y causantes de indefensión.

1.3.5. Errores referentes a la prueba, v.g. sobre la admisión extemporánea de documentos, admisión de pruebas ilícitas, denegación indebida de prueba, práctica viciosa de las mismas, errónea valoración de las pruebas legales (documentos públicos y privados) o errónea valoración de las presunciones y, errónea aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*2. Errores producidos en la sentencia*

Son aquellos que se producen en la misma sentencia, como vicios internos, que se manifiestan en su elaboración y que aparecen regulados en el ordinal 2º del art. 469 ("infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia").

A su amparo pueden denunciarse la falta de claridad y separación de las pronunciamiento del fallo que tengan relevancia, la falta de congruencia de la sentencia, falta de liquidez de la condena pecuniaria si se hubiera pedido la condena liquida, infracción del deber de invariabilidad de la sentencia y excesos inadmisibles en cuanto a aclaraciones y rectificaciones y, en general, cuantas infracciones invaliden la sentencia teniendo en cuenta las normas procesales y orgánicas que la regulen como la falta de motivación o la motivación insuficiente.

*3. Errores sobre la vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE*

La amplitud de la norma y su proyección a todo el proceso permite configurarlo como causa autónoma que puede incidir antes de la sentencia y en la sentencia.

Por eso la disposición adicional decimosexta reserva para este motivo, cuando afecte directamente a la sentencia, un tratamiento similar al del caso precedente. Por lo demás, ténganse presentes las consideraciones que formulamos en el apartado VI, a propósito de la denuncia casacional de precepto constitucional.

*D) Denuncia previa en la instancia*

Siguiendo el precedente del art. 1693 de la LEC antigua, el primer apartado 2 del art. 469 exige que se hayan agotado en el cauce jurisdiccional las posibilidades procesales de haber reclamado o corregido el error cometido. Por ello establece: "Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable,





deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas".

*E) El procedimiento*

*1. Fase procesal ante el órgano "a quo" (Salas de Justicia de las Audiencias Provinciales)*

*1.1. Preparación*

1.1.1. Escrito de preparación (art. 470)

El escrito de preparación que se presenta ante el Tribunal que hubiere dictado la sentencia, deberá expresar el motivo o motivos que concretan la infracción o infracciones procesales y la alegación junto al carácter recurrible de la sentencia, de haber procedido, a la previa denuncia en la instancia o con reproducción en su caso, en la segunda instancia (de haber sido posible) y haber pedido la oportuna subsanación, si la falta o defecto fueran subsanables. El plazo para la presentación del escrito es de cinco días siguientes a la notificación de la sentencia.

1.1.2. Resolución sobre la preparación

1.1.2.1. Resolución de tenerlo por preparado. Constatada la recurribilidad de la sentencia (que necesariamente tiene que ser sentencia de las determinadas en los nº 1º y 2º del art. 477), la fijación del motivo o motivos del recurso, y que se ha procedido conforme a lo prevenido en el apartado 2º del art. 469, la Sala tendrá por preparado el recurso. La parte recurrida no podrá ante esta decisión interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a la admisión del recurso extraordinario al comparecer ante la Sala I del Tribunal Supremo.

1.1.2.2. Resolución denegatoria. En otro caso, si el escrito de preparación incumpliera los requisitos que se han expresado antes, el Tribunal mediante auto denegará el recurso extraordinario. Contra el auto podrá interponerse recurso de queja.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*1.2. Interposición*

1.2.1. Plazo de interposición. El escrito de interposición habrá de presentarse ante el Tribunal que hubiere dictado la sentencia recurrida, en el plazo de los veinte días siguientes a aquel que se tenga por preparado el recurso.

1.2.2. Contenido del escrito. En el escrito se expondrá, "razonadamente la infracción o vulneración cometida, expresando, en su caso, de que manera influyen en el resultado del proceso.

Eventualmente, en el escrito se podrá solicitar la celebración de *vista* y pedirse la practica de alguna *prueba* que se considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida.

1.2.3. Efectos de la no presentación. Finalizado el plazo para interponer el recurso sin haber presentado el escrito de interposición del recurso se declarará *desierto* y se condenará al recurrente en las costas que hubiere podido causar.

*1.3. Remisión de los autos*

Presentado el escrito de interposición, la Audiencia deberá, dentro de los cinco días siguientes, remitir todos los autos originales a la Sala I del TS.

*2. Fase procesal ante el órgano "ad quem" (Sala I del TS)*

*2.1. Admisión o inadmisión*

2.1.1. Instrucción del magistrado ponente: recibidas las actuaciones se pasan al magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 473).

2.1.2. Causas de inadmisión. El recurso extraordinario por infracción procesal se inadmitira en los siguientes casos: 1º Si, no obstante, haberse tenido por preparado el recurso, se apreciare, en este trámite, la falta de los requisitos establecidos en los arts. 467, y 469; 2º Si el recurso careciera, manifiestamente, de fundamento.

2.1.3. Resolución de inadmisión. Si la Sala entendiere que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida. Si la causa de inadmisión no afectara más que a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante auto la admisión del recurso respecto de las demás que el recurso denuncie.





2.1.4. Resolución de admisión. Si no concurren las causas de inadmisión o algunas, la Sala admitirá (total o parcialmente) el recurso extraordinario por infracción procesal. Contra el auto que acuerde la admisión no se dará recurso alguno.

*2.2. Oposición al recurso*

"Admitido, total o parcialmente, el recurso extraordinario por infracción procesal, se entregará copia del escrito de interposición a la parte o partes recurridas y personadas para que formalicen por escrito su oposición en el plazo de veinte días. Durante dicho plazo estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

En el escrito de oposición se podrán alegar también las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el tribunal, solicitar las pruebas que se estimen imprescindibles y pedir la celebración de vista".

*2.3. Prueba*

Las pruebas, dadas las condiciones que la permiten (art. 471, párrafo 2º) y la facilidad de acreditamiento de las posibles infracciones que se desprende de las propias actuaciones, tendrá, sin duda, carácter excepcional. Pero una vez pedida su admisión, determina necesariamente que se celebre vista, para su práctica, conforme al contenido del último párrafo del art. 475. La práctica de la prueba se regirá por lo dispuesto en la LEC para la vista de los juicios verbales (art. 475.3).

*2.4. Votación y fallo o vista*

2.4.1. Plazo para su fijación

"Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo anterior, se hayan presentado o no los escritos de oposición, la Sala señalará, mediante providencia, dentro de los treinta días siguientes, día y hora para la celebración de vista o, en su caso, para la votación y fallo del recurso extraordinario por infracción procesal".



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2.4.2. Vista eventual o necesaria

"Si se hubiere pedido y admitido la práctica de alguna prueba o si la Sala, de oficio o a instancia de parte, lo considerare oportuno para la mejor impartición de la justicia, en el recurso extraordinario, se acordará que se celebre vista, que comenzará con el informe de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida. Si fueren varias las partes recurrentes, se estará al orden de interposición de los recursos, y siendo varias las partes recurridas, al orden de las comparecencias".

*2.5. Decisión*

2.5.1. Plazo para dictar sentencia

"La Sala dictará sentencia dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista, o al señalado para la votación y fallo".

2.5.2. Orden de resolución, según los "motivos"

"Si el recurso se hubiese fundado en la infracción de las normas sobre jurisdicción o competencia objetiva o funcional, se examinará y decidirá sobre este motivo en primer lugar".

2.5.3. Contenido

2.5.3.1. Contenido de las sentencias sobre el motivo primero:

2.5.3.1.1. Supuesto de sentencia que aprecia la falta de jurisdicción o de competencia objetiva:

La estimación del recurso se traduce en la casación de la sentencia recurrida quedando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda.

2.5.3.1.2. Supuesto de la sentencia que estima el recurso por considerar que la sentencia recurrida ha apreciado indebidamente la falta de jurisdicción o de competencia: Deberá ordenarse al Tribunal equivocado que inicie o prosiga el proceso. Si la falta de jurisdicción se hubiera estimado erróneamente una vez contestada la demanda y practicadas las pruebas, se ordena al Tribunal que resuelva sobre el fondo del asunto.





2.5.3.2. Supuesto de la sentencia que estima casos del motivo 2º (art. 469).

Es de aplicación la regla 7º.1 de la DF 16ª en relación con lo dispuesto en el apartado 2 de dicha regla e inaplicación parcial del art. 476: Deberá dictarse por el órgano "ad quem" nueva sentencia, teniendo en cuenta en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alega y estima padecida una vulneración del art. 24 de la CE que sólo afecta a la sentencia.

2.5.3.3. En los demás supuestos que contempla el art. 469 (y hecha la salvedad precedente para determinados casos de recursos fundados en la vulneración del art. 24 de la CE), la Sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la infracción o vulneración.

2.5.3.4. Si la Sala no considerare procedente ninguno de los motivos alegados, desestimará el recurso y se devolverán las actuaciones al tribunal del que procedan.

2.5.4. Irrecurribilidad de la sentencia

Contra la sentencia que resuelva el recurso extraordinario por infracción procesal no cabrá recurso alguno.

## V. Los recursos conjuntos de casación e infracción procesal

*A) Reglas generales*

Frente a la prohibición establecida por el texto legal, inaplicable, por mor de lo ya explicado en otro punto, y relegada, en consecuencia, la "opción" irreversible impuesta por la abortada norma, la disposición decimosexta autoriza a la parte agraviada a recurrir las sentencias dictadas en segunda instancia, por las Audiencias, conjuntamente por infracción procesal y en casación.

Cuando tal se pretenda, el litigante "habrá de preparar e interponer ambos recursos en un mismo escrito. A la preparación e interposición de dichos recursos y a la remisión de los autos, no serán de aplicación los plazos establecidos en los artículos 479, 481 y 482, respectivamente" (regla 3ª).



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Siempre que se preparen contra una misma resolución ambos recursos la tramitación se hará en un único procedimiento. Cuando se trate de recursos presentados por distintos litigantes se procederá a su acumulación (regla n.º 4).

La parte agraviada por la sentencia que haya de ser impugnada, tanto por la concurrencia de vicios "in procedendo" como de vicios "in iudicando", y dispuesta al planteamiento de los dos recursos, deberá ponderar, según el tipo de sentencia recurrible, el distinto tratamiento procesal que resulta de la observancia de la regla 5ª de la disposición final decimosexta (su hermenéutica no es fácil): en cualquier caso, es condición imprescindible para la válida formulación conjunta de ambos recursos que la resolución a impugnar sea "susceptible del recurso de casación", con dos variantes que se examinan seguidamente.

### *B) Recurso por infracción procesal conjunto con recurso de casación contra sentencia de los casos 1º y 2º, del art. 447*

La constatación del presupuesto procesal de recurribilidad, esto es, la comprobación de si, efectivamente, la sentencia es de las incluidas en los casos epigrafiados, se erige en causa inexcusable de la admisión del recurso por infracción procesal. Dadas las secuencias del "iter procesal", determinantes de la dicha comprobación preliminar, ésta debe superar dos momentos, uno al dictarse por el órgano "a quo", la providencia teniendo por preparado el recuso (sin perjuicio de que la parte recurrida se oponga a la admisión del recurso al comparecer ante el tribunal de casación (art. 480 de la LEC); otro, al decidirse sobre la admisión del recurso, ante el órgano "ad quem". Empero en este segundo momento sólo afecta al recurso por infracción de ley, la inadmisión que pudiera acordarse por incidir el recurso de casación en la causa de inadmisión prevista en el n.º 1 del art. 483, de la LEC, es decir, "si pese ha haberse tenido por preparado el recurso (de casación) este fuere improcedente por no ser recurrible la sentencia", de manera que, exclusivamente, en este caso, deberá acordarse también la "inadmisión del recurso por infracción procesal". O, en otras palabras, la inadmisión del recurso de casación por otras causas que no afecten a la recurribilidad, en abstracto, de la sentencia, objeto del frustrado recurso de casación no determinará la inadmisión, por esta causa, del recurso por infracción procesal.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



### *C) Recursos por infracción procesal conjunto con recurso de casación contra sentencia incursa en el caso 3º, del art. 477*

Si, en los supuestos precedentes, la admisión del recurso por infracción procesal, sólo está condicionada por la recurribilidad casacional de la sentencia impugnada, cuando el recurso de casación se dirige contra sentencia que, presente "interés casacional", la admisión del recurso por infracción procesal, no sólo depende de la recurribilidad, en abstracto, de la sentencia impugnada, sino de la concreta admisión del recurso de casación entablado conjuntamente, de manera, que necesariamente su admisión está absolutamente condicionada por la admisión, acordada por la Sala de casación de este último recurso, o dicho de otro modo, la inadmisión por cualquier causa del recurso de casación, acarrea automáticamente la inadmisión del recurso por infracción procesal. Dispone, en efecto, el segundo párrafo de la regla 5ª de la disposición final decimosexta, que "cuando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3º del apartado segundo del artículo 477, la Sala resolverá si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación, y si acordare la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámites, el recurso por infracción procesal. Sólo en el caso de que el recurso de casación resultara admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal".

## VI. DENUNCIA CASACIONAL DE LA INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL

### *A) Ideas generales*

El artículo 5º. 4 de la LOPJ permite que en todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al TS, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.

En su recto sentido, la norma no autoriza una aplicación directa de los preceptos constitucionales por encima o al margen de las normas legales, ni siquiera cuando una Ley sea abiertamente inconstitucional, pues en estos casos el órgano jurisdiccional concernido ha de plantear la cuestión de

inconstitucionalidad ante el TC con arreglo a lo dispuesto en su Ley orgánica. La invocación del precepto constitucional obliga, eso sí, a que se reflexione expresamente sobre si las normas legales de aplicación se han interpretado de manera contraria a la Constitución para, en su caso, casar, la que sea contraria a la Constitución. De aquí, que la alusión genérica y abstracta a preceptos constitucionales, sin relación concreta con norma alguna infringida, según es corruptela frecuente (*v. gr.*, la incorporación como "cajón de sastre" del art. 24 de la CE), mediante razonamiento que desconecte el hecho de la legalidad ordinaria, carece de virtualidad a efectos casacionales.

*B) Criterios jurisprudenciales*

*1) Consideración general*

La previsión del recurso de casación contenida en dicha Ley Orgánica hace surgir la duda acerca de si dicho precepto constituía una vía de recurso alternativa a la establecida en el art. 477.2 LEC 2000, y si por ese cauce era posible denunciar en casación la infracción de preceptos constitucionales relativos a garantías de carácter procesal. La necesidad de armonizar el sistema de recursos establecido por el legislador con las previsiones de la Ley Orgánica se ha llevado a cabo a partir de un detallado análisis de los precedentes legislativos para deducir cuál era su finalidad y en dónde se encontraba el fundamento de su carácter orgánico; de este modo se pudo concluir que constituyendo el art. 5.4 de la LOPJ una norma encaminada a determinar la competencia del Tribunal Supremo para los recursos de casación que se fundasen en la infracción de preceptos constitucionales, su articulación habría de sujetarse a la concurrencia de los presupuestos establecidos por el legislador para la casación con carácter general, así como a la delimitación del ámbito material del recurso. Así, se ha concretado:

*2) Criterios específicos*

*a)* No supone un diferente régimen de resoluciones recurribles en casación (que excluye siempre los Autos).

La norma sobre competencia funcional contenida en el art. 5.4 de la





LOPJ en absoluto significa que pueda prescindir la recurrente de la exigencia contenida en el art. 477.1 de la LEC 2000, es decir, que el recurso de casación deberá fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, lo que no puede decirse de los preceptos de la Constitución que se puedan mencionar al amparo del art. 5.4 LOPJ, por lo que la cita de precepto constitucional no siempre servirá, sin más, para tener válidamente cumplimentado el requisito exigido en los apartados 3 y 4 del art. 479 de la LEC 2000, de expresión de la infracción legal que se considere cometida. Así se ha reflejado, entre otros, en Autos de 6-11-2001, recurso 890/2001, y 13-11-2001, recurso 1918/2001.

*b)* No cabe acceso al recurso por infracción procesal, al margen de la regla 2ª, Disp. final 16ª.-1 LEC, por citar como infringido el art. 24 CE.

El Auto de 4-12-2001, recurso 2271/2001, rechaza el que se invoque como infringido un precepto constitucional. Al escindir la Ley de Enjuiciamiento Civil la casación en dos recursos es evidente que se mantiene la competencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo para el conocimiento de ambos recursos cuando se denuncia vulneraciones de aquella naturaleza, si bien corresponderán ahora al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal las impugnaciones basadas en quebrantamientos de normas constitucionales de carácter procesal, cual sucede con el art. 24 CE, mientras que las infracciones de preceptos constitucionales sustantivos deberán hacerse valer a través del recurso de casación. En este sentido, en el caso examinado se declaró que fue correcto el tipo de recurso escogido por la parte litigante, toda vez que al referirse a cuestiones procesales e incardinar algunas de ellas en el art. 24 CE utilizó el recurso extraordinario por infracción procesal, pero lo que no puede admitirse es que el régimen de recurribilidad sea otro que el provisionalmente regulado en la reiterada Disposición final de decimosexta LEC 2000, pues el art. 5.4 LOPJ en modo alguno establece un sistema de recursos diferente al que la ley de enjuiciamiento regule en cada momento, ni tampoco un catálogo distinto de resoluciones recurribles.

*c)* El precepto constitucional puede invocarse como norma infringida, aunque el proceso no tenga por objeto la tutela de derechos fundamentales y proceda el cauce de los números 2º o 3º del art. 477.2 LEC.

El Auto de 27-11-2001, recurso 1868/2001, establece que sí cabe fundamentar el recurso de casación en la infracción de precepto constitucional. Es más, el propio art. 5.4 LOPJ, que mantiene su vigencia, prevé que el re-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

curso de casación se base en la vulneración de preceptos constitucionales, de ahí que se concibiera esa norma orgánica, como una atribución competencial al Tribunal Supremo, con el fin entre otras cosas, de potenciar el amparo judicial. Así, constando que la sentencia era recurrible en atención a la cuantía, por exceder de veinticinco millones, se entendió la mención al art. 33.3 CE como una infracción legal más anunciada en el trámite preparatorio, puesto que el precepto se invocó como norma vulnerada y no como vía específica de acceso al recurso.

*d)* No cabe citar como infringida norma constitucional para eludir la exigencia de concreción de la infracción legal y de la propia acreditación del interés casacional, cuando existe desarrollo legislativo.

Finalmente, y en estrecha relación con la problemática tratada en el apartado precedente, procede hacer una breve consideración sobre la cita de preceptos de la Constitución al amparo del art. 5.4 de la LOPJ para eludir la exigencia de concreción de la infracción legal y de la propia acreditación del interés casacional, cuando existe desarrollo legislativo, pronunciándose al respecto el *Auto de 27-11-2001, recurso 1947/2001,* en relación con un supuesto en que se citaba como infringido el art. 33 CE, en los siguientes términos: "Si bien la posibilidad legal de declarar la rescisión de contratos traslativos del dominio puede afectar, sin duda, al derecho de propiedad, y éste posee, ciertamente, una vertiente constitucional al estar expresamente reconocido en nuestra Ley fundamental, no cabe utilizar la cita de preceptos constitucionales para eludir las exigencias de concreción de la infracción legal cometida, ahora expresadas en los arts. 477.1 y 479 LEC 2000, y, en su caso, de la justificación de la concurrencia del " interés casacional", de que trata el art. 477.2.3º y 3, en relación con el art. 479.4, ambos de la citada Ley procesal, cuando existe un desarrollo legislativo delimitador del contenido y los efectos de aquel derecho, al que precisamente alude el propio precepto constitucional citado en su párrafo segundo, sino que, por el contrario, debe especificarse cuál de los preceptos legales que delimitan o inciden en el derecho de dominio o qué concreta doctrina jurisprudencial han sido vulnerados por la sentencia recurrida", doctrina reiterada por medio del posterior Auto de 11-12-2001, recurso 2030/2001.

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Procesal



# LA TÉCNICA DE LAS PRUEBAS ORALES COMO PRESUPUESTO DE EFICACIA DEL JUICIO ACUSATORIO*

JOAN VERGER GRAU
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. — I. LA INICIATIVA PROBATORIA EN EL SISTEMA ACUSATORIO. — II. TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA. 1. Concepto de prueba procesal. 2. Períodos y fases. 2.1. Período de conversión. 2.2. Período de comparación. — III. LA DEPURACIÓN DE LOS MEDIOS PERSONALES Y LA TÉCNICA PROBATORIA. 3.1. La credibilidad como objetivo. 3.2. El interrogatorio como medio (en las pruebas personales). — IV. ADMISIBILIDAD Y PERTINENCIA. 4.1. Inadmisibilidad por razones extrínsecas: *A)* La prueba ilícita (11.1 LOPJ). *B)* La obligación de guardar secreto. *C)* La declaración del imputado o coimputado como "testigo". 4.2. Inadmisibilidad por razones intrínsecas: *A)* Prueba inútil o impertinente. *B)* El testigo de referencia: *a)* Antecedentes históricos; *b)* Contenido y ámbito de la prohibición; *c)* El fundamento de la prohibición; *d)* Derecho positivo; *e)* Excepciones admitidas. *C)* El testimonio

(*) Este trabajo, base de la ponencia presentada en el III Congreso de Derecho Procesal de Galicia sobre *Las reformas orgánica y procesal penal: la Justicia del Siglo XXI*, celebrado en la Universidad de La Coruña los días 20, 21 y 22 de noviembre de 2002, es fruto de la investigación realizada en el proyecto nª PGIDT99PXI20202A financiado por la *Consellería de Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia* y dirigido por el autor de este artículo con el equipo formado por los Profesores Laura Carballo Piñeiro, Santiago Nogueira Gandásegui y Luciano Varela Castro.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de referencia escrito o grabado: *a)* la anterior declaración del testigo: *b)* La anterior confesión; *c)* resumen de la doctrina española sobre el testimonio de referencia. — V. LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL Y OTRAS PRUEBAS PERSONALES: EL INTERROGATORIO CRUZADO. 5.1. Los fundamentos psicológicos de esta técnica. *A)* Elementos a valorar en los declarantes. *B)* Interés del proponente. *C)* El que interroga nunca es neutral. *D)* Es mejor confiar en que interroguen los interesados. 5.2. Técnica del interrogatorio. *A)* Examen directo. *B)* Interrogatorio cruzado o *cross examination*. *C)* Posible nuevo examen directo. *D)* Llamada final a algún testigo que ya declaró. *E)* Examen de testigos por iniciativa del tribunal y nuevas pruebas. 5.3. La mayor eficacia de la dialéctica probatoria (la argumentación). 5.4. Las malas interpretaciones.

## I. LA INICIATIVA PROBATORIA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

La proposición, práctica y depuración de las pruebas del sistema procesal que diseñó ALONSO MARTÍNEZ en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 no alcanzaron, a pesar de su indudable empeño, los requerimientos del juicio acusatorio puro[1]. Uno de los principales motivos del escoramiento del tribunal hacia la averiguación de los hechos fue el criterio de valoración de las pruebas que se le impuso: su íntima convicción; más aun, su *conciencia* (741). Como decía AGUILERA DE PAZ al comentar este precepto, *esta potestad para la estimación del valor y la eficacia de las pruebas es, en efecto, tan amplia que, contra la apreciación hecha por el tribunal sentenciador con arreglo a su conciencia y con la libertad de criterio indicada (...) no precede ningún recurso de casación, porque no cabe señalar infracción alguna a ninguna disposición legal cuando el legislador ha dejado en absoluto a la conciencia del juzgador la apreciación de las pruebas*[2]. También el Tribunal Supremo abundó en el argumento de que *no cabe señalar ninguna infracción cuando el legislador ha dejado en absoluto a la conciencia del juzgador la apreciación de las pruebas* (SSTS. 27 nov. 1883, 17 ene. 1884, 13 nov. 1920). Dice MONTAÑÉS PARDO que *como consecuencia de esta interpretación del alcance y significado del principio*

1. *Los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los jueces de los antiguos torneos.* Y, antes: *resulta que puede, sin peligro de los intereses públicos y particulares, ceñirse el Tribunal al ejercicio de una sola atribución, la de fallar como Juez imparcial de campo (...).* ALONSO MARTÍNEZ, M.: Exposición de Motivos a la Lecr.

2. AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1924, T.V, p. 557.





*de libre valoración de la prueba, la jurisprudencia consideró, de un lado, que el juzgador tampoco estaba obligado a manifestar las razones que le llevaban a formar su íntima convicción y, de otro, que la declaración de hechos probados, resultado de la valoración en conciencia de las pruebas, se convertía en inatacable y escapaba al control casacional, hasta el punto de afirmar que "el tribunal no puede, ni debe, dar explicaciones del por qué llegó a las conclusiones fácticas de que se trate, sino limitarse a exponer y resaltar lo sucedido (¿?), de modo tan explícito y claro como rotundo y categórico* (STS. 10 feb. 1978)[3]. Ahora bien, existe una cierta incompatibilidad entre la intención del legislador sobre la actitud pasiva del tribunal respecto a los hechos y su prueba y el tenor del artículo 912 de la Ley (en su primera versión) al autorizar el recurso de casación por quebrantamiento de forma (*cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados*), pues es natural que cuanta más conciencia se vierta en la indagación de los hechos (en la fase de fijación) más necesaria es la prueba o, faltando ésta, la "investigación" del propio juzgador de cómo pudieron ocurrir los hechos.

Lo cierto es que si bien nuestra Ley representó un avance y modernización de un valor incalculable (respecto a Las Partidas y a las pruebas legales), la falta total de mecanismos o técnicas de depuración de las pruebas personales no permitía a los magistrados (y menos aun, al jurado) poder utilizar con eficacia las máximas de experiencia sin salir de su papel de *jueces imparciales de campo*; había que acudir al sumario y había que tomar parte en la investigación de las pruebas. La íntima convicción sigue siendo, sin embargo, un criterio válido que utilizan los ordenamientos modernos como pauta para jueces y jurados (la convicción *más allá de la duda razonable*), pero siempre y cuando la técnica probatoria (a cargo de las partes) les facilite la aplicación de las máximas de experiencia que utiliza cualquier ciudadano honrado —y el propio juez— para formar su convicción y poderla justificar y explicar.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional ha tenido que ocuparse muchas veces de esta falta de recursos para depurar y poder explicar la credibilidad de los medios personales de prueba (partes, testigos, peritos, coimputados, etc.). La STS 2ª de 29-1-1988 (RA 506) dice

3. MONTAÑÉS PARDO ÁNGEL: *La presunción de inocencia*, Pamplona, 1999, p. 124.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que *la estimación en conciencia a que se refiere el precepto legal no ha de entenderse o hacerse equivalente al cerrado o inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque en una historificación de los hechos, en adecuado ensamblaje con ese acervo, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores que haya sido posible concentrar en el proceso.* Otras veces la doctrina es más explícita e invocando el art. 717 relativo a las declaraciones de las autoridades, funcionarios y policías, apreciables como las testificales según las reglas del criterio racional, añade que éstas, la testificales en general, han de apreciarse *según las reglas de la sana crítica,* pues *la ley hace referencia mediante estas expresiones al principio de no contradicción, así como a los principios generales de la experiencia* (STS. 2ª de 19-1-88, RA 383). Es más, el criterio objetivo obtenido por las máximas de experiencia ha de prevalecer sobre el de la íntima convicción e incluso se debe absolver en contra de esta misma convicción cuando no puede deducirse la culpabilidad con la aplicación de esas máximas de experiencia. (STS. 2ª de 19.2.1988, RA 1193).[4]

Ahora bien; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el loable propósito de poder obtener esas máximas de experiencia, esas pruebas que las partes no consiguen en el juicio oral, (porque no tienen los mecanismos adecuados) otorga determinadas iniciativas al tribunal que no le *permiten ceñirse a la sola atribución de fallar* (como pretende la Exposición de Motivos), *como un juez imparcial de campo,* sino que se le atribuye también la tarea de *investigar la verdad* en el curso del juicio oral (729.2) mediante la iniciativa probatoria de practicar *diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes* (pero) *que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación* y, además, le entrega el sumario.

Es cierto que, últimamente, algunas sentencias del Tribunal Supremo han extremado el análisis crítico de aquel precepto (quizá forzando un poco su tenor literal) y han reconducido la finalidad de la iniciativa del tribunal al limitado campo que le corresponde en materia probatoria, que es el de *constatar, verificar otras pruebas aportadas por las partes, en cuyo caso se halla la posibilidad conferida en el 729.2º (...) no se dirige a probar su existencia (de los hechos), sino a comprobar (contraste, verificación) si la prueba sobre ellos es o no fiable; es decir, se trataría de lo que puede denominarse "prueba sobre la prueba"* (STS. 2ª. 1 dic. 1993 Nº 2706/93). Otra sentencia de la misma fecha (Nº 2709/93) entiende que la facultad de iniciativa del tribunal del 729.2º está en *contradicción con el principio acusatorio, porque convierte al tribunal en acusador, con agravio para el acusado, perdiendo así su imparcialidad objetiva.* Una tercera sentencia, la de 23 septiembre 1995, insistiendo en la tesis de la comprobación, distingue entre carga de la prueba e impulso probatorio y a éste circunscribe la facultad controvertida del tribunal; se trataría de proponer de oficio sólo diligencias de contraste o comprobación, de si la prueba es *fiable o* no; es decir, no aportaría ni hechos ni pruebas que aportaran hechos, sino instrumentos para su comprobación. Ello nos recuerda vivamente la Teoría General de la Prueba a la que nos referiremos inmediatamente. Ciertamente, en un modelo acusatorio puro, el tribunal puede, desde luego, intervenir en la fase de fijación, pero no en la fase anterior, de traslación de hechos (aunque sea a través de "pruebas"). No puede traer fuentes de prueba de cargo porque corre el riesgo de introducir, de forma sorpresiva, posibles nuevos hechos de los que no podrá defenderse el acusado, de los que nadie le acusó al principio y porque su iniciativa compromete su neutralidad.

Sin embargo, la *búsqueda de la verdad* parece que sigue siendo tarea del juez y en esta misma línea se halla el nuevo Código procesal penal italiano, cuyo artículo 507 autoriza expresamente al Presidente del Tribunal para que si, terminadas las pruebas propuestas por las partes, entiende que resulta *absolutamente necesario,* pueda *disponer de oficio la práctica de nuevos medios de prueba.* El supuesto aludido en el número 2º del art. 729 Lecr., la iniciativa probatoria del tribunal, aun circunscrita a la aportación de elementos de simple depuración de otras pruebas, crearía una situación parecida a la que se plantea con la tesis del 733 y 793. 7 Lecr, pero con menos justificación doctrinal. En tal caso cabría solicitar un aplazamiento (suspensión) del juicio oral para que las partes pudieran contraprobar lo que estas nuevas pruebas trataran de introducir y, además, pudieran obtener los elementos fácticos necesarios sobre la nueva prueba para poder intervenir eficazmente en su "depuración" durante su práctica y demostrar el grado de credibilidad de la fuente. Nos encontraríamos ante una situación parecida a la que contempla el caso de suspensión del nº 6º del 746 (revelaciones (...) inesperadas que producen alteraciones sustanciales ...). Así, la STS de 18

4. Pueden verse esas sentencias y su comentario en VEGAS TORRES, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, p.166.







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

oct. 1990, RA 1876: *(...) pues indefensión tanto vale como desconocimiento de las pretensiones de las demás partes, imposibilidad de objetarlas, rebatirlas o impugnarlas o, finalmente, cuando se trate de cuestiones de hecho,* ***falta de oportunidad de aportar pruebas, bien para contrarrestar las propuestas y practicadas de contrario, bien para acreditar la versión propia***... (FJ 4º) (Vid., también, la STC. 9/1982, de 10 de marzo).

Ahora bien; aportar pruebas de cargo es una labor que, en principio corresponde al investigador, por lo que en un proceso acusatorio puro, no basta que el juez no acuse; es preciso que tampoco investigue los cargos sino, como decía STEIN[5], no podrá valorar "imparcialmente" los resultados de su propia investigación.

Es cierto, por otra parte, que no todos los procesos penales pueden soportar las exigencias de un juicio acusatorio puro. Para empezar, la masificación de la pequeña criminalidad no permite, a menudo, ni siquiera el juicio con jurado en los países tradicionalmente juradistas y además es preciso claudicar con algunas de las garantías, como la de permitir la incorporación en el juicio oral de determinados actos de instrucción, incluso de la propia confesión ante la policía[6]. Pero entendemos que éste no es el camino. Es mucho más adecuado para ese tipo de delitos sustituir el juicio por la *caution* (suspensión de la acción penal bajo condiciones) o intentar la composición sobre la pena antes que abandonar las garantías inherentes al juicio acusatorio[7]. En resumen; no puede renunciarse al modelo acusatorio, a la salvaguarda de las garantías procesales y a una eficaz técnica probatoria que permita aplicar las máximas de experiencia a las afirmaciones instrumentales de los medios, facilitando al tribunal toda la labor de búsqueda e investigación de los hechos y dejándole nada más (y nada menos) que el ejercicio de la jurisdicción; de la *iuris dictio.*

5. STEIN, F.: *El conocimiento privado del juez, trad.* Por A. DE LA OLIVA, 1990, Introducción, p. 4: *la imposibilidad psicológica de enjuiciar imparcialmente la propia testificación...juzgar el valor o la carencia de valor de la propia percepción*, con citas de SCHMIDT. También CARNELUTTI sobre la *contaminatio* entre acción y jurisdicción, en *Derecho procesal civil y penal*, T. II, *Principios del proceso penal*, trad. por SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1971, p. 134; VERGER, J. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994, pp. 22 a 25.

6. Vid. BING, Ingo.: *Criminal procedure and sentencing in Magistrates Court*, London, 1996, 506 pp., p. 109 a 149).

7. Ver la Recomendación 18/1987, de 17 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa y el Código de Directrices para el ejercicio de la acción penal del Reino Unido de 1994, éste en mi trabajo sobre *La acusación pública oficial en Inglaterra*, en "Estudios Jurídicos", Ministerio Fiscal, nº IV-1999, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, pp. 147 a 178.





## II. TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA

### *1. Concepto de prueba procesal*

Para tener una idea clara del papel del tribunal y las partes en el juicio oral acusatorio, vale la pena recordar a grandes rasgos los elementos de la Teoría General de la Prueba según la expuso magistralmente el Prof. SERRA DOMÍNGUEZ[8]. La prueba es una actividad de *comparación entre las afirmaciones de las partes y las afirmaciones instrumentales depuradas (de los medios)*. Antes de esta "comparación" se procede a la práctica de la prueba. Se introducen las *fuentes* (cosas o personas) en el proceso a través de los *medios de prueba* y, en la forma prescrita por la ley, se depuran con determinadas técnicas para obtener *afirmaciones instrumentales depuradas*.

### *2. Períodos y fases*

#### *2.1. Período de conversión*

Primero se entra en el período de conversión que tiene por finalidad, precisamente, la transformación de aquellas afirmaciones de las partes en las instrumentales depuradas de los medios y, en dicho período distinguimos: *a) Fase de traslación*, en la que con los medios de prueba se trasladan las fuentes de prueba al proceso y se examinan, y *b) Fase de fijación*, en la que se utilizan diversas *técnicas* aplicadas a las afirmaciones de los medios para depurarlas; es decir, separar lo cierto de lo incierto, lo que es convincente de lo que no lo es. Ello se realiza, principalmente, con las máximas de experiencia. A veces (esp. en el proceso civil) se aplican sobre el hecho base ya depurado nuevas máximas de experiencia recogidas en la propia ley, de modo que obtenemos una inferencia o presunción legal (prevista en la misma ley) que se considera prueba si no se demuestra lo contrario (p. ej., la

8. SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XVI, vol. 2, p. 11.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

presunción legal *iuris tantum*, de posesión continuada). Si, en cambio, sobre las afirmaciones depuradas (hechos base) aplicamos las máximas de experiencia del propio juez, obtenemos una presunción judicial. Por último, las llamadas presunciones *iuris et de iure* no son pruebas, sino preceptos legales imperativos, sin más (ej. la antigua presunción de legitimidad de los hijos nacidos durante el matrimonio).

En esta fase de fijación, el perito es un auxiliar del juez (más que un medio de prueba), pues no aporta "hechos" sino "máximas de experiencia especializadas" de las que el juez carece. De esta fase de fijación, que cierra el período de conversión, surgen las *afirmaciones instrumentales depuradas* (esto es: *las afirmaciones de los medios o los "hechos probados"*).

### 2.2. *Período de comparación*

En el segundo período, el de comparación, se contrasta la existencia o no de prueba de las afirmaciones de las partes; si alguna no consigue la correspondiente afirmación instrumental depurada, decimos que no se ha probado el hecho y ello perjudica a la parte que tenía la carga de la prueba; de afirmar y de probar. Si, en cambio, en la sentencia se aprecia algún hecho probado que no tiene soporte en ninguna afirmación de parte, diremos que, en el proceso dispositivo, se produce una incongruencia por exceso y, si la afirmación depurada es de cargo, el proceso penal acusatorio y el objeto indisponible, diremos que el tribunal no la puede tomar en consideración si antes no la da a conocer al acusado para que pueda defenderse y aportar pruebas de descargo[9].

## III. La depuración de los medios personales y la técnica probatoria

### 3.1. *La credibilidad como objetivo*

De todo lo anterior se deduce que gran parte del éxito de la prueba procesal depende de que la *técnica probatoria* utilizada en el proceso de depuración de las pruebas personales sea capaz de proporcionar los elementos que constituyen la base de las máximas de experiencia; las *contradicciones*,

9. Art. 793.6 y 733 LECRIM y jurisprudencia a este último precepto.





las *confirmaciones*, la *seguridad y firmeza* del declarante o *su indecisión y duda* y, en definitiva, todos los elementos que permitan determinar la *credibilidad* de la persona que declara. Así lo confirma la doctrina, p. ej., en la STS 2ª 28.12.90, RA 10104: *La valoración de la prueba testifical depende de la credibilidad del testigo, que será sólo apreciable por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación.* (Con respecto al testigo víctima, añade): *Esta credibilidad surge de la ausencia de incredibilidad subjetiva, ...de las que pudiera deducirse un móvil de resentimiento o enemistad, y de la verosimilitud del testimonio, en virtud de lo cual la declaración de la víctima debe ir acompañada de ciertas corroboraciones objetivas que le dan aptitud probatoria (...).*

El valor de las declaraciones de testigos-coimputados también se reconduce al tema de la *credibilidad*. El Tribunal Constitucional, avalando la doctrina reiteradamente sentada por el Tribunal Supremo, dice que *las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no está prohibida por la Ley procesal, y no cabe dudar tampoco del carácter testimonial de sus manifestaciones, basadas en un conocimiento extraprocesal de tales hechos. En concreto, este tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la valoración de dichas declaraciones efectuadas en sentido acusatorio no vulnera el derecho a la presunción de inocencia (...) La circunstancia de la coparticipación en el declarante es simplemente un dato a tener en cuenta por el tribunal penal al ponderar la credibilidad que le merezca, que es, en todo caso, función exclusiva de los órganos de dicha jurisdicción* (STC.137/1988, de 7 de julio). También la STS.2ª. 29.1.88. RA 506: *Constituye doctrina reiterada de esta Sala la de que el testimonio del coimputado puede, cuando menos, estimarse como constitutivo de esa mínima actividad probatoria de cargo (...) siempre que no haya prestado su declaración guiado por móviles de odio personal, venganza, resentimiento, soborno, etc (...) que permitan tildar el testimonio de falso o espurio o, al menos, restarle fuerte dosis de verosimilitud o credibilidad (...).* En el mismo sentido STS. 4. mayo. 1993, RA.3913; 13 sept. 1993, RA. 6724.

### 3.2. *El interrogatorio como medio (en las pruebas personales)*

Si en la aplicación del art. 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra el acusado y obtener la citación e interrogatorio de los que decla-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ren a su favor en las mismas condiciones de los que lo hagan en su contra) analizamos la doctrina del TEDH, obtenemos resultados aun más expresivos de la importancia de una depurada técnica probatoria, cuya aplicación forma parte del contenido esencial del derecho a interrogar al testigo de cargo y se funda en *la posibilidad de poner de relieve la credibilidad del testigo, ya sea mediante preguntas que se le puedan formular directamente, ya sea practicando otro tipo de diligencias; en ambos casos está claro que se trata de una prueba sobre la prueba, el derecho a cuya práctica se eleva de este modo a garantía del proceso debido*[10].

Esta doctrina alcanza su mayor claridad y evidencia cuando se analiza el problema del testigo de referencia. Precisamente, la imposibilidad de depurar la credibilidad del testigo directo, que es la fuente de prueba, cuando sólo se interroga al testigo de referencia, es la razón por la cual la doctrina ha venido sentando las reglas sobre el escaso valor de esa prueba y los supuestos de su admisibilidad (*hearsay rule*) que, poco a poco, han venido introduciéndose en nuestra doctrina. Y es que, sobre todo, la sustitución del testigo directo por el de referencia impide la aplicación al primero de una técnica especialmente eficaz para valorar su credibilidad; el interrogatorio cruzado del que me ocuparé más adelante.

En la misma categoría del testimonio de referencia hemos de incluir las declaraciones sumariales y policiales. En ellas, cómo mucho, podemos hallar un registro escrito, más o menos fiel, de su contenido, pero no podemos analizar la credibilidad de los declarantes, sometiéndolos, ante el tribunal juzgador, a un interrogatorio cruzado.

## IV. La admisibilidad o pertinencia

El derecho probatorio anglosajón es la parte más voluminosa y elaborada[11] de su derecho procesal. Es el equivalente de la teoría general de la

10. Gascón Inchausti, F.: *El control de la fiabilidad probatoria "prueba sobre la prueba" en el proceso penal*. Ed. Rev. Gral de Derecho, 1999, p. 61. Vid. casos Kostowski, 20.11.99 y Windish, 27.9.90.

11. Mittermaier: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1929, p. 88.

12. El legislativo ha intervenido en algunas ocasiones, p.e. en U.K. con la *Criminal procedure Act 1865, Criminal Justice Act 1967, Civil Evedence Act, 1968, Police and Criminal Evidence Act 1984, etc.* En EE.UU., p.e., con las *Fedaral Rules of Evidence, 1975.*





prueba de los países continentales, si bien se desarrolló empíricamente[12] como un cuerpo de normas destinadas a regular, en especial, la admisibilidad, la práctica y la depuración de las pruebas ante el Jurado, con el fin de facilitarle su correcto entendimiento y acertado veredicto. Como decía Mittermaier *en Inglaterra el sistema vigente es preferible y conforme a la esencia de las cosas*[13]. La presencia del jurado "puro" anglosajón ha sido determinante para la formación histórica del derecho probatorio[14]. Las mismas normas rigen también, aunque con menor rigor, en los juicios sin jurado, pues en el fondo no son más que una elaboración lógica y empírica de los principios que han de gobernar la admisión, práctica y valoración de las pruebas presentadas al juicio[15].

No es posible en este breve comentario hacer un estudio exhaustivo del derecho probatorio. Es claro, sin embargo, que en el futuro Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal será necesario ir incorporando aquellas reglas que la experiencia propia y el derecho comparado revelan como indispensables para dotar al Tribunal de Magistrados y, con mayor razón, al Jurado, de

13. "A decir verdad —prosigue— no se hallan en la ley esas reglas tan frecuentes en la legislación alemana; pero aparte de los textos legales, existe la *common-law* (...) que encierra un cuerpo de preceptos jurídicos bastante claros y fielmente observados por los tribunales. La *common-law* (...), la parte más preciosa acaso de la legislación inglesa, que el pueblo conoce a fondo, cuya religiosa observancia exige ante todo y que va perfeccionando diariamente merced a las investigaciones de la ciencia y a la práctica judicial, encierra una verdadera teoría de la prueba, análoga en el fondo de las ideas a la usada en Alemania, conteniendo un cuerpo de reglas especiales —*rules*— sobre los puntos más importantes". Ob. cit., pp. 88 y 89.

14. Denti, V.: *Estudios de Derecho Probatorio*, Trad. S. Sentís Melendo y T.A. Banhaf. Buenos Aires, 1974, pp. 86 y 87.

15. Giuliani: *Problemi metodologici nello studio del diritto precessuale comparato*, en Riv. Trim. Dir. e proc. civ. 1962, pp. 652 y ss. y en *Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, en The Jurid. Rev. 1962, pp. 216 y ss., cit. por Denti en *Estudios de (...)* ob. cit., p. 87, nota 13. Vid. también, Stein, P.: *Legal Institutions*, ob. cit. p. 47. Dice Zuckerman: A.A.S.: *The Principles of Criminal Evidence*", Oxford, 1989, p. 15: "sería un error suponer que si los juicios penales se celebrasen sólo ante el Juez sobrarían las normas de derecho probatorio (...), no sería fácil proteger al Juez de las pruebas que por su escasa fiabilidad han de ser rechazadas". También Scaparone, M. trae a colación una sentencia del pasado siglo que, con relación al Jurado, decía: La particular composición que el órgano jurisdiccional presenta en nuestras Salas de Justicia está en el origen de nueve décimas partes de las normas de exclusión de las pruebas del *law of evidence*" ( R. v. *Inhabitants of Bedfordshire, 1855*), en *Common Law et processo penale*, Milano, 1974, p. 107, nota 19.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

las máximas garantías de acierto en el veredicto, contribuyendo así a su credibilidad y legitimación[16]. La prueba testifical es, con mucho, la más importante en el proceso penal. Se requiere, por tanto, escoger a los verdaderos testigos y descartar a los que son simples "testigos de otros testigos" cuando los primeros pueden ser oídos; permitir que el interrogatorio sea lo bastante crítico para que de sus respuestas pueda hacerse una composición de los hechos, de la credibilidad de los que los narran y, desde luego, dotar al tribunal de los instrumentos adecuados para depurar las pruebas, entre ellos, poder conseguir la comparecencia y declaración de los testigos directos[17] y tener los medios eficaces de prevención y castigo del falso testimonio[18].

Veamos ahora cuáles son los principios básicos de técnica probatoria en un juicio acusatorio. Las pruebas han de ser relevantes y pertinentes. La relevancia es una cuestión de lógica; ha de existir una relación de causa-efecto entre la prueba y el hecho que se trata de probar. La pertinencia (admisibilidad) es jurídica, aunque, naturalmente, basada en la lógica y la experiencia. Existe una serie de reglas que, por *motivos extrínsecos* a la prueba misma y a su valor,[19] determinan su inadmisibilidad. Entre estas podríamos citar la prueba *ilícita* y la obligación de guardar *secreto*. Hay otro grupo de normas excluyentes que están basadas en *motivos intrínsecos* a la misma prueba porque la convierten en inútil para depurar la credibilidad del medio o *impertinente*, por tratar de probar hechos que no pertenecen al objeto del proceso ni sirven para depurar la credibilidad de las demás pruebas[20].

16. "Este es generalmente el espíritu de los procedimientos escocés e inglés; pero este último, como es sabido, se deriva casi en su totalidad de la *common-law*, la cual contiene un gran número de reglas sobre la prueba testimonial, reglas que muy pocos ignoran, que los jurados conservan en su memoria y practican tan religiosamente como si el legislador las hubiera escrito". MITTERMAIER: *Tratado (...)*, ob. cit. p. 224.

17. La incomparecencia injustificada del testigo es, en Inglaterra, castigada por el propio Tribunal, como desobediencia, con privación de libertad de hasta tres meses o multa. Además, si existe base para pensar que el testigo no va a comparecer el día del juicio, el Presidente puede acordar su arresto cautelar. *Criminal procedure Act 1965*, art. 3 y 4.

18. El falso testimonio dado en causa criminal se castiga en Inglaterra con privación de libertad hasta dos años. *Magistrates' Courts Act 1990*, art. 106 y 107. En nuestro derecho, a pesar de estar también tipificado el delito de falso testimonio, MUÑOZ SABATÉ, L. ponía de relieve hace ya casi treinta años (con citas de RODRÍGUEZ DEVESA, PRIETO CASTRO, COLOMBO, etc.) la improcedencia del criterio de los tribunales que venía limitando inexplicablemente la persecución de los delitos de falso testimonio, situación que aún perdura. *Técnica Probatoria*, Barcelona, 1967, p. 280 y nota 21.

19. ZUCKERMAN, A.A.S.: *The principles (...)*, ob. cit. p. 47 a 53. ANDREWS & HIRST: *On criminal (...)*, pp. 10 y 11. CROSS & WILKINS: *An Outline on the Law of Evidence*, London, 1980 *(...) ob. cit. p. 220 y ss.*





### *4.1. Inadmisibilidad por razones extrínsecas*

Entre las causas de inadmisibilidad por razones extrínsecas se recogen, principalmente, los supuestos de personas dispensadas o exentas de declarar por obligación de guardar secreto o por su relación con el imputado[21] y los supuestos de inadmisibilidad de pruebas ilícitas, basados en la necesidad de disuadir a la policía o a las partes de ciertos abusos[22]. Son normas que, a veces, obedecen a intereses ajenos a los de la Administración de Justicia, pero igualmente atendibles y respetables.

#### *A) La prueba ilícita (11.1 LOPJ)*

La finalidad de su prohibición no es, desde luego, su valor probatorio, que puede ser determinante, sino la necesidad de disuadir a la policía y demás investigadores de cualquier intento de vulnerar derechos fundamentales en la investigación y obtención de las fuentes de prueba. Por ello, en algunos ordenamientos, la regla es flexible. En Inglaterra, p. ej., no hay ninguna norma legal expresa que la prohíba y su utilización queda a la dis-

20. SCAPARONE: *Common-law (...)*, ob. cit. p. 106.

21. En Inglaterra, tales privilegios pueden ser renunciados y también puede admitirse la prueba obtenida ilícitamente cuando los intereses de la justicia lo demandan. Vid. CROSS & WILKINS: *An Outline (...)* p. 226 a 233; ANDREWS & HIRST: *On Criminal Evidence*, London, 1980, ob. cit. p. 361 y ss.

22. SCAPARONE, ob. cit. p. 109.

23. Véase mi comentario sobre *Motivación razonable y suficiente de las medidas restrictivas de derechos fundamentales*, en Revista Xurídica Galega, nº 5/1993, p. 259 y ss.y también ANDREWS & HIRST, *On Criminal Evidence*, London, 1992, pp. 379 y ss.; P.G. POLIVIOU: *Illegally obteined evidence and R. V Sang*, en *Crime, Proof,. And Punishment: essays in Memory of Sir Rupert Cross*, London, 1981, pp. 226 y ss. Sin embargo, la prueba de cargo ilícita puede excluirse ya sea para "compensar" al imputado de la lesión jurídica que se le ha infringido, ya sea para "disuadir" a la policía de seguir empleando tales métodos. El art. 78 de la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 dice: " Exclusión de la prueba ilícita: (1) El Tribunal, sea cual fuere el proceso, puede declarar inadmisible cualquier prueba que *la acusación* haya propuesto practicar si, dadas las circunstancias, incluidas las de la forma de obtener la prueba, resulta que la admisión de la misma tendría un efecto negativo en la regularidad del procedimiento, lo que impediría la declaración de pertinencia (...)". También en Canadá, Vid. *Constitution Act 1982*.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

creción del tribunal, según los intereses o imperativos de la justicia[23]. Ahora bien, *la "prueba" de la inocencia* no puede, en modo alguno, prohibirse en el proceso si de ella depende la absolución[24]. Además de las elementales razones de justicia que apoyan esta postura, el tenor literal del art. 11.1 LOPJ no se infringiría porque se refiere a las *pruebas* y la inocencia no ha de ser "probada"; es una presunción constitucional que la evidencia descubierta no hace más que mantener, sin necesidad de probar nada. Realmente no existen *pruebas de la inocencia,* sino, simplemente, su constatación o confirmación.

En España, el problema de la prueba ilícita, cuando surge en el mismo juicio oral, puede ser objeto de un incidente y provocar la suspensión (746,1º) resolviéndose en el mismo proceso (AATS, 2ª de 3 de febrero y 13 dic. 1993).

---

En los Estados Unidos, el art V, regla 501 de las *Federal Rules of Evidence* de 1 de junio 1975 manda seguir las normas del *common-law*, si bien la jurisprudencia excluye la prueba ilícita. Ya en 1886 se puso en duda la utilización legítima de pruebas ilícitamente obtenidas por la acusación *(Boyd v. United States)* y se aplicó la exclusión, por primera vez en *Weeks v. U.S., 1914*. Los Magistrados BRANDEIS y HOLMES —en *Olmsteed v. U.S.*, 1928— motivaron la exclusión por un "imperativo de integridad de la Jurisdicción", pues "un juez digno de tal nombre no puede, en el momento de condenar al autor de un delito, basarse, por una parte, en la ley para condenarlo y, por otra, en la prueba de cargo obtenida en contra de la ley". En la actualidad la exclusión opera en cuatro direcciones: a) exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas (inmediatas) y de las descubiertas a partir de aquellas (mediatas o "frutos del arbol prohibido", en *Silverthorne Lumber v. U.S., 1920 y Nardone v. U.S., 1939*) b) la regla se extiende no sólo a los procesos federales sino también a los internos de los Estados de la Unión; c) A partir de 1949 —*Wolf v. Colombo*— se estima que esta norma forma parte del derecho constitucional al debido proceso de la Enmienda XIV y d) la norma se aplica no sólo a los registros ilegales, sino también a las demás diligencias de investigación. Vid. SCAPARONE: ob. cit. pp. 15 a 26. PASTOR BORGOÑÓN: *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, en Justicia 1986, pp. 337 a 368; ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, 1989, pp. 76 a 89. VERGER: *Motivos razonables y suficientes de las medidas restrictivas de derechos fundamentales*, en Revista Xurídica Galega, nº 5 de 1993, pp. 264 y 265.

24. Piénsese, p. ej., en la intervención telefónica o registro domiciliario ilegales en los que se halla la evidente prueba de la inocencia del imputado y de la autoría de un tercero. Si en la doctrina inglesa se prohíbe su utilización es, en todo caso, para acusar al tercero, pero no se prohíbe para absolver al acusado inocente. También en España, algunos autores estiman utilizable esta prueba *in bonam partem*. Vid. MIRANDA ESTRAMPES, M.: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999, SILVA MELERO, V. y CORDERO, cits. en nota (198).





*B) La obligación de guardar secreto*

El problema que plantea la obligación de guardar secreto en el supuesto del testigo de cargo se reduce a obtener la dispensa legal de la autoridad competente. Ahora bien; si algún testigo de la defensa estuviera protegido por el secreto y se negara a declarar, el Tribunal debería advertirle que su negativa privaría al acusado del debido proceso. La manera eficaz de obtener el levantamiento del secreto oficial es la prevención de que, si no se levanta, habrá de absolverse al acusado, pues de otro modo se vulneraría su derecho fundamental al proceso con todas las garantías y a poder utilizar las pruebas pertinentes[25]. En la doctrina española, la cuestión no se resuelve satisfactoriamente, pues si bien se admite el deber del secreto oficial a los obligados por él, no se distingue el supuesto de que la propia defensa solicite la declaración del testigo para su exculpación o descargo. En la STS 2ª de 11 oct. 1990 R.A. 1990/7996, dijo el Tribunal que *el art. 707 en relación con el 417.1º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que no podrán ser obligados a declarar los eclesiásticos "sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio" y aunque el acusado admitió su intervención en el hecho con motivo de otras diligencias judiciales" ello no dispensaría al sacerdote católico de la obligación del sigilo sacramental sin la autorización expresa del penitente, que no puede presumirse.* Asimismo, en la STS 2ª de 12 dic. 1992, RA. 338/1992 (juicio de los fondos reservados), dijo el Tribunal que *el art. 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes referido, establece la posibilidad de la negativa a contestar el testigo cuando de obediencia debida o por secreto profesional se tratare. Quiere ello decir que la norma legal ampara excepcionalmente un derecho* (¿o un deber?), *más o menos controvertido, que al testigo corresponde. Discutido en su ámbito y límites, pero que está ahí. No es el momento ahora de analizar en profundidad las distintas controversias que el tema ha originado de siempre.*

*C) La declaración del imputado o coimputado como "testigo"*

En los ordenamientos continentales, quizás por ciertos escrúpulos de un pasado inquisitivo, la declaración del imputado se presta siempre sin ju-

---

25. En los Estados Unidos el TS así lo declaró en el caso *Jencks v. United States 1957*, citado por SCAPARONE: ob. cit. p. 141.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ramento; es simplemente un medio (voluntario) de defensa[26]. Es cierto, sin embargo, que la declaración bajo juramento, prestada voluntariamente y sometida a interrogatorio cruzado, puede ser una ayuda o un refuerzo para mantener la presunción de inocencia. Sin embargo, la contrapartida está en que la *negativa* a prestar juramento se convierte, casi, en una autoinculpación.

### *4.2. Inadmisibilidad por razones intrínsecas*

#### *A) Prueba inútil o impertinente*

No deben admitirse las pruebas que sean *inútiles*, esto es, cuando el medio propuesto no es útil para el fin perseguido; ni las *impertinentes* en sentido estricto; es decir, cuando el hecho que pretendan probar *no pertenece* al objeto del proceso.

#### *B) El testigo de referencia*

*a) Antecedentes históricos.* Gran parte de las garantías procesales en materia probatoria proceden del derecho angloamericano, como no podía ser de otra manera, teniendo en cuenta los distintos y contrapuestos antecedentes históricos relativos al proceso inquisitivo continental y el acusatorio que "los padres peregrinos" trasladaron de Inglaterra a las colonias americanas con el Mayflower en 1620 y plasmaron en las Declaraciones de Derechos de los diversos Estados (esp. de Massachussets (1780) art. XII)[27], pasando después a la Constitución de los EE.UU. (Enmienda VI) y, finalizada la II Guerra Mundial, a los Convenios de Derechos Humanos. De ahí que otros países del continente europeo (p. ej., Italia) van adaptando sus leyes procesales a las garantías en materia probatoria, explícitas o implícitas, en los referidos Convenios (CEDH, art. 6 y PIDCP, art. 14). Por ejemplo, cuando se refieren al derecho del acusado a interrogar al "testigo de cargo" hay que interpretar que se trata de los testigos directos *(confrontación, cara a cara, etc.)* y no a través de testigos o testimonios de referencia.

*b) Contenido y ámbito de la prohibición.* La primera regla de inadmisibilidad por motivos intrínsecos (falta de credibilidad) —y la más importante para depurar la fuente de la prueba— es la prohibición *del testimonio de referencia* escrito u oral; *"es inadmisible para probar el hecho declarado toda manifestación (oral, escrita o de otro modo reproducida) distinta de la prestada por el testigo directo cuando declara ante el Tribunal durante el juicio oral*[28]. Este principio implica que sólo es admisible el testigo-testimonio directo, y que si un testigo aporta información que otro le transmitió, *no es admisible tal información.* Existen, naturalmente, algunas excepciones a las que aludiremos después[29].

---

26. Vide, para Italia y Alemania, REVILLA GONZÁLEZ, J.A.: *El interrogatorio del imputado*, Valencia, 2000, pp. 13 a 21.

27. En 1783, La Rochefoucauld publica la traducción francesa de la Declaración de los Derechos de Virginia. Luego, Lafayette, amigo de Washington, la trasladó parcialmente a la Asamblea Constituyente de Francia y ésta los incorporó, también parcialmente, a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (con especial relevancia, el derecho a la presunción de inocencia). La norma concreta sobre la prohibición del testimonio de referencia (de cargo) se sitúa en Inglaterra, en la 2ª mitad del S. XVII, y sus causas o fundamentos se encuentran, en primer lugar, en la inexistencia, en el Derecho anglosajón, de una norma que protegiera al acusado de una eventual condena basada en un solo testimonio que se limitaba a referir una declaración recibida de otro que no comparecía ni prestaba juramento, cuando en el Derecho continental (romano-canónico) se exigía, cuando menos, dos testigos de cargo para condenar. En segundo lugar, la prohibición se basaba en la necesidad de poder someter a interrogatorio cruzado al testigo directo y, además, obligarle a prestar juramento. La norma (jurisprudencial) se consolidó en el s. XVIII, concretamente en 1736, y en los siguientes términos: *Parece generalmente admitido que lo que una persona ha oído decir a otra no constituye prueba, pues no se dijo bajo juramento, y porque la parte que resulta perjudicada por tal declaración no tiene la oportunidad de someter a interrogatorio cruzado al testigo directo.* Vid. CHOO, Andrew, L.T.: *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*, 236 pp. Oxford, 1996, pp. 4 y 5 y notas 18 a 23.

28. *The rule against hearsay has already been formulated as follows: "A statement other than one made by a person while giving oral evidence in the proceedings is inadmissible as evidence of any fact stated". A hearsay statement may be defined as "a statement other than one made by a person while giving oral evidence in the proceedings tendered as evidence of any fact stated".* CROSS & WILKINS: ob. cit., p. 15. La definición de las Federal Rules of Evidence de los Estados Unidos es casi análoga (art. VIII, nº 801.c). El nº. 802 formula la regla de inadmisibilidad en estos términos: *Hearsay is not admissible except as provided by these rules or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority or by Act of Congress".*

*The word hearsay* —dicen ANDREWS & HIRST— *is commonly used to describe the situation where a witness relates to the Court what has said out of Court by another person and the trier of fact is invited to believe what is assested in that statement.* ob. cit., p. 7.

29. Los documentos pueden ser una alternativa al testigo de referencia —dicen ANDREWS & HIRST— y a veces caen de lleno en la prohibición del *hearsay*, pues se trata de declaraciones hechas fuera de la presencia del Tribunal y si el Jurado es invitado a creer en la verdad de lo que se dice en una carta, un registro o un diario personal, etc. se infringe la







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*c) El fundamento de la prohibición.* El fundamento principal es que el testigo directo que declara oralmente o por escrito no puede ser examinado con un interrogatorio cruzado en presencia del Jurado o del tribunal. No puede someterse a contradicción al que es *fuente* de la prueba y, por ello, no pueden depurarse ni contrastarse sus declaraciones. En la Inglaterra del s. XVIII la doctrina negaba el carácter de *prueba* a la declaración que se había recibido de oídas de un tercero porque, en primer lugar, este tercero no había prestado previamente juramento ante el tribunal y no podía ser juzgado ni condenado por perjurio y, luego, porque la parte que resultaba perjudicada con tal declaración no tenía oportunidad alguna de someter al primer declarante ausente a un interrogatorio cruzado para depurar la credibilidad de sus afirmaciones. El acusado se vería privado del derecho fundamental a interrogar cara a cara al auténtico testigo de cargo, que es el directo, y sólo podría depurarse la credibilidad del testigo de referencia, que sirve de bien poco[30].

*d) Derecho positivo.* La VI Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos proclamó el derecho del imputado a una confrontación con los testigos de cargo, de modo que, si estos no comparecen y su testimonio es referido por otra persona o por documentos, se entiende vulnerado un derecho constitucional[31] que forma parte del "debido proceso", exigible en todos los Estados de la Unión (Enmienda XIV)[32]. Esta garantía del acusado consiste en *the right to meet the witness against him face to face*; es decir, *el derecho del acusado a encontrarse con el testigo que declara contra él cara a cara*, lo que a veces se traduce como el derecho a *carearse* con el testigo de cargo. Se explicó su significado por el Tribunal Supremo (USA) en la sent. Mattox c./ los EEUU, 156 US 237, 242-243 (1895) en estos términos: *La finalidad primordial de la norma constitucional en cuestión es la de evitar los testimonios o declaraciones testificales escritas de parte que en otros tiempos fueron admitidas en los procesos civiles, e impedir que se utilicen*

regla de inadmisibilidad del testimonio de referencia. (ob. cit. p. 7). Incluso los signos pueden ser testimonios de referencia. Dice el art. VII, nº 801 a. de las Federal Rules of Evidence norteamericanas que *A statement is (1) an oral or written assertion or (2) non verbal conduct of a person if it is intended by him as an assertion.*

30. Andrew L.-T-Choo: *Hearsay and confrontation in criminal trials.* Clarendon Press, Oxford, 1996, 236 pp., p. 5 y nota (23).

31. Zuckerman: ob. cit. p. 181.

32. Scaparone: ob. cit. p. 125, con cita de varias sentencias del T.S. norteamericano.





*contra el acusado en sustitución de los interrogatorios personales y cruzados a los testigos, en los que el acusado tiene oportunidad, no sólo de poner a prueba la memoria y los escrúpulos de conciencia del testigo, sino también de obligarle a estar de pie ante el Jurado para que se le pueda ver y juzgar, por su compostura y por la forma de prestar declaración, si merece ser creído, o no.*

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en concreto, su art. 6.3.d. ha de interpretarse en el mismo sentido. Cuando proclama el derecho de todo acusado a *interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él* se refiere a los testigos "de verdad" (sólo los hay de una clase), es decir, a los directos. Y lo mismo el art. 14.3.e. del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos de 1966. Se trata de un derecho importado de la tradición y los textos constitucionales angloamericanos (Enmienda VI y XIV de la Constitución de los EEUU), procedente a su vez de las declaraciones de derechos de las colonias y de la Carta Magna, cuya introducción en las Constituciones europeas y en los tratados de Derechos Humanos se vio favorecida por el desenlace de la II Guerra Mundial. La jurisprudencia del TEDH de los últimos años quita valor a la prueba testifical de referencia por ser contraria al art. 6 del Convenio, aunque con una excepción: cuando exista causa legítima que impida al testigo directo la asistencia al juicio (SSTEDH. Delta c. Francia, 19.12.1990; Isgro c. Italia, 19.2.91; Asch c. Austria, 26.4.91; etc.)

Es evidente que en aplicación de estos Convenios Internacionales, que forman parte de nuestro derecho interno (96.1. CE) y con una interpretación del art. 24 CE acorde con los mismos (art. 10.2 CE, art. 6 CEDH y 14 PIDCPNY), el principio general es que no puede basarse una condena penal sólo en testimonios de referencia, es decir, sin que los testigos directos puedan ser interrogados en el juicio oral, salvo las excepciones que tanto el derecho convencional como nuestra jurisprudencia recogen. En resumen, el testigo de referencia ha de ser, en principio, proscrito del proceso penal[33].

*e) Excepciones admitidas.* En Inglaterra, los motivos de admisión del testigo o testimonio de referencia han recibido un tratamiento excesiva-

33. Debería ser considerado como *prueba* ilícita (pues de algún modo priva al acusado del derecho fundamental a interrogar al verdadero testigo de la acusación y, por tanto, sería una *prueba nula.* Asencio Mellado: *Prueba prohibida y prueba preconstituida,* Madrid, 1989, pp. 86 y 87.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mente casuístico y una aplicación muchas veces mecánica[34]. Con carácter general destacan el consentimiento de la parte a quien pueda perjudicar y la circunstancia de que el testigo directo, que haya declarado ante la policía o en la instrucción, esté impedido de comparecer o amenazado por la parte perjudicada por su testimonio[35].

En los Estados Unidos las Normas Federales sobre la Prueba *(Federal Rules of Evidence)* recogen más de 24 excepciones a la inadmisibilidad del testimonio de referencia[36] y una cláusula abierta, que es la de si, a juicio del Presidente del Tribunal, es de mayor valor probatorio que cualquier otra prueba que pudiera proponer la parte (no hay mejor prueba al alcance de la parte) y sirve mejor los intereses de la justicia. No obstante, el proponente de la prueba en cuestión tiene que trasladarla a la contraparte con la antelación suficiente para que ésta pueda presentar la correspondiente contraprueba o prueba de lo contrario, incluyendo en dicha información el nombre y dirección del testigo[37].

En sintonía con esta doctrina, en Italia, el art. 194.3 del Nuevo Código de Procedimiento Penal empieza declarando que la finalidad de la prueba

34. Algunas de ellas son: a) admisiones o confesión de hechos por el imputado que le son perjudiciales (art. 10 de la *Criminal Justice Act 1967*; b) documentos o certificados emitidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo que constatan determinados hechos (nacimiento, defunción, estado civil, etc.); c) la confesión del imputado sobre el hecho delictivo prestada en la instrucción, siempre que sea plenamente voluntaria (sin miedo, coacción, amenaza o influencia de autoridad (art. 76 *Police and Criminal Evidence Act 1984)*; d) en delitos contra la vida, la manifestación efectuada por la víctima sabiéndose en trance de morir; e) las declaraciones escritas efectuadas en cumplimiento de un deber por personas ya fallecidas; f) las *res gestae* o manifestaciones espontáneas de las personas que, de alguna forma se vieron envueltas en los hechos delictivos, efectuadas en aquel momento y sin posible connivencia o preconstitución, etc ( Víd. CROSS & WILKINS: ob. cit. pp. 144 a 186; ZUCKERMAN: ob. cit., pp. 202 a 207).

35. Art. 23 *Criminal Justice Act 1988*. Sin embargo, en los EE.UU, si la declaración anterior se prestó ante la policía no puede reproducirse ni aportarse al juicio porque la defensa o contraparte no tuvo oportunidad de interrogar al testigo en aquel momento. Sí, en cambio, puede aportarse la declaración testifical prestada en la fase intermedia por haberse practicado con contradicción. SCAPARONE: ob. cit. pp. 128 y 129. También en España el Tribunal Supremo se ha pronunciado en alguna ocasión sobre este extremo, admitiendo como prueba las declaraciones de testigos no comparecidos por miedo o amenazas del imputado. Vid. STS 17 marzo 1988 (R.A. 2033) y doctrina citada por VEGAS TORRES, J. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, ob. cit., pp. 292 y ss.

36. Art. VIII, nº 802.

37. *Federal Rules of Evidence 1975*, art. VIII, nº 804.5.





de testigos es tanto valorar el contenido material de su declaración como la credibilidad[38]. Se prohíben las declaraciones que introduzcan simples habladurías o rumores, salvo si es imposible separarlas de la declaración sobre los hechos. Además, hay que llamar al testigo directo siempre que sea posible. Así, *cuando sobre el conocimiento del hecho el testigo se refiera a otra persona, el juez, a instancia de parte, ordenará que aquélla sea citada para declarar. Esta resolución podrá también acordarse de oficio. El incumplimiento de lo dispuesto en el primer párrafo dejará sin efecto la declaración relativa al hecho del que se había tenido conocimiento por otra persona, salvo que ésta no pueda declarar por muerte, enfermedad o por no haberse podido dar con su paradero. Los miembros de la Policía Judicial no pueden declarar sobre el contenido de las declaraciones obtenidas de los testigos (...) Tampoco puede utilizarse el testimonio de la persona que no quiere o no puede indicar la persona de la que obtuvo la noticia del hecho objeto del interrogatorio* (art. 195).

Respecto al testimonio de referencia escrito (aunque se hubiera transcrito el relato del testigo directo, si éste no está presente en el juicio, aquel escrito es un testimonio de referencia) dice el art. 500.3 que *las declaraciones leídas y utilizadas para contrastar (o impugnar) las que vierte el testigo en el juicio oral, no pueden constituir prueba de los hechos en ellas afirmados. Sólo pueden ser utilizadas por el juez para valorar la credibilidad de la persona que está siendo interrogada.* En los artículos 499 a 501 introduce la técnica anglosajona en la práctica de la prueba testifical, como habrá ocasión de comentar.

En la doctrina española hay que partir de que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal admite, sin restricciones, el testimonio de referencia: *Los testigos expresarán la razón de su dicho, y si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado* (710).

La interpretación del precepto en la época en que se promulgó la Ley no era la de que la información obtenida serviría para llamar a juicio al tes-

38. (Art. 194) (...) *el interrogatorio de los testigos puede extenderse a los elementos o circunstancias que sean necesarias para valorar su credibilidad (...) el testigo no puede referirse a rumores ni expresar opiniones personales, salvo cuando sea imposible escindirlas de la declaración sobre los hechos.*



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tigo directo (finalidad a la que seguramente pensó ALONSO MARTÍNEZ), sino, simplemente, *porque de este modo ha procurado la ley que el tribunal, al hacer la apreciación del dicho de los testigos, tenga los medios convenientes para formar juicio de la veracidad de sus respectivas declaraciones (...).* Pero ¿con qué criterio? ¿Con la simple autoridad moral de la persona que comunica la referencia? Eso parece, pues a renglón seguido, añade el autor: *a pesar de los términos absolutos del precepto, no puede éste ser considerado obligatorio en todo caso, sino que, por el contrario, hay circunstancias que eximen de su observancia por existir disposición determinada que imponga al testigo la reserva del origen de las noticias suministradas en su declaración. Así sucede, por ejemplo, en las declaraciones de los individuos de la Guardia Civil, cuando tengan conocimiento por confidencias reservadas de hechos sobre los que depongan, pues como declaró el Tribunal Supremo en s. de 13 de noviembre de 1890, la disposición citada del presente artículo no tiene aplicación a dichos individuos en relación con las mencionadas confidencias, respecto de las cuales tiene conforme al reglamento de su Instituto ineludible deber de guardar el más absoluto sigilo, salvo en determinadas circunstancias.* En fin, termina AGUILERA DE PAZ aportando una estimable información; la de que la Real Orden de 4 de octubre de 1861 entendió aplicable esta norma a todos los empleados civiles de vigilancia, inspectores, comisarios, celadores, vigilantes y demás funcionarios o agentes de vigilancia, cualquiera que fuere su denominación.[39]

*C) El testimonio de referencia escrito o grabado*

*a) La anterior declaración del testigo.* Ahora bien, no es el testimonio oral el único supuesto de testimonio de referencia que admite la Ley. Los testimonios escritos son siempre de referencia, por tanto, la propia declaración del testigo directo en la instrucción policial o judicial (714); la anterior declaración o confesión del imputado (406, 730), el anterior dictamen de los peritos (456 y ss.); los "documentos" que contengan declaraciones testificales sobre los hechos justiciables (726), etc. Todos formarían parte de lo que se denomina, a veces, *prueba preconstituida.* Tienen en común todos estos actos de investigación que si de alguna manera se introducen como verdaderas "pruebas", se sustraen a la depuración correspondiente a las partes y al tribunal, y su credibilidad no puede ser comprobada. Analicemos, someramente, la doctrina española sobre estos extremos:

39. AGUILERA DE PAZ, E.: *Ley de Enjuiciamiento Criminal, ob. cit, T.V, p. 431.*





El art. 714 (declaración sumarial) parece admitir la incorporación del testimonio escrito al material probatorio; admite que entre en el juicio oral un testimonio escrito, esto es, de referencia: *cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.*

Sin embargo, se trata de valorar sólo la declaración oral que presta el testigo en el juicio, y no la declaración anterior. De ahí el sentido del artículo siguiente. Dice el 715 que *siempre que los testigos que hayan declarado en el sumario comparezcan a declarar también sobre los mismos hechos en el juicio oral sólo habrá lugar a proceder contra ellos como presuntos autores del delito de falso testimonio cuando éste sea dado en dicho juicio.* Es un indudable acierto en aras a retribuir la veracidad en el juicio oral. Por ello, en todo caso, la sola declaración del sumario, cuando el testigo no comparece en el juicio oral, siendo una declaración no susceptible de ser sometida a ningún método ni técnica para evaluar su sinceridad, no puede desvirtuar la presunción de inocencia. Aunque declarara el testigo en el juicio oral, la sentencia tampoco podría fundarse en la declaración sumarial, porque, como razonaba GÓMEZ ORBANEJA, en este caso existiría excusa absolutoria (715) que impediría perseguir al declarante por falso testimonio y revisar, por ende, la sentencia condenatoria basada en el falso testimonio sumarial (954.3º). Luego, la sentencia condenatoria ha de fundarse, en todo caso, en el testimonio prestado *en el juicio oral.* Ello conduce a la aplicación de una vieja doctrina; la anterior declaración sólo puede usarse para valorar la credibilidad de la declaración prestada en el juicio.

En fin, decía con gran acierto GÓMEZ ORBANEJA que *la finalidad de la lectura no es la utilización de la declaración sumarial como base de la sentencia (porque los magistrados han de formar su convicción "con abstracción" de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio) sino provocar la explicación a que se refiere el párrafo 2º del artículo citado* (invitar al testigo a explicar la razón de la diferencia o contradicción), con el fin de valorar la credibilidad de lo manifestado en el juicio y sólo de ello. Y, concluía diciendo que *no procede la lectura de la declaración sumarial,* (porque no procede incorporarla a la prueba) *ni mucho menos es lí-*



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*cito utilizarla en la sentencia, cuando los testigos comprendidos en alguno de los casos de los arts. 416 a 418 hagan por primera vez "en el juicio" uso del derecho a no declarar*, y cita en su apoyo una vieja STS de 13 de septiembre de 1885)[40].

En correspondencia con esta doctrina, la Ley del Jurado ordena que *las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de la prueba anticipada, no "tengan" valor probatorio de los hechos en ellas afirmados* (Art. 46.5.II LOTJ), precepto que, sin embargo, debería comportar alguna excepción, como comentaremos más adelante.

En el nuevo Código de procedimiento penal italiano se llega a la misma solución apuntada por GÓMEZ ORBANEJA: el art. 500 establece que, terminada la declaración testifical, las partes, *con el fin de impugnar en todo o en parte el contenido de la declaración, pueden utilizar las declaraciones anteriores del testigo y el contenido de la instrucción del Ministerio Público. Esta facultad sólo puede utilizarse con el fin de poner en duda el testimonio depuesto. También las partes pueden proceder a la impugnación de la declaración del testigo cuando éste no quiere dar explicaciones sobre sus declaraciones precedentes.* Es decir, a efectos probatorios, la única que se valora es la declaración —la "prueba"— practicada en el juicio oral.

En nuestra jurisprudencia la lectura se interpreta también como un medio que facilita la depuración, pero sólo para validar o no la declaración prestada en el juicio oral[41]. Se ha extendido la aplicación de este precepto, no sólo a los testigos, sino también a los peritos y a los procesados[42] y, en todo caso, puede ordenarse de oficio por el tribunal[43] que, según la STS. de 30 abril de 1997, tiene el deber de contrastar ambas declaraciones, pues *no es...una facultad discrecional de los jueces, porque éstos, ante la contradicción existente respecto de dos declaraciones, la presente y la pasada, han de proceder inexcusablemente como manda la ley*[44]. VEGAS TORRES, con acierto, concluye (con GÓMEZ ORBANEJA y en contra de cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo) que *una recta interpretación del art. 714, que obligadamente ha de tener como punto de referencia lo dispuesto por los artículos 715 y 954.2º* (quiere decir 954.3º), *debe llevar a la conclusión de que el legislador de 1882 no quiso que la lectura de las declaraciones sumariales de un testigo, en caso de disconformidad entre éstas y las que el mismo testigo preste en juicio, tuviera otra finalidad que la de provocar las explicaciones del testigo sobre las discrepancias entre unas y otras, excluyendo que dicha lectura, a diferencia de lo que puede producirse al amparo del art. 730, permitiera incorporar la declaración sumarial a la que se refiera al material probatorio valorable por el juzgador*[45].

Últimamente, el Tribunal Constitucional, en una sentencia en que se avocó al Pleno para modificar doctrina anterior, sostiene que incluso tratándose de prueba de cargo practicada en primera instancia y habiéndose dictado sentencia absolutoria, el tribunal de apelación no puede condenar sin practicar nuevas pruebas; no puede valorar aquellas pruebas que no presenció y que, por su naturaleza, necesitan ser practicadas ante el juzgador. Ello vendría a confirmar, aun con mayor motivo, la inutilidad, a efectos probatorios, de la prueba de cargo testifical recogida en el sumario y no reproducida en el juicio oral. Dice esta sentencia (STC. 167/2002, de 18 de septiembre (Pleno): *(...) se viene a introducir la doctrina de que en casos de prueba de sentencias absolutorias, cuando aquellas se fundan en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción* (FJ 1º)[46].

*b) Declaraciones anteriores o la anterior confesión (730).* Ahora se trata de diligencias practicadas en el sumario que no pueden reproducirse en el juicio oral; tanto declaraciones o dictámenes periciales, como cualesquiera otras pruebas, incluida la declaración del imputado que en el juicio oral se declara inocente y se retracta de su anterior confesión (405). En ese último supuesto, la jurisprudencia anglosajona entiende que puede traerse al juicio su confesión anterior y constituir prueba de cargo (a través de los

40. GÓMEZ ORBANEJA, E. (con HERCE QUEMADA, V.): *Derecho Procesal Penal*, 8ª ed. Madrid, 1975, pp. 255 y 256.

41. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F.: *El control de la fiabilidad probatoria: prueba sobre la prueba en el proceso penal*, ob. cit. p. 111, y VEGAS TORRES, *J. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, pp. 255 y ss.

42. SSTS. 4 nov. 1996, RA. 8045, y 20 oct. 1997, RA. 9403.

43. SSTS. 22. ene. 1992, RA. 294; 4.nov. 1996, RA. 8045.

44. STS. Cit. por GASCÓN INCHAUSTI, ob. Cit. p. 112, nota 57.

45. VEGAS TORRES, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, ob. cit. p. 252.

46. En el FJ 10 invoca en su apoyo la doctrina del TEDH en los casos *Ekbatani c/ Suecia, Cooke c/ Austria, Stefanelli c/ San Marino y Constantinesci c/ Rumanía.*







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

testigos —de referencia— presenciales y de los registros de imagen y sonido)[47]. Si el acusado niega que la prestara libremente, la policía ha de demostrar lo contrario. Indudablemente, el valor probatorio de la confesión anterior, a diferencia de la declaración anterior de un testigo, radica en su misma fuente: el propio imputado, por lo que si confesó con todas las garantías de libertad y voluntariedad, su declaración goza de una credibilidad reforzada[48]. Es mucho más fiable que una declaración testifical por el conocimiento privilegiado que de sus actos tiene su propio autor y, sobre todo, por la carga disuasoria que, en términos generales, contiene la sanción penal a la que se expone.

En nuestra doctrina, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional admiten como prueba la lectura de la confesión anterior del imputado siempre que se hubiera realizado con las garantías legales. En el supuesto de una confesión obrante en el atestado que no haya sido reconocida o ratificada ante el Juez, la jurisprudencia (p. ej., STS 26 abril 1990; 11. abril 1996; 30 abril, 1997 y SSTC. 49/98, 115/98, etc.) admite como prueba la declaración del funcionario que la presenció —testigo de referencia— siempre que en la diligencia correspondiente se hubiesen respetado todas las garantías constitucionales y procesales (STC 217/1989, 133/1994, etc.). Por el contrario, la condena *no puede fundarse en la confesión prestada ante la policía, sin estar presente su Abogado, que nunca fue ratificada con posterioridad, puesto que se estaría incorporando a un proceso penal posterior a la entrada en vigor de la Constitución, un medio de prueba que no*

47. CROSS & WILKINS: ob. cit. p. 159 y ss y art. 76 de la *Police and Criminal Evidence Act 1984*. También, SCAPARONE: ob. cit. p. 125 y ss. En tal caso, la acusación puede llamar al oficial de policía que recibió la confesión para tomarle declaración e interrogarle sobre la confesión, o bien puede traer su texto y leerlo. Ob. cit. p. 127. Recientemente en España, como se expone más adelante, la jurisprudencia "parece admitir la posibilidad de contrastar las declaraciones prestadas en el juicio con las efectuadas en sede policial (...) STC 217/89, de 21 de diciembre" en cita de VEGAS: ob. cit. p. 255 y ss. y STS de 31 oct. 1990 (RA 8423) que establece que "a la declaración prestada ante la policía con los requisitos exigidos por la Constitución y las Leyes Procesales se le concede eficacia en orden a la posibilidad que tiene el Juzgado o Tribunal de instancia de tenerla en cuenta (...) ya no puede ofrecer duda la posibilidad que tiene el Tribunal o Juzgado de instancia para fijar el contenido del hecho probado en base a una apreciación conjunta de las declaraciones del juicio oral prestadas por los propios acusados en relación con las manifestaciones hechas por ellos mismos en momentos anteriores, sirviendo a tal efecto incluso las realizadas ante la Policía (...)", en VEGAS: ob. cit. pp. 257 y 258.

48. ZUCKERMAN: ob. cit. p 90, 91 y 97. SCAPARONE: ob. cit. pp 122 a 128.





*va acompañado de las garantías que la propia Constitución establece en su art.* 17 (STS. 24 mayo 1990). De este modo, las sentencias citadas y, entre otras, las SSTS. de 14 sept. 1990, la de 31 oct. 1990 y la de 22 ene. 1992 reproducen la norma anglosajona sobre la validez probatoria de la anterior confesión, si se prueba su sinceridad, legalidad[49], y probidad.

La depuración de las pruebas personales, como recuerda la sentencia citada del TC de 18 septiembre 2002 (STC. 167/2002), requiere la inmediación. Aunque ésta sólo se obtiene con la presencia del juzgador en la práctica de la prueba, no deja de ser un avance poder examinar una prueba oral anterior practicada con contradicción y con defensa letrada a través de su registro de imagen y sonido. De ahí el acierto del nuevo art. 777.2 de la Lecrim (modificada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre) que permite tal registro. Sin embargo, la proyección del video no puede sustituir la inmediación que, además de permitir un examen de los elementos heurísticos de la diligencia, deja abierta plenamente la posibilidad de intervenir directamente (tanto a las partes como al tribunal) en la depuración y clarificación de la prueba en el mismo momento en que se practica.

*c) Resumen de la doctrina española sobre el testimonio de referencia.* La relativa abundancia de estas excepciones, su casuística y su aplicación excesivamente mecánica hacen que la propia doctrina, sin quitarle importancia al principio esencial de la inadmisibilidad del testimonio de referencia, propugne una cláusula abierta a la discreción del Presidente del Tribunal que respete los principios generales siguientes: *a)* admitir sólo el testimonio de referencia cuando tenga suficiente valor y contenido probatorio; *b)* que no haya sido posible obtener la declaración del testigo directo y *c)* que, si se admite, se notifique con antelación suficiente tal declaración a

49. *Al respecto, y por señalar la más reciente doctrina no contradicha realmente por anteriores resoluciones, la Sent. Del TC de 23 febrero 1995, también las SSTS. de 15 febrero 1996 y 22 mayo 1995, establecen la eficacia probatoria de tales manifestaciones. En base a estas resoluciones puede argüirse que la declaración prestada ante la Policía Judicial correspondiente durante la instrucción del atestado, adquiriera eficacia probatoria, incluso para enervar los efectos de la presunción de inocencia, siempre que, extendida a presencia de Letrado y con la observancia de los principios constitucionales que amparan la dignidad de la persona, sea ratificada por el interesado (...) o si ello no hubiese sido así, que los funcionarios o agentes ante quienes se prestó el citado testimonio declaren en concepto de testigos durante la vista oral con la observancia de los principios de contradicción e inmediación.* STS 14 abril 1996; STC 107/1989 y STS 24 mayo 1990, citadas por VILA MUNTAL, M.A. en *La Prueba en el proceso penal* (AAVV.), Valencia, 2000, p. 92-93.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

las demás partes para que puedan preparar sus pruebas o contrapruebas[50]. Para el acusado la regla no puede ser la misma, pues no le corresponde a él la carga de la prueba. Por tanto si el testimonio de referencia es propuesto por el acusado, el principio general ha de ser el de su admisibilidad para no perjudicar la presunción de inocencia[51].

La doctrina española, desde antiguo, fue muy crítica, en general, con el principio de admisibilidad del testimonio de referencia[52], escrito u oral, pero muy permisiva en las excepciones[53]. Sin embargo, recientemente se han ido elaborando, al socaire de la Constitución y del Derecho comparado, unos principios o reglas más adecuadas al sistema acusatorio:

1.ª) El Tribunal Constitucional, en su sent. 217/1989, de 21 de diciembre sostuvo que *la problemática que plantea la prueba de referencia es, como cualquier otra prueba, la relativa a su veracidad y credibilidad.* La explicación es la apuntada más arriba: el tribunal puede evaluar y depurar la declaración del testigo de referencia que depone, pero no la del testigo directo ausente, del que se obtuvo, aparentemente, el testimonio escrito. Dice la STS. 2ª. de 30 mayo 1995, RA 4505 que *cuando el testigo directo es conocido y se sabe cual fue la fuente de su conocimiento respecto del hecho sobre el que habría de declarar (...) ello permite a las partes razonar sobre su credibilidad y al tribunal, valorarla (...).* Por el contrario, *si el tribunal llegara a conceder validez y crédito a las declaraciones hechas en juicio por este tercero o terceros* (se refiere al testigo de referencia), *causaría una grave indefensión a las partes que se verían privadas (...) de la posibilidad de exponer razón alguna sobre el valor de un testimonio cuya fuente de conocimiento es totalmente ignorada*[54].

2.ª) En segundo lugar, la jurisprudencia asimila los testimonios escritos al testigo de referencia, pues en ambos casos el testigo directo se sustrae del interrogatorio. Así, p. ej., la STC 182/1989, de 3 de noviembre, cuando

50. ZUCKERMAN: ob. cit. p. 217 y SCAPARONE: ob. cit. p. 109.

51. ZUCKERMAN: ob. cit. p. 215 a 221.

52. *(...) mas si dixere que la oyera decir de otro, non cumple lo que testigua (...) si dixere el testigo tan solamente que oyera dezir a otro o que tal ome e tal pusieran tal pleyto entresi en esta manera, o que un ome matara a otro, tal testimonio non deue valer, porque depone de oyda (...)* (Partida III, Tít. XV, Ley XXVIII).

53. Vid., p. e., los arts. 710, 714, 730, etc. Lecrim.

54. GASCON INCHAUSTI, F.: *El control de la fiabilidad probatoria: "prueba sobre la prueba" en el proceso penal.* Ed. Rev. Gra. de Derecho, Valencia, 1999, p. 86 a 89.





dice que *tampoco son medios de prueba las declaraciones de la policía vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2 y 727 LECR, que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales, en cuanto se refieran a conocimiento "propio".*

3.ª) Naturalmente, tampoco son *documentos* (en el sentido del art. 726 Lecrim) las declaraciones testificales sobre los hechos delictivos que, presentadas por escrito, en forma de documentos en la fase sumarial, pretenden sustraer al testigo de su deposición bajo juramento y en presencia del juez o tribunal[55]. En esos casos, tales escritos deberían desglosarse de las diligencias y no habría de permitirse su acceso al juicio oral. La STS, 2ª. de 3 oct. 1998 se refiere, precisamente, a *declaraciones documentadas de los imputados* que se presentaron como *prueba documental*, carácter que les niega el Tribunal, añadiendo, además que *al haberse realizado la lectura en el momento de la prueba documental, se ha privado a las partes de la posibilidad de verificar el oportuno interrogatorio encaminado a comprobar las causas que han motivado la discordancia entre ambas manifestaciones (...) y se llega a la conclusión que ha existido indefensión en los acusados al no poder someter a contradicción las manifestaciones discordantes.* El mismo trato ha de recibir el pseudo-documento de inculpación de un coimputado frente a otro presentado en el sumario (STC. 161/1990)[56]. Ahora bien, la amplísima interpretación que, desde un principio, se dio al término *documento* y que utiliza el 726 Lecrim viene a permitir, en la prác-

55. El art. 229.2 LOPJ exige que *las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas se llevarán a efecto ante el juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes, en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley.*

56. *Respecto a la posible vulneración, en el caso, del derecho a la presunción de inocencia, es de destacar que el acusado —recurrente en amparo— negó en todo momento su participación en los hechos que se le imputan; y así en relación a esa participación, sólo obra en la causa una declaración en la fase sumarial de otro de los encausados, y tal declaración, no sólo no fue leída en los términos que establece el art. 714 Lecrim, sino que ni siquiera fue objeto de consideración en el acto de la vista, según resulta del acta, en la que se hace constar en fórmula impresa, "dada por leída y reproducida la documental", expresión de uso forense que equivale a tener por hecho lo que no se ha realizado (...)* STC. 161/1990, en *La prueba en el proceso penal*, de PEDRO MARÍA GARCÍA y otros. Ed. Revista General de Derecho, 883, p. Valencia, 2000, p. 694-695.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tica, que declaraciones testificales escritas entren como *documentos* en el material probatorio sin la debida contradicción y, en todo caso, sin la presencia del testigo de cargo para ser sometido al *interrogatorio cruzado*, (término que emplea, precisamente, la STS 2ª de 3 de octubre 1998)[57].

4.ª) Otorga el carácter de testimonio de referencia a la declaración de los funcionarios de policía respecto de los hechos manifestados, durante el atestado y ante su presencia, por los detenidos, coimputados o testigos (STC 182/1989 y 79/1994, de 14 marzo). Ello implica que su testimonio no puede sustituir al directo de los testigos, si estos están disponibles en el juicio oral. La doctrina general está contenida en la STC. 261/1994, de 3 de octubre: *el fallo condenatorio se asentó fundamentalmente en la existencia de ciertas declaraciones incriminatorias ante la policía no ratificadas posteriormente en ningún momento, sino únicamente introducidas en el juicio oral a través del testimonio de referencia de los policías ante los cuales fueron formuladas, debemos reiterar aquí la doctrina con arreglo a la cual la prueba testifical de referencia prevista en el art. 710 LECRIM, constituye uno de los actos de prueba que, si bien con carácter excepcional los tribunales de justicia penal pueden tomar en consideración a la hora de fundar una condena (...) la necesidad de favorecer la inmediación, como principio rector del proceso en la obtención de las pruebas, impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal.*

Sin embargo, el testimonio de referencia de la policía no puede convalidar una nulidad cometida por infracción de derechos fundamentales (derecho de defensa y asistencia de abogado): *No cabe dar valor alguno a las declaraciones testificales referidas como convalidantes a la declaración del acusado ante la Policía declarada nula por el Tribunal* (STS 4 mar. 1997, RA. 1997/1892).

5.ª) *El testimonio de referencia sólo puede autorizarse cuando es imposible traer a declarar al testigo directo.* Por último, se da un paso conclusivo y definitivo respecto a la admisibilidad del testimonio de referencia, incorporar en nuestra doctrina la experiencia de los países con proceso acusatorio puro: *la doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala reiteradamente venimos proclamando la posibilidad de utilizar como medio de prueba el testimonio de referencia, salvo en las casos de injuria o calumnia vertida de palabra (arts. 710 y 813 LECR), pero siempre subrayando el carácter subsidiario de esta particular clase de prueba testifical, en el sentido de que sólo cabe acudir a ella cuando no es posible traer al juicio al testigo directo* (STS. 2ª. 25 ene. 1995, RA. 142/95. También las SSTS 26 mar. 1999, RA. 1999/2686, STC. 217/1989, STC. 79/194; STC. 131/1997; STC 7/1999 y STC 97/1999)[58]. Por su parte, el TEDH también declara contrario al precepto del art. 6 CEDH *la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de éste al juicio oral* (STEDH 26 nov. 1986, Unterpertinger; 19 dic. 1990, Delta; 19 feb. 1991, Isgrò; 26 abril 1991, Asch; 20 sept. 1993, Windish y 15 jun. 1992, Ludí)[59].

De hecho, el art. 46 de la LOTJ viene a dar rango de precepto legal a esta doctrina, si bien con carácter absoluto; es decir, sin acoger las excepciones antes referidas[60].

No puede concluirse el comentario sobre la prueba testifical (sea o no de referencia) sin sacar a relucir la importancia del juramento y de la pena por falso testimonio. Sin la adecuada sanción, la crítica de la prueba testifical —de tanta importancia en el proceso penal— resulta casi absolutamente inútil.

En algunos ordenamientos, como vimos antes, la sanción por falso testimonio (perjurio) puede también imponerse al imputado que acepta declarar bajo las reglas del testigo; prestar juramento de decir la verdad y someterse al interrogatorio cruzado de las partes[61]. En otros, como el italiano, no

57. En efecto, AGUILERA DE PAZ, en el T. V de sus Comentarios, p. 469, relativo al art. 726 dice que el concepto de *prueba documental* comprende *no sólo los libros, documentos y papeles, sino también las demás piezas de convicción recogidas*. Ob. cit. T. V, p. 469.

58. Citadas por MONTAÑÉS PARDO, A.: *La presunción (...)*, ob. cit. p. 183.

59. Íd. pág. 183

60. Art. 46.5.II LOTJ: *Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de la prueba anticipada no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados.*

61. El presidente Clinton, cuando en el proceso civil seguido contra él en demanda de daños y perjuicios (caso Lewinski), ante la alternativa de no declarar como testigo (que le hubiese colocado en una posición desfavorable ante la opinión pública) o declarar con juramento de decir verdad, optó por esta última. A consecuencia de su declaración supuestamente no veraz, se intentó perseguirle por falso testimonio (perjurio) y se solicitó el *impeachment* que, sin embargo, no fue otorgado. En el derecho anglosajón la parte es admitida a prestar juramento de decir verdad en su interrogatorio (el juramento indecisorio, hoy desaparecido de la LEC) (¡), tanto en el proceso civil como en el penal, pero en ningún caso tiene obligación de hacerlo. Si jura voluntariamente y miente, es perseguido por falso testimonio. Vid.: LILLY,Graham.: *An Introduction to the Law of Evidence*, 2ª ed. St. Paul Minn. 1987, 585 pp., pp. 84 a 89.







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sólo no está prevista esta posibilidad, sino que la eventual declaración del imputado, libre y atendible en cualquier momento del juicio oral, no está condicionada a juramento o promesa, ni siquiera a preguntas de las partes ni del Tribunal. Es un mero acto libre de defensa (art. 494 CPPIt.).

La existencia del Jurado requiere algunas garantías suplementarias encaminadas a preservar a sus miembros de prejuicios ajenos al hecho justiciable que pueden influir negativamente sobre su imparcialidad; es decir, se trata de evitar que en el fuero interno del juzgador del juicio histórico influyan determinadas "informaciones" que son totalmente ajenas a la prueba de los hechos acusados. Se trata, especialmente, de la eventual mala conducta y antecedentes penales del imputado. Cuando sea preciso tomar en consideración esta información (p. ej., a los efectos de individualizar la pena conceder o no determinados beneficios o imponer medidas de seguridad) es mejor debatirla en una vista posterior al veredicto[62]. Así, en un juicio con jurado, durante el juicio oral y público, y antes del veredicto, la acusación no debería presentar pruebas tendentes a revelar los *antecedentes penales* o *la mala conducta* del imputado, pues de nada sirve para probar si éste cometió o no el delito del que se le acusa[63]. Además, podrían incluso causar indefensión al acusado que, ignorando qué tipo de conducta le van a achacar no habría podido preparar su defensa[64].

Las reglas de la técnica probatoria, especialmente las relativas al interrogatorio cruzado, exigen a los letrados de las partes un mayor respeto a las normas deontológicas (p. ej., evitar las preguntas sugestivas en el examen directo) y poder controlar su aplicación durante el juicio oral, presentando *protestas u objeciones*[65] ante la proposición de pruebas inadmisibles o ante las preguntas impertinentes, lo que constituye una breve cuestión incidental[66], que ha de debatirse, de ser necesario, fuera de la presencia del Jurado[67]. La

62. Así, p. ej., en el Reino Unido y en otros países con tradición juradista.

63. SCAPARONE: ob. cit. p. 132. CROSS & WILKINS: ob. cit. p. 267 a 275. ZUCKERMAN: ob. cit. p 222 a 281.

64. SCAPARONE: ob. cit. p 135.

65. HAMPTON, C.: *Criminal Procedure*. p. 212. LILLY, G.: *An Introduction to the Law of Evidence*, St. paul. Minn. U.S.A., 1987, p. 472 y ss.

66. ANDREWS & HIRST: ob. cit. pp. 29 a 34.

67. El art. I, nº 103 y 104 de las *Federal rules of Evidence* norteamericanas dice que en los juicios con jurado se evitará que éste tenga conocimiento de las pruebas inadmisibles ofrecidas por las partes, por lo que dichas cuestiones se tratarán sin la presencia del Jurado.





indebida admisión de determinadas pruebas podría fundar incluso un recurso de apelación contra el veredicto de culpabilidad que hubiera estado influenciado por pruebas impertinentes capaces de inducir a error al Jurado[68].

## V. PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL Y OTRAS PRUEBAS PERSONALES: EL INTERROGATORIO CRUZADO

### *5.1. Los fundamentos psicológicos de esta técnica*

Nos referimos al interrogatorio de imputados, testigos y peritos pues en todos es preciso valorar, no sólo el contenido de su declaración o dictamen, sino también su credibilidad. Después de lo dicho sobre el principio general de inadmisibilidad de testimonios de referencia, escritos u orales, resulta evidente que la prueba oral (testifical o pericial, incluido el testimonio del propio imputado) es la más importante en el juicio penal[69]. De ahí la necesidad, mayor aun en un juicio ante Jurado, de contar con los instrumentos adecuados para que sea posible valorar con criterios objetivos la credibilidad de los testigos, para "comprobar los instrumentos de la comprobación"[70] y de ahí también la necesidad de acudir al derecho comparado, ya que en derecho continental el testigo resultó siempre "infravalorado" mientras es la prueba básica en derecho anglosajón[71].

*El objeto* del interrogatorio cruzado que vamos a exponer es, natural-

68. En nuestro Derecho, p. ej., en base al art. 846, bis, c) LOTJ, motivos a) y e). Vid. HAMPTON: ob. cit. p. 305 y 306 y *Criminal Appeal Act 1968*, art. 2.

69. Los principales medios de prueba en derecho anglosajón son: los testigos; el testimonio de referencia cuando sea admisible; los documentos y las piezas de convicción. CROSS & WILKINS: ob. cit. p. 1 a 16. "Persona, documento y cosa —dice MUÑOZ SABATÉ— forman así la típica trilogía instrumental aun no superada hasta el presente". *Técnica (...)*, ob. cit. p. 138 y 255. Y, más adelante: "Lo curioso, sin embargo, es que, como decía BONNIER, aun estando esta prueba (testifical) muy lejos de ser infalible, su uso resulta indispensable sobre todo en materia criminal, donde no existe propiamente otro medio de prueba de describir la verdad buscada". Ob. cit. p. 270.

70. MUÑOZ SABATÉ, íd. p. 256.

71. Íd. p. 271. Y añade: "sin oralidad, sin inmediación, sin concentración, sin *cross-examination*, sin taquigrafía, sin una fuerte represión penal al perjurio y cerrado por completo nuestro sistema al uso forense de las modernas técnicas (...) aún nos parecen de una heroicidad e ingenuidad dignas de elogio todos aquellos intentos de construcción de una fórmula heurística con base exclusivamente a la prueba testifical" (p. 271-272).



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mente, la credibilidad del que declara; comprobar o contrastar su memoria su correcta percepción e interpretación de los hechos, su veracidad y claridad expresiva[72]. Estos elementos sólo tienen valor cuando es el propio declarante quien presenció los hechos que refiere, por lo cual no es admisible que el testigo de cargo refiera hechos que no haya percibido por sí mismo —aunque no se le pregunte por ellos— evitando así el testimonio de referencia involuntario y sustrayendo al imputado su derecho a interrogar al testigo directo.

Además, no se trata de obtener una imposible *verdad absoluta* (sólo existente en las ciencias puras), sino que basta la más modesta *verdad histórica*, o, como decimos a veces, *verdad "aproximada" o verdad procesal.* En definitiva, en el proceso penal se trata sólo de probar la acusación *más allá de la duda razonable.*

La *naturaleza* de esta técnica es, según la psicología jurídica, la de las ciencias *no demostrativas; es la teoría de la prueba racional no demostrativa*, que es la lógica de las ciencias no demostrativas[73].

El *método* es el *retórico*, entendiendo por "retórica" la ciencia que estudia la *argumentación o dialéctica probatoria* que se opone a la *demostración*, necesaria para obtener la verdad *formal*, propia de las ciencias puras, pero inútil para las ciencias *históricas*[74]. Se parte de los siguientes *presupuestos:*

*A) Interés del proponente.* La parte que *propone la testifical de alguna persona* es por interés; porque la declaración anterior del testigo o lo que dice conocer del hecho es favorable a la tesis del proponente. No es de extrañar que los abogados de las partes, el Fiscal o incluso la policía se entrevisten con el testigo, previamente a su declaración, para comprobar que persiste su recuerdo de los hechos. Ahora bien, *preparar la prueba testifical no significa sugerir al testigo cómo debe realizar su declaración.* Los fiscales y abogados pueden pedir al testigo que les refiera todo lo que recuerde del hecho, pero no pueden sugerir ningún tipo de respuesta. Como dice MARTÍN en las Actas de la Convención italiana para la preparación del nuevo Código Procesal[75], *el objetivo es presentar al tribunal la declaración del testigo, en su versión original de los hechos, para que el Jurado pueda valorarla sin*

72. ZUCKERMAN: ob. cit. p. 247.

73. UBERTIS, G.: *La prove penale.* Utet, Librería, 7ª ed. 1999, 108 pp, p. 3 a 23.

74. Vid. Para información bibliográfica las dos notas siguientes.

75. MARTÍN, R.: *Il ruolo del contrainterrogatorio nel processo penale americano*, en *Un nuovo codice per una nuova giustizia*, coord. E. FORTUNA y A. PADOAN, Padova 1989, 464 pp., p. 153-154.





*alteraciones, sin que el testigo incurra en infracciones legales por falta de preparación, como por ejemplo, mencionar anteriores condenas del procesado que puedan predisponer al Jurado en su contra.*

*B) El que interroga nunca es neutral.* La declaración testifical ha de realizarse en forma dialéctica y no a través de uno o varios monólogos. Por lo demás, como enseña la psicología jurídica, *la manera de hacer la pregunta no es nunca neutral y tiene cierta influencia sobre la respuesta*[76]. Aun cuando se confíe a un órgano imparcial el cometido de interrogar (por ejemplo, al propio juez), puede aceptarse su neutralidad o imparcialidad en el sentido que se trata de un sujeto "desinteresado" respecto al portador de determinado interés procesal, pero es ilusorio presumir *virginidad mental* del juez, como si éste no tuviera ninguna hipótesis[77] que verificar pues, de alguna manera ha de conocer la acusación para saber sobre qué puede inquirir. Y, añade FASSONE, es falaz pensar que tal acercamiento pueda ser totalmente respetuoso con la fuente y obtener así una mejor representación de la realidad de parte del declarante. El hecho mismo de interrogar desde una posición de fuerza institucional y, en consecuencia, de exigir una determinada respuesta, está inevitablemente unido a la preconfiguración de esa misma respuesta en la mente de quien pregunta. Y este deseo, latente de una determinada respuesta, termina por influir en el interrogado, puesto que, como recuerda CAROFIGLIO, la comunicación no es sólo y simplemente un instrumento para representar objetos independientes o en ella contenidos, sino que, al mismo tiempo, condiciona la estructura de los hechos y de su conocimiento. Como en las ciencias, en suma, el observador perturba fatalmente el objeto de su observación.

*C)* En consecuencia, *es mejor confiar en que interroguen los interesados (...).* Por ello hay que abandonar la idea de que la conducta de un sujeto supuestamente imparcial sea la mejor técnica para examinar a un sujeto portador de información. Al contrario, es mejor confiar, sin hipocresía, en

76. FASSONE, Elvio: *Presentazione* al libro de CAROFIGLIO, G.: *Il Controesame, dalle prassi operative al modello teórico*, 210 pp. Giufrè, ed., Milano, 1997, p IX.

77. La *tesis* del tribunal supone la acogida de una posible nueva unidad mínima de observación que modifica el tipo delictivo, su gravedad, sus circunstancias agravantes, su grado de ejecución o su forma de participación. Supone, además, que el legislador le encomienda verificar que el objeto sea juzgado en su integridad y no tal como las partes quieran configurarlo, lo que, inevitablemente implica la formación de una hipótesis o "tesis", en el espíritu del juzgador (733, 793.6 Lecr).



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

un acercamiento multilateral de varios sujetos psicológicamente "interesados", pues si bien se producirá el intento de obtener del sometido a interrogatorio la contestación "deseada", las dos o más "verdades parciales" que se obtengan formarán parte de la síntesis final a la que llega el que regula y preside el debate. En definitiva, parece que vale más aceptar la inevitable e involuntaria falta de neutralidad de los que declaran y de los que interrogan contradictoriamente y, al propio tiempo, confiar en la obra final de reconstitución mental del juez facilitada con una adecuada técnica de interrogatorio pues, en ese cometido, en esta reconstitución histórica de los hechos que influirán en la sentencia, puede ser verdaderamente "imparcial" o neutral, al menos hasta donde pueda serlo la mente humana[78].

### 5.2. *Técnica del interrogatorio (recogido en gran parte por el nuevo Código Procesal Penal italiano)*

Se utiliza para testigos, peritos y para el propio acusado que desee voluntariamente declarar (arts. 194, 198.2, 499, 499.3 y 501 CPPIt). Como premisa hay que mencionar la *necesidad de un contacto o comunicación directa de los abogados con sus defendidos* para poder salir al paso de las manifestaciones o declaraciones sorpresivas de los acusados, testigos o peritos, con respecto de lo que consta en las actuaciones. En ese sentido ha de aplaudirse en tenor del art. 42.2 LOTJ.

#### A) *Examen directo*

Es el interrogatorio que formula el abogado de la parte que presenta el testigo (*Esame diretto, examination-in-chief* o *direct examination*). En esta fase primera están absolutamente prohibidas las *preguntas sugestivas*[79] que, por deontología, el letrado no debe formular (p. ej., *¿es cierto que la víctima llevaba un traje azul con una mancha roja en el pecho?*). Hacer repetidamente preguntas sugestivas es sancionable y puede descalificar la contestación dada.

En segundo lugar, tampoco procede interrogar o declarar *sobre la moralidad y conducta del acusado,* salvo si, como establece el Código procesal penal italiano (194), se trata de hechos específicos e idóneos para calificar la personalidad del acusado o su peligrosidad social (p. ej., para individualizar la pena, etc.). Por la misma razón, tampoco se admiten preguntas sobre *la personalidad del ofendido* salvo si el hecho enjuiciado ha de ser valorado en relación con el comportamiento de dicho ofendido (p. ej., atenuantes, eximentes, agravantes, etc.). En Derecho anglosajón, si el abogado defensor saca a relucir con sus preguntas la buena conducta del imputado, la acusación puede proponer pruebas de lo contrario.

En el interrogatorio directo (primera fase) las *respuestas han de ser escuetas, como las preguntas.* No debe permitirse que el testigo que aporte un *relato continuado* de los hechos que conoce, no sólo porque puede haberse preconstituido, sino también para evitar que se introduzcan involuntariamente "referencias" de otros testigos que no declaran. Por ello se sigue la técnica de las preguntas y respuestas *escuetas*[80]. En consecuencia, cabe *objetar o protestar* por determinada pregunta o repregunta sugestiva o capciosa, o por la contestación, cuando implica referencia a un tercero.

La parte que presenta el testigo *tampoco debe explicar ni aportar lo que declaró anteriormente* para, con ello, realzar su credibilidad ante el tribunal[81], pues se supone que si la parte lo presenta es porque sabe que dice la verdad. Sólo en caso de ponerse en duda su veracidad y sinceridad se permite aportar sus anteriores declaraciones "concordantes" con su actual testimonio.

En fin, si las respuestas del testigo son claramente perjudiciales y contrarias a los intereses de la parte que lo presentó (es un testigo *hostil*), aquélla puede solicitar al tribunal la venia para proseguir el interrogatorio con el método que se utiliza para los testigos de la parte contraria (el interrogatorio cruzado)[82] y poder demostrar su poca credibilidad.

78. FASSONE, ob. cit. p. X.
79. SCAPARONE: ob. cit. p. 113.
80. SCAPARONE: ob. cit. p. 110 "La disciplina de la *direct examination* —dice este autor— se halla profundamente influenciada por la consideración de que el testigo ha sido ya interrogado previamente por la parte que lo presenta en algún contacto previo; de ahí que le haya llamado a declarar: es decir, se supone que el testigo siente cierta "simpatía" por la parte para quien declara, e incluso podría haberse concertado con ella sobre su declaración" ob. cit. p. 110.
81. ZUCKERMAN: ob. cit. p. 87
82. SCAPARONE: ob. cit. p. 114.







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*B) Interrogatorio cruzado o* controesame *o* cross examination[83]

En esta fase la parte contraria trata de obtener del declarante aquello que pretende ocultar o que no está dispuesto a confesar; de averiguar su seguridad en lo que dice; si se contradice o pierde su aparente seguridad y aplomo; de ver si hay motivos para dudar de su sinceridad y honestidad y, en general, de desvalorizar la declaración que acaba de hacer[84]. Es por ello que tan pertinentes son las preguntas referidas a los hechos enjuiciados como las que tratan de poner a prueba la percepción, interpretación de los hechos, memoria, precisión y buena fe del testigo[85], pues *el valor probatorio del declarante depende, fundamentalmente, de su credibilidad*[86].

Por ello se permite, desde luego, formular *preguntas sugestivas*, poner al testigo en evidencia si *su anterior declaración* fue distinta a la que presta en el juicio oral y, si la niega, aportarla como prueba[87], Puede exigírsele —ahora sí— *una narración continuada* de los hechos que antes ya relató aisladamente contestando las escuetas preguntas de la otra parte y ello con el fin de determinar si incurre en *contradicciones* y, en tal caso, ponerlas de relieve[88].

Los estudiosos de esta técnica aseguran que, aun prescindiendo de imperativos constitucionales de más amplio espectro, el interrogatorio cruzado, más que el propio sistema de Jurado, fue *la gran contribución* anglosajona a la mejora de los métodos forenses para el descubrimiento de la verdad. La fe en la eficacia de este método, prosiguen, es tal, que el derecho del imputado a utilizarlo frente a los testigos de la acusación forma parte en Inglaterra de los usos procesales consolidados como derechos de la defensa y, en los Estados Unidos, el Tribunal Supremo lo considera incluido en las Enmiendas VI y XIV de la Constitución.

83. "Contra-interrogatorio" lo llama MUÑOZ SABATÉ. "Tiene una función eminentemente crítica; con él se persigue, no sólo la adquisición de nuevas noticias sino además y de modo primordial, investigar el grado de sinceridad y veracidad del testimonio anteriormente rendido (...) requiere ser responsivo y además permite, y aveces incluso exige, preguntas sugestivas". Ob. cit. p. 288.

84. ZUCKERMAN: ob. cit. p. 93.

85. *As to facts* y *as to credit*, ZUCKERMAN: ob. cit. p. 94. SCAPARONE: ob. cit. p. 115.

86. ZUCKERMAN, p. 95

87. Íd. p. 97.

88. SCAPARONE: ob. cit. p. 118





Inspirado en esta doctrina, también el nuevo Código Procesal Penal Italiano permite que la parte que no propuso al testigo pueda formular *preguntas sugestivas* (499.2) y que las respuestas que dé se puedan contrastar con sus *anteriores declaraciones contradictorias* obrantes en la instrucción del Fiscal, las cuales, por lo demás, *no podrán ser utilizadas como prueba de los hechos en ellas afirmados, sino sólo a los efectos de valorar la credibilidad del testigo o persona interrogada* (parte, perito) (500).

En el moderno Código italiano, este interrogatorio de parte no supone, en manera alguna, mermar los poderes del tribunal en orden a la clarificación y depuración de las pruebas personales pues, sea de oficio o a instancia de parte, siempre puede formular, durante el interrogatorio, o después, las preguntas que crea convenientes a los testigos, peritos y partes ya interrogadas (506.1).

*C) Posible nuevo interrogatorio directo*

En algunos ordenamientos, después del interrogatorio cruzado, cabe un *nuevo examen del testigo por la parte que lo presentó (re-examination)*. Tiene por finalidad recomponer, si es posible, la credibilidad del testigo, permitiéndole de nuevo contestar a las preguntas que se le formulen por la parte que lo presentó y que, como en el primer interrogatorio, no podrán ser sugestivas, capciosas, ni implicar testimonios de referencia, etc.[89]

En efecto, el interrogatorio cruzado soportado por el testigo puede haber dejado su declaración, en determinados extremos, sembrada de dudas e incluso con admisiones perjudiciales e involuntarias que no tuvo oportunidad de rectificar. Por ello, cuando en el interrogatorio cruzado aparece algún hecho nuevo o alguna incongruencia que merece explicaciones, el letrado que propuso al testigo puede llamarle de nuevo e interrogarle de forma directa. Así, en Italia y en los países anglosajones, la parte que presentó el testigo puede volver a preguntar después del interrogatorio cruzado de la otra parte (498.3 Cod. Proc. Pen. It.) con la finalidad de esclarecer la anterior declaración o despejar las dudas y contradicciones. Es una *segunda oportunidad* de interrogar para equilibrar las posibles *preguntas sugestivas*

89. SCAPARONE: ob. cit. p. 121.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

formuladas por la contraria y para obtener la recuperación psicológica del testigo. Es una oportunidad de la cual sólo goza la parte que, por haber propuesto al testigo, no pudo someterlo a interrogatorio cruzado. Cuando una de las partes utiliza el interrogatorio cruzado sólo para obtener la contradicción y el descrédito del testigo, o sólo para sembrar dudas y, además, pone fin al interrogatorio de forma súbita y sin intentar recomponer las dudas sembradas, la réplica restituye al proponente del testigo la posibilidad de esclarecer los ángulos y las sombras, y dejar en su justo valor los frutos del interrogatorio[90].

*D) Llamada final a algún testigo que ya declaró*

Concluida la prueba, cabe aun solicitar el interrogatorio de algún testigo que ya declaró, ya sea porque han aparecido elementos nuevos, imprevisibles por la parte que lo interrogó, ya sea para aclarar alguna contestación o repreguntar sobre ella. En cualquier caso se requiere la autorización del Presidente, que más bien se concede restrictivamente. También puede el Presidente, de oficio, volver a llamar a algún testigo que ya haya declarado, aunque en este caso no puede ser sometido a interrogatorio cruzado por las partes, que sólo podrán formular preguntas aclaratorias[91].

*5.4. Las malas interpretaciones*

Ahora bien; esta *dialéctica de la argumentación* ha de ser bien entendida, pues sino, sus efectos pueden ser inútiles o incluso contrarios a la finalidad perseguida. Así sucede en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, que incorpora también lo que denomina *interrogatorio cruzado*: Art. 306: (*Rúbrica): Facultades del tribunal e intervención de abogados. Interrogatorio cruzado* a las partes (y que también lo aplica a los testigos). Sin embargo, el título no responde al contenido, a no ser que por "cruzado" se entienda, como algún autor del s. XIX, que el abogado de la defensa interroga a los testigos de la acusación y el de la acusación a los testigos de la defensa (y aquí termina la técnica).

90. FASSONE, E. (con FORTUNA, DRAGONE, GIUSTOZZI Y PIGNATELLI), *Manuale pratico del nuovo processo penale*, CEDAM, Padova, 1991, pp 733.

91. CROSS & WILKINS: ob. cit. p 96 y 96.





Tampoco en la nueva LEC se entendió el sistema[92], pues resulta que el abogado de la propia parte tiene que hacer las *preguntas forzosamente sugestivas*; ya que debe formularlas *en sentido afirmativo* (302). ¿Pueden ser más sugestivas? El ejemplo de pregunta sugestiva: *Diga que llevaba una mancha roja en el traje azul* tiene, por ejemplo tres sugestiones: color "azul" del traje, "mancha" y color "rojo" de ésta. Sin embargo, sería perfectamente lícita en la LEC. Lo que no puede hacerse, según la LEC, es preguntar "de verdad" y sin sugerir la respuesta: ¿de qué color era el traje? ¿había alguna anomalía o característica especial en él? A la respuesta de que llevaba una mancha, ¿de qué color? Éstas sí son preguntas y no la confirmación de las afirmaciones necesariamente sugestivas prevista en la LEC incluso para interrogar al *propio* testigo.

En segundo lugar, con la posibilidad-necesidad de formular las preguntas de modo "afirmativo", la prohibición de añadir a las preguntas *valoraciones o calificaciones* (302.1) (que, en principio, obedece a las normas del examen directo al propio testigo) se va al traste. Así, según el tenor literal de los arts. 302 y 368 (interrogatorio de partes y testigos), se prohíben las *valoraciones y las calificaciones.* Al propio testigo no se le puede preguntar si corría mucho o iba despacio; si determinada persona era alta o baja de estatura, o si frenó con fuerza o suavemente, etc., sino que se le debe "preguntar" (afirmativamente), por ejemplo, "que corría a menos de sesenta kilómetros por hora"; "que el peatón medía alrededor de 1,65 m;" "que dejó unas huellas de frenada de menos de quince metros" y que "el accidente se produjo a las 15 horas 35 minutos". ¿Caben "preguntas" más sugestivas?...

92. Vid. Mi artículo *Un interrogatorio cruzado y...mágico* en la Rev. Justicia 2000, pp. 5 a 14.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

# EL SISTEMA DE RECURSOS EN LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA, TRAS EL TRATADO DE NIZA

JORGE NIEVA FENOLL
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. HISTÓRICA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA JURISDICCIONAL COMUNITARIO. — II. LOS DOS PROBLEMAS ACTUALES: LA SOBRECARGA DE ASUNTOS. LAS LENGUAS DE PROCEDIMIENTO. — III. LA NUEVA ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL. 1. El fin de la «agregación» del Tribunal de Primera Instancia al Tribunal de Justicia. 2. La creación de Salas Jurisdiccionales «agregadas» al Tribunal de Primera Instancia. 3. El papel del Tribunal de Justicia en la nueva organización. — IV. EL SISTEMA DE RECURSOS. — V. LOS RECURSOS CONTRA LAS DECISIONES DE LAS SALAS JURISDICCIONALES ANTE EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (art. 225.2 TCE). 1. La opción "apelación". 2. La opción "casación". 3. Propuesta procedimental. — VI. EL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA CONTRA LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (art. 225.1 TCE). 1. Balance de una década. 2. Finalidades de la casación. 3. La limitación a las cuestiones de derecho. — VII. EL "REEXAMEN EXCEPCIONAL". 1. Naturaleza jurídica y finalidad del "reexamen excepcional". 2. Legitimación de las partes y admisión del reexamen. 3. Efectos de la interposición del reexamen y de su resolución por el Tribunal de Justicia.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## I. Introducción. Histórica evolución del sistema jurisdiccional comunitario

Desde su creación, hace menos de 50 años, el sistema jurisdiccional comunitario ha conocido una evolución impensable en el momento de dicha creación. Nadie pudo pensar en aquel tiempo que el Tratado de Niza pudiera comportar una reforma que habría de transformar el sistema jurisdiccional de la Unión en un sistema más cercano a los modelos nacionales que a los sistemas jurisdiccionales propios de una organización internacional. En 1998, consideré la introducción del recurso de casación como un signo de madurez legislativa del sistema jurisdiccional comunitario[1]. A día de hoy, me parece excelente la idea del Tratado de Niza de crear Salas Jurisdiccionales[2].

A pesar de dichos logros, siento no poder realizar más elogios a esta reforma. El sistema que describe el Tratado de Niza está marcado por el consenso[3]. En consecuencia, la redacción del Tratado no siempre es todo lo clara que sería deseable. Existen contradicciones internas que no se deben a los prelegisladores técnicos. Al contrario, las contradicciones son el fruto de una negociación política, siempre difícil.

Antes de exponer el nuevo sistema jurisdiccional, creo necesario realizar una breve referencia a las causas más importantes de la reforma de dicho sistema.

## II. Los dos problemas actuales: la sobrecarga de asuntos. Las lenguas de procedimiento

Un sistema jurídico debería progresar a base de su perfeccionamiento, y no a través de reacciones urgentes ante problemas que hubieran debido ser previstos con mucha antelación[4].

1. Nieva Fenoll, Jorge, *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Barcelona 1998, p. 13.

2. Vid. Ruiz-Jarabo, Dámaso, *La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en œuvre futur*, RTD eur. 37 (4), oct-déc. 2001, p. 722.

3. Johnston, Angus, *Judicial reform and the treaty of Nice*, CML Rev. (38) 2001, p. 502.

4. Es este el problema que la Comisión deseaba evitar con el « Group de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés », instituido por Decisión de 20 de abril et 4 de mayo de 1999 : « *sur la base d'un diagnostic du nombre et la durée actuels des procédures, et compte tenu des évolutions prévisibles eu égard notamment aux nouvelles compétences attribuées à la Cour par le Traité d'Amsterdam et dans la perspective du prochain élargissement, de recenser les options quant aux solutions à mettre en œuvre…* ».

5. Rodríguez Iglesias, Gil Carlos, *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, CDE, 1999, nº 3-4, p. 275. Puyssochet, Jean-Pierre, *L'administration de la justice européenne*, Revue française d'administration publique, nº 95, juillet-septembre 2000, p. 432. Coulon, Emmanuel, *L'indispensable réforme du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, R.A.E. - L.E.A., 2000, p. 256. Schonberg, Søren J., *Coping with judicial over-load: The role of mediation and settlement in community Court litigation*, CMLR, nº 2, 2001, p. 333. Shaw, Jo, *The treaty of Nice : legal and constitutional implications*, European Public Law, June 2001, p. 203. Johnston, *Judicial reform*, op. cit. p. 501.

6. Rapport du Groupe de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes, Janvier 2000, p. 9-10. « *…Le coût en argent et en temps de ce processus est déjà écrasant. Comment sera t-il supportable si le nombre des langues de procédure double également ? Pour toutes ces raisons, il est claire que les structures actuelles du système juridictionnel communautaire sont incapables de faire face à l'évolution inéluctable de l'Union.* »





La Comunidad ha experimentado con demasiada frecuencia ese fenómeno. Por fortuna, los sujetos que pueden acudir a la Jurisdicción comunitaria han aumentado considerablemente como consecuencia de las nuevas adhesiones. Este aumento, así como el innegable prestigio de la Jurisdicción Comunitaria, han hecho que la estructura de la Institución —concebida en un principio para un número de litigios muy reducido—, sea hoy inadecuada. Los retrasos ante el Tribunal de Justicia y ante el Tribunal de Primera Instancia son bastante considerables, a pesar de los denodados esfuerzos de los funcionarios para reducir dichos retrasos. El problema persiste y no parece tener perspectivas cercanas de solución[5], puesto que con las futuras diez adhesiones el retraso aumentará sin duda aún más[6]. Los órganos jurisdiccionales comunitarios habrán de ocuparse de los litigios de 25 Estados, de sus ciudadanos y de la relaciones de los Estados Miembros con las Instituciones Comunitarias, así como de los conflictos entre las propias Instituciones.

Además, existe otro problema que constituye también una causa directa de los retrasos. La Jurisdicción Comunitaria utiliza todas las lenguas mayoritarias de los Estados Miembros, a fin de respetar políticamente las particularidades de dichos Estados. Lo anterior no sería un problema si las traducciones no devoraran literalmente una parte importantísima del presu-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

puesto de la Comunidad, y además no fueran lentas en su confección, a pesar de los constantes esfuerzos de los traductores. El problema es perfectamente conocido por todos, pero de cara a nuevas adhesiones dentro de un futuro próximo, y dado que casi todos los Estados Candidatos poseen diferentes lenguas oficiales, se teme que la situación se torne insostenible.

Los retrasos ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia han demostrado que la situación debe cambiar por completo. Esta especie de estado de emergencia ha provocado la reforma del sistema de recursos que comentaré después. Antes de ello, propondré a continuación algunas ideas sobre el problema de las lenguas de procedimiento.

En mi opinión, este problema fue mal afrontado desde un principio. Lo política no puede condicionar jamás la evolución de cuestiones de naturaleza jurídico-procesal. El proceso debe ser siempre justo y "apolítico". Al principio, quizás fue lógico que todos los Estados Miembros utilizaran sus propias lenguas oficiales. La Comunidad funcionaba como una organización internacional económica, y de hecho, sólo existían cuatro lenguas de procedimiento: el alemán, el francés, el neerlandés y el italiano.

Pero hoy en día, la lógica utilizada entonces ya no puede funcionar, Los órganos jurisidiccionales de la Comunidad no pueden trabajar en nada menos que DOCE lenguas: alemán, inglés, danés, español, finés, francés, griego, italiano, neerlandés, portugués, sueco e irlandés. Se trata de una evidente exageración, que trata de satisfacer injustificables razones políticas y que malgasta una desproporcionada cantidad de euros que podría ser invertida en otros menesteres más relevantes.

Querría insistir en que la situación carece de toda justificación, sobre todo si se analizan las dos siguientes razones: de un lado, la protección, el respeto, la dignidad y el prestigio de las lenguas europeas no depende de su utilización en la Jurisdicción comunitaria. Por otra parte, no todas las lenguas oficiales de los Estados Miembros son utilizadas por la Jurisdicción comunitaria. A excepción del irlandés, las normas de la Comunidad han discriminado a todas las lenguas "minoritarias", a pesar de que algunas de ellas sean también oficiales en los Estados Miembros, y de hecho tengan un mayor número de hablantes que algunas lenguas oficiales de la Comunidad. Por tanto, desde un punto de vista completamente estricto, podría decirse que la representación de las lenguas europeas en las Instituciones Comunitarias es culturalmente injusta.

Sin embargo, estoy persuadido de que esta última constatación podría ser la clave de la solución. La Comunidad no ha reconocido oficialmente a





esas lenguas (minoritarias) como lenguas de procedimiento, sencillamente porque la mayor parte de sus hablantes conocen la lengua mayoritaria de su respectivo Estado. Dicho de otro modo, el sistema no intenta discriminar, sino buscar una racionalidad basada en la realidad de los hechos. Reitero que la supervivencia de estas lenguas minoritarias no depende de su utilización por la Jurisdicción comunitaria. Si ello es así, no cabe mantener que una lengua "mayoritaria" se viera discriminada porque su utilización se limitara en el ámbito de la Jurisdicción Comunitaria. En consecuencia, es evidente que no son razones culturales, sino simples razones nacionalistas las que han provocado esta situación insostenible.

Por consiguiente, debe buscarse una solución. Si se deja de un lado la cuestión política, habría que analizar, sin complejos, la realidad de los hechos. En primer lugar, haría falta saber quiénes son los usuarios reales de la Jurisdicción Comunitaria, porque es muy fácil pensar que dichos usuarios son los ciudadanos. Bien al contrario, la anterior no es más que una afirmación política, un puro espejismo. Los auténticos usuarios externos a la institución son solamente los abogados de las partes. En consecuencia, el problema lingüístico es sobre todo un problema de dichos abogados, así como de los funcionarios de la Jurisdicción Comunitaria.

Sin embargo, todos los funcionarios, sin excepción, pueden trabajar, y de hecho, trabajan efectivamente en francés[7]. Además, gran parte de ellos podría trabajar también en inglés. Por añadidura, la realidad revela que la gran mayoría de abogados que ejercen su profesión ante la Jurisdicción comunitaria tienen profundos conocimientos de francés. O al menos, poseen bufetes que cuentan siempre con empleados que pueden ayudarles a trabajar en francés, sin ningún problema. La dificultad se cifra sobre todo en las vistas. En ese trance, los abogados se expresan mejor, como es lógico, en su lengua madre.

Si se toman en consideración todos estos hechos, sin olvidar que será imposible, en las condiciones actuales, que la Jurisdicción Comunitaria siga trabajando en todas las lenguas oficiales, será imprescindible que todos realicemos un sacrificio en aras de la eficacia del sistema.

7. DUE, Ole, *Understanding the reasoning of the Court of Justice*, « Rodríguez Iglesias / Due / Schintgen / Elsen (éd.), Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler», Baden-Baden 1999, p. 77. RAMSEY, Lynn E., *Reforming the European Courts at the IGC*, The juridical Review, Part 4 (2000), p. 217.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

No obstante, el sacrificio tampoco debe ser desproporcionado. Evidentemente, no me dispongo a proponer que todas las lenguas oficiales sean borradas del mapa con excepción de una. Intento simplemente que la lengua que finalmente se escoja tenga motivos de peso para conservar su uso, sin eliminar, por descontado, a las otras.

Al efecto, existen los siguientes criterios para realizar la elección:

— *Criterios filológicos*: Cabe dividir las lenguas oficiales en familias: Las lenguas románicas, las germánicas, las anglosajonas, el finés y el griego. De ese modo, el problema se reduce a cinco lenguas, escogiendo una de cada familia. El criterio tendría en cuenta la proximidad lingüística, parámetro que, por cierto, ya es utilizado, por ejemplo, en la constitución de las Salas del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia. Con las nuevas adhesiones, será necesario añadir las familias eslava y húngara.
No obstante, lo más difícil sería escoger la lengua más apropiada de cualquiera de las familias. Dentro de las dos primeras, lo más fácil sería escoger el francés y el alemán. Pero la elección no sería tan sencilla, por razones bien conocidas por todos.

— *Lenguas oficiales en más de un Estado Miembro*: Utilizando este criterio, las lenguas escogidas serían el francés (Francia, Bélgica y Luxemburgo), el inglés (Irlanda y Reino Unido), el alemán (Alemania, Austria y Bélgica), el neerlandés (Holanda y Bélgica), y el sueco (Suecia y Finlandia). De esta forma, el problema se reduciría igualmente a cinco lenguas, pero todas las lenguas marginales (desde un punto de vista geográfico), se verían apartadas. Por esta razón, el criterio no parece todo lo justo que debiera.

— *Número de hablantes*: El alemán, el francés y el inglés encabezan la lista de las lenguas más habladas dentro de la Comunidad, seguidas por el italiano y el español. Sin embargo, desde un punto de vista político, el criterio es peligroso. Sin embargo, es preciso recordar que se utiliza un sistema similar para el reparto de escaños en el Parlamento Europeo, a partir de la población de cada Estado.

— *Idioma muy utilizado como segunda lengua*: Con este criterio, el inglés, el francés, el español y quizás el alemán, serían las lenguas escogidas.





— *Número mundial de hablantes*: Este criterio se basa en la proyección exterior de la Comunidad Europea. Cuatro de las lenguas más habladas en el mundo son lenguas oficiales en la Unión: inglés, español, francés y portugués.

Los criterios anteriores revelan claramente que la solución del problema es muy compleja, pero posible. Aunque todo lo expuesto permitiría la utilización de al menos cinco lenguas ante la Jurisdicción Comunitaria, el problema lingüístico sólo hallará una solución definitiva si se escoge una única lengua de trabajo, a fin de evitar más conflictos sobre la cuestión lingüística. Debe tenerse en cuenta que la discusión sería todavía más difícil si en lugar de escoger una única lengua, debieran escogerse dos o tres, por ejemplo. ¿Cuáles, en ese caso?[8].

La selección, ciertamente, no es nada fácil. Pero si se toman en consideración todos los criterios expuestos, y sobre todo la realidad actual de la institución, lo cierto es que la lengua francesa parece la más apropiada para cumplir la función de única lengua de trabajo, al menos para la documentación procesal del tribunal y de las partes. Esta propuesta parte del hecho de que todos los sujetos que trabajan en o ante la Jurisdicción Comunitaria, prácticamente sin excepción, conocen el francés. Por esta razón, si se dejan de lado las implicaciónes políticas del problema lingüístico, habría que restringir la utilización de las lenguas de procedimiento al francés. Los efectos de esa restricción serían serían muy positivos, sobre todo en lo que respecta a los abogados cuya lengua madre no es el francés, puesto que a buen seguro, al no poder utilizar su lengua madre, sus escritos serán más breves y directos[9].

A pesar de todo, por las razones ya expuestas, podría permitirse la utilización de la lengua materna para las vistas. Ello confiere a la Institución una imagen plurilingüe muy importante para los litigantes que asisten personalmente a dichas vistas. Esas traducciones no comportarían, por lo demás, un gasto excesivo, dado que la labor de los traductores se limitaría a una traducción simultánea de los informes orales.

8. Vid. HACKENBERG, Waltraud, *Vorschläge zur Reform des Europäischen Gerichtssystems*, Zeitschrift für Europäisches Recht, 2000, p. 869

9. Vid. PASTOR BORGOÑÓN, Blanca, *Breve guía práctica para los abogados ante el Tribunal de Primera Instancia*, Comunidad Europea Aranzadi, Suplemento, diciembre de 1998, p. 15.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

No obstante, el problema principal lo constituye la traducción de la jurisprudencia[10]. En este caso, la solución es todavía más difícil. No puede olvidarse que los usuarios de la jurisprudencia no son solamente los expertos en Derecho Comunitario. La existencia de la cuestión prejudicial implica que todos los jueces de los Estados de la Unión deben poder tener un fácil acceso a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por esta razón, la jurisprudencia deberá ser traducida obligatoriamente a cada lengua oficial[11].

La situación descrita solamente cambiará si un día todos los ciudadanos europeos dominamos una segunda lengua común, sea la que sea, es decir, no forzosamente el francés. Al respecto, resultaría imprescindible una solución política realista para favorecer el real aprendizaje escolar y universitario de esta segunda lengua. A mi juicio, esta decisión debe ser adoptada urgentemente, a fin de evitar que el problema lingüístico devenga un obstáculo política y económicamente insuperable a la expansión de la Unión Europea, al menos en los próximos veinte o treinta años.

Otherwise, the problem will never be solved, y el presupuesto de la comunidad no podrá hacer frente a los costes de las traducciones. Zudem muss man die aktuelle Lage der Europäischen Gerichte berücksichtigen. Si tous les fonctionnaires utilisaient toujours leur langue maternelle, il lavoro diventerebbe quasi impossibile. Alle agenten van de Europese Gemeenschappen zouden 12 talen moeten spreken. Μόνο εφόσον ομιλούν διάφορεζ γλώσσεζ, där kommer att vara människor i de europeiska domstolarna som aldrig kan prata med varandra. Para que a situaçâo nâo se torne tâo dificil como a leitura deste paragrafo, cathaig sé go mbeigh teánga amháin en uasaid en aon taim amháin. Effektiviteten indenfor den europæiske lovgivning vil blive forøget, ja kieliongelma ei ole enää este.

## III. La nueva organización jurisdiccional

Antes de exponer el nuevo sistema de recursos, es precisa la explicación de la nueva organización jurisdiccional tras el Tratado de Niza.

10. Rapport du Groupe de réflexion, janvier 2000, op. cit. p. 44.

11. Arnull, Anthony, *Judicial architecture or judicial folly? The challenge facing the EU*. «Dashwood & Johnston, The future of the judicial system of the European Union», Oxford 2001, p. 49, ha propuesto la selección de la jurisprudencia que habría de ser traducida, en la línea de la orientación marcada por el Rapport du Groupe de réflexion, janvier 2000, op. cit. p. 45.





### 1. *El fin de la «agregación» del Tribunal de Primera Instancia al Tribunal de Justicia*

El primer resultado que puede valorarse positivamente de la reforma de Niza[12], es el fin de la incomprensible "agregación" del Tribunal de Primera Instancia al Tribunal de Justicia. Cuando se creó el Tribunal de Primera Instancia, era posible comprender (aunque no compartir) las razones de los reformadores para concebir el Tribunal de Primera Instancia como una especie de jurisdicción agregada al Tribunal de Justicia. Los recelos eran evidentes, porque se estaba a punto de crear un nuevo órgano jurisdiccional que podía hacer la competencia al Tribunal de Justicia, y además se corría el riesgo de que acabaran naciendo líneas jurisprudenciales contradictorias.

Pero a día de hoy, en mi opinión, tras la brillante trayectoria del Tribunal de Primera Instancia durante más de una década, resultaba verdaderamente absurdo, y probablemente peyorativo, mantener esa "agregación", esa "tutela", cuya naturaleza jurídica real ha permenecido sin aclararse durante todo este tiempo.

No obstante, tendría que haberse realizado una revisión más profunda de las expresiones utilizadas. La denominación "Tribunal de Justicia-Tribunal de Primera Instancia", como título de todos los artículos dedicados a los Tribunales de las Comunidades, es una fórmula de consenso. Desde el punto de vista del Derecho Procesal, las expresiones "La Jurisdicción Comunitaria", o incluso "La Jurisdicción de la Unión Europea", hubieran sido, en mi opinión, mucho más adecuadas, ya que como veremos en los siguientes apartados, va a haber otros órganos jurisdiccionales en la Unión que no van a ser ni el Tribunal de Justicia ni el Tribunal de Primera Instancia. Y en un futuro próximo, no parece conveniente seguir designando a toda la estructura judicial de la Unión enumerando todos sus órganos.

### 2. *La creación de Salas Jurisdiccionales «agregadas» al Tribunal de Primera Instancia*

Si el fin de la "agregación" del Tribunal de Primera Instancia al Tribunal de Justicia puede ser considerado como un éxito científico destacado, es

12. Crowe, Richard, *the Treaty of Nice and reform of the Community Courts*, Codex 4/2000, p. 96. HATJE, Armin, *Die institutionelle Reform der Europäischen Union- Der Vertrag von Nizza auf den Prüfstand*, EuR, 2, 2001, p. 165.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

un error continuar hablando de "agregación" para cada nuevo órgano jurisdiccional que se constituye.

Es comprensible el miedo a la dispersión jurisprudencial antes mencionado. No obstante, es preciso destacar que no es posible prevenir ese riesgo a través de una "agregación" formal, que demostrará su ineficacia muy pronto, tal y como ha ocurrido en el caso del Tribunal de Primera Instancia con respecto al Tribunal de Justicia. No se trata de una cuestión de expresiones, sino de emprender de una vez por todas una reorganización valiente del sistema jurisdiccional, así como de los mecanismos que garantizan la unidad de interpretación del Derecho Comunitario.

En estas condiciones, la denominación "Salas Jurisdiccionales" es asimismo el resultado de la necesidad de crear nuevos órganos jurisdiccionales —a causa de la sobrecarga de asuntos—, puesta al lado de la desconfianza hacia la disgregación, no solamente jurisprudencial, sino también de los centros de poder jurisdiccional.

Las Salas Jurisdiccionales no son en realidad Salas del Tribunal de Primera Instancia, aunque el Tratado de Niza (art. 220) las haya creado con esa estructura formal. Es absolutamente incomprensible que las decisiones de una Sala de un Tribunal puedan ser recurridas ante otra Sala del mismo Tribunal, sin subrayar al mismo tiempo la superioridad jurisdiccional de la (teóricamente) "Gran Sala" del Tribunal de Primera Instancia.

Es cierto que todas estas contradicciones se explican de la siguiente manera: El Tratado de Niza habría creado una estructura judicial, llamada "Tribunal de Primera Instancia", en cuyo seno cabe encontrar diferentes Salas especializadas, así como una "Gran Sala" que también está especializada en todos los asuntos que carecen de Sala especial. Esta "Gran Sala" también sería el órgano jurisdiccional de recurso para conocer de las apelaciones o casaciones que se interpongan contra las resoluciones de las Salas Jurisdiccionales "pequeñas" (arts. 225 y 225A).

Es preciso destacar que la denominación "Tribunal de Primera Instancia", en estas condiciones, resulta bastante desafortunado tras la reforma de Niza. Una "primera instancia" que puede conocer de apelaciones y de casaciones, obviamente no es una "primera instancia". Y la denominación "Sala Jurisdiccional" es igualmente inoportuna, porque en este caso, como veremos después, no estamos hablando de Salas de ningún tribunal, sino en realidad de "Tribunales de primera instancia".





En mi opinión, si desea mantenerse este sistema de recursos ante el Tribunal de Primera Instancia, habrían de modificarse, en la próxima reforma, las denominaciones "Tribunal de Primera Instancia"[13] y "Salas Jurisdiccionales", que el Tratado de Niza ha dejado claramente obsoletas. Cabe hallar denominaciones alternativas en todos los Derechos Nacionales, y sólo haría falta localizar las más coherentes con la naturaleza jurídica y misión principal del órgano jurisdiccional en cuestión.

### 3. *El papel del Tribunal de Justicia en la nueva organización*

Hubiera sido muy deseable que el Tribunal de Justicia mantuviera su posición suprema en la Jurisdicción Comunitaria[14]. Sin embargo, esta tendencia no ha sido respetada por el Tratado de Niza. Los esfuerzos por mantener una organización judicial coherente, han inducido a los reformadores al error de conferir a ambos órganos jurisdiccionales (Tribunal de Justicia y Tribunal de Primera Instancia), la misma función de garantizar "*el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado*", por supuesto, "*con arreglo a sus respectivas competencias*". Pero en mi opinión, se echa en falta una declaración más contundente de la posición suprema del Tribunal de Justicia, y que puede ser deducida solamente de la existencia algunos recursos que serán comentados después.

Sería importante subrayar esta posición en los Tratados, porque los referidos recursos han creado una notable complicación del sistema jurisdiccional que puede interferir en la comprensión exacta de la función del Tribunal de Justicia. A día de hoy, el Tribunal de Justicia conserva competencias en primera y única instancia. Pero debe conocer también de los recursos de casación contra las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia (como "Gran Sala"), de una parte de la cuestiones prejudiciales, y a partir de ahora conocerá también de un "reexamen" de las decisiones del Tribunal de Primera Instancia cuando este último órgano jurisdiccional conozca de las cuestiones prejudiciales que no han sido reservadas al Tribunal de Justicia, y cuya entidad aún debe ser concretada.

---

13. COULON, *L'indispensable*, op. cit. p. 260.

14. Dicho de otro modo, el "*rôle d'une cour constitutionnelle*" más o menos. KLINKE, Ulrich, *Quelques réflexions à propos de la relation entre la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, R.A.E. – L.E.A., 2000, p. 249.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

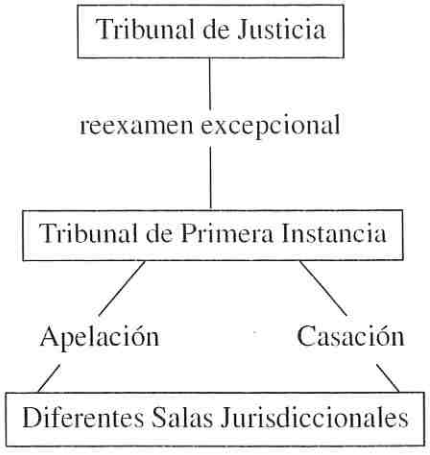
Con toda esta diversidad de competencias, es absolutamente indiscutible que el Tribunal de Justicia conserva la última palabra en todos los asuntos. Sin embargo, un Tribunal Supremo no debe conocer en única instancia más que en casos excepcionales. Y sin embargo, con este reparto de competencias, aunque disminuya la sobrecarga de asuntos ante el Tribunal de Justicia, el problema va a persistir.

## IV. El sistema de recursos

Antes de examinar las diferentes posibilidades abiertas por el Tratado de Niza a los reformadores de los Estatutos del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, creo necesario trazar un esquema del sistema de recursos. Existen tres posibilidades que dependen fundamentalmente del órgano que conozca en primera instancia:

1. Cuando las "Salas Jurisdiccionales" conozcan en primera instancia, sus decisiones serán recurribles en apelación o en casación ante el Tribunal de Primera Instancia. La resolución del Tribunal de Primera Instancia puede ser objeto de un reexamen excepcional ante el Tribunal de Justicia.

LAS SALAS JURISDICCIONALES
COMO PRIMERA INSTANCIA

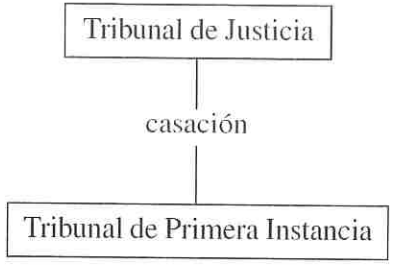




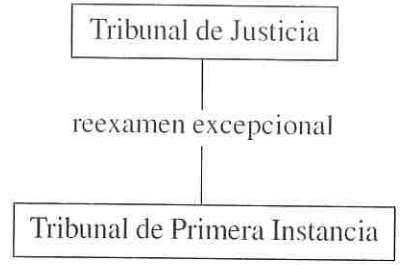



2. Cuando el Tribunal de Primera Instancia conozca en primera instancia, su resolución será recurrible en casación.
3. En los casos en que el Tribunal de Primera Instancia conozca de cuestiones prejudiciales, sus decisiones podrán ser revisadas mediante un reexamen excepcional ante el Tribunal de Justicia.

EL TPI COMO
PRIMERA INSTANCIA




CUESTIONES
PREJUDICIALES




Es evidente que el sistema que se acaba de describir es un sistema en formación. Cada vez se parece más a los sistemas jurisdiccionales de los Derechos Nacionales, y quizás, dentro de algunos años, el sistema tendrá única y definitivamente una estructura similar a la primera posibilidad descrita.

No obstante, el sistema contiene algunas incongruencias de gran calado:

— Las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia son recurribles tanto en casación, como a través del "reexamen excepcional", y en ambos casos, con una cognición limitada para el ógano que entenderá del recurso. La idea original fue concebir a la casación como un recurso más frecuente que el reexamen. Pero para ese fin, no era necesario crear un nuevo "recurso" como el "reexamen", sino añadir restricciones a la admisión de la casación en determinados casos. No es conveniente multiplicar recursos que tengan el mismo objetivo, es decir, promover la formación de una jurisprudencia coherente que sirva para proteger al Derecho comunitario. Además, la diversidad de recursos crea una complejidad que siempre debe intentar evitarse.
— El hecho de que las resoluciones de las "Salas Jurisdiccionales" puedan ser recurribles, o bien en apelación o bien en casación, no



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

es en absoluto razonable. Esta fuera de toda duda que no es conveniente que un Tribunal "de primera instancia" pueda hacer, al mismo tiempo, funciones de tribunal de apelación y de casación, porque existe el riesgo de "doble personalidad" del Tribunal. Ya es un problema grave que un mismo tribunal acumule funciones de primera instancia y de recurso. Pero la dificultad se incrementa considerablemente cuando el tribunal tiene que hacer de segunda instancia y de tribunal de casación al mismo tiempo. El riesgo de influencia de un recurso sobre el otro es patente, pudiendo suceder que se amplíe indebidamente la cognición propia de un recurso de casación, o bien que se reduzca el objeto de la apelación. Nada de eso es deseable.

— Asimismo, resulta incorrecto que las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia que resuelvan una casación, puedan ser objeto de ese "reexamen excepcional". Aún no conocemos la naturaleza jurídica de dicho reexamen, pero por su función (conservación de una jurisprudencia uniforme que proteja al derecho comunitario, vid. art. 225.2 TCE), corre el riesgo de convertirse en una "casación de la casación" posibilidad jurídicamente rechazable.

He aquí la situación ante la que se hallarán los redactores de los Estatutos, una vez concluido el proceso de ratificaciones. En mi opinión, los Estatutos deben corregir, en una medida razonable, todos estos defectos. Ciertamente, lo que sería más conveniente es reformar inmediatamente el Tratado de Niza, pero para ello debe esperarse aún.

## V. Los recursos contra las decisiones de las Salas Jurisdiccionales ante el Tribunal de Primera Instancia (art. 225.2 TCE)

El artículo 225.2 TCE, primera frase, prevé que *"El Tribunal de Primera Instancia será competente para conocer de los recursos que se interpongan contra las resoluciones de las salas jurisdiccionales creadas en aplicación del artículo 225 bis"*. Y seguidamente, dicho artículo 225 bis, tercer párrafo, nos indica cuáles sean dichos recursos: *"Contra las resoluciones dictadas por las salas jurisdiccionales podrá interponerse ante el Tribunal de Primera Instancia recurso de casación limitado a las cuestiones de Derecho o, cuando la decisión relativa a la creación de la sala así lo contemple, recurso de apelación referente también a las cuestiones de hecho."*





La redacción parece dejar más margen de aplicación a la casación que a la apelación. Y la intención del legislador es lógica, porque lo que se desea es evitar una labor demasiado farragosa al Tribunal de Primera Instancia, evitando que conozca de los asuntos en toda su extensión. A pesar de las intenciones del legislador, es preciso estudiar ambos recursos al mismo nivel, con el objeto de poder decidir si los preceptos transcritos son jurídicamente aceptables.

### *1. La opción "apelación"*

La apelación es históricamente el primer recurso conocido por los sistemas jurídicos. Al principio de su existencia, en época romana imperial, la "*appellatio*" se traducía en una auténtica repetición del proceso celebrado en primera instancia, que acababa con un nuevo juicio sobre el fondo que sustituía a la resolución dictada en primera instancia[15]. Sin embargo, hoy en día, en la mayoría de los Derechos Nacionales, la apelación se ha convertido en una revisión de la instancia anterior, más o menos profunda.

Con respecto a este recurso, acostumbra a distinguirse entre el modelo de "apelación plena", y el modelo de "apelación restringida". En líneas muy generales, el modelo de apelación plena comporta la repetición, prácticamente total, del proceso celebrado en primera instancia. En este nuevo proceso cabe formular, por ejemplo, nuevas peticiones no formuladas en primera instancia, o practicar nuevas pruebas. Por el contrario, el modelo de apelación restringida se traduce en una "*revisio prioris instantiae*" global, es decir, en un reexamen limitado a observar la corrección de las actuaciones del juez de primera instancia. No obstante, el objeto del juicio ya quedó totalmente concretado en la primera instancia. Ello impide al juez de apelación practicar de nuevo pruebas, e impide también a las partes formular nuevas peticiones al órgano jurisdiccional[16].

15. Calamandrei, Piero, *La Cassazione civile*, Vol I, Milano 1920. "Piero Calamandrei, Opere Giuridiche, Vol. VI y VII.", Napoli 1976, p. 72.

16. Vid. Solé Riera, Jaume, *El recurso de apelación civil*, Barcelona 1998, p. 37, y Prieto-Castro Ferrándiz, Leonardo, *Limitaciones de la apelación*, "Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal", Madrid 1964, p. 351.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Los países europeos han optado por incorporar a sus legislaciones modelos eclécticos, con características de los dos modelos principales:

— En Francia, existe un modelo bastante generoso. La jurisdicción de apelación juzga por segunda vez el asunto ya decidido en primera instancia (art. 561 NCPC). Por tanto, es posible realizar nuevas alegaciones o practicar nuevas pruebas que no hayan sido utilizadas ya en la primera instancia, a fin de defender las pretensiones ya formuladas en dicha instancia (*ius novorum*) (art. 563 NCPC). En cambio, no es posible someter nuevas pretensiones, salvo en los restrictivos casos indicados en los artículos 564-567 NCPC. El objeto del juicio de apelación está limitado por las peticiones anulatorias del apelante (art. 562 NCPC)[17].

— En Alemania, cabe encontrar un modelo bastante similar, aunque sensiblemente diferente. A pesar de que el legislador haya introducido fuertes restricciones en el recurso de apelación a lo largo del siglo XX, la doctrina sigue manteniendo que la ZPO consagra un modelo próximo a la apelación plena, en el que se continúa y se juzga de nuevo el proceso de primera instancia. Se admiten nuevas alegaciones que no fueran utilizadas en primera instancia, porque el objetivo no es una revisión de la primera instancia, sino que, al igual que en Derecho Francés, se pretende conseguir una nueva decisión sobre el fondo[18]. No obstante, estos nuevos materiales deben estar encaminados a la anulación de la resolución dictada en primera instancia, y no con la intención de ampliar las pretensiones formuladas en primera instancia[19]. El tribunal de apelación tiene su cognición absolutamente limitada por las pretensiones anulatorias de las partes (§528 ZPO).

— En Austria, el sistema es más cercano, en principio, al modelo de apelación restringida. No existe el *ius novorum*, y el tribunal, nuevamente, tiene el objeto de su juicio restringido por las pretensiones de las partes (§462.1 ZPO)[20]. Sin embargo, sí es posible la aportación de hechos nuevos, así como la práctica de nuevos medios de prueba o la repetición de los ya practicados, si en primera instancia no pudieron practicarse, total o parcialmente, dichas pruebas, o si el tribunal cree precisa su práctica para dictar la sentencia de apelación (art. 488 ZPO).

— En Italia, el modelo es netamente de apelación restringida. Tras haberse suprimido el ius novorum con la Ley 353/1990 (*ius* que existió en la apelación italiana desde la Ley 581/1950, que había recuperado esta tendencia del CPC de 1865), la apelación italiana constituye una revisión de la primera instancia[21]. Por contra, la legislación italiana es más abierta en materia probatoria. La práctica de nuevos medios de prueba es posible si la prueba no pudo ser practicada en primera instancia por causa no imputable a la parte proponente. También cabe disponer dicha práctica de oficio, si el tribunal lo juzga indispensable para la elaboración de la sentencia[22].

— En España, la apelación es igualmente de naturaleza restringida. No es posible formular ni nuevas pretensiones ni nuevos argumentos (fácticos o jurídicos) a fin de sostener la pretensión. Solamente puede solicitarse el reexamen de la primera instancia (art. 456 LEC). Tampoco es posible practicar nuevas pruebas, salvo en los casos excepcionales en que, o bien existan hechos completamente nuevos, o bien anteriores pero desconocidos para la parte, o por último, cuando el medio de prueba no pudo ser practicado, sin negligencia de la parte que lo propuso (art. 460 LEC).

Cabe observar que la base principal de todas estas legislaciones es, de hecho, la misma. Los legisladores no han adoptado una opción radical entre "repetición" y "revisión", sino que más bien han intentado conservar el modelo original añadiendo algunas restricciones, a fin de favorecer la rapidez del procedimiento ante el tribunal de apelación. Esta última tendencia ha sido mucho más seguida que la primera.

17. Vid. PERROT, Roger, *Institutions judiciaires*, Paris 1995, pp. 549-550.

18. ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, *Zivilprozeßrecht*, München 1993, p. 802-803.

19. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 827.

20. RECHBERGER, Walter H. / SIMOTTA, Daphne-Ariane, *Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren*, Wien 1994, p. 438.

21. SATTA, Salvatore / PUNZI, Carmine, *Diritto Processuale Civile*, Padova 1996, p. 544.

22. SATTA / PUNZI, *Diritto*, op. cit. p. 573.







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## 2. *La opción "casación"*

Esta opción ya es bien conocida en el Derecho Procesal Comunitario[23], y algunos aspectos de este recurso serán comentados posteriormente de manera más precisa. Por ello, la explicación que sigue será breve.

La casación posee una naturaleza jurídica del todo similar a los modelos continentales de casación (en Alemania y Austria, "*Revision*")[24]. Sus características principales son la restricción de los motivos por los que cabe interponer el recurso, así como la limitación de la cognición del Tribunal de Justicia a las cuestiones de derecho. Estas restricciones hacen de la jurisdicción del Tribunal de Justicia, una revisión limitada del juicio emitido por el Tribunal de Primera Instancia.

La finalidad tradicional de la casación es la defensa del "*ius constitutionis*", es decir, la conservación integral del derecho comunitario a través de la creación de una jurisprudencia uniforme. Pero al mismo tiempo, y como una consecuencia necesaria, la casación también ofrece la posibilidad al recurrente de defender su derecho ante un tribunal diferente del que dictó la sentencia recurrida (*ius litigatoris*).

El Tribunal de Justicia puede resolver definitivamente el litigio, decidiendo sobre el fondo del asunto, o bien anular la sentencia dictada en primera instancia, reenviando el caso al Tribunal de Primera Instancia, « *lorsque celui-ci est en état d'être jugé* »[25].

## 3. *Propuesta procedimental*

Las características principales de ambos modelos ya han sido descritas. Es preciso en este momento evaluar las opciones más convincentes para integrar las disposiciones del Tratado.

---

23. NIEVA FENOLL, *El recurso de casación*, op. cit. p. 109.

24. KIRSCHNER, Heinrich, *Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, Aufbau, Zuständigkeit, Verfahren*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, p. 143. JUNG, Hans, *Art. 168a*. "GROEBEN, Hans von der / THIESING, Jochen / EHLERMANN, Claus-Dieter, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden 1991, p. 4471. MIGLIAZZA, Maria, *Il doppio grado di giurisdizione nel diritto delle Comunità europee*. Franco Angeli. Milano 1993, p. 31. GROS, Manuel, *Le pourvoi devant la Cour de justice des Communautés européennes*, L'Actualité juridique - Droit administratif, 20 de diciembre de 1995, p. 861. GÜNDISCH, Jürgen, *Rechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart 1994, pp. 148-149. CONDINANZI, Massimo, *Il Tribunale di Primo Grado e la Giurisdizione Comunitaria*, Giuffrè. Milano 1996, p. 295.

25. Sobre la interpretación de esta frase, NIEVA FENOLL, *El recurso de casación*, op. cit. p. 444.





Comencemos por la apelación. Como ya se ha dicho, este recurso está previsto solamente contra las resoluciones de las "Salas Jurisdiccionales". Pero el Tratado es algo parco en la descripción de este recurso. Solamente se nos dice (art. 225 bis TCE), que el objeto de la apelación lo constituirán las cuestiones de derecho y las cuestiones de hecho, es decir, la globalidad del objeto del juicio en primera instancia. Pero a partir de esta afirmación, todo el resto de posibilidades permanecen abiertas: apelación plena, apelación restringida, o un híbrido de ambas.

En mi opinión, para tomar la decisión final, sería necesario tener presente que el órgano encargado de conocer de la apelación va a ser el Tribunal de Primera Instancia. Y dicho órgano jurisdiccional ya está sobrecargado de asuntos, y por añadidura, el Tratado de Niza le ha conferido mayores competencias. Esto provoca que pueda rechazarse la hipótesis de instaurar en el Tribunal de Primera Instancia el modelo de apelación plena. Por consiguiente, ante el Tribunal de Primera Instancia no deben poderse formular pretensiones nuevas, ni recibir nuevos argumentos ni practicar nuevos medios de prueba. Solamente debería ser posible dicha práctica en los casos excepcionales en los que la realidad fáctica del litigio haya sido desconocida por las partes litigantes, sin negligencia por su parte. De todos modos, la labor principal del Tribunal de Primera Instancia como tribunal de apelación debe ser la revisión (no la repetición), sin restricciones, del proceso en primera instancia, dictándose en su caso nueva sentencia que anule y sustituya la dictada en primera instancia.

Este modelo, netamente restringido, posee dos principales ventajas:

— En primer lugar, es coherente con las intenciones del legislador de restringir la apelación solamente a determinados litigios (« *lorsque la décision portant création de la chambre le prévoit* »), temiendo, desde luego, un aumento de la sobrecarga de asuntos ante el Tribunal de Primera Instancia. De esta manera, el Tribunal de Primera Instancia podrá conocer de más asuntos, pero desempeñando una misión más cómoda, de conformidad con su posición superior, más rápida aunque sin ser superficial, y sobre todo, sin otra restricción que las pretensiones de anulación de los apelantes.
— En segundo lugar, el modelo descrito confiere una gran importancia al trabajo de las Salas Jurisdiccionales, dentro de un sistema que optimiza todos los recursos realizando una división funcional de la la-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

bor jurisdiccional. La primera instancia, en la que se hallarán más jueces que en el Tribunal de Primera Instancia, tendrá que realizar el trabajo más extenso, esto es, practicar la prueba. Y una vez que la prueba haya sido practicada y el litigio decidido en primera instancia, estár listo para ser revisado por una jurisdicción diferente y superior, si las partes desean recurrir la decisión de las Salas.

Como puede deducirse fácilmente, mi opinión es favorable a la extensión de la apelación como único recurso posible contra las resoluciones de las Salas Jurisdiccionales. Existen numerosas razones para defender esta postura. Dejando de lado la incongruencia que supone que un Tribunal "de Primera Instancia" conozca de una apelación, e incluso de una casación, se encuentra asimismo la dificultad de que las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia por las que se resuelva un recurso de casación (limitado teóricamente a las cuestiones de derecho, art. 225 bis.III TCE), puedan ser objeto de un "reexamen excepcional", que teniendo por finalidad la conservación de una jurisprudencia uniforme para proteger el Derecho Comunitario (art. 225.2 TCE), estará asimismo limitado (aunque sólo teóricamente) a las cuestiones de derecho, como veremos después. Prescindiendo de esta cuestión bastante controvertida, debe recordarse que la misión de la casación, como antes se ha indicado, es la protección del Derecho Comunitario a través de la conservación de una jurisprudencia uniforme. Existe, por tanto, una clara reiteración, sino de los medios de impugnación, sí de las finalidades de dichos medios y de las misiones del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia.

Esta reiteración no es en absoluto conveniente para la Jurisdicción Comunitaria. el riesgo de disputas entre el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia sobre la formación de jurisprudencia es psicológicamente previsible, y se ha producido en todos los países en los que conviven dos tribunales superiores (por ejemplo, un tribunal de casación y un tribunal constitucional), creando una especie de competencia entre ellos que debe ser rechazada. Si se instituye la apelación como recurso ordinario ante el Tribunal de Primera Instancia, y si se restringe muchísimo la posibilidad de interponer el recurso de casación ante este mismo Tribunal, no existirán interferencias entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia, ya que la misión del Tribunal de Primera Instancia no será forzosamente la creación de jurisprudencia, sino solamente "*el respeto del Derecho en*





*la interpretación y aplicación*" del derecho comunitario, *stricto sensu*, conociendo como segunda instancia, quedando reservada al Tribunal de Justicia la función de conservación de una jurisprudencia uniforme para proteger al Derecho Comunitario, tal y como prevé el art. 225.2 TCE. De este modo, la división de trabajo entre los dos órganos será óptima, porque los órganos jurisdiccionales de la Comunidad tendrán una función precisa.

## VI. El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia contra las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia (art. 225.1 TCE)

Como ya dije anteriormente, la casación es un recurso ya conocido en derecho comunitario[26]. Por esta razón, será más interesante comentar solamente algunos aspectos concretos del funcionamiento de dicho recurso.

### *1. Balance de una década*

La casación ha demostrado su eficacia durante los últimos años, como medio capaz de garantizar la unidad de interpretación del Derecho Comunitario, y al mismo tiempo, para contribuir a formar nuevas orientaciones dentro de la jurisprudencia[27], que solamente son posibles allí donde exista más de un órgano jurisdiccional en el sistema[28].

26. Nieva Fenoll, *El recurso de casación*, op. cit. *passim*. Biavati, Paolo / Carpi, Federico, *Diritto processuale comunitario*, Milano 2000, p. 347. Peñarrubia Iza, Joaquín María (con López López, Miguel Ángel), *Procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y recurso de casación*, Madrid 2000, p. 89. Moreno Catena, Víctor, *El recurso de casación*. "Mariño / Moreno Catena / Moreiro (dir.), Derecho Procesal Comunitario", Valencia 2001, p. 207.

27. Vid. Wathelet, Melchior / Van Raepenbusch, Sean, *Le contrôle sur pourvoi de la Cour de justice des Communautés européennes, dix ans après la création du Tribunal de première instance*, « Rodríguez Iglesias / Due / Schintgen / Elsen (éd.), Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler », Baden-Baden 1999, p. 611. Friden, Georges, *Quelques réflexions sur la recevabilité d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance*, R.A.E. – L.E.A., 2000, p. 231.

28. Lenaerts, Koen, *Le Tribunal de première instance des Communautés Européennes: Regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au Droit Communautaire*, CDE, 2000, nº 3-4, p. 358, 371.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La regulación de la casación tenía numerosos problemas que han sido resueltos, bien por la jurisprudencia, bien por el uso forense del personal del Tribunal de Justicia, o bien, simplemente, por el tiempo, que ha demostrado que algunos de los problemas que se observaron en un principio, no eran en realidad tan graves.

A pesar de todo, el número de casaciones ha sido relativamente reducido[29], si se compara ese número con el de cuestiones prejudiciales, por ejemplo. Ello quiere decir que todavía restan muchas cuestiones de procedimiento por determinar. En la exposición que sigue desearía abordar solamente dos, que parecen las más importantes para el destino del recurso de casación comunitario, ya que además han provocado algunos de los problemas de redacción del Tratado de Niza, que ya subrayé anteriormente. A mi juicio, estos problemas deberán ser resueltos por el Tribunal de Justicia en un futuro próximo.

## 2. *Finalidades de la casación*

Durante estos primeros años de existencia del recurso, se ha escrito muy poco sobre las finalidades de la casación en el Derecho Comunitario. Esta falta de estudio probablemente ha hecho más difícil la percepción de estas finalidades durante la redacción del Tratado de Niza[30].

En mi opinión[31], primeramente sería preciso distinguir entre las misiones o finalidades aparentes del recurso de casación, y su finalidad principal. Empezando por las misiones, cabe hallar dos: por un lado, la anulación (casación) de la resolución contraria a derecho; por el otro, la creación de una jurisprudencia uniforme. Estas dos funciones son muy importantes, ya que la función principal y razón de ser de la casación dependen de su correcta materialización. Dicha función principal es la conservación de la integridad del derecho (función nomofiláctica), y en especial, del Derecho Comunitario.

El "*respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado*", se vería en peligro si no existiera una jurisprudencia que unifica-

29. A pesar de su constante aumento. Vid. Rapport du Groupe de réflexion. op. cit. p. 4.

30. A pesar de las intenciones de la Comisión expresadas en la Decisión de 20 de abril y 4 de mayo de 1999: « *maintenir la qualité et la cohérence de la jurisprudence dans les années à venir* ».

31. Vid. NIEVA FENOLL, *El recurso de casación*, op. cit. pp. 122-135.





ra las diferentes interpretaciones del ordenamiento jurídico realizadas por los órganos jurisdiccionales comunitarios. Esta afirmación es absolutamente lógica si se piensa que en el momento en que existe una jurisprudencia contradictoria, se favorece la desigualdad dentro del sistema jurídico. Si se es consciente de esta idea, es posible comprender fácilmente que el órgano encargado de esta función debe ser único en la cúspide de la organización jurisdiccional, a riesgo de que el Derecho Comunitario poseyera interpretaciones diferentes, todas ellas válidas en principio, que acabarían por destruir la obra jurídica comunitaria.

Si debe realizarse esta finalidad de conservación del derecho en estas condiciones, la única solución posible es encomendar al Tribunal de Justicia, como órgano superior, esta función de defensa del derecho a través de la creación de una jurisprudencia uniforme. El medio de obtener esa conservación es sin duda la casación, y a partir de ahora, también el "reexamen excepcional". Pero de este medio hablaremos en el siguiente epígrafe.

La constatación anterior provoca diversas reflexiones sobre la reforma de Niza. Si un solo órgano debe asumir la función nomofiláctica, y el medio de impugnación perfecto, utilizado en la mayoría de Estados Miembros desde hace décadas, es la casación, puede comprenderse que, como se ha constatado anteriormente, no es lógico que a otro tribunal de la misma organización jurisdiccional (el Tribunal de Primera Instancia), se le encomiende otro recurso de casación. Y además, una casación sin su función natural, la conservación del derecho a través de la formación de una jurisprudencia uniforme, ya que ha quedado dicho anteriormente que ésta función debe estar encomendada al Tribunal de Justicia en exclusiva. El "recurso de casación" del Tribunal de Primera Instancia sería, entonces, una especie de casación "de segunda", con todas las restricciones propias de la casación, pero despojada de la función principal de este medio de impugnación.

Una vez expuesta la finalidad principal de la casación, y de los medios a disposición del Tribunal de Justicia para materializarla, es preciso referirse, aunque brevemente, a otra finalidad de la casación, consecuencia necesaria de su existencia: el *ius litigatoris*.

Cuando se habla en la doctrina de la casación, se olvida de forma demasiado veloz que, a pesar de su predominante función pública de protección del ordenamiento jurídico, el recurso de casación es un medio de impugnación, y por ello, precisa de la iniciativa de las partes. Si el legislador



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

restringe a las partes sus posibilidades de interposición del recurso, las oportunidades que tendrá el Tribunal de Justicia de corregir la interpretación jurisprudencial serán proporcionalmente más pequeñas. Si por el contrario se desea que el Tribunal de Justicia llegue a todos los recovecos del ordenamiento jurídico comunitario, deben ampliarse las posibilidades de las partes de interponer el recurso.

Por esta razón, debe forzosamente el Tribunal de Justicia proteger también el *"ius litigatoris"*, porque de este modo, el recurso significará una última oportunidad para la parte vencida en la instancia. Observando los detalles del caso concreto, el Tribunal de Justicia podrá adaptar mejor su jurisprudencia al cambio de las circunstancias de la realidad. De este modo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia siempre estará al día, provocándose de esa forma un efecto muy conveniente para la función protectora del derecho, así como para la constante evolución del Derecho Comunitario.

### 3. *La limitación a las cuestiones de derecho*

Por influencia directa del Derecho de algunos Estados Miembros, el Tratado de Niza (arts. 225.1 y 225 bis) insiste en la idea de que la casación deba estar limitada a las cuestiones de derecho. La jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia ha seguido igualmente esta tendencia.

Personalmente, he criticado ya esta orientación jurídica del Derecho comunitario, porque desde el punto de vista del Derecho Procesal, es absolutamente imposible mantener esta restricción, cuyo origen histórico es bastante más oscuro de lo que se afirma habitualmente. Además, ese origen no se halla en las normas que instituyeron la casación durante la Revolución francesa. Esas normas solamente prohibieron que el antiguo *"tribunal de cassation"* conociera del *"fond des affaires"*. Pero el fondo de un asunto es todo: el derecho aplicado en el caso concreto, así como los hechos, y no solamente esto último. El *"tribunal de cassation"* solamente sancionaba *"contraventions expresses au texte de la loi"*. Esta contundente declaración evidencia que debieron existir también muchas cuestiones netamente jurídicas que escaparon al control del *"tribunal"*. Fue más tarde, cuando el *"tribunal"* se transformó en *"Cour"*, el momento en el que, durante las primeras décadas del siglo XIX, la jurisprudencia afirmó la restricción a las cuestiones de derecho, sin base legal de ninguna clase, y con





una única intención no declarada: Controlar la sobrecarga de asuntos de la *Cour de cassation*[32].

Sin embargo, las razones para mantener la derogación de la restricción a las cuestiones de derecho no son solamente históricas. Desde la perspectiva del Derecho Procesal, cuando se analiza la composición teórica del juicio jurisdiccional, es relativamente sencillo inventar categorías dogmáticas para describir sus elementos. La división entre hecho y derecho es tan antigua como el mismo silogismo judicial. Sin embargo, existen otras clasificaciones que dividen el juicio en partes, o en diferentes juicios o momentos[33].

Pero lo que es importante destacar es que todas estas clasificaciones son completamente teóricas, y tienen como única finalidad sistematizar la materia objeto de estudio. Sin embargo, no cabe aplicar una clasificación artificial en la práctica judicial, dividiendo la actividad mental de los jueces en compartimentos estancos. El juicio posee una unidad sustancial que dificulta enormemente la clasificación de la actividad mental del juez. Todo se mezcla en la mente judicial, el hecho y el derecho[34], resultando del todo imposible encontrar hechos "puros", sin influencia jurídica, o derecho sin características fácticas. Por estas razones, entre otras, la distinción entre hecho y derecho ha sido completamente descartada por la enorme mayoría de la doctrina desde hace ya bastantes años[35].

---

32. Vid. NIEVA FENOLL, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona 2000, p. 24-37, y la doctrina citada en esta obra.

33. DE MARINI, Carlo Maria, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, p. 82 y ss. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El juicio jurisdiccional*, en: "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona 1969, p. 63 y ss. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y proceso*, Barcelona 1978.

34. Vid. WATHELET / VAN RAEPENBUSCH, *Le contrôle*, op. cit., p. 611. FRIDEN, *Quelques réflexions*, cit. p. 233-234.

35. CHIARLONI, Sergio, *La cassazione e le norme*, Riv. di dir. proc. civ. 1990, p. 992 y ss. DE LA PLAZA NAVARRO, Manuel, *La casación criminal española: Su origen. Desarrollo en el mundo hispánico y posibles reformas*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1952, p. 198. FAIRÉN GUILLÉN, *De los "hechos" al "derecho". Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995*, RDProc, nº 2, 1997, p. 359. GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi, *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona 1997, p. 200. IACOVIELLO, Francesco M., *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, p. 265. KLEINKNECHT, Theodor / MEYER, Karlheinz / MEYER-GOßNER, Lutz, *Strafprozeßordnung*, München 1995, p. 991. MAZZARELLA, Ferdinando, *"Fatto e diritto" in Cassazione*, RTDPCIt, 1974, pp. 82 y ss. NEUMANN, Ulfrid, *Die Abgrenzung von Rechtsfrage und Tatfrage und das Problem des Revisionsgerichtlichen Augenscheinsbeweises*, GA, 1988, p. 387. NIEVA FENOLL, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona 2000, p. 101 y ss. OTTO, Harro,



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En consecuencia, si el derecho comunitario desea seguir la opinión de los expertos que han estudiado el concepto de juicio desde todos los puntos de vista, la restricción a las cuestiones de derecho debe ser derogada de manera definitiva en la próxima reforma del Tratado. Y la jurisprudencia deberá realizar un uso muy moderado de esta restricción hasta la consecución de esa derogación normativa. Si la intención de esa restricción, prácticamente nunca reconocida por la jurisprudencia de los Estados Miembros, ha sido siempre controlar la sobrecarga de asuntos de los tribunales de casación a través de una excusa dogmática, si esta excusa ha devenido jurídicamente inaceptable, es preciso pensar en medidas diferentes para hacer frente a esta sobrecarga prácticamente inevitable de los tribunales superiores.

## VII. EL "REEXAMEN EXCEPCIONAL"

El art. 225 TCE prevé en sus párrafos 2 y 3 la posibilidad de plantear un "reexamen excepcional" ante el Tribunal de Justicia, contra las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia dictadas resolviendo recursos de casación, o apelaciones interpuestas contra las resoluciones de las Salas Jurisdiccionales, o bien, por último, en los casos en que el Tribunal de Primera Instancia haya conocido de una cuestión prejudicial.

La naturaleza jurídica del reexamen, en ambos casos, parece ser exactamente a misma, dado que su finalidad también es idéntica, esto es, prevenir el *"riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho comunitario"*. A pesar de esta contundente declaración de intenciones, es preciso reflexionar un poco sobre ese objetivo. Y también sobre el resto

*Möglichkeiten und Grenzen der Revision in Strafsachen*, NJW, 31, Enero 1978, p. 7. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y proceso*, Barcelona 1978, p. 185. SATTA, Salvatore, *Il formalismo nel processo*, RTDPCIt, 1958, pp. 1154. SCHMIDT-HIEBER, Werner, *Grunlagen der Strafrechtlichen Revision*, Jus 1988/9, p. 710. TEMMING, Dieter (avec LEMKE, Michael / JULIUS, Karl-Peter / KREHL, Cristoph / KURTH, Hans-Joachim / RARTENBERG, Erardo Cristoforo), *Strafprozeßordnung*, Heidelberg, 1995, p. 1243. SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, "Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil", Madrid 1985, p. 843. VERGER GRAU, Joan, *Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del jurado de 20 de abril de 1994*, Justicia 94, pp. 528-529. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *La Casación Civil (Revisión crítica)*, Barcelona 1981, p. 198.





de características del reexamen, no previstas por el Tratado. En concreto, tal y como lo exige la declaración del acta final de la Conferencia Intergubernamental, debe elaborarse la regulación del papel de las partes en este reexamen, el posible efecto suspensivo del procedimiento de reexamen, así como los efectos de la resolución del mismo sobre el litigio.

### *1. Naturaleza jurídica y finalidad del "reexamen excepcional"*

En principio, la finalidad del reexamen es evidente. Como se afirma en el art. 225.2 y 3 TCE, es preciso prevenir el "riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho comunitario".

Ya se ha dicho que esta finalidad es la misma que la del recurso de casación, y por esta razón, no parece necesario repetir ahora la explicación expuesta anteriormente. Sólo cabría observar una cierta diferencia en las palabras *"riesgo grave"*, que revelan una especie de peligro alarmante para el Derecho Comunitario. Sin embargo, esta expresión es absolutamente ineficaz, dado que todos los posibles ataques a la unidad o coherencia del Derecho Comunitario, deben ser analizados seriamente en todo caso.

En mi opinión, los redactores de esa frase solamente han querido remarcar el carácter excepcional del reexamen. Es decir, que el reexamen no puede convertirse en una especie de recurso ordinario contra las decisiones del Tribunal de Primera Instancia, y desde luego, no siempre a disposición de las partes. En mi opinión, puede percibirse asimismo, en esta expresión, un marcado respeto por la regularidad de las decisiones del Tribunal de Primera Instancia, que deberán considerarse correctas en la mayor parte de los casos.

Tras una lectura superficial del Tratado, estas disposiciones se traducirían, probablemente, en una fase de admisión muy estricta, así como en un examen quizás demasiado rápido del Tribunal de Justicia, buscando únicamente las vulneraciones más graves del ordenamiento jurídico comunitario que contenga la resolución, a fin de mantener el carácter excepcional del reexamen. Ello permitiría al Tribunal de Justicia decidir sobre el reexamen prácticamente de manera discrecional.

Sin embargo, existen dos problemas para defender un régimen semejante. Por una parte, el carácter excepcional no es la característica más conveniente teniendo en cuenta la importante y difícil finalidad del reexamen. Por otra parte, el reexamen es, según la voluntad de los redactores del Tra-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tado, un medio de impugnación propiamente dicho, y no solamente una especie de revisión dejada a la disposición discrecional del Tribunal de Justicia. Prueba de ello son las declaraciones del acta final de la Conferencia Intergubernamental al art. 225, que exigen a los redactores del Estatuto del Tribunal de Justicia una definición del papel de las partes en el reexamen, así como una descripción del posible efecto suspensivo del procedimiento de reexamen, y por último una precisión de los efectos de la resolución del Tribunal de Justicia sobre el litigio. Dicho de otro modo, el reexamen no puede convertirse en una especie de "*pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi*"[36], al estilo del Derecho Francés ente otros[37], sin intervención de las partes y sin efectos sobre el litigio. Aceptar este resultado significaría que los redactores de la declaración antes mencionada, habrían querido que las partes no tuvieran papel alguno en el reexamen, así como que los efectos del reexamen sobre el litigio fueran inexistentes, y por último que el procedimiento de reexamen no tuviera efecto suspensivo sobre la ejecución y sobre la firmeza de la resolución del Tribunal de Primera Instancia. Si esta era su intención, obviamente los redactores de la declaración hubieran de haberse abstenido de hacerla.

Por estas razones, en mi opinión, el reexamen representa un auténtico medio de impugnación, como la apelación o la casación. Y me temo que por su finalidad principal no debiera ser más que un recurso de casación, si se quiere un poco más restringido en su régimen de admisión que el recurso de casación que ha existido hasta el momento (en el sentido que expondré después), pero únicamente a fin de respetar el "carácter excepcional" exigido por el Tratado. Pero el procedimiento de reexamen, sus motivos, etc., deberían ser los mismos que para el recurso de casación, a fin de evitar una multiplicación artificial de procedimientos, así como para evitar complicaciones en las normas de procedimiento del Tribunal de Justicia, que hasta el momento se han caracterizado por su simplicidad.

Una vez establecida la finalidad y naturaleza jurídica del reexamen, deben mencionarse a continuación los detalles más importantes requeridos por la declaración del acta final de la Conferencia.

36. Vid. PIRRUNG, Jörg, *Die Stellung des Gerichts Erster Instanz im Rechtschutzsystem der EG*, Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht. Vorträge und Berichte, nr. 111, 29.11.1999, p. 28. Aussi le Rapport du Groupe de réflexion, Janvier 2000, op. cit. p. 37.

37. Vid. HÉRON, *Droit judiciaire*, op. cit., p. 546-547.





## 2. *Legitimación de las partes y admisión del reexamen*

En mi opinión, es en este punto en el que el "carácter excepcional" debe jugar su papel más relevante. Pero antes de nada, es preciso distinguir los dos tipos de reexámenes que prevé el Tratado, que a pesar de sus idénticas naturaleza jurídica y finalidad, serán inevitablemente diferentes en materia de legitimación.

— Si se trata del reexamen contra las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia dictadas en recursos de apelación o de casación interpuestos contra las resoluciones de las Salas Jurisdiccionales, debe ser plena la legitimación de las partes que hayan intervenido durante el proceso, siempre y cuando padezcan gravamen. No hay razón alguna para restringir su legitimación.

Sólo la admisión podría ser quizás algo menos estricta. Pero para regular esta fase de admisión, habría que descartar criterios que provocan una cierta "fosilización" de la jurisprudencia, contrarios a la finalidad declarada del reexamen, tales como el certiorari, o la exigencia de alegar jurisprudencia contradictoria para admitir el recurso, o bien, la imposibilidad de recurrir si son plenamente conformes las sentencias dictadas por la Sala Jurisdiccional y por el Tribunal de Primera Instancia. Estos criterios, a pesar de su popularidad, impiden que el Tribunal de Justicia desarrolle su función correctamente, ya que la obediencia estricta a la jurisprudencia, o bien la confirmación prácticamente automática de las resoluciones de las Salas Jurisdiccionales, excluiría toda posibilidad de recurso, y dificultaría enormemente la correcta evolución constante de la jurisprudencia, que lo tendría muy difícil para adaptarse a las circunstancias de cada tiempo. Por añadidura, existe el riesgo cierto de que se forme una jurisprudencia paralela en el Tribunal de Primera Instancia, resultado que sería totalmente contrario a la voluntad de los redactores del Tratado, que han creado el reexamen precisamente para evitar dicho resultado.

Por el contrario, y únicamente para respetar el carácter excepcional reclamado por el Tratado, basta con crear un filtro como el que ya existe para el recurso de casación, consistente en rechazar el reexamen si es manifiestamente inadmisible o manifiestamente infundado. En mi opinión, estos criterios no son de por sí siempre los más convenientes, pero parece la única manera de respetar ese "carácter excepcional" dentro de unos márgenes razonables.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

— Con respecto al reexamen contra las decisiones del Tribunal de Primera Instancia, en los casos en que haya conocido de una cuestión prejudicial, la situación debe cambiar. En primer lugar, la intervención de las partes en el procedimiento de la cuestión prejudicial es mínima, y se reduce a la presentación de *"mémoires ou observations écrites"* (art. 103.3 RPCJ). Sin embargo, las partes no poseen papel alguno en el planteamiento de la demanda al Tribunal de Justicia para que decida de la cuestión.

Por esta razón, la legitimación de las partes no debe cambiar en el momento en que la resolución del Tribunal de Primera Instancia ya haya sido dictada. Ello sería contradictorio con la nula participación de las partes en el planteamiento de la cuestión. En mi opinión, el carácter excepcional que exige el Tratado podría cumplirse de ese modo. Y ello no impide que las partes, para salvaguardar sus derechos, puedan presentar, nuevamente, escritos de alegaciones.

¿Quién debería entonces estar legitimado para interponer el reexamen? A mi juicio, la mejor opción debería ser dejar en manos de los Abogados Generales la decisión sobre este punto[38], en la línea marcada por el nuevo art. 62 del Estatuto del Tribunal de Justicia[39]. Se trata de personas totalmente imparciales que conocen perfectamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que podrán decidir, de una manera muy objetiva, sobre la utilidad de la interposición de un reexamen contra la decisión dictada por el Tribunal de Primera Instancia. Ciertamente, de ese modo, el papel del abogado general evolucionará hacia una especie de "Ministerio fiscal", pero ello será más oportuno que la oscuridad actual de su misión[40].

38. Vid. RAMSEY, Lynn E., *Reforming the European Courts at the IGC*, The juridical Review, Part 4 (2000), p. 217.

39. *« Dans les cas prévus à l'article 225, paragraphes 2 et 3, du traité CE et à l'article 140 A, paragraphes 2 et 3, du traité CEEA, le premier avocat général peut, lorsqu'il estime qu'il existe un risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit communautaire, proposer à la Cour de réexaminer la décision du Tribunal.*

*La proposition doit être faite dans un délai d'un mois à compter du prononcé de la décision du Tribunal. La Cour décide, dans un délai d'un mois à compter de la proposition qui lui a été faite par le premier avocat général, s'il y a lieu de réexaminer ou non la décision. »*

40. PESCATORE, Pierre, *Les perspectives ouvertes par le traité de Nice*. "Le traité de Nice et l'avenir du système juridictionnel communautaire". Journée d'études de Strasbourg de 24 mars 2001. Sobre este tema vid. también RUIZ JARABO, *El Tribunal de Justicia y el Tratado de Niza*, Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, Marzo-Abril 2001, nº 212, p. 5.





Para acabar, debe añadirse que la declaración al número 2 del artículo 225 TCE de la Conferencia Intergubernamental, recomienda la creación de un procedimiento de urgencia para decidir sobre el reexamen en este segundo caso. Estimo que la simplificación que entrañará que la legitimación sea restrictiva, será suficiente a los efectos de abreviar sustancialmente el procedimiento del recurso de casación, aplicado al reexamen.

Las anteriores son solamente algunas ideas que tratan de integrar las disposiciones del Tratado. Sin embargo, es preciso indicar que detrás de estas disposiciones, así como detrás de las declaraciones de la Conferencia, puede entreverse un temor enorme al aumento de la sobrecarga de asuntos pendientes ante el Tribunal de Justicia. En mi opinión, este temor no está tan justificado como puede parecer. Cabe imaginar que la situación del Tribunal de Justicia no será la misma que la que están padeciendo los Tribunales superiores de los Estados Miembros, ya que el número de asuntos que llegará al Tribunal de Justicia a través de la casación y del reexamen será bastante estable, y siempre limitado. La razón es que los Tribunales superiores de los Estados Miembros deben resolver los recursos de casación interpuestos contra las resoluciones de diferentes tribunales. Sin embargo, el Tribunal de Justicia sólo deberá analizar las resoluciones de un solo tribunal, el Tribunal de Primera Instancia. Haría falta entonces pensar en medidas para controlar la sobrecarga de asuntos ante el Tribunal de Primera Instancia, pero no necesariamente ante el Tribunal de Justicia, siempre que continúe la situación descrita, por supuesto.

### 3. *Efectos de la interposición del reexamen y de su resolución por el Tribunal de Justicia*

La interposición del reexamen no tendrá efectos suspensivos más que en los casos en que así lo disponga expresamente el Tribunal de Justicia. Esta solución se halla ya con respecto al recurso de casación (art. 60 del estatuto). La carencia de efecto suspensivo será muy eficaz para evitar que las partes vencidas se aprovechen del reexamen para prolongar una situación de hecho contraria al Derecho Comunitario. La ausencia de este efecto es también muy útil para descartar rápidamente reexámenes manifiestamente infundados, antes de su interposición.

Sin embargo, toda esta argumentación no puede aplicarse cuando se trata del reexamen interpuesto por el Abogado General, en el caso de las



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cuestiones prejudiciales. En estos casos, lo más conveniente es precisamente que la interposición del reexamen tenga efecto suspensivo. La cuestión prejudicial se plantea por un Juez nacional a fin de que se pronuncie el Juez comunitario. Sería demasiado peligroso mantener en este caso la ausencia de efecto suspensivo, porque el Juez nacional, antes de que el Tribunal de Justicia se pronunciara sobre el reexamen, decidiría definitivamente el asunto en la Jurisdicción nacional, siguiendo la decisión pronunciada por el Tribunal de Primera Instancia. Si finalmente el Tribunal de Justicia decide en sentido contrario al Tribunal de Primera Instancia, la resolución del Juez nacional será automáticamente errónea. Para evitar esta situación contradictoria, la resolución del Tribunal de Primera Instancia no debería tener efectos si se hubiere formulado un reexamen contra ella. Se podrá decir que esta solución provocará retrasos en el proceso ante la Jurisdicción nacional. Pero es preciso tener en cuenta que el procedimiento de reexamen deberá ser rápido, como lo exige el acta final de la Conferencia Intergubernamental. Por consiguiente, la pérdida de tiempo será mínima y además, será muy conveniente la espera para lograr la total eficacia y coherencia de la jurisprudencia comunitaria.

En lo que respecta a los efectos de la resolución del Tribunal de Justicia sobre el litigio, es preciso distinguir nuevamente si se trata del reexamen contra las decisiones del Tribunal de Primera Instancia dictadas en recursos de apelación o de casación, o bien del reexamen en materia prejudicial. En el primer caso, el efecto de la decisión del Tribunal de Justicia debe ser en todo caso vinculante. No sería lógico que tuvieran este efecto las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia resolviendo los recursos interpuestos contra las decisiones de las Salas Jurisdiccionales, y sin embargo, las resoluciones del Tribunal de Justicia tuvieran una eficacia diferente.

En los casos en que el Tribunal de Justicia decida sobre el segundo tipo de reexamen, cabría postular efectos simplemente declarativos para su resolución, que solamente serían útiles para la creación de jurisprudencia. Sin embargo, ello sería incomprensiblemente frustrante para la eficacia de las resoluciones del Tribunal de Justicia. Se produciría el absurdo de que dichas resoluciones serían muy importantes para la formación de jurisprudencia, pero en absoluto para el litigio en que la infracción se hubiere cometido. La incomprensión de los Jueces nacionales podría comenzar a originar situaciones peligrosas para la seguridad jurídica.



# LA REGLA *LEX FORI REGIT PROCESSUM*

M.ª Dolores Adam Muñoz
Profesora Titular de Derecho Internacional privado
Universidad de Córdoba

SUMARIO

I. Origen de esta regla. — II. Consagración de esta regla en el ámbito interno y en el internacional. — III. Fundamento de esta regla. — IV. Antecedentes de esta regla en el sistema español de Derecho Internacional privado.— V. El artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 1. Principio al que obedece. 2. Ámbito de aplicación. 3. Análisis de los elementos que componen el precepto. 3.1. Ubicación en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3.2. La expresión "procesos civiles que se sigan en España". 3.3. Referencia a los tratados y convenios internacionales. 4. Sustitución del artículo 8.2 del Código Civil: preceptos que derogan este artículo. — VI. El problema de la calificación de una norma como procesal o material. — VII. Excepciones a la regla general *lex fori regit processum*. — VIII. Conclusiones. Bibliografía consultada.

## I. Origen de esta regla

El procedimiento ha sido definido como una serie o sucesión de actos ordenados a la resolución judicial definitiva del proceso, para dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido constitucionalmente. De esta forma, los actos procesales, según la doctrina procesalista (Chiovenda, Guasp, Prieto-Castro y Rosenberg), son aquellos que inciden de



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

forma inmediata y directa sobre la constitución, desarrollo, modificación o terminación de la relación procesal o de las relaciones que integran el proceso.

Fue JACOBUS BALDUINUS el que realizó en el siglo XIII la distinción entre los estatutos aplicables al procedimiento (*ad ordinam litem*) y los que conciernen a la decisión sobre el fondo del asunto (*ad decidendam litem*). En el primer supuesto, el tribunal que estaba conociendo del asunto, debía de aplicar el derecho en vigor en su territorio, mientras que en el segundo caso, esta aplicación no era tan tajante, sino que el juzgador, para decidir sobre el fondo del asunto, podía aplicar la ley del foro o bien, una ley extranjera. De esta forma se consagra la regla mediante la cual es posible la aplicación de la ley del foro al procedimiento que se está siguiendo, mientras que la ley aplicable al fondo del litigio puede ser una ley extranjera.

## II. CONSAGRACIÓN DE LA REGLA EN EL ÁMBITO INTERNO Y EN EL INTERNACIONAL

Desde que el citado autor realizara esta distinción, constituye uno de los axiomas indiscutidos en los sistemas de Derecho Internacional Privado la regla "*lex fori regit processum*", de tal modo que, aún aplicándose en la mayoría de los sistemas jurídicos, sólo se encuentra recogida expresamente en algunos de ellos, quizás porque, según la expresión de HELDRICH es una regla que se halla "*universalmente admitida en derecho positivo*".

Ello sucede, por ejemplo, en el artículo 27 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano de 21 de abril de 1942, el cual disponía que "*la competencia y forma del proceso se rigen por la ley del lugar en que el proceso se desarrolla*". El artículo 48 de la Ley checoslovaca n. 97 de 4 de diciembre de 1963 sobre Derecho Internacional Privado señala que "*los tribunales y notarios públicos checoslovacos actuarán de conformidad con las reglas procesales checoslovacas*" y, el artículo 15 de la Introducción al Código Civil brasileño señala que "*la competencia, forma del procedimiento y medios de prueba, se enjuiciarán sobre la base del lugar en que la acción se interponga*". En el ámbito internacional esta regla se recoge también en diversos Convenios, entre los que destaca el Convenio de La Haya





de 1 de marzo de 1954 relativo al Procedimiento civil[1], el cual, en su artículo 14, establece que "*la autoridad judicial que proceda a la ejecución de una comisión rogatoria, aplicará las leyes de su país en lo que se refiere a las formas que hayan de observarse*"[2]. El Código de Bustamante, adoptado por la VI Conferencia Internacional Americana en La Habana en 1928, también se hace eco de este axioma y, en su artículo 314 señala que "*La ley de cada Estado Contratante determina la competencia de los tribunales, así como su organización, las formas de enjuiciamiento y de ejecución de las sentencias y los recursos contra sus decisiones*".

## III. FUNDAMENTO DE LA REGLA

El fundamento de esta regla radica, según algunos autores, en el principio de territorialidad, para otros, la base del aforismo se encuentra en la regla "*locus regit actum*"; o en el concepto de orden público. No obstante, el profesor MIAJA DE LA MUELA rechaza estos argumentos, indicando que la regla *locus* no ofrece un fundamento suficiente para la aplicación de la ley del foro al proceso, ya que ambas reglas poseen una trayectoria histórica distinta y, sobretodo porque la regla *lex fori regit procesum*, que se pretende derivada de la regla *locus*, es mucho más categórica que ésta al ser facultativa o supletoria en muchos sistemas conflictuales, mientras que el impe-

1. Ratificado por España el 28 de junio de 1961 (BOE núm. 297 de 13 de diciembre de 1961).

2. Esta misma regla se observa también en el artículo 13 del Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia Civil o Mercantil de 28 de mayo de 1969 (BOE núm. 63 de 14 de mayo de 1970). Artículo 21 del Convenio entre España e Italia sobre Asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia Civil y Mercantil de 22 de mayo de 1973 (BOE núm. 273 de 15 de noviembre de 1977). Artículo 12 del Convenio entre España y Alemania sobre Reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia Civil y Mercantil de 14 de noviembre de 1983 (BOE núm. 40 de 16 de febrero de 1988, correcc. Errores. BOE núm. 230 de 24 de septiembre de 1992). Artículo 17 del Convenio entre España y México sobre Reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia Civil y Mercantil de 17 de abril de 1989 (BOE núm. 85 de 9 de abril de 1999; corr. De errores, BOE núm. 108 de 6 de mayo y núm. 226 de 20 de septiembre). Artículo 5 del Convenio entre España e Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia Civil y Mercantil de 30 de mayo de 1989 (BOE núm. 3 de 3 de enero de 1990; corr. De errores. BOE núm. 20 de 23 de enero).



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rio de la *lex fori* en el proceso es absoluto. Tampoco constituye una base sólida el acudir a la noción de orden público, ya que éste constituye una excepción a la ley extranjera normalmente aplicable, mientras que la competencia de la ley del foro sobre el proceso es directa[3].

El citado profesor admite que la territorialidad de las leyes procesales sólo se justifica por su pertenencia al Derecho Público, al igual que las leyes penales o las fiscales, ya que son materias en las que una ley extranjera puede ser tenida en cuenta como elemento de juicio para aplicar la *lex fori*, pero no puede ser aplicable directamente. Además, las normas procesales tienen como principal destinatario a los tribunales y, es claro que éstos sólo están vinculados a las que dicta su propio legislador. En este sentido, GONZÁLEZ CAMPOS destaca las estrecha unión que existe entre las leyes procesales con la soberanía del Estado y su ejercicio en el propio territorio.

## IV. ANTECEDENTES EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Con anterioridad a la formulación expresa de este axioma en nuestro Código Civil, podemos encontrar bastantes precedentes del mismo en nuestro derecho: ya en el Fuero Juzgo se establecía (Libro 2, Tit 1, Ley 8) que "*Bien sofrimos, et bien queremos que cada un omne sepa las leyes de los entrannos por su pro; mas quanto es de los pleytos iudgar, defendémoslo, é contradezimos que las no usen, que maguer que y aya buenas palabras, todavia ay muchas gravedumbres, porque abonda por fazer justicia, las razones é las palabras, é las leyes que son contenutas en este libro. Nin queremos que daquí adelante sean usadas las leyes romanas, ni las entrannas*". Esta misma norma pasa la Fuero Real de Castilla (Libro 1, Tit 6, Ley 5), pero suprimiéndose la referencia al Derecho Romano y extranjero.

En el mismo sentido se manifiestan las Partidas (Partida 1, Tit 1, Ley 15) al señalar que "*E eso mismo decimos de los otros que fueren de otro señorío, que ficiesen el pleyto, ó postura, ó yerro en la tierra do se juzgase por las leys: ca maguer sean de otro lugar non pueden ser escusados de estar á mandamiento dellas, pues que el yerro ficiesen, onde ellan han poder: é aunque sean de otro señorío, non pueden ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorío, en cuya tierra oviesen fecho algunas destas cosas. E si por ventura fuesen rebeldes que non lo quisiesen facerde su voluntad, los jueces e las justicias los deben constreñir por premisa que lo fagan, asi como las leyes desde nuestro libro mandan*".

El artículo 1 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil establecía que "*El que haya de comparecer en juicio, tanto en asuntos de la jurisdicción contenciosa, como de la voluntaria, deberá verificarlo ante el juez o tribunal que sea competente y, en la forma ordenada por esta ley*". De este modo, el precepto señalaba la obligatoriedad de la ley procesal para todo aquel, nacional o extranjero, que pretendiera actuar ante nuestros tribunales.

Por su parte, el Tribunal Supremo recoge la aplicación de esta regla en su sentencia de 9 de enero de 1911 al establecer que "*Considerando que al hacer la sentencia recurrida la apreciación considerada en el primer considerando, no prescinde de aplicar al caso del pleito la regla de Derecho Internacional Privado, consignada en el artículo 10 de la Convención de La Haya de 1896, en cuanto dispone que la autoridad judicial que proceda a la ejecución de un exhorto, deberá observar en su cumplimiento las leyes de su propio país*". Sin embargo, nuestro Alto Tribunal, a juicio de la mayoría de la doctrina, incurre en un error, cuando en su sentencia de 19 de diciembre de 1930[4], incluyó la regla *lex fori regit processum* en el estatuto formal, manifestando que "*...es de evidencia notoria la aplicación del estatuto formal, conocido por "terrae lex loci" en todo cuanto a la materia procesal afecta para juzgar con vista del contenido de la ley que rige nuestro proce-*

3. Es regla admitida en Derecho Internacional Privado que cada Estado es soberano para establecer el volumen de competencia judicial internacional de sus tribunales; de ahí la distinción entre tráfico externo y tráfico ajeno, entendiendo que el primero se integra por hechos, comportamientos o situaciones jurídicas que, a pesar de su carácter diferencial (heterogéneo) se producen, se proyectan o afectan en alguna medida a la esfera de actuación jurídica del ordenamiento del foro. El segundo, por el contrario, se integra por supuestos que realizan todos sus elementos fuera del ámbito de interés que se auto asigna la ley del foro en el momento en que son contemplados. La distinción entre tráfico externo y tráfico ajeno comporta una exigencia previa de regulación: la de establecer la línea que delimita lo que se considera tráfico ajeno al ordenamiento y lo que se entiende como tráfico externo vinculado al sistema. Esta función se desarrolla a través de la concreción del volumen de competencia internacional que se asigna al conocimiento de los tribunales del foro. Vid. ESPINAR VICENTE, J.M. Curso de Derecho Internacional Privado español. Técnicas de reglamentación y normas. Madrid 1991, p.p. 57-81. Especialmente, p. P. 57-59.

4. RJ 1930-1931/1361.







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*dimiento civil respecto al ejercicio de las acciones, propuestas de excepción, pruebas y consecuencias que de ello se deriven*".

En nuestro Derecho, esta regla se recogió de modo expreso en el artículo 8.2 del Código Civil, introducida por la Reforma de su Titulo Preliminar llevada a cabo por Decreto 1836/1974[5], el cual establecía que "*Las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España*".

En cuanto a la inclusión de modo expreso de esta regla en el Código Civil, la incitativa partió de la Comisión General de Codificación, ya que no se hizo el más mínimo intento en el Proyecto de Ley de Bases 3/1973 de 17 de marzo[6]. En el artículo 11.4 del Proyecto de Texto Articulado de la Comisión General de Codificación, el cual se refería al régimen de la forma, se establecía lo siguiente: "*Los requisitos y formalidades de los procedimientos y actuaciones judiciales, se regularán por la ley del lugar en que se sustancien*". El Consejo de Estado, al evacuar dictamen sobre el Proyecto criticó este precepto en cuanto a los términos empleados y, sobre todo con relación a su emplazamiento sistemático, ya que el mismo se encontraba entre los aspectos formales, entendiendo el Consejo de Estado que los actos procesales "*no son meros apéndices formales de las relaciones jurídicas civiles*". Con base en estos argumentos, el Consejo de Estado sugirió el texto consagrado en el artículo 8.2 del Código Civil.

Este precepto fue criticado prácticamente por la totalidad de la doctrina que lo analizó, en primer lugar, por su ubicación sistemática, ya que, al igual que sucede también con otras reglas conflictuales del Título Preliminar del Código Civil, no era éste el lugar más adecuado para la determinación de la ley aplicable al proceso, cuya sede más correcta hubiera sido la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En segundo lugar, porque resultaba insuficiente en cuanto a sus planteamientos. Técnicamente, la doctrina coincidía al afirmar que se trataba de una norma de conflicto unilateral (GONZÁLEZ CAMPOS, ESPINAR VICENTE, FERNÁNDEZ ROZAS, DE ANGULO RODRÍGUEZ, CALVO CARAVACA), la cual delimitaba el ámbito de aplicación de la ley procesal española a todos los supuestos que se localizaran en nuestro país. Ello, con independencia de la declaración contenida en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, la cual establecía que "*las reglas aparecen configuradas no en términos unilaterales, preocupados sólo del Derecho español, sino de una manera completa con vistas a determinar, según nuestro Ordenamiento, cual es el derecho propio o extranjero aplicable*". Sin embargo, en opinión de algunos autores (FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO), la redacción de este precepto de modo bilateral hubiera sido desafortunada, toda vez que carecía de sentido y de relevancia práctica afirmar que se rigen por la ley extranjera las actuaciones que se sustancien ante los tribunales extranjeros, pues como señala CARRILLO SALCEDO, detrás del precepto late, en cierto modo, el principio *auctor regit actum*, lo cual quiere decir que una norma de conflicto como la del artículo 8.2 del Código Civil, puede ordenar a las autoridades judiciales españolas aplicar las leyes procesales españolas, pero no a las extranjeras aplicar sus leyes procesales.

Ello resulta claro si comparamos el primer inciso del artículo 8.2 del Código Civil con el artículo 8.1 del mismo Cuerpo Legal que afirma que "*Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública, obligan a todos los que se hallen en territorio español*". De esta relación se deduce que el fin que pretende el artículo 8.2 es declarar el alcance puramente territorial o de aplicación necesaria de las normas procesales del foro; sin embargo, el término "*territorialidad*" difiere, en cuanto a su significación, en la ordenación pretendida por las normas penales, de policía o de seguridad pública y en la que se proponen las normas procesales, ya que, en las primeras, la referencia al territorio significa la absoluta irrelevancia de cualquier elemento extranjero que pueda existir en el supuesto, y, en este sentido, la asimilación del tráfico jurídico externo al interno; sin embargo, en materia procesal, la territorialidad no es sino la preferencia por la ley del lugar de formación de un hecho o acto jurídico, por la noción de "*ley local*" (DE ANGULO RODRÍGUEZ).

Ello nos conducía a admitir que si en relación con el primer inciso del artículo 8.2 del Código Civil hubiera sido indiferente que el legislador afirmara que se rigen por la ley extranjera las actuaciones que se substancien ante los tribunales extranjeros porque, de hecho, en la mayoría de los casos sucedería así, no ocurría lo mismo en relación con el segundo inciso el cual señalaba que "*sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de reali-*

5. BOE núm. 163 de 9 de julio de 1974
6. BOE núm. 69 de 21 de marzo de 1973







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*zarse fuera de España*", ya que esta excepción, no se adecuaba a la configuración actual de la asistencia judicial internacional. El legislador español había querido dejar bien sentado y con exclusividad el principio de territorialidad de la ley procesal, al establecer que estas leyes "*serán las únicas aplicables a las actuaciones que se substancien en territorio español*" y, cuando quiso establecer la excepción lógica a este principio general, lo hizo sin tener en cuenta el nivel actual de la cooperación judicial internacional.

Todos estos inconvenientes se podrían haber obviado, según la opinión de algunos autores, entre los que destacan el profesor ESPINAR VICENTE, si se hubiera aceptado la redacción inicial, que proponía que este tema se incluyera en las cuestiones relativas a la forma de los actos, sometiendo los de carácter procesal *a "la ley del país en el que se substancien"*. Ello es así, desde el momento en que resultaba obvio, aunque la redacción de este segundo inciso no lo indicara, que, en principio, al igual que los órganos españoles que realizan actos judiciales deben atenerse siempre a la regulación que de ellos se establece en nuestras normas procesales, aun cuando éstos se verifiquen en atención a su solicitud por una jurisdicción extranjera, también las autoridades y jueces extranjeros aplicarán sus normas procesales cuando den curso a actuaciones procesales que, necesarias en un proceso que se está substanciando ante los tribunales españoles, deben realizarse en el territorio de su país, debiendo de ser aceptada por el Estado español esta territorialidad formal de las normas procesales extranjeras.

La excepción establecida en el inciso final del artículo 8.2 del Código Civil, como fue puesto de relieve por la doctrina, estaba pensada para la asistencia judicial internacional. La misma, presupone un principio general respecto de las *"comisiones rogatorias"*, el cual consiste en que el órgano jurisdiccional requerido para prestar su cooperación al de otro Estado mediante la realización de un acto procesal, llevará a cabo dicho acto *"conforme a su propia ley procesal y no con arreglo a la del Estado requirente"* (CALVO CARAVACA).

De este modo, si es un juzgado o tribunal español el que solicita la realización de un acto procesal fuera de España, su practica se llevará a cabo por un órgano jurisdiccional de otro Estado de acuerdo con la ley procesal extranjera, si bien, la autoridad requerida podrá denegar su realización si el acto excede de sus atribuciones o es contrario al orden público (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1881). Si el Juzgado o Tribunal español es el requerido por otro órgano jurisdiccional extranjero, será





aplicable la ley procesal española; de manera que el supuesto cae dentro de la regla general, dado que el acto solicitado ha de realizarse en España. De ahí la diferencia entre actos procesales nacionales y actos procesales extranjeros, de modo que el artículo 8.2 del Código Civil atendía al principio territorial para indicar que los actos procesales nacionales son aquellos que se realizan en territorio español y los extranjeros son los que se llevan a cabo fuera de nuestras fronteras.

Sin embargo, aunque la situación descrita es la normal, en la práctica no siempre sucede así, dado que la cooperación judicial internacional ha proliferado tanto en los últimos tiempos que ha llevado a sus últimas consecuencias la regla "*lex fori regit processum*", ya que posibilita que la misma se aplique aún fuera de las fronteras del Estado al cual pertenece el tribunal que está conociendo del asunto.

Todas estas situaciones no previstas por el inciso segundo del artículo 8.2 del Código Civil tuvieron que ser subsanadas por la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio del Poder Judicial[7], la cual, en su artículo 4, establecía básicamente el mismo precepto contenido en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al señalar que *"La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes"*. Sin embargo, en su artículo 21.1, la Ley Orgánica del Poder Judicial señaló que *"Los juzgados y Tribunales conocerán de los juicios que se substancien en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte"*. De este modo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, al formular en este precepto el principio de territorialidad de la ley procesal, lo hace teniendo en cuenta la posibilidad de que el mismo quiebre en atención a lo estipulado en los distintos Convenios Internacionales *en* los que España sea parte. No en vano, este Título I de la citada Ley se denomina *"De la extensión y límites de la jurisdicción y de la planta y organización de los juzgados y tribunales"*.

Ahora bien, la regla anterior no significa, en opinión de CORTÉS DOMÍNGUEZ, que el legislador español pueda imponer en algunos casos la regulación procesal española a los actos procesales extranjeros y, en otros casos, de forma graciosa, se remita a la ley del lugar; lo que la norma nos

7. BOE núm. 157 de 2 de julio; correc. de errores el 4 de noviembre.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

quiere decir es que, si bien la legalidad; es decir, el cumplimiento de los presupuestos y formas de los actos se regulan por la ley procesal aplicable a los mismos, la eficacia de los actos procesales extranjeros siempre está sometida a lo dispuesto por la ley procesal española. Porque si bien, ni el legislador ni el juez pueden entrar a declarar la legalidad o ilegalidad de los actos procesales extranjeros producidos al amparo de la Ley procesal extranjera, el Juez español sí que puede, con independencia de esa legalidad, otorgar efectos procesales en el proceso seguido en nuestro país a esos actos procesales producidos conforme a las normas procesales foráneas. En el primer caso, la legalidad o ilegalidad dependerá de los criterios legales de la Ley procesal extranjera; en el segundo caso, la eficacia del acto procesal extranjero dependerá de los criterios legales de la Ley procesal española.

## V. El artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Como así lo había demandado parte de la doctrina, la regla *lex fori regit processum* se encuentra recogida actualmente en la Ley procesal, en concreto en el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[8], el cual establece categóricamente que: "*Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas*". De este precepto se pueden extraer los siguientes caracteres:

### *1. Principio al que obedece*

Al igual que el antiguo artículo 8.2 del Código Civil, el principio al que obedece esta regla es de carácter territorial. Precisamente ello ha sido criticado por algún sector doctrinal, en tanto en cuanto, la norma recoge la regla *lex fori regit processum* en estado puro, tal y como lo hacía la jurisprudencia más tradicional. Hubiera sido preferible que también este precepto se hubiera encargado de recoger las excepciones a este regla general (Miralles Sangró).

8. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000.





### *2. Ámbito de aplicación*

Tal y como está redactado el precepto señala taxativamente que el ámbito de aplicación de las normas procesales españolas será el territorio nacional, como no podía ser de otro modo, ya que sigue estando redactada en términos unilaterales. Además hubiera sido superfluo que el precepto declarara la eficacia de nuestras normas procesales más allá de nuestras fronteras, ya que ello no depende del legislador español, sino de lo preceptuado en el ordenamiento extranjero.

### *3. Análisis de los elementos que componen el precepto*

3.1. *Ubicación en la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Ya hemos indicado anteriormente que gran parte de la doctrina entiende que éste es el sitio natural de este tipo de normas, aunque también debemos recordar que el cuerpo legal en donde esté incluido un precepto no dota a éste de naturaleza procesal o substantiva. Así, aunque la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil haya derogado numerosos preceptos de carácter procesal del Código Civil, aún quedan bastantes en vigor en este Cuerpo Legal.

3.2. *La expresión "procesos civiles que se sigan en territorio nacional".* El precepto quiere significar que las normas procesales españolas se aplicarán a los procesos civiles que se substancien en territorio español por jueces españoles. Esta terminología es más restrictiva que la utilizada por el antiguo art. 8.2 del Código Civil el cual se refería de modo genérico a "*los procesos*", sin especificar si éstos eran de naturaleza penal o civil, a pesar de que la norma estaba incluida en el Código civil. Por eso no me parece justificada la referencia únicamente a los procesos civiles, aunque la norma se haya incluido en un cuerpo legal que va a regir procesos civiles.

3.3. *Referencia a los Tratados y Convenios internacionales.* El precepto establece como única excepción para no aplicar las normas procesales españolas, las prescripciones contenidas en los tratados y Convenios internacionales. En este sentido, hemos de tener en cuenta los Convenios internacionales, tanto de carácter multilateral, como bilateral, en los que España es parte.

Así, el Convenio de La Haya sobre Procedimiento Civil de 1 de marzo de 1954, establece en su artículo 14 la regla general señalando que la autoridad judicial que vaya a dar cumplimiento a una comisión rogatoria, aplicará



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

las leyes de su país en lo que se refiere a las formas que hayan de observarse. Sin embargo, en el num. 2 establece la excepción a este principio general, indicando que "*Sin embargo, se accederá a la petición de la autoridad exhortante de que se proceda de acuerdo con una forma especial, siempre y cuando dicha forma no sea contraria a la legislación del Estado exhortado*". Con lo cual, se consagra la posibilidad de que el Estado requerido no aplique su normativa procesal en la materia, sino la ley designada por el Estado requirente, siempre y cuando la misma, claro está, no sea contraria a su legislación. Así, es probable que las autoridades españolas requeridas por un Estado extranjero, no apliquen los preceptos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil al realizar las actuaciones procesales solicitadas por el mismo, sino otra normativa distinta que no se oponga a nuestra Ley rituaria.

Esta misma previsión se contempla en el artículo 5 b) del Convenio de La Haya relativo a la Notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia Civil y Comercial de 15 de noviembre de 1965[9] y en el Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero[10]. La Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias hecha en Panamá el 30 de enero de 1975[11], sólo admite "*La observancia de las formalidades adicionales en la práctica de la diligencia solicitada*". Sin embargo, a juicio de GONZÁLEZ CAMPOS, estas formalidades "*adicionales*", como la "*forma especial*" de los tratados antes citados, incluye las establecidas en una ley procesal extranjera. De esta forma, podemos comprobar como el resultado al que se llega es el mismo en todos los convenios internacionales, incluyéndose la misma previsión en los convenios bilaterales[12].

9. BOE núm. 203 de 25 de agosto de 1987; correc. de errores BOE núm. 88 de 13 de abril de 1989.

10. BOE núm. 203 de 25 de agosto de 1987.

11. BOE núm. 195 de 15 de agosto de 1987.

12. Artículo 5 del Convenio entre España y la República Federativa de Brasil de Cooperación Jurídica en materia Civil de 13 de abril de 1989 (BOE núm. 164 de 10 de julio de 1991; correc. de errores BOE núm. 193 de 13 de agosto). Artículo 4 del Convenio entre España y la República Popular China sobre Asistencia judicial en materia Civil y Comercial de 2 de mayo de 1992 (BOE núm. 26 de 31 de enero de 1994; correc. de errores BOE núm. 60 de 11 de marzo). Artículo13 del Convenio entre España y la República del Bulgaria sobre Asistencia judicial en materia Civil de 23 de mayo de 1993 (BOE num. 155 de 30 de junio de 1994). Artículo 7 del Convenio entre España y el Reino de Marruecos de Cooperación judicial en materia Civil, Mercantil y Administrativa de 30 de mayo de 1997 (BOE núm. 151 de 25 de junio de 1997).





### 4. *Sustitución del art. 8.2 del Código Civil: preceptos que derogan este artículo*

El artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido interpretado, a mi modo de ver, por algún sector doctrinal, de una manera excesivamente rigurosa (CARRASCOSA GONZÁLEZ y MIRALLES SANGRÓ), al entender que este precepto "*indica que las actividades procesales que deben desarrollarse fuera del territorio español con relación a los procesos que se siguen en España —pruebas, notificaciones, etc.— se deben regir, en defecto de convenio internacional aplicable, por la ley española, pues el proceso se sigue en España. Esta regla es inadecuada: el juez extranjero despliega su actividad profesional en sintonía con la ley de su país, y no con arreglo a la del Estado requirente (España). Hubiera sido conveniente permitir que ciertos actos de asistencia judicial internacional se llevaran a cabo con la Ley extranjera del Estado del "juez colaborador". Con la redacción del art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se fomentan las pruebas y notificaciones practicadas en el extranjero según la ley extranjera, y que no serán válidas en España, al no haberse practicado según la ley española, que es lo que exige el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*".

Sin embargo, esta norma no ha de ser interpretada de una forma tan estricta, sino que hemos de tener en cuenta otros factores interpretativos, además del sentido propio de sus palabras, como el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, etc. (art. 3 del Código Civil). Así, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil ha derogado expresamente el art. 8.2 del Código Civil, del cual, la mayoría de la doctrina coincidía en afirmar que en su segundo inciso se refería a la cooperación judicial internacional y que no hacía alusión a lo estipulado en los convenios internacionales, lo cual tuvo que ser realizado por la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 276 a 278). Hoy esta institución se encuentra recogida en el art. 177 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que deroga al antiguo art. 300 de la misma Ley, el cual, a mi parecer, estaba redactado de una forma mucho más completa)[13], y, para dar un significado

13. El art. 177 de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual señala que: "1.– Los despachos para la práctica de actuaciones judiciales en el extranjero se cursarán conforme a lo establecido en los tratados internacionales en que España sea parte y, en su defecto, en la legislación interna que resulte aplicable. 2.–A lo dispuesto por dichas normas se estará



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

coherente al art. 3 hemos de realizar una lectura de su texto en sus justos términos.

El art. 3 se refiere única y exclusivamente al ámbito de eficacia territorial de las normas procesales civiles españolas, que serán las únicas que se aplicarán en los procesos civiles que se sigan en España. Se suprime, por lo tanto el inciso del art. 8.2 del Código Civil que señalaba que: "*...sin perjuicio de las remisiones que las leyes españolas puedan hacer a las leyes extranjeras respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España*", texto que recogía el dictum de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1930 y que mezclaba la cooperación judicial internacional sin hacer referencia a los tratados o convenios internacionales con el ámbito de aplicación territorial de las normas procesales. La supresión de este segundo inciso parece lógica, en tanto en cuanto, el precepto lo que pretende es declarar única y exclusivamente el alcance territorial de las normas procesales civiles españolas (como así lo establece claramente en el Título que da nombre al artículo "*De las normas procesales y su aplicación*"), pero no indicarle a un juez extranjero que aplique una normativa procesal española, en defecto de convenio, a las actuaciones procesales (pruebas, notificaciones, etc.) que tengan que realizarse en su Estado

también cuando las autoridades judiciales extranjeras soliciten la colaboración de los juzgados y tribunales españoles".

El art. 300 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil establecía que: "Las diligencias judiciales que deban practicarse en el extranjero se cursarán en la forma que establezcan los tratados internacionales. A falta de éstos, los despachos se cursarán por vía diplomática, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores. En el caso en que la diligencia vaya dirigida a un demandado español, residente en el extranjero, podrá ser ejecutada por el Jefe de la oficina Consular española, o, en su caso, el Jefe de la Misión Diplomática de la demarcación donde deba practicarse, siempre que a ello no se opongan las leyes del país de residencia. Si el demandado fuere extranjero las copias de la demanda y de los documentos irán redactados en castellano. Estas mismas reglas se observarán para dar cumplimiento en España a los Exhortos de tribunales extranjeros por los que se requiera la práctica de alguna diligencia judicial. Cualquier duda se resolverá según el principio de reciprocidad".

Como puede apreciarse la diferencia entre ambos preceptos es notoria de modo que, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil nos conduce a una laguna legal, ya que la misma no cuenta con ningún precepto en el que se contemple la tramitación a seguir para la práctica de diligencias en el extranjero a falta de convenio internacional regulador, sino que se remite a una futura ley, suponemos que se refiere a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil de 3 de septiembre de 1997, la cual se encuentra en estado de información por el Consejo de Ministros, el cual se llevó a cabo el 11 de junio de 1999. BIMJ, suplemento al num. 1854 de 1 de octubre de 1999, p.p. 313 y ss.





de origen, ya que ello sería absurdo a tenor de la soberanía de los Estados y porque el juez extranjero, en virtud precisamente de la admisión casi universal de la regla "*lex fori regit processum*", aplicará su normativa interna procesal a las actuaciones procesales *que* haya de llevar a cabo en su territorio. De ahí la formulación unilateral de la norma, al indicar los supuestos a los que ha de ser aplicada (los procesos civiles que se sigan en territorio español), la cual únicamente se podrá bilateralizar a la luz de un Convenio internacional[14], ya que constituye una norma general en los Convenios internacionales que regulan la asistencia judicial internacional, el que se aplique la ley procesal del Estado donde se realiza el acto procesal (prueba, notificación, etc.).

Lo que sucede es que este nuevo precepto ha recogido en su formulación las críticas doctrinales vertidas en relación con el antiguo artículo 8.2 del Código civil, pero desde mi parecer lo ha hecho de una forma tacaña y sin entender el sentir doctrinal, ya que lo que en realidad demandaba la doctrina era que si el artículo 8.2 del Código Civil hacía referencia a las leyes extranjeras y a la posibilidad de que las mismas rigieran actuaciones judiciales que habían de practicarse en el extranjero, las cuales posteriormente deberían de incorporarse al proceso civil que se estaba siguiendo en España, pues que el precepto también debería de haber hecho referencia a la situación contraria; es decir, al caso de la sumisión a la ley extranjera de ciertas actuaciones procesales que se llevaran a cabo en España a tenor de los Convenios internacionales en los que España era parte y que preveían esta posibilidad[15].

En definitiva, lo que hace el artículo 3 es definir o delimitar el ámbito de eficacia territorial de las normas procesales españolas, lo cual no quiere decir que las normas procesales extranjeras no gocen de eficacia en nuestro país, al ser incorporadas al proceso civil que se está siguiendo en España, lo mismo que sucede con las normas penales extranjeras que también surten efectos en España, aunque el artículo 8.1 del Código Civil establezca su obligatoriedad dentro de las fronteras españolas. Así, por ejemplo, el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando establece la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales penales señala en sus

14. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*. Madrid 2.000, p. 342.
15. Ibid. P. 344.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

apartados *a)* y *c)* los condicionamientos que el supuesto ha de cumplir, indicando al respecto *"que el hecho sea punible en el lugar de ejecución"* y *que "el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, que en este último caso, no haya cumplido la condena"*, con lo cual estamos trasladando a nuestro territorio normas penales extranjeras y las estamos dotando de eficacia para que nuestros Tribunales penales puedan actuar, ya que, para saber si el hecho es punible en el extranjero, debemos aplicar la ley penal extranjera o aceptar que ya ha sido condenado en el extranjero a tenor de la misma.

## VI. El problema de calificación de una norma como material o procesal

Las críticas que se vertieron en relación con el antiguo artículo 8.2 del Código Civil hacían referencia a la falta de previsión del precepto, en tanto en cuanto no había contemplado que ciertas cuestiones, calificadas *como* procesales, no se podían regir por la *lex fori*. Esta crítica se mantiene hoy día en relación con el art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido en que, a juicio de algún autor[16], el precepto, en lugar de comenzar con la enunciación de la regla general *lex fori regit processum*, debería de haber comenzado por establecer las excepciones a esta regla general y, es que, no siempre se aplica la ley española a todas las actuaciones procesales que se llevan a cabo en España y, ello, porque en ocasiones no resulta nada fácil el calificar a una norma como procesal (aplicación de la *lex fori*) o substantiva (aplicación de la *lex causae*).

Así, el supuesto de hecho contenido en el art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es bastante genérico, ya que se refiere a *"procesos civiles que se substancien en territorio español"*, con lo cual se trata de evitar posibles conflictos de calificaciones; sin embargo, la cuestión no es tan sencilla, ya que el problema radica en saber quien califica el carácter procesal de una norma al no existir una calificación internacional. Así, por ejemplo, la admisión de las pruebas biológicas en relación con la investigación de la paternidad, consagradas en el artículo 127 del Código Civil[17], es una cuestión que puede suscitar problemas en cuanto a su clasificación como norma material o procesal; en cuanto a su pertenencia o no la ley reguladora del fondo del asunto. Esta determinación goza de vital importancia porque si se admite que esta norma es de carácter procesal, estará regida por la ley española y, por lo tanto será admisible la prueba biológica en las acciones de filiación que se ejerciten ante nuestros tribunales, aunque la ley reguladora del fondo del asunto, ley nacional del hijo, según el artículo 9.4 del Código Civil, no legitime el uso de este tipo de pruebas. Por el contrario, si se acepta que esta norma es de carácter material, estará incluida dentro de la ley reguladora del fondo del litigio y no existirá la posibilidad de utilizar las pruebas biológicas, para la determinación de la paternidad, si la ley nacional del hijo no lo aprueba. Lo mismo sucede con la legitimación del Ministerio Fiscal en las causas de nulidad, ya que, a tenor del artículo 3 de la Ley 50/1981 que regula el Estatuto Orgánico y artículo 74 del Código Civil el Ministerio Fiscal está legitimado para ejercer la acción para pedir la nulidad matrimonial. En el caso en que la nulidad quede regida por una ley extranjera que no reconozca esta función al Ministerio Fiscal, se plantea la duda de sí, como el procedimiento se lleva a cabo en España, podrá ejercitar la acción igualmente o no; es decir, si la legitimación es de carácter procesal o material. En este sentido la doctrina se encuentra dividida, si bien, el Tribunal Supremo, ya en su sentencia de 5 de junio de 1926, manifestó que el Ministerio Fiscal ha de intervenir necesariamente en estas causas. Además la Disposición 8ª de su Estatuto señala que una de las funciones del Ministerio Fiscal es la de proteger a las partes.

Estas demandas doctrinales, como hemos indicado en líneas atrás, no han sido recogidas por el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por este motivo hemos de seguir acudiendo a otros factores interpretativos. Así, de acuerdo con el artículo 12.1 del Código Civil, la calificación de una norma como procesal o material se hará de acuerdo con las propias previsiones del foro. En nuestro Ordenamiento, la distinción ya no se puede realizar con base en el cuerpo legal en que las normas dudosas estén contenidas (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1941)[18], ya que existen

16. Miralles Sangró, P.P. "Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional". En AA.VV. *Derecho Internacional Privado*. Vol. I. UNED. Madrid 2000, p. 381.

17. Este precepto señala que: "*En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas*".

18. RJ 1222/1941.







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

normas procesales contenidas en el Código Civil y no en la Ley rituaria, de modo que este criterio distintivo no tiene ninguna virtualidad. La doctrina coincide al afirmar que la solución radica en buscar el criterio delimitativo, entre las normas materiales y las procesales, en la naturaleza misma de unas y otras y, no en virtud de que se encuentren en uno u otro Código. No cabe otro criterio calificador, indica MIAJA DE LA MUELA, que el examen individualizado de cada regla, para precisar si es procesal y, regida, en consecuencia por la *lex fori* española, o si es de naturaleza material. Así, según FAIRÉN GUILLÉN, son materiales las normas que conectan la producción de determinados hechos con el nacimiento, modificación o extinción de situaciones jurídicas subjetivas. Son procesales las que atañen a la defensa judicial de esos derechos, o a la realización de actos procesales y a las consecuencias jurídicas de esos actos.

## VII. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL *LEX FORI REGIT PROCESSUM*

El profesor GONZÁLEZ CAMPOS, desde una perspectiva de derecho comparado, nos ofrece el siguiente panorama de soluciones en torno a tres núcleos fundamentales en cuanto a la aplicación de la ley del foro como *"lex processualis fori"*[19]:

1. Existe un sector de cuestiones donde el imperio de la *lex fori* se admite sin ningún género de dudas. Este sector hace referencia, en primer lugar, a las medidas cautelares o de urgencia, para la salvaguardia de las personas y de los bienes. En segundo lugar, las cuestiones relativas a la estructura del proceso civil; es decir, las instancias, actos y plazos procesales, medios de defensa y recursos, dirección del proceso, etc. En lo que respecta al desarrollo del proceso, las cuestiones relativas al inicio del mismo, mediante demanda, la acumulación de acciones y de autos, la caducidad de la instancia y el desistimiento y, las diferentes cuestiones relativas a las actuaciones judiciales y las resoluciones judiciales, así como las costas del proceso. En resumen, aquellas materias vinculadas con el funcionamiento de los órganos de justicia de cada Estado y que sólo a éste corresponde reglamentar.

19. Una clasificación similar, aunque más exhaustiva la Realizan VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Madrid, 2000, p. 273.





2. La ley procesal extranjera puede regular aquellas materias comprendidas dentro del concepto de *"la asistencia judicial internacional"* que comprende, la notificación de actos judiciales en el extranjero, así como la obtención de pruebas. En estos casos, de acuerdo con los Convenios Internacionales celebrados en esta materia, el Estado requerido podrá proceder en la realización de estos actos procesales, de acuerdo con la legislación del Estado requirente, siempre que la misma no se oponga a su normativa.

3. Por último, existe una amplia zona gris en la delimitación del ámbito de la *lex fori* para las cuestiones relativas al procedimiento. Las discrepancias se centran en relación con algunas materias relativas a la situación de los particulares, en el régimen de la prueba y en lo concerniente a la prescripción. En esta zona es donde se ha venido operando el mecanismo del conflicto de calificaciones, con resultados muy distintos de un Estado a otro.

Esta situación nos demuestra que, aunque sea posible elaborar diversas clasificaciones en torno a la pertenencia de una cuestión a la normativa procesal o material, estas clasificaciones no son absolutas, de manera que siempre encontraremos cuestiones de difícil incardinación en un bloque o en otro. Hemos de dejar pues, en determinadas circunstancias, en manos del intérprete jurídico la consideración de una norma como procesal o material, sobretodo en esos casos de difícil delimitación.

## VIII. CONCLUSIONES

El artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge la regla *"Lex fori regit processum"* en su estado puro, sin realizar ninguna otra concreción e interpretando de una forma restrictiva las demandas realizadas por la doctrina internacional privatista. Así, suprime el inciso que hace referencia a la toma en consideración de las leyes procesales extranjeras en relación con los actos procesales que hayan de realizarse en el extranjero y que posteriormente se hayan de incorporar al proceso civil que se está siguiendo en España, creyendo que la cuestión está zanjada al referirse a lo preceptuado en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España es parte y olvidando los supuestos en los que se necesite la cooperación judicial inter-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nacional de algún Estado que no sea parte en los Convenios internacionales por medio de los cuales España se ha obligado.

Cierto es que resulta obvio que el juez español no puede ni debe indicarle al juez extranjero al que demanda auxilio la normativa a aplicar en la realización de los actos procesales que hayan de llevarse a cabo en su Estado de origen, y, por lo tanto, la norma no tenía porqué referirse a estas situaciones, pero también es verdad, que dado el nivel actual de desarrollo del Derecho internacional privado, también resulta obvio que el juez español aplicará las normas procesales civiles españolas a los procesos civiles que se sigan en España de modo que, considerado de esta forma, el precepto parece superfluo. Por ello considero que el legislador lo único que hace en este precepto es declarar la territorialidad de las normas españolas, respetando sus compromisos internacionales, que por cierto, una vez que España ha ratificado un Convenio y se ha publicado en el BOE, forma parte integrante del Ordenamiento jurídico español (art. 96 Constitución) y, lógicamente, también son *"normas procesales españolas"*, aunque de fuente convencional.

La redacción de este precepto en el Proyecto de Ley de 13 de noviembre de 1998[20] no gozó de ninguna enmienda ni fue objeto de debate alguno en todo el proceso de elaboración de la Ley, lo cual nos da una idea del consenso que existió entre todas las fuerzas políticas a la hora de plasmar este precepto en la Ley, o de la "*verdad de perogrullo*" de la que era eco el artículo 3, la cual no podía conducir a discusión alguna.

Lo cierto es que hubiera sido preferible, como señala MIRALLES SANGRÓ[21], que para lo que dice el artículo hubiera sido mejor que la regla *lex fori regit processum "no se hubiera explicitado en ningún texto normativo, solución que no impediría su aplicación, como ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos"*, ya que una norma tan rígida es impropia para las exigencias del tráfico externo actual, en donde se proponen soluciones cada *vez* más flexibles.

A mi juicio, la norma no me parece que sea criticable por su rigidez, sino por superflua e incluso incompleta, ya que se limita a recoger una regla general, universalmente admitida y pierde la oportunidad de regular lo que verdaderamente puede llevar a equívocos, cual es la eficacia en España de actos procesales realizados en el extranjero, en relación con los procedimientos que se siguen en nuestro país, con o sin la existencia de convenio internacional, o bien, de realizar una regulación pormenorizada de los problemas en presencia con la finalidad de evitar posibles conflictos de calificaciones. Todos estos inconvenientes se podrían haber obviado si el precepto hubiera contenido una precisión que indicara que*: "Los actos procesales se regirán por la ley del lugar en el que se substancien"*, como ya en su día señalaron los profesores ESPINAR VICENTE y DE ANGULO RODRÍGUEZ. Con esta inclusión se estarían combinando el principio de territorialidad de la ley procesal española y la regla *locus regit actum,* que es la que, en definitiva, valida los actos realizados en el extranjero, siempre y cuando éstos no se opongan a los principios fundamentales del Ordenamiento Jurídico español (artículo 24 de la Constitución).

20. BOCG. Congreso de los Diputados, núm. 147-1, Serie A, p.p. 1-167.

21. MIRALLES SANGRÓ, P.P. "Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional". En AA.VV. *Derecho Internacional Privado.* Vol. I. UNED. Madrid, 2000, p. 384.





## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA


ADAM MUÑOZ, M. D.: *El proceso con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional.* 2ª Ed. Pamplona, 1997.

ALBAZAR LÓPEZ, J. L. y MARTÍN GRANIZO, M.: *Código Civil doctrina y jurisprudencia*, tomo I (art. 8.2.). Madrid, 1991.

ANGULO RODRÍGUEZ, M.: *Lecciones de Derecho procesal internacional*, Granada, 1974, págs. 44-53 y 69-77.

IBÍD.: "Comentario al art. 8.2 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, 1977.

IBÍD.: "Comentario al art. 8.2 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Jaén, 1978, pág. 133.

CALVO CARAVACA, A. L.: "Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional", *RGD*, núm.7, 1986, págs. 5.095-5.122.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado.* Vol. I. Madrid, 2000, p.p. 357-360.

CHIOVENDA, G.: Instituciones de Derecho privado Internacional. Madrid, 1985.




Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal civil internacional* (Ordenamiento español), Madrid, 1981, págs. 39 y ss. y 77 y ss.
DROZ, G.A.: "La Conférence de La Haye et l'entraide judiciaire internationale". *R. des C.*, T. 168, 1980/III, p.p. 159-183.
DUTOIT, B. y MERCIER, P.: "La onzieme session de la conférence de la Haye de droit international privé ", *N.I.L.R.*, vol. XVI, 1969, págs. 239-256.
ESPINAR VICENTE, J. M.: *Derecho procesal civil Internacional*, Madrid, La Ley, 1988.
IBÍD.: *Derecho procesal civil internacional*. Madrid, 1992.
IBÍD.: *Curso de Derecho Internacional Privado. Técnicas de reglamentación y normas*. Madrid, 1991.
ESPLUGUES MOTA, C.: *Código de Derecho internacional privado español*, Madrid, 1989.
FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*. Barcelona, 1989.
FEDOZZI: *Il diritto processuale civile internazionale.* Bologna,1905.
FENECH, M.: *Derecho procesal civil*, 2ª ed. Madrid, 1986.
FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, 2001, págs. 340-344.
GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*, Vol. I, Derecho judicial internacional. 2ª ed., Madrid, 1992, Universidad Complutense.
GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: "Comentario al art. 8.2 del Código Civil en *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, págs. 74 y ss.
IBÍD.: "Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence legislative en Droit international privé ", *R. des C.*, T. 156, 1977, págs. 226-376.
GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado* (1991-1993). Madrid, 1996.
GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y RECONDO PORRUA: *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Bilbao, Publ. Univ. Deusto, 1981.
GRUNSKY, W.: "Lex fori und Verfahrensrecht", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1976, III, págs. 241-259.
GUASP, J.: *Derecho procesal internacional*, I, Madrid, 1962.
IBÍD.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Vol. I, 2ª parte, Madrid, 1977.
MIAJA DE LA MUELA: *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., revisada, Madrid, 1987.
MIRALLES SANGRÓ, P. P.: Tema XIII: "Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional", en AA.VV. *Derecho internacional privado*. Vol. I. UNED, Madrid, 2000, p.p. 381-384.
PONSARD, A.: "La convention de la Haye du premier mars 1954, relative à la procedure civile (communication et dicussion)". *Travaux du Com. Fr. Droit. Int. Privé (1960-1962)*, p.p. 39-66.
PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución*. 2ª Ed. revisada. Pamplona, 1985.
QUECEDO ARACIL, P.: *Convenios internacionales de cooperación en materia civil y procesal*. T. I y II, Madrid, 1992.
RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1985.
IBÍD.: *Código procesal civil internacional*, vol. I y II, Barcelona, 1992.
ROSENBERG, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Romera Vera. Buenos Aires, 1955.
SPIRO, E.: "Forum regit processum", *ICLQ*, núm 3, 1975, págs. 949-960.
VARIOS: *Derecho internacional privado*, 4ª ed., U.N.E.D., 1992, Madrid.
VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J.: *Derecho procesal civil internacional*. Madrid, 2000, p.p. 271-276.
VITTA, E.: *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, 4ª ed. Torino, 1987.

Córdoba, 23 de abril de 2002







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

# LA CREACIÓN DE UN MINISTERIO PÚBLICO EUROPEO EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL DE LA UNIÓN EUROPEA

ANA M.ª LOURIDO RICO
Becaria FPU del MECD
Universidade da Coruña

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. — II. ORÍGENES DE LA PROPUESTA. — III. FUNDAMENTO JURÍDICO. — IV. ÁMBITO COMPETENCIAL DEL MPE — V. ORGANIZACIÓN INTERNA. 1. El Fiscal Europeo. 2. Los Fiscales Europeos Delegados. 3. Principios rectores del MPE: independencia, jerarquía, unidad de actuación y solidaridad. — VI. PROCEDIMIENTO. 1. Inicio. 2. Fase preparatoria. 2.1. Principios rectores: el principio de legalidad de las actuaciones y sus excepciones. 2.2. Reparto de asuntos entre el FE y las autoridades nacionales. 2.3. Medidas de investigación. 2.4. La intervención del Juez de libertades. 2.5. Conclusión de la fase preparatoria. Apertura del juicio oral o archivo de las actuaciones. 2.5.1. El control del acto de apertura del juicio oral. 3. Fase judicial. 3.1. Determinación del órgano territorialmente competente para el enjuiciamiento. 3.2. Ejercicio de la acción penal. 3.3. La prueba. 4. Fase de ejecución. — VII. REFLEXIÓN FINAL.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde 1995 se trabaja sobre el proyecto de creación de un Ministerio Público Europeo, en adelante MPE, pero es en el último bienio cuando al-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gunas instancias comunitarias, especialmente, la Comisión y el Parlamento Europeo, insisten en la necesidad de llevar a la práctica la propuesta.

La creación de un MPE se enmarca dentro de la cooperación judicial penal en el seno de la UE y precisamente el punto de inflexión que determinaría un antes y un después en la evolución de dicha cooperación es el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de noviembre de 1993. Esto no significa que antes no se emprendiesen algunas acciones y prácticas en el terreno de la cooperación judicial penal, pero su alcance era muy limitado, en consonancia con el hecho de ser el objetivo principal de la Comunidad la unión económica y monetaria. El TUE, además de incorporar el pilar comunitario y de desarrollar el segundo pilar conocido como "Política Exterior y de Seguridad Común", añadió un tercer pilar, relativo a la "Cooperación en los ámbitos de Justicia y asuntos de Interior" —CAJAI—. Ahora bien, unos años después de la entrada en vigor del Tratado el balance sobre el desarrollo de la CAJAI era bastante desalentador, como acredita el desinterés de los Estados miembros en ratificar los Convenios celebrados en ese período, entre ellos, el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 1995[1] y sus dos Protocolos, de 27 de septiembre de 1996 y 19 de junio de 1997[2], respectivamente. Los escasos progresos obtenidos se pueden explicar si se tiene en cuenta que los asuntos de Justicia han estado siempre vinculados a la soberanía de los Estados y, en consecuencia, la cooperación judicial penal en el Tratado tiene un marcado carácter intergubernamental, concediendo a los Estados todo el protagonismo a la hora de emprender iniciativas en este ámbito. Es en este período cuando surge la idea de crear un MPE, idea a que se dedicará el grueso de este artículo, no sin antes terminar de esbozar la evolución de la cooperación judicial penal para proporcionar una visión global de la situación.

El paso decisivo hacia la integración de la cooperación judicial en materia penal en un marco verdaderamente comunitario lo da el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999. Esta modificación del TUE permite que, no sólo los Estados, sino también la Comisión europea pueda tomar la iniciativa para adoptar instru-

1. DOCE C316, de 27-11-1995, págs. 49 y ss.
2. DOCE C313, de 23-10-1996, págs. 2 y ss. y DOCE C221, de 19-7-1997, págs. 12 y ss., respectivamente.





mentos normativos (art. 34.2); además atribuye competencia al TJCE para pronunciarse sobre la validez e interpretación de las normas relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal (art. 35.1) y contempla la posibilidad de comunitarizar las acciones emprendidas en ese ámbito (art. 42). Por último, se consagra como objetivo de la Unión la formación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

En el Consejo Europeo extraordinario de Támpere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, se llega a la conclusión de que para la consecución de un auténtico espacio común de justicia serían imprescindibles, entre otras medidas, la consagración del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y de los actos anteriores al juicio, lo que se traduciría, por ejemplo, en la admisibilidad ante los Tribunales de un Estado miembro de las pruebas legalmente obtenidas en otro, así como la creación de un organismo que apoye y coordine las investigaciones penales en casos de delincuencia organizada y coopere estrechamente con la Red Judicial Europea para simplificar la ejecución de las comisiones rogatorias (Eurojust).

La entrada en vigor del Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001, incorporará como principal novedad la inclusión de Eurojust como unidad de actuación en materia de cooperación judicial penal (arts. 29 y 31).

De toda esta evolución puede destacarse la ampliación del marco jurídico comunitario, de modo que los objetivos eminentemente económicos y sociales iniciales, como la consecución de la libre circulación de personas mediante la apertura de fronteras, dan lugar a nuevas necesidades, como la de hacer frente al espectacular incremento y desarrollo de la delincuencia organizada transnacional, que exigen un compromiso político más intenso y acciones comunitarias eficaces en un ámbito como el penal, tan íntimamente ligado a la soberanía estatal. En este sentido hay que tener en cuenta que la cooperación entre los poderes judiciales de Estados miembros que aplican normas penales y procesal-penales diferentes está muy lejos de lograr un espacio en el que las divergencias de legislaciones y procedimientos no beneficien a los delincuentes. Es entre las acciones comunitarias tendentes a remediar la insuficiencia de la cooperación y de dar un paso más hacia la harmonización y la integración donde se puede ubicar la iniciativa que aboga por la creación de un MPE.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

## II. Orígenes de la propuesta

En 1995, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión que redactase un informe sobre las posibilidades de harmonización del Derecho Penal y Procesal Penal para una eficaz protección de los intereses financieros de la UE. Bajo el patrocinio de la Dirección General de Control Financiero de la Comisión, un comité de ocho investigadores miembros de la Asociación de Juristas europeos, realizó, entre noviembre de 1995 y mayo de 1996, un estudio del tema, cuyo resultado fue un documento conocido como "Corpus Iuris. Disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea", que fue publicado en numerosos países en 1997 y 1998[3]. Para acallar las voces críticas que se alzaron desde los Ministerios de Justicia de algunos países miembros sobre la incompatibilidad de las disposiciones del Corpus Iuris con los principios fundamentales de Derecho Constitucional, Penal y Procesal Penal de los Estados, el Parlamento encargó un análisis más profundo para determinar las posibilidades reales de implantación de las propuestas contenidas en ese cuerpo jurídico. Este análisis dio lugar en el año 2000 a una segunda versión mejorada del Corpus, también conocida como "versión de Florencia"[4].

3. Se ha consultado la versión española: Bacigalupo Zapater, E., *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea,* Madrid, 1998, y la italiana, Grasso, G., *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Milano, 1997.

A su vez, se publicaron algunos artículos sobre el tema, como el de Solé Riera, J., "Hacia un proceso común europeo. Proyecto de *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea", *Justicia*, 1997, núm. 2, págs. 447-469, que también incluye el articulado completo en español de esa primera versión del Corpus.

4. Esta última versión está disponible en inglés y francés en la siguiente dirección de Internet: http://www.law.uu.nl/wiarda/corpus/index1.htm Sobre ella se han elaborado interesantes análisis, entre los que destacan: Gómez Colomer, J.L., "La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (El Proyecto Corpus Iuris)", *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 2000, págs. 139-176 y Vervaele, J., "La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Iuris 2000 y de la Fiscalía Europea", *Rev. Penal*, núm. 9, 2002, págs. 134-148, así como artículos que abordan aspectos más puntuales: González, J., "Towards a European Public Prosecutor's Office", AA.VV., *Vers un espace judiciaire pénaleuropéen*, Bruxelles, 2000, págs. 120-130.





El Corpus Iuris se sustenta sobre el principio de harmonización, en la medida en que recoge los tipos penales básicos y las normas procedimentales mínimas en materia de lucha contra el fraude que son comunes a todos los países de la Unión. El Corpus Iuris 2000 está compuesto de 35 artículos[5] y se divide en cuatro partes. Las dos primeras son de Derecho Penal, si bien, una contiene la parte especial, esto es, ocho tipos penales (arts. 1 a 8), y otra, la parte general, con disposiciones sobre el elemento subjetivo, el error, la tentativa, la responsabilidad penal y las sanciones aplicables (arts. 8 a 17). La tercera parte (arts. 18 a 34) se dedica al proceso penal y es la que diseña las líneas generales de la estructura y funcionamiento del MPE, así como de las fases preparatoria y de enjuiciamiento[6]. La última parte contiene un único art., el 35, que establece la complementariedad del Derecho nacional.

El Corpus Iuris sigue siendo un proyecto y no parece que su aprobación sea una prioridad comunitaria ni, menos aún, de los Estados miembros. Sin embargo, su elemento más revolucionario, es decir, la creación de un MPE con competencias limitadas al ámbito de la protección de los intereses financieros de las Comunidades, sí se presenta como uno de los objetivos básicos de la Comisión Europea. En efecto, en la Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales celebrada en Niza en el 2000, la Comisión propuso revisar el Tratado CE, reformando el art. 280 e introduciendo un nuevo art. 280 bis que permitiese la creación de un Fiscal Europeo[7]. Su propuesta no fue acogida por falta de tiempo y por la necesidad de profundizar en sus repercusiones prácticas. Pese a todo, de acuerdo con su plan de acción 2001-2003 para la protección de los intereses financieros de

5. Aunque ha de tenerse en cuenta que existe un art. 11 bis y unos arts. 25 bis, 25ter y 25 quater.

6. El modelo de MPE y de procedimiento preliminar diseñado por el Corpus Iuris ha sido objeto de crítica por Queralt, J., "El MPE en el 'Corpus Iuris'", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 418, 1999, págs. 1-4.

Algunos autores han manifestado su preocupación por los aspectos en que la creación de un MPE podría entrar en contradicción con los ordenamientos nacionales. Con respecto a Italia, vid. Orlandi, R., "Qualque rilievo intorno alla vagheggiata figura di un Pubblico Ministero Europeo", AA.VV., *Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell'Unione Europea*, Milano, 1999, págs. 207-214.

7. Contribución complementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales "La protección penal de los intereses financieros de la Comunidad: el Fiscal Europeo", 29-9-2000, COM (2000) 608.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

las Comunidades[8], la Comisión se comprometió a adoptar un Libro verde[9], con el fin de ampliar el debate[10] y concretar la propuesta, con vistas a su examen por la Convención que preparará la próxima revisión de los Tratados. A su vez, el Parlamento Europeo ha hecho un llamamiento a la Convención para que incluya en el orden del día de la próxima conferencia Intergubernamental sobre la revisión de los Tratados, prevista para el 2004, la introducción del art. 280 bis, como primera fase de una operación indispensable para un funcionamiento más democrático y eficaz de las instituciones de la Unión[11].

En esta exposición sobre la configuración del MPE se tendrán en cuenta, entre otros muchos elementos, las propuestas del Libro verde, el informe presentado por la Fiscalía General del Estado español sobre él, en el que se responde a las preguntas formuladas por la Comisión en el Libro verde y las aportaciones del Parlamento Europeo sobre el tema.

## III. Fundamento jurídico

La creación de un MPE no es posible conforme a la actual redacción del Tratado CE[12], puesto que el art. 280 establece que el legislador comunitario adoptará las medidas necesarias para luchar contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad pero fijando como límite que "Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación nacional ni a la administración nacional de la justicia."Por este motivo, la propuesta presentada por la Comisión incluía la modificación del art. 280 y la inclusión de un art. 280 bis, que recogería las características esenciales del Fiscal Europeo, remitiendo al Derecho derivado las disposiciones relativas a su estatuto y funcionamiento.

En el proyectado art. 280 bis se diseñan algunos de los rasgos fundamentales del Fiscal Europeo, relativos a su nombramiento, destitución, misión y a alguno de sus principios rectores y se opera una remisión al Derecho derivado para todas las demás cuestiones, en concreto, estaría previsto que el Consejo, por el procedimiento de codecisión con el Parlamento Europeo y por mayoría cualificada, adoptase una serie de normas[13]:

— El Estatuto del Fiscal Europeo.
— Un Reglamento que establezca los tipos penales perseguibles en relación con los intereses financieros de las Comunidades, así como las penas aplicables.
— Las normas de procedimiento aplicables a las actividades del Fiscal Europeo y las normas por las que se controlará la admisibilidad de las pruebas.
— Las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos de procedimiento adoptados por el Fiscal Europeo en el ejercicio de sus funciones.

## IV. Ámbito competencial del MPE

Desde el punto de vista espacial, la competencia del MPE alcanza a todo el territorio de la UE, dentro de lo que se podría denominar "espacio judicial único".

8. COM (2000) 254.

9. El Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, presentado por la Comisión el 11-12-2001, COM (2001) 715 final, puede consultarse en el siguiente sitio de Internet: http://europa.eu.int/olaf/livre_vert.

10. El Libro verde mantuvo abierto, hasta junio del 2002, un foro de opinión sobre las cuestiones en él planteadas, en especial, las relativas al proyecto de Derecho derivado que tendría que concretar el régimen del MPE. En dicho foro pudieron participar todos los medios interesados en el debate, como los parlamentos, autoridades públicas comunitarias y nacionales, profesores de Derecho Procesal Penal, universitarios, etc.

11. Documento de trabajo sobre el Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, de la Comisión de Control Presupuestario del Parlamento Europeo, de 26-6-2002 (PE 315.771).

12. Vid. Van Gerven, W., "Constitutional Conditions for a Public Prosecutor's Office at the European Level", AA.VV., *Vers un espace judiciaire pénaleuropéen*, Bruxelles, 2000, págs. 301-325, que trata de encontrar en los Tratados las bases legales para el Corpus Iuris.

13. Arroyo Zapatero y Nieto Martín consideran que, en la medida en que el Parlamento únicamente dispone de capacidad de veto y, por lo tanto, su intervención no satisfaría el principio de legalidad, sería preferible que la inclusión del MPE y las tipificaciones y reglas comunes que entraña se efectuasen a través de un Convenio internacional que formase parte, no del Tercer Pilar, sino del Derecho originario. Vid. "La protección de los intereses financieros de la UE: una nueva vuelta de tuerca", en AA.VV., *El Derecho Penal ante la globalización* (L. Zúñiga Rodríguez, C. Méndez Rodríguez y M.R. Diego Díaz-Santos, coords.), Madrid, 2002, págs. 167 y 168.







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Por lo que respecta a su competencia material, la propuesta de creación de un MPE nace vinculada a la protección penal de los intereses financieros comunitarios. Ahora bien, tal vez de lo que se trate es de afianzar un primer escalón hacia la construcción de un verdadero MPE con competencia genérica, no en vano el Parlamento Europeo ha señalado que el debate podría incluir la lista de los 32 delitos que darán lugar a la entrega, en virtud de la orden de detención europea[14].

Cuáles son los intereses financieros que hay que proteger lo aclara el Libro verde, incluyendo fundamentalmente el presupuesto general, los presupuestos administrados por las Comunidades o por cuenta de éstas, algunos fondos no presupuestados, administrados por organismos comunitarios, así como el patrimonio de las Comunidades (bienes inmuebles) y sus partidas de gastos e ingresos, aunque lo decisivo será acudir a las infracciones en relación con esos intereses que sean tipificados como delitos perseguibles por el MPE. Tres de estas infracciones están claras: el fraude, la corrupción y el blanqueo de capitales y la discusión se centra en el fraude en materia de adjudicación de contratos, en la asociación de delincuentes, el abuso de función y la revelación de secretos conocidos en el ejercicio de la función pública. En este punto resultará de gran utilidad la primera parte del Corpus Iuris 2000 y los problemas seguramente se plantearán en relación con la amplitud con que se formulen los tipos.

## V. Organización interna del MPE

### *1. El Fiscal Europeo*

Conforme al proyectado art. 280 bis, el Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previo dictamen del Parlamento Europeo, nombraría un FE por un período de seis años no renovables.

También de acuerdo con dicho precepto, el Fiscal sería elegido entre personalidades que ofrezcan todas las garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas en sus respectivos Estados para el ejercicio de las más altas funciones judiciales.

14. Documento de trabajo..., cit., pág. 8.
La lista de delitos se contiene en el art. 2.2 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE L190, de 18-7-2002).





En cuanto a su cese, el art. 280 bis sólo contempla como motivos que el FE deje de cumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o la comisión de una falta grave. Corresponderá al futuro Estatuto del FE concretar cuáles son las "condiciones necesarias" y qué faltas se reputarán graves. El órgano competente para la destitución es el TJCE, a petición del Parlamento, del Consejo o de la Comisión. Resulta evidente que el cese se producirá también por fallecimiento, dimisión y por la finalización de su mandato, de modo que estas tres causas también deberían estar previstas en el citado Estatuto.

De acuerdo con la propuesta de la Comisión, materializada en el art. 280 bis, la misión del FE consistirá en "investigar, acusar y enviar a juicio a los autores o cómplices de infracciones que afecten a los intereses financieros de la Comunidad y ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción pública relativa a estas infracciones...". Se trata de instaurar una autoridad comunitaria y de atribuirle la dirección centralizada de las investigaciones y actuaciones judiciales relativas a las infracciones que afecten a los intereses financieros de la UE, o, dicho de otro modo, de unificar, en la figura del FE, la fase preparatoria o de investigación de los procesos relativos a dichas infracciones. Ahora bien, la fase de enjuiciamiento permanecerá enteramente en el plano nacional y el órgano encargado de decidir sobre el fondo del asunto es un Juez nacional.

### *2. Los Fiscales Europeos Delegados*

Como ya establecía el art. 18.3 del Corpus Iuris, el MPE estaría compuesto por un FE y unos Fiscales Europeos Delegados (FED), de acuerdo con una organización descentralizada que tendería a garantizar la integración de su acción en los ordenamientos jurídicos nacionales. Los FED desempeñarían su cargo en sus respectivas capitales nacionales o regionales o en cualquier otro lugar adecuado al ejercicio práctico de su función, teniendo en cuenta la implantación territorial de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes. En efecto, la figura de los FED, en los que el FE delegará, habitualmente, el ejercicio concreto de sus competencias para que las actúen en sus respectivos Estados miembros, servirá de nexo de unión entre la instancia comunitaria y la nacional.

La Comisión explica en el Libro verde que el FE designará uno o varios FED en cada Estado miembro, a propuesta del Estado de origen. El in-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

forme de la Fiscalía General española acerca del Libro verde señala que el establecimiento de un proceso selectivo en cada Estado miembro constituiría una garantía adicional de independencia, pero también se plantea si no sería más acorde con su independencia atribuir la propuesta de nombramiento a un órgano comunitario.

Los FED serán elegidos entre los funcionarios nacionales responsables en sus Estados respectivos de las actuaciones penales y con experiencia en este ámbito, pudiendo tratarse de fiscales nacionales o de funcionarios designados a tal efecto, en los casos en que no exista la institución del ministerio fiscal.

Su mandato será de duración determinada, pero, en este caso, sí que podrá renovarse con el fin de lograr una cierta especialización de esos funcionarios en el ámbito de los intereses financieros comunitarios.

En aras de la menor incidencia posible en el Derecho de los Estados miembros, la Comisión no prevé un estatuto europeo autónomo para los FED, sino que propone el mantenimiento de su estatuto nacional, excepto en lo que respecta al régimen jerárquico y disciplinario durante el tiempo que dure su mandato. Su responsabilidad disciplinaria se exigiría ante el TJCE.

Queda por determinar si la misión confiada a los FED tiene o no carácter exclusivo, esto es, si el desempeño del mandato europeo es compatible con su mandato nacional. La Comisión plantea tres opciones:

1. El desempeño del mandato europeo en exclusiva, lo que permitiría una total especialización y evitaría los conflictos de intereses, reforzando la independencia.
2. La atribución de una doble función, una prioritaria, de protección de los intereses financieros comunitarios y otra subsidiaria, de protección de los intereses nacionales, opción que tiene la ventaja de facilitar la solución de los asuntos mixtos, en que se ven implicados ambos intereses pero presenta el inconveniente de que puede dar lugar a la aparición de conflictos de intereses dada la doble dependencia jerárquica del FED.
3. La tercera opción es más bien una conjunción de las anteriores, puesto que consistiría en dejar a la discreción de cada Estado la elección entre una u otra.

En el informe anteriormente mencionado, la Fiscalía General españo-





la se decanta por la primera de las opciones apuntadas, que es también la que prefiere el Parlamento Europeo[15].

### 3. *Principios rectores del MPE: independencia, jerarquía, unidad de actuación y solidaridad*

El proyectado art. 280 bis consagra el principio básico de independencia al señalar que el FE. "En el cumplimiento de su tarea no solicitará ni aceptará ninguna instrucción". Esta independencia ya se recogía en el art. 18.2 del Corpus Iuris con respecto tanto de las autoridades nacionales como de los órganos comunitarios.

El FE será responsable de la dirección y coordinación de las investigaciones y actuaciones judiciales relativas a las infracciones que entren dentro de su ámbito de competencia material en todo el territorio de la UE. Los FED estarán bajo su dependencia jerárquica y tendrán la obligación de obedecer sus instrucciones. En esta línea, se guarda silencio sobre el eventual disenso de un FED frente a una instrucción del FE, pero sería necesario prever en qué supuestos cabría y conforme a qué procedimiento se articularía.

El principio de unidad de actuación o indivisibilidad significa que todo acto realizado por uno de los miembros se reputará realizado por el MPE. Cada FED recibirá una delegación del FE, de modo que todos los actos que sean competencia de éste podrán ser realizados por cualquiera de ellos, como regla general, en el Estado miembro de procedencia, sin perjuicio de que puedan ser autorizados por el Fiscal Europeo para actuar en el territorio de otro Estado, en colaboración con el FED de éste último.

Entre los FED existe una obligación de asistencia mutua y este es en sustancia el contenido del principio de solidaridad.

## VI. PROCEDIMIENTO

Es necesario analizar el procedimiento a través del cual se han de perseguir los delitos contra los intereses comunitarios, distinguiendo la fase preparatoria de la judicial, los actos propios de cada una de ellas y el órga-

15. Vid. Documento de trabajo..., cit., pág. 5.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

no competente para llevarlos a cabo y haciendo especial hincapié en las funciones atribuidas al FE y, por delegación de éste, a los FED, así como en la atribución del control de algunas de esas funciones a órganos jurisdiccionales.

### *1. Inicio*

La puesta en marcha de las actuaciones se producirá cuanto llegue al FE la *notitia criminis*, esto es, cuanto tenga conocimiento de un hecho que pueda constituir una de las infracciones comunitarias de su competencia. Este conocimiento puede provenir de la información que cualquier persona física o jurídica, sea o no residente comunitaria, le proporcione, bien directamente, bien a través de cualquier autoridad competente nacional o comunitaria, sobre hechos de los que tenga constancia.

El conocimiento de la *notitia criminis* también puede derivar de la información oficial que remita al FE una autoridad pública. En este sentido, el Libro verde opta por instaurar una obligación de sometimiento de asuntos que puedan ser de su competencia al FE a cargo de las autoridades comunitarias y nacionales, como los servicios de policía, autoridades judiciales y, en especial, agentes de las administraciones aduaneras y fiscales, esto es, autoridades que por su trabajo puedan tener conocimiento de hechos de ese tipo. En este segundo supuesto, es decir, cuando la fuente de información es una autoridad pública, pesa sobre el FE la obligación de responder motivadamente a la petición presentada, obligación que no existiría cuando la información procede de otra fuente, distinción que aboga por mitigar la Fiscalía General del Estado español en su informe sobre el Libro verde, pues considera que también las denuncias remitidas por los ciudadanos deberían ser registradas y que la decisión sobre la apertura o no de investigaciones debería ser siempre motivada.

### *2. Fase preparatoria*

El comienzo de esta fase y de los primeros actos de investigación supone que los hechos conocidos constituyen o pueden constituir una infracción comunitaria de la competencia del FE.





#### 2.1. Principios rectores: el principio de legalidad de las actuaciones y sus excepciones

El principio de legalidad de las actuaciones significa, por oposición al principio de oportunidad, que el F.E. estará obligado a actuar, iniciando una investigación sobre los hechos que pueden constituir una infracción tipificada como delito contra los intereses financieros de las Comunidades. Ahora bien, este principio se vería suavizado por la admisión de diversas posibilidades de no actuar o, en caso de que ya se haya realizado alguna actuación, de archivarlas, no sólo por motivos técnicos, sino también de oportunidad. Parece más que razonable la exigencia que la Fiscalía española formula en el informe sobre el Libro verde de que las causas que permitan el archivo estén previstas específicamente y que la decisión de archivar sea motivada y susceptible de ulterior control a instancia de los interesados.

Las tres excepciones al principio de legalidad que la Comisión admite son las siguientes:

1. Los casos que revisten poca gravedad en relación con los intereses financieros comunitarios. El fundamento de esta primera excepción reside en la conveniencia de no colapsar al FE con asuntos menores. El problema estriba en determinar cuando un asunto es de "poca gravedad", lo que podría hacerse, bien dejándolo a la apreciación del FE, bajo control jurisdiccional, o bien fijando un umbral financiero por debajo del cual el FE sería libre de archivar las actuaciones.
2. La posibilidad de enjuiciar a una persona sólo por una parte de los cargos existentes contra ella, cuando esos cargos parezcan suficientes para obtener una sentencia y sea razonable pensar que la prolongación de las investigaciones sobre los demás cargos no tendrá como efecto modificar significativamente la resolución final.
3. La transacción, es decir, la celebración de un acuerdo entre el FE y el acusado sobre la extinción de cualquier acción pública, presente o futura. Para poder acudir a ella se requiere que el acusado haya reparado el daño causado y que se trate de una infracción de escasa entidad económica. El objetivo de la transacción es conseguir la recaudación de las sumas correspondientes a los intereses financieros perjudicados cuando las posibilidades de lograr una condena son escasas. La Fiscalía española rechaza esta última excepción, pro-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

poniendo que la restitución de las cantidades defraudadas y la reparación de los perjuicios sea apreciada como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.

### 2.2. Reparto de asuntos entre el FE y las autoridades nacionales

Los comportamientos tipificados como infracciones contra los intereses financieros comunitarios conforman el ámbito competencial propio del MPE, de modo que éste será el encargado de la investigación, sin perjuicio de que pueda ser auxiliado por las autoridades nacionales. Ahora bien, la Comisión se plantea la posibilidad de dejar algunos asuntos relativos a la protección de los intereses financieros de las Comunidades en manos de las autoridades nacionales, en base al principio se subsidiariedad. Estos asuntos podrían ser los que puedan dar lugar a alguna de las tres excepciones ya señaladas al principio de legalidad de las actuaciones, en especial los que no rebasen un umbral económico fijado *a priori* por el legislador, o bien, los que afecten al territorio de un único Estado miembro. No resulta admisible que el FE pueda decidir discrecionalmente qué asuntos remite a las autoridades nacionales, sino que esa atribución de funciones debe fundarse en criterios taxativamente determinados.

Resulta acertado el punto de vista de la Fiscalía General española cuando afirma que sería más coherente que la competencia se atribuyese en exclusiva al FE y que para el caso de que dicha solución no sea acogida, la única circunstancia que permitiría fundamentar razonablemente la atribución de competencias a las autoridades nacionales sería la comisión de la infracción comunitaria en el territorio de un único Estado miembro.

Los asuntos mixtos son mucho más problemáticos, puesto que aparecen unidas una infracción contra los intereses financieros comunitarios y una infracción nacional. Sucederá habitualmente que un mismo comportamiento tenga una doble tipificación penal, comunitaria y nacional o que, aún existiendo dos comportamientos distintos correspondientes a dos tipificaciones penales, la comunitaria y la nacional, estén estrechamente vinculados entre sí. Dada la conveniencia de que el conocimiento de los hechos se centralice en un único procedimiento, lo más adecuado podría ser que el asunto se sometiese íntegramente al FE y que éste establezca los correspondientes contactos con las autoridades nacionales a los efectos de proteger adecuadamente, no sólo los intereses comunitarios implicados, sino





también los nacionales. También podría ocurrir que el FE considerase que las infracciones cometidas afectan principalmente a intereses nacionales, sometiendo el caso a las autoridades nacionales. Si esta posibilidad es finalmente contemplada, también debería articularse un mecanismo de resolución de los eventuales conflictos de competencia que puedan surgir, por ejemplo, cuando dichas autoridades nacionales se reputen incompetentes. El órgano adecuado para conocer de tales conflictos sería el TJCE.

### 2.3. Medidas de investigación

Parece conveniente que el FE pueda acceder a todo el elenco de medidas de investigación existentes a nivel nacional para luchar contra la delincuencia financiera. Por este motivo, es fundamental que se logre una cierta homogeneidad en esta materia entre los diversos sistemas nacionales, tanto sobre cuáles sean las medidas de investigación previstas, como en los requisitos que deben concurrir para que sean practicadas válidamente, en especial, el relativo al respecto de los Derechos fundamentales, cuestión esta última que entronca con la admisibilidad en otros Estados miembros de las pruebas legalmente obtenidas en la práctica de los actos de investigación en un Estado.

Se considera que una mínima uniformidad es imprescindible para la consagración definitiva del principio de reconocimiento mutuo automático por los Estados miembros de determinados actos de investigación practicados en otro Estado y para la admisibilidad de las pruebas legalmente obtenidas en él. Este principio es fundamental para el buen desarrollo de las funciones del FE y ello, porque, como se verá a continuación, las medidas de investigación acordadas por el FE se llevaran a cabo de conformidad con el Derecho del Estado miembro donde se ejecuten y, si dichas medidas pueden afectar a los Derechos fundamentales y libertades individuales, deberán someterse al control de un Juez nacional, llamado Juez de libertades, siendo de aplicación a la autorización el Derecho nacional del Estado de dicho Juez y constituiría un grave impedimento si el Estado en que se celebra la fase judicial, de cuya determinación se tratará más adelante, no reconoce dichas medidas de investigación, las pruebas obtenidas, ni las autorizaciones concedidas o también si el Estado donde se tiene que llevar a cabo un acto de investigación que afecta a los Derechos fundamentales no reconoce la autorización concedida por el Juez de libertades de otro Estado, porque



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

considera que reviste menos garantías que las exigidas por su ordenamiento jurídico.

Entre las medidas de investigación que, por afectar a los Derechos fundamentales, deben estar sujetas al control del Juez nacional de libertades están la incautación, el embargo preventivo, el registro domiciliario, la intervención de las comunicaciones, las investigaciones encubiertas y las entregas vigiladas. En cuanto a las exigencias de la autorización, como, por ejemplo, su carácter previo o posterior a la práctica del acto, su obtención por un procedimiento normal o urgente, etc., y a los eventuales recursos contra las medidas de investigación o sus modalidades de ejecución, se regirán por el Derecho del Estado al que pertenezca el Juez de libertades[16].

El siguiente paso es la ejecución de las medidas por las autoridades competentes, conforme al Derecho del Estado de ejecución y bajo la dirección del FE. La ejecución concreta corresponderá a las autoridades policiales y judiciales nacionales, organizadas, en su caso, en equipos comunes de investigación. La cuestión que quedaría por determinar es si el FE tiene sobre estas autoridades un poder de instrucción directa o simplemente un derecho a solicitar su asistencia. La Comisión se inclina por acudir al sistema de relaciones que media en cada Estado entre las autoridades nacionales judiciales y las responsables de la investigación, principalmente, las policiales.

En otros casos, no basta con la autorización del Juez de libertades para que el Fiscal acuerde la práctica de un acto de investigación, sino que ha de ser el propio Juez, a petición del FE, quien la acuerde, manteniéndose el derecho del acusado a interponer los recursos previstos en el Derecho nacional contra dichos actos[17]. Este es el régimen adecuado para las medidas restrictivas o privativas de libertad, como el sometimiento a control judicial, la detención provisional o la orden de detención[18].

16. El Corpus Iuris exigía la autorización previa del Juez de libertades, pero admitiendo, en caso de urgencia, el control a *posteriori* en un plazo de 48 horas, que la segunda versión redujo a 24.

17. Lo único que la Comisión sugiere es que se consagre la regla del carácter no suspensivo de tales recursos en todas las legislaciones.

18. La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE L190, de 18-7-2002), supone un importante avance en orden al principio de reconocimiento mutuo automático, puesto que dicha orden se configura como un título ejecutivo válido, sin ulteriores verificaciones, en cualquier Estado miembro, lo que implica la superación del actual procedimiento de extradición.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



### 2.4. La intervención del Juez de libertades

El Juez de libertades es un Juez nacional encargado de autorizar o de expedir, en su caso, los actos de investigación que incidan sobre Derechos fundamentales.

Cada Estado miembro es libre en cuanto al número y organización de los Jueces de libertades, aunque sería deseable que se designasen en los Tribunales de los lugares donde estén establecidos los FED correspondientes, a los efectos de facilitar el cumplimiento de su función, puesto que, en la práctica, serán estos los que se dirijan a él para que autorice u ordene una medida[19]. La única limitación es que el órgano jurisdiccional que actúa como Juez de libertades en un asunto no podrá nunca conocer sobre el fondo en dicho asunto.

El Juez de libertades competente en cada caso será el del Estado en que haya de practicarse la medida de investigación, lo que comporta que en un mismo asunto puedan intervenir varios Jueces de libertades de distintos Estados miembros. Ahora bien, sobre la base del principio de reconocimiento mutuo, la Comisión aboga porque el Fiscal pueda dirigirse a un único Juez de libertades para que autorice o expida todos los actos de investigación necesarios, que serían directamente ejecutables en cualquier Estado miembro o, cuando menos, en concederle la libertad de actuar de este modo cuando no conozca de antemano el lugar donde conviene proceder a la ejecución de tales actos.

### 2.5. Conclusión de la fase preparatoria. Apertura del juicio oral o archivo de las actuaciones

Cuando se aludía al principio de legalidad como principio rector de la actuación del FE, se mencionaban también tres posibles excepciones: la escasa gravedad de los hechos, el enjuiciamiento de una persona sólo por una parte de los cargos existentes contra ella y la transacción, en cuya virtud

19. La figura del Juez de libertades encaja perfectamente en los Estados en que rige el modelo de "fiscal instructor", como Alemania o Italia, puesto que ya disponen de la figura de un "Juez de garantías". El problema se planteará en países, como España, que siguen el sistema de "Juez instructor", puesto que habrá que proceder a la designación de un órgano que desempeñe esa nueva función. En el Informe acerca del Libro verde, la Fiscalía se decanta por atribuir ese papel a la Audiencia Nacional y dentro de ella a un Juez Central de Instrucción.

el FE podía decidir no actuar y, en caso de que ya hubiesen comenzado las actuaciones judiciales, decidir su archivo o sobreseimiento. Pero, al margen de esas tres causas, el archivo podrá producirse, en cualquier momento de la fase preparatoria, en otros supuestos tasados, como en caso de desconocimiento del autor de los hechos, cuando faltan elementos probatorios suficientes o cuando se concluya que no ha habido infracción. Además, el archivo sería obligatorio si sobreviene una causa de extinción de la acción del Fiscal, como la prescripción, la muerte o desaparición del sospechoso o la adopción de una medida nacional general, como la amnistía.

En cualquier caso sería razonable exigir que la decisión de archivo o sobreseimiento fuese motivada y que se notificase al acusado y a la Comisión que, al ostentar la representación de las Comunidades en este punto, adoptaría la posición de víctima[20], así como, en su caso, a las autoridades judiciales nacionales. Además, en algunos casos, como cuando la decisión de archivo trae causa en el desconocimiento del autor de los hechos, su desaparición o la falta de pruebas, y mientras no transcurran los plazos de prescripción, debería mantenerse abierta la posibilidad de reapertura de las investigaciones en la hipótesis de que sea habido o identificado el autor o encontrados nuevos elementos probatorios.

La alternativa al archivo de las actuaciones es la solicitud de apertura de juicio, siendo normalmente el FED correspondiente el que solicitará la apertura y ejercitará la acción penal ante los órganos jurisdiccionales nacionales conforme a los requisitos exigidos en la legislación procesal penal nacional.

### 2.5.1. El control del acto de apertura del juicio oral

Junto a la figura del Juez de libertades, el Libro verde se plantea la existencia de otro órgano jurisdiccional de control, en este caso, del acto de apertura del juicio oral. A este órgano le correspondería revisar de oficio los

20. En diversas partes del Libro verde se señala que los Derechos de las Comunidades como víctimas de los delitos contra sus intereses financieros, vendrían determinados por el Derecho del Estado miembro donde se celebre el juicio. Ello equivale a negar a las Comunidades y, en concreto a la Comisión, que las representa, el Derecho a recurrir una decisión de archivo, que, por otra parte, parece razonable atribuirle, escollo que sólo podría salvarse atribuyendo competencias para controlar la decisión de archivo al Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades o a una Sala de Cuestiones Preliminares que se crearía en el TJCE.





cargos en virtud de los cuales el Fiscal se propone actuar, si cuenta con suficientes elementos probatorios y si el procedimiento preliminar ha sido regular[21].

Mientras que la Comisión presenta sin alternativas la previsión de que el Juez de libertades sea un Juez nacional, en el caso de este nuevo órgano jurisdiccional de control, sí ofrece la opción de crear una Sala de Cuestiones Preliminares en el TJCE, pero considera preferible que sea un Juez nacional, el del Estado que el FE designa para la celebración del juicio. En este caso, serán los Estados miembros los que tendrán que designar un órgano jurisdiccional nacional con esta competencia, que podría ser un Juez "ad hoc" o el Juez o Tribunal de fondo y que en España tal vez debería estar inserto, como ocurría con el Juez de libertades, en la Audiencia Nacional, para conseguir una cierta especialización y uniformidad de criterio en todo el territorio. La decisión sobre la apertura del juicio que adopte este órgano será susceptible, en cada Estado, de los mismos recursos que los actos de apertura de juicio adoptados por sus autoridades judiciales nacionales.

La cuestión no será tan sencilla de articular en la práctica, puesto que en el Libro verde se sugiere la posibilidad de atribuir la función de control de la apertura del juicio al Juez nacional ante el que el FE solicita dicha apertura, que, a su vez, también podría ejercer el control, de oficio o a instancia de parte, sobre su propia competencia, o, dicho en otras palabras, sobre la "elección del foro" que se abordará en el epígrafe siguiente. Pero si el control de ambas cuestiones recae sobre el órgano jurisdiccional al que corresponde el enjuiciamiento, lo que no resultaría lógico es atribuirle el control sobre la decisión de archivo, que puede recaer en cualquier momento de la fase preparatoria. En conclusión, nos hallamos con tres decisiones que deberían ser objeto de control, la decisión de archivo de las actuaciones, la de apertura del juicio oral y la relativa al Estado e, implícitamente, al órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento. Si se optase por crear una Sala de Cuestiones Preliminares en el TJCE, solución por la que aboga abiertamente el Parlamento Europeo[22], ésta sería competente para ejercer el control de las tres decisiones y no se plantearían mayores problemas, pero rechazada esta posibilidad por la Comisión, la atribución a un Juez nacional del control resultará más difícil de precisar. Es de esperar que si se atribuye

21. En el Corpus Iuris esas funciones se atribuían también al Juez de libertades.
22. Documento de trabajo..., cit, pág. 6.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la competencia a un Juez nacional puedan surgir conflictos negativos de competencia, que habrán de ser dirimidos por el TJCE.

### 3. *Fase judicial*

#### 3.1. Determinación del órgano territorialmente competente para el enjuiciamiento

Como ya se ha indicado con anterioridad, lo que la propuesta de la Comisión persigue es centralizar la investigación de las infracciones que atentan contra los intereses financieros de las Comunidades, atribuyendo su dirección y coordinación a una autoridad comunitaria de nueva creación, el FE. Pero, esta propuesta no alcanza a la fase de enjuiciamiento de tales infracciones que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, de acuerdo con su normativa interna. Ahora bien, teniendo en cuenta que estas infracciones tendrán un carácter marcadamente trasnacional, lo normal es que sean varios los Estados miembros implicados en la investigación, de modo que habrá que determinar en cuál o cuáles de ellos se habrá de proceder a la apertura de juicio y a su celebración. La elección se atribuye al FE.[23] La importancia de esta elección es obvia, puesto que de ella dependerán aspectos como el Juez competente, el Derecho nacional aplicable, el idioma, etc. Precisamente por su trascendental importancia es por lo que han de determinarse los criterios a tener en cuenta en la elección, así como el control a que se ha de someter ésta y sobre el que ya se ha adelantado algo en el apartado anterior. A lo dicho allí, hay que añadir que habrá que decidir si se concede o no al acusado un recurso contra la decisión sobre el Estado de celebración del juicio y ante qué órgano.

En el Libro verde se alude a algunos de los criterios que podría establecer el legislador comunitario y que, combinados entre sí, fundamentarían la decisión del FE. Estos criterios son el del lugar de comisión de la infracción, la nacionalidad del acusado, su lugar de residencia o de establecimiento, si se trata de una persona jurídica, el lugar donde se encuentran las pruebas o el lugar donde se efectúa la detención. En este punto, resulta decisiva la aportación de la Fiscalía General española que expone la necesidad de que se establezcan unos "criterios de predeterminación del Estado de celebración del juicio", de modo que no pueda hablarse de una "elección" del FE. Esta aportación es fundamental porque tiende a salvar uno de los principales escollos de la propuesta de la Comisión que es la confrontación de la atribución de un poder de elección al FE con el Derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

En otro orden de ideas, la Fiscalía española rechaza por su escasa operatividad los criterios de la nacionalidad del acusado y el lugar de la detención, ya que, en la mayor parte de los casos serán meramente circunstanciales, y cuando no lo sean ya estarán implícitos en los restantes criterios propuestos[24] y propone otro criterio que podría ser tenido en cuenta a fin de "*procurar el más fácil desarrollo del juicio o el interés en la correcta administración de justicia*", como es el del lugar donde haya tenido mayor impacto económico la infracción o infracciones cometidas, criterio que sí recogía el Corpus Iuris.

En cuanto al control al que debe someterse la decisión sobre el Estado competente para el enjuiciamiento, la Comisión propone tres opciones. La primera supone dejar al FE la entera responsabilidad de la decisión, lo que equivale a no establecer ningún control, opción que debe ser rechazada. La segunda, preferida por la Comisión, consiste en asignar esta función al mismo Juez nacional que responsable del control del acto de apertura del juicio, cuestión a que se hacía referencia en el epígrafe precedente, mientras que la tercera, se la atribuiría a un órgano jurisdiccional especial comunitario, la citada Sala de Cuestiones Preliminares.

#### 3.2. Ejercicio de la acción penal

Como ya adelantábamos al ocuparnos de la apertura del juicio, en la práctica será el FED del Estado miembro donde se celebre el juicio, el que ejercite la acción penal de conformidad con la organización jurisdiccional y procedimiento nacionales.

23. Sobre la "elección" del foro y su control, vid. VAN DEN WYNGAERT, C., "*Corpus juris*, parquet européen et juge national: vers une chambre préliminaire européenne?", AA.VV., *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, 2000, págs. 131-138.

24. Por ejemplo, si la detención en un país determinado no es meramente circunstancial porque el detenido si presenta una conexión con ese lugar, luego ese lugar será también su lugar de residencia o el de comisión del delito o se encontrarán allí se hallen las principales pruebas de las infracciones cometidas.







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

### 3.3. La prueba

Volviendo a la reflexión efectuada con ocasión de la celebración de actos de investigación en varios Estados miembros, hay que insistir en que, para la eficacia de la actuación del MPE y del proceso diseñado por la Comisión, es imprescindible que las pruebas obtenidas legalmente en un Estado miembro, de conformidad con su Derecho nacional, sean admitidas, sin más[25], por el órgano jurisdiccional competente para la fase de enjuiciamiento. Dada la dificultad de lograr la unificación de las normas sobre la prueba, que supondría iniciar una codificación penal europea general, la solución pasa por la consagración del principio de reconocimiento mutuo automático de las pruebas, en cuya virtud el órgano jurisdiccional competente para decidir el fondo del asunto, estaría obligado a admitir cualquier prueba obtenida legalmente con arreglo al Derecho nacional del Estado de obtención. Por el mismo razonamiento, tendría que decretarse la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas ilegalmente en otro Estado, función que la Comisión prefiere atribuir al juez que ejerce la función de control de la apertura del juicio, que puede ser el Juez competente en cuanto al fondo, pero también un Juez *ad hoc* de la fase de instrucción, según los Estados miembros.

La Comisión aprovecha para reivindicar la validez y admisibilidad de las pruebas obtenidas respetando los Derechos fundamentales en el marco de una investigación administrativa interna en las instituciones comunitarias. Se trata, sin duda, de reivindicar la utilidad de la labor efectuada por la OLAF.

Las restantes cuestiones que se puedan plantear se resolverán en el marco de la legislación aplicable en el Estado de celebración del juicio, como por ejemplo la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, que se regirá por dicha legislación.

### *4. Fase de ejecución*

El FE carecería de funciones en esta fase, que se llevará a cabo en el marco del Derecho nacional aplicable. Esta es una diferencia importante que introduce esta propuesta con respecto a la inicial del Corpus Iuris, según la cual al MPE le correspondería dar traslado de la sentencia a las autoridades del Estado miembro designado como lugar de ejecución y sería responsable, junto a dichas autoridades, de ordenar y controlar la ejecución. También sería en encargado de autorizar el traslado de una persona condenada para su encarcelación en otro Estado miembro.

25. Las pruebas han de admitirse sin realizar ningún control de legalidad, lo que supondría una reiteración innecesaria, sin perjuicio de que se niegue su validez si se hubiera infringido alguno de los Derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.





## VII. Reflexión final

Uno de los problemas que debe afrontar la UE es la delincuencia organizada transnacional, cuyas actividades en ocasiones atentan directamente contra intereses comunitarios. En los últimos tiempos se ha apreciado una gran preocupación por lograr una mayor eficacia de la cooperación judicial penal. En este sentido se han adoptado una serie de medidas, como la creación de un marco de intercambio de Magistrados de enlace, de una Red Judicial Europea, de Eurojust y la adopción de Convenios que tratan de agilizar esa cooperación, como el Convenio relativo a la asistencia judicial entre los Estados miembros de la UE de 2000. Todas estas medidas tienden a salvar los obstáculos que la divergencia de legislaciones y de sistemas procesales penales provoca y tienden a hacerlo, sobre todo, fomentando los contactos directos entre autoridades, facilitándoles información acerca de los restantes sistemas nacionales y abogando por el reconocimiento mutuo automático de las pruebas obtenidas legalmente en otro Estado o de las resoluciones dictadas por sus Tribunales. Pese a todo, esta intensificación de la cooperación judicial penal podría no ser suficiente para lograr la eficacia del sistema por muchas razones, como el hecho de que se actúa siempre en el marco de una cooperación intergubernamental, en el que cada Estado tiende a mantener sus especificidades. Se trata de una cuestión muy compleja, en la que inciden muy diversos factores, especialmente políticos y técnicos.

Como solución a la limitada eficacia de la cooperación judicial en materia penal, desde la UE, la Comisión y, especialmente, el Parlamento apuestan por una política de integración y unificación[26], lo que implica caminar hacia una comunitarización de algunas materias, como la relativa a

26. Vid. Morales Prats, F., "Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión Europea: Reflexiones a propósito del 'Corpus Iuris'", *Rev. Penal*, núm. 3, 1999, págs. 29-35.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la legislación penal y procesal penal de los Estados, tradicionalmente reservadas a su soberanía. No se trata, al menos no inicialmente, de codificar un Derecho Penal y procesal penal europeo, sino de elaborar, en algunos ámbitos, normas comunes y de crear instituciones comunitarias encargadas de su aplicación. En esto consiste, a grandes rasgos, el proyecto de creación de un MPE. Se trata de una iniciativa relativamente tímida, pero que sugiere que el camino al que se tenderá será hacia la creación de nuevas instituciones comunitarias, como el MPE o una Sala de Cuestiones Preliminares ubicada en el TJCE, o a una ampliación de competencias de las ya existentes. En cualquier caso, en aras de la viabilidad política del proyecto se requiere prudencia y una actuación lenta, que habrá de salvar innumerables obstáculos.

A Coruña, 15 de octubre de 2002



# INAPLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO QUE REMITE AL DERECHO EXTRANJERO

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO

I. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20.07.1988.— II. RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1. Antecedentes. 2. Preceptos constitucionales infringidos. 3. Desarrollo jurídico del motivo. 4. Conclusión. — III. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 13.03.1989.

## I. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20.07.1988

Los antecedentes relevantes del caso se deducen del siguiente fundamento jurídico de la STS de 20 de julio de 1988 (Aranzadi 5996):

> "La recurrente «AM, S. A.» domiciliada en Barcelona y dedicada a transportes internacionales, juntamente con «FR, S. A.» domiciliada en Logroño, comisionista de transporte, fueron demandadas en siete de marzo de mil novecientos ochenta y tres por la hoy recurrida «MC, S. A.» con domicilio en Baños de Río Tobio, La Rioja, en reclamación de cantidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato de transporte de mercancía convenido entre actora y demandadas; se trataba del transporte de



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diversas partidas de contrachapado de chopo que a la actora le había sido solicitado por las Autoridades de Jordania desde el lugar de su domicilio Baños de Río Tobio a Arda en el interior de Jordania; en el escrito de demanda, en su apartado II de los fundamentos de derecho referidos a «Competencia y Tramitación», se afirmaba la competencia para conocer de este litigio del Juzgado de Logroño a virtud del artículo 62.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por ser el del domicilio de uno de los demandados y se agrega que «caso de que los conocimientos de embarque contuvieran algunas cláusulas de jurisdicción, éstas carecerían de validez alguna, pues es doctrina que la sumisión expresa ha de establecerse de manera clara y precisa y de modo bilateral suscrita por la parte que renuncia a su fuero propio y como en el conocimiento de embarque aparece la firma tan sólo del capitán y no lo hace el cargador, no puede decirse haya sumisión»; sobre el fondo del asunto los fundamentos jurídicos que se alegan son los estimados pertinentes del Código Civil y el de Comercio; la demandada «AM, S. A.» contestó la demanda sin plantear cuestión alguna de jurisdicción, incluso interpone demanda reconvencional en reclamación de cantidad; en los fundamentos de derecho en el apartado IV. Adjetivos se dice: «*A)* Aceptamos la competencia de los Tribunales de Logroño pese a las singularidades de la acción y a la cláusula que sabiamente cita la demandante en su escrito de demanda (si bien la oculta al omitir la traducción de las condiciones correspondientes del conocimiento de embarque otorgada por mi principal». *B)* La tramitación del procedimiento se regirá por lo dispuesto en el artículo 524 y siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y como quiera que la misma clase de juicio y la misma competencia de la demanda corresponde a la acción reconvencional damos por reproducido lo anterior a dicho respecto»; al serle desfavorable la sentencia interpone recurso de apelación, sin que tampoco en la segunda instancia se hiciera protesta o se ejercitare excepción alguna de carácter jurisdiccional; en la condición 22 del conocimiento de embarque se dice: «Ley y jurisdicción. El contrato evidenciado por o contenido aquí dentro se gobernará por la Ley Italiana. Cualquier reclamación u otra disputa según los términos de ésta se determinará solamente por los Tribunales Italianos, a menos que el Transportador lo acuerde de otro modo por escrito»; tras lo alegado por la actora sobre dicha cláusula a lo que nada opone la demandada recurrente, incluso su conformidad a la competencia funcional y jurisdiccional del Tribunal de Logroño con renuncia expresa a dicha cláusula, no deja de ser extraño que se venga a suscitar esta cuestión en este recurso de casación, puesto que según el motivo único con el que se articuló, amparado en el número quinto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de normas del ordenamiento jurídico se trae a colación, si bien no lo sea como precepto infringido,





pues en verdad no hay cita expresa de preceptos que se infringen como es obligado conforme preceptúa el artículo 1707 de dicha Ley Procesal, el artículo 10.5 del Código Civil en el sentido de existir una sumisión expresa a la Ley Italiana, como norma de conflicto que se aplicará de oficio conforme establece el artículo 12.6 de dicho Código; no cabe duda que la cuestión ni fue debatida en la litis ni resuelta en la sentencia y no fue debatida, al aceptar la demandada recurrente el planteamiento de la cuestión hecho por la actora que la dejaba fuera de discusión y consecuentemente de resolución por la sentencia y si esto es así, no cabe traerlo al Recurso puesto que es doctrina constante de esta Sala la de que no puede ser objeto de recurso de Casación cuestiones de Derecho que no se han discutido en primera y segunda instancia y es que, no cabe decir que la recurrida sentencia que no conoce de dicha cuestión haya podido infringir aquellos preceptos, que, aunque no citados como infringidos, en ellos centra el recurrente el motivo de casación; pero es que además, el artículo 10, apartado 5 del Código Civil consagra en materia de obligaciones como primer lugar la voluntad de las partes que son a las que corresponde determinar la Ley a la que se someten y en ese sentido no cabe duda que por voluntad de una y otra parte, la actora al plantear la inoperancia de la expresada cláusula 22 del conocimiento de embarque y la demandada al aceptar dicho planteamiento y renunciar a la misma, determinando el consentimiento de las partes a la Ley Española, además de que en todo caso siempre sería esta Ley la que regularía la cuestión litigiosa por ser la Ley del lugar de celebración del contrato a tener en cuenta conforme al último de dichos preceptos, por lo que tampoco cabe decir se hayan infringido los invocados preceptos determinando la desestimación del motivo."

## II. Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

### 1. *Antecedentes*

*Primero:* Mediante escrito de 29 de octubre de 1986, AM S.A. formuló recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 30 de junio de 1986. En dicho recurso, amparado en el art. 1692,5º LEC se denunciaba básicamente la infracción de los arts. 10,5º y 12,6º CC, en base a las argumentaciones jurídicas que son de ver en de dicho recurso.

*Segundo:* La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1988 que responde a dicho recurso no solo no contesta a las cuestiones planteadas, sino que además confunde los problemas suscitados en el recurso con



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

temas que mi mandante no ha alegado, lo que determina sin más la desestimación del recurso de casación. Mi mandante se considera en la obligación de defender los principios y las reglas del juego y estima con todos los respetos que una aplicación rigorista y formalista de viejas muletillas casacionales choca abiertamente con el derecho constitucional a la tutela efectiva consagrado en el art. 24,1 de la Constitución. Por ello se considera en el deber de formular el presente recurso de amparo.

2. *Preceptos constitucionales infringidos*

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1988 vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24,1 de la Constitución en los aspectos siguientes:

1. Mi mandante tiene derecho a una respuesta jurídica conforme a derecho sobre las cuestiones específicamente planteadas en el recurso de casación. El acudir al expediente de calificar el tema, una vez ya admitido el recurso de casación, como "cuestiones nuevas" para no tratarlo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

2. El viejo aforismo de la "cuestión nueva" de que echa mano el Tribunal Supremo en este recurso de casación es un subterfugio que imposibilita una respuesta en derecho sobre la cuestión de fondo. Aun sin pretender desmontar un mínimo de requisitos formales en el recurso de casación, todavía queda mucho camino que recorrer para deshacer viejos dogmas de fe que, en aras del formalismo, dan al traste con un tremendamente caro recurso de casación, sin enjuiciar la situación discutida en el fondo. A la luz de la doctrina constitucional, tal conducta viola el derecho a la tutela efectiva y, en consecuencia, produce indefensión, pues nada hay que desconcierte más al litigante que el que no se analice el peso de sus argumentos.

3. *Desarrollo jurídico del motivo*

Las anteriores infracciones se fundamentan en las siguientes consideraciones constitucionales:

1. La sentencia del Tribunal Supremo confunde garrafalmente dos temas completamente distintos: el problema de la jurisdicción competente y





la cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto. El primero se limitaría a resolver cuál de los Tribunales posibles —en el caso, españoles o italianos— serían los competentes para entender del asunto. La segunda cuestión se refiere a qué ley ha de aplicar el Tribunal que resulte competente para resolver el fondo del asunto.

2. Sobre el primer tema versa casi toda la sentencia recurrida, pero erróneamente. La confusión en que incide la Sala Primera del Tribunal Supremo es impensable en tan excelso Tribunal y por ello agrava la indefensión del litigante. Con toda objetividad se podría incluso alegar responsabilidad profesional: el fundamento de derecho primero de la sentencia de casación —y único relevante— dedica todos sus esfuerzos a justificar la competencia de los Tribunales españoles para entender del asunto en base a la sumisión tácita y a la conducta del demandado al formular demanda reconvencional y no protestar de incompetencia. Basta con leer someramente por encima el texto del recurso de casación para darse cuenta de que ese tema ni siquiera lo plantea el recurrente, pues lo da por obvio. Sería algo decididamente suicida después de haber aceptado expresamente la intervención de los Tribunales españoles sin protesta alguna. Sin embargo, el Tribunal Supremo dedica las tres cuartas partes de la argumentación de toda la sentencia a explayarse sobre algo que a nadie interesa. Podría aplicarse el viejo dicho de que "quod abundat, non nocet". Pero ello a condición de que la sentencia dijese algo más y sobre todo resolviese en justicia, en uno u otro sentido, el tema formalmente planteado en el recurso. Lo que no ha hecho, con la consiguiente indefensión de mi mandante.

3. Cuando se debería abordar lo que era objeto específico del recurso de casación, esto es, el problema de si el fondo del asunto hay que resolverlo conforme a la ley española o a la ley italiana, el Tribunal Supremo echa la pelota fuera con una excusa típicamente casacional —es cierto—, pero que viola el derecho constitucional: Dicho tema se trataría de una cuestión de derecho nueva no planteada en la instancia y que por lo tanto no ha podido ser objeto de infracción por las sentencias de instancia, ni puede ser objeto de consideración por el Tribunal Supremo. La excusa, por mucho que sea repetida en la doctrina casacional, no resiste a un examen constitucional serio y riguroso.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

*a)* El art. 10,5º CC establece la norma de conflicto española aplicable a las obligaciones contractuales y el art. 12,6º CC establece que los Tribunales aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español. Basta considerar este mandato legal para comprender la inconstitucionalidad de la postura del Tribunal Supremo.

*b)* Si los Tribunales tienen la obligación de aplicar de oficio las normas de conflicto españolas, ello en buen castellano significa que lo han de hacer motu propio, independientemente de que la cuestión la propongan o no las partes. En el fondo no nos hallamos más que ante el viejo esquema del *iura novit curia*. No se le exigirá al juez español conocer la norma extranjera y por ello se le facilitan amplias facultades de investigación de la misma en el art. 12,6º CC. Pero lo que sí se le exige es el conocimiento de la norma española de conflicto y su aplicación de oficio. Si no queremos conmover los principios o confundir a los justiciables, parece pacífico que la expresión "de oficio" es justamente lo opuesto a "a iniciativa de parte". En este sentido, el Tribunal Supremo no puede excusarse de cumplir una obligación que la ley le exige directamente, sin que ello signifique automáticamente una violación del principio constitucional de tutela efectiva.

4. Apelar como se viene haciendo frecuentemente en casación a la excusa de la cuestión nueva para no entrar en el fondo es una conducta que viola el derecho a la tutela efectiva:

*a)* La parte tiene derecho a que sus alegaciones sean examinadas en cuanto al fondo de lo que significan con el resultado que proceda y no desestimadas por motivos meramente formales, como resulta ser en este caso la "cuestión nueva".

*b)* Se ha exagerado hasta la saciedad el alcance de la "cuestión nueva" en casación, en un desmedido afán de preservar dicho refinado recurso de la contaminación con los hechos y evitar el fantasmagórico riesgo de que se convierta en una tercera instancia. No hay inconveniente en admitir que las "cuestiones nuevas" tienen su significación cuando realmente sean puntos de hecho no discutidos en la instancia, sobre todo si necesitan prueba. Un examen extemporáneo de las mismas podría producir indefensión a la parte contraria por falta de la adecuada audiencia. Pero ni siquiera se puede extremar esta doctrina. Piénsese que en la realidad los juicios duran más de lo deseable y legalmente establecido y sería absurdo no tomar en cuenta modificaciones sustanciales ocurridas durante el transcurso del proceso por una rigurosa exageración del principio de litispendencia.





*c)* Si ni siquiera en cuestiones de hecho, el tema de la "cuestión nueva" es un dogma de fe, en cuestiones de derecho podría afirmarse que el problema ni siquiera es tal. Como es sabido, se reivindica ardientemente por los Tribunales el principio *iura novit curia*, incluso en el proceso civil. La única limitación reconocida en este campo es no modificar la *causa petendi*, porque ello, una vez más, podría dar lugar a indefensión por incongruencia de la resolución. Pero fuera de ése bien definido límite, los Tribunales son soberanos para aplicar al caso las normas jurídicas que mejor se adapten al mismo. Con mayor razón, las partes son dueñas y señoras para introducir matizaciones jurídicas o nuevos argumentos jurídicos que justifiquen o soporten sus pretensiones tal como se van decantando en la instancia. El cambio del punto de vista jurídico es dogmáticamente algo consagrado incluso por la propia jurisprudencia de los Tribunales ordinarios como bienvenido, cuando aporta luces a la cuestión debatida y a la justicia del asunto.

*d)* En el caso que nos ocupa es claro que la llamada de atención sobre la norma de conflicto no modifica la *causa petendi* de las acciones ejercitadas en el pleito. Fuere cual fuere la ley aplicable, la causa petendi sería siempre la misma: el ámbito de las obligaciones del porteador en el contrato de transporte.

*e)* Rehusar, por lo tanto, el conocimiento de un asunto por poner el rótulo a un argumento jurídico de "cuestión nueva" es algo que no puede efectuarse sin más y sobre todo sin considerar la entidad de lo que quiere tacharse de cuestión nueva. Con esta conducta el ciudadano queda privado de obtener una respuesta en derecho sobre un tema específicamente planteado a los Tribunales de justicia. Lo que prohíbe el artículo 24.1 de la Constitución.

5. En el caso de autos, lo que ha ocurrido es que en el momento de formular el recurso de casación se ha llamado la atención sobre un aspecto ju-



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rídico del asunto que hasta dicho momento había pasado desapercibido. Hay que revisar si dicha conducta es legítima y admisible:

*a)* Se puede adelantar que tal alegación no ha supuesto modificar el material fáctico recogido en las instancias. La mejor prueba de todo ello es que el recurso de casación superó sin problemas el trámite de admisión.

*b)* Ante todo, lo que hace el recurso de casación es llamar la atención sobre el olvido en las instancias de que hay que aplicar de oficio una norma de conflicto que conduce a la aplicación de la ley italiana y no de la ley española. Esta llamada de atención, desde el momento que afecta a una obligación de oficio de los Tribunales, no puede ser considerada como extemporánea. Es como si se hubiese aplicado en la instancia una norma inexistente, no publicada en el BOE o derogada y a pesar de todo se quisiese mantener a ultranza con la excusa de que en casación dicho tema resulta "cuestión nueva". Parece obvio que sería ir demasiado lejos con el formalismo casacional.

*c)* El hecho de que el recurso de casación se formule previamente por escrito permite conocer a la parte contraria la fundamentación del mismo y preparar adecuadamente su defensa, es decir, responder ejercitando el principio de audiencia. Con ello se disipa el mayor problema constitucional que suscitan las llamadas "cuestiones nuevas": el riesgo de tratarlas sin contradicción. No es éste el caso de los argumentos jurídicos que se expresan en un recurso de casación.

*d)* Por antonomasia los recursos son uno de los medios para hacer valer cualquier tipo de defensa esgrimible contra una resolución judicial. Con mayor razón, si este tipo de defensa es un argumento jurídico, no hay duda alguna de que tiene cabida en el ámbito del recurso. En consecuencia, no sólo no existe extemporaneidad sino que tampoco se da la inidoneidad. Vistas así las cosas, la decisión del Tribunal Supremo de no examinar el alegato correctamente presentado es lesiva constitucionalmente.

*e)* Una vez admitido el recurso de casación, la conducta del Tribunal Supremo es mucho menos razonable porque conduce a la indefensión pura y simple. Planteado contradictoriamente el tema en vía de recurso, deja de ser una cuestión nueva para convertirse en la motivación del mismo. La estimación o desestimación de los motivos sólo puede efectuarse después del examen de los mismos y no obviándolos sin más.

*f)* Si el Tribunal Supremo hubiera cumplido con su obligación de aplicar de oficio la norma de conflicto, se encontraría con que ésta le remite a la ley sustantiva italiana. La eventual búsqueda y localización contradictoria de la misma tampoco plantea problema alguno en la vía casacional. Por un lado, están las amplias facultades del art. 12,6° CC. Por otro, las diligencias para mejor proveer, por muy reacio que sea el Tribunal Supremo a usarlas, ofrecen un marco idóneo para recabar la colaboración de las partes. Por lo tanto, no cabe duda de que no hay excusas instrumentales que impidan la aplicación de la norma de conflicto, sean cuales sean las consecuencias.

6. El razonamiento del Tribunal Supremo en la última parte de su argumentación referida a la "cuestión nueva" también viola el art. 24.1 de la Constitución por no responder en derecho a lo planteado:

*a)* En primer lugar, ya se ha dicho que es falsa la doctrina que invoca el Tribunal Supremo de que no se pueden traer a casación cuestiones de derecho no discutidas en primera y segunda instancia. Por notorias y a los efectos constitucionales intrascendentes ahorramos la cita de todas las sentencias que admiten el cambio de fundamentación jurídica en los recursos, sin modificar la *causa petendi*.

*b)* En segundo lugar, el Tribunal Supremo vuelve aquí a confundir el problema de la jurisdicción con el tema de la ley aplicable al fondo, dejando este último sin resolver. La renuncia a la aplicación de la cláusula 22 del conocimiento de embarque sólo se refiere a renuncia a llevar el asunto ante los Tribunales italianos, pero no a que se aplique al caso la ley de fondo que sea procedente de acuerdo con la norma de conflicto. Sobre este extremo versa precisamente la violación constitucional denunciada en este recurso de amparo.

7. También vale la pena argumentar sobre la trascendencia constitucional de aplicar por inercia una ley al fondo del asunto no querida por las







Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

partes. El tema se podría soslayar si la aplicación de la norma de conflicto fuese algo optativo o encomendado a la iniciativa de las partes. Nuestro sistema de derecho internacional privado no ha optado por dicha solución legislativa, sino que ha primado una solución que se aproxime lo más fielmente posible a lo querido en realidad por las partes. Por ello, ante todo, ha impuesto a los Tribunales el deber de aplicar de oficio la norma de conflicto. Esta obligación subsiste en todo momento, aunque los Tribunales por inercia se puedan olvidar de su existencia. *Quandoque dormitat et bonus Homerus*, decía Horacio, por lo que no hay que extrañarse de que el olvido se produzca. Lo que es constitucionalmente inadmisible es que, una vez descubierto el error, se le pretenda echar tierra encima rehuyendo la obligación legal en base a un hiperbolizado formalismo casacional. Las pautas de conducta constitucional son otras bien distintas: examinar si se dan los presupuestos legales que apelan a la norma de conflicto, identificar si ésta existe y reconocer las consecuencias a que conduce su aplicación. Según cuales sean estas últimas, el derecho también proporciona las soluciones adecuadas: si el resultado es la aplicación de la norma española, el Tribunal no tiene mayores dificultades en acceder directamente a ella. Si por el contrario, el examen conduce a una ley extranjera, el Tribunal ha de proceder a una ulterior investigación de acuerdo con las pautas fijadas por el art. 12.6º CC.

A la hora de la verdad, los Tribunales no pueden inhibirse de todo este trabajo jurídico por una doble razón casacional y constitucional. En primer lugar, violarían por inaplicación el art. 12.6º CC, lo que pasa aquí desapercibido al Tribunal Supremo. En segundo lugar, la falta de adecuada consideración y atención a un tema formalmente planteado por la parte incide en indefensión constitucional. Por lo tanto, de todos modos, la conducta del Tribunal Supremo en este caso concreto viola el derecho a la tutela efectiva.

### 4. *Conclusión*

La consecuencia de todo ello debe ser el otorgamiento de amparo frente a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1988, anulándola y reenviando las actuaciones al Tribunal Supremo para que en su fallo aplique de oficio la norma de conflicto española con las consecuencias jurídicas a que ello de lugar.





## III. Resolución del Tribunal Constitucional de 13.03.1989

El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso por unanimidad (art. 50.1.c) LOTC) con la siguiente argumentación:

> "Siendo doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface obteniendo de los órganos jurisdiccionales decisiones fundadas en derecho y debidamente razonadas, sean favorables o adversas a las pretensiones del interesado, ningún reproche puede hacerse, desde la perspectiva del art. 24.1 de la Constitución, a la resolución impugnada, pues si bien advierte que la cuestión planteada en el recurso de casación no fue debatida en la litis —y es al órgano jurisdiccional a quien corresponde apreciar sobre este extremo—, ello no le impide entender aplicable la ley española en virtud del artículo 10.5 del Código Civil, con independencia del grado de acierto de la interpretación que la Sala Primera del Tribunal Supremo hace del mencionado precepto, aspecto éste constitucionalmente irrelevante, pues, como también ha repetido este Tribunal en numerosas ocasiones, el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el derecho a obtener resoluciones acertadas o exentas de errores, cuya corrección no incumbe al Tribunal Constitucional en sede de amparo, ante la imposibilidad de configurar esta vía como una tercera instancia."



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

# EXEQUÁTUR DE TÍTULOS PUBLICADOS

**Título:** *Introducción al Sistema Judicial Español*
**Autor:** Juan Damián Moreno
Pamplona
Año: 2002
173 págs.

- El derecho y su garantía jurisdiccional.
- La independencia judicial.
- La responsabilidad de los jueces y magistrados.
- Características del sistema judicial español.
- La organización judicial.
- El personal al servicio de los juzgados y tribunales.
- Régimen de los juzgados y tribunales.
- El acceso a la justicia.
- Personas encargadas de promover el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional.
- El sistema español de asistencia legal.
- Principios que regulan los procesos.

**Título:** *Evicción y Saneamiento*
**Autor:** Ramón Durán Rivacoba
Pamplona
Año: 2002
360 págs.

- Presupuestos del estudio.
- Disciplina jurídica ordinaria.
- Regímenes singulares.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

**Título:** *Las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil*
**Autor:** José Luis González Sánchez
Las Rozas
Año: 2002
255 págs.

- Cuestiones generales.
- La prejudicialidad penal en el proceso civil de declaración: la suspensión del proceso.
- Supuestos especiales.

**Título:** *Rechtsverfolgung im Ausland*
*Probleme des ausländischen und internationalen Zivilprozessrechts*
**Autor:** Rolf A. Schütze
Heidelberg
Año: 1986
241 págs.

- Allgemeine Bemerkungen zur Prozeßführung im Ausland.
- Die Gerichtsbarkeit, insbesondere die Immunität von Staaten, Staatsunternehmen und Staatsbanken.
- Die internationale Zuständigkeit.
- Die Vertretung im ausländischen Prozeß.
- Der Prozeß im einzelnen.
- Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Zivilurteile und Schiedssprüche in der Bundesrepublik Deutschland.
- Die Abwehr ausländischer Verfahren durch inländische Prozeßführung.
- Die Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Rechtsverkehr.

**Título:** *Die Kastilische Höchstgerichtsbarkeit 1250-1520*
**Autor:** Ignacio Czeguhn
Berlín
Año: 2002
236 págs.

- Erster Teil: Die geschichtliche Entwicklung der Höchstgerichtsbarkeit 1250-1520.
- Zweiter Teil: Zusammensetzung und Organisation der Audiencia und Chanchilleria von Valladolid zur Zeit der katholischen Könige.





- Dritter Teil: Gesamtergebnisse.
- Anhang: Die Ordonnanzen der Chancilleria von Valladolid.
- Quellen-und Literaturverzeichnis.
- Regententabelle, Schautafeln.
- Personenverzeichnis, Sachwortverzeichnis.

**Título:** *Reconvención y excepciones reconvencionales en la LEC 1/2000*
**Autor:** Manuel Richard González
Madrid
Año: 2002
341 págs.

- Introducción y definición conceptual de la institución.
- Antecedentes.
- Consideraciones previas.
- Las excepciones reconvencionales de compensación y nulidad.
- Fundamento, naturaleza y efectos de la reconvención.
- Requisitos y límites para el ejercicio de la acción reconvencional.
- La reconvención en el juicio ordinario.
- La reconvención en el juicio verbal.
- La reconvención en los procesos especiales y con especialidades.
- Ejecución. Tercerías. Procesos para la protección del crédito: proceso monitorio y cambiario.

STOLLEIS M. (Hg.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, Verlag C.H.Beck, München 2001.

La obra, concebida en forma de diccionario, recoge más de seiscientas breves biografías de juristas de todas las épocas y de todos los países. Cada entrada está firmada por un autor diferente, bajo la supervisión del Prof. M. Stolleis de la Universidad de Frankfurt a.M. Al final de cada entrada se incluyen referencias básicas que permiten ampliar la consulta con bibliografía especializada. España está representada con aproximadamente dos docenas de juristas. En suma, una obra que compendia información sumamente útil y no siempre accesible de forma inmediata.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

**Título:** *Ejecución de la pena privativa de libertad. Garantías procesales*
**Autor:** Camen Navarro Villanueva
Año: 2002
424 págs.
ISBN:84-7698-674-2

- Presupuestos y naturaleza jurídica de la ejecución penal.
- La ejecución en el ámbito del proceso penal.
- El título ejecutivo.
- Ejecución de sentencia dictada por un tribunal extranjero.
- Concepciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de la ejecución penal.
- Naturaleza jurídica de la ejecución penal.
- La ejecución material de la pena privativa de libertad y su control por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.
- La incoación de la ejecución.
- La intervención de la administración penitenciaria en la ejecución material.
- El control judicial de la ejecución material de la pena privativa de libertad.
- La libertad condicional.
- La conclusión de la ejecución material de la pena.
- La cancelación de antecedentes penales.
- Vigilancia de las garantías procesales en la ejecución de la pena privativa de libertad.
- Consideraciones previas.
- La situación especial de la presunción de inocencia en la ejecución penal.
- La subsistencia de los derechos fundamentales del condenado durante la ejecución de la condena privativa de libertad.
- Garantías procesales de la ejecución de la pena privativa de libertad.
- Las garantías de la actividad de las partes.
- Garantías relativas a la jurisdicción.
- La garantía del juez natural.
- La reeducación y la reinserción social como supragarantías del proceso de ejecución de la pena privativa de libertad.





**Título:** *Suspensión y Modificación de la Condena Penal*
**Autor:** Carmen Navarro Villanueva
Año: 2002
308 págs.
ISBN: 84-7698-647-5

- La suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad.
- Antecedentes históricos.
- Concepto y fundamento.
- Diferencias de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad frente a otras instituciones.
- Requisitos de la suspensión condicional de la ejecución.
- Determinación del plazo de suspensión de la ejecución.
- Las condiciones de mantenimientos del beneficio de la suspensión.
- Procedimiento para la concesión de la suspensión.
- Efectos de la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.
- Incumplimiento de las condiciones impuestas al condenado.
- La renuncia al beneficio de la suspensión condicional de la ejecución.
- Modalidades especiales de suspensión condicional de la ejecución.
- La suspensión de la ejecución de la pena por enajenación mental sobrevenida.
- Tratamiento procesal de la enajenación mental en el proceso penal.
- La enajenación mental sobrevenida durante la ejecución de la pena privativa de libertad.
- El procedimiento para la declaración de la enejación mental del condenado.
- Efectos de la declaración de la enajenación mental.
- La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como consecuencia de la solicitud de un indulto.
- La suspensión de la ejecución como paliativo de las dilaciones indebidas.
- La suspensión de la ejecución de la pena como medio para evitar la ineficacia del indulto.
- Procedimiento de suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de una petición de indulto.
- Propuesta de Lege Ferenda: La suspensión de la ejecución con carácter condicional durante la tramitación del indulto.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

- La suspensión de la ejecución por la interposición de un recurso de amparo o a consecuencia de la revisión penal.
- Aplicabilidad a la revisión penal de la normativa concerniente a la suspensión de la ejecución prevista para el amparo.
- Carácter cautelar de la suspensión de la ejecución.
- Legitimación.
- Organo competente.
- Momento procesal.
- Audiencia de las partes y solicitud de informes.
- Criterios determinantes de la suspensión en la jurisprudencia constitucional.
- Modificación del acuerdo de suspensión de la ejecución.
- Impugnación del acuerdo de suspensión de la ejecución.

**Título:** *La prohibición de los contratos sucesorios*
**Autor:** José Ignacio Cano Martínez de Velasco
Año: 2002
171 págs.
ISBN: 84-7698-659-9

- Concepto y naturaleza de los pactos sucesorios. Tipos.
- El alcance de la prohibición.
- La donación mortis causa como pacto sucesorio.
- La partición hecha en vida.
- Las mejoras irrevocables.
- Eficacia de los pactos sucesorios.

**Título:** *La mejora*
**Autor:** José Ignacio Cano Martínez de Velasco
Año: 2002
132 págs.
ISBN: 84-7698-678-5

- *Concepto y naturaleza de la mejora.*
- Naturaleza de la mejora ¿es herencia, legado u otra institución sucesoria?
- Concepto de mejora.
- *Elementos personales.*
- La mejora ordenada a favor de descendientes no legitimarios.
- *El objeto de la mejora.*





- La mejora en cosa determinada.
- Gravámenes sobre la mejora.
- *Las mejoras tácitas y presuntas.*
- Supuestos de mejoras tácitas o presuntas.
- *Las mejoras irrevocables.*
- El origen de la irrevocabilidad.
- La promesa de mejorar o no mejorar.
- Las mejoras ordenadas en capitulaciones matrimoniales.
- La mejora por contrato oneroso celebrado con un tercero.
- La distribución y mejora de los hijos comunes encomendada por el cónyuge premuerto al cónyuge supésrtite.
- *Efectos de la mejora.*
- Efectos que produce la mejora.
- El derecho de acrecer.
- El derecho de representación.
- Inscribibilidad de la mejora.
- Efectos de las mejoras irrevocables.

**Título:** *La aplicación judicial de la nueva ley de enjuiciamiento civil*
**Autor:** Joan Picó i Junoy (Director)
Año: 2002
364 págs.
ISBN: 84-7698-665-3

- La interpretación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Joan Picó i Junoy).
- Reflexiones sobre el primer año de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Jaume Alonso-Cuevillas i Sayrol).
- Un año de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: valoración de los procesos declarativos desde la perspectiva de un juez de primera instancia (Juan Garnica Martín).
- Problemas del juicio ordinario en la nueva LEC en su primer año de vigencia (Pedro Casas Cobo).
- El problemático juicio verbal (Mª Sanahuya Buenaventura).
- El juicio verbal: cuestiones que ha suscitado en su primer año de aplicación (Pedro Luis Huguet Tous).
- Las acciones de responsabilidad civil en el nuevo proceso civil (José Mª Fernández Seijó).



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

- Los procesos arrendaticios e interdictales: algunos problemas prácticos (Francisco de Borja Villena Cortés).
- Los procesos arrendaticios (Teresa Rosell i Gairoles).
- Un apunte sobre el concepto de "rechazo total" de la pretensión, al objeto de la condena en costas, del art. 394 LEC (Luis Muñoz Sabaté).
- Aspectos prácticos de la ejecución provisional (Mª del Mar Gómez Cintas).
- La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo. (Apuntes sobre algunos problemas prácticos) (Manuel Cachón Cadenas).
- La ejecución de títulos extrajudiciales en la nueva ley de enjuiciamiento civil: problemas prácticos (Guillermo Royo García).
- El procedimiento de apremio: aspectos prácticos (Josep Mª Sabater Sabate).
- Primeras reflexiones sobre los procesos matrimoniales (Esther Rojo Beltrán).
- El proceso monitorio: reflexiones sobre su ámbito de aplicación (Fernando Sanz Llorente).
- Diez razones prácticas para reclamar la deuda consignada en un letra de cambio, cheque o pagaré, a través del juicio cambiario con preferencia al monitorio (Frederic Adán Doménech).
- Una guía bibliográfica para interpretar la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Joan Picó i Junoy).

**Título:** *Migraciones Económicas Masivas y Derechos del Hombre*
**Autor:** Antonio Marzal
Año: 2002
267 págs.
ISBN: 84-7698-676-9

- Origen, significado y resultados de los flujos migratorios masivos por motivos económicos en el mundo actual. *Ponencia 1ª, Eugenio Recio.*
- La teoría jurídica de las migraciones en Vitoria: el principio de la libre circulación en la "*de indis recenter inventis relectio prior*". *Ponencia 2ª, Antonio Marzal.*
- Las migraciones desde la perspectiva de los derechos del hombre: *Ponencia 3ª, Miguel Rodríguez-Piñero.*
- Criterios básicos de la jurisprudencia europea en materia de derechos de los extranjeros. *Ponencia 4ª, Teresa Freixes.*



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



- La integración social de los inmigrantes. *Ponencia 5ª, José Carlos Remotti.*
- Extranjería y democracia: sobre la historia de la reserva del *status civitatis* de los nacionales. *Ponencia 6ª, Celestino Pardo.*
- Las grandes líneas de la evolución legislativa española sobre inmigración a la luz de los derechos del hombre. *Ponencia 7ª, Manuel Silva.*
- Las grandes tendencias de las legislaciones sobre la inmigración analizadas a la luz de los derechos del hombre. *Ponencia 8ª, Danièle Lochak.*
- Epílogo: El eco de reflexivo de los participantes en el seminario.
- El inmigrante como acreedor o el débito de occidente. *Nacho Beltrán de Heredia.*
- Validez, eficacia y justicia del *ius migrandi. Nuria Crespo.*
- La nueva "tierra prometida": derechos morales del inmigrante frente a la sociedad de acogida. *Mª Isabel Köpcke.*

**Título:** *Anuario de Justicia Alternativa Nº 3 Año 2002*
**Autor:** Tribunal Arbitral Barcelona
Año: 2002
269 págs.
ISBN: 84-7698-675-0
Scientia

- Las materias inseparables unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición.
  *Jordi Nieva Fenoll* (Ganador del 1.er Premio TAB'02).
- La justicia alternativa («Alternative Dispute Resolution») en los Estados Unidos de Norteamérica.
  *Ramón Mullerat.*
- La función notarial, función preventiva de litigios: El consejo y la mediación notariales como instrumentos (1ª. Parte).
  *Salvador Torres Escámez.*
- El convenio arbitral posterior a la controversia en la contratación privada.
  *Luis Muñoz Sabaté.*
- Eficacia de un convenio arbitral en el caso de acumulación de acciones (Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granollers de 26 de febrero de 2001).
  *Francisco Ramos Méndez.*

- ¿Es el arbitraje comercial tan distinto del arbitraje internacional?
  *Jordi Sellarés Serra.*

Praxis Arbitral.

- La buena fe arbitral y las costas.
  *Joan Picó i Junoy.*

Praxis Judicial.

- Jurisprudencia arbitral comentada.
  *Frederic Munné.*

Notitia.

- El arbitraje en la nueva ley de marcas.
  *Santiago de Nadal Arce.*
- Libro verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil.
  *Teresa Iranzo Roura.*
- Documentación. Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil.
  *Comisión de la Comunidades Europeas.*

**Título:** *La Nueva Propiedad Horizontal*
**Autor:** José Mª Zaforteza Socías
Año: 2002
184 págs.
ISBN: 84-7698-673-4

- Constitución de la Propiedad Horizontal.
- Derechos de los propietarios.
- Obligaciones de los propietarios.
- Las notificaciones.
- Los gastos generales.
- Las obras: obras de la comunidad, obras de los propietarios.
- Las deudas de la comunidad de propietarios.
- La Junta de Propietarios.
- El Libro de Actas de la comunidad de propietarios.
- El Presidente de la comunidad de propietarios.
- El Administrador de la comunidad de propietarios.
- Los complejos inmobiliarios privados.
- El Fondo de Reserva.
- Los procedimientos de la Ley de Propiedad Horizontal.



Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



- Presupuestos, y cuentas, contabilidad en las comunidades de propietarios.
- Extinción del régimen de Propiedad Horizontal.
- Los morosos.

**Título:** *Igualdad en la Aplicación de las Normas y Motivación de Sentencias (Artículos 14 y 24.1 CE)*
**Autor:** Cristina Zoco Zabala
Año: 2003
158 págs.
ISBN: 84-7698-683-1

- Igualdad ante la Ley: un principio estructurados del ordenamiento jurídico.
- Igualdad como valor y como principio del ordenamiento jurídico: eficacia de su inclusión en la norma fundamental del estado.
- Igualdad ante la Ley: un principio fundamental proclamado en la Constitución española.
- Principio de igualdad ante la Ley: relevancia de la justificación del tratamiento desigual en el contenido y en la aplicación de la legalidad.
- Igualdad y relevancia jurídica de las diferencias: la justificación de la diferencia en el principio de igualdad ante la Ley.
- Supuestos de infracciones del principio de igualdad: la confusión entre los artículos 14 y 24.1 CE.
- Evolución de la jurisprudencia constitucional sobre las exigencias del principio de igualdad en la aplicación de la Ley.
- En particular, la justificación del cambio de criterio judicial como condición necesaria para el cumplimiento del principio de igualdad en la aplicación de la Ley.
- Exigencia constitucional de motivación en el artículo 24.1 CE: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Exigencia de motivar el cambio de criterio judicial como consecuencia del principio de igualdad en la aplicación de la Ley: irrelevancia del precedente judicial español en la garantía del artículo 24.1 CE.
- La motivación del cambio de criterio judicial en los distintos supuestos de amparo planteados ante el Tribunal Constitucional.