

JUSTICIA 94

NUMERO IV

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JOSÉ V. GIMENO SENDRA
JUAN L. GÓMEZ COLOMER
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
JOSÉ S. MARTÍN OSTOS
JUAN MONTERO AROCA
VÍCTOR M. MORENO CATENA
MANUEL P. ORTELLS RAMOS
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO



1994

JOSÉ MARÍA BOSCH EDITOR, S. A. — BARCELONA

«JUSTICIA 94» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), José M.^a Bosch, editor, S. A., Rosselló, 22
08029 — Barcelona, Tel. (93) 419 77 50.

DIRECCION (originales, libros para recensiones), Dr. Francisco Ramos Méndez,
Paseo de Gracia 92, 08008 Barcelona. Tel. (93) 487 11 12. Fax (93) 487 35 62.

INDICE

DACIONES DE CUENTA

- Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial
en el ámbito civil patrimonial* por Francisco Ramos Méndez 807
Métodos alcoholométricos: doctrina del Tribunal Constitucional por
M.^a Ángeles Pérez Marín 823
*La sentencia civil complementaria de la penal ante los efectos de
la cosa juzgada material* por Juan José Gómez de la Escalera . 843

DESPACHO ORDINARIO

- Los Tribunales han dicho* por Joan Picó i Junoy, J. Solé Riera, Be-
lén Mora Capitán y Ch. Catalá Comas 897

COMISIONES ROGATORIAS

- Jueces legos en el proceso penal* por M.C.J. Albin Eser 941
El Ministerio Público en la historia y en el derecho comparado por
Alex Carocca Pérez 967

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS 1049

TERMINOS PERENTORIOS 1051

© 1994, José M.^a Bosch, editor, S. A.
Rosselló, 22 — 08029 Barcelona

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

Printed in Spain/Impreso en España por
COMETA, S. A. — Ctra. Castellón, Km. 3,400 — Zaragoza

**MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA RESOLUCION DE
CONFLICTOS POR VIA JUDICIAL EN EL AMBITO
CIVIL PATRIMONIAL ***

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal

I. ¿POR QUÉ BUSCAR ALTERNATIVAS?

Mi intervención va a ser completamente diferente a la de Mr. Coulson por varias razones, como es lógico. Pero sí hay un tema que quisiera resaltar ya inicialmente, que es la metodología. En la introducción que Mr. Coulson nos ha hecho sobre el sistema americano, ha empezado por fijar el marco sociológico, el marco cultural y el marco de las relaciones institucionales, al nivel de Administración de Justicia, en todos los órdenes jurisdiccionales. Y esto es lo que debemos hacer nosotros. Por razones del sistema y por razones de organización del seminario, me voy a limitar al tema de las *alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito civil patrimonial* y no en el resto de los sectores que tienen un

* Transcripción de mi intervención en el seminario «Alternativas a la resolución judicial de conflictos», Generalitat de Catalunya, 25 de mayo 1994. Esta intervención se produjo a continuación de la que sobre el mismo tema efectuó Mr. Robert Coulson, Presidente de la American Arbitration Association, en la que expuso la experiencia americana.

tratamiento diferenciado entre nosotros y que, además, incluso nos ofrecen una serie de ejemplos mucho más concretos.

1. *¿Es fundada la prevención del Poder Judicial contra las medidas alternativas?*

Quisiera iniciar mi reflexión diciendo que cuando se rotula un tema como el presente con la palabra *alternativas* se están generando dos sentimientos contrapuestos. Por un lado, el primer sentimiento es de prevención y la prevención viene básicamente de la consideración de que el Poder Judicial ofrece el monopolio de la resolución de conflictos. Viene también de considerar que a nivel constitucional hay un reparto de poderes y el que se encarga de resolver los conflictos es el Poder Judicial. Parece ser que cualquier medida alternativa, que cualquier vía que suponga salirse del Poder Judicial, por fuerza, debe resultar una afrenta al sistema, por fuerza debe ser una infracción constitucional y por fuerza debe ser un atentado al propio sistema. Este es el primer sentimiento.

Evidentemente, es un sentimiento absolutamente falso. En muchos casos me atrevería a decir que es un sentimiento corporativo. Es un sentimiento, si se quiere desde un punto de vista personal y desde un punto de vista sociológico, legítimo incluso, pero que no puede ser aceptado como dogma general. Evidentemente, el Poder Judicial tiene unos límites configurados constitucionalmente y dentro de ellos se mueve. Pero una vez que traspasamos el campo de la resolución de los conflictos por la vía judicial y nos ponemos de otro lado o nos ponemos en otra dimensión, ya el Poder Judicial no tiene nada que decir. Siempre estará ahí, siempre será la última opción, pero que no impide, por esta razón de límites, como digo, que busquemos alternativas. Evidentemente, aún reconociendo que el Poder Judicial tiene el monopolio de la fuerza jurídica, ello no excluye que la mayor parte de las soluciones alternativas se busquen precisamente por cauces y por caminos en los que no hay que utilizar la fuerza. Se utilicen también en sectores en los cuales el reino de la autonomía de la voluntad y lo que quieren las partes es la regla general y por lo tanto por encima de la voluntad de las partes no hay que superponer ningún poder del Estado en este tipo de materias.

Desde un último punto de vista, a mí no me parece mal y creo que tampoco le puede parecer mal a ningún ciudadano, que haya como una especie, dejadme llamarla así, concurrencia de servicios, competición entre los servicios de justicia, de tal manera que aparte de los servicios pú-

blicos de justicia pueda haber otros servicios completamente privados. No nos rasguemos las vestiduras porque sectores que durante muchos años los configurábamos como monopolio absoluto del Estado han dejado de serlo y no ha ocurrido absolutamente nada. Citaré dos ejemplos. Hasta hace no mucho tiempo nuestro servicio de correos era el colmo de la eficacia, era casi se diría el paradigma de servicio público. No se perdía una carta, todo funcionaba, siempre llegaban puntuales, etc. En los últimos años se ha desarrollado toda una serie de empresas dedicadas expresamente a proporcionar servicios de mensajería privada con un coste realmente muy superior a lo que es el servicio público de correos y sin embargo el ciudadano los usa. Es decir, está contento, tiene la opción de acudir a ellos y acude. Han generado un nivel de negocio, de relaciones comerciales que está al alcance de todo el mundo que puede pagarlo. Otro ejemplo sintomático es el relativo a los servicios de seguridad. ¿Quién se atrevería a pensar que más allá de nuestras fuerzas de policía podía haber servicios de seguridad privados? No ha tenido que pasar mucho tiempo para que el auge de los servicios de seguridad privados haya sido tal que incluso (y esto a veces da que pensar y es una reflexión que nos obliga a todos) el propio Estado, las instituciones públicas gastan dinero público en servicios de seguridad privados y no acuden a las fuerzas de seguridad del Estado que, por definición, parece que tenían el monopolio. ¿Ha pasado algo? ¿Nos hemos rasgado las vestiduras? Yo creo que no. Entonces la opción es clara: ¿por qué en materia de solución de conflictos no va a existir una alternativa privada? ¿Por qué en materia de soluciones alternativas privadas no puede existir un campo tan libre como el que se ha creado respecto de otros servicios públicos? Evidentemente ya hemos encontrado por lo menos que la vía teórica, la vía constitucional, la vía dogmática para llegar a este tipo de soluciones, existe.

2. *¿Justifica nuestro sistema procesal la búsqueda de alternativas?*

Tenemos despejado el primer sentimiento de prevención que se producía respecto de la solución alternativa de conflictos en el ámbito civil más allá de la vía judicial. Pero cuando se habla de alternativas hay un segundo aspecto no menos importante y es un segundo aspecto que tiene la siguiente connotación: Cuando uno habla de alternativas, parece estar pensando en que algo va mal, en que hay algo que no funciona y que por lo tanto uno acude a la alternativa como una vía de esperanza, como

una vía positiva para lograr que algo funcione. Creo que este análisis, limitado a buscar una alternativa porque algo no funciona o porque algo va mal es absolutamente insuficiente y es un análisis extremadamente parcial; un análisis, además, que creo que no se corresponde con una reflexión seria sobre lo que ocurre en nuestro sistema. Aquí entran en juego toda una serie de consideraciones sociológicas.

La primera de ellas —debe ponerse como rótulo— es que no se puede descalificar de una manera general nuestro sistema judicial, porque no es verdad. Nuestro sistema judicial tiene un funcionamiento razonable, estadísticamente hablando. Hay la tentación, porque nuestra cultura es así y porque tenemos una tradición proclive a este tipo de generalizaciones y de afirmaciones, a resaltar los casos en que el sistema judicial no funciona, que son muchos o que tienen un volumen importante. Pero si tomamos los datos estadísticos y si hacemos una generalización y un análisis más objetivo y más frío de esos datos estadísticos, nos llevaríamos una sorpresa. Voy a prescindir de los números, pero no de pasar una somera revista a los principales parámetros que miden el grado de eficacia del funcionamiento del sistema.

Evidentemente, no hay ninguna reserva en nuestro sistema, salvo excepciones puntualísimas, diría que a unos niveles porcentuales absolutamente despreciables, no significativos matemáticamente, sobre temas que pongan en entredicho la independencia o la corrupción de miembros del sistema judicial. Este tema ni siquiera merece la pena entrar en él en detalle, porque es una condición *sine qua non* de todo sistema procesal. No puede homologarse ningún sistema procesal en el que los jueces no sean realmente independientes.

Otros parámetros objetivos, como pueden ser el coste, la duración y la eficacia, analizados con rigor objetivo, no siempre llevan a unas conclusiones desalentadores. Nuestra justicia es sustancialmente barata. Y esta es una afirmación general que dicha así parece que va contra corriente, parece que va contra el sentimiento generalizado que tiene el ciudadano. Pues no es verdad. Nuestra justicia no llega en ningún caso (en ningún caso es seguramente una afirmación categórica, pero no llega en la generalidad de los casos) a los costes de que nos habla por ejemplo Mr. Coulson respecto del sistema americano. No ocurre eso entre nosotros. El sistema de «*contingency fees*» es un sistema que no es que sea desconocido sino que resulta «prohibido» por nuestra Ley y por nuestra tradición, prohibido y controlado rigurosamente por los Colegios de Abogados y por lo tanto, en este aspecto, yo diría que lo que se produce es justo el caso contrario. Nuestra justicia es *tan* barata que desde el

punto de vista del coste estatal es gratuita, absolutamente gratuita por Ley, y el único coste que tiene hoy básicamente son los honorarios de Abogados y los aranceles de Procurador y algunos gastos conexos como puede ser la publicidad de determinado tipo de actuaciones judiciales, que efectivamente es cara. Este parámetro del coste no nos sirve pues como único criterio para buscar una alternativa al proceso.

Tampoco el de la duración. Hay que ser honestos con nuestra justicia a la cual hemos descalificado muchas veces. Nuestro sistema procesal, incluso en asuntos civiles de una cierta envergadura, con un recurso de apelación y con un recurso de casación, está en un promedio estadístico que seguramente no excede de los 4-5 años, salvo excepciones, lo cual es una duración razonable que resiste la comparación con los países de nuestro entorno y de nuestra misma situación (no somos realmente un país rico ni demasiado influyente en estos niveles). Tampoco habría que alarmarse por esa duración. Es más, la mejor prueba la tenemos en que el ciudadano, el empresario, está dispuesto a sufragar un coste que le parece incluso razonable y además está dispuesto a esperar. La queja viene seguramente motivada porque muchas veces la vida de los negocios y la vida de las relaciones comerciales va a una prisa y van a una velocidad distinta de la velocidad del proceso judicial. Y en la mayor parte de los casos la disfunción viene por causa del parámetro eficacia/ineficacia. Resoluciones judiciales que aun siendo favorables llegan tarde y convierten las victorias en pírricas, o resoluciones judiciales que, aun siendo completamente rentables, devienen inejecutables por razones, no de funcionamiento del sistema, sino por razones de que la vida económica ha ido tan deprisa que las circunstancias de solvencia de una persona o empresa cinco años después no son las mismas. Pero, como digo, la culpa en este sentido no la tiene el propio sistema procesal cuanto su disfunción en relación con las muchas necesidades de la vida económica y comercial.

Por esta razón esta percepción de que el sistema judicial es disuasorio, lo que justificaría la búsqueda de alternativas, no se produce siempre. Hay un sentimiento de insatisfacción generalizado en el ciudadano que es el que revelan las encuestas, pero ese sentimiento de insatisfacción en el cual los servicios de justicia se llevan la palma no va a la zaga ni hay una gran desviación del promedio del resto de servicios del Estado, por ejemplo, los servicios sanitarios, los servicios de transporte, los servicios de protección ciudadana. A mí me gustaría, y creo que es una buena reflexión si queremos ser objetivos, que se profundizase y se comparase en términos relativos ese nivel de insatisfacción para ver hasta dónde llega. A mi modo de ver, en muchos casos lo que ocurre es

que nuestro ciudadano tiene unas exigencias maximalistas. En nuestro refranero existe un aforismo que dice que muchas veces somos *más papistas que el Papa*. Nuestros pueblos latinos, y en concreto el nuestro, es un pueblo maximalista. Tiende a buscar la perfección. Que hacemos autopistas, tienen que ser las mejores, tienen que ser unas autopistas que tienen que estar uniendo hasta las aldeas más remotas y los núcleos de población con menos necesidades. La solución es que evidentemente esto tiene un coste que no nos lo podemos permitir como país. Es decir, no tenemos el suficiente dinero para gastarlo en todas las necesidades que tenemos creadas en un momento determinado. Y esto ocurre también con la justicia. Al ciudadano, sobre todo en los últimos años, le hemos vendido todo un capítulo de garantías constitucionales que se han maximalizado en la Constitución, y es bueno que haya sido así. Lo exigía la Constitución. Pero claro, la reacción que se ha producido es que el ciudadano quiere el máximo, quiere la garantía total, quiere el funcionamiento del sistema al 100% y no tolera las disfunciones. Y está bien que sea así. No es malo como aspiración. Lo que ocurre es que seguramente hay que ser un poco más modestos, tenemos que dejar de vender el producto en plan marketing y ser más conscientes de nuestras limitaciones como país, como mercado y como medios económicos. Entonces tenemos seguramente un sistema procesal que responde a un esquema no adaptado a las necesidades presentes, que necesita retoques, en profundidad como es lógico, pero tampoco que permita una descalificación general.

La búsqueda de alternativas nos va a exigir abandonar la excesiva judicialización de nuestra vida ciudadana en los últimos tiempos. Ello ha sido una consecuencia prácticamente inmediata del nivel de garantías que hemos asumido como practicables. A medida que el ciudadano ha visto que el sistema le respondía con garantías, en esa medida ha incrementado sus necesidades de justicia y ha judicializado todo. Se acude a los Tribunales por un *quítame de allá esas pajas*. Todo el mundo ha pasado de lavar el honor con la espada como en los tiempos clásicos, según revela nuestra literatura y nuestro Siglo de Oro, para lavarla por la vía judicial. Hoy todo el mundo siente la necesidad de apelar a los Tribunales y a veces por cosas que no debían llegar a la vía judicial y que cuando entran en la vía judicial, no se pueden solucionar porque necesariamente chocan con la complejidad del sistema.

A fuerza de comparar el proceso con la guerra, ha enraizado un sentimiento de que el proceso es el arma mortífera para aniquilar al enemigo, por supuesto, con sangre muchísimo mejor. Se ha fomentado pues

la necesidad de un vencimiento a ultranza del contrario, aunque luego los logros en la realidad no sean siempre tan brillantes.

En fin, las circunstancias económicas hacen obligado cierto tipo de actuaciones procesales, como es notorio. La crisis económica, por ejemplo, genera impagados y este hecho determina el crecimiento de las reclamaciones de cantidad y, con frecuencia, el naufragio concursal de la empresa. De esta manera y por este cúmulo de circunstancias se produce una sobrecarga del sistema judicial y, de rechazo, aumentan las disfunciones por imposibilidad de absorber la masa litigiosa.

3. Existencia de espacios jurídicos donde las alternativas son viables

Dicho esto, la comparación con el sistema no nos lleva a nada que necesariamente incite a buscar alternativas. Aquí terminaría mi discurso y diría: «No, el sistema funciona razonablemente». ¿Por qué no vamos entonces a acudir al sistema procesal? Podríamos tener uno mejor como podíamos tener carreteras mejores, pero es lo que hay.

Esta conclusión sería precipitada. Estaríamos engañándonos nosotros mismos en la búsqueda de soluciones. Hay que decir ya inmediatamente a continuación, que existe un espacio jurídico suficiente para buscar alternativas al sistema judicial en todos los ámbitos del Derecho. De hecho lo estamos haciendo. En muchos casos estamos siguiendo los ejemplos anglosajones. Mr. Coulson, por ejemplo, ha citado el caso del *Plea bargaining* americano en el sistema penal. Nosotros casi lo hemos importado en la vía penal para solucionar determinado tipo de bagatelas, determinado tipo de faltas y de delitos que no exigen una instrucción complicada. Y así en muchos otros campos. Por tanto existe un espacio libre para buscar estos medios que no pasen por el proceso, por el litigio judicial.

La percepción de este espacio entre el litigio/guerra y la nada exige ante todo un cambio de cultura y un cambio de sensibilidad. Hay que pensar, por ejemplo, en las relaciones comerciales duraderas, hay que apostar procesalmente por la confianza en la buena fe comercial, hay que trasladar al campo procesal la flexibilidad y agilidad de la vida económica. Los mismos parámetros de rapidez, coste razonable y eficacia deben hallarse en los medios alternativos. La disponibilidad y accesibilidad de éstos son alguno de los criterios que pueden hacerlos operativos. Ello nos lleva a formular una cuestión ulterior.

II. ¿POR DÓNDE BUSCAR LAS ALTERNATIVAS?

Ya que existe un espacio, ya que además no hay obstáculos teóricos ¿por dónde podemos buscar las alternativas? Tratemos de identificar los instrumentos jurídicos que pueden servir para ello.

Por un lado, hay que ser conscientes de que no se pueden buscar equivalentes absolutos del pleito. El pleito es una cosa, el litigio es algo muy definido, muy determinado, con una serie de reglas de juego preestablecidas y las alternativas no pueden ir por ese camino. No existen equivalentes de solución de disputas que sean absolutamente, diré, parangonables con el pleito.

1. El arbitraje

El caso máximo, sin duda, es el *arbitraje*, evidentemente. Incluso en el arbitraje se habla, se rotula y se viene vendiendo muchas veces como un equivalente jurisdiccional. Lo es en cierta medida, pero sabemos todos que está excluida la vía ejecutiva, está excluida esa fuerza que monopoliza el Estado. Por lo tanto el arbitraje se queda sólo en la parte juzgadora, en la función exclusivamente decisoria pero no tiene nada que hacer con la ejecutiva. El arbitraje lo conocemos, lo tenemos instaurado en nuestra legislación y tenemos desde el año 88 una Ley moderna. No sólo una Ley moderna, una Ley pro-arbitraje, una Ley que es favorable a la institución y así se ha demostrado en estos últimos tiempos.

2. La conciliación

Conocemos también como medio alternativo la *conciliación*, una institución de tanto abolengo en nuestro Derecho no sólo histórico sino actual. Pero ¿qué hemos hecho? Lo que decía antes. Nosotros no creemos en la conciliación. Nuestro ciudadano no cree en la conciliación. Hay un problema cultural de base. La conciliación en vía civil, implantada en nuestra centenaria Ley Procesal, ha sido un fracaso. No como institución: la institución es óptima, la institución es buena. Ha sido un fracaso su puesta en escena. ¿Por qué? Primero porque hemos creído que era una medida reservada en exclusiva para los jueces. Que el Juez debía también intervenir siempre como conciliador. Obviamente, como no somos un país rico, ya lo he dicho antes, los Jueces no tienen tiempo

para todo. Es absolutamente imposible que nuestro cuerpo judicial, compuesto por apenas unos miles de Jueces, dé abasto. No hay ni horas ni personal disponible para atender debidamente la institución. Solución: esto se delega, se relega, no al estrado solemne del Juzgado, sino a la puerta, es decir, al alguacil de turno. Obviamente, se degrada la institución y deja de funcionar, de tal manera que, obcecados y echándole la culpa a la institución, cuando no la tiene, nosotros la cancelamos de un plumazo del sistema, poniéndola como optativa. Evidentemente, en este momento, cuando todo el mundo sabe que es optativa y deja de ser un requisito necesario para acudir a la vía judicial, desaparece absolutamente y no hay rastro en los anales judiciales de que sigan celebrándose conciliaciones. ¿Es culpa de la institución? Yo creo que no. Es culpa de la puesta en escena. ¿Estamos a tiempo de rehabilitarla? Ya lo veremos.

La conciliación en cambio sigue ocupando, por ejemplo, un hueco y además tiene una personalidad propia en el ámbito de las relaciones laborales. Y ahí efectivamente lo cumple porque se deja sentir la fuerza disuasoria del Magistrado que preside el acto, que además es el Magistrado que, en caso de que no se obtenga la conciliación, va a iniciar sin levantar mano el juicio. En este caso las partes, después de esa conversación informal con el Magistrado, después de ese cambio de impresiones, son mucho más propicias a buscar una solución pactada. Por lo tanto la fuerza disuasoria del sistema les ayuda en este aspecto, justamente por el escenario donde se desarrolla y porque las consecuencias de no conciliar son inmediatas y se están tocando con la palma de la mano y además, seguramente una solución no muy distinta a la que se obtiene por conciliación.

3. La negociación

Conocemos también, como no, todo el campo de la *negociación*, que han sabido desarrollar sin duda los abogados durante mucho tiempo. Pero el campo de la negociación se queda en los tratos pre-contractuales y termina con el contrato. Después de que un contrato está concluido es muy difícil reemprender una negociación. Cuando hay una dificultad o cuando surge una disputa las partes ya no están tan conformes y como siempre suele haber alguna que tiene la posición dominante. Esa falta de cultura negociadora propia de nuestras empresas, propia de nuestros ciudadanos, les ayuda a seguir la inercia de la vía judicial y a no optar por medios alternativos. Es obvio que la negociación como solución de con-

flictos ya no puede reconducirse sin más a los abogados de parte a menos que cambien de mentalidad. Pero tampoco debe exigírseles este esfuerzo. No hay ninguna postura más clara que la de abogado de parte. Lo único que ocurre es que en esta situación conflictiva hay que acudir a un tercero.

4. *La integración de relaciones jurídicas por medio de terceros*

Están perfectamente identificadas por la dogmática estas figuras integradoras del *iter* contractual, que salvaguardan perfectamente la regla de oro de no dejar al árbitro de una de las partes el cumplimiento de los contratos. Son fórmulas acuñadas, útiles en las relaciones duraderas y que, sin embargo, son anecdóticas en la práctica cotidiana.

5. *La transacción*

Conocemos, por supuesto la *transacción*. Por ser ésta una figura regulada en el Código Civil y estudiada profusamente por la doctrina, tiene carta de naturaleza entre nosotros. Ello no evita que, en muchas ocasiones, se llegue a ella sólo después de haberse dejado la piel en el campo de batalla y como vía de escape para que no haya vencedores ni vencidos.

6. *El Defensor del Pueblo*

Existe también el *Defensor del Pueblo*, figura con rango constitucional. Su intervención, aún sin ser de carácter decisorio ha contribuido sin duda a resolver muchos conflictos y disfunciones del sistema, como se lee año tras año en la Memoria que presenta la institución.

Por mimetismo, algunos sectores (por ejemplo las instituciones de ahorro, los periódicos importantes), han creado la figura del *Defensor del Cliente*, con capacidad mediadora o decisoria según los casos y el tipo de reclamación.

7. *La mediación*

No hay tampoco inconveniente alguno para identificar la *mediación* en nuestro sistema, institucionalizada o no, en cualquiera de sus varian-

tes. Su uso aparece ciertamente como residual y, sin embargo, no existe obstáculo alguno para que sea viable, a salvo del cambio de mentalidad en los usuarios.

8. *El mini-trial*

Incluso son plenamente viables los *mini-trials*, al estilo de las experiencias del derecho comparado. Pero, una vez más, los obstáculos derivan de la falta de cultura y de experiencia de estas figuras. La verdad es que yo he hecho una experiencia en más de un caso sugiriendo la fórmula de un *mini-trial* en situaciones que consideraba era razonable solucionarlas por esta vía y la respuesta de las partes ha sido absolutamente siempre en todos los casos negativa. ¿Por qué? Por una razón, creo que de fondo y de cultura: Ningún Presidente de Consejo de Administración, ningún Consejero Delegado de una empresa, por muy importante que sea, quiere asumir él solo la responsabilidad de una decisión en este *mini-juicio* que se realiza al estilo de otros ordenamientos comparados, por aquello de ¿qué dirá el Consejo?, ¿qué dirán los accionistas?, ¿qué dirán terceros? o ¿qué dirán los organismos de control? En nuestra administración pública tenemos ejemplos abundantísimos de este estilo. Hoy todas las resoluciones de nuestra administración pública suelen venir con cuatro o cinco firmas de escalón jerárquico, por triplicado o cuadruplicado o quintuplicado, porque ningún funcionario de alto rango asume él sólo la responsabilidad que implica una decisión jurídica con un sello y una firma en asuntos que además están regulados por Ley. Cuanto más difícil es asumir la responsabilidad en asuntos que no lo están y que quedan dentro del ámbito puro de la negociación.

Así pues, las figuras jurídicas que se utilizan en la experiencia comparada como medidas alternativas nos son plenamente conocidas. En realidad no es preciso importar las instituciones en sí, aunque seguramente es útil estudiar las diversas experiencias de su puesta en práctica y las claves del éxito o del fracaso en cada caso. Valdría la pena meditar por qué algunas instituciones no han dado entre nosotros el resultado teóricamente previsible.

III. EVALUACIÓN DE SU FUNCIONAMIENTO Y/O DESARROLLO

Para completar mi intervención vale la pena dedicar unos minutos de reflexión a evaluar el sistema actual, su funcionamiento y sus posibi-

lidades de desarrollo. Entre otras, podían tomarse en consideración las siguientes observaciones:

1. A mi entender, contrasta en este momento ese sentimiento general de indiferencia o de insatisfacción respecto del funcionamiento del servicio judicial estatal con la búsqueda activa de alternativas. Hay un cierto estoicismo propio de nuestro carácter, hay una cierta cultura hedónica propia de nuestros ancestros, hay un cierto abandono, un cierto pasotismo, incluso a veces un sentimiento de frustración. Pero, a la hora de la verdad, parece como si lo único que contase fuese el promedio de resultados favorables. Es como si se produjera un cierto reequilibrio del sistema, a base de pensar: «Bueno, en este caso he fracasado, pero en aquél he obtenido un beneficio.»

2. La disuasión que cabría esperar de un sistema procesal inadecuado no parece suficiente para incitar por sí sola a la búsqueda de alternativas. El coste de los litigios, sobre todo entre los grandes consumidores, se acaba considerando soportable. Todo estriba en saber gestionar un litigio racionalmente y con perspectiva empresarial, aun sin caer en la tentación de explotar el pleito mismo como negocio de empresa. La duración media del litigio puede incluso ser razonable, aun sin contar con la ayuda de instituciones como las medidas cautelares o la ejecución provisional. Como ya se ha dicho, donde peor se toleran las disfunciones es en materia de eficacia, parámetro que hay que medir caso por caso. Pero se aceptan las victorias pírricas o resultados intermedios, con resignación.

Por otro lado, no siempre existe la posibilidad de buscar alternativas al pleito. Hay sectores y situaciones que se podrían considerar inmunes a tales vías. Por todo ello, no hay más remedio que apostar por un *sistema judicial fuerte*. La primera condición para buscar alternativas al pleito es mantener una justicia de primera clase. De lo contrario, lo único que estaríamos haciendo es huyendo del genuino sistema procesal y en ese punto estaría quebrando el estado de derecho.

3. La opción por medios alternativos dimana necesariamente de la voluntad de las partes, como vía electiva ante el sistema judicial ordinario. En este punto es inevitable que se sigan produciendo por ahora reticencias culturales importantes, por mor de la tradición. Es frecuente encontrarse con que «no quiere» la parte que está en una posición dominante, o la parte que valora positivamente el «desgaste» que supone para el adversario el acudir a los Tribunales de Justicia. Asistimos reite-

radamente día a día a soluciones o compromisos *in extremis* a la puerta del Juzgado, en casos que, analizados objetivamente, pocas veces hubieran debido llegar a dicha situación. Pero, por definición, no sería legítimo aumentar adrede la disuasión del sistema ordinario para incitar a las partes a optar por soluciones alternativas. Es más bien una tarea de adoctrinamiento y de propaganda de la cultura del pacto la que ha de llevar a las propias partes a la búsqueda de soluciones por ellas queridas. No se pueden imponer vías alternativas en contra de la voluntad de las partes.

4. El *arbitraje* estaría llamado a ser en este momento la vía de desarrollo para una gran parte de reclamaciones civiles y comerciales. Tenemos una ley de arbitraje privado moderna y esencialmente favorable a la institución. Sin embargo, falta todavía una buena dosis de cultura arbitral para lograr que las cifras de arbitrajes sean relevantes. Algunos detalles son sumamente reveladores de la situación:

a) Existe todavía una cierta reticencia sobre el nombramiento de árbitros independientes. Basta que una parte indique el nombre de un posible árbitro para que la contraria lo rechace por principio, sin tener en cuenta si es o no independiente de verdad y si es o no útil para resolver el litigio. Otras veces se tiene la percepción de que el árbitro ha de ser «árbitro de parte», obligándole a desempeñar un papel contrario por definición a la figura. ¿Es tan difícil asumir que de la misma manera que existen jueces independientes también los árbitros lo son?

b) Acostumbrados a la cadena de recursos y más recursos del sistema procesal ordinario, suscita también sus reservas el hecho de que en el arbitraje sólo exista una posibilidad limitada de anular el laudo. La vocación litigiosa de nuestra tradición procesal echa de menos el interminable peregrinaje de los recursos judiciales. Diríase que la parte vencida nunca se encontraría satisfecha de haber agotado la última oportunidad. Sólo valdría como definitiva aquella en que le diesen la razón. Obviamente, no se puede ceder a la tentación de implantar en el arbitraje el rosario de recursos judiciales que lo harían inservible como alternativa. Los límites de la anulación del laudo tienen su razón de ser y pertenecen a la esencia de la institución. Esta hay que aceptarla tal como es y no a imagen y semejanza de lo que uno necesitaría en un momento determinado por simple mimetismo procesal.

c) Como es obvio, el coste es otro elemento inherente al arbitraje que lo haría a veces impracticable. Aun siendo cierto que el arbitraje no resulta gratuito, tampoco se puede generalizar la afirmación de que re-

sulta más caro que un pleito. Depende en cada caso de las circunstancias. Con todo, en el arbitraje es un dato que siempre se toma en consideración previamente.

d) No es razonable trasponer al arbitraje toda la complejidad del sistema judicial. No se trata de crear un modelo arbitral y semejanza del proceso. El arbitraje tiene sus propias reglas flexibles y está en condiciones de utilizar un modelo propio y una forma de hacer propias. En la medida en que se tratan de importar para el arbitraje complejas instituciones procesales, en esa medida se acaba por hacer desaconsejable la vía alternativa. Son por ello un contrasentido los esfuerzos obstructivos respecto de un arbitraje como tácita dilatoria. Es inevitable soportar su uso, pero hay que reconocer que contradicen el origen de la institución en la voluntad de las partes.

e) La nueva ley de arbitraje ha permitido que proliferan como hongos las instituciones arbitrales. Es legítimo tal fenómeno, aunque no lo es tanto el carácter de «club» que se la ha dado a alguna de dichas instituciones. Ello parece que hubiera debido fomentar a ultranza la cultura arbitral, pero, por el momento, por desgracia, no ha sido así. La oferta indiscriminada de arbitrajes por instituciones recién nacidas ha debilitado la institución y ha retraído la demanda. Sólo los esfuerzos prolongados en el tiempo y las inversiones a largo plazo darán en su momento los frutos adecuados. Un buen indicador será la estadística de asuntos de cada institución.

5. Como se deduce de lo que ha venido exponiendo, hay que insistir en el fomento a todos los niveles de la cultura de solución alternativa de litigios. Ello aconseja identificar los sectores jurídicos propicios para el uso de estas vías alternativas y sucesivamente estimular la iniciativa privada. Se impone involucrar en el tema a todos los operadores jurídicos: Administración, jueces, abogados, empresas, instituciones, etc. Los instrumentos son suficientemente conocidos en nuestra tradición jurídica. Lo único que hay que revisar es su puesta en escena en condiciones propicias para que sean efectivos. Luego hay que esperar la evolución natural y no tratar de imponer soluciones. El mercado eligirá las que funcionen. Sólo hay que cuidar el ambiente en el que ello sea viable.

6. No es aconsejable crear estructuras paralelas en el sector público para estas vías alternativas a la solución de conflictos. La inversión de dinero público sería justamente cuestionable. Una estructura pública se indentifica con ejercicio del poder y comporta a la larga gastos de in-

fraestructura y funcionarización. En este caso, ¿por qué no invertir directamente en la Administración de Justicia?

7. Es necesario sin embargo un mínimo soporte institucional. Desde el punto de vista legal deben identificarse las posibles trabas que impidan a las vías alternativas desarrollarse espontáneamente por sí mismas. Hay que revisar aquellos condicionamientos que han hecho fracasar instituciones ya conocidas en nuestra tradición para tratar de rehabilitarlas. Hay que desenterrar lo que es recuperable.

Por otro lado, la Administración pública, Cámaras, Colegios, Instituciones, y otros organismos deberían fomentar en su seno la cultura comercial y sobre todo dar ejemplo en primera persona. En el fondo, se trata de predicar con el ejemplo: Obras son amores y no buenas razones.

8. En fin, aun en el campo de las vías alternativas, se impone una colaboración decidida del Poder Judicial. La cultura del rechazo, de las suspicacias y de las reticencias a aceptar estos medios opcionales debería proscribirse. Como ya se ha indicado, no se trata de producir fisuras en el ámbito de la tutela efectiva. Se trata tan sólo de racionalizar los recursos disponibles, utilizando en cada ocasión y en cada sector conflictivo los más adecuados para el caso. El primero que tiene que creer en la viabilidad de estos medios alternativos es el propio Poder Judicial.

METODOS ALCOHOLOMETRICOS: DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

M.^a ANGELES PÉREZ MARÍN
Area de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Medios de investigación de la alcoholemia: A) Naturaleza. B) Clases de análisis alcoholométricos. — III. Derechos afectados por los métodos de detección de la alcoholemia. — IV. Valor del atestado policial que incorpora los resultados alcoholométricos. — V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia del riesgo que supone el continuo aumento del parque automovilístico, el legislador español se ha visto obligado a poner en práctica programas y técnicas de prevención que ayuden a controlar el paulatino incremento del índice de siniestralidad en el tráfico rodado.

Debido a que un alto porcentaje de los accidentes de circulación tienen como causa directa la ingestión de alcohol y otras sustancias tóxicas que anulan la capacidad del sujeto para conducir con seguridad, con la intención de abarcar un mayor campo de actuación y lograr un control

más eficaz, se optó por una doble técnica: de un lado, transformar la conducta delictiva consistente en la ingestión de sustancias que hacen peligrar la seguridad de la conducción hasta convertirla en lo que la doctrina penal denomina «delito de peligro abstracto»; de otro, implantar por vía reglamentaria las llamadas «pruebas de alcoholemia», que permiten conocer científicamente el grado de acumulación de tales sustancias en sangre.

Actualmente, el ordenamiento español regula los métodos de detección de alcohol y demás sustancias tóxicas en sangre a través de dos normas reglamentarias y una resolución del Consejo de Europa.

A) *Real Decreto Legislativo de 2 de marzo de 1990, núm. 339/1990. Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (Base 4.^a)*

En el artículo 12 de esta norma, el legislador prohíbe la conducción con una hemoconcentración de alcohol, psicotrópicos, estupefacientes, estimulantes u otras sustancias que supere los índices que posteriormente vendrán determinados mediante reglamento. La misma norma, obliga a todos los usuarios de las vías de circulación implicados en un accidente de tráfico a someterse a un control de alcoholemia cuando sean requeridos para ello.

Los mencionados controles consistirán en la verificación del aire espirado mediante alcohómetros autorizados y serán practicados por agentes de tráfico. Si el afectado lo solicita o la autoridad judicial lo estima conveniente a efectos de contraste, se procederá a la repetición de las pruebas, que en este caso se realizarán mediante un análisis de sangre, orina u otras sustancias análogas.

B) *Real Decreto 12/1992, de 17 de enero. Reglamento General de Circulación*

En dos capítulos regula este Real Decreto los modos de detección de alcohol y otras sustancias tóxicas que disminuyen la capacidad del sujeto para conducir:

— El Capítulo IV del Título I recoge la normativa sobre bebidas alcohólicas: prohíbe la conducción de vehículos de motor con tasas de alcohol en sangre superiores a los 0,8 gramos por 1.000 c.c., límite que

se ve reducido hasta 0,5 para la conducción de vehículos destinados al transporte de mercancías y a 0,3 en el caso de la conducción de vehículos destinados al transporte de viajeros o de servicio público, al escolar y de menores, al de mercancías peligrosas o a servicios de urgencias o especiales.

Los agentes de tráfico podrán someter a control a cualquier usuario de la vía pública o conductor de vehículo directamente implicado en un accidente, a los que conduzcan con síntomas evidentes de embriaguez, a los conductores denunciados por la infracción de cualquier norma contenida en el Código de Circulación y a los que con ocasión de la conducción sean requeridos por los agentes de la autoridad dentro de los programas preventivos de control.

Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación superior a las cantidades recogidas en el artículo 20 del Real Decreto, o, aun sin alcanzar tales límites, la persona examinada presentara claros síntomas de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente informará al afectado que para una mayor garantía le va a someter, a efectos de contraste, a una segunda prueba de aire espirado, mediante un procedimiento similar al utilizado en la primera prueba.

— En el Capítulo V del mismo Título se regulan aspectos relativos a la conducción bajo los efectos de sustancias tóxicas distintas del alcohol; no se permite la conducción a un sujeto cuando éste haya ingerido algún tipo de droga tóxica o estupefaciente o esté bajo la influencia de medicamentos u otras sustancias que hagan peligrosa la conducción; se establecen los medios para detectar la presencia de dichas sustancias y se fijan las pautas de actuación de los agentes ante sujetos que presenten síntomas de intoxicación.

Sin embargo, el legislador no impone para este tipo de sustancias unas tasas límite que, una vez sobrepasadas, hagan aconsejable prohibir la conducción, ni determina qué medios permiten detectar rastros de sustancias tóxicas en la sangre, sino que remite directamente a aquellos análisis que los facultativos de centros especializados estimen más conveniente.

Recientemente, el Real Decreto 1.333/1994, de 20 de junio, modifica la redacción de los artículos 20, 22, 23 y 24 contenidos en el Reglamento General de Circulación concernientes a las tasas de intoxicación alcohólica.

La citada norma, aun manteniendo la tasa de alcohol en sangre y los niveles de alcoholemia a partir de los cuales queda prohibida la con-

ducción, determina las tasas de alcohol en aire espirado que se corresponden con la actual tasa de alcohol en sangre.

Estima el legislador que siendo la verificación del aire espirado el método normal de control y que proporciona un conocimiento más directo y exacto sobre el grado de alcoholemia, esta nueva regulación, además de suponer una mayor garantía para los administrados, facilita a la autoridad encargada de la ordenación del tráfico y la seguridad vial un mejor control sobre los medidores de alcohol oficialmente autorizados que pasarán a denominarse etilómetros, reservándose la denominación de alcoholímetro para los instrumentos que miden el volumen de alcohol en sangre.

Ningún conductor de vehículo podrá circular por las vías de la legislación sobre tráfico con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,8 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,4 miligramos por litro.

Cuando se trate de vehículos destinados al transporte, la máxima tasa de alcoholemia permitida será de 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro, y si se trata de vehículos destinados al transporte de viajeros, queda prohibida la conducción con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,3 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,15 miligramos por litro.

C) *Resolución B (73)26, de 18 de abril de 1973, del Consejo de Europa*

De este modo se pronuncia la normativa europea sobre el tema: «*Que se impongan sanciones penales al que conduzca un vehículo de motor por la vía pública bajo la influencia del alcohol, si se demuestra su ineptitud para conducir o si su tasa de alcoholemia es de 80 mg. por 100 ml. al menos. Los estados miembros son libres en todo caso de fijar una tasa de alcoholemia inferior. La sanción debe adaptarse a la situación personal del conductor y a todas las circunstancias del caso en particular. Puede consistir: A) En una multa. B) En una pena privativa de libertad susceptible, en principio, de ser suspendida bajo condición. C) Retirada del permiso de conducir*».

El precepto citado distingue dos situaciones distintas: una, la del sujeto que por la ingesta de alcohol muestre una clara ineptitud para conducir; otra, la del individuo que conduzca un vehículo de motor con un grado de alcoholemia superior a 0,8 gramos por 100 c.c. de sangre.

En el primer supuesto, los datos a que atiende la norma son de naturaleza subjetiva: esencial es demostrar la incapacidad del sujeto, con independencia de la cantidad de alcohol ingerida. Sin embargo, en el segundo caso planteado se recurre a una circunstancia objetiva: la superación de una determinada tasa de alcohol, siendo innecesaria la constatación de una posible influencia en la conducción o la mayor o menor aptitud que a pesar de la ingestión pueda presentar el conductor de cualquier vehículo de motor.

II. MEDIOS DE INVESTIGACIÓN DE LA ALCOHOLEMIA

A) *Naturaleza*

Los métodos alcoholométricos son aquellos actos de investigación, de carácter pericial, que se adoptan en el curso de una detención y que, a través de una medición en el aliento o a través de una intervención corporal del imputado, permiten determinar el grado de alcohol ingerido¹.

Siguiendo la definición del profesor GIMENO SENDRA, intentaremos descartar una posible naturaleza probatoria en aquellos medios técnicos que permiten determinar en cualquier sujeto, con exactitud científica, la cifra de alcohol en sangre, aunque erróneamente el legislador las considere «pruebas».

Un acto de prueba es la actividad realizada por las partes procesales durante el proceso, con la pretensión de convencer al juez o tribunal sobre la existencia de determinados hechos por ellos afirmados. No basta, sin embargo, con una mera actividad de parte. Para que podamos hablar de auténticas pruebas en el proceso, es necesaria la presencia del juez, de manera que quede garantizada la observancia del principio de contradicción.

Cuando nos referimos a partes procesales ubicamos a los sujetos así calificados en un contexto concreto cual es el proceso, y es precisamente en éste donde el juez debe cuidar y garantizar el cumplimiento del principio contradictorio. Luego para entender la prueba en el proceso penal deben concurrir, a fortiori, dos circunstancias: una, que se respete el

1. GIMENO SENDRA, Vicente, *Constitución y proceso*, Madrid, 1988, pág. 123.

principio contradictorio; otra, que para evitar la vulneración del mencionado principio, intervenga la autoridad judicial al ser la única de la que pueden ser predicadas las características de independencia e imparcialidad. Únicamente de este modo se evitará la indefensión de las partes.

Si aplicamos estas notas a las diligencias de alcoholemia, no nos será difícil destruir cualquier atisbo de carácter probatorio en las mismas. Así, en un control rutinario no está presente la autoridad judicial sino agentes de tráfico que, en todo caso, carecen de las notas de independencia e imparcialidad del juez; por otra parte, nadie puede afirmar que el sometimiento a una diligencia de alcoholemia provoque de inmediato el nacimiento de un proceso que permita una referencia a las partes procesales y a una probable actividad de las mismas.

Encontramos apoyo para ello en la misma Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente. En ésta, el legislador da por aceptada la idea fundamental de que es en la fase de juicio oral donde se debe desarrollar la prueba, donde las partes en igualdad de condiciones deben hacer valer los elementos de cargo y de descargo y donde los magistrados han de formar su convicción, idea que resulta plenamente reforzada por el articulado de nuestra Ley Procesal Criminal.

De este modo, el artículo 741.1.º del cuerpo normativo citado exige del juez que dicte sentencia basándose en las pruebas practicadas en el juicio. No olvidemos que los análisis alcoholométricos no se efectúan durante la fase de juicio oral ni en ningún otro estadio del proceso sino en un momento previo al mismo, por lo que, como indica el artículo 283.1.º del mencionado texto legal, son simples controles preventivos realizados por los agentes de tráfico, cuyos resultados se recogerán en un atestado en el caso de que puedan llegar a ser prueba, y así lo indica el artículo 292 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Legalmente, por tanto, estos métodos no son «actos de prueba», simplemente constituye actos de investigación, como bien indica el profesor GIMENO, tendentes a la determinación del hecho punible y a la presunta participación de su autor, así como a ocasionar la entrada de los hechos o del material instructorio dentro del sumario², por lo que el atestado que recoge los resultados obtenidos, no tiene la consideración de prueba, sino el mero valor de denuncia; los hechos recogidos en el mismo no son prueba sino objeto de prueba.

2. GIMENO SENDRA, *Constitución y Proceso*, op. cit., pág. 130.

B) Clases de análisis alcoholométricos³

Para conocer la cantidad de alcohol ingerida por un sujeto, existen dos métodos o dos tipos de análisis: uno, a través de la medición en el aliento, conocido como alcotest; otro, mediante la extracción y análisis de sangre.

El alcotest consiste en poner en contacto el aire espirado con unos cristales de sales de bicromato y un ácido, que reaccionan ante los rastros de alcohol. Dependiendo de la cantidad, el reactivo puede adquirir distintas tonalidades: si la concentración no sobrepasa los 0,3 gramos por 1.000 c.c. las sustancias reactivas tomarán un color verde; si la coloración es amarilla, el índice de alcohol en sangre es próximo al 0,6 por 1.000 y no se debe beber más; si es roja, la concentración es superior a los 0,8 gramos por 1.000 c.c. y no se puede conducir⁴.

Los alcohómetros⁵ que se fabrican tienen distintos fundamentos: los que se basan en reacciones químicas de oxidación-reducción y que no son específicos, y aquéllos otros denominados alcohómetros de precisión específicos. Los primeros reaccionan positivamente ante otras sustancias reductoras volátiles que pueden existir en el aire espirado, distintas al alcohol etílico, pudiendo, por este motivo, falsear los resultados.

De mayor exactitud resultan ser los alcohómetros de precisión específicos, a pesar de que la corrección de sus resultados depende siempre de la observancia de las instrucciones de uso y mantenimiento del aparato. Es interesante poner de manifiesto que, sin embargo, los alcohómetros específicos de precisión tienen un margen de error de ± 5 por 100 en las mediciones en torno a los 0,8 g/l., por lo que será obligado compensar los datos definitivos de la analítica.

Por la facilidad de su obtención, el aire espirado es el medio más utilizado para determinar la alcoholemia ya que los alcohómetros permiten realizarla en cualquier lugar, aunque es el análisis de sangre el único método que da con certeza el grado de alcoholemia en el sujeto.

Este método consiste en extraer mediante tubos capilares dos mues-

3. Vid. GÓMEZ PAVON, Pilar, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Barcelona, 1985, págs. 65 y ss.; *Informe sobre determinaciones analíticas de alcohol etílico*, en Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial, 3.ª época, año XII, núm. 108, Madrid, noviembre, 1992, págs. 137 y ss.

4. Valores que quedarán modificados a la luz del reciente Real Decreto 1.333/1994, de 20 de junio.

5. Etilómetro según la reciente denominación contenida en el Real Decreto citado.

tras de sangre que serán posteriormente analizadas por microanálisis. En la prueba se utiliza material estéril y sellado, quedando constancia de los datos del sujeto a quien corresponde el fluido analizado.

En cuanto al análisis de otras muestras, no es posible utilizar con fines judiciales la orina para conocer el grado de alcohol, ni mucho menos es aconsejable utilizarla como alternativa a la sangre, debido a que la alcoholuria no mantiene una relación constante con la alcoholemia. La determinación del alcohol a través de la sangre da una visión concreta en el momento de obtención de la muestra. En cambio, la orina se va acumulando en la vejiga durante horas y el resultado analítico será un valor medio correspondiente al período entre dos micciones.

Son igualmente inadecuados para estos fines los análisis de otras sustancias como la leche o la saliva, por ejemplo. Tales análisis no sirven prácticamente para nada.

III. DERECHOS AFECTADOS POR LOS MÉTODOS DE DETECCIÓN DE LA ALCOHOLEMIA

Ante la introducción en nuestro ordenamiento de los medios de detección de la alcoholemia, se desencadenó una reacción contraria a su admisión tanto en sectores doctrinales como entre los profesionales del derecho, por dos motivos fundamentales: uno, porque con ocasión de los controles rutinarios a conductores, establecidos reglamentariamente, se podrían transgredir algunos derechos elevados por nuestra Constitución al rango de fundamentales; el segundo, porque como consecuencia de esta vulneración, no se debía otorgar a dicha actividad pericial valor probatorio alguno, al encontrarse el tribunal sentenciador ante una prueba de naturaleza prohibida.

No obstante las voces que se levantaron en este sentido, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional jamás cuestionó la constitucionalidad de tales métodos: «En modo alguno se considera inconstitucional la previsión normativa de medios técnicos que permiten conocer el grado de alcohol en sangre en los conductores de vehículos de motor. Ello, sin perjuicio de que la utilización de estas pruebas puedan presentar aspectos de trascendencia constitucional» (STC 107/1985, de 7 de octubre, FF.JJ. 2.º y 3.º). Aunque en el proceso no se puedan hacer valer pruebas obtenidas violentando derechos y libertades por la exclusión de garantías que conlleva esta situación, no hay ningún precepto legal que prohíba al tribunal admitir pruebas obtenidas ilícitamente: «no existe en

nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como pruebas de aquéllas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente. Se ha destacado doctrinalmente que siempre podrá el juez no admitir la prueba obtenida en tales condiciones, pero la inadmisión no vendrá determinada en ningún caso por expresa determinación legal, sino por consideración puramente subjetiva del juzgador sobre la base del artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de su obtención» (STC 114/1984, F.J. 3.º).

En cualquier caso, se disipan las dudas sobre la constitucionalidad de los medios alcoholométricos «siempre que no haya una ejecución forzosa de la investigación del alcohol» (STC 103/1985, de 4 de octubre, F.J. 3.º), condición exigida por nuestro ordenamiento, que solamente atiende al sometimiento voluntario a tales pruebas, «a reserva de los supuestos de requerimiento forzoso frente a la negativa de detección, en las cuales deberían deslindar caso por caso si nos encontramos ante una auténtica privación de libertad»⁶.

A) Diligencia de alcoholemia y privación de libertad

Como expusimos anteriormente, no es pacífica en determinados sectores jurídicos la aceptación de los métodos de alcoholometría al poder ser vulnerados algunos derechos fundamentales con su práctica. De éstos, el primer afectado es el derecho a la libertad deambulatoria, sencillamente porque, durante los controles rutinarios de alcoholemia, los agentes de tráfico deben proceder a la paralización del vehículo y a la momentánea detención, aunque la norma lo estime una simple «retención», de su conductor, durante el tiempo estrictamente necesario para permitir una correcta obtención de las muestras objeto de análisis⁷.

Los antecedentes de la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1985 muestran como el demandante de amparo alegó la violación del artículo 17.3 de la Constitución: cuando la policía detuvo el vehículo en cuestión, no se advirtió al conductor del mismo que las diligencias practicadas podían probar la comisión de un delito, no se le ofreció la posibilidad de asistirse por abogado, ni se le informó de sus derechos, provocando, en opinión del afectado, una auténtica situación de indefensión.

6. LORENTE HURTADO, *La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional*, en Poder Judicial, 2.ª época, núm. 1, Madrid, 1986, pág. 63.

7. GIMENO SENDRA, Vicente, *Constitución y proceso*, op. cit., pág. 125.

En respuesta a tales planteamientos, los Fundamentos Jurídicos de esta misma sentencia advierten que los derechos declarados en el artículo 17.3 de nuestra Carta Magna corresponden al detenido, ya que encuentran su sentido en asegurar los derechos de quienes, privados de libertad, pueden verse incurso en un procedimiento, y éste no es el caso del sometido a un análisis alcoholométrico, porque ni el sujeto se encuentra detenido, desde el punto de vista constitucional, ni la realización de la prueba supone una declaración autoincriminatoria, luego el sometimiento a una diligencia de alcoholemia es un sometimiento no ilegítimo a las normas de policía que no exige la verificación de las garantías inscritas en el artículo 17.3 de la Constitución.

La doctrina que admite la inexistencia de una verdadera privación de libertad en la práctica de la prueba de alcoholemia y que reconduce las potestades ejercidas por los agentes al amplio concepto de policía administrativa, aunque inspirada en razones de operatividad práctica en los controles de la Policía de Tráfico, permite cuestionar si, caso de admitirse el sometimiento obligado a estas diligencias, estamos ante un supuesto de limitación de libertad al suponer la pérdida del poder de disposición sobre el propio cuerpo, lo cual puede implicar una privación de libertad personal⁸.

Ante estas declaraciones, no podemos sustraernos a la convicción de que el Tribunal Constitucional acoge, atendiendo al mandato del artículo 10.2 de la Constitución, el contenido de la Sentencia 8.278/78, de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos: «una intervención tan banal como un examen de sangre no constituye injerencia prohibida por el artículo 2.1 del Convenio, (derecho a la integridad física), aunque la ejecución forzosa de un examen de sangre constituya una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración». Por esta razón, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 103/1985, entre otras, invoca el sometimiento voluntario a la realización de la prueba. En caso contrario estaríamos ante una detención ilegal.

Pero debemos descubrir un aspecto mucho más sutil en el deber u obligación de los conductores a someterse a las diligencias de alcoholemia. No es sólo que nadie pueda ser coercitivamente compelido a la verificación del análisis, sino que de la negativa del conductor a someterse al mismo no debe extraerse ninguna consecuencia desfavorable para el

8. LORENTE HURTADO, Fernando, *La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional*, op. cit., pág. 63.

mismo y nunca, desde luego, a falta de otra prueba, la presunción de que condujera bajo la influencia de bebidas alcohólicas».

El artículo 17.1 de la Constitución declara que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y formas previstos en la ley, precepto que viene a ratificar el contenido del artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, en este mismo sentido, sólo legitima a los agentes de la autoridad para detener a un sujeto cuando existan motivos racionales suficientes que permitan deducir plenamente la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. Un simple control de alcoholemia realizado en la carretera no obedece, normalmente, a la creencia de la existencia de una conducta delictiva sino al cumplimiento de una norma administrativa nacida de una obligación reglamentaria cuya infracción, en principio, tan sólo debe dar lugar a una sanción de la misma naturaleza, esto es, administrativa.

Como afirma el profesor MORENO CATENA, «la solución sólo puede hallarse ponderando la efectiva restricción que la prueba de alcoholemia implica a la libertad del sometido a ella, (...); pero por más que se trate de una intromisión banal, en todo caso se precisaría de una norma habilitante, con rango de ley, para su lícita realización»¹⁰.

B) *Principio de legalidad material*

En la Sentencia 148/1985, de 30 de octubre, el Tribunal Constitucional entra a realizar la posible vulneración del principio de legalidad reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución. La parte recurrente en amparo basa su petición en el último inciso de este artículo: «según la legislación vigente en aquel momento».

En primer lugar, el principio de legalidad exige que los tipos legales y todos los aspectos relativos al desarrollo de los derechos fundamentales sean taxativamente determinados por ley orgánica, según lo establecido en el artículo 81.1 de la Constitución. Esta exigencia no se cumple en el caso concreto de los métodos alcoholométricos, regulados mediante norma reglamentaria, a pesar de que la práctica de los mismos puede vulnerar determinados derechos fundamentales; en segundo, no podemos aceptar la teoría que defiende que la presencia de un determinado

9. LORENTE HURTADO, Fernando, *La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional*, op. cit., pág. 65.

10. *Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal*, en Poder Judicial, 2.ª época, núm. especial II, Madrid 1993, pág. 140.

grado de impregnación alcohólica constituya delito, ya que no es esta la conclusión que recoge el artículo 340 bis a) 1.º del Código Penal.

Opina LORENTE HURTADO que «la consideración de la concurrencia del tipo penal correspondiente sobre la base de un medio de prueba que acredita exclusivamente dicha concentración en sangre, pero no cuáles hayan podido ser sus efectos, podría suponer una desviación del principio de legalidad al referir de hecho la represión penal a un concepto distinto del tipificado en las leyes»¹¹.

Así, la principal demanda planteada en la Sentencia referida no es otra que la imposibilidad de integrar el artículo 340 bis a) 1.º del Código Penal mediante lo establecido en normas reglamentarias, pues se estaría dejando en manos del Poder Judicial la creación de un tipo penal, misión que la Constitución otorga en exclusiva al Poder Legislativo¹².

En los Fundamentos Jurídicos del citado pronunciamiento, el Tribunal elude la reflexión sobre los temas abordados por las partes, al considerarla innecesaria a la luz del artículo 24.1 de la Constitución. No obstante, en el Fundamento Jurídico 4.º hace una breve referencia a las principales cuestiones que afectan al principio de legalidad¹³.

De este modo, señala que «dicho principio no implica la exclusión del test alcoholométrico como medio de prueba». Luego el Tribunal parece indicar que no es necesario que un medio probatorio que afecta a los derechos fundamentales venga establecido en una norma de rango legal, porque el precepto constitucional en modo alguno se refiere a los medios de prueba, sino a los delitos y a las penas, y porque la utilización del test como prueba no implica una aplicación de ley penal en perjuicio del acusado.

Por otra parte, el Tribunal no deja de reconocer que para la integración del tipo penal, lo esencial es «la influencia de bebidas alcohólicas» y no la simple superación de un índice de alcohol en sangre. Por ello es necesario que el juez valore y compruebe si en el caso concreto el conductor se encontraba afectado por el alcohol ingerido, para lo cual, se puede valer de todos aquellos medios de prueba «que reúnan las debidas garantías procesales».

Por tanto, si el test alcoholométrico es practicado cumpliendo todos

11. *La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional*, op. cit., pág. 64.

12. ASENCIO MELLADO, José María, *Los métodos alcoholométricos en la Jurisprudencia Constitucional*. Madrid, La Ley 1986-2, pág. 991.

13. *Ibidem*, *Los métodos alcoholométricos en la Jurisprudencia Constitucional*, op. cit., pág. 991.

los requisitos que el Tribunal Constitucional exige para la realización y práctica de una prueba, se convertirá en un medio idóneo para integrar el tipo recogido en el artículo 340 bis a) 1.º del Código Penal, motivo por el que no se vulnera ningún principio constitucional.

C) *Derecho de defensa*

Los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución consagran el derecho de toda persona detenida a no declarar, a no declarar contra sí misma, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, derechos que integran, en sentido amplio, el derecho de defensa¹⁴ que puede ser lesionado por la práctica de las diligencias de alcoholemia.

En la Sentencia 24/1992, de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional admite que para desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia es imprescindible una actividad probatoria de cargo en la que se cumplan las garantías legalmente previstas para deducir razonablemente la culpabilidad del sujeto.

En relación con el text de impregnación alcohólica, su eficacia probatoria depende, en primer lugar, de que en la práctica del mismo se hayan observado las garantías formales que aseguren el derecho de defensa, —probabilidad de un segundo examen del aire espirado y posibilidad de contrastar el resultado del test de aire mediante la práctica de un análisis de sangre u otro análogo—, y en segundo lugar, de que el test se introduzca en el proceso cumpliendo el requisito de contradicción propio de la fase de juicio oral, (SS.TC 100/1985, 145/1987, 22/1988, 222/1991).

Es esencial que el resultado del test acceda al proceso cumpliendo el principio de contradicción, porque sólo de esta forma podrá ser considerado prueba de cargo apta para destruir la presunción de inocencia, a lo cual se llega mediante la declaración testifical de los agentes que lo practicaron, quienes deben responder sobre las circunstancias que rodearon la práctica del análisis y las características físicas del sujeto probado, en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio (artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Sin embargo, no son éstos los únicos medios que el Tribunal Constitucional reconoce en su jurisprudencia para enervar la presunción de inocencia. Admite que los resultados del text que se recogen en el co-

14. GIMENO SENDRA, Vicente, *Constitución y proceso*, op. cit., pág. 127.

respondiente atestado puedan ser ratificados por testigos distintos de los agentes que lo levantaron (SS.TC 100/1985, 145/1987; AA.TC 797/1985, 1.421/1987 y 191/1988), por el resultado arrojado en la prueba de extracción sanguínea (ATC 304/1985), por la declaración del perjudicado (AA.TC 62/1983, 305/1985, 1.079/1987; SS.TC 145/1987, 89/1988) e, incluso, por las circunstancias que rodearon la conducción (ATC 649/1985).

Tales conclusiones del Tribunal encuentran su explicación en que lo fundamental es demostrar si la ingestión de determinadas sustancias influyó en el sujeto de modo tal que su conducción crease el riesgo penado en el artículo 340 bis a) 1.º del Código Penal, y no el resultado obtenido en la medición del grado de alcohol en sangre. Para tal demostración no es única y definitiva la práctica de un test de alcoholemia. Este es, si se quiere, la forma más acertada para acreditar el grado de hemoconcentración alcohólica, pero no es ni la única prueba que permite condenar, ni es imprescindible para afirmar la existencia del delito tipificado en el precepto citado (vid. STC 5/1989, de 19 de enero). Es más, se produciría una auténtica vulneración del derecho a la presunción de inocencia si el test fuera la única prueba practicada y valorada por el juez (ATC 682/1985, de 30 de julio. F.J. 3.º).

En definitiva, la doctrina constitucional, no considera el deber de someterse al control de alcoholemia contrario al derecho a no aclarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, porque el hecho de dejarse hacer una modalidad de pericia, para la que se necesita cierta colaboración del sujeto, no es equiparable a la emisión de una declaración que se puede volver contra el propio sujeto (Auto 837/1988, de 4 de julio), incorporando de este modo la Decisión 8.239/78, de 4 de diciembre de 1978, adoptada por la Comisión Europea, para declarar que no es posible la vulneración del artículo 6.2 de la Convención. Así, «la posibilidad ofrecida al imputado de probar un elemento que le disculpa no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia», de manera que si los resultados obtenidos de la investigación son positivos, se puede derivar una sentencia de condena, del mismo modo, si el resultado es negativo, podría exculpar al imputado. «Se trata pues, de un medio de prueba que puede ser tanto favorable como desfavorable para el inculpado» (D. 8.239/1978, de 4 de diciembre de 1978 contra Holanda). No obstante, volvemos a repetir que esta última afirmación no puede ser aceptada en nuestro vigente ordenamiento como medio de prueba, porque no existe una regulación que permita llegar a tal conclusión.

IV. VALOR DEL ATESTADO POLICIAL QUE INCORPORA LOS RESULTADOS ALCOHOLOMÉTRICOS

Cuando los resultados arrojados por las diligencias de alcoholemia resultan ser superiores al índice porcentual establecido reglamentariamente en el Real Decreto 12/1992¹⁵, de 17 de enero, los agentes que han participado en la realización de las mismas deben recoger estos datos en los correspondientes atestados ya que podrían ser objeto de posteriores comprobaciones¹⁶.

Como reconoce la doctrina jurisprudencial, el atestado levantado antes de la fase de sumario, se convierte en el soporte de unos datos o hechos que no pueden ser posteriormente reproducidos en la fase de juicio oral; en este caso describe el estado físico en que se encuentra el conductor de un vehículo de motor en un momento concreto. Es por tanto un documento de gran importancia al reflejar hechos que no persisten hasta la celebración del plenario y, según lo dispuesto en el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no debe haber inconveniente en que pueda ser examinado por el juez para ayudar al esclarecimiento de los hechos enjuiciados.

A pesar de ello y de la relevancia que no debemos dejar de reconocer al atestado policial, no es posible olvidar que desde la legalidad vigente en nuestro ordenamiento éste tiene tan sólo el valor de denuncia. Los hechos contenidos en el referido documento serán posteriormente objeto de prueba, porque el atestado legalmente no goza de tal naturaleza.

En la Sentencia 100/1985, de 3 de octubre, la parte procesal que recurre en amparo cuestiona abiertamente el valor probatorio del atestado policial, teoría que se apoyaba en el Fundamento Jurídico 1.º de la misma resolución al manifestar el Tribunal que «la sentencia de 28 de julio de 1981 y otras decisiones posteriores de este Tribunal (Sentencia 9/1984, de 30 de enero; Auto 188/1984, de 28 de marzo) declaran que el atestado policial tiene un valor de denuncia y no de prueba».

La misma línea mantiene el Tribunal en la Sentencia 145/1985, de 28 de octubre: «los tribunales ordinarios no están autorizados, en principio, a formar su convicción respecto de la prueba sobre la base de los atestados policiales realizados con anterioridad a la fase sumarial, sin la

15. Valores completados por el Real Decreto 1.333/1994, de 20 de junio.

16. Vid. artículo primero del Real Decreto 1.333/1994, de 20 de junio, que modifica la redacción del artículo 24 del Real Decreto 13/1992, de 17 de enero.

necesaria intermediación y contradicción, atestados a los que, como señala la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo puede atribuirse el valor de denuncia» (F.J. 2.º); y no menos claramente se pronuncia en la Sentencia 175/1985, de 17 de diciembre, en la que descarta el valor de prueba de aquello que legalmente no tiene este carácter, como sucede con el atestado (F.J. 4.º, apartado b).

Para que los resultados contenidos en el atestado se conviertan en elemento probatorio no basta con reproducirlos durante el juicio oral, debe ser reiterado y ratificado ante el órgano judicial (ATC 837/1988, F.J. 2.º), y la mera lectura o reproducción del atestado que contiene el resultado de la prueba alcoholométrica durante el juicio no pueden servir de fundamento a un fallo condenatorio. En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia 148/1985, de 30 de octubre, en su Fundamento Jurídico 2.º.

Sin embargo, en una resolución anterior (Auto 62/1983, de 16 de febrero), de modo sorprendente, el Tribunal confirió a los métodos alcoholométricos el carácter de diligencias preparatorias, al estimar que éstas no son sólo el conjunto de actuaciones dirigidas a preparar el juicio y a reunir los datos que permiten ejercitar la actuación contra una persona determinada, sino que pueden ser irrepetibles durante la fase oral (F.J. 1.º), deduciendo de tal consideración que el atestado contiene datos que no son simples declaraciones de inculpados que puedan ser reproducidas durante la fase de plenario.

Por fin es en el Auto 837/1988, de 4 de julio, donde de manera concluyente se atribuye al atestado policial valor probatorio: «en el atestado y en las diligencias policiales no se producen simples declaraciones de los inculpados o de los testigos, sino que practica una prueba a la que puede asignarse lato sensu un carácter pericial. En este caso, aun dejando claro que el atestado debe ser, en el correspondiente juicio, ratificado por los agentes que lo hayan levantado, hay que atribuir a su contenido no sólo el valor de denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias, sino un alcance probatorio por sí mismo siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las garantías necesarias.

Así pues, la prueba de alcoholemia merece, en principio, la consideración de prueba pericial preconstituida...»

En realidad, podemos señalar que esta última resolución no hace culminar la línea doctrinal que se había venido manteniendo desde años anteriores, pues ya la Sentencia 100/1985, de 3 de octubre, afirmaba que el contenido del atestado tendrá un valor probatorio por sí mismo siem-

pre que se realizase la preconstitución de la prueba con las necesarias garantías, manifestando el Auto 682/1986 que las pruebas alcoholométricas constituyen un caso muy acusado de preconstitución de la prueba (F.J. 2.º). Para ello deben observarse las mismas garantías que se ofrecen en el proceso para la realización de la prueba, de manera que se asegure al interesado su derecho a un proceso público con todas las garantías (STC 175/1985, de 17 de diciembre).

Para atribuir a las diligencias de alcoholemia el carácter de prueba preconstituida, las exigencias de la doctrina constitucional se concretan en los siguientes puntos:

a) Que el interesado tenga conocimiento de cuanto puede contribuir a que el test de alcoholemia se verifique con las máximas garantías. Debe ser informado de su derecho a la repetición de la prueba y a la realización de un análisis clínico en un centro sanitario (ATC 837/1988, de 4 de julio; STC 5/1989, de 19 de enero, entre otras).

b) La incorporación del correspondiente atestado de forma que resulten respetados los principios de intermediación, oralidad, y contradicción «con la presencia de los agentes que lo hayan practicado o, al menos que el test haya sido ratificado durante el curso del procedimiento judicial» (STC 145/1985, de 28 de octubre, F.J. 4.º).

La jurisprudencia, por consiguiente, admite que los actos de investigación realizados por la Policía Judicial en este sentido, trascienden al mero carácter de atestado, y cuando se incorpora formalmente al proceso con todas las garantías, constituye un medio de prueba que permite enervar la presunción de inocencia¹⁷.

Existe, no obstante, una tercera línea doctrinal menos tratada por el Tribunal: el atestado como «prueba indiciaria».

Es en la Sentencia 107/1985, de 7 de octubre, Fundamento Jurídico 3.º, donde se pronuncia en el sentido señalado, dictaminando que el resultado positivo del examen pericial practicado es un indicio de la posible consumación del tipo descrito en el núm. 1.º del artículo 340 bis a) del Código Penal. Del mismo modo, la Sentencia 89/1988, de 9 de mayo, afirma que no hay ningún inconveniente para que aquellos atestados practicados de forma irregular, por no cumplir los requisitos que se exigen para su consideración como prueba preconstituida, sean considerados como prueba indiciaria: «no puede considerarse el atestado levantado con el test de alcoholemia como prueba penal, realizada con las garan-

17. LORENTE HURTADO, Fernando, *La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional*, op. cit., pág. 67.

tías que impone el derecho a la defensa del interesado, pero ello no permite negarle por lo menos el carácter de una prueba indiciaria» (F.J. 1.º).

Sin embargo, no parece razonable aceptar la naturaleza indiciaria de las diligencias de alcoholemia porque tales controles o análisis tampoco vienen siendo considerados pruebas en las que el juez o tribunal pueda basar el razonamiento de su decisión.

No es una prueba preconstituida porque, aunque los hechos contenidos en el atestado policial que recoge los resultados de la misma no perduran hasta la fase de juicio oral, durante su realización no estamos en un procedimiento y tales prácticas no han sido supervisadas por una autoridad que pueda garantizar y dar fe de la legalidad del proceso de obtención de la prueba. Tampoco debe ser considerada como prueba indiciaria de la comisión de un delito la constatación de que existe en el sujeto una determinada concentración de alcohol en sangre. Para que esta conducta sea delictiva nuestro ordenamiento exige la tipificación de la misma en una norma de rango legal, y en la actualidad es una norma reglamentaria la que impone a los conductores el límite máximo de ingestión de alcohol y otras sustancias tóxicas que puedan afectar a la conducción.

V. CONCLUSIONES

De las resoluciones estudiadas podemos extraer la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el tema:

1.º El Tribunal Constitucional, aunque reconozca que puedan rozar aspectos de trascendencia constitucional, no ha cuestionado la constitucionalidad de las diligencias de investigación de la alcoholemia.

2.º La regulación de estos medios de investigación mediante normas reglamentarias no es causa suficiente para considerar infringido el principio de legalidad material contenido en los artículos 25.1 y 81.1 de la Constitución.

3.º El resultado del test de alcoholemia recogido en un atestado policial tiene, únicamente, el valor de denuncia y no puede desvirtuar, en ningún momento, el principio de presunción de inocencia.

Los hechos documentados en el atestado policial son objeto de prueba; no tienen en sí mismos valor probatorio alguno.

4.º Es condición sine qua non para atribuir naturaleza probatoria preconstituida a los resultados de las diligencias de alcoholometría que

éstas se hayan realizado cumpliendo los requisitos que aseguran el derecho a un proceso con todas las garantías: a) que el afectado conozca su derecho a un segundo análisis de contraste; b) que se le informe, de manera inmediata, de su derecho a un análisis en un centro especializado.

5.º Para alcanzar valor probatorio, los agentes que participaron en las diligencias de control de alcoholemia deben ratificar ante el juez, durante la fase de juicio oral, los resultados de las mismas. Esta declaración versará sobre hechos de conocimiento propio, careciendo de eficacia probatoria la remisión que los mencionados agentes pueda realizar al contenido del atestado en su día levantado, o la simple lectura del mismo durante la testificación.

Admite también el Tribunal Constitucional la posibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia mediante la declaración de cualquier testigo presente en la práctica del análisis, distinto del agente que lo efectuara, o mediante la propia declaración del inculpado.

6.º Lo expuesto debe considerarse a partir de una aceptación voluntaria de la práctica de las diligencias periciales por parte del sujeto afectado. Sólo de este modo es posible admitir un sometimiento legal a unas diligencias de policía y no la situación de una detención ilegal.

LA SENTENCIA CIVIL COMPLEMENTARIA DE LA PENAL ANTE LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA
Magistrado suplente de la Sala
de lo Contencioso-Administrativo del
Tribunal Superior de Justicia de Madrid

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Nociones sobre la cosa juzgada: 1. Generalidades. 2. Fundamento. 3. Cosa juzgada formal y cosa juzgada material: A) Conceptos. B) Efectos positivo y negativo. 4. Límites objetivos, subjetivos y temporales de la cosa juzgada. 5. La apreciación de oficio de la cosa juzgada. 6. Notas sobre la sentencia definitiva pero aún no firme y sobre la naturaleza de la sentencia impugnada. — III. Otras cuestiones de relevancia en la sentencia complementaria: 1. Sobre la aplicabilidad y alcance del principio de los actos propios vinculantes. 2. Relaciones entre el proceso penal y el subsiguiente proceso civil. 3. La unidad conceptual de las instituciones jurídicas y la distinta calificación de los hechos según el orden jurisdiccional actuante: análisis jurisprudencial. — IV. Teorías sobre la denominada veracidad de la cosa juzgada penal que se pueden deducir de la doctrina del Tribunal Supremo: 1. La doctrina de la «*eficacia temporal de la cosa juzgada penal*». 2. La doctrina del «*agotamiento del caso*». — V. La controvertida delimitación de la eficacia temporal de la cosa juzgada. — VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Es sabida la reiteración con que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reconociendo la prevalencia de la sentencia penal condenatoria sobre la civil en aquellos supuestos en los cuales unos hechos ilícitos, culposos o negligentes, sean al propio tiempo constitutivos del ilícito penal y de sus consecuencias en la responsabilidad civil, de tal manera que, dictada una sentencia penal condenatoria, no podrá una sentencia civil posterior volver sobre el mismo asunto para suplir sus posibles errores o deficiencias.

Sin embargo, la misma jurisprudencia se ha preocupado de advertir que la aplicación de esta doctrina requiere que no se vuelva sobre hechos ya establecidos en la sentencia penal, por lo que, en principio, «**la sentencia civil puede servir de complemento a una penal para supuestos que, en ella, no se tuvieron ni se pudieron tener en cuenta**» —SsTS de 27-enero-1981 y 13-mayo-1985—, y fundamentalmente ante la presencia de unos resultados de la conducta delictiva, imprevisibles en el momento en que se dictó la sentencia penal. Pues bien, en tales supuestos se admite la posibilidad de pedir, por vía civil, la indemnización de aquellos resultados no previstos —SsTS de 25-marzo-1976 y de 11-diciembre-1979—, ya que —se dice en la jurisprudencia más reciente, entre otras en la sentada en STS de 9 de febrero de 1988— sería una artificiosa solución, contraria a la naturaleza de las cosas, aquella que pretendiera negar la innegable realidad de un daño sobrevenido como consecuencia de una actuación ilícita que, cuando fue juzgada, presentaba mejores perspectivas dentro de las posibilidades, siempre falibles, de los criterios de valoración que en aquel momento, se podían aplicar racionalmente, pero que han resultado desbordados por la realidad.

En consecuencia, parece clara la virtualidad de la denominada sentencia civil complementaria de la penal por cuanto, en la práctica, viene a completar las pretensiones deducidas en el proceso penal e, incluso a subsanar en algunos supuestos, los defectos padecidos en dicho proceso.

En efecto, es bien sabido como en la práctica judicial resulta frecuente que en la sentencia penal que pone término al correspondiente proceso de la misma índole no se tengan o no puedan tenerse en consideración por el Juzgador determinados hechos constitutivos de daños y perjuicios¹ que, la víctima o más ampliamente el perjudicado de la in-

1. Nos referimos, principalmente, a la responsabilidad civil dimanante de las imprudencias cometidas con la utilización de vehículos a motor aunque la cuestión pueda generalizarse a todo tipo de causas penales.

fracción penal, ha venido soportando o empieza a padecer tanto en su persona como en su patrimonio y que, posteriormente, una vez firme la sentencia penal, el perjudicado, anteriormente indemnizado² en esta vía penal por otros conceptos o en cuantía insuficiente, pretenda en la vía civil resarcirse totalmente ejercitando la acción *aquiliiana* o por responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1.902 y siguientes del Código civil por entender que los daños y perjuicios sufridos no han sido, o al menos no perfectamente, valorados en la sentencia penal. Circunstancia ésta que ha venido originando una copiosa y muchas veces contradictoria jurisprudencia, principalmente en las respectivas Audiencias Provinciales.

Básicamente el supuesto a que nos referimos puede derivar de las dos siguientes circunstancias:

A) Que no se hayan tenido en consideración por el Juzgador penal determinados daños y perjuicios sufridos por los perjudicados por no haber sido demostrados en el plenario o, simplemente, por no haber sido alegados en el momento procesal hábil, pese a haberse revelado ya su existencia; o,

B) Que no hayan sido tenidos entonces en cuenta porque aún no han aparecido como tales o porque hasta entonces no se hayan producido mencionados daños y perjuicios, es decir, porque en el momento del juicio no existían como tales sino que por el contrario aparecen tiempo después de celebrado el juicio penal —se trata por tanto de hechos sobrevenidos— e, incluso, de haber devenido firme la sentencia que a tal proceso ponía fin.

Evidentemente ha de tratarse de daños y/o perjuicios que no han sido apreciados en la sentencia penal pero, no de daños o perjuicios que en ésta se considere como no producidos, por cuanto entonces respecto de este pronunciamiento³ la sentencia una vez firme producirá los consiguientes efectos de cosa juzgada⁴ —material y formal— y, por tanto, no

2. Aunque también puede tratarse de alguien que no fue indemnizado en el proceso penal e, incluso, que no tuvo conocimiento siquiera de la incoación del procedimiento penal.

3. Dispone el artículo 116.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que «La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer».

4. Establece el artículo 1.252.1 del Código civil que «Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la

podrán tales pretensiones reproducirse en el juicio civil por haber quedado, como acabamos de decir, definitivamente resueltos en aquella resolución.

Tampoco ha de tratarse de indemnizaciones que el Juzgador haya omitido señalar en su pronunciamiento a pesar de haberse alegado y, en su caso, probado en el plenario penal por cuanto entonces lo procedente resultará acudir al correspondiente recurso jurisdiccional devolutivo que, en su caso, estuviera legalmente establecido (en materia penal, el recurso ordinario de apelación o el extraordinario de casación dependiendo de la gravedad del delito enjuiciado y, consiguientemente, del órgano enjuiciador). En este sentido no podemos dejar de señalar que si bien es cierto que el medio más adecuado para corregir o rectificar la resolución errónea cualquiera que sea el tipo de error que ésta contenga es, en principio, el instrumento del recurso, entendiendo éste en el sentido técnico procesal restringido que usualmente se le da al término, es lo cierto que no es el único instrumento procesal arbitrado por el Ordenamiento para tal depuración.

En efecto, nuestro Ordenamiento para enmendar la sentencia errónea dispone no sólo de los llamados recursos, *lato sensu*, (que, como es de sobra conocido, comprende —refiriéndonos particularmente al orden penal— tanto los denominados recursos ordinarios como el de apelación, los extraordinarios como el de casación y los excepcionales como los de revisión y de anulación de sentencias dictadas en rebeldía del acusado⁵), sino también de otros instrumentos jurídicos como el recurso de amparo constitucional por infracción de mandatos constitucionales⁶ e, incluso, el

sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron».

5. Previsto en el artículo 797 LECRIM.

6. Véase STC 185/90, de 15 de noviembre, sobre la posible inconstitucionalidad del art. 240.2 LOPJ y, en la que, tras referirse a la insuficiencia del desarrollo legislativo del art. 53.2 CE, señala los peligros de convertir el amparo constitucional en una instancia judicial más.

En efecto, al no existir un recurso jurisdiccional previo y sumario, ni contemplar las normas procesales, mediante su adecuación a la Constitución, la corrección de esas vulneraciones, se convierte el amparo constitucional en un recurso subsidiario, pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión, cuando ya haya recaído sentencia, de modo que la falta de un amparo que sea realmente previo y sumario ante los Tribunales ordinarios hace revertir al Tribunal Constitucional todos los recursos fundados en aquéllos motivos, con perjuicio de los afectados, al introducir, así, una instancia jurisdiccional más para la satisfacción de sus demandas, encomendándose con ello al TC una tarea que puede desnaturalizarlo.

remedio o mal llamado recurso de aclaración para aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión así como para rectificar los errores materiales manifiestos y los aritméticos⁷. Descartamos el todavía polémico cauce de la nulidad de sentencias definitivas declarada por el propio órgano jurisdiccional que las dictó⁸ ya que, si bien fue admitido en una

7. Véase sobre este remedio, GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José: La aclaración de sentencias, *Revista General de Derecho*, núm. 576, septiembre de 1992, págs. 8.047 a 8.077.

8. Polémica que se suscitó con la conocida STC 110/88, de 8 de junio (BOE 25-6-88), en la que el TC interpretando el art. 240.2 LOPJ establecía —declarando la nulidad de todo lo actuado en un juicio de faltas, incluyendo la sentencia definitiva y, además firme de la apelación, desde el momento de la falta de citación de una de las partes para la vista de la ejecutada, de manera que pueda el juez o tribunal sentenciador, mientras no lo ha sido, de oficio y previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de actuaciones, en lo necesario para restaurar a las partes en los derechos que garantiza el art. 24 de nuestra Constitución y sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el art. 11.2 LOPJ—. Sentencia que fue duramente criticada, entre otros, por GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, La Ley n.º 2.140 de 10-1-1989, por entender que con la misma quedaban oscurecidos los principios de legalidad y seguridad jurídica «porque la legalidad que surge del art. 240.2 dentro de su pacífica interpretación prima sobre supuestos particulares, como saben muy bien quienes han estudiado la sagrada institución de la cosa juzgada, que exige una vinculación y respeto a la declaración judicial formulada, sin importar para nada el contenido de ella, tal como se ha venido reconociendo desde el Derecho romano».

Recuérdese que la Sala segunda del TC acordó plantear ante el Pleno del mismo Tribunal, conforme al art. 55.2 LOTC, la cuestión de posible inconstitucionalidad (n.º 91/90) del art. 240.2 LOPJ que, resulta por STC 185/90, declaró que el art. 240.2 no era contrario a los arts. 24 y 53.2 C.E.

Se decía en las alegaciones del Fiscal General del Estado en ese recurso que, mientras no se resolviera legislativamente el problema —al que hacía alusión dicha STC del art. 53.2 CE de inexistencia de un recurso jurisdiccional previo y sumario ante los tribunales ordinarios que evitase que el amparo constitucional se convierta en una instancia judicial más— en forma adecuada, puede hallarse otra vía de interpretación del art. 240 LOPJ superadora del sentido literal del precepto, adoptando un criterio sistemático y teleológico. En efecto, el art. 240 LOPJ no deberá interpretarse en el sentido que represente un obstáculo para la protección o tutela de los derechos fundamentales, sino en forma tal que realice el fin pretendido por el legislador para evitar decisiones contrarias a las soluciones perseguidas, considerando que la nulidad que la norma contempla lo es de pleno derecho, al tratarse de un acto procesal que contraviene las normas de procedimiento, en tanto que imperativas y de orden público en la medida que afectan a las garantías procesales y a los derechos fundamentales (art. 9.3 CE). Por ello, la invalidez del acto se produce *ipso iure*, afectando a los actos sucesivos, entre los que puede encontrarse la propia sentencia, respecto de la cual puede cuestionarse que, concurriendo un vicio de tal naturaleza, adquiera el carácter de firme y de cosa juzgada. La sentencia así obtenida es en realidad una mera apariencia carente de eficacia jurídica, que puede ser anulada por el órgano que la dictó, ya que la declaración de nulidad lo único que hace es establecer la realidad jurídica dejando sin efecto la apariencia existente. En definitiva, el art. 240 puede ser interpretado en el sentido de que, dándose en el proceso un vicio susceptible de generar indefensión o la vulneración de otro derecho fundamental, el Juez

ocasión por el Tribunal Constitucional para enmendar una resolución errónea pronto rectificó dicha doctrina⁹ para reconocer la intangibilidad absoluta de las resoluciones judiciales definitivas por parte del mismo órgano judicial que la dictó.

Por último, también debemos excluir el supuesto en que los perjudicados hubieran reservado en el proceso penal el ejercicio de las acciones civiles por cuanto entonces, al resultar imprejuizadas éstas, las indemnizaciones declaradas en el proceso civil posterior no pueden considerarse en modo alguno *complementarias* de las declaradas en la sentencia penal sino más correctamente indemnizaciones *completas* o *únicas*.

Pues bien, delimitado en cuanto ahora nos interesa el alcance de lo que ha de entenderse por sentencia civil complementaria de la dictada en el proceso penal anterior y, con objeto de analizar la problemática que este tipo de sentencia plantea en la práctica judicial, hemos de exponer previamente algunas nociones acerca de determinados conceptos o categorías jurídicas necesarias para citado análisis. En concreto nos ocuparemos, aunque sucintamente, de la denominada cosa juzgada, de la aplicación del principio de los actos propios vinculantes, de las relaciones y efectos del proceso penal en el civil posterior, de la distinta calificación de los hechos dependiendo del orden jurisdiccional actuante, así como de las doctrinas¹⁰ «de la eficacia temporal de la cosa juzgada» y «del agotamiento del caso». Todo ello para mostrar finalmente una panorámica de la sentencia civil complementaria que contemple las principales objeciones que en la práctica judicial plantea a la vista del derecho a la tutela judicial efectiva.

o Tribunal se encuentra facultado para decretar de oficio la nulidad del acto, aunque hubiese recaído ya Sentencia definitiva porque, pronunciada en tales condiciones, carecería de validez y el Órgano judicial vendría obligado en todo caso a reconocer los derechos enunciados en el art. 53.2 CE, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido (art. 7.2 LOPJ).

9. Véase en este sentido, SsTC 212/1989, de 17 de enero; 45/1990, de 15 de marzo; 8/1991, de 17 de enero; o, 91/1991, de 15 de noviembre.

10. Doctrinas ambas cuya denominación, dado que carecen de ella, hemos creído oportuno aquí aprovechando expresiones utilizadas por el Tribunal Supremo en sentencias referentes al caso.

II. NOCIONES SOBRE LA COSA JUZGADA:

1) *Generalidades*

Decía COUTURE¹¹ que la cosa juzgada es el fin del proceso ya que éste apunta hacia aquélla como su fin natural. Si el proceso no culmina en cosa juzgada, el proceso es sólo procedimiento. Por tanto, entre proceso y cosa juzgada existe la misma relación que entre medio y fin; entre el destino final del derecho, de obtener la justicia, la paz, la seguridad en la convivencia, y el instrumento idóneo para obtenerlos. Por ello, sin proceso no hay cosa juzgada; pero sin cosa juzgada no hay proceso llegado a su fin.

En este sentido, afirma COUTURE¹² que «El derecho de la cosa juzgada es el derecho logrado a través del proceso. Esto quiere decir, en la experiencia jurídica, logrado a través de una larga serie de vicisitudes en las cuales puede naufragar el derecho aparentemente más seguro y triunfar el derecho aparentemente más menguado».

2) *Fundamento*

Es sabido como la única forma posible de conseguir que una controversia jurídica no se suscite sucesiva e indefinidamente ante los Tribunales con la consiguiente inseguridad jurídica que ello entraña para los demandados (o imputados de una infracción penal) es la de admitir que, llegado un momento que coincidirá con el pronunciamiento de una resolución judicial que nace ya, o, devendrá firme por la concurrencia de determinadas circunstancias (preclusión de plazos, manifestación de impugnabilidad, etc.), la misma cuestión discutida y entre las mismas partes no pueda volver a ser discutida en adelante, por entender que la decisión del Juzgador resolutoria del conflicto planteado es verdad o, lo que es lo mismo, que se ajusta plenamente a la realidad de las cosas, es decir, admitiendo que el pronunciamiento recaído en la resolución del conflicto anteriormente suscitado coincidente con el que se pretende suscitar de nuevo habrá de coincidir, pues, tratándose de la misma pretensión y en-

11. COUTURE, Eduardo J.; *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3.ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 411.

12. COUTURE; *Ob. cit.*, pág. 413.

tre las mismas personas no hay motivo para suponer que el fallo pudiera ser distinto; admitiéndose, en conclusión, que los hechos aunque sean erróneos se entiendan en adelante como ciertos a efectos jurídicos. En este sentido, el artículo 1.252 del Código civil concibe la cosa juzgada como una presunción «*iuris et de iure*» al afirmar que «Contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión»¹³.

Apunta acertadamente FAIRÉN GUILLÉN¹⁴ que sin la institución de la cosa juzgada la función jurisdiccional devendría solamente consultiva; las «opiniones» —resoluciones, en verdad— de los jueces y tribunales, no serían obligatorias, ya que podrían volver a provocar y a repetir a voluntad de los interesados. «Especialmente, las sentencias, producto el más insigne de la potestad jurisdiccional, dejaría de 'sujetar' a las partes; sus ejecuciones serían siempre provisionales...; en fin, la seguridad del tráfico entre los hombres quedaría terriblemente amenazado».

Sin embargo, como matiza COUTURE¹⁵ el concepto de cosa juzgada no ha dominado en toda la historia del derecho; ni en la actualidad rige en forma igual en todos los países; y ni siquiera puede afirmarse que exista un concepto único que rijan en todas las ramas del derecho procesal.

Así, en Las Partidas (Partida, III, tít. 22, ley 19) se admitía la revocación en cualquier tiempo de la sentencia dada contra el patrimonio del Rey, y en el Espéculo se reconoce la posibilidad de renovar el proceso en el plazo de veinte años, si el anterior había sido decidido por falsos testigos o falsos documentos: «*Si el juicio fuere cumplido y lo quisiere deshacer aquel contra quien lo dieren... que lo haga a veinte años pero no más en adelante*»¹⁶.

La cosa juzgada, por tanto, al mismo tiempo que solventa el problema técnico de conclusión definitiva del proceso, viene a convertirse

—dice RAMOS MENDEZ¹⁷— en un instrumento de equilibrio entre el valor justicia y el valor seguridad. Dentro de unos límites no es posible volver a conocer lo que ya ha sido juzgado y, a la vista de esto, se concluye en la irrevocabilidad e inmutabilidad de la sentencia judicial.

En este sentido reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo¹⁸ —por todas, STS de 25 de febrero de 1984¹⁹— ha señalado, prescindiendo de las diversas teorías mantenidas respecto a la naturaleza de la cosa juzgada material, que el artículo 1.252 del Código civil, define como presunción «*iuris et de iure*» o ficción de verdad, que resulta insoslayable la eficacia vinculativa que comporta, así como la obligada preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta a como lo hizo el fallo precedente. Sentido en el cual reiterada doctrina enseña que la sentencia al decidir sobre el fondo crea una situación de estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que impide toda posterior discusión en nuevo proceso, siempre claro está, que se den los presupuestos para que la institución opere, pues razones de seguridad jurídica y hasta de prestigio del organismo jurisdiccional impone el mantenimiento de lo ya declarado, evitando que la contienda se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia anterior, siempre partiendo de la incuestionable existencia de una resolución precedente sobre el mismo conflicto de intereses.

Por último, citemos como una de tantas paradojas de la cosa juzgada que, resultando ésta más vigorosa que cualquier norma jurídica, es al mismo tiempo tan frágil que puede modificarla un simple acuerdo de los particulares en cuanto a los derechos y obligaciones en ella atribuidos.

3) Cosa juzgada formal y cosa juzgada material

A) Conceptos

Por cosa juzgada formal se entiende el efecto de la invariabilidad, inmutabilidad e irrevocabilidad de la sentencia u otra resolución judicial dentro del proceso al resultar inimpugnable por haber precluido los pla-

13. Merecen destacarse las palabras de COUTURE; Ob. cit., pág. 492: «Si la cosa juzgada no prevaleciera sobre la ley, las partes quedarían habilitadas para seguir discutiendo el alcance de la ley, con lo cual quedaría invalidada la cosa juzgada.

¿Y cuando la cosa juzgada es errónea y va contra la ley? Prevalece la cosa juzgada. Aquí comienza el discurso final, e inmortal, de Sócrates. ¿Crees que puede persistir, sin arruinarse, aquella Ciudad en que las decisiones judiciales nada pueden y en que los particulares las anulan y depongan a su señorío? [Critón, 50].

14. FAIRÉN GUILLÉN, V.; Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley Procesal Generales. Bosch. Barcelona, 1990, pág. 515.

15. COUTURE; Ob. cit., pág. 405.

16. Citado por COUTURE; Ob. cit., pág. 407.

17. RAMOS MENDEZ, F.; Derecho Procesal Civil. Tomo I, pág. 668.

18. Todas las sentencias del Tribunal Supremo citadas se referirán a las de su Sala Primera, salvo que en la cita se indique otra Sala distinta.

19. En el mismo sentido y como precedentes, SSTS de 5 de octubre de 1983, 11 de noviembre de 1981, 30 de junio de 1976, 26 de mayo de 1970 y, posteriormente como la de 3 de abril de 1987.

zos legalmente establecidos a tal efecto, así como por desistimiento del interpuesto, por su resolución, porque se declara su inadmisibilidad o, simplemente porque no cabe recurso alguno contra citada resolución.

Así, el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que:

«Transcurridos los términos señalados para preparar, interponer o mejorar cualquier recurso sin haberlo utilizado, quedará de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la resolución judicial a que se refiera, sin necesidad de declaración expresa sobre ello».

Se comprende así, pues, como la cosa juzgada formal no es más que un supuesto de preclusión procesal: transcurridos los plazos establecidos para ejercitar los remedios o recursos procedentes, la resolución adquiere firmeza, sin que pueda aprovecharse con posterioridad la posibilidad perdida, dentro del mismo proceso.

Para DE LA OLIVA²⁰ la cosa juzgada formal consiste en la vinculación jurídica que, para el órgano jurisdiccional (con indirectos efectos sobre las partes e intervinientes), produce lo dispuesto en cualquier resolución firme, dentro del propio proceso en que se haya dictado dicha resolución.

Por su parte, para este autor²¹, la cosa juzgada material consiste en «cierto efecto propio de algunas resoluciones firmes consistentes en una precisa y determinada fuerza de vincular, en otros procesos, a cualesquiera órganos jurisdiccionales (el mismo que juzgó u otros distintos), respecto del contenido de esas resoluciones».

Para producirse el estado de *cosa juzgada material* se precisa la concurrencia total de la identidad de personas, cosas, acciones y causas o razón de pedir («*eadem personae, eadem actionis, eadem causa pretendi*»), según tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 7 de junio de 1944, 14 de julio de 1945, 28 de octubre de 1964 y 25 de junio de 1982, lo que ha de ser apreciado estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del posterior proceso, pues de la paridad entre los dos litigios es de donde ha de inferirse la relación jurídica controvertida, interpretada, si es preciso, con los hechos y fundamentos que sirvieron de base a la petición (STS de 4 de abril de 1952), y requiriéndose para apreciar dicha situación de cosa juzgada una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretenda, de tal manera que

20. DE LA OLIVA; Ob. cit., pág. 20.

21. DE LA OLIVA; Ob. cit., pág. 23.

no puedan existir en armonía los dos fallos (STS de 24 de marzo de 1948 y 30 de noviembre de 1953), puesto que solamente se pone de manifiesto cuando los litigantes, meramente bajo el pretexto de variar los razonamientos, de ocultarlos o dividirlos para alegarlos en otro juicio, promuevan otros nuevos para obtener lo que ya les había sido denegado (Cfr. STS de 25 de junio de 1982).

En definitiva, podemos concluir que la cosa juzgada formal se refiere a los efectos de la resolución dentro del ámbito procesal, mientras que la cosa juzgada material contempla la proyección de los efectos de la resolución hacia fuera del proceso. Así, señalaba CARNELUTTI²² que la cosa juzgada formal se refiere a la imperatividad de la resolución, en tanto que la cosa juzgada material se refiere a la inmutabilidad. La cosa juzgada formal hace a la decisión inimpugnada y la cosa juzgada material la hace indiscutible. La cosa juzgada formal proyecta sus efectos hacia dentro del proceso, ya que la resolución investida por ella no puede ser impugnada por las partes y es obligatoria. Los efectos de la resolución dotada de autoridad de cosa juzgada material se extiende fuera del procedimiento, pues lo decidido por el órgano jurisdiccional no puede ser discutido en lo futuro. La relación jurídica dotada de autoridad de cosa juzgada material no puede volver a ser resuelta por ningún otro órgano; si en un nuevo proceso se quisiera examinar una relación jurídica que ha sido declarada cosa juzgada por una resolución anterior, el interesado puede oponerse al nuevo examen por medio de una excepción perentoria, demostrando que dicha relación fue objeto de una sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada, acreditando que se trata de la misma relación, es decir, de los mismos sujetos, el mismo objeto y la misma causa.

Resulta ilustrativa acerca de la cosa juzgada la STS-1.^a, de fecha 23 de marzo de 1990, en la que se trata en detalle la función, teorías en que se funda y efectos de la citada institución. Veámosla:

«Si conforme previene el artículo 1.251 del Código civil contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad sólo será eficaz la sentencia ganaba en juicio de revisión, por lo que, según tiene declarado las Sentencias de 22 de enero de 1908, 12 de junio de 1918 y 17 de noviembre de 1928, no es posible lograr la rectificación de las sentencias firmes mediante posteriores demandas, por impedirlo la autoridad de cosa juzgada, bien se considere que ésta viene fundada en la teoría de la ficción de la verdad, ya se le aplique la teoría del contrato o cuasi contrato judicial, en

22. CARNELUTTI, Francesco; Instituciones del proceso civil, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1959, tomo I, págs. 142 y 143.

cuanto se entienda significativo de la voluntad de las partes que se someten al resultado de la decisión judicial, ora contemplando el valor constitutivo de la sentencia, como correspondencia al fin propuesto por las partes, o de una institución procesal, en el sentido de atribuir a los Tribunales la función de no juzgar cuando la función jurisdiccional se ha desenvuelto plenamente, e incluso como voluntad autoritaria del Estado, por el parecer que el fundamento de la cosa juzgada no está en el elemento lógico de la sentencia, sino en la voluntad del Juez como representante u órgano de la autoridad del estado, originando un fundamento objetivo de la institución, o significativo de haberse agotado el derecho de acción extinguiéndolo de manera que no sea posible jurídicamente hacerlo valer de nuevo, es lo cierto que, en todo caso, presentándose la cosa juzgada como una consecuencia de la jurisdicción, y por tanto derivada de la autoridad del Estado, en indudable tendencia a que no lleguen a pronunciarse sentencias contradictorias, revelando no afectar exclusivamente al interés privado, claro es que, al darse los aspectos que la configuran, puede y debe apreciarse por el correspondiente órgano jurisdiccional de oficio, según tienen declarado las recientes Sentencias de 11 de noviembre de 1981 y 10 de mayo y 6 de diciembre de 1982, superando orientación anterior en contrario, toda vez que teniendo ciertamente la cosa juzgada su fundamento en razones de seguridad jurídica, e incluso en la confianza y prestigio de la justicia, perteneciendo a la esfera del Derecho Público, como viene reconocido en la doctrina alemana y se reflejó en el párrafo 411 del Reglamento procesal austríaco, no es preciso su alegación por vía de excepción concretamente, bastando que consten las identidades del artículo 1.252 del Código civil, estableciendo un juicio comparativo con la sentencia anterior; y todo ello bien se considere la función negativa de la cosa juzgada, que supone un efecto preclusivo, traducida en el aforismo «non bis in idem», revelado por la existencia de un anterior juicio sobre el mismo objeto, conducente a la no posibilidad de replantear indefinidamente un problema ante los Tribunales de Justicia, reflejando la influencia romana del efecto consuntivo de la «litiscontestatio», o la función positiva de la cosa juzgada, consistente en la vinculación, que produce en los Jueces respecto de un fallo futuro, que en caso de conocer de una misma cuestión vendrían vinculados a dictar una idéntica resolución, con el consiguiente efecto prejudicial y cuya utilidad se ve con claridad cuando en un segundo proceso se invoca la cosa juzgada anterior para que sirva de base o punto de partida a la segunda sentencia».

B) Efectos positivo y negativo

La cosa juzgada material presenta una doble perspectiva que se traduce en una dualidad de funciones:

a) *El efecto negativo o función excluyente de la cosa juzgada.* Su-

pone la preclusión o cierre de un futuro juicio sobre el mismo objeto procesal ya resuelto por sentencia firme, tiene su traducción en el conocido aforismo *non bis in idem*, es decir, que la cosa juzgada propia o material, de la que aquí se trata, consiste en la inatacabilidad del fallo del juicio antecedente dentro del posteriormente promovido y se funda en haber quedado satisfecha en aquél la misma pretensión que se propone en el siguiente. La pretensión que ya ha sido examinada y resuelta, ha quedado satisfecha y no existe razón válida para volver a ocuparse en ella. La cosa juzgada se halla así en la base del proceso²³.

b) *El efecto positivo*²⁴ *o función prejudicial de la cosa juzgada.* En virtud del cual el Juez queda vinculado a aceptar las declaraciones jurídicas efectuadas en un proceso anterior, es decir, que en caso de conocer del mismo objeto quedaría obligado a resolver de la misma forma.

Resulta aleccionadora a este respecto los razonamientos del Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 92/1993, de 15 de marzo, (Ponente Sr. López Guerra) en un supuesto en que se había producido un cambio en la doctrina jurisprudencial respecto a la aplicada en un proceso ya terminado mediante sentencia firme:

«...en cualquier caso, compete al órgano jurisdiccional determinar el alcance que ha de atribuirse a la cosa juzgada en un concreto proceso, determinación que ha de ser respetada en esta sede de amparo siempre que se haya efectuado sin incongruencia ni arbitrariedad —ATC 1.322/1988—, lo que ahora, al igual que entonces, no es el caso.

4. [...] *el juzgador está sujeto a la ley, no a sus precedentes, por lo que no puede considerarse inconstitucional la evolución en la interpretación judicial de la legalidad*, que constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante —STC 48/1987—. La pretensión de la recurrente entraña una extensión, injustificada constitucionalmente, del principio de igualdad, pues la comparación entre las dos situaciones jurídicas se lleva a cabo en relación con la realidad jurídica expresada en dos momentos distintos y sucesivos: el inicial y el resultante de una modificación ulterior de la jurisprudencia, lo que supone consecuencias jurídicas distintas para el ejercicio de los derechos en uno u otro momento, en correspondencia con el alcance del cambio legal o jurisprudencial que se ha producido. Ahora

23. Cfr. STS de 5 de junio de 1987.

24. «El efecto positivo —señala STS de 5 de octubre de 1984— de la cosa juzgada, impide entregar al poder dispositivo de las partes la posibilidad de reproducir los litigios, pues el proceso, aparte de ser un instrumento para declarar el derecho en el caso concreto, es también una institución establecida por el estado en interés de la Comunidad en aras de la seguridad jurídica y de la paz social».

bien, como ha declarado este Tribunal, la desigualdad «sólo puede pretenderse en relación con decisiones o criterios sentados con anterioridad, pero no con los que puedan producirse en el futuro» (STC 188/1987). Por lo que también se ha dicho que **llevar el principio de igualdad en la aplicación de la ley a lo que resulta de resoluciones posteriores entorpecería muy acusadamente la necesaria evolución de la jurisprudencia ante la posibilidad de ser sometidas a revisión todas las Sentencias anteriores contradictorias con las más recientes, pues la firmeza de la Sentencia y los efectos de la cosa juzgada material no pueden quedar subordinados a criterios posteriores en la aplicación de la ley del mismo Tribunal (STC 100/1988)».**

Sin embargo, conviene precisar que sólo el fallo o parte dispositiva de la sentencia, en cuanto declara la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, pasa en autoridad de cosa juzgada a otro proceso posterior, por lo que son ajenos a dicho instituto tanto las premisas fácticas deducidas por el Juzgador tras la correlativa valoración de la prueba practicada como los razonamientos jurídicos o motivaciones utilizadas para fundamentar su conclusión decisoria, por ser la cosa juzgada, como se dice por la doctrina mayoritaria, el efecto de un pronunciamiento judicial y no de un razonamiento (Véase STS de 10 de abril de 1984).

Para terminar no podemos dejar de recordar dos supuestos irregulares planteados en sendos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional y que, por su importancia, resulta oportuno mencionar aquí.

Al primero de ellos se refiere la STC n.º 367/1993, de 13 de diciembre, (Ponente Sr. Díaz Eimil), en ella se decía que:

«[...] En el presente caso, los denunciados promovieron el juicio de faltas con el claro propósito de reclamar los daños que alegaban haber sufrido, y aunque, en sentido estricto no ejercitaron la oportuna acción civil hasta el momento del juicio de faltas celebrado el 21 de abril de 1989, *iniciado el juicio de faltas no podían plantear la demanda civil en reclamación de los mismos daños ni tramitarse el juicio de cognición hasta tanto no hubiera terminado el proceso penal por Sentencia firme* (arts. 111 y 114 L.E.Crim). En consecuencia, tanto la demanda rectora del juicio de cognición 2/89, presentada el 5 de enero de 1989, como la Sentencia recaída en el mismo, de 10 de julio de 1989, infringieron los arts. 111 y 114 L.E.Crim. Esta infracción, sin embargo, no es imputable al órgano judicial puesto que tanto los demandantes como el demandado omitieron en el juicio de cognición toda referencia a la pendencia del juicio de faltas, siendo, por el contrario, atribuible únicamente a los denunciados demandantes pues si bien su conducta, en principio, podría haber sido interpretada como una renuncia tácita o implícita a la acción penal y a la continuación del proceso penal que dejaba abierta la reclamación en la vía civil, el

hecho de que posteriormente a la presentación de la demanda de cognición ejercitaran la acción civil en el acto del juicio de faltas, revela que no sólo no se renunciaba a la vía penal para la reclamación de los daños sufridos sino que *la pretensión civil se ejercitaba simultáneamente en el proceso penal y en el civil*.

Este estado de cosas, aunque irregular, es el determinante de que cuando se dicta la Sentencia de apelación del juicio de faltas, limitada al objeto civil del proceso penal en virtud de la Disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 3/1989, que atribuye competencia al Juez penal para conocer sobre la pretensión civil a pesar de estar extinguida la acción penal por la despenalización del hecho enjuiciado, existía ya una resolución judicial firme, contenida en la Sentencia recaída en el juicio de cognición 2/89, que declaraba la inexistencia de la responsabilidad civil derivada de los hechos que se imputaban al ahora solicitante de amparo. En consecuencia, **la Sentencia recaída en el juicio de cognición, al ser firme, constituía cosa juzgada y en cuanto tal vinculaba tanto a los litigantes como al Juez de la apelación del juicio de faltas que no podía desconocerla, máxime cuando su existencia fue alegada y probada por el apelado que aportó la correspondiente copia de la Sentencia del juicio civil. Lo contrario implicaría aceptar que dos órganos judiciales, juzgando los mismos hechos y desde la misma perspectiva jurídica (la responsabilidad civil extracontractual del art. 1.902 del C.c.), pueden llegar a dictar conscientemente resoluciones contradictorias entre sí.**

Con ello, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Motril, además de infringir el principio de seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 C.c. y que explica la santidad de la cosa juzgada que impone la vinculatoriedad e inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 C.E., pues, como ya declaramos en las SSTC 62/1984 y 158/1985, la efectividad de **este derecho fundamental resulta incompatible con la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios sobre una misma situación jurídica**, por lo que frente a ellos ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía del amparo constitucional cuando no exista ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria que permita reparar la contradicción de las resoluciones judiciales».

Al segundo de los supuestos irregulares mencionados se refiere la STC 121/1994, de 25 de abril, (Ponente Sr. García-Mon y González-Regueral), en ella se expone que²⁵:

25. Sentencia que reproducimos en gran parte para evitar el perturbador fenómeno de la «dogmatización de la jurisprudencia» que debe ser combatido (dice LALAGUNA; en N.E.J. Seix, Tomo 14, Barcelona, 1971) y que Díez-PICAZO; Estudios de Jurisprudencia Civil, Tecnos, Madrid, 1966, describe así «Lo normal es, no nos engañemos, recoger de la sentencia una afirmación cualquiera y, abstrayéndola, por una parte, del caso dentro del cual había nacido y al cual, por tanto, continúa estando estrechamente vinculada, y

«[...] En el presente supuesto, los órganos judiciales del orden civil han decidido que no procedía el examen de la cuestión de fondo planteada porque concurría una causa legal que lo impedía, concretamente la excepción de cosa juzgada, esto es, por haberse dictado Sentencia en el orden penal con anterioridad, lo que impedía dicho conocimiento y ejercicio ulterior de la acción civil derivada de la infracción criminal. Nuestro examen ha de centrarse, por tanto, en la determinación de si tal motivación judicial puede considerarse razonable, o si, por el contrario, ha de entenderse arbitraria o limitativa y restrictiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 de la Constitución.

Para ello es preciso hacer algunas consideraciones previas acerca de los datos fácticos que se desprenden del relato de hechos de la demanda de amparo y se verifican ahora mediante la lectura de las actuaciones judiciales remitidas. De dichos documentos se desprenden al menos tres datos que aparecen como esenciales para el examen ulterior de la cuestión, a la vista de la doctrina constitucional antes expuesta; a saber: primero, que *en el juicio verbal de faltas, tramitado con anterioridad, no se hizo ofrecimiento de acciones a la actual recurrente en amparo* (art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), *por lo que ésta no se constituyó en parte procesal en dicha causa, ni ejercitó la acción penal que pudiera corresponderle*; asimismo, que *el Ministerio Fiscal no ejercitó tampoco acción penal (ni civil derivada de la misma) por las lesiones sufridas por la actora, puesto que calificó los hechos como constitutivos de imprudencia con daños* (art. 600 del Código Penal) *y no con resultado de lesiones* (art. 586.3.º C.P.) *y no solicitó indemnización alguna para la lesionada*; y finalmente, que *ni en los hechos probados de la Sentencia penal, ni tampoco en su parte dispositiva se hizo mención alguna a la producción de las repetidas lesiones o a su resarcimiento*.

2. Pues bien, a la vista de los anteriores hechos puede examinarse ya la excepción de cosa juzgada aplicada por los órganos judiciales como causa legal que impedía el examen y resolución de la cuestión litigiosa de fondo planteada por la actora. La resolución de instancia, posteriormente confirmada en apelación, asienta en dos fundamentos básicos la aplicación de la mencionada excepción. Primero, en que la recurrente no se personó en la causa criminal pudiendo hacerlo, y en que por encima del derecho fundamental invocado se encuentra el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.); y, en segundo lugar, en la consideración de que las Sentencias del orden penal producen dicha excepción de cosa juzgada en el orden civil cuando no media renuncia o reserva expresa de acciones civiles en aquella jurisdicción penal, conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Supremo. Ambos motivos de aplicación de la excepción serán analizados seguidamente.

En cuanto al primer argumento (al que asimismo hace referencia la

separándola, por otra parte, del resto de la sentencia, generalizada, de manera tal que es a esta pequeña máxima o afirmación así abstraída a lo que usualmente denominamos jurisprudencia».

otra parte comparecida en este proceso constitucional en su escrito de alegaciones), cobra especial relevancia el hecho de que no se hiciese a la actora el ofrecimiento de acciones previsto en el art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin tal ofrecimiento, la exigencia de ulterior constitución como parte procesal en las actuaciones penales resulta irrazonable y de tal omisión deriva también la irrelevancia de la reserva o renuncia expresa de acciones civiles; pues, difícilmente puede imputarse negligencia a la actora, derivada de su incomparecencia al proceso penal, cuando previamente no se ha cumplido la exigencia legal (art. 109 LE-Crim.) de ofrecerle el procedimiento y, en fin, hacer saber a la misma la posibilidad que tiene, a tenor de las normas procesales, de comparecer y ser oída en dicha causa, ejercitando las acciones que le asisten. Dicho de otro modo, **si la recurrente no fue informada previamente de las acciones que le correspondían, difícilmente puede exigírsele renuncia o reserva expresa de las mismas**, que desde luego no se efectuó. Es cierto, por otro lado, que, conforme dispone el art. 108 de la L.E.Crim., «...la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular...», pero en este supuesto es patente (por la propia calificación jurídico-penal de los hechos) que el Ministerio Fiscal no ejercitó acción alguna por las lesiones de la actora. Por ello, aunque el art. 112 de la repetida L.E.Crim. establece que «...ejercitada sólo la acción penal se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el perjudicado la renunciase o reservase expresamente...» ha de entenderse que **en este caso lo que no se ejercitó fue la acción penal derivada de las lesiones sufridas, por lo que difícilmente pudo ejercitarse tampoco la acción civil correspondiente a aquella**. La recurrente, desde luego, no ejercitó aquella acción penal, y el Ministerio Fiscal, según se ha razonado antes, tampoco. Esta consideración aparece corroborada por el hecho de que la Sentencia penal no haga mención alguna en sus hechos probados ni en su fallo a las lesiones sufridas o a su indemnización, tanto para conceder la misma y estimar esa eventual acción civil, como para, en su caso, denegarla.

Lo anteriormente expuesto conduce a que el primero de los fundamentos que en la Sentencia de instancia se utilizan para la apreciación de la excepción de cosa juzgada resulte irrazonable y por tanto restrictivo del derecho fundamental invocado. Sólo si se hubiese hecho el ofrecimiento de acciones previo a la recurrente, o si el Ministerio Fiscal hubiese ejercitado acción por las lesiones sufridas por aquélla, cabría interpretar que la acción civil —a falta de reserva expresa de la actora— se había ya consumido y ejercitado en el proceso penal previo. En caso contrario, se priva a la actora, en contra de la efectividad del derecho consagrado en el art. 24.1 C.E., de su acceso a la jurisdicción, pues ni pudo ejercitar la acción civil derivada de la infracción en el proceso penal previo, ni pudo hacerlo posteriormente en el ámbito civil.

3. El segundo de los razonamientos que se contienen en la Sentencia de instancia como fundamento de la excepción de cosa juzgada tampoco puede considerarse favorable a dicha efectividad. Si en el proceso penal

previo no se resolvió sobre la acción civil derivada de la infracción penal, respecto de unas lesiones que la propia Sentencia civil de instancia reconoce como existentes y producidas en el accidente de circulación que constituye el hecho enjuiciado (fundamento jurídico 2.º); si, además y según lo anteriormente expuesto, la perjudicada no ejercitó dicha acción civil, sin que le sea imputable a la misma tal omisión a causa de la inexistencia del previo ofrecimiento de acciones previsto legalmente y tampoco el Ministerio Público ejercitó dicha acción juntamente con la penal en dicho proceso; y si, finalmente, la resolución recaída en la causa penal no se pronuncia sobre ella, difícilmente puede entenderse, conforme lo hacen las dos resoluciones que se impugnan, que dicha cuestión ha sido ya resuelta, esto es, que concurre la excepción de cosa juzgada para impedir un pronunciamiento sobre el fondo planteado. Como quiera que, sin embargo, tal excepción se aplica en las mencionadas resoluciones como presupuesto que impide el examen y resolución de la acción civil ejercitada, aquéllas han de considerarse irrazonables y restrictivas a la efectividad del derecho fundamental que consagra el art. 24.1 C.E., porque se excluye la obtención de un pronunciamiento sobre la cuestión planteada, mediante la aplicación de una causa —la excepción de cosa juzgada— que en realidad no concurre en este supuesto, conforme a lo ya razonado. Todo lo cual determina que deba estimarse el amparo solicitado, declarando la nulidad de las dos Sentencias impugnadas y la retroacción de actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al ser dictada la primera, a fin de que el órgano judicial se pronuncie sobre la acción civil ejercitada».

4) Límites objetivos, subjetivos y temporales de la cosa juzgada

Se acepta comúnmente en la doctrina científica tres tipos de límites a la cosa juzgada material: objetivos, subjetivos y temporales. Véamoslos brevemente:

A) OBJETIVOS. Este tipo de límites vienen determinados por el objeto del proceso (la pretensión deducida, *petitum* o cosa demandada) así como por la *causa pretendi* (hechos en que se funda la petición) y por todas aquellas excepciones o defensas que debieron ser opuestas por el demandado.

Se considera asimismo como límite objetivo el que la cosa juzgada solamente se extienda a la parte dispositiva de la sentencia y no a otras partes de la misma como los antecedentes, los hechos probados y los fundamentos jurídicos, aunque en ocasiones el prescindir de ellos pueda originar serias dudas interpretativas del fallo de la sentencia.

A este respecto señala COUTURE²⁶ que desde un punto de vista es-

26. COUTURE; Ob. cit., pág. 429.

trictamente interpretativo, los antecedentes lógicos de la decisión tienen una eficacia semejante a los antecedentes de todos los actos jurídicos: al debate parlamentario para interpretar la ley; a los fundamentos del acto administrativo; a los actos de los contratantes en los negocios bilaterales; a las aclaraciones previas del testador en el acto de disposición de última voluntad, etc.

Hasta debe admitirse que la necesidad de acudir a los motivos es absoluta en ciertas circunstancias. Así, por ejemplo, en las sentencias que absuelven pura y simplemente de la demanda, nunca será posible determinar el alcance exacto de la cosa juzgada, y, en especial, el objeto y la *causa petendi*, sin acudir a la motivación de la sentencia.

B) SUBJETIVOS. El límite subjetivo se refiere a la vinculación que la cosa juzgada ha de desplegar respecto a las partes litigantes e, incluso, a los posibles efectos sobre terceros procesales.

En este sentido, es bien sabido como las sentencias además del *efecto directo*, que interesa sólo a quienes fueron parte en el juicio, pueden tener un *efecto reflejo* al incidir en otra relación jurídica distinta a la debatida en el proceso e, incluso, un *efecto indirecto*, cuando sin afectar otra relación jurídica, incide en el ejercicio de un derecho del cual es titular un tercero.

Piénsese por ejemplo, en una donación modal en la que la carga o gravamen consiste en que el donatario transmita la propiedad de ciertos bienes suyos a un tercero. En este supuesto si el donante al amparo de los arts. 647 y 651 del C.c. promueve un juicio contra el donatario solicitando la revocación de la donación resulta obvio que, lo que se decida en dicho juicio puede afectar al derecho del tercero beneficiario de la obligación modal. Es decir que el derecho del beneficiario está sujeto a lo que se resuelva respecto de la donación (*efecto reflejo* de la sentencia en que se declaraba la revocación de la donación por incumplimiento del modo). Es más, podría suceder incluso que un acreedor del donatario viera peligrar la percepción de su crédito por la insolvencia de éste en caso de perder el pleito sobre la revocación de la donación (*efecto indirecto*).

Se aprecia, pues, como en este caso por medio de la sentencia revocatoria de una donación modal resultarían perjudicados, además de la parte procesal demandada (*efecto directo* al tener que devolver el bien donado al donante), el beneficiario de la obligación modal impuesta al donatario (*efecto reflejo* ya que tendrá que devolver a éste los bienes que en cumplimiento del modo le fueron entregados) y los acreedores por cualquier título del donatario (*efecto indirecto* ya que al revocarse la

donación y, en consecuencia, devueltos los bienes donados al donante el donatario verá disminuido su patrimonio y con ello la posibilidad de sus acreedores de hacerse sobre dicho patrimonio).

Expuesto lo anterior, queda claro, que el principio según el cual las sentencias no pueden afectar sino a las partes procesales no resulta totalmente cierto ya que sus derechos, intereses y expectativas pueden resultar afectados sin haber tenido participación alguna en el procedimiento en que se dictó aquella sentencia.

Por último, no podemos dejar de mencionar el supuesto en el que determinados particulares o grupos de ellos ejercitan acciones en defensa de intereses difusos en el que, según CAPELLETTI —citado por FAIRÉN²⁷— «también la sentencia debe obligar a todos los miembros de un grupo, aunque no hayan tenido oportunidad de presentarse al juicio. Por eso hay que reformar la noción tradicional de cosa juzgada para que sea posible la defensa de los intereses difusos». Comenta al respecto seguidamente FAIRÉN GUILLÉN que:

«Aquí, los problemas de la legitimación, de la integración correcta del contradictorio y de la cosa juzgada, se reúnen. Ya que la exigencia de 'citaciones' individuales a quizás millones de personas, se hace muy difícil (en el caso 'Eisen versus Carlisle & Jacquelin', U.S.A., la Suprema Corte de los USA sostuvo que la citación a juicio sólo es exigible cuando los miembros de un 'grupo' pueden ser identificados 'mediante un esfuerzo razonable'».

Ratificación de estos límites lo encontramos en la STS, 1.^a, de 18 de julio de 1990, en la que se establece que:

«Si bien la fuerza de la cosa juzgada, derivada del principio 'res iudicata pro veritate habetur', conducente a que toda decisión judicial firme lleva implícita la autoridad de lo decidido judicialmente, no tiene en nuestro derecho una categoría absoluta, sino que tiene señalada para su aplicación y apreciación ciertos límites, exigidos por el art. 1.252 del Código civil, entre los que figura, además de la identidad de lo que es objeto de controversia y de la causa o razón de pedir, el relativo a las personas, de tal manera que, como ya ha sido puesto de manifiesto en Sentencia de 22 de febrero de 1929, no puede perjudicar una resolución judicial a quienes no fueron parte en el pleito anterior, ni sean causa-habientes de los litigantes, ni estén ligados con ellos por vínculos de solidaridad, aspecto personal que judicialmente requiere para la no apreciación de situación de decisión judicial con la autoridad emanante de cosa juzgada, el que en el juicio anterior al que afecte hubieran tenido que intervenir los que lo son

27. FAIRÉN GUILLÉN; Ob. cit., pág. 525.

en el juicio anterior, o sea, que generen en aquél aspecto litisconsorcial, pues de lo contrario, en cuanto resulten terceros, y por consiguiente ajenos a lo decidido en el primer juicio, no puede alterar la indicada solución firme en él recaída [...] y por consiguiente lo en aquel anterior juicio resuelto tiene efectividad jurídica con el alcance y efectos de cosa juzgada, pues violar los principios constitucionales de seguridad jurídica proclamados en el art. 9.3 de la Constitución Española, el de tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24.2 del mismo texto constitucional, comprendido el derecho de ejecución de las sentencias firmes, intangibilidad de lo resuelto, inalterabilidad de lo ejecutado y legalidad en materia procesal, sancionado por el art. 117.3 de la mencionada Constitución Española y el deber general de cumplir las sentencias, que reconoce el art. 118 de dicha Constitución y la doctrina contenida en Sentencias del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 1984, 31 de enero de 1986 y 21 de septiembre de 1989».

C) TEMPORALES. Sobre lo que viene conociéndose por límites temporales de la cosa juzgada nos remitimos a lo que más adelante se expondrá.

Retomando a los límites de la cosa juzgada material la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas STS de 10 de febrero de 1984, ha declarado que no basta la identidad de los elementos que la Ley exige en el artículo 1.252, párrafo primero, del Código civil, para que se dé eficazmente la excepción de cosa juzgada, sino que es imprescindible que la primera sentencia contenga pronunciamiento decisivo sobre el asunto que constituye el fondo del pleito ulterior (Sentencia de 21 de octubre de 1949); consistiendo la causa o razón de pedir no sólo en la identidad de elementos personales y reales, sino en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad que sirven de fundamento a la nueva acción (Sentencia de 16 de febrero de 1962); en definitiva, la norma citada exige, que exista «la más perfecta identidad» no sólo entre las cosas y las personas, sino, además, entre las «causas».

Procede destacar que la intrínseca entidad material de una acción (determinada por sus elementos subjetivos, objetivos y causales), permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal, a cuyo respecto el Tribunal Supremo —por ej., Sentencia de 11 de marzo de 1985— viene negando toda relevancia innovadora a la posición de las partes enfrentadas, y otro tanto cabe decir de las correlativas formulaciones, positivas o negativas, de que la acción ejercitada sea susceptible, de suerte que la acción de declaración positiva de un derecho comporta la acción de declaración negativa del antagónico (merced a una correspondencia que, en lógica repercusión sobre la actitud defensiva del interpelado, le aboca a la negación

del derecho afirmado de adverso o a la afirmación del propio), a partir de lo cual no puede ignorarse la esencial identidad de contenido entre dos procesos cuando ejercitada en el primero la acción positiva, el otro litigante deduzca en el subsiguiente la correlativa acción negativa.

5) *La apreciación de oficio de la excepción de cosa juzgada*

Aunque es cierto que existe disparidad de criterios respecto a si la cosa juzgada debe alegarse como excepción para que pueda ser estimada por el órgano jurisdiccional, [en cuyo apoyo se citan los artículos 544-2 y 1.692-5.º de la LEC, —ordinal quinto hoy ya derogado²⁸—], no es menos cierto que la sentencia de 27 de octubre de 1944, inicia una nueva dirección jurisprudencial al declarar que, si bien la cosa juzgada en su efecto negativo, o sea, para impedir un nuevo fallo sobre lo ya juzgado, tiene necesariamente que alegarse por vía de excepción, en cambio para que sólo surta el efecto de obligar al juzgador a reconocer su existencia en todas las evoluciones que adopte en demandas que presupongan lo juzgado, no tiene que ser excepcionada, dirección jurisprudencial que se convalida, entre otras en la Sentencia de 3 de febrero de 1961, al razonar que al existir cosa juzgada sin ser articulada como excepción no obstante su realidad, los órganos jurisdiccionales no pueden desconocerla en absoluto como algo fuera de la realidad procesal, sino que deben resolver los problemas planteados en el segundo litigio, exactamente igual que ya fueron decididos en el primero, respetando sus declaraciones; en la STS de 6 de noviembre de 1965, que rechaza la casación de la sentencia que se atuvo a la cosa juzgada, pese a no haber sido invocada, para impedir que se produjera una segunda sentencia en abierta contradicción a otra anterior dictada en proceso seguido entre las mismas partes; en la de 17 de diciembre de 1977, que aun reconociendo que la cosa juzgada no puede estimarse de oficio por los Tribunales, debiendo ser propuesta en forma de excepción, tal doctrina afecta exclusivamente a la alegación de su existencia, pero no a la apreciación de la sentencia que la origina que incumbe al órgano jurisdiccional; en la de 10 de noviembre de 1978, que entiende que basta que conste la existencia el pleito anterior, aunque no se proponga la excepción de cosa juzgada, para que el juzgador tenga conocimiento fehaciente de lo que sobre lo mismo

28. Suprimido por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

fue resuelto con anterioridad, que en términos de estricta lógica procesal debe impedir el pronunciamiento de una resolución que lo contradiga, porque iría en contra de los más elementales principios de seguridad jurídica, y finalmente, para no hacerse excesivamente prolijo, en la de 6 de diciembre de 1982, que declara que la cosa juzgada afecta al fin inmediato del proceso, a la seguridad jurídica y al prestigio de los órganos jurisdiccionales, perteneciendo a la esfera del Derecho público, debiendo ser apreciada en consecuencia *ex officio* por los Tribunales (Cfr. STS de 5 de octubre de 1984).

Así, señala la más reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 23 de marzo de 1990, superando el criterio contrario anteriormente sostenido que:

«la cosa juzgada como una consecuencia de la jurisdicción, y por tanto derivada de la autoridad del Estado, en indudable tendencia a que no lleguen a pronunciarse sentencias contradictorias, revelando no afectar exclusivamente al interés privado, claro es que, al darse los aspectos que la configuran, *puede y debe apreciarse por el correspondiente órgano jurisdiccional de oficio*, según tienen declarado las recientes Sentencias de 11 de noviembre de 1981 y 10 de mayo y 6 de diciembre de 1982, **superando orientación anterior en contrario**, toda vez que teniendo ciertamente la cosa juzgada su fundamento en razones de seguridad jurídica, e incluso en la confianza y prestigio de la justicia, perteneciendo a la esfera del Derecho Público, como viene reconocido en la doctrina alemana y se reflejó en el párrafo 411 del Reglamento procesal austríaco, *no es preciso su alegación por vía de excepción concretamente, bastando que consten las identidades del artículo 1.252 del Código civil, estableciendo un juicio comparativo con la sentencia anterior*».

Asimismo la STS 1.ª de 12 de noviembre de 1990:

«Es doctrina de esta Sala la de que la cosa juzgada puede y debe estimarse, incluso de oficio, cuando concurren los requisitos de identidad».

6) *Notas sobre la sentencia definitiva pero aun no firme y sobre la naturaleza de la sentencia impugnada*

Es sabido como todas las sentencias resultan inmodificables para sus autores, ya sean firmes o simplemente definitivas pero aún no firmes. Sin embargo, resulta indispensable distinguir nítidamente entre los conceptos de sentencia definitiva y sentencia firme ya que frecuentemente suele olvidarse la nota que las caracteriza y distingue. La diferencia radica en que mientras contra la sentencia definitiva, aún no firme, pueden

interponerse los recursos que correspondan y, por tanto puede ser modificada, revisada, sustituida o anulada, no por sus autores sino por el tribunal superior competente, contra la sentencia firme, sin embargo, al resultar ya inimpugnable —a salvo los recursos de revisión, audiencia al rebelde, amparo constitucional, etc.— no es posible ya ningún tipo de modificación, sustitución o anulación.

Es decir que, mientras contra la sentencia firme no cabe interponer recurso alguno y por ello a partir de entonces se producen los efectos propios de la cosa juzgada material contra la sentencia definitiva aún es posible entablar el recurso que el ordenamiento jurídico establezca a tal efecto (si es que lo establece ya que existen sentencias que nacen ya firmes porque no es posible interponer ningún recurso contra ellas, por ej. las sentencias dictadas en casación por el Tribunal Supremo, etc.).

En este sentido, conviene precisar que cuando se dice que la cosa juzgada se produce cuando una determinada resolución judicial resulta inimpugnable, es decir, que no puede interponerse ningún tipo de recurso contra ella hay que entender que no es posible formular ninguno de los recursos ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento jurídico establezca en cada caso para cada tipo de procedimiento. Pero ello, no significa que contra esa resolución judicial no puedan interponerse otros recursos, pese a que la cosa juzgada se producirá bien una vez precluido el plazo para preparar, interponer o mejorar aquéllos, bien una vez quede desierto o resuelto el pertinente recurso ordinario o extraordinario a tal efecto establecido, ya que en determinadas circunstancias el ordenamiento arbitra otro tipo de recursos o remedios procesales contra las resoluciones firmes que por eso suele calificárseles de *recursos extraordinarios* (como por ejemplo, el recurso de revisión previsto en nuestro ordenamiento en todos los órdenes jurisdiccionales; el recurso de audiencia al rebelde, etc.). Asimismo es posible interponer otros recursos jurisdiccionales como el recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional que, en la actualidad como viene criticándose desde hace tiempo a falta de un desarrollo legislativo del artículo 53.2 de la Constitución, funciona en muchos casos como una verdadera tercera instancia judicial a la que se acude, principalmente, dado que es la única posibilidad existente, para anular sentencias firmes con fundamento en la violación de preceptos constitucionales. En ocasiones, incluso, después de acudir al Tribunal Constitucional en vía de amparo todavía podrá acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para enmendar algún error judicial plasmado en una resolución judicial firme.

En este sentido, conviene precisar que, en ocasiones, no es precepti-

vo agotar todos los recursos previos establecidos por el ordenamiento para poder interponer otro posteriormente. Así, por ejemplo, en materia penal, es posible en ocasiones, interponer un recurso de apelación ante el órgano superior (*ad quem*) sin necesidad de haber formulado previamente recurso de reforma ante el mismo órgano judicial que dictó la resolución impugnada.

Esta circunstancia resulta particularmente relevante en la determinación de los recursos que se deben formular ante la jurisdicción ordinaria para que se admita el recurso de amparo constitucional que, como se sabe, es un recurso de carácter subsidiario para supuestos en que se originen vulneraciones de derechos fundamentales que no hayan sido corregidas en la vía judicial ordinaria. Así, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado para estimar cumplido el presupuesto del agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial, que solamente deben ejercitarse los «normal y claramente ejercitables» (SsTC 114/1986, de 2 de octubre y 24/1988, de 23 de febrero, entre otras muchas). En esta última, expone el Tribunal Constitucional que:

«1.º [...] Señala al efecto el representante de la Administración del Estado —según se ha reseñado en los Antecedentes— que los demandados actuales pudieron haber acudido antes de la interposición del recurso de amparo constitucional a impetrar la rescisión de la Sentencia que reputan lesiva de su derecho fundamental por la vía del recurso extraordinario de revisión regulado en el art. 102 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues —se arguye— aun cuando dicho precepto legal no se recoge como motivo para recurrir frente a la Sentencia firme el de la indefensión que hoy se invoca, no sería imposible considerar tal supuesto incluido en el contemplado en el apartado g) del mismo art. 102, hipótesis interpretativa ésta que el Letrado del Estado parece querer basar en un argumento *a minori ad maius*, de conformidad con el cual el cauce procesal hábil para recurrir de una sentencia incongruente debiera estar también abierto para impugnarla que hubiera deparado indefensión para quien, pudiendo haber sido parte en el proceso, no lo fue a causa de haberse omitido su llamamiento al mismo.

[...] La controversia sobre el agotamiento de las vías judiciales para quien demanda amparo no puede introducirse en virtud de simples conjeturas sobre la interpretación o integración de las normas procesales, pues tales opiniones —válidas acaso en otros foros— resultan incompatibles con la condición de carga para el acceso a este recurso que tiene lo prevenido en el art. 44.1 a), de nuestra Ley Orgánica. Repetidamente hemos dicho, al exponer el sentido de este precepto legal, que los recursos cuya interposición es exigible para entender agotada la vía judicial son los normal y claramente ejercitables (por todas, STC 114/1986, de 2 de octubre, FJ 4.º) y es manifiesto que esta condición no se da en el recurso extraordina-

rio de revisión creado por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa...».

En consecuencia, en este tránsito desde la fecha de la sentencia definitiva hasta la fecha de la firmeza de la misma se abre una nueva etapa del procedimiento en la cual las partes pueden interponer el recurso a tal efecto establecido en el ordenamiento. Si lo interponen la sentencia definitiva no devendrá firme, a no ser que se declare desierto el recurso formulado, ya que en tal caso la firmeza no se producirá sino hasta que no se dicte la sentencia contra la que no quepa ya recurso alguno. Téngase en cuenta que contra la sentencia definitiva de un Juzgado de Primera Instancia (o de lo Penal) normalmente cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente y contra la que puedan dictar éstas, en muchos casos también, recurso de casación por lo que hasta que no se dicte, en su caso, la sentencia de casación no habrá sentencia firme pese a que todas las que en el devenir procesal se hayan dictado resulten sentencias definitivas (las de primera instancia, las de apelación y, por supuesto las de casación que éstas a su vez resultarán firmes). Puede suceder asimismo, aunque no es lo normal, que sobre determinadas materias se dicte una sola sentencia que, por tanto, devendrá ya firme, sin que exista ningún tipo de recurso contra ellas como sucede frente a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (aunque exista la posibilidad de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo).

Si contra la sentencia definitiva se interpone algún recurso, además de no producirse los efectos característicos de la cosa juzgada material según ya hemos visto, normalmente se suspende la ejecución del fallo o parte dispositiva de aquélla, es decir, que los pronunciamientos de la sentencia definitiva pero no firme quedan provisionalmente privados de sus efectos inherentes. En este sentido, nos dice COUTURE²⁹ que de esta suspensión surge un estado de cosas de tal manera complejo que la doctrina ha tenido que acudir a no menos de cinco opiniones para interpretarlo:

- 1.º Acto sometido a condición resolutoria (MORTARA, KOHLER);
- 2.º No es verdadera sentencia, sino acto que puede devenir sentencia (CHIOVENDA);
- 3.º Es un acto perfecto, con fuerza obligatoria propia (ROCCO);
- 4.º Es un acto imperativo, aunque no inmutable (CARNELUTTI);

29. COUTURE; Ob. cit., pág. 341.

- 5.º Es un acto sometido a condición suspensiva (VASALLI, CALAMANDREI).

Nosotros estamos con COUTURE que el problema de la sentencia pendiente de recurso no es uno sin múltiple y que sólo puede ser resuelto considerando por separado las distintas situaciones.

Así, debe distinguirse la situación durante el plazo dentro del cual las partes pueden interponer los recursos pertinentes. Dentro de este plazo, la sentencia es un acto jurídico sometido a condición suspensiva. Si el recurso no fuere interpuesto, la condición no se cumple y el acto se considera puro y simple desde el día de su otorgamiento. Señala COUTURE el ejemplo que si un inmueble fuere adquirido por uno de los cónyuges inmediatamente después de la sentencia de divorcio, dentro del término dado para apelar, ocurriría que pertenece a la sociedad conyugal si la sentencia fuere apelada y al cónyuge que lo adquirió si no se dedujere recurso contra la sentencia.

Hecha esta distinción preliminar, debe distinguirse ahora la situación del fallo cuando se ha interpuesto el recurso de apelación. En este caso la sentencia no es, por sí misma, un acto perfecto. Constituye una sola de las dos o más etapas en las cuales se desarrolla la obra de la jurisdicción. Como numerosos actos del derecho privado (p. ej., contratos de los incapaces) o del derecho público (p. ej., tratados internacionales) la unidad se logra mediante el acuerdo doble de la voluntad originaria y la voluntad confirmatoria. La voluntad originaria, por sí sola, no completa el acto; la voluntad confirmatoria, por sí sola, sin el antecedente de la voluntad originaria, tampoco constituye el acto. Sólo la voluntad originaria y la confirmatoria lo completan (COUTURE³⁰).

III. OTRAS CUESTIONES DE RELEVANCIA EN EL ESTUDIO DE LA SENTENCIA COMPLEMENTARIA

Es sabido como el principio de seguridad jurídica que la inmutabilidad de la cosa juzgada entraña³¹ proclama que la vida jurídica no puede soportar una renovación continua del proceso.

30. COUTURE; Ob. cit., pág. 342.

31. La cosa juzgada tiene su fundamento en razones de seguridad jurídica, e incluso en la confianza y prestigio de la justicia perteneciendo en este sentido a la esfera del Derecho Público y puede y debe, por tanto, ser apreciada de oficio por los Tribunales, sin ser alegada por vía de excepción concretamente, bastando que consten las identidades

En efecto, como señala la interesante STS-1.º de 20 de abril de 1988, en puridad de doctrina, los ordenamientos jurídicos prefieren el efecto preclusivo de la *res iudicata* como mal menor y que cuenta a su favor con el principio de seguridad jurídica; pero un elemental principio de justicia obliga a matizar el anterior principio y a establecer como regla de excepción aquélla que predica que no es aplicable la cosa cuando en el primer proceso no se hubieren agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia. Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso. En consecuencia, no existe cuando no se dé esa posibilidad y el proceso posterior que complementa el anterior no vulnere el principio *non bis in idem*. De ahí el que, en alguna ocasión, se haya recurrido a la denominada eficacia temporal de la cosa juzgada, de que ya se hizo aplicación en las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 1973 y 25 de marzo de 1976.

Llegados a este punto no podemos dejar de referirnos a otras cuestiones directamente relacionadas con la admisibilidad y efectos de la sentencia civil complementaria que nos servirán para enfocar correctamente la problemática de este tipo de sentencia. En este sentido, resulta oportuno hacer unos breves apuntes acerca de la aplicación del principio de los actos propios vinculantes, de las relaciones y efectos del proceso penal en el civil posterior así como de la distinta calificación de los hechos dependiendo del orden jurisdiccional actuante. Veámoslo:

1) *Sobre la aplicabilidad y alcance del principio de los actos propios vinculantes*

Es de sobra conocido como la denominada doctrina de los actos propios supone que para ser tenidos como expresión de consentimiento, y obligar a su autor a respetarlos, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del autor de los mismos (STS de 22 de junio de 1987 y STC n.º 198/1988, de 24 de octubre).

Pues bien, partiendo de esta idea se ha venido planteando la cues-

del art. 1.252, estableciendo un juicio comparativo con la sentencia anterior» (SS.TS. 11 de noviembre de 1981, 10 de mayo y 6 de diciembre de 1982 y 23 de noviembre de 1983, entre otras muchas).

ción de su aplicación cuando en el proceso civil posterior se reclama una cantidad distinta —normalmente al alza— de la inicialmente interesada en el proceso penal anterior. La cuestión —señala la Audiencia Provincial de Barcelona³²— no puede recibir, ni ha recibido en la doctrina una solución general y uniforme pues hay que distinguir distintos supuestos que la vida real puede plantear dando también distinto tratamiento a los mismos.

Así, es posible distinguir y creemos que conviene hacerlo, dos distintos supuestos que han de recibir tratamiento también diverso:

A) Cuando se trate de daños materiales o en las cosas al ser los mismos estrictamente objetivos y aritméticamente evaluables por una tasación pericial, la injustificada elevación de la cuantía indemnizatoria reclamada en el proceso civil respecto de la postulada en el proceso penal anterior debe entenderse que entraña una indudable infracción de la doctrina de los actos propios vinculantes.

B) Sin embargo, no puede predicarse lo mismo cuando se trate de indemnizar daños corporales o personales —físicos o morales—, en el que el perjudicado se halla en libertad de criterio³³ para mantener o elevar la expresión numérica de tales conceptos y, menos aún, cuando lo sometido a indemnización sea un bien tan valioso y tan imposible de evaluar económicamente como es el de la vida misma de una persona al hallarse ésta tan sólo condicionada por criterios estrictamente subjetivos y personales.

En definitiva, puede considerarse que la reclamación de cantidad distinta en el proceso civil —que puede extenderse a los otros órdenes jurisdiccionales, especialmente al laboral— respecto de la interesada en el proceso penal ha de considerarse que infringe o no, respectivamente, la doctrina de los actos propios vinculantes dependiendo de si los conceptos indemnizatorios se basan en daños o perjuicios objetiva o subjetivamente valorables conforme a los criterios anteriormente apuntados.

32. Véase Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 14 de noviembre de 1990, publicada en el Boletín de Información Jurídica GESA, 4.º trimestre de 1991.

33. Véase Sentencia de la misma Sala y Audiencia de fecha 26 de mayo de 1981.

2) *Relaciones entre el proceso penal y el subsiguiente proceso civil*

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha sentado en los últimos años³⁴ la siguiente doctrina acerca de la relación y eficacia de la sentencia penal en el proceso civil posterior y que, dada su relevancia para la

34. Se ha estudiado minuciosamente la doctrina del Tribunal Supremo acerca de los efectos de la sentencia penal en la ulterior civil recaída en los años 1981-1990 sin omitir, evidentemente, las más representativas de años anteriores y, algunas posteriores. En este sentido podemos distinguir entre la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo consultada:

A) La referente a la cosa juzgada en general (Años 1981 a 1990): 16 de mayo de 1981, 6 de noviembre de 1981, 11 de noviembre de 1981, 22 de marzo de 1982, 10 de mayo de 1982, 22 de junio de 1982, 25 de junio de 1982, 25 de julio de 1982, 30 de septiembre de 1982, 6 de noviembre de 1982, 3 de diciembre de 1982, 5 de diciembre de 1982, 6 de diciembre de 1982, 21 de diciembre de 1982, 18 de enero de 1983, 24 de enero de 1983, 16 de marzo de 1983, 11 de mayo de 1983, 13 y 14 de noviembre de 1983, 22 de noviembre de 1983, 10 de febrero de 1984, 17 de febrero de 1984, 25 de febrero de 1984, 6 de abril de 1984, 10 de abril de 1984, 5 de octubre de 1984, 29 de noviembre de 1985, 8 de julio de 1986, 8 de octubre de 1986, 24 de octubre de 1986, 21 de noviembre de 1986, 18 de marzo de 1987, 3 de abril de 1987, 5 de junio de 1987, 25 de junio de 1987, 17 de julio de 1987, 17 de septiembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 8 de junio de 1988, 21 de julio de 1988, 11 de octubre de 1988, 14 de noviembre de 1988, 17 de febrero de 1989, 14 de abril de 1989, 4 de mayo de 1989, 23 de mayo de 1989 (voto particular), 2 de junio de 1989, 10 de junio de 1989, 5 de julio de 1989, 22 de julio de 1989, 5 de diciembre de 1989, 11 de diciembre de 1989, 26 de enero de 1990, 3 de febrero de 1990, 20 de febrero de 1990, 26 de febrero de 1990, 28 de febrero de 1990, 23 de marzo de 1990, 3 de abril de 1990, 6 de abril de 1990, 12 de julio de 1990, 18 de julio de 1990, 10 de octubre de 1990, 12 de noviembre de 1990, 21 de diciembre de 1990; y,

B) La referente a los efectos de la sentencia penal en la civil (Años 1981 a 1990): 27 de enero de 1981, 3 de febrero de 1981, 16 de marzo de 1981, 10 de abril de 1981, 5 de mayo de 1981, 15 de junio de 1981, 3 de julio de 1981, 19 de diciembre de 1981, 22 de diciembre de 1981, 7 de enero de 1982, 15 de febrero de 1982, 1 de marzo de 1982, 27 de marzo de 1982, 1 de abril de 1982, 15 de abril de 1982, 28 de abril de 1982, 7 de mayo de 1982, 10 de noviembre de 1982, 15 de noviembre de 1982, 28 de enero de 1983, 15 de marzo de 1983, 29 de marzo de 1983, 4 de mayo de 1983, 10 de junio de 1983, 1 de julio de 1983, 7 de julio de 1983, 7 de octubre de 1983, 4 de noviembre de 1983, 16 de noviembre de 1983, 16 de mayo de 1984, 13 de julio de 1984, 16 de julio de 1984, 13 de septiembre de 1984, 4 de diciembre de 1984, 18 de abril de 1985, 13 de mayo de 1985, 25 de mayo de 1985, 13 de septiembre de 1985, 16 de octubre de 1985, 7 de noviembre de 1985, 10 de diciembre de 1985, 17 de diciembre de 1985, 24 de febrero de 1986, 4 de noviembre de 1986, 22 de diciembre de 1986, 4 de febrero de 1987, 27 de febrero de 1987, 24 de marzo de 1987, 2 de junio de 1987, 9 de julio de 1987, 2 de noviembre de 1987, 21 de enero de 1988, 9 de febrero de 1988, 9 de abril de 1988, 15 de mayo de 1988, 6 de junio de 1988, 7 de junio de 1988, 30 de junio de 1988, 15 de julio de 1988, 17 de julio de 1988, 18 de octubre de 1988, 9 de junio de 1989, 5 de julio de 1989, 22 de septiembre de 1989, 9 de octubre de 1989, 15 de octubre de 1989, 20 de octubre de 1989, 19 de febrero de 1990, 10 de octubre de 1990, 11 de octubre de 1990.

mejor comprensión del tema que nos ocupa, no podemos dejar de sintetizar seguidamente:

A) Que el proceso penal antecede necesariamente a éste, el civil, conforme a lo que determina el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 362 y 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y concordancia con el 4.º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa y el número 2 del artículo 10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, obedientes todos esos preceptos al principio *«le penal tient le civil en état»*;

B) Que, si ha recaído sentencia condenatoria penal y no ha mediado expresa reserva de las acciones civiles, se produce por efecto de dicha sentencia el efecto consuntivo de las acciones civiles «ex delicto» a que se hace referencia en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1981 y 10 de septiembre de 1985, sin que en un juicio civil subsiguiente quepa subsanar las deficiencias del proceso penal;

C) Que, aun habiendo mediado la reserva expresa, la sentencia condenatoria de índole penal sólo vincula al juez civil en cuanto describe la actividad calificada de infracción penal y establece la antijuridicidad del hecho y culpabilidad del reo y la puntualización en cuanto al resultado físico o natural (Sentencia de 27 de marzo de 1982);

D) Que, por el contrario siendo absolutoria la sentencia penal, no existe otra vinculación para el juez civil (Sentencia de 30 de diciembre de 1981), que la establecida en el párrafo primero del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando aquélla declaró «que no existió el hecho de que la (acción) civil hubiese podido nacer»;

E) Que, dictada la sentencia absolutoria y fuera de la concreta excepción acabada de registrar de declaración en ella de la no existencia del hecho, la responsabilidad derivada de los hechos no constitutivos de infracción penal queda encomendada libérrimamente al juez civil quien puede establecer la versión o «factum» que resulte de las pruebas practicadas en el proceso civil según su libre apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica, y sin venir vinculado el relato histórico de la sentencia penal absolutoria. Menos todavía existe tal vinculación en cuanto a la valoración de las conductas, por cuanto la responsabilidad civil «ex delicto» y la extracontractual o *aquiliana* de los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, «son especies jurídicas que, expresivas ambas de un principio de culpa, se regulan por normas distintas» (Sentencias de 30 de mayo de 1983 y las que en ella se citan y la de 7 de noviembre de 1985). STS 2-11-1987.

En este sentido resulta ilustrativa la STS, 1.º de 9 de febrero de 1988:

«Es abundantísima la jurisprudencia que proclama que la sentencia penal, cuando es absolutoria, no impide que se vuelva a plantear la responsabilidad civil, por culpa extracontractual de quien fue enjuiciado y absuelto en el proceso penal —por ej., Sentencia de esta Sala de 4-II-1987—. En este caso, de los tres acusados —constructor, arquitecto y aparejador— fue absuelto el arquitecto y condenados los otros dos. En aplicación de la mencionada doctrina jurisprudencial, este acusado absuelto, puede ser juzgado en la vía civil, como consecuencia de la pretensión actora, en la que resulta demandado».

3) *La unidad conceptual de las instituciones jurídicas y la distinta calificación de los hechos según el origen jurisdiccional actuante: Análisis jurisprudencial*

A) Generalidades

No es obstáculo tampoco para la distinta calificación de los hechos jurídicos en sede jurisdiccional o, si se prefiere, para los distintos efectos jurídicos que estos hechos pueden desplegar, dependiendo del orden jurisdiccional que conozca de ellos, la virtualidad de la denominada *teoría de la unidad conceptual de las instituciones jurídicas* según la cual un instituto jurídico ha de ser siempre unívoco y, por tanto, tener siempre el mismo significado conceptual independiente de la rama del Derecho que lo acoja (así, por ejemplo, un bien mueble debiera tener el mismo significado tanto para el derecho civil como para el derecho penal. Lo que como se sabe no siempre coincide).

En este sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 22 de junio de 1988 ha señalado que:

«...desde hace algún tiempo viene formulándose una doctrina en torno a la llamada unidad conceptual de las instituciones jurídicas: pero no ello no quiere decir que aun dando por supuesta la misma se produzcan efectos diferenciales y aun antagónicos, según el orden jurisdiccional en que se pronuncien, en tanto en cuanto existen unos principios prioritarios que conforman cada uno de ellos. En consecuencia, nada obsta a que el supuesto de autos pueda ser calificado, como así lo ha sido, por la jurisdicción laboral como de indemnizable y no lo sea en este orden, habida cuenta los diferentes principios que rigen una y otra jurisdicción, la laboral y civil, amén de que la jurisprudencia laboral no sea vinculante en este trance y de ahí la desestimación del tercero de los motivos del recurso».

B) La soberanía de cada orden jurisdiccional en la apreciación de los hechos

Ya hemos dicho que unos mismos hechos pueden ser apreciados de distinta forma dependiendo del orden jurisdiccional en que son enjuiciados pero lo que nunca puede pretenderse es que el orden civil —básicamente por el carácter de orden residual que le encomienda la LOPJ— venga a anular lo definitivamente resuelto por otro orden jurisdiccional o a colmar las lagunas que la sentencia haya podido presentar en éste.

Esta afirmación la reconoce expresamente la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1988 al señalar que:

«La invocación como infringidos en este motivo de los arts. 1.344, 1.345, 1.347, 1.363, 1.365, 1.373 especialmente y 1.377 del Código civil, parte del mismo presupuesto insuficiente y de que esta jurisdicción civil puede corregir supuestas deficiencias de la laboral al decretar el embargo de los bienes en cuestión. Se ha razonado suficientemente en ambas sentencias de instancia que **lo resuelto por el Tribunal civil no puede anular los actos llevados a cabo con plena jurisdicción por la de orden laboral**, a cuya anulación conduciría, sin duda, de estimarse».

Como vemos, resulta evidente el pronunciamiento de esta Sentencia toda vez que de admitirse el supuesto contrario, es decir, que en el procedimiento civil se pudiera completar o dejar sin efecto los pronunciamientos laborales se estaría no sólo admitiendo una tercera instancia —cuarta con la apelación, en su caso, subsiguiente— sino privando al orden jurisdiccional social de la soberanía propia de cada orden jurisdiccional y convirtiendo en una falacia el principio de unidad jurisdiccional que proclama nuestra Constitución.

En el mismo sentido la STS 1.ª de 21 de enero de 1988 señala que:

«Unos mismos hechos pueden ser valorados de modo diferente en los diversos órdenes jurisdiccionales, y así, salvo que se niegue el hecho mismo, la ausencia de dolo o culpa penal no implica la imposibilidad de que se aprecie la existencia de un ilícito civil, siempre de menor gravedad».

El Tribunal Constitucional en Sentencia 158/1985, de 26 de noviembre, por su parte, refiriéndose a la contradicción de órdenes jurisdiccionales distintos por los mismos hechos aclaraba que: «...mientras la Sentencia de la Audiencia declara que no hubo infracción de determinadas medidas de seguridad, las de la jurisdicción laboral afirman precisamente lo contrario, y mientras aquella entiende que el accidente fue fortuito e imprevisible, las Sentencias laborales presuponen la existencia de la rela-

ción de causalidad entre la omisión de las debidas condiciones de seguridad y el accidente mismo. En estas circunstancias, y ateniéndose a los datos de que dispone este Tribunal Constitucional, resulta inevitable concluir que parece existir una contradicción entre las distintas resoluciones judiciales...» y continúa, «Pero, si todo lo dicho es cierto, y el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, **no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC núm. 77/1983, de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española.** Con gran claridad lo ha expresado la STC núm. 62/1984, de mayo, que hace superfluos más comentarios sobre el tema:

[«Todo lo anterior no implica que haya de aceptarse como irremediable una contradicción producida mediante el examen paralelo o independiente realizado por dos órdenes jurisdiccionales distintos respecto a la autoría de unos mismos hechos, sancionables en la vía penal y en la laboral. Es evidente, por el contrario, que] **a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron o que una misma persona fue su autor y no lo fue**³⁵. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 9, núm. 3, de la CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el artículo 24, núm. 1, de la CE., pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a éstos, por tanto, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía de amparo constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para reparar la contradicción.

Doctrina que, con toda evidencia, es aplicable al caso presente, donde esa contradicción existe, según todas las apariencias, y donde no aparece cauce procesal alguno dentro de la justicia ordinaria para resolverla. No se oculta a este Tribunal Constitucional la dificultad que ofrece arbitrar medios para resolver contradicciones entre resoluciones judiciales, como las aquí denunciadas, teniendo en cuenta la ya recordada independencia de los órganos jurisdiccionales. Sería, sin duda, de desear que el legislador previese este tipo de conflictos, estableciendo mecanismos para su solución

35. La negrita es nuestra.

dentro de la justicia ordinaria. Pero mientras esto no ocurra, y no haya otra vía más que la del recurso de amparo para garantizar el derecho vulnerado...»

A continuación el propio Tribunal Constitucional matiza las cautelas que deben adoptarse para evitar que sentencias contradictorias de distintos órdenes jurisdiccionales puedan resultar vulneradoras del derecho a la tutela judicial efectiva:

«...No se trata, pues, de que una jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada, de acuerdo por otra parte con la reiteradísima doctrina de este Tribunal Constitucional, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el de obtener una resolución fundada en derecho. Cuando resulta que, en principio, la resolución que un órgano judicial va a dictar puede ser contradictoria con la ya dictada por otro órgano, **el que pronuncia la segunda debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio...**».

Un ejemplo clarísimo vulnerador de la doctrina anteriormente expuesta lo representa el supuesto planteado en el recurso de amparo resuelto por la STC 39/1994, de 15 de febrero, (Ponente Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), que creemos oportuno, pese a su extensión, reproducir ampliamente ya que trata de un supuesto en el que órganos de la jurisdicción civil dejan sin efecto lo resuelto dentro de su competencia por órganos de la jurisdicción social. Los argumentos básicos esgrimidos por el Tribunal Constitucional para anular las sentencias civiles son los siguientes:

«En síntesis, los actores discuten sobre la competencia de los Tribunales del orden jurisdiccional civil para pronunciarse de la forma que lo han hecho, vinculando esta discrepancia con el derecho al Juez natural predeterminado por la Ley. Al argumentar de ese modo, distorsionan la esencia de este derecho, que se hace coincidir con la obligación de respetar las reglas sobre competencia judicial. Ya se ha dicho reiteradamente por este Tribunal que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley requiere que el órgano judicial llamado a conocer haya sido creado previamente por la norma; que esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motive su actuación y, finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo como órgano especial o excepcional (SSTC 47/1983 o 23/1986, entre otras). Por ello cuando, como sucede en este caso, el Juez o Tribunal que ha dictado la resolución que se impugna reúne estas características, y actúa de forma razonada en la interpretación y aplicación de las normas que determinan su competencia no

está en juego la eventual vulneración del derecho fundamental a que conozca del asunto el Juez predeterminado por la ley consagrado en el art. 24.2 C.E.. Por lo dicho, procede desestimar este primer motivo del recurso.

2. En segundo lugar, alegan los recurrentes que la resolución impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva —enunciado en el art. 24.1 C.E.—, porque la Sala sentenciadora ha decretado la nulidad de todo lo actuado en el proceso de ejecución de la Sentencia laboral, al margen de los cauces previstos para ello en nuestro ordenamiento. Con ello, afirman, no sólo se desconoce la literalidad del art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino también y sobre todo la doctrina de este Tribunal, en su STC 185/1990, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º.

En esta argumentación es posible detectar aspectos más profundos que la mera pretensión de replantear ante este Tribunal una cuestión de mera legalidad ordinaria. No debe olvidarse que en este caso la inscripción registral y la escritura pública que adjudicaba a la señora Benítez Montilla la nuda propiedad del inmueble litigioso traían causa de un proceso de ejecución en el que la citada señora era ejecutante, y que culminó con subasta en la que se le adjudicó un bien por una cifra a todas luces irrisoria, lo que ha sido determinante en la decisión de la Audiencia Provincial. Al amparo de las facultades de examen de la legalidad del título que le otorga el art. 40 L.H., la Sala sentenciadora ha decretado la nulidad de lo actuado en el proceso de ejecución laboral.

Teniendo en cuenta que puede haber casos —y así lo ha reconocido este Tribunal— en los que «por la vía de la inteligencia, aplicación o interpretación de la legalidad ordinaria» se pueden poner en juego «derechos de carácter fundamental reconocidos en la Constitución» (SSTC 58/1983, fundamento jurídico 3.º, 247/1993, fundamento jurídico 2.º), es posible entrar a conocer de la eventual relevancia constitucional de la vicisitud judicial que ha dado origen al presente recurso de amparo. Esto último es de trascendencia constitucional de forma especial cuando, fuera de los cauces legales, se acuerda por un órgano judicial la nulidad o ineficacia de resoluciones precedentes que habrían alcanzado firmeza. Este Tribunal viene reiterando que el obligado cumplimiento de lo acordado por Jueces y Tribunales es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho, como revela que así se enuncie en el art. 118 de la C.E., pero, además, de exigencia objetiva del sistema jurídico, la inmutabilidad y la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones que han adquirido firmeza se configuran también como manifestación de la seguridad jurídica en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, integrándose en el art. 24.1 C.e. (SSTC 15/1986, 119/1988, 12/1989 y 304/1993, entre otras). En línea con lo que decíamos en la STC 15/1986, con cita de la STC 67/1984, los principios de seguridad jurídica y de la legalidad en materia procesal (art. 9.3 y 117.3 de la C.E.) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, sea ésta sustantiva o procesal. Precisa-

mente en relación con posibles defectos producidos en el devenir del procedimiento, ya la STC 185/1990 tuvo ocasión de subrayar esa inmutabilidad, indicando cómo, en los supuestos en que no fuera posible utilizar algún recurso legalmente previsto o el incidente de nulidad de actuaciones, el recurso de amparo se revela como el único medio de subsanación de tales defectos.

3. Aplicando esta doctrina al supuesto aquí enjuiciado, des necesario, ante todo, recordar que se trata de un caso en el ejecutado en un proceso laboral, que había observado desinterés ante la marcha del proceso de ejecución —lo que le reprochó incluso la resolución impugnada— formuló demanda ante la jurisdicción civil, tramitada como juicio ordinario de menor cuantía, en la que pedía —y así lo estimó la Sentencia de apelación— no sólo la declaración de la nulidad de la escritura pública de adjudicación de los bienes subastados en la ejecución, y de la consiguiente nulidad de la inscripción registral referida a ellos, sino también, y como premisa condicionante de lo anterior, la nulidad del procedimiento de apremio seguido ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de Córdoba.

Delimitado así el supuesto, es indudable, en primer lugar, que resulta de aplicación plena la doctrina general antes expuesta, pues la Audiencia Provincial acordó la nulidad de todas las resoluciones firmes recaídas en la fase de ejecución o procedimiento de apremio seguido ante el órgano del orden jurisdiccional social, fundándose en eventuales defectos procesales habidos durante la tramitación de dicha ejecución.

El problema a dilucidar es, por tanto, si existe norma legal que permitiera a la Audiencia Provincial revisar las decisiones firmes procedentes de otro órgano judicial del distinto orden. En tal sentido, dicha Audiencia Provincial invocaba como norma legitimadora el art. 40 de la Ley Hipotecaria (L.H.), apreciación que no puede compartirse, sin que ello suponga revisar un juicio de legalidad ordinaria, sino únicamente analizar desde la perspectiva constitucional la razonabilidad del fundamento de la resolución. Como razonaba la STC 33/1987, al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales le es aplicable el principio *pro actione*, por lo que una decisión de inejecución —aquí de nulidad que acarrea la inefectividad de actos precedentes— debe apoyarse en causa legal, interpretada en el supuesto más conforme a tal ejecución, no pudiendo ser arbitraria, irrazonable, ni fundarse en causa inexistente o en una interpretación restrictiva del derecho.

Desde esta perspectiva constitucional no resulta aceptable la motivación contenida en la Sentencia impugnada basada en la invocación del art. 40 de la Ley Hipotecaria. Este artículo contiene una circunstanciada relación de supuestos y procedimientos para la rectificación de los asientos del Registro, mas no detalla las reglas de competencia y de procedimiento judicial que han de observarse para la declaración de nulidad de resoluciones judiciales de un proceso laboral o de otra clase que constituyan el fundamento o los títulos mismos inscritos en el Registro. El art. 40 L.H. es regla delimitadora de los supuestos y formas para la rectificación de asientos del Registro, pero no faculta para el examen de la validez o nuli-

dad de los títulos materiales —en el sentido del art. 2 de la Ley Hipotecaria— que han determinado el asiento registral, supuestos y causas de revisión no contenidos en ese precepto. Por lo que el mismo no puede ser interpretado (como tampoco el párrafo 2.º del art. 38 L.H.) como norma legal que predetermine al orden judicial civil y a los juicios declarativos como la sede y el medio adecuado para la revisión de resoluciones firmes de órgano del orden jurisdiccional social en fase de ejecución.

Ello supone confundir la nulidad de actuaciones de un determinado órgano judicial —en que se acordó la adjudicación de un bien, con la nulidad y cancelación de la inscripción registral causada por la escritura pública otorgada tras la adjudicación judicial, confusión que se acrecienta al ser la causa de la segunda una eventual infracción procesal que es la que provocaría la nulidad de actuaciones. Pretender la nulidad y cancelación de la inscripción registral implicaba, consecuentemente, examinar la validez de actos y decisiones procesales firmes de otro orden jurisdiccional, y por ello declarar la falta de efectos de previas resoluciones judiciales firmes de otro orden jurisdiccional.

Por consiguiente, la resolución impugnada carecía de base legal para justificar declarar la inefectividad o nulidad de las resoluciones judiciales firmes del orden social de la jurisdicción.

4. Al ser el fundamento de la inscripción registral que se trataba de anular una resolución judicial, en la que culminaba, por las cantidades a las que afectaba, el proceso de ejecución laboral, la resolución misma era intangible, salvo a través de los medios que la ley establece específicamente (arts. 238 y ss. LOPJ.). Como indicaba la STC 185/1990 y según recordábamos antes, en los supuestos en que no fuera posible utilizar algunos de los recursos establecidos en la ley, o el incidente de nulidad de actuaciones, quedaba el recurso de amparo como único medio a través del cual subsanar los posibles defectos con relevancia constitucional que se hubiesen producido en el devenir del procedimiento (fundamento jurídico 2.º). Y, existiendo esas vías adecuadas, por importantes que fueran los defectos de procedimiento, no es posible subsanarlos cometiendo el aún mayor de autorizar que se revise por un órgano incompetente y a través de un procedimiento inadecuado lo actuado por el Juez laboral, reduciendo a la nada su efectividad de acuerdo con una valoración que el Juez civil no estaba autorizado a efectuar, y articulando una vía de recurso inexistente por la indebida utilización realizada del proceso ordinario de menor cuantía».

IV. TEORÍAS SOBRE LA DENOMINADA VERACIDAD DE LA COSA JUZGADA PENAL QUE SE PUEDEN DEDUCIR DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que «lo resuelto en la vía punitiva sobre la declaración de responsabilidad criminal y la imposi-

ción de la pena no son en sí mismas condiciones de ninguna norma civil y en consecuencia no podrá afirmarse en rigor que exista autoridad de cosa juzgada penal en el otro campo, sino que la vinculación del Juez a la sentencia condenatoria tiene lugar en cuanto a la existencia material del hecho compuesto por la actividad y el resultado, al elemento psicológico del delito y al grado de participación del sujeto condenado, apreciaciones que no trascienden al proceso civil cuando la controversia atañe a cuestiones diversas y la sentencia penal no opera prejudicialmente en cuyo sentido enseña la jurisprudencia que tales resoluciones sólo obligan a los Tribunales civiles en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga (Sentencias de 4 de febrero de 1976 y 22 de noviembre de 1979, habiéndose asimismo declarado en la de 15 de junio de 1981 que «las resoluciones de la jurisdicción penal no producen excepción de cosa juzgada en el orden civil; ante el que sólo tiene valor, con fuerza vinculante, la relación de hechos en la sentencia condenatoria».

Una vez expuesta esta doctrina general sentada por el Tribunal Supremo cabe señalar las dos teorías o criterios que, en nuestra opinión, ha seguido citado Alto Tribunal para permitir la denominada «*indemnización complementaria*», es decir, la indemnización de aquellos daños y perjuicios no valorados en el proceso penal:

1) *La doctrina de la «eficacia temporal de la cosa juzgada penal»*

En efecto, en Sentencias de 19 de febrero de 1973³⁶ y de 25 de marzo de 1976, el Tribunal Supremo matizando su jurisprudencia anterior sobre el tema señaló que tal eficacia en cuanto a la responsabilidad se refiere, puede tener un **límite temporal**³⁷, no alcanzando a daños nuevos o agravaciones del anterior apreciado; siendo solamente aplicable a casos en que se trate de cambios sobrevenidos o apreciados «*ex novo*» en el curso cronológico de lesiones de la propia víctima pero no a hipótesis en que la indemnización pudo preverse con anterioridad a la sen-

36. «...si bien es cierto que la eficacia de la cosa juzgada civil, dimanante de una sentencia condenatoria de la jurisdicción criminal, puede tener un límite temporal, cuando el curso cronológico de las lesiones muestre la aparición de un daño nuevo o su agravación se descubra en fecha posterior a la de la sentencia penal...».

37. Sobre la eficacia temporal, véase GÓMEZ ORBANEJA; Límites temporales de la cosa juzgada, en ACD, I-1, 1948.

tencia penal³⁸. La Sentencia de 19 de febrero de 1973 se expresa en los siguientes términos:

«...sí bien es cierto, como sostiene el recurrente, que la eficacia de la cosa juzgada civil, dimanante de una sentencia condenatoria de la jurisdicción criminal, puede tener un límite temporal, en cuanto a la responsabilidad civil se refiere, cuando el curso cronológico de las lesiones muestre la aparición de un daño nuevo o una agravación del anteriormente apreciado, es menester para ello que este daño o su agravación se manifieste o descubra en fecha posterior a la de la sentencia penal...».

Creemos desacertada, en los términos expresados jurisprudencialmente, esta «doctrina» de la eficacia temporal de la cosa juzgada por cuanto, en nuestra opinión, entendemos que, sin alterar siquiera la efectividad absoluta y definitiva de esta institución se puede admitir la «indemnización de resultados no previstos» en base a que la «*causa petendi*» del proceso civil difiere de la actuada en el proceso penal —o civil— anterior y, por tanto, no concurrirán los requisitos exigidos en el artículo 1.252 del Código civil para la aplicación de la cosa juzgada.

2) La doctrina del «agotamiento del caso»

Jurisprudencia posterior parece que obviando el criterio anterior sobre la eficacia temporal de la cosa juzgada penal vino a señalar que un elemental principio de justicia obliga a matizar el anterior principio y a establecer como regla de excepción aquélla que predica que no es aplicable la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieren agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia. Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso. En consecuencia, no existe cuando no se dé esa posibilidad y el proceso posterior que complementa el anterior no vulnera el principio *non bis in idem* (en este sentido STS 1.º de 20 de abril de 1988)³⁹.

Así, no se cuestiona la eficacia definitiva —no temporal— de la cosa juzgada sino que se admite que el proceso civil *complemente* las responsabilidades pecuniarias cuando surjan nuevos daños derivados de

38. En este sentido también SAT de Barcelona de 7 de octubre de 1988, publicada en Bol. de Información Jurídica IURISGESA, 3.º trimestre de 1988.

39. Publicada en Bol. de Información Jurídica IURISGESA, 1.º trimestre de 1990.

los hechos penalmente enjuiciados al estimarse que en la esfera penal quedó la nueva cuestión imprejuicada al no existir entre uno y otro procedimiento, el penal y el civil, las correlativas identidades que requiere la excepción de cosa juzgada prevista en el artículo 1.252 del Código civil por ser distinta la «*causa pretendi*», es decir, por existir una variación esencial entre lo pedido en el juicio penal y lo reclamado en el proceso civil.

Ya en este orden de ideas, las Sentencias de 27 de enero de 1981 y 13 de mayo de 1985, generalizaron la tesis de que la sentencia civil podía servir de *complementaria* a la penal cuando en ésta no se pudieron tener en cuenta determinados supuestos, matizando las de 25 de marzo de 1976 y 11 de diciembre de 1979 la posibilidad de pedir en vía civil la *indemnización de resultados no previstos*, tesis que ha encontrado su definitiva consagración en la Sentencia de 9 de febrero de 1988, al entender, en base a la innovación del artículo 24.1 de la Constitución Española, que se negaría, en caso contrario, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de unos derechos e intereses legítimos.

Esta interesante Sentencia de 9 de febrero de 1988 señala que: «Es sabida y proclamada por constante jurisprudencia la prevalencia de la sentencia penal condenatoria sobre la civil en aquellos supuestos en los cuales, como en el presente, unos hechos ilícitos, culposos o negligentes, sean, al propio tiempo constitutivos del ilícito penal y de sus consecuencias en la responsabilidad civil —Sentencias de esta Sala de 4-XI-1986, 2-XI-1987 y 18-XI-1987, entre otras—, de tal manera que, dictada una sentencia penal condenatoria, no puede una sentencia civil posterior volver sobre el mismo asunto para suplir sus posibles errores o deficiencias. Pero la aplicación de esta doctrina requiere que no se vuelva sobre hechos ya establecidos en la sentencia penal, pero, en principio, **la sentencia civil puede servir de complemento a una penal para supuestos que, en ella, no se tuvieron ni se pudieron tener en cuenta** —Sentencias de esta Sala de 27-I-1981 y 13-V-1985—, y fundamentalmente ante la presencia de unos resultados de la conducta delictiva, imprevisibles en el momento en que se dictó la sentencia penal, se admite la posibilidad de pedir, por vía civil, la indemnización de aquellos resultados no previstos —Sentencias de esta Sala de 25-III-1976, 11-XII-1979—, pues sería una artificiosa solución, contraria a la naturaleza de las cosas, aquella que pretenda negar la innegable realidad de un daño sobrevenido como consecuencia de una actuación ilícita que, cuando fue juzgada, presentaba mejores perspectivas dentro de las posibilidades, siempre falibles, de los criterios de valoración que en aquel momento, se podían aplicar ra-

cionalmente, pero que han sido desbordados por la realidad. En tales casos, ante la imposibilidad de plantear otro proceso penal para reenjuiciar la conducta básica, si se negara la viabilidad de la pretensión de resarcimiento por medio del proceso civil, se produciría un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución española, pues se negaría el recurso a obtener la tutela efectiva de unos derechos y de unos intereses legítimos, supuestos por el genérico derecho a resarcirse de los males sufridos por conductas ajenas. Por estas razones, demostrada documentalmente la nueva situación, los motivos deben ser estimados en cuanto se debe pasar al estudio de la pretensión tendente a fijar la indemnización que corresponde por nuevos hechos sobrevenidos al proceso penal y no previstos en él» (STS, 1.ª de 9 de febrero de 1988).

V. LA CONTROVERTIDA DELIMITACIÓN DE LA EFICACIA TEMPORAL DE LA COSA JUZGADA

En este sentido, no podemos sino recordar la incertidumbre existente en nuestro sistema procesal respecto a lo que viene conociéndose como los *límites temporales de la cosa juzgada* ya que parece no concretarse adecuadamente, entre la doctrina y la jurisprudencia, sobre el alcance y contenido de esta supuesta limitación temporal. Lo que sí parece claro, sin embargo, es que por tal no puede entenderse un estado en el que a partir de un determinado momento post-procesal deje de surtir eficacia los considerados efectos propios de la cosa juzgada material, es decir, como si una vez transcurrido un determinado plazo legal los efectos de la cosa juzgada quedasen sin validez o vigencia alguna.

Esta postura que no encuentra ninguna justificación legal en nuestro ordenamiento jurídico tropezaría, además, con innumerables objeciones y lagunas de regulación, como por ejemplo, el término de validez, vigencia o caducidad de la cosa juzgada. Decimos que el término de caducidad de la cosa juzgada por cuanto, no cabe duda que al configurarse de aquella manera la eficacia temporal de la cosa juzgada —en la que por el mero transcurso de un plazo legal dejarían de desplegarse los efectos inherentes a la cosa juzgada— surgiría como primera cuestión problemática la de la extensión temporal de dicho plazo que dada, en su caso, su operatividad automática una vez transcurrido ha de concebirse como una plazo de caducidad. Por otra parte, habría que determinar si el plazo sería común en todos los supuestos o, por el contrario, coexistirían distintos términos dependiendo de la naturaleza y objeto de la *res iudicata*.

Parece claro, pues, como decimos que, por la expresión de *límites temporales de la cosa juzgada* no puede entenderse este sistema de caducidad anteriormente expuesto sino que, muy distintamente, lo que por esta expresión debe entenderse es que transcurrido un determinado plazo que, por su naturaleza no está sometido a ninguna duración preestablecida, el objeto del proceso resuelto por sentencia firme ha tenido que variar —o al menos es muy probable que así haya sucedido dado el transcurso de un largo período de tiempo variable en función de la *res iudicata*— en su contenido, ámbito o circunstancias concurrentes respecto a otras pretensiones que puedan deducirse posteriormente en otro proceso distinto pese a que ambos guarden alguna conexión o identidad comunes y, en consecuencia, la pretensión que se deduzca en el posterior proceso frente a la que se pretenda oponer la excepción de cosa juzgada será en mayor o menor medida distinta de la deducida y resuelta en el proceso ya fenecido por sentencia firme. Resulta claro, por consiguiente, que si bien la cosa juzgada material no entraña ningún límite temporal, sin embargo, el mero transcurso del tiempo influirá en la eficacia de la cosa juzgada de un determinado proceso en la medida en que dicho transcurso temporal cree, modifique o extinga algunas de las circunstancias o elementos esenciales concurrentes en la *res iudicata* respecto a la *res iudicanda*.

El supuesto podría compararse a lo que sucedería de entender que el estado civil de mayoría de edad goza también de un límite temporal hasta el cual desplegaría sus efectos propios. En este sentido, resulta evidente que una vez adquirida la mayoría de edad al cumplirse la edad legalmente establecida de dieciocho años los efectos que este estado civil de mayoría de edad implica se producirán, salvo algunas limitaciones que no atienden precisamente al elemento temporal, indefinidamente. Sin embargo, parece claro que una vez fallecido el mayor de edad —o así declarado judicialmente— tal estado civil resulta limitado, no por el transcurso del tiempo, sino precisamente por la muerte del mayor de edad que con el transcurso del tiempo habría de producirse algún día. En definitiva, si bien es cierto que la mayoría de edad no está sometida a ningún límite temporal *ad quem* también lo es que una vez transcurrido un determinado término los efectos propios de la mayoría de edad dejarían de producirse por la extinción de la persona física a que se refiere aquella pero, no por ello, puede decirse que el estado civil de mayor edad está sometido a un límite temporal *ad quem* (aunque técnicamente sí es cierto que la duración de la mayor edad está sometida desde su nacimiento a un término resolutorio coincidente con la fecha del fallecimiento de la persona).

Por ello, atendiendo a los anteriores razonamientos podríamos configurar la cosa juzgada material como una institución sometida a condición resolutoria o final de cuyo cumplimiento depende la cesación de los efectos propios de la cosa juzgada. Es decir, que los efectos producidos por la cosa juzgada material se producirán hasta el momento en que se cumpla la condición resolutoria mixta de la que pende, siendo el acontecimiento en que consiste aquélla la creación, modificación o extinción de los elementos esenciales, accidentales o demás circunstancias concurrentes de la *res iudicata* respecto a las configuradoras de la *res iudicanda*.

Sin embargo, es lo cierto que en vez de configurar la cosa juzgada sometida a condición resolutoria también podría configurarse a la misma sometida a término final o resolutorio, en cuyo caso el acontecimiento que necesariamente ha de realizarse aunque se ignore cuándo (*dies incertus an et incertus quando*) consistirá, como ya dijimos al referirnos a la condición resolutoria, en la creación, modificación o extinción de los elementos esenciales, accidentales o demás circunstancias concurrentes de la *res iudicata* respecto a las configuradoras de la *res iudicanda*.

El motivo esencial por el que puede discutirse si la cosa juzgada está sometida a condición resolutoria o a término final consiste en la dificultad de determinar si el acontecimiento del que pende la cesación de los efectos de la cosa juzgada se producirá en todo caso aunque se ignore cuándo (*dies incertus an et incertus quando*) o si, por el contrario, se admita que dicho acontecimiento si bien es posible que pueda producirse también lo es que nunca llegue a hacerlo.

En nuestra opinión, creemos que debe admitirse la concurrencia de los dos elementos citados en la cosa juzgada material dependiendo de la naturaleza y contenido de la *res iudicata*. Así, parece claro que en determinados supuestos al momento de dictarse la sentencia firme resulta también determinado el nacimiento de una u otra figura, mientras que en otros supuestos, por el contrario, en dicho momento no pueda por mucha imaginación que se ponga determinar la naturaleza de término o condición de la que desde entonces penderá la cosa juzgada recién nacida. Por ello, no podemos determinar *a priori* si la cosa juzgada está sometida a condición o término resolutorios sino que, habrá que determinarlo en cada caso y, por cierto, con una cierta dificultad interpretativa que en muchos casos nos hará llegar a conclusiones equivocadas.

Por otro lado, debemos advertir que si bien es cierto que la cosa juzgada desplegará sus efectos propios hasta el momento en que se verifique el acontecimiento del que pende el término resolutorio o en tanto en cuanto no se produzca, si es que llega a producirse, el acontecimiento

en que consiste la condición resolutoria, en su caso, pendiente, también es cierto que la cosa juzgada hay que referirla a unos hechos, actos y fundamentos concretos, el objeto del proceso, necesariamente determinados en el tiempo, en una fecha precisa, sobre la que se extenderá la cosa juzgada dejando fuera de sus efectos los que se produzcan a partir de entonces. Lo dicho se entenderá mejor si tenemos en consideración que la cosa juzgada se referirá a unos determinados hechos, actos y fundamentos jurídicos aplicables en un determinado momento procesal pero que, lógicamente no puede extenderse a aquellos hechos, actos o fundamentos jurídicos que no se tuvieron en consideración al dictarse la sentencia firme por el elemental motivo de que aún no se habían producido. Puede discutirse y, luego tendremos ocasión de ocuparnos más extensamente al respecto, si la cosa juzgada tampoco puede extenderse a los hechos, actos o fundamentos jurídicos que, si bien ya estaban producidos, no se aportaron al procedimiento judicial ya finalizado por sentencia firme bien porque las partes no los consideraron relevantes o bien porque al momento procesal preclusivo para la aportación de hechos aquéllos eran desconocidos para los litigantes.

En consecuencia, podemos concluir cómo al referirnos a los límites temporales de la cosa juzgada no sólo debemos fijarnos en la eficacia temporal *a quo* y en la eficacia temporal *ad quem* sino también en los que nosotros denominaremos términos de computación de la cosa juzgada material. Una aclaración resulta procedente en este punto ya que si la eficacia *ad quem* hay delimitarla hasta el momento en que se verifica el acontecimiento en que consiste la condición —si es que ésta llega a cumplirse— o el término resolutorios y la eficacia inicial de la cosa juzgada no cabe duda que quedará determinada desde la fecha de la firmeza de la resolución judicial correspondiente debe precisarse también qué hechos, actos y fundamentos jurídicos ya producidos o que puedan producirse en el futuro quedarán intangibles e inmodificables a los efectos de la cosa material ya que no cabe duda, como ya hemos dicho anteriormente, que la *res iudicata* sólo podrá extenderse sobre aquéllos hechos, actos y fundamentos jurídicos que se tuvieron en cuenta o se ignoraron voluntariamente por las partes —y excepcionalmente por el Juzgador— hasta un determinado momento procesal preclusivo a partir del cual no era ya factible modificar los hechos sobre los que se fundamentaba la demanda. A la determinación de estos hechos, actos y fundamentos jurídicos ya producidos o que quedan por producirse posteriormente que resulten afectados por la cosa juzgada es a lo que nosotros denominaremos *término final de computación de la cosa juzgada*.

Resulta claro, pues, que al referirnos a los límites temporales de la cosa juzgada no sólo hay que fijarse en el término inicial de producción de los efectos de la cosa juzgada —coincidente con la fecha de la firmeza de la resolución judicial de que se trate— y en el término final de la misma que se producirá, como ya hemos dicho, al momento en que se verifique el acontecimiento en que consista, en cada caso, la condición —si es que ésta llega a cumplirse— o el término resolutorios de los que la *res iudicata* pende, sino que, también habremos de fijarnos en el momento procesal (*término final de computación de la res iudicata*) a partir del cual no puede extenderse la *res iudicata* a los hechos, actos o fundamentos jurídicos nuevos que no pudieron tenerse en consideración precisamente por su carácter de nuevos y que por tanto no fueron producidos sino con posterioridad a citado momento procesal así como los hechos, actos y fundamentos que si bien se produjeron con anterioridad no fueron conocidos por las partes sino hasta precluido dicho trámite procesal.

Un ejemplo aclarará la importancia de la determinación de citado momento procesal. Piénsese en un juicio en reclamación de alimentos en el que la *causa petendi* viene determinada por la capacidad del alimentante y por la necesidad del alimentista y, en consecuencia, el *petitum* habrá de corresponderse con dichas capacidad y necesidad de los sujetos. Sin embargo, en el proceso todas estas circunstancias básicas para la properabilidad de la acción habrán de referirse a un momento determinado en el que, por ejemplo, se concretan en X la capacidad del alimentante, en Y la necesidad del alimentista y en Z la cuantía de los alimentos reclamados. Este momento procesal preclusivo en el que quedan determinadas las circunstancias aludidas (*causa petendi* y *petitum*) supone que quede a su vez fijada la *res iudicanda* u objeto del proceso, es decir, las pretensiones deducidas por el actor en el proceso y sobre las que, so pena de incongruencia, habrá de recaer la sentencia que en su día se dicte. Esta determinación de la capacidad del alimentante, de la necesidad del alimentista y del *quantum* de los alimentos solicitados ha de referirse en consecuencia a un momento determinado, pese a que posteriormente tanto la capacidad como la necesidad puedan aumentar y/o disminuir relevantemente, por cuanto el desenvolvimiento del proceso no admite que la *causa petendi* y el *petitum* vayan variando a lo largo del devenir procesal. Si se admitiera la actualización procesal de las variaciones que en la determinación de la *causa petendi* resultan relevantes se admitiría la configuración de un procedimiento en el que no regiría el principio preclusivo y los trámites podrían sucederse sin fin. Decimos que los trámites podrían sucederse sin fin por cuanto constantemente po-

dría modificarse el *petitum* al variar la capacidad del alimentante y/o la necesidad del alimentista lo que obligaría a conceder nuevos trámites al actor y al demandado para acreditar las nuevas circunstancias y, una vez concedidas, podría comenzarse de nuevo ya que podría nuevamente haberse variado (o creerlo así las partes o, simplemente alegarlo para dilatar el procedimiento) la *causa petendi* y en su consecuencia el *petitum*. Queda claro, pues, que las pretensiones de las partes —la *res in iudicio deductae*— han de concretarse a un momento temporal determinado en el que tanto la capacidad como la necesidad resultan asimismo determinantes respecto a los litigantes. Este momento procesal de determinación de la *causa petendi* y el *petitum* resultará preclusivo; de tal forma que, las variaciones posteriores que puedan producirse sobre el objeto del proceso no podrán ser tenidos en cuenta en la sentencia que resuelva el litigio y, por ello, no resultarán tampoco afectados por la cosa juzgada material que producirá dicha sentencia.

Pero puede ocurrir por otro lado, que una vez dictada la sentencia (que decida sobre la concesión o denegación del derecho a alimentos y, en su caso, determine su cuantía) tanto la capacidad del alimentante como la necesidad del alimentista puedan variar ostensiblemente, resultando desproporcionado entonces los alimentos concedidos en la sentencia respecto a la nueva capacidad y necesidad de los litigantes. En tal caso, se admite sentencia respecto a la nueva capacidad y necesidad de los litigantes. En tal caso, se admite que el perjudicado por las nuevas circunstancias promueva un nuevo procedimiento para adecuar el derecho de alimentos concedidos (o denegados) a las nuevas circunstancias económicas del alimentante y del alimentista ya que éstas no pudieron tenerse en consideración en la sentencia dictada por la elemental razón de tratarse de hechos posteriores a la sentencia.

Sin embargo, pese a la claridad de tal supuesto puede ocurrir también que tales variaciones se produzcan después del momento preclusivo de fijación o determinación de las pretensiones de las partes pero antes de dictarse sentencia. En tal caso, las nuevas circunstancias no podrán tenerse en consideración en la sentencia ya que no eran objeto del proceso, de la *causa petendi* (el actor se basaba en su demanda en que el alimentante al 1 de enero de tal año disponía de unos ingresos mensuales de 9 no de 5 y en que el alimentista necesitaba 1 no 7) y, en consecuencia, el Juez dictará sentencia con los datos obrantes en las actuaciones (expresadas en la *causa petendi* y el *petitum* al momento de presentación de la demanda u otro posterior según indicamos en otro lugar) pese a que tanto la capacidad del alimentante como la necesidad del

alimentista puedan haber variado ostensiblemente en sentidos opuestos originando una insostenible desproporción respecto a la representada con anterioridad a tales cambios.

Quizás se comprenda mejor la desproporción concretando hipotéticamente los datos en que se basaba la *causa petendi* y el *petitum*. Así, si se estimaba una demanda que se fundamentaba en cifrar en 100 la capacidad del alimentante y en 0 la necesidad del alimentista (y, consecuentemente se concede 10 como cuantía de los alimentos) si posteriormente a dicha preclusión pero antes de la sentencia la capacidad disminuye a 30 y la necesidad aumenta a 50 resulta evidente la desproporción producida que no pudo tenerse en consideración en la sentencia.

En tal caso de modificación del objeto del proceso con posterioridad al momento en que quedaron determinadas las pretensiones de las partes pero con anterioridad a la fecha de la sentencia resulta claro que, la cosa juzgada no puede afectar a las variaciones sobre el objeto del proceso producidas entre citados momentos procesales (fechas de la demanda y de la sentencia) por lo que pese a que tales variaciones sobre el objeto del proceso son anteriores a la sentencia no quedarán sujetas a la cosa juzgada y podrán hacerse valer en un proceso posterior para, teniéndolas en cuenta, adecuar el pronunciamiento judicial a la nueva realidad económica de los litigantes.

Puede verse así cómo cobra importancia el momento en que los hechos han de fijarse dentro del proceso. Es sabido como la problemática de los hechos en el proceso alcanza un especial significado que, siguiendo a ARAGONESSES⁴⁰, han de ser examinados siguiendo las siguientes etapas:

1.º Existencia. Señalaba NÚÑEZ LAGOS que desde que las normas se publican en los diarios oficiales, el problema de la existencia de las normas dejó de tener importancia, a salvo los escasos supuestos de normas de conocimiento dudoso, tales como la costumbre y el derecho extranjero. El problema subsiste en los hechos. En éstos hay que distinguir de un lado los hechos materiales, ostensibles, los llamados por este autor hechos patentes, como el nacimiento, la muerte, hechos que apenas plantearían cuestiones si no fuera porque al derecho le preocupan dos categorías lógicas fundamentales: el tiempo y el espacio, así como sus relaciones con hechos concomitantes o con determinadas personas. Estos hechos materiales, que tienen efectos jurídicos por sí, sin necesidad de fijación, han de ser, sin embargo, determinados por las coordinadas fundamentales del tiempo y del lugar.

2.º Determinación de los hechos jurídicamente relevantes. Es decir,

40. ARAGONESSES ALONSO, Pedro; Proceso y Derecho Procesal, Aguilar, Madrid, 1960, págs. 792 y 793.

aquellos hechos con trascendencia jurídica que reunidos forman la relación orgánica de derecho que se encuentra latente dentro de las circunstancias materiales.

3.º Fijación de los hechos. Determinados los hechos jurídicamente relevantes ha de procederse a su calificación y análisis integral; a determinar el diagnóstico jurídico, comparando los supuestos abstractos de la especie con las circunstancias que concurren en el caso concreto. Pero como se comprende ésta no es una operación aislada, sino una operación que se va realizando circularmente: pasamos continuamente del hecho al concepto, del concepto a la norma, de la norma al hecho, y así una y otra vez, se inicia la cadena. Continuatamente cada conducta con trascendencia jurídica determina una serie ilimitada de juicios. Juicios que, por otra parte, en lo que se refiere al Derecho procesal están sometidos a continuas impugnaciones de la otra parte, a revisiones por parte del Juez y aun no sólo del Juez en relación con las partes, sino de un juzgador superior respecto de un juzgador inferior.

La crítica de los juicios sería imposible formal y temporalmente si no se fijasen los diversos elementos que constituyen el objeto de cada juicio en particular o del juicio en general. La fijación de tales elementos se produce mediante las estructuras de las alegaciones de la prueba.

Por las alegaciones fijamos los datos lógicos sobre los cuales ha de racer el juicio, pero en ellas el sentido de la fijación ha de comprenderse referido a la simple acotación de los datos, en cuanto sólo pueden tenerse en cuenta los que se introducen cumpliendo las formalidades que en cada supuesto se señalan (lo que no está en los autos no está en el mundo), mientras que, por la prueba se trata de revertir aquellos datos lógicos en hechos ciertos mediante un convencimiento psicológico del aplicador.

Parece claro, en consecuencia, que la cosa juzgada se extenderá respecto de los hechos, actos y fundamentos jurídicos esgrimidos en el procedimiento o que debieron serlo antes de que precluyera el momento procesal oportuno para la invocación de aquéllos, dependiendo dicho término del tipo de procedimiento en cada caso aplicable, pero no de aquellos hechos, actos o fundamentos que en ese momento no se habían producido o que habiéndose producido resultaban desconocidos para las partes. El fundamento hay que encontrarlo en la necesidad procesal de establecer un momento a partir del cual las pretensiones de las partes no puedan modificarse dentro de ese mismo procedimiento ya que de lo contrario nunca podría resolverse definitivamente el litigio si no se estableciera un momento a partir del cual las pretensiones quedasen determinadas o congeladas sin tener en cuenta en ese mismo procedimiento las sucesivas alteraciones que sobre el *thema decidendi* pudieran producirse. Por ello, insistimos, los hechos producidos a partir de citado momento preclusivo de aportación de nuevos elementos al proceso —y que noso-

tros hemos denominado *término final de computación de la cosa juzgada*— no podrán tenerse en cuenta para la estimación de la excepción de cosa juzgada en un nuevo proceso si sobre ellos se fundamenta la *res iudicanda* ya que respecto de aquéllos no se extiende los efectos propios de la *res iudicata*. Se distinguiría de esta forma nítidamente la cosa u objeto que se está juzgando (*res iudicanda*) de la cosa u objeto ya juzgado (*res iudicata*).

Ahora bien, aunque lo anteriormente expuesto parece evidente por la propia configuración que a la cosa juzgada ha de atribuirse, como ya hemos dicho para poder determinar o fijar el objeto sobre el que se extenderá la *res iudicata*, es lo cierto que la determinación del trámite procesal que se identificaría en nuestro sistema con citado momento procesal preclusivo⁴¹ no resulta exento de problemas. En nuestra opinión, habría que distinguir según los distintos tipos de procedimientos aplicables ya que dicho trámite podría no ser el mismo en un juicio de mayor cuantía que en un juicio verbal.

Así, teniendo en cuenta que la presentación de la demanda supone el inicio de la litispendencia que lleva aparejada, como sabemos, entre otras consecuencias que a partir de entonces queda delimitado el objeto del proceso y el debate ha de ajustarse al contenido de la demanda y, por consiguiente, queda vedado la introducción de modificaciones esenciales del objeto litigioso, excepto las peticiones complementarias que no alteren las que sean objeto principal del pleito. En este sentido, la admisión de modificaciones no sustanciales se fundamentan en nuestro ordenamiento, por un lado, en el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

«En los escritos de réplica y dúplica, tanto el actor como el demandado fijarán concreta y definitivamente, en párrafos numerados, los puntos de hecho y de derecho objeto del debate pudiendo modificar o adicionar los que hayan consignado en la demanda y contestación.

También podrán ampliar, adicionar o modificar las pretensiones y ex-

41. Acerca de la preclusión procesal LOZANO-HIGUERO PINTO, tras afirmar que se trata de una institución jurídica enmarcada en la Teoría General del proceso, la define como una «institución ordenadora de la regularidad del desenvolvimiento del proceso y que se concreta en el resultado jurídico-procesal producido por la inacción de una de las partes del mismo respecto al ejercicio en su seno, en el plano especialmente establecido al efecto, de una facultad procesalmente relevante, o por la realización de otra actividad con ella incompatible, y que se resuelve en la pérdida, extinción, consumación de la misma y la consolidación correlativa de la esfera jurídico-procesal de la contraparte», en *Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales*, Justicia, 1986-IV, pág. 551.

cepciones que hayan formulado en la demanda y contestación, pero sin que puedan alterar las que sean objeto principal del pleito».

Y, por otro se sustenta en el contenido de la regla 2.^a del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que la comparecencia previa del juicio de menor cuantía de no lograrse acuerdo proseguirá con el objeto, entre otros mencionados, de:

«Oír al demandante y al demandado e invitarlos para que, sin alterar lo sustentado en sus escritos con carácter sustancial, concreten los hechos, fijen aquellos en que no exista disconformidad y puntualicen, aclaren y rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar los términos del debate».

En los restantes procedimientos y en términos generales sí podemos concretar que ese momento procesal preclusivo debe comprender en todo caso el término legal para contestar a la demanda conforme a lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite ampliar la demanda para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas.

Recapitulando, hemos de concretar que entre los denominados límites temporales de la cosa juzgada material hay que distinguir claramente de un lado la eficacia temporal *a quo* o inicial de la cosa juzgada que vendrá determinada por la fecha de la firmeza de la resolución judicial de que se trate y, de otro, la eficacia temporal *ad quem* o final de la cosa juzgada que hay delimitarla hasta el momento en que se verifica el acontecimiento [*consistente, como ya hemos dicho, en la creación, modificación o extinción de los elementos esenciales, accidentalmente o demás circunstancias concurrentes de la res iudicata respecto a las configuradoras de la res iudicanda*] en que consiste la condición —si es que ésta llega a cumplirse— o el término resolutorios de los que penda.

Asimismo hay que distinguir de un lado el término inicial de computación de los hechos, actos y fundamentos jurídicos a los que se extenderá la eficacia de la cosa juzgada material que, como es lógico comprenderá todos los producidos y que resulten de relevancia para el ejercicio de la *res in iudicio deductae* sin limitación temporal alguna, es decir, que se remontarán tanto tiempo atrás como resulte necesario para la justificación de la pretensión procesal deducida. Este término de computación inicial ilimitado quedará en la práctica limitado por la concurrencia de los requisitos exigidos para la prosperabilidad de la acción ejercitada con el transcurso en la mayoría de los supuestos de plazos relativamente cortos como son los establecidos con el carácter de máximos en las leyes positivas (así, con el transcurso de treinta años quedarían

cubiertas la prescripción adquisitiva, la prescripción de acciones, etc., por lo que bastaría para no tener que remontarse in perpetuum en lo que resultaría una prueba diabólica).

Más importancia reviste, sin embargo, la determinación del término final de computación de los hechos, actos y fundamentos jurídicos que resultarán afectados por la cosa juzgada y que, como ya hemos señalado, comprenderá todos aquellos producidos, alegados o no por las partes, hasta la fecha de un determinado trámite procesal preclusivo a partir del cual no sea posible ya modificar sustancialmente las pretensiones que sean objeto principal del pleito y, por consiguiente, los hechos, actos y fundamentos jurídicos a los que habrá de circunscribirse necesariamente so pena de incongruencia la *res iudicata*.

Por otro lado, no podemos dejar de señalar cómo las acciones para exigir el cumplimiento de los derechos, que a consecuencia de la variación de los hechos y actos sobre los que se contrae la cosa juzgada puedan derivarse, podrán prescribir conforme a las reglas generales de prescripción previstas en los artículos 1.961 y siguientes del Código civil ya que no tratándose de *res iudicata* conforme a lo anteriormente expuesto sino de una nueva *cosa* todavía imprejuizada no resultará aplicable la institución de la cosa juzgada.

Otra cuestión distinta es que se admita o no la prescripción de los derechos reconocidos en la sentencia firme y, por tanto, productora de cosa juzgada material. En nuestra opinión, resulta indudable que los derechos e intereses reconocidos en una sentencia firme también pueden prescribir por aplicación de las reglas generales de prescripción previstas en los artículos 1.961 y siguientes del Código ya que de admitirse la tesis contraria de que los derechos amparados por la cosa juzgada resultan imprescriptibles resultaría que unos determinados derechos, los reconocidos judicialmente, gozarían de una protección desproporcionada respecto de aquéllos otros que al no haber sido nunca controvertidos sí resultan prescriptibles con la consiguiente limitación del ejercicio de tales derechos para sus titulares.

De esta forma, por ejemplo, se podría evitar la prescripción adquisitiva o usucapión de los bienes y derechos simplemente ejercitando las correspondientes acciones judiciales para que una vez reconocido judicialmente el derecho de su titular se conviertan en imprescriptibles ya que al haberse declarado mediante sentencia firme ésta producirá los consecuentes efectos de cosa juzgada.

Resulta, obvio, por otro lado, cómo esta prescripción de los derechos e intereses reconocidos en sentencias firmes, amparados por ello

por la cosa juzgada, resultan en términos generales una limitación temporal de la cosa juzgada ya que por el mero transcurso del tiempo los efectos de la cosa juzgada pueden llegar a desaparecer al prescribir los citados derechos e intereses legítimos reconocidos en la sentencia.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1959, tomo I, págs. 142 y 143.
- CARRERAS, José, *Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el Derecho positivo español*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1962.
- CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*. Bolonia-Zaragoza, 1975.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Ramón Areces, S.A., Madrid, 1991.
- FAIRÉN GUILLÉN, Vicente, *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*. Bosch. Barcelona 1990.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José, *La aclaración de sentencias*. *Revista General de Derecho*, núm. 576, septiembre de 1992, págs. 8.047 a 8.077.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José, *La reclamación en vía civil de las indemnizaciones no valoradas en el proceso penal (la indemnización ampliatoria)*, *Boletín de Información Jurídica, IURISGESA*, n.º 27, 1994, págs. 3 a 7.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Las teorías de la cosa juzgada*. Madrid, 1932.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Eficacia de la sentencia penal en el proceso civil*, *Rev. Derecho Procesal* 1946, pág. 207.
- GUASP, Jaime, *Límites temporales de la cosa juzgada*, en *ADC*, I-1, 1948.
- IBÁÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, M., *Sobre la cosa juzgada*, *Rev. Der. Proc.* 1966-4, pág. 141.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Bosch. Barcelona 1990, págs. 668 y ss.
- MUÑOZ ROJAS, J., *Anotaciones en torno a la cosa juzgada*, en *Rev. Derecho Procesal*, 1970-4, págs. 821 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentando el art. 1.252*, en «Comentarios

al Código civil y compilaciones forales», Tomo XVI-2. Edersa. Madrid, 1981.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentando el art. 1.252*, en «Comentario del Código civil», Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

SILVA MELERO, Valentín, *La cosa juzgada en el proceso civil*, en *R.G.L.J.*, 1936.

OTRA BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, *Cosa juzgada en materia penal*, *R.G.L.J.*, 1918, pág. 130.

CALDERÓN, *La función negativa de la cosa juzgada*, en *R.G.L.J.* 1906, I, pág. 369, y II, pág. 5.

DEVIS ECHANDÍA, *De la prejudicialidad. Influencia del proceso penal en el civil y viceversa*. *Rev. Der. Proc.* 1963, pág. 675.

FENECH, M., *Polémica sobre la cosa juzgada penal y la elasticidad de la pena*, en «Estudios de Derecho Procesal». Barcelona 1962, pág. 715.

GARCÍA HIRSCHFELD, *Efectos de cosa juzgada material producidos por las sentencias absolutorias de las Audiencias y de los juicios de faltas*. *Pretor* 1970, pág. 53.

JIMÉNEZ ASENJO, E., *Sobre el alcance real de la cosa juzgada*, en *R.G.L.J.*, 1948, pág. 63.

MIGUEL Y ROMERO, *La cosa juzgada penal y la acción civil*, *RT* 1932, pág. 535.

MOLERO, *Interferencias de la acción penal en el proceso civil*. *Rev. Der. Proc.* 1958, pág. 103.

RIESGO, *Cosa juzgada penal. Su influencia*, *R.G.L.J.*, 1913, pág. 135.

VIADA, *Eficacia de la sentencia penal en el proceso civil*, *Rev. Der. Proc.* 1961, pág. 589.

DESPACHO ORDINARIO

LOS TRIBUNALES HAN DICHO

JOAN PICÓ I JUNOY
J. SOLÉ RIERA
BELÉN MORA CAPITÁN
Ch. CATALÁ COMAS

LA CUESTIÓN DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA EN EL JUICIO EJECUTIVO

STS 30 de mayo de 1994 (R.A. 3.760).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Iniciado juicio ejecutivo 158/1992 en el Juzgado de 1.^a instancia número 2 de Barcelona por la entidad denominada «Rivière, SA» contra demandados residentes en Arrecife de Lanzarote (Gran Canaria), en reclamación de 1.203.144 pesetas, recayó Sentencia de remate con fecha 2 septiembre 1992, mandando seguir la ejecución adelante; pero con anterioridad, por escrito de 8 mayo del mismo año promovieron aquéllos en tiempo hábil cuestión de

competencia por inhibitoria, escrito que fue repartido entre los Juzgados de Arrecife el 1 de junio siguiente, y se tuvo por propuesta dicha cuestión, dictándose auto por el Juzgado de 1.^a instancia número 2 de Arrecife con fecha 6 abril 1993, Auto que tuvo su entrada en el Juzgado requerido el 30 del mismo mes y año, es decir cuando ya había recaído la referida sentencia de remate.

Segundo: Así planteada la cuestión fáctica en que se originó la cuestión de competencia por inhibitoria que ahora se resuelve, es de tener en cuenta que: a) El juicio ejecutivo tramitado en el Juzgado número 2 de Barcelona se basó en una letra de cambio librada por la

entidad ejecutante en Arrecife de Lanzarote, que fue aceptada con fecha 25 de marzo de 1991 por el demandado J. C., previas las frases «Acepto. Pago. Fecha. Cantidad. Vto. Domicilio y Fuero del librador». b) No consta que tales frases hayan sido propuestas después de poner el aceptante su firma en el documento. c) Esta Sala en reiteradas sentencias (entre las últimas, de 2 y 4 abril, 6 noviembre y 15 diciembre 1992) ha declarado en casos similares que, como en este supuesto, del examen de los estampillados en que conste el acepto y la sumisión expresa no resulta en modo alguno que hayan sido añadidos con posterioridad al acepto, toda vez que su ubicación acredita lo contrario. Es doctrina jurisprudencial constante que las cláusulas de sumisión contenidas en letras de cambio cuando en la diligencia del protesto no se haya expresado alguna de las tachas procedentes, cual es la de la firma, son válidas, y también es válida la cláusula de sumisión que haya sido integrada en el espacio destinado a contener el acepto, dado que se trata de una práctica forense en el tráfico mercantil cuya ilicitud no puede ser cuestionada. d) La circunstancia acreditada de que la sentencia de remate haya recaído en fecha posterior a la iniciación de la cuestión de competencia por inhibitoria es interpretada por el Ministerio Fiscal en el sentido de que no puede perjudicar al promovente y por tanto ello, de aceptarse este criterio, llevaría a la ineficacia del juicio ejecutivo seguido en el Juzgado de 1.ª instancia número 2 de Barcelona. Por otro lado esta Sala, en Sentencia de 16 octubre 1993,

en tal hipótesis ha aceptado la validez del juicio posterior al planteamiento de la cuestión de competencia pero con sentencia anterior a la realización del requerimiento al Juzgado que de él conocía, en virtud del principio constitucional de la seguridad jurídica, recogido en el artículo 9 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, el criterio contrario se ha seguido en numerosas Sentencias de esta Sala (entre otras, de 1 abril, 20 junio y 3 octubre 1981 y 8 julio 1983), a cuyo tenor es intrascendente para atribuir competencia que exista sentencia con firmeza procesal, si fue producida con posterioridad a haberse propuesto la cuestión de competencia.

Tercero: En el caso ahora debatido y dado que hay que conferir validez y aplicación a la sumisión expresa que consta en la letra de cambio cuestionada, la competencia ha de ser atribuida al Juzgado de 1.ª instancia número 2 de Barcelona, circunstancia que haría inútil y contraria a la economía procesal que habiendo recaído ya sentencia firme en tal Juzgado sobre el mismo auto se declarase nulo lo actuado para volver en el mismo Juzgado y con iguales medios probatorios y de alegación a dictar nueva sentencia; pero este criterio no puede seguirse por dejar manifiesta indefensión a la parte demandada, con clara infracción del artículo 24 de la Constitución, y por ello al imponerse la ineficacia del juicio ya resuelto en Barcelona, ha de volverse a repetir éste, dando oportunidad a la parte demandada para comparecer y defenderse como lo estime oportuno. Todo

ello con la obligada nulidad del juicio ejecutivo expresado, sin que proceda especial condenación de costas y cumpliendo lo dispuesto en el artículo 109, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La sentencia objeto de comentario nos ofrece un claro ejemplo de cómo la inhibitoria puede convertirse, en ocasiones, en un instrumento sumamente distorsionador e ineficaz para discutir la falta de competencia territorial en los juicios ejecutivos. Sumariamente, los datos a tomar en consideración, por orden cronológico, son los siguientes: a principios de 1992 se inicia un juicio ejecutivo en Barcelona, instando la ejecución de una letra de cambio por valor de 1.203.144 pesetas; en mayo del mismo año se formula una cuestión de competencia por inhibitoria en favor de los Tribunales de Arrecife de Lanzarote (Gran Canaria); en septiembre de 1992, el Juzgado requerido (el de Barcelona) al no recibir ningún tipo de oficio inhibitorio del Juzgado requirente (el de Arrecife), dicta Sentencia de remate mandando seguir la ejecución adelante; finalmente, con fecha de 6 de abril de 1993, esto es, casi un año después de plantearse la cuestión de competencia, se resuelve por auto, notificándose el oficio inhibitorio al Juzgado requerido el 30 del mismo mes.

Los efectos de esta anómala situación no podían ser más perniciosos. Si bien, como reconoce el propio Tribunal Supremo, el Juzgado de Barcelona era el competente territorialmente para proceder en el juicio ejecutivo, debe decretar la nulidad de todo lo actuado en dicho juicio, pues sólo así resulta posible que el demandado pueda comparecer y defenderse como lo estime oportuno. Es ésta una solución a todas luces antieconómica e insatisfactoria, pero la única válida para resolver la indefensión que se le ha causado al demandado. A nuestro entender, varias serían las soluciones, una de *lege lata* y otras de *lege ferenda*, tendentes a evitar situaciones análogas a la aquí descrita.

De *lege lata*, debemos traer a colación el derecho del justificable al correcto y real cumplimiento de los plazos establecidos en la LEC, y en su caso a exigir responsabilidades al causante de las dilaciones indebidas. Sólo así se logra alcanzar una duración razonable del proceso, lo que redundaría en favor del denominado principio constitucional de eficacia del proceso (cfr. RAMOS MÉNDEZ, F., *La eficacia del proceso*, en *Justicia* 2/1987, pág. 103). De acuerdo con nuestro marco normativo, el Juez requerido debería adquirir noticia del planteamiento de la inhibitoria en un plazo de días muy breve (arts. 85 y 86 LEC) para, seguidamente, suspender las actuaciones (art. 89 LEC). De cumplirse eficazmente estos plazos se hubiese soslayado la nulidad de actuaciones, por lo que al in-

cumplirse podrían reclamarse los daños y perjuicios irrogados al perjudicado por dicha nulidad de actuaciones. Sin embargo, la presente solución puede resultar ingenua si atendemos a la generalizada situación de retraso en la que se encuentra inmersa nuestra Administración de Justicia y a los escasos, por no decir nulos, resultados prácticos que se logran de exigir responsabilidad al Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (así, recientemente, GUZMÁN FLUJA, V. C., *El derecho a la indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Valencia, 1994, págs. 203 y ss.).

De *lege ferenda*, entendemos que podrían arbitrarse dos soluciones. En primer lugar, la más drástica, consistiría en suprimir la inhibitoria del juicio ejecutivo. Como advierte SERRA DOMÍNGUEZ, la inhibitoria supone una crisis del proceso que se refleja en su suspensión, por lo que ha sido objeto de notorio disfavor por la doctrina, quien ha llegado a calificarla como de antieconómica y dilatoria, arma en manos del dolo y la chicana muchas veces (*La inhibitoria*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, págs. 184-185). En consecuencia, en el ámbito del juicio ejecutivo, donde no olvidemos que la competencia territorial es indispensable o inderogable *inter partes* (arts. 1.439-1.440 LEC) y la rapidez en su tramitación es un dato a tener siempre en consideración, podría suprimirse el uso del complejo instrumento de la inhibitoria, para permitir el control *ex officio* de las normas sobre competencia territorial, o a instancia de parte a través de la declinatoria. La segunda solución consistiría en perfeccionar la institución de la inhibitoria. A tal efecto —entendemos con SERRA DOMÍNGUEZ— sería aconsejable que tras proponerse la inhibitoria se entregara al solicitante un certificado de su interposición para que con él se instara la inmediata suspensión del proceso principal (ob. cit., pág. 201). De este modo se evitarían los graves, y en ocasiones ya irreparables, perjuicios derivados de la simple negligencia o demora en dictar el correspondiente oficio inhibitorio. En nuestra opinión, si bien es cierto que esta solución puede facilitar la actuación del demandado doloso, este efecto negativo se soslaya exigiéndole una caución suficiente para cubrir los daños y perjuicios que, eventualmente, pueda causar la suspensión del proceso.

JOAN PICÓ I JUNOY

NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO HIPOTECARIO POR DEFECTO EN EL REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR

STS 8 de junio de 1994, (R.A. 4.898).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Promovida por doña María Teresa P. B. ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Salamanca demanda de juicio ordinario de Menor Cuantía contra don José G. M., don Manuel L. del B. y don José Manuel H. S., sobre declaración de nulidad de procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, con fecha 11 marzo 1991 recayó Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el 6 marzo 1989, se desestimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación y en la que constan como probados, entre otros, los siguientes hechos: A) Que el recurrente pide la nulidad del proceso sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por defectos en el requerimiento previo a la deudora. El defecto, que se atribuye al proceso, consiste en haberse hecho el requerimiento de pago a la deudora en la finca hipotecada, donde no se hallaba la deudora, siendo entregada la cédula a su marido. Según la recurrente debió hacerse el requerimiento en Salamanca en el domicilio que consta en la escritura constitutiva de la hipoteca, alegando lo manifestado en la cláusula novena de la misma. B) Que el domicilio a tener en cuenta, en principio, debió ser el

de Salamanca, de acuerdo con la regla cuarta que se refiere a los domicilios determinados en el artículo 131, pues el número 3.º de la regla 3.ª, establece que el requerimiento deberá practicarse en el domicilio que resulte vigente en el Registro, que aquí es Salamanca (fundamentos de derecho primero y segundo de la resolución recurrida).

Segundo: Fundado el recurso que nos ocupa en cuatro motivos, de los que, el primero de ellos denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 131.4 de la Ley Hipotecaria, y alega que la citación de la actora en el procedimiento judicial sumario se hizo, no en el lugar que dispone la Ley Hipotecaria, sino en otro domicilio, un examen detenido de lo razonado en el mismo, nos lleva a su estimación, la que habrá de tener lugar en atención a las siguientes razones: Primera. Que la doctrina científica y jurisprudencial conceptúan el acto de citación del ejecutado en el procedimiento judicial sumario como un acto de intimidación que el acreedor ejecutante dirige a las personas que deben soportar la ejecución, subrayando que persigue fundamentalmente el designio de que lleguen a noticia del deudor los planes del acreedor con la antelación suficiente para que pueda usar de sus derechos (Sentencia de 27 diciembre 1933) o, como dice la de 18 noviembre 1957, tiene la doble finalidad de garantizar al deudor el oportuno y exacto conocimiento de las actuaciones

ejecutivas, al mismo tiempo que asegure al acreedor contra las dilaciones y entorpecimientos que, por razón de los cambios de residencia, sufrirían los trámites procesales. Segunda. Que esta intimidación debe efectuarse en el domicilio paccionado que aparece vigente, conforme al artículo 130, y no puede sustituirse arbitrariamente por otro tipo de llamamientos (Sentencia, ya citada, de 18 noviembre 1957) y, si bien, en una ocasión la doctrina de esta Sala estimó eficaz la realizada en domicilio del deudor con todas las garantías, ha de tenerse en cuenta que, en el supuesto contemplado en la misma (Sentencia de 30 mayo 1947) se había producido un error material en la escritura de préstamo, que propiciaba la validez de esta última citación. Tercera. Que, por otra parte, la doctrina constitucional, a través de la Sentencia 41/1981, de 18 diciembre, aun reputando constitucional el procedimiento judicial sumario, pese a que en el mismo se limita extraordinariamente la contradicción procesal, que priva del carácter de definitiva a la sentencia en él recaída, dejando la puerta abierta a un juicio declarativo, alerta sobre la necesidad de la llamada a los terceros poseedores, como condición suficiente, junto con la

El procedimiento judicial sumario hipotecario se encuentra regulado en los arts. 129 a 135 LH y en los arts. 225 a 233 RH. Se trata de un procedimiento sencillo y extremadamente rápido, dirigido a favorecer la realización inmediata del crédito real hipotecario, proporcionando a los acreedores un medio fácil de efectividad de los créditos hipotecarios. Esta pretendida celeridad se logra, de entre otros medios, limitando, o mejor dicho, impidiendo cualquier tipo de defensa u oposición a la eje-

presentación de la demanda y la integración del título, para pasar a la fase de realización. Cuarta. Que, de acuerdo con todo lo anteriormente dicho, debe concluirse que la citación de la acreedora recurrente en un lugar que, según reconoce la resolución recurrida, no era el ordenado por la Ley, es decir, el que figuraba en el Registro, citación que, además, no le fue practicada personalmente, sino en la persona de su marido, íntegra, no sólo una infracción procedimental, sino un vicio esencial en dicho requerimiento, que al originar indefensión, por no permitir a la misma su inmediata comparecencia y actuación en el procedimiento judicial sumario, conforme a lo que a su derecho hubiese convenido, obliga a declarar la nulidad de dicho procedimiento, de acuerdo con lo solicitado en la demanda, por lo que procede la estimación de este primer motivo y hace innecesario el estudio de los posteriores.

Tercero: La estimación del motivo y, por consiguiente del recurso en el mismo apoyado, comportaba ausencia de condena en las costas causadas en el mismo a ninguna de las partes, así como la devolución del depósito constituido.

cución por parte del deudor demandado, salvo que, excepcionalmente, concurra alguno de los cuatro supuestos de suspensión taxativamente fijados en el art. 132 LH. En consecuencia, toda causa de oposición del deudor (nulidad del título ejecutivo, vencimiento o extinción de la deuda, etc...) no puede sustanciarse en este procedimiento, a modo incidental, sino que debe acudir al juicio declarativo que proceda sin suspenderse, en ningún momento, el normal desarrollo de la ejecución hipotecaria.

Debido a las graves consecuencias que para el deudor ejecutado pueden seguirse de este procedimiento, el art. 130.I *in fine* LH exige, como presupuesto para el válido ejercicio de la acción real hipotecaria, el cumplimiento de un requisito: la fijación, por parte del deudor, en la escritura de constitución de la hipoteca, de un domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones. Es éste el único domicilio donde debe practicarse el requerimiento de pago notarial previo al inicio del juicio (regla 3.ª *ex art.* 131 LH) o el requerimiento de pago judicial sustitutivo del anteriormente citado (regla 4.ª *ex art.* 131 LH), como así lo destacan las SSTS de 23 de octubre de 1992, R.A. 8.403 (f.j. 3.º) o la de 2 de abril de 1992, R.A. 2.772 (f.j. 4.º). Con ello se pretende —como destacó la Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de diciembre de 1925— garantizar al deudor el oportuno y exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas para que actúe como estime necesario. No estamos ante un puro formalismo rituario, sino ante una garantía del deudor, razón por la cual debe procederse con suma cautela si queremos evitar la tramitación de un proceso judicial a espaldas de la parte perjudicada por el mismo. El ordenamiento hipotecario tutela este derecho imposibilitando, totalmente, la ejecución hipotecaria al amparo del procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, cuando exista incumplimiento del citado requisito, sin perjuicio, obviamente, de poderse exigir el cumplimiento de la obligación incumplida por los cauces del juicio ejecutivo (art. 1.429 1.º LEC) o por los del procedimiento declarativo que corresponda a su cuantía.

Este domicilio no tiene forzosamente que coincidir con el real, esto es, con el lugar de la residencia habitual del deudor, e incluso puede tratarse de un domicilio inexistente (cfr. STS de 4 de febrero de 1992, R.A. 6.878, f.j. 2.º). En consecuencia, todo requerimiento o notificación realizado en domicilio distinto al pactado deviene ineficaz y vicia de nulidad al subsiguiente juicio, tal y como ha destacado la doctrina jurisprudencial (vid. SSTS de 29 de junio de 1992, R.A. 5.455, f.j. 3.º; o la de

18 de marzo de 1992, R.A. 2.210, ff.jj. 5.º y 6.º. En doctrina, cfr. GUASP DELGADO, J., *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951, pág. 111; ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, T. IV, 2.º, Barcelona, 1979, pág. 1.112; y recientemente PRAT I RUBI, J., *Procedimientos hipotecarios*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», T. XX, Barcelona, 1993, pág. 812). La trascendencia del señalamiento de dicho domicilio reside en el hecho de que afecta a la validez de citaciones, notificaciones o requerimientos en el presente procedimiento, donde se prescinde por completo de la búsqueda del deudor. Por este motivo se le niega toda eficacia procesal al cambio de domicilio no autorizado por el acreedor, esto es, al margen de lo prescrito en el art. 130 III, IV y V LH, lográndose con ello evitar los eventuales abusos o fraudes que se derivarían de los cambios de domicilio que el deudor podría llevar a cabo (así, GONZÁLEZ-ALEGRE, M., *Los procedimientos judiciales de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1958, pág. 90; y LÓPEZ LIZ, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1987, pág. 40).

En el caso de autos, el citado requerimiento de pago no se efectuó en el domicilio previsto en la escritura pública y en el Registro de la Propiedad, sino en el de la finca hipotecada, razón por la cual, en principio, debemos concluir en la consecuente nulidad del juicio sumario hipotecario. Como alertaron las SSTC 41/1981, de 18 de diciembre, y la 64/1985, de 17 de mayo, en el presente procedimiento, al limitarse extraordinariamente el derecho de defensa del deudor, debe procederse con suma cautela al notificársele su incoación a fin de prevenir cualquier tipo de indefensión. En definitiva, al eludirse el requerimiento de pago en el lugar debido, posiblemente el deudor habrá desconocido la pendencia del procedimiento hipotecario, lo que conduce inexorablemente al TS a declarar la citada nulidad de actuaciones.

A nuestro entender, tan sólo en el supuesto de acreditarse que el acto procesal viciado ha logrado alcanzar el fin perseguido por el art. 130 LH, esto es, dar a conocer al deudor la existencia del mencionado juicio, podría evitarse la nulidad de actuaciones. Esta solución se encuentra, expresa y acertadamente, prevista en el ordenamiento jurídico italiano, donde el art. 156.III del *Codice di Procedura Civile* establece: «La nulidad no puede nunca dictarse si el acto (viciado) ha alcanzado el objetivo para el cual era destinado»; y de un modo no tan perfecto en nuestro art. 240 LOPJ según el cual: «La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen

ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales». En esta línea, incide la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en virtud de la cual «el acto de comunicación (en especial, de aquel que se hace a quien ha de ser parte en el proceso) es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados. La falta de citación o su deficiente realización, por tanto, siempre que se frustrate la finalidad con ella perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión, salvo que tenga su origen en la pasividad o negligencia del destinatario o que éste tuviera conocimiento del acto o resolución por medios distintos, cuya constancia sea notoria» (STC 327/1993, de 8 de noviembre, f.j. 2.º). Ello no acaeció en el caso objeto de estudio, por lo que resulta imposible aplicar la regla excepcional que acabamos de exponer en orden a evitar la nulidad de actuaciones.

JOAN PICÓ I JUNOY

OMISIÓN DEL DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA EN EL JUICIO ORAL. SE DENIEGA EL AMPARO SOLICITADO

STC 181/94, de 20 de junio.

SENTENCIA

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente; don Fernando García-Mon y González Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende y don Pedro Cruz Villalón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

En el recurso de amparo núm. 2.536/91, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díez, en nombre y representación de don Jamil Bokarabila Fallet, asistida por el Letrado don Gonzalo Martínez Fresneda, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 12 de noviembre de 1991. Ha sido parte el Ministerio Fiscal, siendo Ponente don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito registrado el 14 de diciembre de 1991, doña María Jesús González Díez, en nombre y representación de don Jamil Boukarabila Fallet, interpuso el recurso de amparo del cual se hace mérito en el encabezamiento, y en la demanda se nos cuenta que el 7 de abril de 1990 la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia en la cual condenaba al recurrente, como autor de un delito contra la salud pública y de otro de contrabando, a las penas de nueve años y cuatro meses de prisión mayor y multa de 50.000.000 de pesetas, Sentencia confirmada en todos sus extremos por otra de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que lleva fecha 12 de noviembre de 1991.

Se nos dice al respecto que ambas han vulnerado los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías, reconocidos ambos en el art. 24.2 de la Constitución, vulneraciones que se basan en el hecho de que en el acto del juicio, tras los informes de los Abogados, no se ofreció interpretación alguna de esos informes a alguno de los idiomas propios de los acusados (francés o árabe) ni se les concedió el derecho a hacer uso del trámite establecido en el art. 739 de la L.E.Crim. Este trámite resultaba tanto más importante para el hoy demandante por cuanto, habiendo intervenido en primer lugar, tuvo luego que oír cómo los demás acusados se autoexculpaban imputándole toda la responsabilidad en relación con los hechos, sin tener oportunidad de rebatir tales imputaciones defendiéndose de ellas. En tales vulnera-

ciones incurre también la Sentencia dictada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, confirmando la de instancia, sobre la base de presumir, sin fundamento alguno, que dicha audiencia de los acusados tuvo efectivamente lugar aun cuando no fuera reflejada en el acta del juicio. En consecuencia, se nos pide que anulemos las Sentencias impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de celebración de la vista del juicio oral en la primera instancia.

2. La Sección Primera, en providencia de 23 de marzo de 1992, admitió a trámite el recurso de amparo, acordando a la vez que pidiera al Tribunal Supremo y a la Audiencia Provincial testimonio de las actuaciones, con emplazamiento de cuantos fueron parte en el proceso judicial, para que en el mismo plazo de diez días pudieran comparecer ante este Tribunal, transcurrido el cual, sin que ninguna de ellos lo hubiera hecho, la Sección, en otra providencia de 14 de septiembre, acordó tener por recibidas las actuaciones solicitadas y dar traslado de las mismas al Ministerio Fiscal y al demandante para que, en el plazo de veinte días, pudieran formular cuantas alegaciones estimasen convenientes.

Ambas partes lo evacuaron el 7 de octubre, el demandante reiterando las formuladas ya en su escrito inicial y el Fiscal apoyando el otorgamiento del amparo solicitado por entender que las resoluciones judiciales impugnadas habían vulnerado el art. 24.2 C.E. A su juicio, aun cuando cabría plantear como cuestión previa la consistente

en determinar si la representación legal del hoy demandante de amparo tuvo o no la posibilidad de invocar la lesión del derecho fundamental que estima vulnerado con anterioridad a la formalización del recurso de casación, parecen plausibles las razones esgrimidas en la demanda de amparo para justificar que la invocación no se produjera hasta dicho momento. Efectivamente, una vez que el Presidente de la Sala dio por concluido el juicio oral, tras los informes del Ministerio Fiscal y de las defensas, la protesta de la defensa resultaba improcedente y, en todo caso, no podía constar en el acta del juicio una queja planteada después de haberse dado éste por terminado. En consecuencia, se invocó la vulneración del derecho fundamental en el primer momento en que tuvo ocasión para ello, o sea, en el escrito de formalización del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de instancia.

Superado así, en su opinión, el obstáculo formal que podría oponerse a la estimación del presente recurso, es claro que el olvido por la Sala del trámite previsto en el art. 739 de la L.E.Crim. ha supuesto un quebranto esencial de los derechos del recurrente, a la defensa y a un proceso con todas las garantías, privándole del llamado derecho a la última palabra que, lejos de constituir una simple formalidad, obedece a razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado, a quien se brinda una oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos o, incluso, discrepar de su

defensa o completarla de alguna manera. Derecho a la defensa que, siendo como es independiente del derecho a la asistencia letrada según ha declarado este Tribunal en constante jurisprudencia, no se satisface, como parece desprenderse de la Sentencia dictada en casación, por el solo hecho de que todos los procesados hubiesen estado perfectamente defendidos a lo largo de procedimiento, ya que ello no quita para que se haya perjudicado el derecho del solicitante de amparo a ser oído, recogido en el art. 739 de la L.E.Crim., cuya denegación en el caso de autos le ha ocasionado una evidente indefensión dada su condición de extranjero, colocándole en una posición especialmente delicada en cuanto a la comprensión cabal del debate y del trámite procesal, atendidas las acusaciones de que fue objeto por parte de sus coimputados.

La Sala, en providencia de 19 de mayo de 1994 ha señalado el día 23 del mismo mes y año para la deliberación y votación de la presente Sentencia, que ha finalizado en el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. No importa en este momento cuál sea el tema principal del proceso y puede no llegar a importar nunca si se diera lugar a la objeción procesal que planteó lúcidamente el Fiscal, aun cuando la considerase superable y, una vez superada, se pronunciara en favor del amparo. Al efecto conviene subrayar que los hechos determinantes de los dos agravios de los cuales se queja el demandante, otras

tantas omisiones, por no haber traducido los informes forenses a un idioma conocido por el acusado y no haberle dejado a éste la última palabra, se produjeron en el transcurso del juicio oral, pero fueron denunciadas en el escrito de formalización del recurso de casación, primer escrito y primera actuación después de notificada la Sentencia, cerniéndose así sobre la viabilidad de la pretensión procesal la sombra de una eventual inadmisibilidad por no haber sido invocado el derecho constitucional vulnerado tan pronto como, una vez conocida la violación, hubo lugar para ello, carga configurada como presupuesto procesal o requisito del recurso [art. 44.1 c) LOTC].

En tal sentido es evidente, por una parte, que el juicio oral termina cuando el Presidente de la Sala lo declara concluso para Sentencia (art. 740 L.E.Crim.) y por otra y con pareja evidencia, resulta que cronológicamente después, por la misma naturaleza de las cosas, ha de leerse el acta de la sesión, cuya redacción corresponde al Secretario, en la cual pueden hacerse las rectificaciones que las partes reclamen, si el Tribunal en el acto las estima procedentes (art. 743, párrafo 2.º). El contenido de este reflejo documental del juicio consiste en un relato histórico, ya que ha de recoger sucintamente «cuanto hubiere ocurrido», en expresión de la propia Ley, sin incorporar en principio elementos nuevos ni actuaciones posteriores. Desde tal perspectiva, la posibilidad de hacer «rectificaciones» ha de entenderse con referencia a los errores o imperfecciones de la narración de lo sucedido, no comprendiendo exten-

sivamente adiciones como pueden ser las protestas no formuladas en un acto ya fenecido, cuya clausura por la presidencia hizo imposible la formulación, sin que tal situación pudiera suscitar temor alguno de riesgo para la defensa por quedar en sus manos la oportunidad de hacerlo constar precisamente como fundamento de la casación. No cabe duda de que materialmente pudo haberse intentado introducir la invocación de ambos agravios en la versión definitiva del acta y nunca sabremos si la Sala lo hubiera admitido o no, pero no se hizo así. En este momento, a la vista de las normas procesales ya analizadas más arriba, la solución adecuada al caso no es otra sino tener por cumplido el presupuesto procesal cuya existencia estaba en tela de juicio.

2. Las deficiencias denunciadas como soporte del amparo, que se produjeron en el juicio oral, ofrecen muy distinta solidez si se repara, como luego se dirá, en que la primera en el tiempo no tiene base real. Por de pronto, y a guisa de común denominador de ambas situaciones, no estará de más traer a la memoria las líneas esenciales que diseñan el lado negativo de la tutela judicial, a lo largo y a lo ancho de la copiosa casuística convertida en doctrina de este Tribunal. Efectivamente, la indefensión, que se concibe constitucionalmente como una negación de tal garantía y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 C.E., ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca

un prejuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión «material» y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquélla. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías «en relación con algún interés» de quien lo invoca (STC 90/1988).

En tal aspecto es razonable que el derecho a «ser asistido gratuitamente por un intérprete» haya de ser incluido sin violencia conceptual alguna en el perímetro de este derecho fundamental, aun cuando la norma constitucional no lo invoque por su nombre. Al efecto cobran su auténtica dimensión no sólo esclarecedora sino integradora los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia, a cuya luz han de interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades (art. 10 C.E.). Pues bien, aquel derecho está reconocido tal cual por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos [Roma, 1950, art. 6.3 e)] y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [Nueva York, 1966, art. 14.3 f)], ambos ratificados por el Reino de España en 1977 y 1979, en orden inverso. El enunciado abstracto con el cual comienzan ambos preceptos coincidentes a la letra es completado, sin embargo, por un

condicionamiento que enlaza directa e inmediatamente con la dimensión «material» de la indefensión, más arriba perfilada. Efectivamente, la exigencia de intérprete se da cuando el acusado «no comprenda o no hable el idioma empleado en el Tribunal» o «en la audiencia». No hay alusión alguna a la nacionalidad, como dato jurídico, o al origen, como dato geográfico, sino a una circunstancia real, la posibilidad de comprender cuanto se dice en el juicio y aun la simétrica de expresar cuanto ha de ser dicho por el reo para defenderse de las acusaciones contra él vertidas. Tan es así que lo dijimos por primera vez con ocasión del supuesto inverso, los españoles que desconocieran el castellano, cuyo derecho a ser provistos de intérprete les fue reconocido (STC 74/1987).

Pues bien, como punto de partida del razonamiento, a la luz de tales normas pero a la medida de este caso concreto, es un dato conocido y jamás redargüido, que el hoy demandante y a la sazón acusado, nacido en Marruecos y ciudadano de este país, habla y escribe a la perfección para su nivel cultural la lengua española, que en definitiva domina, como demuestran los varios escritos que de su puño y letra dirigió al Juez Instructor cuando se encontraba preso en el Centro penitenciario de Algeciras. No obstante, en su primera declaración ante dicho Magistrado fue asistido por un intérprete mientras que en el juicio oral todos los acusados dispusieron de tal ayuda y colaboración, incluso él, como resulta del acta. Por otra parte, en la Comandancia de la Guardia Civil de Tarifa, ante el Grupo de In-

investigación Fiscal Antidroga, una vez detenido, no solicitó la intervención de intérprete ni alegó el desconocimiento del idioma en el cual se le hablaba, dándose por enterado de cuantas advertencias le fueron hechas en relación con sus derechos. En suma, la mera condición de extranjero no conlleva la necesidad de interpretación si el acusado comprende y maneja con fluidez y soltura más que suficientes nuestro idioma.

3. Tal conclusión enlaza por ese lado con el otro de los defectos que se achacan al juicio oral, este con más consistencia que el anterior pero a la postre con igual trascendencia, vale decir ninguna. El derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente [arts. 6.3 c) y 14.3 d) del Convenio y del Pacto más arriba reseñados] en la medida en que lo regulen las leyes procesales de cada país configuradoras del Derecho. Es el caso que la nuestra en el proceso penal (art. 739 L.E.Crim.) ofrece al acusado el «derecho a la última palabra» (Sentencia del T.S. de 16 de julio 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino —en palabras del Fiscal que la Sala asume— «por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputado o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera». La raíz profunda de todo ello no es sino el

principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, consciente de la importancia del trámite como garantía y con mayor motivo «cuando se trata de procesados extranjeros», cuya capacidad de comprensión disminuida hace que la posibilidad de dirigirse directa y personalmente a quienes le juzgan «puede contribuir más eficazmente a su defensa», da sin embargo por formulada en este caso «la pregunta ritual por el Presidente», y rechaza ese motivo del recurso de casación, no obstante el silencio del acta respecto de tal circunstancia, sin protesta de cualesquiera de los varios defensores ni del Fiscal por la omisión, en la hipótesis de que se hubiera producido. «La falta de reflejo escrito de la pregunta de rigor y de la contestación de los acusados —se dice en la Sentencia impugnada— se debió a pura omisión material» y no a su inexistencia. Pues bien, la convicción sobre este hecho determinante del derecho fundamental invocado, a la cual se llega valorando en conjunto los distintos elementos probatorios disponibles, forma parte de la potestad de juzgar que corresponde privativamente, en este caso, al Tribunal Supremo (arts. 117 y 123 C.E.). La argumentación utilizada, se comparte o no, y la conclusión obtenida son razonables, sin componente alguno de arbitrariedad. Después

de lo dicho no se justificaría la interferencia del Tribunal Constitucional, cuya doctrina al respecto es nítida, en la decisión de la Sala Segunda, que, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva sin tacha de indefensión, ha dado por respetada la oportunidad de que los procesados pudieran manifestar en el estrado judicial cuanto consideraran conducente a su defensa como final del juicio oral, cuya plenitud en consecuencia tampoco por este motivo ha sido puesta en peligro ni perturbada o desconocida.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española.

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinte de junio de mil novecientos noventa y cuatro. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Fernando García-Mon y González Regueral. Carlos de la Vega Benayas, don Vicente Gimeno Sendra. Rafael de Mendiábal Allende. Pedro Cruz Villalón. Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra a la Sentencia dictada en el R.A. núm. 2.536/91

Mi discrepancia se circunscribe

exclusivamente al fundamento jurídico 3.º de esta Sentencia y a su fallo que debió ser estimatorio en todo lo referente a la vulneración del derecho a la «última palabra» que encuentra su fundamento constitucional en el art. 24.2 C.E. en relación con el art. 6.3 c) del C.E.D.H.

Según consta en el acta del juicio oral (y, para este Tribunal, sólo el acta del Secretario nos dice lo que existió o no en el proceso), al término del mismo, omitió el Presidente dirigirse al acusado a fin de que pudiera ejercitar su derecho a la última palabra.

Dicha omisión conculca el derecho a la defensa privada o autodefensa que tiene su principal manifestación en el juicio oral en el trámite de la «última palabra», la cual, para poder hacerse efectiva, precisa que el Presidente del Tribunal la posibilite preguntándole al acusado, al término del juicio oral, si tiene algo que alegar en su propia defensa.

No consta en el acta del Secretario que el Presidente efectuase tal pregunta al acusado, ni pueden compartirse las afirmaciones de la Sentencia del T.S. recurrida según las cuales más que de un derecho «se trata de una cláusula estereotipada que no puede faltar y así figura en los impresos utilizados en las actas de los juicios orales. Lo que sucede es que la referida cláusula pudo ser omitida por el Secretario».

Tal y como ya se ha avanzado, el único documento que, con toda la autoridad y fehaciencia de la fe pública judicial nos acredita lo que existió en la esfera del proceso, es el acta del Secretario. Si en dicho

acta no consta que el Presidente del Tribunal se dirigiera al acusado para formularle la clásica pregunta que había de posibilitar su autodefensa es por la sencilla razón de que dicha pregunta no se formuló o, al menos, no puede jurídicamente acreditarse a través de medio probatorio alguno esta pretendida omisión, efectuada en un documento público expedido bajo la fe del Secretario judicial.

La conclusión que se deriva de todo ello, es que jurídicamente no

nos consta que la pregunta se formulara y si dicha pregunta no se formuló (con independencia de que se efectuaran o no las oportunas protestas) hay que concluir que no se confirió al acusado el trámite de audiencia material previo a la Sentencia que es el único en el juicio oral a través del cual nuestra L.E.Crim. posibilita el derecho del acusado a «defenderse por sí mismo», sin cuya observancia queda desprovisto de sentido el art. 6.3 c) del C.E.D.H.

Es doctrina pacífica la que configura el contenido del derecho a la defensa tanto en lo relativo a la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, como en el defenderse personalmente o autodefenderse, contenido éste que tiene su principal manifestación, en ámbito del juicio oral, en el trámite de la llamada «última palabra», *ex art. 739 LECr*. En la sentencia objeto del presente comentario se dice que al término del juicio oral el Presidente de la Sala omitió dirigirse al acusado a fin de que éste pudiera ejercitar su derecho a la última palabra, y ello, según así consta del acta del juicio que extendió el Secretario.

A tenor de los hechos expuestos pudiera parecer que el Tribunal Constitucional debiera otorgar, sin mayores problemas, el amparo solicitado, en la medida en que estamos ante una posible vulneración de una de las garantías de nuestro sistema procesal de mayor relevancia práctica, como lo es el derecho de defensa. Ello no obstante, en esta ocasión el Alto Tribunal, siguiendo el razonamiento de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que precedió a la demanda de amparo, consideró que «la falta de reflejo escrito de la pregunta de rigor y de la contestación de los acusados se debió a pura omisión material», y no a su inexistencia. A partir de la admisión de este hecho, al cual llega el Tribunal Supremo «valorando en conjunto los distintos elementos probatorios disponibles», y en aplicación de la doctrina elaborada por el propio Tribunal Constitucional que le impide inmiscuirse en la convicción probatoria sobre la certeza de determinados hechos del órgano judicial cuya sentencia se impugna en amparo, no procede, como así ha sucedido en la presente sentencia, que el Alto Tribunal se interfiera en la decisión ya adoptada por la Sala del Supremo.

El razonamiento adoptado en la sentencia que comentamos no deja

de ser polémico y muy discutible; de ahí que, a nuestro entender muy acertadamente, se formulase un voto particular (por parte del Magistrado Don Vicente Gimeno Sendra) en el que se indica que si en el Acta del Secretario no consta que el Presidente se dirigiera al acusado para formularle la pregunta *ex art. 739 LECr* «es por la sencilla razón de que dicha pregunta no se formuló», o al menos, añade, «no puede jurídicamente acreditarse a través de medio probatorio alguno esta pretendida omisión, efectuada en un documento público expedido bajo la fe del Secretario judicial». Como consecuencia de ello, si no consta que la pregunta se formulase en su momento procesal oportuno, es que ésta no se formuló, y, por ende, «no se confirió al acusado el trámite de audiencia material previo a la Sentencia que es el único en el juicio oral a través del cual la Ley posibilita el derecho del acusado a defenderse por sí mismo, sin cuya observancia queda desprovisto de sentido el art. 6.3 del C.E.D.H.».

J. SOLÉ RIERA

AUSENCIA DE LETRADO EN EL ACTO DE LA VISTA DEL RECURSO DE CASACIÓN PENAL POR CAUSAS IMPUTABLES A LA OFICINA JUDICIAL: INDEFENSIÓN CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE

STC 184/94, de 20 de junio.

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.182/92, promovido por don Rafael Soto Moreno, representado por el Procurador de los Tribunales don Francisco de Guinea y Gauna y asistido del Letrado don Javier Saénz de Pipaón, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1992. Ha sido parte la Procuradora de los Tribunales doña Rosina Montes Agustí, en nombre y representación de don Vicente Portales Ramón, defendido por el Letrado señor Martínez del Hoyo y el Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Magistrado don Fernando García-

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

Mon y González Regueral, quien expresa el parecer de la sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 7 de mayo de 1992, el Procurador de los Tribunales don Francisco de Guinea y Gauna, en nombre y representación de don Rafael Soto Moreno, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1992, desestimatoria del recurso de casación interpuesto por el hoy demandante de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 14 de junio de 1989.

2. El recurso se basa en el siguiente hechos:

a) Con fecha de 14 de junio de 1989, la Audiencia Provincial de Cádiz dictó una Sentencia en la que condenaba a don Rafael Soto Moreno, como inductor de un delito de allanamiento de morada del segundo párrafo del art. 490 del Código Penal y de una falta de lesiones del art. 582 de ese mismo texto legal, a la pena de dos años de prisión menor y multa de 120.000 pesetas por la primera de dichas infracciones, con las accesorias de suspensión de cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y a la pena de treinta días de arresto menor por la segunda, así como a satisfacer a don José Gómez Carrillo la cantidad de 70.000 pesetas en concepto de indemnización, y al pago de la cuarta parte de las costas procesales.

b) Presentado recurso de casa-

ción contra la anterior Resolución y solicitada la celebración de la vista del mismo por la representación del hoy demandante de amparo, ésta fue fijada para el día 5 de marzo de 1992 a las 10,45 horas de la mañana. Llegado ese día, con una hora de antelación a la establecida para dicho acto el Letrado que representaba los intereses de don Rafael Soto Moreno manifestó ante el Secretario de la Sala que a esa misma hora tenía señalada la vista de otro recurso de casación en el que debía asimismo intervenir, ante lo cual se le dijo que acudiese a esa otra vista y que se daría cuenta de la mencionada coincidencia a la Sala al efecto de acordar el necesario tiempo de espera. Ello no obstante, cuando el Letrado del hoy demandante de amparo acudió a la vista del recurso de casación interpuesto por su representado se encontró con la desagradable sorpresa de que, habiendo omitido el Secretario toda advertencia a la Sala sobre el forzoso retraso que habría de producirse en su comparecencia, la vista se había celebrado en su ausencia dándole por incomparecido.

c) Ante esa situación, el Letrado del recurrente en casación presentó un escrito en el que solicitaba a la Sala que anulase el acto de la vista dada la grave indefensión que se le había causado al celebrarlo en su ausencia. Petición que fue expresamente rechazada por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1992 por considerar dicho órgano jurisdiccional que, dado el carácter predominantemente formal y escrito del recurso de casación, en el que la defensa pudo exponer

cuantos argumentos estimó pertinentes, «la ausencia justificada del Letrado en el acto de la vista no ha producido la indefensión de la parte, ya que la Sala ha dispuesto y ha examinado fundamentalmente el contenido del escrito ya presentado, que constituye la base sobre la que se ha construido todo el esquema necesario para la defensa de sus intereses. Las puntualizaciones que pudieran realizarse en el acto de la vista deberían, en todo caso, ajustarse al contenido previo del escrito presentado, por lo que se estima que no se ha originado indefensión a la parte». Por lo demás, la citada Sentencia de 17 de marzo de 1992, notificada al recurrente el 24 de abril de 1992, confirmaba en todos sus extremos la condena que le había sido impuesta en la Sentencia de instancia.

3. Frente a los argumentos expuestos en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1992 para rechazar que la celebración del acto de la vista del recurso de casación en ausencia justificada del Letrado de don Rafael Soto Moreno le hubiese ocasionado una situación de indefensión constitucionalmente prohibida, la representación del recurrente estima, por el contrario, que resulta evidente la indefensión producida. Pues si la Sala consideró necesario en su momento proceder a la vista del recurso de casación en cuestión, no puede por menos que estimarse contradictoria su posterior afirmación en el sentido de que con los argumentos contenidos en el escrito de formalización del recurso se consideraba suficientemente informada de los alegatos de la defensa, no siendo

en consecuencia necesaria la intervención del Letrado cuya incomparecencia se reconoce justificada.

De admitirse este razonamiento, se estaría privando de todo contenido al trámite de la vista oral del recurso de casación, ya que si se entiende que en ese momento únicamente cabe reiterar los argumentos ya expuestos en el escrito de interposición del recurso, lo lógico habría sido concluir que dicha vista no era necesaria en el caso de autos. Pero, una vez admitida la necesidad de su celebración, no puede negarse que el señor Soto no pudo defender su recurso ni oponerse al formalizado por el Ministerio Fiscal, privándosele así del derecho a ser oído en patente infracción de los principios de oralidad y contradicción y de equilibrio entre las partes procesales, dado que el Ministerio Fiscal sí gozó en cambio de dicha posibilidad.

Por otra parte, la previsión legislativa del desarrollo de la vista pública no limita la actividad del recurrente a reproducir de «viva voz» lo que ya ha puesto por escrito, sino que el art. 896 de la L.E.Crim. ordena que las partes «informen» sobre sus alegaciones y no que las «reproduzcan», por lo que nada impide que introduzcan en dicho trámite razonamientos más extensos y perfeccionados en defensa de los motivos de casación invocados, previéndose, por otra parte, en el art. 897 de ese mismo texto legal, la posibilidad de «rectificación» por parte de los informantes e, incluso, que el Tribunal demande un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida si tiene alguna duda sobre la misma. Todo lo cual le ha sido impedido al re-

currente al haberse celebrado la vista del recurso de casación sin contar con la presencia de su defensor, en lugar de suspenderse dicho acto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 894 de la L.E.Crim. interpretado a *sensu contrario*, dado el carácter justificado de dicha ausencia. Por lo que debe concluirse que el órgano judicial de casación ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, ocasionando al hoy demandante de amparo una indefensión constitucionalmente prohibida.

En consecuencia, se pide a este Tribunal que anule la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 17 de marzo de 1992, retrotrayendo las actuaciones al momento en que debió celebrarse la vista del recurso de casación, y que, entretanto, suspenda la ejecución de la Sentencia dictada en instancia a efectos de evitar que el amparo, caso de concederse, haya perdido su finalidad. Por escrito registrado con fecha de 5 de junio de 1992, se comunicó a este Tribunal que la Audiencia Provincial de Cádiz ya había dictado orden de ingreso en prisión de don Rafael Soto Moreno, por lo que se urgía la concesión de la suspensión solicitada.

4. Por providencia de 8 de junio de 1992 la Sección Primera acordó la admisión a trámite del presente recurso de amparo así como requerir a los órganos judiciales de instancia y de casación para que, en el plazo de diez días, remitieran testimonio del conjunto de las actuaciones, interesando al propio tiempo el emplazamiento en ese mismo plazo de cuantos fueron parte en el proceso judicial antece-

dente, con excepción del solicitante de amparo, a fin de que pudiesen comparecer en dicho término en este proceso constitucional. En otra providencia de esa misma fecha se acordó formar la pieza separada de suspensión interesada, concediéndose al recurrente y al Ministerio Fiscal un plazo de tres días para que alegaran todo lo que a este respecto estimasen conveniente. Evacuado el trámite por sendos escritos del Ministerio Fiscal y de la representación del solicitante de amparo, respectivamente de fechas 10 de junio y 12 de junio de 1992, en el que el primero no se oponía a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad pero sí a la de la pena de multa y a la del pago de las costas e indemnizaciones y por la segunda se alegaba que la Sentencia dictada por la Sala Segunda no podía considerarse firme por haberlo sido en patente infracción del derecho de su representado a la defensa y que, en consecuencia, no procedía ejecutar el fallo condenatorio, la Sala Primera acordó, por Auto de fecha 15 de junio de 1992, la suspensión de la ejecución de la Sentencia dictada en instancia en lo relativo a las penas privativas de libertad y accesorias impuestas al señor Soto Moreno, denegando en cambio la suspensión de la pena de multa y de la indemnización a satisfacer a don José Gómez Carrillo a quien se imponía, por otra parte, la obligación de afianzar, en la cuantía y forma que determinara el órgano judicial encargado de la ejecución de la Sentencia, la devolución de dicho importe si resultara procedente.

5. Por providencia de 29 de ju-

nio de 1992, la Sección acordó tener por recibidas las actuaciones remitidas por el Tribunal Supremo y por la Audiencia Provincial de Cádiz y por personada y parte a la Procuradora de los Tribunales doña Rosina Montes Agustí, en nombre y representación de don Vicente Portales Ramón, aunque no en concepto de coadyuvante, tal y como solicitaba en su escrito de fecha 23 de junio de 1992, sino a los solos efectos de evacuar el trámite previsto en el art. 52 de la LOTC, de conformidad con el cual se concedía al Ministerio Fiscal y a los representantes de las partes personadas un plazo de veinte días para que presentasen cuantas alegaciones estimasen convenientes.

6. El trámite de alegaciones fue evacuado por la representación de don Vicente Portales Ramón mediante escrito registrado en este Tribunal el 16 de julio de 1993, en el que hacía suyas las formuladas en la demanda interpuesta por el solicitante de amparo, adhiriéndose en bloque a cuantas argumentaciones fácticas y jurídicas hiciera en su nombre su representante y a la petición realizada en su recurso, insistiendo en la solicitud de suspensión de la ejecución de la condena impuesta a su mandante ya contenida en el anterior escrito de fecha de 23 de junio de 1992, la cual se consideraba urgente por haber sido declarado rebelde el señor Portales por Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 8 de julio de 1992.

La representación del señor Soto Moreno, por su parte, reiteró en idéntico trámite, por escrito de fecha 20 de julio de 1992, las alegaciones que habían sido expuestas

en el escrito de interposición del presente recurso de amparo.

7. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó, con fecha de 24 de julio de 1992, su escrito de alegaciones en el que concluía interesando la concesión del amparo solicitado por entender efectivamente producida por el órgano judicial de casación una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante.

A su juicio, frente a lo que se afirma en la Sentencia recurrida, en el caso de autos la ausencia del Letrado defensor debe considerarse lesiva del derecho reconocido en el art. 24.1 C.E. por cuanto no resulta comprobable qué hubiera podido alegar dicho Letrado en el acto de la vista del recurso de casación en oposición a los asertos que en ese mismo acto realizara el Ministerio Fiscal. El mero hecho de que este último sí que pudiera alegar todo lo que estimó procedente en defensa de sus tesis agravatorias de la pena y en impugnación de los argumentos contenidos en el escrito de defensa es indicativo de la ruptura de los principios de bilateralidad y de contradicción que con la celebración de la vista en ausencia del Letrado del recurrente se produjo. La indefensión que de esta manera se ocasionó al recurrente no tiene, en opinión del Ministerio Fiscal, características meramente procesales sino que adquiere trascendencia constitucional toda vez que no sólo no pudo defenderse en un acto que la Sala había considerado previamente necesario a efectos de formar su convicción, sino que por error imputable a la oficina judicial se otorgó a la parte contraria mayores posibilidades de

defensa de sus tesis con la consiguiente quiebra del principio de igualdad de armas en el proceso.

8. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 16 de septiembre de 1992, la Procuradora de los Tribunales doña Rosina Montes Agustí, en nombre y representación de don Vicente Portales Ramón, insistía en su solicitud de suspensión de la ejecución de la Sentencia dictada en instancia en lo relativo a las penas privativas de libertad y accesorias que en la misma se imponían a su representado, solicitud que fue denegada por providencia de la Sección Primera de 28 de septiembre de 1992 por motivo de no haberse otorgado al señor Portales la condición de coadyuvante en el presente recurso, lo que excluía toda posibilidad por su parte de formular tal petición.

9. Por providencia de 16 de junio de 1994 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 20 siguiente.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se nos plantea en el presente recurso la cuestión consistente en determinar si la ausencia del Letrado que ejercía la defensa del recurrente en la vista del recurso de casación, por causas exclusivamente imputables a la oficina judicial, le ha ocasionado una situación de indefensión material que pueda considerarse constitucionalmente relevante.

A tal efecto, conviene antes que nada recordar que, tras la reforma introducida en el art. 893 bis a) de la L.E.Crim., por la Ley 21/1988, de 19 de julio, el primer párrafo

de dicho precepto ha quedado redactado en los siguientes términos: «La Sala podrá decidir el fondo del recurso, sin celebración de vista, señalando día para el fallo, salvo cuando las partes solicitaran la celebración de aquélla y la duración de la pena impuesta o que pueda imponerse fuese superior a seis años o cuando el Tribunal de oficio o a instancia de parte, estime necesaria la vista».

Debe asimismo señalarse que, en el caso de autos, la decisión de celebrar la vista de los recursos de casación interpuestos por el hoy demandante de amparo y otros coprocesados y por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz con fecha de 14 de junio de 1989 obedeció no sólo a la solicitud cursada en este sentido por la representación de don Rafael Soto Moreno sino, sobre todo, a la consideración por parte del órgano judicial de que dicha celebración era necesaria, pues de no haberlo estimado así bien podría haberse prescindido de dicho trámite procesal.

Parece por consiguiente que, conforme aduce la representación del demandante de amparo, existe una cierta contradicción entre el acuerdo de celebrar la vista oral de los citados recursos de casación, y el posterior razonamiento esgrimido por la Sala Segunda para denegar la nulidad de dicho acto según el cual la presencia en el mismo del Letrado del recurrente no era necesaria habida cuenta de la prolija exposición de los argumentos de defensa contenida en el escrito de formalización del recurso. Contradicción que posiblemente nace de una apreciación de la «necesidad»

por el órgano judicial de casación en dos secuencias temporales distintas: considerada a priori, la vista se estima necesaria en tanto que a posteriori, una vez conocidos los resultados de la misma, dicha necesidad se relativiza en función de otros elementos como pudiera ser, en el caso de autos, el hecho de que no se estimara el recurso del Ministerio Fiscal en lo referente al demandante de amparo. Ahora bien, semejante doble consideración de la «necesidad» no puede admitirse, no sólo porque forzosamente ha de conducir a conclusiones contradictorias entre sí, sino porque de la mera lectura del art. 893 bis a) de la L.E.Crim. se deduce claramente que a su apreciación ha de verificarse a priori y no a posteriori.

2. Por otra parte, la apreciación de la «necesidad» de la vista por parte del órgano judicial debe verificarse en atención a una visión de su desarrollo muy distinta a la que se ofrece en la Sentencia recurrida, pues resulta evidente que, de concebirse dicho momento procesal como un mero acto de lectura, resumen o repetición de las alegaciones ya introducidas por escrito, en modo alguno podría predicarse del mismo un carácter «necesario», quedando reducido a un simple trámite vacuo de contenido y absolutamente prescindible, salvo en los casos prevenidos en el segundo párrafo del precepto anteriormente citado. Que ésta no es la *voluntas legis* viene acreditado por la propia existencia del primer párrafo del precepto anteriormente transcrito, en el que con toda claridad se reconoce la posibilidad de que la vista oral de recurso de casación

sea estimada «necesaria» para la decisión del mismo.

Cierto es que en la vista oral de un recurso de casación les está vedado a las partes introducir nuevos motivos distintos de los ya invocados en el escrito de formalización del recurso. Pero, como se aduce en la presente demanda de amparo, nada les impide, al informar sobre dichos motivos argumentar con mayor precisión o profundidad en torno a los mismos, e, incluso rectificar algún punto en concreto (art. 897.1 L.E.Crim.). Por otra parte, en dicho trámite procesal el Tribunal puede solicitar al Ministerio Fiscal o a los Letrados de las partes un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida cuando ésta le suscite algún tipo de duda (art. 897.2 L.E.Crim.). Todo ello indica que el legislador no ha concebido el referido momento procesal como un mero trámite de exposición repetitiva del escrito de interposición del recurso de casación, sino como un acto de defensa oral de las alegaciones expuestas en dicho escrito frente a las contenidas, en su caso, en el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, con posibilidad de debate contradictorio y de aclaración y rectificación de las diferentes posiciones.

3. Así entendido el acto de la vista oral del recurso de casación, no cabe duda de que su celebración en ausencia del Letrado que defendía los intereses del recurrente —ausencia cuya justificación reconoce la propia Sentencia recurrida en amparo— constituyó una clara irregularidad procesal toda vez que no sólo supuso contravenir lo dispuesto en el art. 894.1 de la L.E.Crim., en la medida en que im-

pone la verificación de dicho acto en audiencia pública con asistencia del Ministerio Fiscal y de los defensores de las partes, sino también al propio tiempo una infracción del mandato de suspensión del mismo en caso de incomparecencia justificada de estos últimos que, a sensu contrario, se desprende del segundo párrafo de ese mismo precepto. Irregularidad procesal que adquiere relevancia constitucional al haber causado al recurrente una clara situación de indefensión, ya que resulta evidente que el error padecido por el órgano judicial no sólo impidió que su Letrado informase a la Sala sobre los motivos del recurso de casación presentado, mejorando, ampliando o aclarando las argumentaciones obrantes en el mismo en la medida que considerase oportuna para la defensa de los intereses de su representado, sino que tampoco pudo profundizar en los argumentos presentados en oposición al recurso interpuesto contra esa parte por el Ministerio Fiscal, cuya exposición se había reservado expresamente para ese momento en el escrito de contestación a dicho recurso. Y si bien es cierto que el mencionado recurso del Ministerio Fiscal no prosperó en relación con las peticiones que afectaban al demandante de amparo, no es menos cierto que la acusación pública tuvo oportunidad de defenderlo en el acto de la vista sin posibilidad de contradicción alguna por parte de la representación de aquél, con la consiguiente quiebra de los principios de contradicción y de igualdad entre las partes que han de presidir el procedimiento penal en cualquier instancia.

En tales circunstancias, mantener que no se ha producido indefensión alguna a la parte cuyo defensor no ha podido concurrir por causa justificada a la vista oral de un recurso de casación, con el argumento de que nada habría podido añadir en tal acto en términos de defensa que no estuviese ya contenido en el escrito de formalización del recurso, supondría crear un peligroso precedente que no sólo autorizaría al órgano casacional a celebrar las vistas orales de los recursos de casación en ausencia de unos Letrados cuya intervención en dicho acto parece considerarse superflua, sino que las convertiría en un mero trámite vacío de contenido, innecesario y, por ello mismo, totalmente prescindible, en clara oposición a lo que se desprende de su actual regulación legal.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española

Ha decidido

Estimar el presente recurso de amparo, y en su virtud:

1.º Declarar el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

2.º Anular la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1992, ordenando que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de cele-

bración de la vista oral de los co-respondientes recursos.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

La Sentencia objeto de este comentario discute si la ausencia del Letrado defensor-recurrente en el acto de la vista del recurso de casación penal, por causas imputables únicamente a la propia oficina judicial, puede comportar una efectiva indefensión material constitucionalmente relevante. El tema no es baladí, ya que desde la reforma del texto de la LECr que afectó al artículo 893 bis a), efectuada mediante Ley 21/88, de 19 de julio, la Sala puede decidir el fondo del recurso, sin celebración de vista, salvo cuando las partes hubieran solicitado su celebración y la duración de la pena impuesta o que pueda imponerse fuera superior a seis años, o cuando el propio Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere necesaria la citada vista oral.

En el recurso de casación del que trae causa la presente demanda de amparo, el Letrado defensor manifestó ante el Secretario de la Sala que a la misma hora fijada para la vista del recurso tenía señalada otra vista de otro recurso de casación en el que también debía intervenir; ante esta situación, se le dijo al Letrado que acudiese a esa otra vista y que la Sala acordaría el necesario tiempo de espera. Sin embargo, la Sala no fue avisada de ese evento y la vista se celebró en su ausencia dándole por incomparecido.

La Sentencia dictada en amparo razona sobre cuál deba ser el sentido y contenido del acto de la vista oral del recurso de casación, destacando que su celebración en ausencia del Letrado que defendía los intereses del recurrente constituyó una clara irregularidad procesal por contravenir directamente lo regulado en el artículo 894.1 y 2 LECr. Además, la indicada irregularidad procesal adquiere «relevancia constitucional al haber causado al recurrente una clara situación de indefensión, ya que resulta evidente que el error padecido por el órgano judicial no sólo impidió que su Letrado informase a la Sala sobre los motivos del recurso de casación presentado, mejorando, ampliando o aclarando las argumentaciones obrantes en el mismo en la medida que considerase oportuna para la defensa de los intereses de su representado, sino que tampoco pudo profundizar en los argumentos presentados en oposición al recurso interpuesto contra esa parte por el Ministerio Fiscal, cuya exposición se había reservado expresamente para ese momento en el escrito de contestación a dicho recurso».

Si bien es cierto que en la vista oral de un recurso de casación las partes no pueden introducir nuevos motivos distintos de los ya invocados

en el escrito de formalización del recurso, nada impide que los citados motivos sean argumentados con mayor precisión y profundidad, inclusive, rectificando algún punto en concreto. Además, a tenor de lo previsto en el art. 897.2 LECr, el Tribunal puede solicitar a los letrados de las partes un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida cuando ésta le suscite algún tipo de duda. En todo caso, y como acertadamente señala la sentencia del Tribunal Constitucional, mantener que no hay indefensión cuando el Letrado no ha podido concurrir por causa justificada a la vista oral de un recurso de casación, «supondría crear un peligroso precedente que convertiría a la vista en un mero trámite vacío de contenido, innecesario, y por ello mismo, totalmente prescindible, en clara oposición a lo que se desprende de su actual regulación legal».

J. SOLÉ RIERA

PRINCIPIO DE UNIDAD DE CULPA CIVIL Y OBJETO DEL PROCESO

STS de 1 de febrero de 1994.
(Sala 1.ª)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Son datos de «facto» relevantes para la delimitación del objeto del recurso los siguientes: 1.º La parte actora y recurrente, legítima poseedora, en virtud de un contrato mercantil de arrendamiento financiero («leasing»), de un vehículo automóvil marca «Mercedes Benz, tipo Coupe», que fue sustraído del aparcamiento cubierto y vigilado del Hotel «Don Carlos» de Marbella (Málaga), estando a disposición del usuario del mismo señor M. G., director general de la empresa, hospedado a la sazón, en el referido establecimiento, demandó a este último y a la Compañía aseguradora «CIGNA, SA», que cubría los riesgos del aparcamiento

vigilado del hotel, en reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por la pérdida del coche. 2.º Fundamentó la reclamación en el artículo 1.902 del Código Civil en relación con las disposiciones administrativas vigentes sobre régimen de garajes y obligaciones de acuerdo con la clasificación de los establecimientos hoteleros (artículos 15 y 68 del Decreto 110/1986, de 18 junio de la Consejería de Turismo, Comercio y Transportes de la Junta de Andalucía y apartado 4.º de la Orden Ministerial de 21 julio 1966 del Ministerio de Comercio). La sentencia recurrida, revocando la del Juzgado de primera instancia, absuelve de la demanda, entendiéndolo que la actora carece de acción lo que explica en síntesis así: «de lo actuado en los autos principales, es claro que, en las fechas que se dicen mutuamente por las partes el señor

M. y el hotel «Don Carlos» de Marbella concertaron un contrato que visto su contenido debe de calificarse de hospedaje, uno de cuyos servicios u obligaciones, por imperativo legal (Orden Ministerial de 21 julio 1966 y Decreto número 110/1986 de la Consejería de Turismo, Comercio y Transportes de la Junta de Andalucía de 18 junio 1986) era la prestación de servicio de garaje para la guarda de los vehículos de los clientes, siendo pues esta obligación entre las partes de marcado carácter contractual por lo que sin desconocer que a priori el simple hecho de que entre dos partes exista una relación contractual no excluye la posibilidad de que puedan ejercitar las acciones derivadas del artículo 1.902 del Código Civil —el hecho en el que sustenta la acción ejercitada en la actualidad debería ser ajeno a la dicha relación contractual, so pena de negar la acción derivada del contrato a la extracontractual—; y en este sentido un examen de la demanda pone de relieve que el hecho generador de la alegada responsabilidad no es otro que la pretendida falta de vigilancia de los empleados de la empresa de seguridad contratada por el Hotel, lo que en modo alguno puede tenerse por hecho nuevo o ajeno a las obligaciones contractuales de las partes, obligando ello pues, y según queda dicho, a que las posibles responsabilidades que se derivasen de dicha negligencia deban conocerse y exigirse a través de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código civil y no a través de lo dispuesto en el artículo 1.902 de dicho cuerpo legal».

Segundo: El primero de los mo-

tivos del recurso, apoyado en el ordinal 3.º del artículo 1.692, acusa la incongruencia de la sentencia impugnada por infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al estimar que la excepción alegada por la demandada «Hoteles Coach, SA» confunde los conceptos de «legitimatío ad causam» y «acción», de donde deduce, tras complejos razonamientos, que no habiendo manifestado la contraparte que fuera de aplicación el artículo 1.101 del Código civil en vez del aducido por la actora, es decir, el artículo 1.902 mal puede la sentencia resolver sobre tal cuestión en los términos que lo hace. Pero la verdad es que el tema planteado no incide en la congruencia de la sentencia no sólo dado un carácter de sentencia absolutoria que, generalmente, según notoria jurisprudencia, la hace inmune al vicio de incongruencia, sino porque el problema en los términos planteados excede del ámbito del motivo, de contenido procesal, ya que cae en la órbita del Derecho material. Efectivamente las llamadas «excepciones» de falta de legitimación «ad causam» o falta de «acción», que como tales no están formuladas con contenido legal expreso en nuestro ordenamiento, responden a posiciones doctrinales y jurisprudenciales que con ánimo meramente indicativo aclaramos sintéticamente: una y otra dan respuesta a la misma idea en tanto en cuanto vinculan al sujeto que reclama con la petición que deduce en coherencia con la fundamentación jurídica que dice tiene; la legitimación («ad causam», pues la «legitimatío ad processum», equivale a la capacidad procesal), es

útil como complemento de la teoría abstracta de la acción (derecho general de accionar) ya que determina el deber del Juez competente, cumplidos los requisitos procesales, de entrar a conocer del fondo del asunto, de aquí que se afirme que es un «presupuesto preliminar al fondo (pero cuestión de fondo al cabo, aunque, en ocasiones, cuando su falta es manifiesta, permite un tratamiento procesal previo)». La falta de acción, paralelamente, refleja de acuerdo con una teoría concreta de la acción, la imposibilidad jurídica de acceder a la pretensión deducida por carencia del derecho subjetivo material que se invoca. Pero, en todo caso, ni la legitimación, ni la acción por excepción o no sobre su falta pueden dejar de valorarse de manera expresa o implícita (cuando concurre «de oficio», sin necesidad de alegación, dado su carácter «ius» público y su inescindible vinculación con el fondo del asunto resuelto. No puede por las razones expuestas prosperar el motivo.

Tercero: Se alega, en segundo lugar, como motivo contra la sentencia impugnada, también bajo igual ordinal e idéntico fundamento, la incongruencia de la sentencia en lo que concierne a la demandada Cía. de Seguros «CIGNA, SA». Las razones del recurrente se apoyan en la conducta procesal de la referida entidad demandada que no apeló la sentencia recurrida ni se adhirió a la apelación en el momento oportuno y solicitó en el acto de la vista sentencia confirmatoria de la recurrida, en lo que concernía al límite cuantitativo hasta el que alcanzaba su condena. En efecto, del examen de las ac-

tuaciones resulta que la Cía. aseguradora no recurrió la sentencia de primera instancia y que luego se personó, en concepto de apelado, aunque posteriormente manifestó en un escrito que se había sufrido error al tenerla por personada en concepto de apelada, cuando en realidad era apelante, circunstancia alegada que obtuvo la callada por respuesta judicial, silencio que aceptó ante la evidencia de no haber presentado escrito de interposición del recurso, y cuyas consecuencias más tarde consintió al intervenir en el referido acto de la vista como apelada y pedir incluso la confirmación parcial de la pretensión. No cabe duda, en este sentido, que la sentencia recurrida no respetó las exigencias del principio dispositivo, ni la de su manifestación en el orden de los recursos de la prohibición de la «reformatio in peius», proyecciones procesales de la legítima renuncia a los derechos que admite el artículo 6.1 del Código civil. Lo que algunos llaman el «principio de la personalidad» de los medios impugnativos que significa que la impugnación se da en la medida en que una parte la plantea y con respecto a ella, y no a otros sujetos procesales, no es más que una emanación del principio dispositivo, principio que como se infiere de lo dicho se ha violentado en el presente caso con clara gravitación sobre la congruencia de la sentencia de apelación que, efectivamente, ha quedado viciada. Ni siquiera, dentro de alambicados escrúpulos, sobre un posible y siempre excepcional efecto extensivo del recurso, limitado a situaciones litisconsorciales necesarias que evidencien

una clara indisponibilidad parcial sobre el objeto litigioso, tiene cabida la solución a la que llega la sentencia de instancia, pues ninguna situación de este carácter hay entre los codemandados y, aunque la obligación de indemnizar corre a cargo del demandado principal, asimismo asegurador del riesgo —dentro de los límites de la condena, conforme a lo decidido—, la relativa autonomía de la posición procesal de la entidad aseguradora viene impuesta por la Ley que reconoce al perjudicado «acción directa» (artículo 76 de la LCS) contra la aseguradora, y además, permite que asuma la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado (artículo 74), razones que abonan que al resultar admitido el hecho del siniestro, como consecuencia de la conducta procesal seguida, admita, también, la cobertura de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, dentro de los riesgos asumidos y según el límite cuantitativo establecido por la sentencia de primera instancia. Por ello, el motivo prospera, en tanto en cuanto falta la debida correlación entre la sentencia de segunda instancia y las pretensiones vivas y, actuantes como justificativas del recurso, sin haber mantenido el consiguiente respeto a los puntos litigiosos, objeto de aquietamiento que quedaron fuera del debate según la regla «tamtum appellatum quantum devolutum».

Cuarto: Los motivos terceros, cuarto y quinto denuncian desde perspectivas diferentes, todos con apoyo en el ordinal 5.º del artículo 1.692 (redacción legal anterior) la infracción de los artículos 1.902 y 1.101 del Código civil así como de

la jurisprudencia aplicable. Tratan, pues, el problema de fondo planteado por la sentencia y en atención a la conexión de sus argumentos y a la unidad de designio que les guía, admiten examen conjunto. En efecto, la cuestión se suscita por la seguridad dogmática de que hace gala la sentencia, al entender sin atisbos de duda que la pretensión deducida no tiene acomodo jurídico en el artículo 1.902, sino sólo y exclusivamente en el artículo 1.101, basándose en que el origen del hecho se sitúa en la celebración de un contrato de hospedaje y en la posibilidad, según la sentencia impugnada, de que aun no habiendo sido parte contractual la reclamante, «en nombre propio pueda hacer valer derechos ajenos» ya sea conforme se sobreentiende sólo contra el hotel, o bien, ejercitando la acción «de manera conjunta contra el tenedor del vehículo desaparecido señor M. y contra el Hotel demandado en situación litisconsorcial». Ocurre, sin embargo, que frente al complicado mecanismo sustitutorio o frente al rodeo condenatorio que propone la sentencia sin necesidad de forzar la significación jurídica de los hechos puedan éstos calificarse como constitutivos de culpa extracontractual, al coincidir en el caso los supuestos que autorizan la mencionada calificación. A partir, en efecto, de un origen lícito, cual es la utilización por el usuario del vehículo de los servicios de aparcamiento del hotel en que se hospedan se produce, por un acto ilícito, el descuido o la omisión en el deber de vigilancia de los empleados del aparcamiento, personas dependientes del hotel, la acción antijurídica

de la sustracción con el daño consiguiente al tercero, propietario del vehículo que formula la reclamación. Concurren como elementos de la responsabilidad extracontractual: el comportamiento ilícito de los que omitieran el deber de vigilancia, el daño patrimonial, y el nexo causal proporcionado al evento (la falta de vigilancia favorece eficazmente la sustracción); el perjudicado no incurrió en ninguna conducta culposa pues cedió el uso del vehículo a persona responsable que actuó con la diligencia debida, dejando el vehículo depositado en un aparcamiento vigilado y, finalmente, la culpa aunque es directamente atribuible a los empleados de la vigilancia, también, es transferible a la empresa hotelera puesto que la obligación que impone el artículo 1.902, es exigible por hechos ajenos de los que otro deba responder, según el artículo 1.903, concretamente de acuerdo con el supuesto que contempla el párrafo 4.º (ambos artículos del Código civil).

Quinto: A mayores debe reconocerse como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia de esta Sala acerca de la llamada «unidad de la culpa civil» (Sentencias de 24 marzo y 23 diciembre 1952, entre otras) que en los «supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual» señalan como «doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar

daño a otro», junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, de manera «que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente en exclusión de la aquiliana sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial (Sentencia de 9 marzo 1983, entre otras muchas)», criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida «unidad conceptual (Sentencia de 20 diciembre 1991) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 febrero 1993)» o «yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible» (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 febrero 1993).

Sexto: Proyectado al caso el principio inspirador señalado y los criterios jurisprudenciales enunciados puede decirse que amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la «causa petendi» en términos tales que admitan sea por concurso ideal de normas, sea por concurso

real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente salvado —por iguales hechos y sujetos concurrentes—, el carácter único de la indemnización no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del «iura novit curia» y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa. Por todas las razones expuestas, proce-

de acoger favorablemente los motivos casacionales expuestos.

Séptimo: Al prosperar los motivos expresados en los Fundamentos Tercero a Sexto, procede que se declare haber lugar al recurso de casación, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se resuelva una vez anulada la sentencia impugnada sobre las cuestiones de instancia planteadas en los términos en que aparece formulado el debate. Por ello, y a tenor de las consideraciones ya hechas, aceptando las resultancias probatorias y valoración de las mismas que realiza el Juzgado de Primera Instancia y los Fundamentos Jurídicos de la referida sentencia, damos por reproducida, haciéndola nuestra, la decisión íntegra que aquél adoptó en su fallo, incluso en lo relativo a las costas de primera instancia; las costas de segunda instancia deben imponerse a la única parte apelante y las del presente recurso deben satisfacerse por cada parte las suyas.

El hecho originador del proceso fue la sustracción de un vehículo que un huésped había depositado en el aparcamiento vigilado de un hotel. El demandante, legítimo poseedor del automóvil, demandó al hotel y a la compañía aseguradora que cubría los riesgos del mencionado aparcamiento en reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por la pérdida del coche, fundamentando su pretensión en el art. 1.902 C.c. La demanda fue estimada en primera instancia, si bien la sentencia fue revocada en apelación, entendiéndose el tribunal que la pretensión deducida debía encauzarse no a través del art. 1.902 C.c., sino del art. 1.101 C.c. dado que el origen de los hechos (la falta de vigilancia de los empleados) se sitúa en la celebración de un contrato de hospedaje.

La cuestión más relevante doctrinalmente es la atinente a la configuración del objeto del proceso en los casos de concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. El problema radica en la califi-

cación de esta concurrencia de culpas como concurso de acciones o bien como concurso de leyes puesto que, según entiende la generalidad de la doctrina y jurisprudencia españolas, mientras que en el primer caso existen diversos objetos litigiosos, en el segundo caso el objeto es único. Si bien doctrinalmente la discusión entre ambos concursos es clara, no sucede lo mismo desde el punto de vista práctico, lo que ha originado que en algún caso, como parece ser el presente, la jurisprudencia haya tenido que variar la mencionada calificación.

El Tribunal inicia su argumentación calificando el supuesto como un concurso de acciones (F.J. 5.º), y de ello extrae sus consecuencias típicas: el demandante puede optar por una u otra acción; la responsabilidad contractual sólo excluye a la aquiliana cuando los hechos generadores de la responsabilidad se sitúan «dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial». En el caso planteado los hechos son constitutivos de culpa extracontractual (F.J. 4.º) y ésta no resulta excluida por la contractual, en consecuencia la sentencia de instancia se ajusta a derecho. Sin embargo, posteriormente (F.J. 5.º *in fine* y F.J. 6.º) la argumentación da un giro: El TS acude a la jurisprudencia sobre la «unidad de culpa civil», esto es, concurriendo en un mismo supuesto de hecho los elementos integradores tanto de la responsabilidad contractual como los de la aquiliana, sólo procede una única indemnización. Dado este carácter único de la indemnización, si bien los hechos en que se fundamentan ambas responsabilidades no son idénticos (elemento típico del concurso de acciones), la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual y extracontractual se excluyen mutuamente (elemento propio del concurso de leyes), esto es, nos hallamos ante un caso a caballo entre el concurso de acciones y el de leyes. El Tribunal, atendiendo al principio *pro damnato*, opta por otorgar al caso el tratamiento propio del concurso de normas y así, siendo uno el objeto litigioso, la errónea argumentación jurídica aducida por el perjudicado no podrá conducir a la desestimación de la demanda; el juez, en virtud del principio *iura novit curia*, podrá variar la calificación jurídica sin que ello suponga alteración alguna del objeto del proceso, consiguiendo así otorgar una mayor protección a la víctima. Por todo ello el TS casa la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

El Tribunal resuelve sobre dos cuestiones más: 1) El recurrente en casación denuncia la imposibilidad de resolver la sentencia de apelación sobre la procedencia de encauzar la acción por el art. 1.101 C.c., puesto que ello no fue alegado por las demandadas. El TS, tras reiterar que ge-

neralmente las sentencias absolutorias no pueden adolecer de incongruencia, expone que tanto la falta de legitimación *ad causam* como la falta de acción, en virtud de su carácter de *ius* público y de su inescindible vinculación con el fondo del asunto, pueden ser apreciadas de oficio por el juez y, aún más, en ningún caso pueden dejar de valorarse de forma expresa o implícita. 2) La compañía aseguradora —apelada— solicitó la confirmación de la sentencia respecto del límite cuantitativo de su condena. La AP, estimó la pretensión de hotel —apelante— y revocó la sentencia de instancia, pero no sólo levantó la condena de éste, sino también la de la aseguradora. El TS considera que la sentencia de apelación es incongruente argumentando que, al no existir una situación de litisconsorcio pasivo necesario entre asegurado y asegurador, no ha lugar un efecto extensivo del recurso de apelación. En consecuencia, se resuelve sobre puntos no sometidos a debate vulnerándose con ello el principio dispositivo y la regla *tantum appellatum quantum devolutum*.

BELÉN MORA CAPITÁN

LA FIRMEZA DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN DE DERECHOS SUBASTADOS DETERMINA EL MOMENTO FINAL PARA LA VÁLIDA CESIÓN A TERCERO POR EL EJECUTANTE ADJUDICATARIO QUE NO PRECISE EFECTUAR PAGO ALGUNO. LA INTERPOSICIÓN DE UN RECURSO DE QUEJA NO IMPIDE LA FIRMEZA, SALVO QUE RESULTE ESTIMADO

STS de 18 febrero 1994 (Sala 1.ª)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el proceso a que este doble recurso se refiere, en el que por D. Claudio F. J., como copropietario del local comercial de que luego se hablará, se ejercitaron —acumuladas— acciones de resolución de contrato de arrendamiento por traspaso realizado de modo distinto al establecido legalmente (art. 114.5 LAU) y por realización de obras que modifican la configuración del local (causa 7.ª del mismo artículo), en grado de apela-

ción recayó sentencia de la Secc. 4.ª de la AP Oviedo, por la que, revocando la de primera instancia, y estimando la primera de las acciones ejercitadas, declaró resuelto el contrato de arrendamiento del expresado local comercial, por causa de traspaso efectuado de modo distinto al autorizado en la Ley, condenando a los demandados (que luego se dirán) a desalojar el referido local en el plazo y términos establecidos en la ley. Al haber estimado la primera de las expresadas acciones, se abstuvo de entrar a conocer de la segunda, por considerarlo innecesario. Contra la referida sentencia de la Audiencia se

han interpuesto dos recursos de casación: uno de ellos, por los demandados D. Valentin G. P. y 8 personas más (con cuatro motivos); y el otro, por la condenada entidad mercantil Almacenes E., S.A. (con dos motivos).

Segundo: La sentencia aquí recurrida declara probados los siguientes hechos: 1.º La arrendataria del local comercial litigioso (sito en la c/ Menéndez Valdés de Gijón) era la entidad mercantil B., S.L. 2.º Los trabajadores de la expresada entidad promovieron un procedimiento en la MT correspondiente, contra la expresada entidad, en reclamación de los salarios adeudados. 3.º En ejecución de la sentencia recaída en dicho procedimiento laboral fueron embargados y luego sacados a subasta los derechos de arrendamiento y traspaso que, con relación al expresado local comercial, correspondían a la arrendataria entidad B., S.L. 4.º Habiendo quedado desiertas las dos primeras subastas, el 28 Abr. 1988 comparecieron, en la tercera, como únicos licitadores, los ejecutantes (los expresados trabajadores), quienes intervinieron «a calidad de ceder el remate a tercero», y en pago de sus créditos, ofrecieron la cantidad de 7.889.866 ptas. por los aludidos derechos subastados: dicha postura no fue mejorada, ante lo cual y como quiera que no superaba las dos terceras partes del tipo de la subasta, que se elevaba a 28.000.000 ptas., se acordó, con suspensión de la aprobación del remate, comunicar a la ejecutada dicha oferta por término de 9 días, así como notificar a la propiedad el resultado de la subasta. 5.º Transcurrido dicho plazo y habien-

do quedado firme la subasta, por propuesta de providencia de 27 de junio siguiente se ordenaba dar nuevo traslado a la propiedad a los efectos de que pudiera ejercitar el derecho de tanteo en el plazo de 1 mes, con la advertencia de que si no hiciese manifestación alguna, se procedería a la adjudicación definitiva a los ejecutantes. 6.º Transcurrido dicho término sin que la propiedad hiciera uso de su derecho, aunque sí efectuó una serie de alegaciones acerca de la validez de la subasta, la MT dictó A 2 Sep. 1988, por el cual declaró adjudicatarios definitivos de los referidos derechos de arrendamiento y traspaso (objeto de la subasta) a los ya relacionados trabajadores ejecutantes, al tiempo que acordó, previa liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, librar oficio al depositario para entrega de los bienes a los referidos adjudicatarios; la expresada resolución fue recurrida en reposición por el propietario del local, recayendo, con fecha 23 Sep. 1988, auto de la MT por el que desestimaba dicho recurso de reposición, frente al cual el propietario pretendió recurso de casación que fue inadmitido por proveído de 4 de octubre, formulando posteriormente recurso de queja, que fue desestimado por auto del TS (Sala de lo Social) de fecha 12 May. 1989. 7.º El día 21 Sep. 1988, los ejecutantes adjudicatarios (los referidos trabajadores), por su cuenta y riesgo, tomaron posesión del referido local comercial y, posteriormente, el 28 de octubre del mismo año, comparecieron junto al representante de la sociedad codemandada Almacenes E., S.A. ante la Secretaría de la

MT donde se había seguido la ejecución, manifestando los primeros que era su deseo ceder los bienes subastados a la segunda y el representante de ésta que aceptaba la cesión; sin que con relación a dicha comparecencia se hubiera dictado resolución alguna, aprobatoria o denegatoria de dicha cesión, no obstante lo cual, mediante acta notarial, la entidad Almacenes E., S.A., notificó al propietario esa cesión, que éste no aceptó.

Tercero: Con base en los referidos hechos que declara probados y después de desestimar la aducida excepción de inadecuación de procedimiento (a la que más adelante nos referiremos), la sentencia aquí recurrida (además de otras argumentaciones que después diremos, en la medida en que lo exija el estudio de los motivos de los recursos) basa, esencialmente, la *ratio decidendi* de su pronunciamiento estimatorio de la primera de las acciones ejercitadas (traspaso efectuado de modo distinto al autorizado en la ley) en que, si bien los ejecutantes (los trabajadores ya nombrados anteriormente) intervinieron como postores en la tercera subasta «a calidad de ceder el remate a un tercero», como quiera que no hicieron uso de dicha facultad, ni, por tanto, designaron el cesionario en la forma y plazo previstos para ello (art. 1.499 LEC) y la MT dictó A 2 Sep. 1988, por el que declaró adjudicatarios definitivos de los subastados y rematados derechos de arrendamiento y traspaso a los propios ejecutantes licitadores y acordó se hiciera entrega a los mismos del local comercial litigioso, mientras que la cesión en favor de la sociedad Almacenes E.,

S.A., la efectuaron (o dijeron efectuarla) más de mes y medio después (28 Oct. 1988) «de haberse dictado (dice textualmente la sentencia recurrida) el auto de adjudicación definitiva en favor de los ejecutantes y de haber tomado posesión éstos de los bienes subastados, consolidando así la adquisición a su favor sin realizar la oportuna cesión o designación de tercero», ha de entenderse (concluye literalmente la referida sentencia) «que aquella posterior cesión en favor de la sociedad codemandada ya no quedaba amparada por la reserva que los ejecutantes habían realizado en el momento de la subasta, traduciéndose en un nuevo traspaso a añadir al operado como consecuencia de su venta forzosa, en el que no concurría ninguna de las condiciones que para su validez exige el art. 32 LAU, y por ello configuraba la causa resolutoria prevista en el art. 114.5 de la misma Ley» (Fundamento de Derecho quinto de la sentencia recurrida).

Cuarto: No sólo por la razón cronológica de las fechas de sus personaciones ante esta Sala, a efectos de formalización de sus respectivos recursos, sino por consideraciones, de estricta lógica jurídica, el estudio de los dos referidos recursos habrá de comenzarse por el interpuesto por D. Valentin G. P. y 8 personas físicas más, en cuanto los mismos son los que propiamente aparecen demandados como arrendatarios a quienes se imputa la realización del traspaso del local litigioso de modo distinto al autorizado en la ley.

Quinto: Después de haberles sido rechazada (aunque, tal vez por su obviedad, sin razonamiento al-

guno al respecto) por las dos sentencias de la instancia la excepción que adujeron de «inadecuación del procedimiento», los recurrentes (del primer recurso que, según el orden ya dicho, comenzamos a examinar) vuelven a reproducirla en esta vía casacional, por medio del motivo primero, con residencia procesal en el art. 1.692.2 LEC, por el que denuncian «infracción del art. 126.1, por aplicación indebida de la LAU» y en cuyo alegato aducen que en el proceso a que este recurso se refiere «en realidad lo que se hace es combatir la legalidad del procedimiento de apremio seguido en sede de la MT Gijón núm. 2 y la legalidad del resultado final de dicho procedimiento, que acabó con la cesión del remate de los derechos de arriendo y traspaso sobre el local propiedad del actor, primero subastados y provisionalmente adjudicados a mis mandantes que intervinieron a calidad de ceder el remate a tercero». El expresado motivo ha de fenecer, porque habiendo el actor ejercitado en este proceso una acción resolutoria de contrato de arrendamiento de local de negocio por traspaso ilegal del mismo (art. 114.5 LAU), es evidente que el procedimiento adecuado y único para conocer de la misma es el establecido en el art. 126.1 de la citada Ley, que es el aquí utilizado, ello con independencia del pronunciamiento (estimatorio o no de la referida acción) que haya de dictarse en el expresado procedimiento, lo que inexcusablemente requerirá que esta Jurisdicción Civil, que es la única competente para ello, haya de hacer una valoración de la trascendencia jurídica del título en cuya

virtud se dice realizado el discutido traspaso, que es lo que los juzgadores de la instancia han verificado en este proceso, al examinar el A 2 Sep. 1988 por el que la MT Gijón núm. 2 adjudicó definitivamente (no provisionalmente, como con ostensible inexactitud se dice en el antes transcrito alegato del motivo) a los ejecutantes-licitadores (que no habían hecho uso de la anunciada reserva para ceder el remate a un tercero) de los derechos arrendaticios (objeto de la subasta) sobre el local litigioso, y la repercusión jurídica que sobre dicho auto de adjudicación definitiva pueda tener la manifestación que, después de concluso el referido procedimiento de apremio, concretamente más de mes y medio después (en 28 Oct. 1988) de la fecha del referido auto, los aludidos adjudicatarios hicieron, en la Secretaría de la Magistratura, en el sentido de que cedían el remate a la entidad Almacenes E., S.A., acerca de cuya manifestación no recayó resolución alguna por parte de la Magistratura, sin que la valoración que los juzgadores de la instancia han hecho de la trascendencia jurídica de lo anteriormente expuesto, entrañe en modo alguno revisión o censura de lo resuelto por la jurisdicción laboral en dicho procedimiento de apremio, como equivocadamente se dice en el motivo que aquí se desestima.

Sexto: Por el motivo segundo, con apoyo procesal en el art. 1.692.5 LEC (en su redacción anterior a la hoy vigente) se denuncia «infracción del art. 1.499.3 LEC, que los recurrentes hacen consistir en que, según dicen, el requisito que dicho precepto esta-

blece de que la cesión del remate habrá de hacerse «previa o simultáneamente al pago del resto del precio del remate» carece de aplicación al presente caso porque (aducen literalmente) «no había pago ninguno que hacer: habida cuenta que fueron rematantes los propios ejecutantes y que el importe del remate fue inferior al de la deuda por la que se estaba apremiando a la ejecutada, no había que hacer ningún pago del remate ni de parte de él», por lo que, vienen a concluir, «el único límite temporal para el ejercicio de la cesión era el de la firmeza del auto de adjudicación, que no se produjo hasta mucho después de cedido el remate a Almacenes E., S.A., según explicaré después» (con la utilización de este adverbio temporal parece que los recurrentes quieren referirse al motivo siguiente, pues en el desarrollo del presente no exponen argumentación alguna al respecto). Para la resolución del presente motivo ha de partirse de que la intervención de un rematante en una subasta judicial «a calidad de ceder el remate a un tercero» es una aplicación concreta, en nuestro Derecho positivo, del doctrinalmente llamado «contrato para persona que se designará» (*per persona nominanda*), que consiste en que uno de los contratantes, llamado estipulante, se reserva la facultad de designar, dentro de un plazo determinado, a una tercera persona para que ocupe su lugar en la relación contractual y que, para su plena efectividad, requiere ineludiblemente que la designación de dicha tercera persona (que en ningún caso puede relegarse a tiempo indefinido o *sine die*) se haga dentro

del plazo estipulado para ello por las partes o del expresamente señalado por la ley (cuando dicha figura o modalidad contractual se encuentre legalmente regulada, como aquí ocurre), de tal modo que, transcurrido el expresado plazo (convencional o legal) sin realizar la designación (*electio*) de dicha tercera persona, el estipulante queda como único contratante y como definitivo obligado. Sobre la base de la anterior doctrina, el motivo ha de ser desestimado, pues los licitadores-rematantes (estipulantes, según la terminología del referido contrato) no hicieron, dentro del plazo señalado por el art. 1.499 LEC, la designación de la persona a cuyo favor se habían reservado la facultad de ceder el remate, cuyo plazo (que, como ya se ha dicho, no puede ser mantenido subsistente por tiempo indefinido, por la inseguridad jurídica que ello entrañaría), cuando los rematantes, por ser los propios acreedores-ejecutantes, no tienen que consignar el resto del precio del remate, por ser éste inferior al montante del crédito reclamado, termina (el referido plazo) en el momento en que el Juzgado dicta el auto acordando la adjudicación definitiva y subsiguiente entrega del bien o derecho objeto de la subasta a los rematantes (acreedores-ejecutantes en este caso), al no haber hecho los mismos la designación del cesionario, que es lo ocurrido en el presente supuesto, como ya se tiene dicho, pues no habiéndose hecho la repetida designación, la MT Gijón núm. 2, dictó A 2 Sep. 1988, en el que, después de expresar en su antecedente o punto núm. 3 que los bienes objeto de la subasta han

sido: «Derecho de arriendo y traspaso del local comercial sito en Gijón, c/ Menéndez Valdés, que explotaba la apremiada B., S.L., como negocio de venta y exposición de aparatos eléctricos y electrodomésticos», en su parte dispositiva dice textualmente así: *Fallo*: «Acuerdo declarar adjudicatario definitivo de los bienes reseñados en el punto núm. 3 a D. Valentín G. P. y 8 más, por el precio de 7.889.866 ptas. y librar testimonio al adjudicatario de esta resolución y previa liquidación del Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales, librar oficio de mandamiento al depositario para que haga entrega de los bienes al aludido adjudicatario». Asimismo, como también se tiene dicho, aparece probado que, en cumplimiento de lo acordado en el expresado auto, y sin haber hecho designación de persona alguna como cesionaria del remate, el día 21 Sep. 1988 los referidos adjudicatarios tomaron posesión del aludido local, en calidad de arrendatarios, pues lo subastado había sido el derecho de traspaso del mismo. Aunque luego habrá que reiterarlo al examinar el motivo siguiente, hemos de dejar ya apuntado que el expresado auto de adjudicación definitiva (de fecha 2 Sep. 1988) había quedado firme antes de que los rematantes-ejecutantes (y ya adjudicatarios definitivos) manifestaran (en 28 Oct. 1988) en la Secretaría de la MT que cedían el remate a la entidad Almacenes E., S.A., pues el recurso de reposición que el propietario-arrendador del local interpuso contra el expresado auto de adjudicación definitiva fue desestimado mediante A 23 Sep. 1988 y el re-

curso de casación que el mismo propietario-arrendador trató de interponer contra este último auto le fue inadmitido por proveído de 4 de octubre del mismo año, fechas, todas ellas, anteriores a la ya dicha manifestación hecha por los rematantes-adjudicatarios en 28 Oct. 1988, acerca de cuya manifestación no recayó resolución alguna por parte de la MT, ni era necesario que recayera, pues la adjudicación definitiva del derecho subastado ya había sido hecha.

Séptimo: Entre las diversas argumentaciones en que apoya su pronunciamiento estimatorio de la primera de las acciones ejercitadas (como ya dejamos anunciado en el fundamento jurídico tercero de esta resolución), la sentencia aquí recurrida utiliza la siguiente: «...el recurso de queja no produce efectos suspensivos o, al menos, no impide la continuación del procedimiento, conforme determina el art. 1.699 LEC, al que se remite el art. 191 LPL en su redacción anterior, razón por la cual aquella resolución continuaba desplegando su eficacia pese a la interposición del recurso; pero aunque así no fuere y se entendiese que la queja producía efectos suspensivos, tampoco cabría sostener la validez de la cesión, pues ésta habría tenido lugar entonces en momento no apto para la práctica de actuaciones ante la Magistratura *a quo* y, en cualquier caso, la desestimación posterior del recurso confirmaba la plena validez y eficacia de la resolución desde el mismo momento en que fue dictada» (Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia recurrida). A combatir el transcrito razonamiento se orienta el motivo tercero, con la

misma sede procesal que el anterior, por el que, denunciando textualmente «infracción del art. 1.699.3 LEC», los recurrentes vienen, en esencia, a sostener que el auto de adjudicación definitiva a los rematantes ejecutantes (de 2 Sep. 1988) no quedó firme hasta que el TS (Sala 4.ª) desestimó el recurso de queja que el propietario-arrendador formuló contra la no admisión del recurso de casación que intentó interponer contra el referido auto de adjudicación definitiva, por lo que pretenden obtener la conclusión de que la cesión del remate podían hacerla hasta que se produjera la firmeza del mencionado auto. El expresado motivo ha de ser desestimado, porque el art. 1.699 LEC (que no tiene más que un párrafo, aunque el transcrito encabezamiento del motivo hable del párr. 3.º), al preceptuar que la entrega de la copia certificada del auto por el que se deniega la preparación del recurso de casación, «no impide la continuación del procedimiento», se está refiriendo a que el órgano que dictó la resolución (generalmente sentencia) contra la que se ha tratado de interponer dicho recurso de casación y cuya preparación ha denegado, ha de continuar procediendo como si la posible queja (de cuya formalización o no ni siquiera tiene conocimiento) no existiera o, lo que es lo mismo, presuponiendo, de momento, la firmeza, ha de acordar la ejecución de la expresada resolución (generalmente sentencia, se repite), al ser ése el único trámite al que el referido precepto (si al mismo ha de reconocérsele algún contenido normativo) puede referirse cuando, tratándose de una

sentencia o auto definitivo ya dictados, dice que continuará el procedimiento, el cual sólo quedará suspendido si el Tribunal de casación estimase la queja, supuesto que aquí no se produjo pues, como ya se tiene dicho, la Sala 4.ª de este TS desestimó la referida queja, por lo que la resolución contra la que se trató de interponer el improcedente recurso de casación ha de considerarse firme desde la fecha en que la misma fue dictada, pues la queja desestimada no llegó a afectarle en ningún momento.

Octavo: Por el motivo cuarto y último, con la misma cobertura procesal que los dos anteriores, se denuncia textualmente «infracción del art. 114.5, en relación con el art. 32, por aplicación indebida, de la LAU» y en el alegato integrador de su desarrollo los recurrentes aducen, sustancialmente, que la entidad Almacenes E., S.A., ha llegado a ser arrendataria del local litigioso, no a virtud de un traspaso ilegal del mismo, como resuelve la sentencia recurrida, sino a consecuencia, dicen, de la cesión del remate que, en el procedimiento laboral de apremio, le hicieron los rematantes-ejecutantes (los aquí recurrentes). El expresado motivo, con el que se viene simplemente a hacer supuesto de la cuestión, al tratar de partir de unos hechos totalmente distintos de los que la sentencia recurrida declara probados, ha de ser claramente desestimado, pues si, como se ha dicho en los fundamentos jurídicos anteriores de esta resolución, por el tantas veces repetido A 2 Sep. 1988 la MT Gijón núm. 2 declaró adjudicatarios definitivos del derecho de traspaso objeto de la subas-

ta a los propios rematantes-ejecutantes, al no haber éstos hecho uso oportunamente de la facultad de ceder el remate a un tercero, es evidente que los expresados adjudicatarios definitivos (que, además, en cumplimiento de dicho auto, tomaron posesión del referido local, como también se tiene dicho) pasaron a ser los arrendatarios únicos del mismo, por lo que si, posteriormente a ello, lo han transmitido a un tercero (la entidad Almacenes E., S.A.), resulta indudable que han efectuado un traspaso del expresado local sin dar cumplimiento a los ineludibles requisitos que para ello exige el art. 32 LAU, de cuyo precepto, así como del art. 114.5 de la misma Ley, la sentencia aquí recurrida ha hecho una correcta y adecuada aplicación, al declarar resuelto el contrato de arrendamiento, cuyos titulares arrendaticios únicos eran los rematantes-ejecutantes, a virtud de la adjudicación definitiva que se les hizo en el tantas veces repetido A 2 Sep. 1988.

Noveno: El decaimiento de los cuatro motivos integradores del recurso interpretativo por D. Valentín G. P. y 8 personas físicas más ha de llevar aparejada la desestimación del expresado recurso (primero de los examinados), con expresa imposición de las costas del mismo a los recurrentes, sin que haya lugar a acordar la pérdida del depósito, al no haber sido constituido el mismo, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

Décimo: Desestimado el primero de los recursos, procede examinar ahora el segundo de ellos, interpuesto por la entidad mercantil Al-

macenes E., S.A. Por el primero de sus motivos, al amparo del art. 1.692.4 LEC (en su redacción anterior a la hoy vigente), se denuncia textualmente «error en la apreciación de la prueba, en relación a documentos obrantes en Autos que demuestran la equivocación de la Sala, y la cual daría lugar a un clarísimo fraude de ley, no permitido por el art. 9 LAU en relación al art. 7 C.c.». En el profuso alegato integrador de su desarrollo, después de hacer una extensa exposición de los diversos trámites e incidencias procesales del procedimiento laboral de apremio, seguido ante la MT Gijón núm. 2, en el que fueron subastados «los derechos de arriendo y traspaso» del local comercial objeto de este proceso, y después de relacionar también los diversos y sucesivos proveídos recaídos en dicho procedimiento laboral, parece que los recurrentes quieren denunciar como supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba el que la sentencia aquí recurrida no ha atribuido eficacia jurídica a la manifestación que, el día 28 Oct. 1988 y en la Secretaría de dicha MT hicieron los rematantes de los derechos subastados en el sentido de que cedían el remate a la entidad Almacenes E., S.A. (la aquí recurrente). Prescindiendo, por un lado, de la exuberante relación que se hace de los trámites seguidos en el referido procedimiento laboral de apremio, que a esta Jurisdicción civil no le corresponde examinar, ni mucho menos revisar, y, por otro lado, de los preceptos sustantivos (arts. 9 LAU y 7 C.c.) que, al parecer, se quieren citar como infringidos y cuya invocación es

totalmente impropia de un motivo articulado por error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 1.692.4 LEC, en su redacción anterior a la hoy vigente), y concretándonos al que, dentro del confuso desarrollo del motivo, parece ser el error probatorio denunciado, el expresado motivo ha de ser desestimado, por las consideraciones siguientes: 1.^a Porque lo que se somete a esta revisión casacional no es ningún error de hecho en la apreciación de la prueba, en que haya podido incurrir la sentencia recurrida y que, sin necesidad de formular conjeturas, inferencias o deducciones, resulte evidenciado de modo directo, patente e inequívoco (litosuficiencia) por un documento obrante en autos (único tema incardinalable en el medio impugnatorio aquí utilizado), sino la valoración que la sentencia recurrida ha hecho de esa pretendida cesión remate, lo que no es cuestión fáctica, sino de índole estrictamente jurídica. 2.^a Porque como ya se ha razonado extensamente al desestimar los motivos segundo, tercero y cuarto del primero de los recursos y habrá que reiterar después al examinar el motivo siguiente del presente recurso, la sentencia aquí recurrida ha procedido correctamente al negar eficacia jurídica, por extemporánea, a la cesión del remate que los rematantes-ejecutantes pretendieron hacer, en 28 Oct. 1988, a favor de la entidad Almacenes E., S.A., cuando la MT, mediante el tantas veces repetido A 2 Sep. 1988, ya había declarado adjudicatarios definitivos de los derechos de arrendamiento y traspaso objeto de la subasta a los propios rematantes, al no haber éstos he-

cho uso oportuno y temporáneo de la reservada facultad de cesión del remate.

Undécimo: Por el motivo segundo, con apoyo procesal en el art. 1.692.5 LEC (en su redacción anterior a la hoy vigente), se denuncia que resultan infringidos «por interpretación errónea los arts. 1.499 y 1.512 LEC, y por inaplicación los arts. 1.195, 1.196 y 1.202 C.c.». En el desarrollo del motivo se comienza transcribiendo literalmente el siguiente razonamiento de la sentencia recurrida: «Establece el art. 1.499 LEC que la cesión habrá de verificarse mediante comparecencia ante el propio Juzgado que haya celebrado la subasta, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla y todo ello previa o simultáneamente al pago del resto del precio del remate, el que deberá efectuarse en el plazo máximo de 8 días» (fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida). A continuación de la referida transcripción, el alegato del motivo aduce lo siguiente: «Efectivamente el art. 1.499 LEC expresa lo anterior, menos el plazo que se cita. Dicho plazo, aunque la sentencia no lo expresa, tiene que haber sido extraído del art. 1.512 de la citada Ley, donde se prevee (*sic*) el plazo que tras la liquidación de cargas de los inmuebles, se concederá al comprador para que consigne el precio que resulte de la liquidación. Por nuestro lado entendemos, con el mayor respeto para la Sala de la Audiencia, que dichos artículos, en el caso que nos ocupa, han sido interpretados erróneamente en la sentencia recurrida, pues no se ha tenido en cuenta que el comprador (adjudicatario) ha

sido el propio acreedor ejecutante, que al ser acreedor por cantidad superior a la ofrecida en licitación, no tiene que realizar consignación alguna, como consecuencia de lo dispuesto en los arts. 1.195 y 1.202 C.c. dada la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 1.196 de dicho Código, todos ellos dedicados a la figura de la compensación». El expresado motivo, que alberga una tesis impugnatoria idéntica a la del motivo segundo del recurso primero ya examinado y resuelto, ha de ser desestimado, al igual que lo fue aquél, por las mismas razones extensamente desarrolladas en el fundamento jurídico sexto de esta resolución que, en evitación de innecesarias repeticiones, damos aquí íntegramente por reproducidas, aunque reiterando, en síntesis, que como quiera que, según la *ratio legis* que inspira la redacción del art 1.499.3 LEC, el plazo para hacer la designación (*electio*) del cesionario del remate

no puede ser mantenido de manera inconcreta o indefinida (*sine die*), por la inseguridad jurídica que ello comportaría, cuando el rematante en la subasta, que al mismo tiempo es el acreedor-ejecutante, no tiene que consignar ningún precio de remate, por ser éste inferior al montante de su crédito, el referido plazo ha de considerarse forzosamente terminado o precluido cuando el Juzgado dicta el auto acordando la adjudicación definitiva y subsiguiente entrega del bien o derecho objeto de la subasta al rematante (acreedor-ejecutante), sin que el mismo haya hecho la expresada designación, que es lo ocurrido en el expresado supuesto con el tantas veces repetido A 2 Sep. 1988, dictado por la MT Gijón núm. 2, por el que acordó la adjudicación definitiva de los derechos objeto de la subasta a los acreedores-rematantes, no habiendo hecho éstos la designación del cesionario del remate.

Ante la Magistratura de Trabajo se subastan los derechos de arrendamiento y traspaso de un local de negocio que se adjudican los trabajadores-ejecutantes a calidad de ceder el remate a tercero. Transcurrido el plazo para el ejercicio del posible derecho de tanteo, se procede a la adjudicación definitiva a los trabajadores mediante auto. Contra dicho auto el propietario interpone recursos de reposición, casación, que se inadmite, y queja. Mientras, los trabajadores toman posesión del local y, antes de que el Tribunal Supremo desestime el recurso de queja, acuden a la MT para ceder los bienes subastados a un tercero sin que ésta dicte ninguna resolución al respecto.

El proceso civil que vamos a comentar se inicia cuando el propietario del local no acepta la cesión y ejercita una acción de resolución de contrato de arrendamiento por traspaso efectuado de modo distinto al autorizado legalmente, que es estimada en segunda instancia. La Audiencia Provincial declara resuelto el contrato de arrendamiento y condena al de-

salajo. El Tribunal Supremo no dará lugar a los recursos de casación interpuestos por los trabajadores y por el tercer cesionario.

El principal problema estriba en determinar la validez de la cesión o traspaso efectuado por los trabajadores adjudicatarios ante la Magistratura de Trabajo. La valoración que la jurisdicción civil, única competente para conocer de la acción resolutoria del art. 126 LAU, debe efectuar, no entraña en modo alguno revisión o censura de lo resuelto por la jurisdicción laboral en el procedimiento de apremio.

La intervención de un rematante en una subasta judicial a calidad de ceder el remate a un tercero se conceptúa como una aplicación concreta del contrato *per persona nominada*, lo que implica que el plazo para hacer la designación no puede ser mantenido de manera inconcreta o indefinida, por la inseguridad jurídica que ello comportaría.

El TS establece que cuando el rematante en la subasta, que al mismo tiempo es el acreedor-ejecutante, no tiene que consignar ningún precio de remate, por ser éste inferior al montante de su crédito, el referido plazo ha de considerarse forzosamente terminado o precluido cuando el Juzgado dicta el auto acordando la adjudicación definitiva y subsiguiente entrega del bien o derecho objeto de la subasta al rematante, sin que este haya hecho la expresa designación.

Además, el Alto Tribunal interpreta el art. 1.669 LEC en el sentido que el órgano que ha denegado la preparación del recurso de casación ha de acordar la ejecución de su resolución, presuponiendo de momento la firmeza de la misma, al ser único trámite que puede acordarse para continuar el procedimiento. Y añade que el recurso de queja que resulte desestimado no afectará a la firmeza de la resolución contra la que se trató de interponer el improcedente recurso de casación, cuya firmeza se considerará producida desde que la resolución fue dictada.

En su consecuencia, concluye que los ejecutantes-adjudicatarios no han hecho un uso oportuno o temporáneo de la facultad de ceder el remate a un tercero, al haberlo intentado con posterioridad a la firmeza del auto de adjudicación definitiva, por lo que pasaron a ser ellos los arrendatarios únicos. Cualquier transmisión posterior a tercero no queda amparada por la reserva realizada en el momento de la subasta y podrá constituir un traspaso ilegal.

Ch. CATALÁ COMAS

JUECES LEGOS EN EL PROCESO PENAL *

Una comparación entre los sistemas inquisitivo
y *adversativo* ** desde la perspectiva alemana ***

M.C.J. ALBIN ESER
Universidad de Friburgo de Brisgovia
Director del Instituto Max-Planck
de Derecho Penal extranjero e internacional

I. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS LEGOS EN EL
PROCESO PENAL ALEMÁN

1. *La opción de principio en favor de la participación de los legos en
Alemania*

La actual participación de los legos en el proceso penal alemán¹ se remonta a un cambio de orientación que se produjo en Alemania en el

* Artículo traducido por Julio PÉREZ GIL, Profesor Ayudante de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.

** N. del T.: Nos servimos del concepto gramatical «*adversativo*» para traducir el término «*adversatorisches System*», el cual, procedente del inglés «*adversary system*», es utilizado por el autor en referencia al modelo acusatorio norteamericano.

*** Estoy obligado a agradecer especialmente al *Rechtsreferendar* D. ROLF WALZ su colaboración en la recogida del material y en la presentación de un proyecto.

1. Ésta no es infrecuente, dicho sea de paso, puesto que además de en el proceso

siglo XIX. En ella se refleja también la interrelación entre Poder Judicial, Estado y Sociedad tal y como ésta puede transformarse una y otra vez a lo largo de la historia. Por eso deben presentarse en primer lugar aquellos datos que la historia nos aporta ante cuyo trasfondo tomó su curso el proceso penal reformado del siglo XIX considerado desde el punto de vista de la participación de los legos.

Ciertamente hasta bien entrada la Alta Edad Media² la administración de justicia³ residía principalmente en manos del pueblo. Pero con la consolidación de las estructuras señoriales, ya desde el período franco⁴ se añadieron elementos de jurisdicción estatal, es decir, primero real y posteriormente de los señoríos territoriales, lo cual tuvo su expresión en los más significativos libros jurídicos de la Edad Media, el *Sachsenspiegel* (Espejo de Sajonia)⁵ y el *Schwabenspiegel* (Espejo de Suabia)⁶. De esta manera se puso en marcha una evolución que con posterioridad culminó en los siglos siguientes en la casi total desaparición de la participación del pueblo en la administración de justicia en la época del Absol-

penal encontramos también jueces honorarios, que sin embargo no tienen que ser necesariamente juristas y que en parte disponen de conocimientos especializados no jurídicos, también en otros tipos de procedimientos, tales como el proceso ante los Tribunales de Trabajo, §§ 14 y ss. ArbGG, el Contencioso Administrativo, §§ 1, 19 y ss. VwGO, el proceso ante los Tribunales de lo Social, §§ 12.1, 33.1, 40.1 SGG y el procedimiento ante las Cámaras de Comercio, §§ 105 y ss. GVG, así como el procedimiento ante los Tribunales Financieros, § 5.3 FGO. Sobre otras particularidades *cf.* M. WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige*, 6ª edición, Munich 1987, p. 227 y s. Por el contrario deben permanecer totalmente al margen de este artículo los Tribunales Sociales, tal y como fueron instaurados en la antigua RDA en forma de *Comisiones de conflicto* (de empresa) y *Comisiones de arbitraje* (vecinales) para la resolución de la pequeña criminalidad (*cf.* en particular A. ESER, *Gesellschaftsgerichte in der Strafrechtspflege*, Tübingen 1970, así como más reciente del mismo autor, *Gesellschaftsgerichte*, en: G. Kaiser/F. Sack/H. Schellhoss (editores), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3ª edición, Heidelberg 1993, p. 164 y ss.); puesto que mientras que allí se trataba de la total suplantación de los jueces profesionales por tribunales puramente legos, este artículo se dedica exclusivamente a la *participación* de legos (conjunta con la de los jueces profesionales) en el proceso penal.

2. U. BENZ, *Zur Rolle der Laienrichter im Strafprozeß*, Lübeck 1982, p. 15, menciona mediados del siglo XII.

3. Hasta bien entrada la Edad Media existía un proceso de partes puro, no había todavía una separación entre proceso civil y penal. A este respecto H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, T. 1, 2ª edición, Karlsruhe 1962, p. 29.

4. Entre los siglos V y IX.

5. El *Sachsenspiegel* contiene derecho territorial y feudal que fue plasmado por escrito entre 1220 y 1235. Sobre la historia de su nacimiento CONRAD, *op. cit.* (nota 3), p. 351 y s.

6. De igual manera, contiene una reseña de derecho territorial y feudal y su origen se sitúa en 1275/76. *Cfr.* de nuevo CONRAD, *op. cit.* (nota 3), p. 353.

lutismo. Esto se debió esencialmente a dos causas que se encuentran en estrecha conexión entre sí.

La primera causa radica en la instauración de tribunales señoriales territoriales que acompaña al establecimiento de señoríos territoriales de carácter individual en el período comprendido entre los siglos XII y XV, los cuales se erigen junto a los tempranos tribunales reales y los tribunales de las florecientes ciudades. La jurisdicción señorial propia era en este aspecto un elemento de limitación frente a las pretensiones de poder del Rey⁷. La influencia que ejercían los Señores sobre sus Tribunales, los cuáles éstos ocupaban cada vez más con sus propios funcionarios⁸, era en consecuencia grande.

Una importante segunda evolución vino a favorecerles: la recepción en Alemania del derecho romano⁹, cuya influencia en el proceso penal y en la organización de los tribunales se hizo patente desde el siglo XV¹⁰. La aplicación del nuevo derecho, a diferencia de la aplicación hasta entonces del derecho consuetudinario local, suponía una formación específica. Con el tiempo se apartó al pueblo del derecho¹¹. La aplicación del derecho se convirtió cada vez más en un dominio de jueces y funcionarios instruidos que eran nombrados por los respectivos Señores¹². La misma evolución hacia una jurisprudencia profesional se operó también en los Tribunales de las ciudades y en la *Reichskammergericht* (Cámara Imperial)¹³.

Si bien la *peinliche Gerichtsordnung* (Ordenanza Penal de los Tribunales) de Carlos V de 1532 todavía preveía formalmente en su art. 1 la participación de legos, de facto, por la influencia del derecho de la Recepción, éstos no sólo ya apenas tomaban parte en dictar la sentencia, sino que fueron degradados a meros testigos del Tribunal¹⁴.

7. Para lo pormenores *cf.* p. ej. E. KERN, *Geschichte der Gerichtsverfassungsrechts*, Munich 1954, p. 12.

8. KERN, *op. cit.* (nota 7), p. 13.

9. En general sobre el tema CONRAD, *op. cit.* (nota 3), p. 364 y ss.

10. *Cfr.* al respecto BENZ, *op. cit.* (nota 2), p. 31 y ss.

11. Sobre el abismo que mediaba entre pueblo y derecho KERN, *op. cit.* (nota 7), p. 23.

12. *Vid.* p. ej. H. COING, *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, Munich 1967, p. 57; KERN, *op. cit.* (nota 7), p. 22; BENZ, *op. cit.* (nota 2), p. 44.

13. De esta manera, la *Reichskammergerichtsordnung* (RKGGO) previó para la Cámara Imperial establecida en 1495 que la mitad de los componentes debían poseer el grado de doctor en Derecho (§ 1 RKGGO según H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, T. 2, Karlsruhe 1966, p. 163); con el transcurso del tiempo, todos los componentes tenían que aportar prueba sobre sus estudios de Derecho, CONRAD, *op. cit.*

14. BENZ, *op. cit.* (nota 2), p. 43.

Finalmente, con el Absolutismo desaparecieron en el siglo XVIII también los últimos legos de los Tribunales¹⁵. Los jueces profesionales funcionarios, personal y materialmente dependientes, se habían quedado a solas. La administración de justicia se practicaba *para* el pueblo, pero ya no *por* el pueblo. Los jueces no podían preservarse frente a la influencia de los soberanos absolutos, quienes incluso por sí mismos llegaban a dictar sentencia en el proceso penal¹⁶. En Prusia se llegó incluso a normativizar expresamente en 1717 un derecho de sanción del Rey.

El fin de esta época lo anunció la Revolución Francesa de 1789. Uno de sus objetivos era la instauración de la separación de poderes, postulado de la Ilustración desarrollado por MONTESQUIEU¹⁷. Para ello la Administración de Justicia tendría que desligarse de la rama ejecutiva del poder público. Ahora, como medio para garantizar y controlar aquella independencia, de nuevo los legos deberían tomar parte en el proceso penal¹⁸. Siguiendo el modelo inglés de jurado puro se formaron en Francia en el año 1791 jurados penales de acusación y de sentencia. Posteriormente esas exigencias fueron propugnadas también en Alemania¹⁹. En la introducción de la participación de los legos se vio aquí en suma junto a la garantía de la independencia de los tribunales como presupuesto de la libertad del individuo frente al Estado, también una participación del pueblo en la actividad del Estado²⁰. A partir de ahí, mediante esa actividad se debería mejorar de nuevo entre el pueblo el conocimiento del Derecho y de la Ley, el cual había ido cayendo en el olvido desde la Recepción²¹. Ciertamente tuvo que transcurrir medio siglo más hasta que en la Constitución de la Iglesia de San Pablo de 1848/49 arraigaran la separación de poderes y la participación de los legos²². A pesar de que

15. BENZ, *op.cit.* (nota 2), p. 44.

16. Son famosas, por ejemplo, las ingerencias de Federico Guillermo I de Prusia en el proceso del Príncipe Heredero y de Federico II de Prusia en el proceso Müller-Arnold. Al respecto KERN, *op. cit.* (nota 7), p. 44 o 47.

17. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, T. 1, ed. par R. Derathe, París 1973, p. 168 s.

18. Así ya MONTESQUIEU, *op. cit.* (nota 17), p. 170.

19. En estrecha relación funcional con ello se encuentran las exigencias de *publicidad y oralidad* del proceso y de *abolición de las reglas de prueba* del proceso desarrollado por personas letradas en favor del principio de la libre apreciación de la prueba. Cfr. E. SCHWINGE, *Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung*, Breslau 1926, p. 74 y ss.

20. W. HAHN, *Die Entwicklung der Laiengerichtsbarkeit im Großherzogtum Baden während des 19. Jahrhunderts*, Berlín 1974, p. 23.

21. HAHN, *op. cit.* (nota 20), p. 24.

22. § 181 ó 175 Constitución Imperial de 1849.

la revolución de 1848/49 no triunfó, desde aquella época la mayoría de los Estados alemanes adoptaron alguna forma de participación de legos en la Administración de Justicia penal²³. Desde entonces, la participación de los legos es una sólida parte integrante del derecho procesal penal alemán²⁴.

2. Los modelos básicos de la participación de los legos

Esta opción de principio en favor de la participación de los legos todavía no llevaba aparejada consigo en absoluto una configuración unitaria. Ello porque para la inclusión de legos habían de considerarse dos diferentes modelos: por una parte en la forma del *sistema de jurado puro*, en el cual los jueces legos y los profesionales deliberan y deciden de forma separada²⁵; por otra en la forma del *sistema de escabinado*, en el que la sentencia se dicta de forma conjunta por juristas y legos²⁶. Mientras que en la Constitución de la Iglesia de San Pablo de 1848 aún se preveía la introducción de Tribunales de jurado puros, una parte de los Estados optaron por contra por el sistema de escabinado²⁷.

Por último, parece también ampliamente comprensible que el sistema de jurado puro fuera sometido desde el principio a vehementes ataques sobre todo desde sectores de la ciencia penal alemana. También entre estos críticos se contaba en particular FEUERBACH, quien a pesar de reconocer en su obra «*Betrachtungen über das Geschworenengericht*» («Consideraciones sobre el Tribunal de Jurado») aparecida en 1812 que el sistema de Jurado puro representaba una avance en atención al aspecto democrático²⁸, veía en el aspecto jurídico indudablemente sobre todo inconvenientes. Así, negaba la capacidad de los jurados para poder responder a la cuestión sobre la culpabilidad²⁹, y consideraba demasiado am-

23. *Vid.* al respecto la visión general de BENZ, *op. cit.* (nota 2), p. 49 y s.

24. Sólo durante la segunda guerra mundial y durante un corto período de tiempo tras el fin de la guerra fue suspendida la participación de los legos en gran medida a causa de la guerra.

25. Si bien es cierto que ese sistema de jurado puro muestra influencias inglesas y francesas, también se conecta con la separación propia del derecho germánico entre los jueces y los que se pronunciaban sobre la culpabilidad.

26. Para los fundamentos al respecto en el temprano Derecho común cfr. BENZ, *op. cit.* (nota 2), p. 49.

27. *Vid.* al respecto en una visión general BENZ, *op. cit.* (nota 2), p. 49 y s.

28. A.V. FEUERBACH, *Betrachtungen über das Geschworenengericht*, Landshut 1813, p. 47 y ss., 64 y ss.

29. FEUERBACH, *op. cit.* (nota 28), p. 178.

plias las posibilidades de influencia de los jueces profesionales sobre los jurados³⁰. A pesar de ello, en la Convención Nacional de Francfort pudieron imponerse los partidarios del tribunal de jurado puro³¹. Habiéndose optado a continuación por algunos Estados por el sistema de escabinado, en los Estados con sistema de jurado puro continuó la crítica sobre éste. El debate sobre la composición de los tribunales penales encontró un punto culminante tras la fundación del Imperio en los esfuerzos por la consecución de un Ordenamiento Jurídico unitario para todo el Imperio alemán³². La *Gerichtsverfassungsgesetz* (Ley Orgánica de los Tribunales) de 1879 finalmente previó tanto un tribunal de jurado puro como un tribunal de escabinos.

En cualquier caso, los elementos del jurado puro fueron a continuación siendo desplazados de forma absoluta por el sistema de escabinado. Con posterioridad, como elemento más importante de la Reforma de la Justicia de Emminger de 1924 en esta materia³³, el jurado puro fue sustituido por un gran tribunal de escabinos, manteniéndose a estos efectos básicamente sólo el nombre «*Schwurgericht*» (Tribunal de Jurado puro)³⁴. En lo sucesivo, tras la Segunda Guerra Mundial, se retoma de nuevo en la República Federal Alemana el sistema del Decreto de Emminger³⁵, de forma que la participación de los legos en el proceso penal representa hoy un mero sistema de escabinos.

II. LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA PARTICIPACIÓN DE LEGOS EN EL PROCESO PENAL ALEMÁN

Los escabinos en Alemania no participan en todos los órganos sentenciadores de los tribunales penales. Por eso debe presentarse en primer lugar la composición y la competencia objetiva de los tribunales en los

30. FEUERBACH, *op. cit.* (nota 28), p. 190 y ss.

31. El decisivo cambio de orientación tuvo lugar en la convención de germanistas de Lübeck de 1847; al respecto SCHWINGE, *op. cit.* (nota 19), p. 146 y ss.

32. Cfr. en particular BENZ, *op. cit.* (nota 2), p. 51 y s.

33. Al respecto, en general KERN, *op. cit.* (nota 7), p. 160 y ss.

34. La denominación «*Geschworener*» (jurado) fue derogada por la Ley de 26.5.1972 (Bundesgesetzblatt (BGBl.) I p. 841) y sustituida por la expresión «*Schöffe*» (escabino) (§45 a *Deutsches Richtergesetz=DRiG* (Ley alemana de los Jueces)).

35. Solamente Baviera implantó hasta la reinstauración de la unidad jurídica en 1950 un auténtico tribunal de jurado puro. También en la RDA se implantaron tras la segunda guerra mundial tribunales de jurado puro. Detalladamente sobre las obligaciones y la posición de los jurados en la RDA F. MÜLLER, *Neue Justiz (NJ)* 1989, p. 133 y ss.

que participen legos. Acto seguido se abordará la selección de los escabinos y su posición.

1. La competencia objetiva y la composición de los Tribunales penales

El proceso penal alemán conoce tanto la participación de legos en la primera instancia como su contribución en la instancia de apelación. Por el contrario, no está prevista su inclusión en las Salas de Casación de los *Oberlandesgerichte* (Tribunales Superiores de Justicia) y del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo).

A. Participación en primera instancia

En el procedimiento de primera instancia ha de distinguirse entre la competencia de los *Amtsgerichte* (Juzgados de primera instancia / Juzgados de lo penal) y de los *Landgerichte* (Audiencias Provinciales)³⁶.

a) *Amtsgerichte* (Juzgados de primera instancia / Juzgados de lo penal)

El *Amtsgericht* puede actuar como juez de lo penal o como tribunal de escabinos. Mientras que el juez de lo penal es un juez profesional, el tribunal de escabinos estará compuesto por dos escabinos y, por regla general³⁷, un juez profesional, que ostenta la presidencia (§ 29 GVG). La competencia para dictar sentencia del *Amtsgericht* abarca hoy hasta la pena privativa de libertad de cuatro años (§ 24.2 GVG). En tanto la competencia del *Amtsgericht* esté fundamentada, el tribunal de escabinos será competente siempre que pueda preverse para el delito una pena superior a la privativa de libertad de dos años³⁸. El juez de lo penal y los tribunales de escabinos pueden actuar también como jueces de menores o tribunales de escabinos de menores respectivamente (§§ 33.2, 39, 40 JGG)³⁹.

36. Para los supuestos de competencias en primera instancia de los *Oberlandesgerichte* (Tribunales Superiores de Justicia) tampoco se prevé participación de legos (§§ 120, 122 *Gerichtsverfassungsgesetz=GVG* (Ley orgánica de los Tribunales)).

37. Excepcionalmente se añade un segundo juez profesional en el denominado Tribunal de escabinos ampliado (§29.2 GVG).

38. Para los detalles *vid.* §§ 24, 25, 28 GVG.

39. Con la especialidad de que —al igual que en la Cámara de Menores del *Landgericht*— para cada vista oral debe convocarse a un hombre y a una mujer como escabinos de menores (§ 33a.1, 33b.3 *Jugendgerichtsgesetz=JGG* (Ley de los Tribunales de menores)).

b) *Landgerichte* (Audiencias provinciales)

El *Landgericht* siempre resuelve en primera instancia con participación de legos, y lo hace como Gran Cámara Penal compuesta por tres jueces profesionales incluido el presidente y dos escabinos (§ 76 GVG). Resuelve como *Schwurgericht* (jurado puro) en los delitos especialmente graves⁴⁰, tales como delitos dolosos contra la vida u otros delitos con resultado de muerte, así como hechos punibles especialmente graves peligrosos para la comunidad (§ 74.2 GVG). La Gran Cámara resuelve además en primera instancia cuando no sean competentes el *Amtsgericht* o el *Oberlandesgericht*. Puede actuar como Cámara económico-penal o como Cámara de protección del Estado (§§ 74c, 74a GVG), y de la misma manera como Cámara de menores (§§ 74b GVG, 33b.1, 41 JGG)⁴¹.

B. La participación de legos en el procedimiento de apelación

El recurso de apelación cabe contra las sentencias del *Amtsgericht*. La instancia de apelación es el *Landgericht*. Este conoce de las apelaciones contra sentencias del Juez de lo penal y del Tribunal de escabinos mediante la Pequeña Cámara penal, compuesta por un juez profesional como presidente y dos escabinos, teniéndose que incluir un segundo juez profesional en los procedimientos para conocer de las apelaciones contra sentencias del Tribunal de escabinos ampliado (§§ 74.3, 76.1 y 3 GVG). Resolverá como Pequeña Cámara de menores sobre las apelaciones contra sentencias del Juez de menores (§§ 33.2, 33b.1, 41.2 JGG). Una Gran Cámara Penal decidirá como Gran Cámara de menores sobre las apelaciones contra sentencias del Tribunal de escabinos de menores (§§ 33.2, 33b.1 y 2, 41.2 JGG).

40. Acerca de que el *Schwurgericht* ya no siga siendo un Tribunal de jurado puro, *vid. supra* en A II.

41. Desde hace poco tiempo, la Gran Cámara penal, cuando no es competente como *Schwurgericht* (Tribunal de jurado puro) o la cuestión no es especialmente difícil o extensa, tiene que disponer en cualquier caso que en la vista principal sean nombrados solamente dos jueces profesionales en lugar de, como hasta ahora, tres jueces profesionales junto con los dos escabinos (§§ 76.2 GVG, 33.2, 33b.2 JGG en la redacción dada por la *Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege* (Ley para la descarga de la Administración de Justicia) de 11 de enero de 1993, BGBl. I p. 50).

2. La selección de los escabinos

Un escabino que finalmente concurre en la vista oral ha de atravesar un proceso de selección en varios niveles⁴².

Cada cuatro años los municipios (a través de los Ayuntamientos o en su defecto a través de un órgano de representación con competencias para ello) presentan listas de propuestas de escabinos. En estas listas sólo se acepta a quienes posean la aprobación de dos tercios del número legal de miembros del órgano de representación municipal⁴³. La lista de propuestas debe tomar convenientemente en consideración a este respecto a todos los grupos de población (§ 36 GVG). Para asegurarse de ello y simultáneamente excluir de esta forma una posible selección tendenciosa, se practica por algunos municipios un procedimiento aleatorio, por ejemplo, mediante selección de los candidatos extraída del censo electoral general o incluso de la guía telefónica⁴⁴. Es mucho más frecuente por el contrario que se asuman las propuestas de partidos políticos o de asociaciones⁴⁵. Esta forma de proceder tiene la ventaja frente al procedimiento aleatorio de que se convoca a ejercer como escabinos a personas a las que previamente se ha solicitado su contribución y que han manifestado su interés⁴⁶. Sin duda esto tiene forzosamente como consecuencia que entre los escabinos se encuentren también miembros de partidos políticos o que cuando menos sean cercanos a éstos. Pero puesto que todos los partidos tienen un derecho de propuesta, no podrá ocurrir nunca en la práctica que los escabinos de una demarcación judicial sean sólo miembros de un único partido, puesto que cada partido está sujeto a la colaboración de los otros partidos para hacer prosperar a sus candidatos⁴⁷, ya

42. *Cfr.* §§ 36 a 58 GVG y §§ 77, 78 GVG.

43. Para los Juzgados de menores asume esta función un Comité Tutelar de Menores (*Jugendwohlfahrtsausschuß*) formado en la oficina de protección de menores (*Jugendamt*) (§ 35 GVG).

44. WOLF, *op. cit.* (nota 1), p. 233.

45. WOLF, *op. cit.* (nota 1), p. 233.

46. Según los datos aportados por un reciente estudio empírico, cerca de una cuarta parte de los 1095 escabinos preguntados se esforzó para ser incluido en la lista de escabinos, mientras que por el contrario sólo cerca del ocho por ciento habrían rechazado su elección como escabinos en el caso de que éste hubiera sido jurídicamente lícito. *Vid.* al respecto C. RENNIG, *Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht*, Marburg 1993, p. 495.

47. Por lo demás esta forma de selección de los escabinos es tolerada también por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo) (*Cfr.* BGHSt (*Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*) (Sentencia del Tribunal Supremo en materia penal) 12, p. 197/200 y s.

que todas las decisiones en el procedimiento de selección deben tomarse por mayoría de dos tercios. Por otra parte, la neutralidad política aquí no se deriva tampoco de que cada juez intente olvidar sus convicciones políticas, lo cual con todo y con eso sería infructuoso, sino que una neutralidad tal sólo podrá ser más bien el resultado de un típico proceso pluralista de formación de la opinión, normal para la democracia de partidos⁴⁸. A este respecto no debería sobrevalorarse en el proceso penal el papel de la filiación partidista en la toma de decisiones, puesto que no juega ningún papel en los delitos normales tales como el hurto o la estafa pero tampoco básicamente en los delitos contra la vida normales; los procesos con fuerte carga política son más bien escasos.

La ley conecta la inclusión en la lista de propuestas a la ausencia de determinados motivos de exclusión (§§ 32 a 34 GVG). Así, una condena anterior puede llevar aparejada la inhabilitación para el ejercicio como escabino. Por el contrario la ley no exige básicamente características o capacidades especiales, si excluimos la nacionalidad alemana (§ 31 GVG), así como, en el caso de los escabinos de menores y en la medida de lo posible una previa experiencia y aptitud en la educación de los menores (§§ 35 JGG).

De entre las listas de propuestas de los municipios, los comités de selección formados en los *Amtsgerichte* seleccionan con mayoría de dos tercios de los votos los escabinos necesarios para los cuatro años siguientes (§§ 40, 42, 77 GVG). Al Comité de selección pertenecen mayoritariamente personas que han sido elegidas por los Consejos Municipales o de Departamento con mayoría de dos tercios de los miembros legales (§ 40 GVG).

De entre los grupos de personas así determinados se designan por sorteo en este momento los escabinos para las jornadas de vistas de un año que ya se han señalado anticipadamente (§§ 45, 77 GVG).

3. *El papel de los escabinos en el proceso*

La contribución de los escabinos se limita a la vista oral. Las decisiones al margen de la vista oral las toman exclusivamente los jueces profesionales (§§ 30.2, 76 GVG, §§33a.2, 33b.3 JGG). Esto rige espe-

48. Sólo de esta manera puede comprenderse que también en el Tribunal Constitucional, debido al procedimiento de selección (§§ 5 y ss. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) y al objeto procesal, la adscripción a un ámbito partidista se convierta incluso en la excepción.

cialmente para las resoluciones sumariales y en el marco de la ejecución penal. Dentro de la vista oral los escabinos tienen básicamente los mismos derechos y obligaciones que los jueces profesionales (§§ 30.1, 77.1 GVG)⁴⁹. Esto significa que colaboran al mismo nivel en todas las resoluciones a tomar y en la deliberación de la sentencia. En particular los escabinos tienen el mismo *derecho de voto* que los jueces profesionales. En cualquier caso según el § 177 GVG los jueces legos votan antes que los jueces profesionales. De esta manera se debe excluir toda influencia de los jueces legos por los jueces profesionales.

El Tribunal decide fundamentalmente por mayoría absoluta de los votos (§ 196 GVG). Conforme con ello los dos jueces legos en el Tribunal de escabinos⁵⁰ y en la Pequeña Cámara penal pueden superar en votos al juez profesional presidente. En la Gran Cámara penal, por el contrario, la mayoría está del lado de los jueces profesionales. Aquí les resta a los escabinos sólo una minoría de bloqueo en las resoluciones desfavorables sobre la cuestión de la culpabilidad y sobre las consecuencias jurídicas del delito; puesto que estas decisiones requieren una mayoría de dos tercios de los votos (§ 263 StPO), de una composición de tres jueces profesionales y dos legos son necesarios más de tres votos del total de cinco jueces y así los tres jueces profesionales necesitan un voto más de un juez lego para el pronunciamiento sobre la culpabilidad y la pena⁵¹.

Al escabino, al igual que a los demás jueces del tribunal, le asiste el derecho a formular preguntas a los intervinientes en el proceso (§ 240.1 y 2 StPO). Por contra, según la opinión dominante, los jueces le-

49. Los escabinos también son independientes externamente en la misma medida que los jueces profesionales.

50. Pero no en el Tribunal de escabinos ampliado según el § 29.2 GVG ni en las apelaciones dirigidas contra sus sentencias (§ 76.3 GVG). *Vid.* al respecto también § 196.4 GVG.

51. En cualquier caso, cuando la Gran Cámara penal actúa compuesta por dos jueces profesionales y dos jueces legos (§§ 76.2 GVG, § 33.2 JGG), lo cual desde hace poco representa el supuesto legal habitual, los escabinos pueden alcanzar la igualdad de votos con los jueces profesionales, supuesto en el cual, en tanto baste la mayoría simple para una decisión, el voto del presidente inclinará la balanza. En el caso de las sentencias desfavorables sobre la cuestión de la culpabilidad y sobre las consecuencias jurídicas del delito en el sentido del § 263 StPO es necesaria, como hasta ahora, la aprobación de un escabino, puesto que una mayoría de dos tercios sobre una composición de cuatro jueces y una respuesta afirmativa al pronunciamiento sobre la culpabilidad y la pena por parte de los dos jueces profesionales sólo concurriría si por lo menos un juez lego comparte sus apreciaciones.

gos no tienen un derecho de examen inmediato de los autos⁵². También el derecho de los jueces legos a formular preguntas les está limitado más estrictamente que a los jueces por el § 241.2 StPO. Según éste, podrán ser rechazadas por el presidente las preguntas del escabino inadecuadas o no referidas a la materia. Sobre la admisibilidad de las preguntas formuladas por los demás jueces profesionales, el presidente debe dejar que sea el tribunal el que decida (§ 242 StPO). Por el contrario, los jueces legos sólo podrán provocar una decisión semejante de todo el tribunal tras advertencia del presidente (§§ 238.2, 242 StPO). Una desigualdad más radica en la posibilidad de que el presidente pueda imponer una sanción monetaria a los escabinos por incumplimiento de sus obligaciones, pero no así a los jueces profesionales (§56 GVG).

Finalmente, los escabinos pueden ser recusados por temor de parcialidad por las mismas razones que los jueces profesionales; para ellos rigen también las mismas causas de abstención (§ 31 StPO).

Por lo que se refiere a la preparación de los escabinos para el ejercicio de su cargo, tal y como corresponde a su estatus de legos, ésta se limita a la transmisión de los conocimientos básicos en lo concerniente al procedimiento, sobre determinadas formas de criminalidad, la técnica de la práctica de la prueba y la búsqueda de la sanción adecuada⁵³.

III. INTERACCIÓN ENTRE LA PARTICIPACIÓN DE LOS LEGOS Y LA FUNCIÓN Y ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

El proceso penal tiene como deber por una parte el contribuir a realizar el derecho penal material de forma que se corresponda con los verdaderos hechos (al respecto I). Por otra parte, la resolución a adoptar tie-

52. Así sobre todo la jurisprudencia constante, acaso con razón al menos para asegurar mejor por los jueces legos el principio de inmediación (*cf. infra* C.I.I.c), (*cf. en particular* BGHSt 13, p. 73 con comentario favorable de EB. SCHMIDT, *Juristische Rundschau (JR)* 1961, p. 30, además de las referencias contenidas en la nota 80), mientras que la opinión dominante se pronuncia también al respecto en favor de la igualdad de las posiciones de los escabinos con los jueces profesionales (*cf. TH. KLEINKNECHT/L. MEYER-GOßNER, Strafprozeßordnung*, 41 edición, Munich 1993, GVG § 30 marginal 2 con las ulteriores referencias).

53. *Cfr.* H. RÜPING, *Funktionen der Laienrichter im Strafverfahren*, JR 1976, p. 269 (274); H. LIEBER, *Schöffen in der Bundesrepublik Deutschland*, Der Schöffe 1990, p. 238 (242).

ne que reinstaurar de nuevo la paz jurídica perturbada (al respecto II)⁵⁴. Estos objetivos del proceso penal son perseguidos con diferentes medios en el proceso penal inquisitivo (o instructorio)⁵⁵ y en el *adversativo*. También la forma de la participación de los legos, que en último término sirve a estos objetivos, ha de contemplarse en estrecha relación con la configuración del proceso penal en cada caso.

1. La aplicación del derecho penal material a los verdaderos hechos

Tanto la averiguación de los hechos como la aplicación del derecho material siguen en el proceso inquisitivo y en el *adversativo* diferentes principios, incluso también desde el punto de vista de la participación de los legos.

A. La averiguación de los hechos

En la averiguación de los hechos ambos sistemas se diferencian en lo que se refiere a la adscripción funcional de la práctica de la prueba (a), a las cualidades de la verdad averiguada (b) así como al conocimiento por parte del tribunal de las diligencias de averiguación (c).

a) La adscripción funcional de la averiguación de los hechos

En el sistema *adversativo* la práctica de la prueba está en manos de acusación y defensa, las cuales a este respecto son únicamente supervisa-

54. Sobre los deberes y objetivos del proceso penal *cf.* por todos C. ROXIN, *Strafverfahren*, 23 edición, Munich 1993, p. 1 y ss. así como A. ESER, *Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen*, en: K. Kroeschel (Coordinador), *Recht und Verfahren. Symposium der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Alber-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka, Heidelberg* 1993, p. 21-53 (22 y ss.). La función ulterior consistente en adoptar una resolución verificada según el ordenamiento procesal en el contexto en el que nos encontramos juega solamente un papel subordinado.

55. Al objeto de evitar la idea ligada a la expresión «inquisitivo» de que el juez es simultáneamente investigador y acusador, puesto que ésta, en cualquier caso, ya no se corresponde con el proceso penal actual, se debería hablar mejor de «instructorio»: *cf.* A. Eser, en: F. Ziechang, *Tagungsbericht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 104 (1992), p. 515 así como del mismo autor, en: Kroeschel (nota 54), p. 28, 28 y s., 46 y s.

das por el Tribunal⁵⁶; por el contrario en el proceso inquisitivo ésta reside en manos del Tribunal, a cuyo efecto éste puede ser suplantado por acusación y defensa (cfr. §§ 155.2, 206 StPO).

La contribución de los legos está típicamente configurada en el proceso *adversativo* como un sistema de jurado puro⁵⁷. Los jurados, tras ser instruidos por el juez, valoran el resultado de la prueba fundamentalmente sólo⁵⁸. En el proceso inquisitivo alemán la valoración de la prueba es, por el contrario, tarea conjunta de jueces profesionales y escabinos.

Por lo que respecta al derecho procesal japonés, de forma característica éste presenta influencias generadas históricamente tanto del sistema *adversativo* como del inquisitivo⁵⁹. Esto sirve también para la adscripción funcional de la averiguación de los hechos. Fundamentalmente no

56. En relación al proceso penal norteamericano, representativo del proceso de partes *adversativo*, cfr. N. SCHMIDT, *Das amerikanische Strafverfahren*, Heidelberg 1986, p. 71 y ss. Allí tiene el juez en efecto el derecho a preguntar, así como a convocar a sus propios testigos y en la práctica, también a los miembros del jurado se les otorga ocasionalmente la posibilidad de hacer que el juez plantee las preguntas que ellos formulen por escrito. De esta posibilidad se hace ciertamente un uso escaso. Cfr. al respecto W. PERRON, *Das Beweisantragsrecht im deutschen Strafprozeß*, Freiburger Habilitationsschrift (en imprenta), en § 6 II B.

57. Aquí y en lo sucesivo nos referiremos al jurado de calificación, no así al jurado de acusación tal y como existe todavía en parte en los EEUU; cfr. J. HERRMANN, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahren*, Bonn 1971, p. 193.

58. Cfr. K. WERDING, *Schwurgerichte in den USA*, Kassel 1975, p. 131 y ss. En cualquier caso de esta manera en la mayoría de los Estados federados americanos; vid. D. KARLEN, *Anglo-American Criminal Justice*, Oxford 1967, p. 191. Sin embargo el juez puede también admitir, en especial ante los Tribunales Federales, la trascendencia de las pruebas en particular y valorar las declaraciones de los testigos. Sobre su frecuencia en el proceso vid. H. ZIESEL, en: G. Casper/H. Zeisel, *Der Laienrichter im Strafprozeß*, Heidelberg 1979, p. 162. Algo similar es válido para Inglaterra, donde el presidente resume el resultado de la práctica de la prueba y con ello toma en cuenta puntos de vista materiales y jurídicos, vid. en ambos casos KARLEN, *op. cit.*

59. Desde la segunda mitad del siglo XIX el proceso penal japonés fue acuñado inquisitivamente, en principio bajo la influencia francesa, y más tarde hasta bien entrada la primera mitad del siglo XX de forma cada vez más intensa bajo la influencia alemana. Al respecto J. HERRMANN, *Strafprozeßrecht*, en: P. Eubel et. al., *Das japanische Rechtssystem*, Frankfurt 1979, p. 255 (256 y s.); S. DANDO, *Japanese Criminal Procedure*, South Hackensack 1965, p. 14 y s. Después de la Segunda Guerra Mundial se superponen de forma creciente elementos estructurales del proceso de partes norteamericano (HERRMANN, *op. cit.*, p. 257). Por eso se designa con razón al derecho procesal penal japonés de la actualidad como sistema mixto, que enlaza el proceso de oficio continental europeo con el proceso de partes angloamericano (DANDO, *op. cit.*, p. 17 y s.). En general sobre la comparación entre sistemas también S. SAITO, *Der japanische Strafprozeß als Kompromiß zwischen anglo-amerikanischen und deutschem Strafprozeßmodell*, en: M. Irle, *sozialwissenschaftliche Entscheidungsforschung*, Mannheim 1984, p. 362 y ss.

se practica la prueba de oficio sino sólo a instancia del fiscal o del inculcado (§298.1 Ley de Enjuiciamiento penal japonesa). La práctica de la prueba se lleva a cabo en la vista oral mediante el denominado interrogatorio cruzado de fiscal y defensor (§§ 199-2 y ss del Reglamento de Procedimiento)⁶⁰. Pero el tribunal puede también practicar pruebas de oficio (§ 298.2 Ley de Enjuiciamiento Penal japonesa) y tiene derecho a intervenir conjuntamente en el interrogatorio de los sujetos de la prueba.

De esta forma, puesto que en la competencia para la práctica de la prueba en Japón se encuentran tanto elementos de uno como de otro sistema, en atención a la participación de los legos no puede extraerse ninguna conclusión final nítida en favor de uno u otro sistema en lo que respecta a la adscripción funcional de la averiguación de los hechos⁶¹.

Pero posiblemente desde puntos de vista funcionales podría llegar a afirmarse cómo pueden ser materializados de la forma más eficiente los objetivos de la participación de los legos, sobre los cuales se tratará posteriormente. En este sentido podría ser decisivo cómo está configurada la relación entre jueces profesionales y jueces legos, esto es, qué disposiciones organizativas han sido tomadas para que la participación de los legos llegue efectivamente a ser provechosa.

A primera vista, el jurado que decide en solitario se muestra aquí en ventaja frente a los escabinos del sistema alemán, que si bien gozan fundamentalmente de los mismos derechos, no disponen siempre de la mayoría en relación con los jueces profesionales⁶². No obstante, una consideración tal desconocería la gran influencia que el juez puede ejercer a través de la instrucción del jurado (la denominada «*instruction*»), especialmente cuando asume la apreciación de la prueba⁶³, sin que los miembros del jurado tengan la posibilidad de formular repreguntas de forma inmediata⁶⁴. Por el contrario los escabinos en el sistema alemán, si no han entendido algo, pueden preguntar directamente al juez durante la deliberación.

60. Este regula las particularidades técnicas del proceso penal; cfr. SAITO, *op. cit.* (nota 59), p. 363.

61. A pesar de que en Japón existía desde la ley nº 50 de 1923 un limitado sistema de jurado, éste fue suspendido en la Segunda Guerra Mundial mediante la ley nº 88 de 1943; cfr. DANDO, *op. cit.* (nota 59), p. 18.

62. Sobre la posición de los escabinos en el proceso penal alemán vid. *supra* B III.

63. Cfr. WERDING, *op. cit.* (nota 58), p. 131 y ss.

64. Tienen únicamente la posibilidad de solicitar una información suplementaria o una lectura de partes del acta de la sesión, vid. H. KALVEN/H. ZEISEL, *The American Jury*, Boston 1966, p. 155.

De esta forma no es de extrañar ya que en la discusión que se suscitó en Alemania sobre la abolición de los elementos del jurado puro en el proceso penal en favor de un puro sistema de escabinado⁶⁵, se alegara precisamente que la influencia del presidente sobre la resolución mediante la instrucción del jurado fuera mayor que en los tribunales de escabinos⁶⁶. En este aspecto tampoco podemos dejarnos engañar por el trascurso de la vista oral, la cual está intensamente marcada por la persona del juez que dirige las sesiones y en la que los escabinos, como por otra parte también los demás jueces profesionales, ejercen una influencia más bien pasiva⁶⁷. Es mucho más decisiva la participación en igualdad de derechos en la deliberación, en la que ha de tenerse ciertamente en cuenta que la influencia de los legos puede ser mayor o menor dependiendo de la personalidad de los intervinientes.

b) La calidad de la verdad averiguada

En estrecha relación con la adscripción funcional de la averiguación de los hechos se sitúa la calidad de la verdad averiguada. Se ha dicho con frecuencia que el proceso de partes aspira a lograr una verdad formal mientras que el inquisitivo una verdad material⁶⁸. No obstante, ello ha sido rebatido decisivamente por lo que respecta al proceso de partes de cuño angloamericano⁶⁹. Pero aunque se partiera de que el proceso *adversativo* también tiene como meta la investigación de la verdad y para ello se sirve del método de la confrontación, de todos modos sigue manteniéndose la diferencia de que en el procedimiento instructorio el presidente esclarece los hechos de forma objetiva y completa, mientras que en el procedimiento *adversativo* se dilucida primariamente si el acusador ha aportado prueba de que el acusado es culpable en los términos de la acusación. En este modelo de procedimiento los hechos deben abarcarse mediante el desarrollo por ambas partes de sus hipótesis sobre el hecho

65. Al respecto *supra* A II.

66. *Cfr.* BENZ, *op. cit.* (nota 2), p. 51. Contra el jurado puro en razón de la influencia del juez profesional en la vista oral también FEUERBACH, *op. cit.* (nota 28), p. 190 y ss.

67. Se prevé una mejora parcial de la posición de los legos en relación a este respecto en una modificación de los §§ 56 GVG y 241.2 StPO. Al respecto *supra* B III. *Cfr.* R. KÜHNE, *Die Zusammenarbeit zwischen Berufsrichtern und ehrenamtlichen Richtern*, Deutsche Richter-Zeitung (DRiZ) 1975, p. 390 (394 y s.).

68. *Cfr.* HERRMANN, *op. cit.* (nota 57), p. 107 y s., 115 y s. con ulteriores referencias.

69. HERRMANN, *op. cit.* (nota 57), p. 158 y ss. *Cfr.* aquí también PERRON, *op. cit.* (nota 56) § 3 II C 2a.

delictivo. La práctica de la prueba presenta en este sentido un procedimiento de doble dirección en el que los resultados que proceden de una de las partes son revisados y puestos en cuestión por la contraria. Es una competición en la que se dilucida cuál de las alternativas en la presentación de los hechos es la más atractiva. Los medios de prueba son designados y limitados por las partes. Esto condiciona sin embargo para el juez o los jurados una perspectiva diferente que la del juez o los escabinos del procedimiento instructorio. El miembro del jurado puro tiene que atender primariamente a si la argumentación de una de las partes se ve afectada por la de la otra. El juez alemán lleva a cabo por el contrario un procedimiento probatorio de una sola dirección y valora el resultado de la prueba siguiendo el principio de la libre apreciación de ésta (§ 261 StPO).

El proceso penal angloamericano contiene por contra también numerosas reglas sobre la valoración de la prueba que se han desarrollado como correctivo de la condición de legos de los jurados⁷⁰. Estas reglas de prueba son, conforme a su naturaleza, una limitación general anticipada de la fuerza probatoria de los medios de prueba individuales en determinados casos, y con ello, expresión de una teoría legal de la prueba. Deben proteger al acusado frente a un tratamiento por parte de los legos de las pruebas presentadas de una forma que no fuera la previsible según la lógica jurídica. La participación de los legos en el proceso alemán persigue por contra un objetivo formulado desde un punto de partida diametralmente opuesto, el cual también distingue al derecho japonés: la valoración de la prueba por parte del juez.

También en el proceso penal japonés como en el proceso penal alemán uno de los objetivos principales es el esclarecimiento de los verdaderos hechos (§ 1 Ley de enjuiciamiento penal japonesa). En especial, el tribunal no estará vinculado por una confesión⁷¹. El proceso penal japonés no conoce los acuerdos del proceso penal angloamericano; de ahí que en Japón el acusado no pueda ser condenado sin una ulterior práctica de prueba aunque él mismo se reconozca culpable (§ 319.2 Ley de

70. *Cfr.* U. WESTHOFF, *Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts*, Berlín 1955, p. 167. Así para determinados delitos son precisos dos testigos o el apoyo a la declaración de un testigo mediante otro medio de prueba.

71. Esto se corresponde con la situación jurídica en Alemania. Es sin embargo diferente el proceso penal norteamericano. *Cfr.* SCHMIDT, *op. cit.* (nota 56), p. 60 sobre la confesión judicial.

Enjuiciamiento Penal japonesa);⁷² el juez japonés, que también actuará inquisitivamente, más bien elabora su sentencia mediante la libre valoración de la prueba (§ 318 Ley de enjuiciamiento penal japonesa)⁷³.

Una de las funciones más importantes que competen a los escabinos en el proceso penal alemán es la realización de esta apreciación de la prueba. Sobre todo en la valoración de las declaraciones de los testigos, los legos tienen con frecuencia una mayor sensibilidad sobre la credibilidad de la declaración que si aquella se hiciera ante «sólo juristas», especialmente si proceden del mismo ámbito de vida que los testigos. En favor de ello se pronuncian también los resultados de una reciente investigación empírica en la que el 67 por ciento de los escabinos encuestados y además casi la mitad del total de los jueces profesionales y fiscales encuestados ven como un argumento principal a favor de la participación de los legos la influencia de la experiencia vital de los escabinos⁷⁴. De esta manera el control del juez dependiente, que fue un argumento principal para la introducción de la participación de los legos en el proceso penal en el siglo XIX,⁷⁵ ha ido evolucionando al amparo de la previsión constitucionalmente garantizada de la independencia judicial hasta llegar a ser un mecanismo que pretende averiguar la verdad mediante la ponderación de las pruebas por personas de diferente socialización y de esta manera evitar una visión unívoca de las cosas⁷⁶. Este proceso dialéctico de influencias recíprocas no es imaginable sin una adecuada configuración del procedimiento, que esté abierta al continuo intercambio de preguntas y contrapreguntas. Ésta es imposible en el sistema del jurado puro. En aquel existe el peligro de que el jurado quede abandonado a su propia suerte o bien, sea influenciado unilateralmente por el juez, en especial allí donde éste haga comentarios sobre la práctica de la prueba⁷⁷.

72. Cfr. SAITO, *op. cit.* (nota 59), p. 363. Se refiere a confesiones judiciales y extrajudiciales.

73. Al respecto W. RÖHL, *Fremde Einflüsse im modernen japanischen Recht*, Frankfurt 1959, p. 65; DANDO, *op. cit.* (nota 59), p. 203.

74. Vid. al respecto RENNING, *op. cit.* (nota 46), p. 490. Este estudio se basa en las declaraciones de 1095 escabinos, 133 jueces profesionales y 205 fiscales.

75. Vid. *supra* A 1.

76. Al respecto de que los escabinos consigan con frecuencia hacer prevalecer parte de sus ideas en el camino hacia un acuerdo, cfr. la investigación empírica de E. KLAUSA, *Ehrenamtliche Richter*, Frankfurt 1972, p. 78 y s.

77. Vid. *supra* nota 57.

c) El conocimiento por parte del Tribunal de las diligencias de averiguación

En el proceso instructorio alemán el Tribunal competente para la vista oral, quien al margen de la vista oral actúa sin la intervención de legos (§§ 30.2, 77.1 GVG), resuelve sobre si debe o no abrirse la fase principal del proceso (§ 199 StPO). Para ello debe partir de una probabilidad de condena superior al 50 por ciento (§ 203 StPO)⁷⁸. Por consiguiente requiere el conocimiento de la totalidad de las diligencias de averiguación (§§ 199, 200 StPO).

Por contra, el conocimiento de las diligencias de averiguación por el Tribunal es totalmente extraño al proceso *adversativo*⁷⁹.

Tampoco se presenta sin problemas el conocimiento de las diligencias de averiguación en el proceso penal alemán. Éste se encuentra en relación de tensión con los principios procesales de inmediación y oralidad. El juez debe separar los resultados de la investigación y los resultados de la vista oral por cuanto la sentencia sólo podrá basarse en los hechos que hubieren sido aportadas en la vista oral. Por esta razón los escabinos, al contrario que los jueces profesionales, no tienen garantizado un derecho de examen de los autos⁸⁰. En contra se ha aducido que los jueces profesionales se encontrarían también ante el problema de la separación de ambos planos. Para no socavar la posición de los escabinos en relación con los jueces profesionales se ha propugnado un derecho de examen de los autos en favor de aquellos⁸¹. Esta crítica desconoce sin embargo una importante función de los escabinos que sería incompatible con un derecho de examen de los autos. Si un juez profesional quisiera aportar a la deliberación conocimientos extraídos de los autos sobre partes de los hechos de las que no se habló en la vista oral, los escabinos tienen el derecho y la obligación de excluir tal conocimiento previo del juez o bien volver a abrir de nuevo la práctica de la

78. B. SCHÜNEMANN/W. BANDILLA, *Perseverance in Courtroom Decisions*, en: H. Wegener, F. Lösel, J. Haisch (ed.), *Criminal Behavior and the Justice System*, Nueva York 1989, p. 189, p. 181 (184).

79. SAITO, *op. cit.* (nota 59), p. 362.

80. Cfr. *supra* nota 52. Si se garantizase el derecho al examen de los autos, éste ofrecería incluso un motivo de casación, cfr. RGSt (Resoluciones del Reichsgerichts (Tribunal Imperial) en materia penal) 69, 120 (124); BGHSt 5, 261; BGH, *Strafverteidiger* (StV) 1988, p. 282. Existe una excepción sólo en el caso del §249.2 StPO.

81. B. TERHOST, *Information und Aktenkenntnis der Schöffen im Strafprozeß*, Monatschrift für Deutsches Recht (MDR) 1988, p. 809; B. ATZLER, *Das Recht des ehrenamtlichen Richters, die Verfahrensakte einzusehen*, DRiZ 1991, p. 207.

prueba sobre la cuestión. Como mejor pueden hacer esto es, sin embargo, confrontando sus conocimientos extraídos de la vista oral con las aportaciones del juez profesional y verificando su congruencia. A ello se le debe añadir algo más: por una parte en el procedimiento instructorio, la obligación de aclaración hace necesario que el juez conozca las diligencias de averiguación⁸². Pero contemplado desde el otro lado, según interpretación extendida,⁸³ este necesario conocimiento de los autos perjudica su imparcialidad y le coloca internamente siguiendo el paso que marca la fiscalía, máxime cuando en la resolución sobre la apertura de la fase principal del procedimiento basándose en los resultados de la investigación ya tuvo que afirmar una preponderante probabilidad de condena. En un proceso de disonancia cognitiva⁸⁴ existe el peligro de que, si alguien valora una hipótesis como probablemente acertada y ya la ha aceptado internamente, minusvalore posteriormente la trascendencia de las informaciones disonantes, como por ejemplo una declaración exculpatoria, mientras que por el contrario las informaciones consonantes, como por ejemplo una declaración inculpatoria, sean sobrevaloradas.

Los escabinos, al no tener conocimiento sobre las diligencias de averiguación, están protegidos frente a tales procesos. Aquí se manifiesta de nuevo la ventaja de la deliberación y toma de decisión conjunta de escabinos y jueces profesionales: el conocimiento de los autos que tiene el juez profesional sobre los hechos que no fueron aportados a la vista oral puede ser revelado por los escabinos y las máximas de conocimiento del juez profesional pueden ser confrontadas por ellos basándose exclusivamente en el conocimiento de la vista oral⁸⁵.

En estos momentos podría formularse justificadamente la pregunta de si desde el específico punto de vista del conocimiento de los autos pudiera extraerse para el proceso penal japonés algún provecho con la introducción del sistema de escabinos. En virtud del principio de exclusividad del escrito de acusación (§ 256.6 Ley de enjuiciamiento penal japonesa) los documentos y otros objetos que pudieran influir de antemano la formación de la opinión del juez no pueden ser adjuntados al escrito

82. B. SCHÜNEMANN, *Vor- und Nachteile des deutschen Strafverfahrens gegenüber dem anglo-amerikanischen Strafprozeß*, en: Irle, *op. cit.* (nota 59), p. 368.

83. Así SCHÜNEMANN, *op. cit.* (nota 78), p. 368; va en la misma dirección PERRON, *op. cit.* (nota 56), §3 II C 2a.

84. La teoría psicológico-social de la disonancia cognitiva se remonta a L. FESTINGER; de él es básico al respecto: *A theory of cognitive dissonance*, Stanford 1957.

85. Con respecto a que los jueces legos continúen representando un aseguramiento institucional de la oralidad y de la intermediación de la vista oral *cfr.* PERRON, *op. cit.* (nota 56), § 3 II B 3b.

de acusación ni reproducidos en su contenido. Por tanto el juez, en principio sin conocimiento previo de los autos, no entrará en contacto con los medios de prueba presentados simultáneamente por el fiscal y la defensa hasta la vista oral⁸⁶.

Sin embargo este principio tampoco es sostenido en Japón de forma uniforme. A este respecto puede observarse que el proceso penal japonés ostenta también elementos inquisitivos precisamente. Puesto que el juez coopera en el esclarecimiento de los hechos,⁸⁷ tiene que tener un conocimiento cierto sobre aquello que debe esclarecer⁸⁸. Por eso es frecuente en la práctica que el fiscal, el defensor y el juez se pongan de acuerdo desde la primera comparecencia de la vista oral acerca de los medios de prueba de los que se van a servir en el transcurso de la práctica de prueba ante el tribunal y en qué medida puedan sustituirse pruebas mediante la lectura de las actas efectuadas en la fase sumarial (§ 305 Ley de enjuiciamiento penal japonesa y § 203-2 Reglamento de Procedimiento)⁸⁹. El juez es informado de esta forma ya desde el principio de la vista oral sobre pormenores de los hechos y sobre la prueba y recibe las copias de las diligencias que deban ser leídas en el transcurso de la práctica de la prueba⁹⁰. Así, en lo concerniente a la relación entre el conocimiento de los autos y el contenido de la vista oral, está expuesto a los mismos riesgos que el juez profesional alemán. Por eso, aquí podría pensarse como en Alemania en la garantía conjunta de los principios de intermediación y publicidad, que también dominan en el proceso penal japonés⁹¹, mediante la introducción de escabinos.

86. Ch. SAEKI, *Das Prinzip der Ausschließlichkeit der Anklageschrift*, en: D. Oehler (Coordinador), *Strafrechtliche und prozessuale Fragen aus dem japanischen Recht*, Colonia 1982, p. 71 (76).

87. *Vid.* al respecto *supra* C I 1a.

88. SCHÜNEMANN, *op. cit.* (nota 78), p. 368.

89. J. HERRMANN, *Die Japanisierung des westlichen Rechts: Strafrecht und Strafprozeßrecht*, en: H. Coing (Coordinador), *Die Japanisierung des westlichen Rechts*, Tübingen 1990, p. 397 (419).

90. HERRMANN, *op. cit.* (nota 89), p. 419. Una consecuencia de ello podría ser el que una acusación en Japón culmina en condena en el 95 por ciento de los casos: *cfr.* SAITO, *op. cit.* (nota 59), p. 367.

91. SAITO, *op. cit.* (nota 59), p. 366.

2. La correcta aplicación del derecho material

a) La adscripción funcional

Para la aplicación del derecho en el sistema *adversativo* de cuño angloamericano son competentes los jurados, que van a recibir del juez una instrucción jurídica sobre los hechos⁹². En el proceso instructorio alemán la aplicación del derecho radica por el contrario conjuntamente en el juez profesional y en los legos. En el proceso penal japonés la aplicación del derecho es cosa del juez.

b) El proceso de aplicación del derecho

Puesto que sólo en rara ocasión trasluce algo al exterior sobre los acontecimientos que tienen lugar en la sala de deliberaciones de los jurados, con rigor pueden hacerse sólo conjeturas sobre el comportamiento de los jurados durante la deliberación y sobre la cuestión de si su veredicto representa el resultado de una reflexión sensata⁹³. Diferente parece ser el caso de la deliberación conjunta de jueces profesionales y escabinos. Ya se ha mencionado en repetidas ocasiones la ventaja que esta forma de actuación lleva consigo de corrección recíproca y de dar posibilidad de que los legos formulen de forma inmediata nuevas preguntas. Los jueces profesionales pueden caer fácilmente en una cierta rutina de hacer siempre determinadas cosas tal y como las han venido haciendo hasta entonces. Por el contrario los legos con frecuencia son en gran medida imparciales para formular preguntas, aparentemente ingenuas, pero sin embargo importantes. Precisamente para los problemas de derecho material complejos este modelo presenta ventajas. En él se pone de manifiesto un importante aspecto ulterior del control de los jueces profesionales por los legos. Su misión no es un control en cuyo final se sitúe una decisión que deba valorar como correcta o incorrecta la aplicación y subsunción del derecho en las categorías por parte de los jueces profesionales. Más bien lo que se lleva a cabo es un control de plausibilidad: el juez lego debe obligar al juez profesional a exponer comprensiblemente sus reflexiones, vedando así una «*deformation professionnelle*» de los jueces profesionales⁹⁴. En esta medida los legos proporcionan una

92. WERDING, *op. cit.* (nota 58), p. 132.

93. KALVEN/ZEISEL, *op. cit.* (nota 64), p. 474. *Vid.* también A. P. SEALY, *Decision Process in the Jury Room*, en: Wegener *et. al.*, *op. cit.* (nota 78), p. 163 y ss.

94. Otros hablan de «ceguera profesional tecnocrática»: así H. JUNG, *Die Beteiligung von Laien an der Strafrechtspflege*, en: *150 Jahre Landgericht Saarbrücken*, Colonia 1985, p. 317 (330).

especie de control de la realidad para la argumentación jurídica⁹⁵. A esta argumentación se adhieren el 56 por ciento de los escabinos así como el 42 por ciento de los fiscales encuestados por RENNIG, mientras que, sin que sea totalmente sorprendente, sólo escasamente un tercio de los jueces encuestados ven en ella un argumento en favor de la participación de los legos en el proceso penal⁹⁶.

En ocasiones se ha formulado la petición de que se prepare a los legos para su función más intensamente que hasta ahora, con el objeto de minimizar la diferencia de información con respecto a los jueces profesionales⁹⁷. En este sentido seguramente ha de considerarse necesario que el escabino antes de empezar a desempeñar su función sea informado pormenorizadamente sobre sus derechos y obligaciones y conozca los rasgos fundamentales del proceso penal y los principios significativos del Estado de derecho. Además podría celebrarse repetidamente en intervalos determinados un intercambio de experiencias entre escabinos bajo la dirección de un juez profesional. Pero puesto que una de las tareas de los escabinos es la intermediación de la realidad a los jueces profesionales ha de renunciarse a una formación en los conocimientos fundamentales del derecho material puesto que ésta conllevaría una pérdida de la imparcialidad que justamente se pretende de los legos y con ello se frustraría el control de plausibilidad⁹⁸. Por lo demás también ha de considerarse que a los escabinos se les convoca no para un caso sino para un período de cuatro años⁹⁹ y de esa forma pueden acumular experiencias en toda una serie de casos. Asimismo es posible la reelección (§ 31.1 GVG). En definitiva, los escabinos deberían permanecer tal y como se corresponde a su función, es decir, como legos abiertos con sentido crítico y capacidad natural de juicio.

Pero seguramente no se pueda negar una preponderancia en esta

95. H.-H. JESCHECK, *Das Laienrichtertum in der Strafrechtspflege der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz*, en: *Lebendiges Strafrecht, Festgabe für H. Schultz zum 65. Geburtstag*, Berna 1977, p. 229 (243 y s.).

96. RENNIG, *op. cit.* (nota 46), p. 490.

97. Propuestas de ampliación en R. WASSERMANN, *Der Bürger als Richter*, *Recht und Politik* (RuP) 1982, p. 117 (122 y s.).

98. H. BIETZ, *Laienrichter zwischen macht und Ohnmacht*, DRiZ 1987, p. 164. Sería digno de pensarse por contra en la introducción de legos peritos, por ejemplo para delitos económicos; así KLAUSA, *op. cit.* (nota 76), p. 89; en contra sin embargo H.-H. KÜHNE, *Laienkompetenz gegen Expertenkompetenz im Strafrecht?*, en: H. Jung (Coordinador), *Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte des Betroffenen*, Bonn 1989, p. 175 (178).

99. *Vid.* al respecto *supra* B III. El sorteo para adjudicar las sesiones de vistas en particular se fija cada vez para un año.

materia a los jueces profesionales en específicas cuestiones jurídicas. Sin embargo contemplándolo de cerca esto también se evidencia como ventaja. La participación de los legos según cómo se entiende en Alemania no debe conducir a una corrección del derecho material. De ahí que no se trate de una vía de única dirección que lleve sólo a un control del juez por los legos. También opera en mayor medida en la dirección contraria, en la que a los legos se les hace comprensible el límite del derecho positivo vigente¹⁰⁰. Por lo demás, tal y como documenta una reciente investigación empírica¹⁰¹, la participación de los legos no conduce tampoco a una emocionalización del proceso de juzgar. De acuerdo con ella, también en los procesos de elaboración de un juicio por los jueces legos son suficientes en gran medida los criterios racionales. De esta manera también el juez japonés podría ser apoyado por legos en su búsqueda del derecho, para lo cual, en comparación al sistema *adversativo*, casi no desempeñaría por completo esa función; es decir, que en relación a la competencia exclusiva que tiene hasta ahora para la aplicación del derecho debería de ceder menos.

2. La función de pacificación jurídica de la resolución en la que han participado legos

Entre los deberes del proceso penal, junto con la averiguación de los verdaderos hechos y la correcta aplicación del derecho penal material, se encuentra el de llegar a una resolución sobre la punibilidad del inculpado que logre la paz jurídica¹⁰².

A la participación de los legos le incumben a este respecto ulteriores funciones que se escapan a una conexión inmediata con las decisiones estructurales sobre un ordenamiento procesal penal.

En estrecha relación con la cuestión de si la resolución adoptada consigue la paz jurídica en sentido amplio radica su aceptación entre la población. Va a decir mucho en favor de que esa aceptación de la jurisprudencia se vaya haciendo cada vez mayor si es que y porque los ciudadanos ven a los escabinos como garantes de una jurisprudencia sensa-

100. Por el contrario, los jurados en los EEUU tenderían a hacer de sus propias ideas del derecho correcto el fundamento de su resolución. *Vid.* al respecto ZEISEL, en: Casper/Zeisel, *op. cit.* (nota 58), p. 166 y ss.

101. *Cfr.* RENNIG, *op. cit.* (nota 46), p. 543 y ss.

102. *Cfr.* al respecto *supra* C antes de I.

ta¹⁰³. Mediante la aportación a la deliberación de sus propias representaciones valorativas, experiencias y concepciones de la vida, las cuales están impregnadas por el entorno social de los jueces legos, también pueden —y deben según el parecer de muchos escabinos—¹⁰⁴ tenerse en cuenta las corrientes de opinión en el pueblo que en otro caso no influirían en el proceso de toma de decisión, y de esta manera la población revisará los juicios de valor formulados y desarrollados por el legislador y la jurisprudencia¹⁰⁵. Esto presupone por supuesto que también en la composición de los tribunales se reflejen las estructuras sociales. A este respecto, actualmente están poco representados entre los escabinos las mujeres, los pensionistas, los trabajadores así como los empleados de nivel medio y bajo¹⁰⁶.

No obstante, la aspiración democrática de una participación del pueblo en la jurisprudencia como una participación en la actividad del Estado ha conducido en suma¹⁰⁷ a una democratización de la forma de proceder de esta jurisprudencia. No es tan decisivo en este ámbito la frecuencia con la que los escabinos prevalezcan con sus opiniones sobre los jueces profesionales¹⁰⁸, sino el que obliguen a éstos mediante la aportación de sus apreciaciones de profano a la aclaración y justificación y con ello al examen de sus propias posiciones¹⁰⁹.

103. *Vid.* al respecto H.-H. KÜHNE, *Laienrichter im Strafprozeß?*, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1985, p. 237 (239).

104. *Vid.* al respecto RENNIG, *op. cit.* (nota 46), p. 490. Según éste, el 58 por ciento de los escabinos encuestados sostenían como un argumento esencial en favor de la participación de los legos en el proceso penal la aportación del sentimiento jurídico de otros círculos de población, mientras que sólo estaban de acuerdo con esta argumentación un quinto de los jueces profesionales y un tercio de los fiscales encuestados.

105. H. LIEBER, *Schöffren in der Bundesrepublik Deutschland*, Der Schöffe 1990, p. 237 (239 y s.).

106. KÜHNE, *op. cit.* (nota 98), p. 176.

107. *Vid.* al respecto *supra* en A I.

108. Especialmente en la medida de la pena los legos parecen hacer prevalecer frecuentemente una parte de sus ideas en el camino hacia un acuerdo, *cfr.* KLAUSA, *op. cit.* (nota 76), p. 77. *Vid.* también Casper/Zeisel, *op. cit.* (nota 58), p. 80. Más escéptico no obstante en atención a la influencia concerniente al resultado del procedimiento RENNIG, *op. cit.* (nota 46), p. 573, con fundamento en una investigación ulterior que no obstante se basa en un reducido número de encuestados (escasamente 90 jueces profesionales y escabinos encuestados).

109. También se aduce hoy el componente democrático que a través de la participación de los legos llega a la jurisprudencia como un importante argumento más en favor de la contribución de los escabinos, *Vid.* RENNIG, *op. cit.* (nota 46), p. 490. De acuerdo con ello, cerca de la mitad respectivamente de los escabinos, jueces profesionales y fiscales encuestados por RENNIG se manifiestan a favor de una participación de los legos para la realización del principio democrático.

EL MINISTERIO PÚBLICO O FISCAL EN LA HISTORIA Y EN EL DERECHO COMPARADO

ALEX CAROCCA PÉREZ

Depto. Derecho Procesal U. Diego Portales, Chile
Becario del Instituto de Cooperación Iberoamericana
U. Pompeu Fabra, Barcelona

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Evolución histórica del Ministerio Público y en particular del Ministerio Fiscal español: 1. Consideraciones previas; 2. Antecedentes remotos; 3. Derecho germánico; 4. El precedente francés; 5. Derecho Canónico; 6. Evolución histórica del Ministerio Fiscal español. — III. El Ministerio Público en el Derecho Comparado: 1. En España; 2. En Francia; 3. En Alemania; 4. En Italia; 5. En Portugal; 6. En Inglaterra.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las figuras que probablemente se ha situado en el centro de las reformas procesales, especialmente penales, que han emprendido la mayoría de los países europeos durante los últimos años¹, ha sido el Mi-

1. Proceso que posiblemente comenzó **Alemania**, con la llamada «Nueva gran Reforma del Proceso Penal» de 9 de diciembre de 1974 y leyes complementarias posteriores (*Vid. infra* III.3.1.); continuaron posteriormente **Italia** con su nuevo «*Codice di Procedura Penale*», de 22 de septiembre de 1988; **Portugal** y su nuevo «*Código de*

nisterio Público (en España también llamado Ministerio Fiscal), o, mejor dicho, el funcionario que lo compone: el fiscal.

En efecto, en medio de no pocas polémicas, y por motivaciones diversas, entre las cuales destacan la introducción del principio de oportunidad en la persecución criminal como medio para hacer más expedita la administración de justicia y el deseo de profundizar en la construcción de procedimientos penales basados exclusivamente en el principio acusatorio, las funciones del Ministerio Público han resultado sustancialmente ampliadas a consecuencia de dichas novelas reformadoras.

Posiblemente para los comentaristas europeos en este tema la cuestión novedosa y controvertida sea sobre todo la utilización del principio de oportunidad como medio para agilizar o descongestionar el funcionamiento de la administración de justicia y, luego, que su aplicación se haya encargado a los fiscales, funcionarios que en algunos sistemas no pertenecen al Poder Judicial y/o que están sometidos directamente al Ejecutivo. Para nosotros, sin embargo, lo más llamativo es el razonamiento que se ha hecho para llegar a considerar al fiscal como elemento necesario para construir procedimientos penales basados en el sistema acusatorio.

Esta última consideración se inscribe en los esfuerzos que se observan en el Derecho Comparado por eliminar cualquier atisbo de inquisición en los procedimientos penales, pues parece asumido que únicamente los fundados en el sistema acusatorio son compatibles con los «verdaderos catálogos de garantías procesales»², contenidos en las Constituciones Políticas de la mayoría de los Estados y en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.

El papel que se le asigna al fiscal en la construcción de procedimientos fundados en el sistema acusatorio en materia penal, es el de constituirse en el sujeto procesal que en igualdad de condiciones con el imputado, sostiene la acusación, en algunos países en forma exclusiva, en otros en conjunto con acusadores privados, haciendo del proceso penal un verdadero *actus trium personarum*. En rigor, se ha establecido, sin la actividad dialéctica de dos partes no puede existir proceso, tampoco

Processo Penal» de 17 de febrero de 1987; España, principalmente con la reforma introducida a la «Ley de Enjuiciamiento Criminal» por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, sobre *procedimiento penal abreviado*; e incluso Inglaterra, con la *Prosecution of Offences Act 1985*.

2. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El Sistema Procesal Español*, J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, pág. 72.

co el penal³, debiendo el Estado encomendar a un segundo órgano distinto del jurisdiccional la denominada función promotora⁴ o de formulación de la pretensión⁵. Este segundo órgano es precisamente el Ministerio Público.

En Chile sólo disponemos por el momento de procedimientos penales inquisitivos, a pesar de que en la Constitución Política de 1980 se estableció un amplio abanico de garantías procesales (art. 19, n.º 7), tales como las del debido proceso, igualdad de las partes, juez ordinario predeterminado por la ley, derecho de defensa, etc., que debidamente entendidas se revelan incompatibles con procesos basados en el sistema inquisitivo⁶.

En la necesaria tarea de construir un proceso penal acusatorio que deberá afrontar nuestro país, no será suficiente, como podría pensarse, con encomendar a jueces distintos la investigación y el fallo. Será necesario, como hemos venido explicando, contar también con un Ministerio Público que se encargue por lo menos de formular y sostener la acusación pública. Atendido que en estos momentos este organismo tiene una escasísima presencia en nuestro sistema procesal, su reconstrucción deberá ser emprendida en forma urgente, para lo que será indispensable tener en cuenta los diversos modelos que al día de hoy nos proporciona el Derecho Comparado, contribuir a cuyo conocimiento es modestamente el primer objetivo de este trabajo.

Pero, además, es preciso tener en cuenta que la exigencia de contar

3. RAMOS MÉNDEZ habla de la estructura bilateral de la acción penal. Vid. *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993, págs. 115 y ss. y *Derecho y Proceso*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, págs. 51 y ss.

4. MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, «El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal español», en *Documentación Jurídica*, N.ºs 29-32, enero/diciembre, 1981, pág. 95.

5. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, «El Ministerio Fiscal en la Constitución», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (R.G.L.J. España), t. LXXXVII, junio 1981, pág. 583.

6. Más aún, en trabajos recientes, MONTERO AROCA, ha defendido, después de un análisis que le lleva a diferenciar entre el principio y el sistema acusatorio, este último opuesto al sistema inquisitivo, que la ausencia de contradicción que conlleva un proceso inquisitivo, implica en realidad la inexistencia de un verdadero proceso jurisdiccional. Vid. MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual», en *Rev. Justicia*, IV, 1992, págs. 775 y ss. En Chile, es evidente que únicamente se producen procesos penales basados en el sistema inquisitivo, ya sin ambigüedad después de las modificaciones introducidas por la ley 18.857 de 1989 a los arts. 424 y ss. del Código de Procedimiento Penal, a contrapelo de todas las reformas en materia procesal penal que hemos podido conocer en Derecho Comparado y que han tenido lugar durante los últimos años.

con un Ministerio Público para la configuración de un sistema procesal que responda a las exigencias de un Estado democrático de Derecho, no es mero producto de una construcción doctrinaria, que se haya producido en una fecha o período histórico determinado. Por el contrario, se trata de una figura que se ha ido forjando lentamente a lo largo del tiempo y que cuenta con antecedentes históricos en casi todos los sistemas jurídicos una vez que han alcanzado cierto grado de desarrollo, por lo que hemos considerado también necesario esbozar algo sobre lo que consideramos su evolución histórica.

Particularmente interesante resultará para nosotros, conocer los antecedentes históricos de la institución en España, cuyo conocimiento se revela cuanto más útil, ya que muchas de las características del Ministerio Público chileno se corresponden con las de la legislación de principios del siglo pasado en la península, con una concepción y una importancia limitada que en Chile se ha mantenido hasta ahora, mientras que el Ministerio Fiscal español ha continuado evolucionando hasta transformarse en un importante órgano definido a nivel constitucional, con trascendentes tareas de promoción de la acción de la justicia en defensa del interés público ante los tribunales.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EN PARTICULAR DEL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL

1. Consideraciones previas

El propio CARNELUTTI ponía de manifiesto la dificultad que entraña el estudio del Ministerio Público, al afirmar que «si hay una figura ambigua en el proceso, civil y penal, es el Ministerio Público. Cuando comencé a ocuparme de él, en los primeros intentos de sistematización del Derecho Procesal, su ambigüedad me impresionó a tal punto, que me venía a la mente la cuadratura del círculo: ¿no es como reducir un círculo a un cuadrado, construir una parte imparcial?»⁷.

Ciertamente, son muchas las dificultades que implica el estudio de

7. CARNELUTTI, «Poner en su puesto el Ministerio público», en *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. Sentis M., Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1961, pág. 211.

esta figura en el Derecho Comparado, especialmente por la multiplicidad de funciones que le han aparecido encomendadas⁸. Sin embargo, esta heterogeneidad de funciones que no facilitan su construcción dogmática y que hacen reclamar a los autores, se explican precisamente por la génesis histórica del Ministerio Fiscal y de allí la importancia que a nuestro parecer tiene la investigación de este tipo.

En efecto, se ha sostenido que «para el Ministerio Fiscal sus notas históricas han sido decisivas en su moderna configuración hasta el momento presente, que se ha cristalizado por aluvión de elementos históricos de dudosa homogeneidad que sin embargo han tenido más peso que las iniciativas racionalizadoras tendentes a hacer del Ministerio Fiscal el elemento institucional adecuado para el desempeño de una función»⁹.

No obstante, varios autores consideran que es de su esencia su carácter evolutivo y cambiante, que se trata de una figura «proteiforme»¹⁰ como tradicionalmente se repite, y, por tanto, sólo posible de acotar dentro de unos límites temporales y espaciales determinados, por lo que consideran inútil ocuparse de su pasado¹¹.

Empero, prevalecen los que consideran necesarios los estudios históricos, porque, como hemos advertido e insistiremos más adelante, sin considerar sus orígenes, por ejemplo, resulta muy difícil comprender debidamente al Ministerio Fiscal español o al *Ministère Public* francés. Nos parece que lo mismo podría decirse respecto al Ministerio Público en Chile.

En todo caso debemos advertir que la investigación histórica debe ser llevada a efecto sin perder de vista que se trata de describir una evolución, ya que la institución con el paso del tiempo fue ganando algunos caracteres y perdiendo otros. En consecuencia, la indagación no puede hacerse pensando en hallar en las distintas etapas históricas, una figura

8. Un panorama de los problemas esenciales respecto a la configuración y funciones del Ministerio Fiscal en general, y español con anterioridad a la Constitución española de 1978, se encuentra en SERRA DOMÍNGUEZ, voz «Ministerio Fiscal», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XVI, págs. 403 y s. Con posterioridad a la referida Constitución, vid., entre otros, MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 15 y ss.

9. LORENTE HURTADO, F., *Estatuto del Ministerio Fiscal*, Instituto Nacional de Prospectiva (España), Madrid, 1980, pág. 9.

10. Pretendiendo reproducir una conocida afirmación de GOLDSCHMIDT, a propósito del M. P. alemán: «welche Proteusnatur hat die Saatsanwaltschaft!», en *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, pág. 301. Vid., al respecto, PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L., «El Ministerio Fiscal en Europa», en *Temas de Derecho actual y su práctica*, Univ. de Salamanca, Salamanca, 1979, pág. 358.

11. SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pág. 404.

que responda exactamente a las complejas características que la misma actualmente presenta. Tampoco para determinar si una institución jurídica del pasado es o no antecedente del actual Ministerio Público, podrán aplicarse las concepciones actuales de la organización política del Estado, del Poder Judicial y de la administración de justicia, sino que todas ellas tendrán que considerarse en el momento histórico correspondiente.

Especial cuidado habrá que poner en no identificar, por seducción positivista, defensa de la legalidad con defensa de los intereses públicos, pues históricamente sólo este último es (y podría ser) el cometido esencial y definidor de la institución.

Por tanto, para acometer esta investigación con provecho será necesario partir de una concepción amplia del Ministerio Público, como *órgano constituido por funcionarios públicos, que sin desempeñar funciones jurisdiccionales, pueden intervenir en los procesos judiciales, con la finalidad de proteger los intereses generales de la colectividad o intereses públicos*.

2. Precedentes remotos

2.1. Egipto

El primer sistema judicial en el cual se ha pretendido hallar antecedentes del Ministerio Público ha sido en el del antiguo **Egipto**.

Concretamente, se ha dicho que en el Imperio Medio (4.000 a.c.), existían funcionarios permanentes que podían caracterizarse como **procuradores del rey** o **procuradores generales del rey**, quienes, según los testimonios más explícitos que han llegado hasta nosotros («Papiro *Abbot* y *Amhurst*»), entre otras funciones, «hacen salir la palabra al acusado, indicando el precepto de la ley que se aplica al caso (...); participan en la instrucción para descubrir la verdad»¹², lo cual ha hecho sostener enfáticamente a algunos autores que «del Papiro *Abbot* y *Amhurst*, se revela que el comandante de la ciudad figura como acusador público (...) pu-

12. VALLORI, «Le funzioni del pubblico ministero nell'antico Egitto», en *Arch. Giur.*, CX (1993), págs. 31 y ss., citado por VELLANI, Mario, *Il pubblico ministero nel processo*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1965, Tomo I, pág. 15.

diéndose descubrir la fórmula del verdadero acto de acusación. El comandante de la ciudad como representante del Ministerio Público»¹³.

Por cierto, es muy difícil aceptar esta hipótesis, dada la escasez de fuentes, pero puede resultar revelador que la primera civilización que alcanzó un grado avanzado de organización jurídica, al parecer, consideró necesaria la creación de un funcionario encargado de la defensa de los intereses generales y de los desvalidos.

2.2. Grecia

Algo similar ocurre respecto a **Grecia**, donde se dice que aunque al principio era al ofendido o a sus parientes a quienes incumbía instar por la represión de los delitos o la reparación de los daños sufridos, con el tiempo se llegó a aceptar que el castigo de los culpables interesaba a toda la sociedad. Aparecieron entonces unos funcionarios, llamados *tesmotetis*, encargados de efectuar las denuncias públicas, pero una vez efectuada, la acusación era mantenida por un ciudadano nombrado al efecto por el Senado o la Asamblea del Pueblo¹⁴.

En cambio, tratándose de delitos contra las personas, cuando la víctima no tenía parientes o bien había negligencia de éstos en la persecución de los delincuentes, «era preciso que el *Arconte* que presidía el Tribunal competente para conocer de las causas criminales por los delitos de homicidio y asesinato (en cuyos dos precitados casos, tenía el derecho para conocer de oficio en el proceso), obligase al acusado a comparecer ante los jueces»¹⁵.

Por contra, la precariedad de fuentes para conocer el exacto funcionamiento de la justicia en la Antigua Grecia, y el hecho de que entre los funcionarios mencionados como precedente, no parece posible establecer una cabal separación entre sus funciones acusadoras y juzgadoras, ha lle-

13. L'AMELLINO, *In diritto e la procedura penale nell'antico Egitto*, Napoli, 1899, pág. 482. Sin embargo, TAUBENSCHLAG, *Das Strafrecht in rechte der Papyri*, Leipzig und Berlin, 1916, pág. 65, afirma que en el Antiguo Egipto, «no es más que una hipótesis reputar que junto al acusador privado también el Estado pudiera intervenir mediante un acusador público», ambos citados por VELLANI, *op. cit.*, pág. 15.

14. LÓPEZ SERRANO, J., *El Ministerio Público*, en R.G.L.J. (España), Tomo LVII, 1980, pág. 270. Vid., además, CASAS MORAL, *Intervención del Ministerio Público en los sumarios*, en R.G.L.J. (España), 1857, págs. 89 y ss., quien además describe a los tribunales de la Antigua Grecia.

15. LÓPEZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 270.

vado también a muchos autores a negar la existencia de precedentes del Ministerio Público en la antigua civilización griega¹⁶.

2.3. Roma

De la **Roma Antigua**, muchos han sido los cargos públicos que se han señalado como antecedente u origen del Ministerio Público, resultando muy difícil determinar cuáles de ellos efectivamente merecen tal calificativo.

A nuestro parecer, las principales figuras jurídicas que enumeran los autores pueden ser agrupadas en tres grupos.

En primer lugar, se encuentran **funcionarios encargados de la defensa del Tesoro Público**, que tienen gran importancia por ser nada menos que el origen de la actual denominación de **Fiscal** que se da a los agentes del Ministerio Público y que en España, alcanza incluso a toda la institución, que constitucional y legalmente se llama Ministerio Fiscal¹⁷.

En efecto, el Tesoro Público en Roma con el tiempo pasó a ser llamado «Fisco» (*Fiscus*), por la cesta en que se recogía y guardaba la moneda¹⁸, dando origen a la denominación de los funcionarios que tenían a su cargo su recaudación o administración.

Entre estos funcionarios se destacaron los *Procurators Fisci* o *Pro-*

16. Vid., por ejemplo, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., «El Ministerio Fiscal en España» en *Documentación Jurídica* N.º 10 y 11, 1976, pág. 272 y SAEZ JIMENEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho Procesal, Civil y Penal*, Ed. Santillana, Madrid, 1968, vol. II, pág. 64.

17. Son varios los autores que critican esta denominación, por cuanto consideran que no es un «Ministerio», en «el sentido de órgano político de gobierno, por un lado, y, por otro, en el sentido de oficio o cargo es tan general que no especifica nada», y en cuanto a «Fiscal», estiman que actualmente «nada tienen que ver con el Fisco o Hacienda Pública», MONTERO AROCA, en MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS y GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, pág. 262. El que la denominación se mantenga, la achacan a que no se ha encontrado otra mejor mayoritariamente aceptada y a que es preferible mantener la tradición frente a influencias foráneas. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pág. 404.

18. HUET, José María, «Algunas observaciones sobre lo que ha sido desde su origen el Ministerio Fiscal», en R.G.L.J. (España), tomo XXXI, 1867, pág. 151, quien además cita para precisar el origen del término a DE COVARRUBIAS OROZCO, Sebastián, *Tesoro de la lengua castellana*, Madrid, 1674, quien explica que «Fisco: era una espuerta o capacho de esparto donde se recogía la moneda, fistela esportilla: y porque las penas y condenaciones pecuniarias se llevaban estas espuestas al Erario, se vino a llamar fisco todo lo que se venía o traía a él, y propiamente lo que era del Príncipe (...) Fiscal, el que defiende el Patrimonio Real y todo lo que le puede pertenecer».

curators Caesaris, a quienes en las provincias asignadas al Emperador, se les encomendaba la recaudación y custodia del Tesoro Imperial.

Pues bien, se dice que las labores de estos funcionarios, progresivamente se fueron ampliando a las de representación en juicio del Emperador para defender los intereses económicos del Fisco. En ese sentido es que se les considera precursores del actual Ministerio Público.

Posteriormente, se ha sostenido que estas mismas tareas de defensa en juicio de los intereses fiscales fueron encomendadas derechamente a abogados, que eran nombrados para ejercer acciones en casos concretos y que se denominaron *advocatus fisci*¹⁹. Al parecer, la intención original era encomendarles acciones penales en casos graves en que no había acusador particular, para mantener el sistema acusatorio y evitar la impunidad de los hechos, pero con el tiempo se fueron transformando en funcionarios públicos, alcanzando competencia en todos los asuntos en que estaban comprometidos los intereses del Fisco²⁰. Posteriormente esta intervención se hizo más general aún, ya que a las penas tradicionales, a cada delito se le fue agregando una multa a favor del Fisco, lo que hacía interesar, sosteniendo la acusación, al *Advocatus fisci* en casi todas las causas criminales.

Aunque hay varios autores que niegan a estos funcionarios el carácter de antecesores de los actuales Fiscales, porque defendían los intereses económicos del Fisco²¹, a nuestro parecer se trata del primer eslabón en una cadena que ha conducido, después de una extensa evolución histórica, particularmente en España y Francia, como tendremos oportunidad de explicar más adelante, al actual Ministerio Público.

Un segundo grupo que los autores mencionan como precedentes del Ministerio Público en la Antigua Roma, está constituido por **funcionarios encargados de la defensa de los intereses de los desvalidos e incapaces**, misión que ha sido denominada, con acierto, de amparo²².

19. VELLANI, M., *op. cit.*, págs. 11 y ss.

20. RUIZ GUTIERREZ, U., «Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España», en *Revista de Derecho Procesal*, 1952, pág. 409.

21. Así lo hace, por ejemplo, VELLANI, *op. cit.*, pág. 12, en Italia y, en España, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 273 y ss., olvidando que en sus orígenes en España y todavía en muchos sistemas, Francia sin ir más lejos, al Ministerio Público corresponde la defensa judicial del Fisco. Tampoco es cierto, por la misma razón, que estos funcionarios romanos sólo puedan ser considerados meros antecesores del actual cuerpo de Abogados del Estado como sostiene ALCALÁ -ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Buenos Aires, 1945, pág. 371.

22. DE MIGUEL GARCÍ-LÓPEZ, Adolfo, «El Ministerio Público, magistratura de amparo», en *Revista de Derecho Procesal*, 1954, pág. 546.

Entre estos se destaca a los *Tribunos*²³ y a los *Censores*²⁴, aunque otros autores rechazan que puedan ser considerados antecesores del Ministerio Público porque habrían sido a la vez, acusadores y jueces²⁵.

Más frecuente en este mismo grupo son las citas a los *defensores civitatis*, que habrían surgido para amparar a los incapaces por menor edad o sujetos a tutela o curaduría en cada ciudad romana. Se nos dice que se trataba de «magistrados de municipio, elegidos cada cinco años en asambleas (...), que reunieron no pocas atribuciones del Ministerio Fiscal, pues llegaron hasta la obligación de perseguir los crímenes y denunciar a los criminales, y la de reclamar todo agravio hecho al pobre o desvalido»²⁶.

Sin embargo, esta Magistratura no habría sido permanente, por lo que aparece degradada y después nula, en Occidente a un siglo de su aparición (s. IV) y en Oriente en tiempos anteriores a Justiniano²⁷.

Finalmente, otros comentaristas, teniendo en cuenta que actualmente la intervención en los procesos penales, en protección de los intereses generales de la sociedad, es la que más caracteriza al Ministerio Público, han tratado de hallar sus orígenes en la Antigua Roma, entre **funcionarios encargados de la persecución de los delincuentes**. Este intento no resulta fácil, porque, como es sabido, el proceso penal romano se caracterizó por estar basado en un sistema acusatorio puro, por lo que las figuras que más frecuentemente se citan (*Judices Quaestiones* o *Quaestores*²⁸; *Irenarcas*²⁹; *Curiosii* y *Stationarii*³⁰), son de menor interés, quizás con funciones más policiales que jurídicas³¹ y porque como se ha advertido, la facultad de perseguir delitos de oficio, no debe ser confundido con «el origen del Ministerio Público»³².

23. Vid. HUET, *op. cit.*, pág. 546 y DE MIGUEL, *op. cit.*, pág. 547.

24. DE MIGUEL, *ibidem*.

25. RASSAT, MICHÈLE-LAURE, *Le Ministère public, entre son passé et son avenir*, Ed. Librairie G. de Droit et Jurisprudence, París, 1967, pág. 8.

26. HUET, *op. cit.*, pág. 151. En el mismo sentido, DE MIGUEL, *op. cit.*, pág. 547.

27. RASSAT, *op. cit.*, pág. 9.

28. COVIAN Y JUNCO, «El Ministerio Fiscal en la historia», *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Madrid, 1921, pág. 18, y LÓPEZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 271.

29. LÓPEZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 271.

30. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 24. En el mismo sentido, LÓPEZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 271.

31. SAEZ JIMENEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 65.

32. RASSAT, *op. cit.*, pág. 10.

3. Derecho Germánico

Entre los pueblos germánicos la persecución de los delitos era una guerra privada o «*faida*», que daba origen a un estado de guerra entre las familias del ofendido y el ofensor.

No obstante, se afirma que los Godos, bajo el nombre de «*Sayones* (ab *exigiendo* según san Isidoro, porque cuidaban hacer cumplir las leyes) y los Francos con el de *Grafiones*, tenían oficiales encargados de cuidar que la parte de la multa reservada al Fisco, *Fredum*, *banum*, les fuese entregada. Resultó que el que se ocupaba de la recaudación de la multa procuraba evitar la impunidad del culpable, originándose por lo tanto una intervención directa y necesaria en el proceso penal»³³. Más aún, se precisa que fue en la época de un Carlomagno, «cuando se ve al defensor del Fisco convertirse en un conservador de las leyes y protector de los oprimidos. En cada cantón había un *Conde* que tenía un tribunal de justicia. En cada uno de esos tribunales había unos oficiales llamados cada uno *Sayon*»³⁴.

Según las fórmulas compiladas por CASIODORO, el *Sayon* debía ser parte contra los violadores de las leyes y auxiliar de diversos modos al juez en la administración de justicia y ejecución de sus sentencias, llegando a considerárseles como *les hommes du Roy et de l'Etat*, igualmente que del pueblo y en tal concepto encargados de unos y otros intereses³⁵.

Sin embargo, otros autores, principalmente franceses, niegan que el *Sayon* haya sido precursor del Ministerio Público, llegando a afirmar algunos que no pasaba de ser un portero de estrados y, en lo criminal, sólo tenía a su cargo la ejecución de las sentencias³⁶.

4. El precedente francés

Una gran parte de los autores europeos señala taxativamente que el origen exclusivo del Ministerio Público se encuentra en Francia, lo que

33. LÓPEZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 275 y ss.

34. MERLIN, *Repertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, París, 1827, cit. por LÓPEZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 276.

35. HUET, *op. cit.*, pág. 152.

36. SAEZ JIMENEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 64, siguiendo a ORTOLAN, *Le ministère public en France*, París, 1844. En el mismo sentido RUIZ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pág. 412.

al menos respecto a España, con la importancia que puede tener para Chile, demostraremos que no es efectivo, por cuanto Ministerio Fiscal español y *Ministère Public* francés tuvieron un origen independiente y paralelo.

El primer antecedente galo que se cita es el «*Procureur du Roi*» de la Monarquía francesa, cuya aparición se sitúa en el s. XIV, ligado al surgimiento del procedimiento escrito, aunque en un principio a cargo de jueces no permanentes, que en los autos civiles obligó a que los litigantes debieran actuar defendidos por un Abogado y representados por un Procurador. Como los Reyes tenían intereses particulares que defender, debían designar del mismo modo que cualquier persona, Procuradores y Abogados³⁷.

Así, cuando se crearon definitivamente los tribunales permanentes en Francia, «los Reyes establecieron su representación en los Parlamentos por medio de un Presidente y también por el de un Procurador»³⁸. El primer antecedente confirmatorio de tal proceso, se halla precisamente en el s. XIV, cuando Felipe El Hermoso, funda los Parlamentos (tribunales) de París, Ruan y Tolosa, en que dando consistencia a las funciones del Procurador lo consolida como una Magistratura permanente y definitiva, según aparece de una Ordenanza de 23 de marzo de 1302, por la que también se le impone un juramento y se le confieren varias garantías³⁹.

Posteriormente se fue generalizando la presencia de este *Procureur du Roi* en los demás tribunales, en una etapa de consolidación que dura hasta la Revolución Francesa, a partir de la cual se inicia su transformación decisiva para su actual configuración, que puede ser dividida en tres etapas.

La primera, es la de la Monarquía Constitucional, en la cual el Rey ostenta la facultad de nombrar a los oficiales del Ministerio Público, como cargos vitalicio. Además, se establecen los *Comisarios del Rey* en el Tribunal de Casación y en los de Distrito, y actúan los *Acusadores Públicos* elegidos por el pueblo, con cierta dependencia de los *Comisarios*. En la segunda etapa, la Republicana, se intenta trastocar completa-

37. RUIZ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 410 y ss. Nótese la similitud en el origen del «*Procureur du Roi*» y el «*Promotor fiscal*» español, con el *advocatus fisci* romano, la que no ha pasado desapercibida para autores franceses, algunos de los cuales afirman que los reyes de Francia establecieron los oficios de Procuradores y Abogados del Rey, imitando a los emperadores romanos, Vid. LA ROCHE FLAVIN, cit. por VELLANI, *op. cit.*, pág. 19.

38. HUET, *op. cit.*, pág. 153.

39. RUIZ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pág. 411.

mente el orden judicial precedente, sin conseguirlo. Finalmente, en la última etapa, bajo el Directorio, se deroga la inamovilidad de los *Comisarios del Rey*, a quienes se les otorgó el nombre de *Procuradores*, se restableció la jerarquía de los Tribunales y se creó definitivamente el Ministerio Público francés con sus atribuciones y deberes definidos. Así subsistió durante el primer Imperio, fue confirmado por los monarcas restaurados en el trono y se consolidó con leves diferencias en las denominaciones, en el año 1830⁴⁰.

5. Derecho Canónico

Existen otros autores que consideran que el Ministerio Público como institución tuvo su origen en el Derecho Canónico, pues con la inquisición (de origen genuinamente eclesiástico), surge la figura del *Promotor de Justicia* encargada de llevarla adelante.

Aparecidos en el s. XIV, los Obispos van a confiar a los señalados **Promotores o Procuradores** la misión de denunciar y perseguir los hechos delictuosos, la defensa de los intereses de la Iglesia, la represión de los delitos, la defensa de los huérfanos, de las viudas y de los oprimidos⁴¹.

A partir del s. XVI, se encomienda a los llamados *Fiscales Episcoporum* la vigilancia del cumplimiento de las leyes y la persecución de los delitos.

Por último, se ha apuntado cierto paralelismo entre el Fiscal integrante del Ministerio Público y el **Defensor del Vínculo** de los procesos matrimoniales, que en realidad fue una figura creada recién en 1741, para tratar de frenar las colusiones de los litigantes en procesos matrimoniales y que, por tanto, *ex officio* defiende la institución matrimonial y recurre al Tribunal Superior cuando el inferior da lugar a la nulidad de matrimonio.

En resumen, pareciera que históricamente las figuras jurídicas canónicas son de posterior aparición que las del Ministerio Público que se postula que habrían originado.

40. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 26. En todo caso, las obras clásicas para el estudio completo de la historia del Ministerio Público francés son los de RASSAT, *Le Ministère Public, entre son..., cit.*, págs. 16 y ss. y de VELLANI, *Il Pubblico ministero..., cit.*, págs. 20 a 273.

41. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 27.

6. Evolución histórica del Ministerio Público en España

El estudio de los antecedentes históricos del Ministerio Público o Fiscal en España, se realiza indagando la presencia y las características que la institución va presentando en cada una de los períodos de la historia del Derecho Procesal español⁴², que van desde la Alta Edad Media hasta nuestros días.

Su importancia para nosotros radica en que bien podría decirse que en sus primeras etapas es la historia o la prehistoria del Ministerio Público en Chile y del cual derivan, para bien o para mal, muchos de sus caracteres.

6.1. El Ministerio Público en la Alta Edad Media

La evolución histórica del Ministerio Público en España, comienza con el tratamiento legislativo que se hace en el «*Liber Iudiciorum*»⁴³ (cuya aparición se data en el año 654 y que más tarde se transformó en el «*Fuero Juzgo*» y, finalmente, en «*Fuero Municipal*» de diversas ciudades españolas), al «*Procurator fisci*» o «*actor fisci*» a quien el Rey se refiere como «*aquel que es defendedor de nuestro patrimonio, o de nuestras cosas*»⁴⁴, quien, según se deduce, debía intervenir tanto en las contiendas en materia civil como criminal que se producían entre los particulares y los «*servit fiscit nostri*», es decir, los servidores del Fisco o patrimonio del Rey.

Del mismo modo texto legal se ha concluido que este «*Procurator fisci*» surge como mandatario del Monarca, pero sin ser funcionario

42. Aunque quizás resulte osado hablar de historia del Derecho Procesal español, pues como lamenta, MONTERO AROCA, («Aproximación a la biografía de Francisco Beceña», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 604) ella todavía «está por hacer», existiendo hasta ahora sólo intentos parciales, entre los cuales destaca la extensa obra de Víctor FAIRÉN GUILLÉN.

43. Sin embargo, RUIZ GUTIÉRREZ, *Algunas ideas...*, op. cit., pág. 412, señala que las primeras menciones a un funcionario en el que aparece la raíz *fisc*, se encuentran en los Concilios I y II de Sevilla, celebrados respectivamente en los años 590 y 618. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *El Ministerio...*, cit., pág. 276 por su parte, señala que hay una referencia anterior a estos cargos, en el Concilio III de Toledo, celebrado en el mes de mayo de año 589, a pesar de lo cual niega, erróneamente a nuestro parecer, que sean precursores de los actuales Fiscales. Vid. *infra* nota 50.

44. RUIZ GUTIÉRREZ, op. cit., pág. 418. Los textos de las leyes respectivas aparecen transcritas por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, op. cit., págs. 278 y ss.

suyo⁴⁵ y que podía intervenir en aquellas causas criminales en que se imponía una pena pecuniaria en favor del Fisco⁴⁶.

Más adelante, confirma la existencia de un representante del Fisco en los juicios medievales, un texto contenido en el «*Fuero Viejo*», en que se alude a un «*ome del Rey que anda con el Merino*», denominación esta última de los jueces designados por los señores feudales (Libro I, Título IX, perteneciente al Ordenamiento de Nájera de 1176)⁴⁷.

Posteriormente se hallan también alusiones a este personero en el «*Fuero Real*» (de Alfonso X el Sabio, años 1252-1255), en el que, con clara influencia del Derecho Romano, casi todos los delitos contienen una pena en favor del Fisco, lo que habría originado un incremento notable en las funciones del «*Procurator fisci*», razón por la que se sostiene que en esta época se habría producido su transformación paulatina en funcionario público⁴⁸.

Con estos precedentes, no era de extrañar que en «*Las Partidas*», (aprox. 1263), se haya definido en forma explícita a este funcionario: «*Patronus fisci tanto quiere decir en romance, como ome quees puesto para razonar, e defender en juyzio todas las cosas, e los derechos, que pertenesce a la Camara del Rey*» (Quarta Partida, Tít. XVIII, Ley XII)⁴⁹. Más aún, de este mismo cuerpo legal, se ha deducido (específicamente de la Ley 51 del Estilo), «que en todos aquellos casos en que se impone una pena pecuniaria para el Fisco (lo que implica que pertenecía

45. Nótese el avance que significaba para la época obligar al propio Soberano a intervenir por poderdante, según se ordena con bellas palabras en el «*Liber Iudiciorum*»: «*...Hy si el rey quisiera traer al pleyto por sí, quién le osara contradecir? Onde que por el miedo del poderío no desfalezca la verdad, mandamos que non tracten ellos el pleyto por sí, mas por sus mandatarios*» (Lib. II, Tit. III, Ley I).

46. Precisamente en el «*Liber Iudiciorum*», aparecen al menos dos delitos en que ésta es la única sanción (Leyes XXIV y XXV del Título IV del Libro VIII, referidos respectivamente a los que cerraren caminos públicos y al espacio que se debía dejar en las orillas de los caminos), por lo que en estos casos la única parte interesada (ofendida) y que debía mantener la acusación era el propio representante del Fisco o patrimonio real.

47. RUIZ GUTIÉRREZ, op. cit., págs. 413 y ss.

48. Como dice RUIZ GUTIÉRREZ, en esta época el «*Procurator fisci*», «pasa a proteger este otro interés que se somete también al Monarca y que desde el punto de vista actual es eminentemente público; es decir, la persecución de los delitos (...). Así, de un modo insensible, pero cierto, el Fiscal ha pasado a desarrollar habitual y primordialmente funciones públicas, entre ellas la de la acusación y puede ser considerado como Ministerio Público», op. cit., pág. 416. Siguen en este punta este mismo autor, entre otros, MARCHENA GÓMEZ, op. cit., pág. 29 y LORENTE HURTADO, op. cit., pág. 11. En contra, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, op. cit., pág. 281.

49. LÓPEZ SERRANO, op. cit., pág. 289.

al Señorío del Rey) actúa un personero (Procurador) por éste. Este personero no es otro que el Procurador del Fisco o de la Cámara del Rey»^{50, 51}.

Como conclusión, se puede señalar que en esta primera etapa del Derecho Histórico español, ha surgido un funcionario («*Procurator Fisci*», «*actor fisci*», «*ome del Rey*» o «*Patronus Fisci*») encargado de defender en juicio, tanto en materia civil como penal, al Fisco, identificado con el patrimonio real, constituyéndose en el primer antecesor del Ministerio Público hispano.

6.2. El Ministerio Público en la Baja Edad Media

Comprende este período hasta finales del s. XV, fijando algunos su término exactamente en el año 1492.

El examen de la historia del instituto, lo realizan los estudios atendiendo a las regulaciones que sobre la figura se realizó en la normativa surgida de las Cortes más importantes que se reunieron durante esa época en diversos lugares de España, principalmente en los Reinos de León y Castilla, pero también en Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia.

Así, se ha dicho que en el Reino de Castilla y León se encuentra el primer texto legislativo que en España alude específicamente al «*Fiscal*», y que corresponde a una disposición otorgada por el Rey Pedro I, dada en las Cortes de Valladolid, en 1351, en la que ordena que «*los nuestros Adelantados de Fronteras non trayan consigo fiscales acusadores, ni los que con ellos anduvieren*»⁵².

50. RUIZ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pág. 416.

51. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, pág. 281, nota 58 *in fine*, manifiesta su rechazo a considerar que en «*Las Partidas*» y, en general, en los textos jurídicos medievales pueda hallarse el origen del Ministerio Público español, por cuanto considera que en todos ellos se observa una «evidente indiferenciación entre el Patrimonio Real y el público, bien (...) (que) puede verse en los equivalentes de otros países». A nuestro parecer el error consiste en querer apreciar una distinción entre el Monarca y la organización política, la que por aquellos años aún no se producía. Por el contrario, el poder estaba absolutamente personalizado en el Rey y así su patrimonio era al mismo tiempo el «patrimonio fiscal», «Fisco», o el «patrimonio público» según se lo concibe actualmente. En consecuencia, estos funcionarios medievales al representar al Rey y a su patrimonio lo hacían de lo que modernamente conocemos como «público» y de allí su carácter de predecesores del actual Ministerio Público.

52. RUIZ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pág. 417. Sin embargo, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 287 y s., discute el tenor de la disposición, aduciendo que faltaría la expresión «fiscales», lo que le quitaría valor como precedente.

Posteriormente, las Cortes de Briviesca celebradas en el año 1387 son señaladas por varios autores⁵³ como un hito importante en la evolución del Ministerio Público español, pues se habría aprobado un texto del tenor siguiente: «*Otrosí á lo que nos pediste por mercet que pusiésemos un buen home letrado e de buena fama por nuestro Procurador Fiscal*», advirtiéndose que la solicitud que se hizo al Rey revela la importancia que ya se reconocía al oficio, coincidente con el establecimiento por aquellos años de tribunales colegiados permanentes, a los cuales se asocia el desarrollo de esta institución⁵⁴.

En las Cortes de Madrid, celebradas en el año 1433, se contiene una petición a la que el Rey accede, diciendo lo siguiente: «*...que los favorecidos perpetradores de lo suso dicho, sean acusados e denunciados por el promotor fiscal ante mis alcalles...*»⁵⁵, en el que constituiría, al parecer, el primer texto jurídico en España en que se emplea el término «*promotor fiscal*», en su moderno sentido, denominación por lo demás de rancio abolengo hispánico.

En las Cortes de Toledo de 1436 y en las Ordenanzas de Guadalajara del mismo año, se contienen textos muy explícitos respecto a las funciones de este funcionario, que ha pasado a ser llamado también «*fiscal*». En general, las funciones que les atribuye el Rey son las de querellar, denunciar y acusar, aunque debiendo actuar siempre conforme a la ley⁵⁶.

Finalmente, en esta etapa es digno de mención el texto aprobado en las Cortes de Toledo del año 1462, en el cual el Monarca aparece accediendo a la petición que se le hizo de crear cargos, bien pagados, de «*oydores de vuestra avdençia e los alcalldes dela vuestra casa e corte e chançcelleria e el vuestro procurador fiscal e los letrados de los pobres*», de todo lo cual se desprende que ya se le distingue con claridad del «abogado de los pobres» y de los jueces propiamente tales que son los «oydores» y los «alcalldes».

La conclusión que se puede extraer de este período, es que se en-

53. MIGUEL Y ROMERO, *op. cit.*, pág. 369; JIMENEZ ASENJO, *op. cit.*, pág. 271; RUIZ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 417 y s.; etc.

54. HUET, J. M., *Algunas observaciones sobre lo que ha sido desde su origen...*, R.G.L.J., 1867, *cit.*, pág. 139.

55. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, pág. 290, quien, sin embargo, se esfuerza por restarle valor como precedente de la existencia del Ministerio Público.

56. El texto pertinente aprobado en estas Cortes, en FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 304 y s. y el de la Ordenanza de Guadalajara, en HUET, J. M., *op. cit.*, pág. 160.

cuentra plenamente establecida la existencia de «*Procurator Fiscis*», que ha pasado a ser también llamado «*Promotor Fiscal*», o simplemente «*Fiscal*», denominaciones que perduran hasta el día de hoy. Orgánicamente se le considera como un funcionario judicial, aunque al parecer de rango menor al de los Magistrados. En cuanto a sus funciones, siguen extendiéndose a los juicios civiles y penales, comenzando a ser especialmente importante su intervención en estos últimos.

6.3. El Ministerio Público en la Edad Moderna

Se extiende tradicionalmente desde fines del s. XV, hasta la Revolución Francesa (1789).

Durante esta etapa ya se consolida definitivamente la existencia del oficio, siendo muy demostrativa al respecto la referencia que se encuentra en el texto aprobado en las Cortes de Toledo del año 1480, ley 54: «*Por quel oficio de nuestro procurador fiscal es de gran confianza, e quanto bien se exercita, se siguen dél grandes prouechos en la execución dela nuestra justicia e nuestra fazienda, por ende, ordenamos e mandamos que de aquí adelante (...) non pidan ni lleuen derecho nin salario algun delas partes (...) que vsaran de sus oficios byen e fiel e diligentemente fasta los acabar e fasta que les sea mandado lo contrario por quien lo pudiere mandar, e que non ayudaran en causas criminales a los reos nin en las causas ceviles contra non nin contra nuestro fisco (...)*». La importancia de esta ley es que demuestra el relieve que ha alcanzado la figura, se les ordena que no cobren derecho alguno a las partes pues son funcionarios públicos y establece un verdadero principio de incompatibilidad para actuar en contra el Fisco o Tesoro real (recordemos que todavía no se ha llegado a imponer el concepto moderno de Estado con un patrimonio propio distinto al personal del Rey).

Posteriormente se cita a las Ordenanzas de Medina del Campo (1489) de los Reyes Católicos, en que se fijó de manera definitiva un sistema de Tribunales superiores permanentes, estableciéndose en cada uno un **Fiscal**, encargado en general de «defender los intereses morales de la sociedad», aunque todavía con ciertas limitaciones⁵⁷.

57. HUET, J. M., *op. cit.*, págs. 162 y s., quien reproduce una parte del texto legal aprobado: «*Cada y cuando vinieren a las nuestras Audiencias (...) algunas apleaciones (...) sobre la punición de otros pecados públicos y de otros crímenes y delitos en que nuestros Corregidores y otras justicias procedan de su oficio; el nuestro Procurador Fiscal de la tal Audiencia tome la voz de los tales pleitos (...) y con toda diligencia los sigia, etc.*».

Asimismo, se contienen referencias importantes en «*La Nueva Recopilación*» (14 de marzo de 1567)⁵⁸, que a pesar de no contener una verdadera reglamentación del instituto, la Ley I, Título XIII, Libro II, lleva como epígrafe «*De los Procuradores fiscales del Consejo; i Audiencias i delatores*». De esta forma se nos dice que «la condición del oficio **Fiscal**, ó lo que hoy se dice categoría de este Ministerio desde su creación, fué, si no del todo igual, semejante á la de los Magistrados o Jueces de los respectivos Tribunales. Reconocíase, en verdad, alguna inferioridad en las plazas **Fiscales**; pero entre estas y la de los jueces no había intermedio alguno (...). En cuanto al tratamiento, honores, consideraciones y distintivos fueron desde luego iguales los de unos y otros. Los **Fiscales** desde luego vistieron la *toga* o más bien *garnacha*»⁵⁹.

Por otra parte, confirmando la dignidad que había alcanzado el oficio, la denominación de **Fiscal** se fue haciendo extensiva hacia la época a un gran número de funcionarios administrativos, que nada tenían que ver con la administración de justicia⁶⁰.

Para cerrar el estudio de este período, nada más interesante que citar a un jurista de aquella época, FERNÁNDEZ DE AYALA AULESSIA⁶¹, que nos resume la concepción y las funciones que hacia mediados del s. XVII, tenían los **Fiscales**. Primeramente nos dice que «...son Abogados de su Magestad, los cuales están asalariados, según que el Presidente, y Oydores, y en virtud de su título son recibidos, y juran, y se visten de *Latoga*, y *Garnacha* como los Oydores, y recibidos, concurren a los actos públicos...». Más aún, para describir sus funciones distingue entre las del «*Fiscal de lo civil*» y las del «*Fiscal de lo criminal*».

Así nos dice que «*El Fiscal de lo Civil tiene su asistencia continua en las tres horas de la Audiencia en la Sala de los hijosdalgo, y de allí sale á las demas salas, á la defensa de los pleytos que miran a la conseruación del Patrimonio Real, y de los Reynos, y especialmente las*

58. Vid. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, pág. 316.

59. HUET, *op. cit.*, pág. 160, nota 8.

60. Situación que ha sido puesta de relieve por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, pág. 317, quien confecciona una extensa lista de cargos, algunos tan pintorescos como «*Fiscal de obras y bosques*», «*Fiscal de millones del Consejo de Hacienda*» (1680), «*Fiscal del Consejo de Cruzada*» (1618), etc. Debemos advertir que al hacerlo, la intención de este autor es demostrar que el «*Procurator fiscis*» y similares con la raíz «*fisc*», que hemos venido reseñando como parte de la evolución del Ministerio Público en España, fueron en realidad antecesores de esta clase de funcionarios.

61. Su obra se titula *Práctica y formulario de la Chancillería de Valladolid dirigido a la Real Chancillería, Presidente...*, 1667. El Capítulo X, folios 25 y 26, de donde se toma lo transcrito, lleva el expresivo epígrafe: «*Delos Fiscales*».

causas que mas le ocupan, son los pleytos de hidalguía, demas de auer otros, como son todas las residencias de la Ciudades, villas, y lugares de Señorío, y en las que se pretenden jurisdicciones, vassallage, alcaualas y fuerças Ecclesiasticas, sobre la jurisdiccion Real, y los negocios pendientes de los referidos: aunque sean criminales, como dependan ante el Presidente, y Oydores, y en las causas que tocan á Fiscal, ante el Juez mayor de Vizcaya». Como se puede apreciar, el oficio está totalmente consolidado, debiendo actuar en todos los juicios en que está comprometido el interés del Estado (todavía no completamente separado del Poder Real, pero más cerca de su actual perfil), no sólo desde el punto de vista económico («pleytos que miran a la conseruación del Patrimonio Real»), sino que también desde el que podríamos llamar «institucional» («en los que pretenden jurisdicciones, vassallage, alcaualas, y fuerças Ecclesiasticas, sobre la jurisdicción Real») y aún en otros sólo para hacer valer los intereses generales de la sociedad.

En materia penal, vemos que el perfil es más cercano todavía al actual, ya que nos dice que «*El Fiscal de lo criminal tiene su asistencia continua en la Sala del Crimen, y su ocupación es defender la causa, y vindicta publica de todos los negocios criminales (sin embargo que en ellos aya partes interesadas) y en todos los negocios que empiecen de oficio de justicia, en que aya de auer exemplar castigo, de que resulta que en todos los negocios criminales, es parte, y con quien se sustancie, y aunque cessa el derecho de la parte por cederle, y perdonarle, no cessa el del Fiscal, nosiendo por indulto, ó remisión de su Magestad*».

Está claro que debía hacerse parte en todos los juicios criminales, aunque hayan comparecido en ellos «partes interesadas» (querellantes o actores civiles), e incluso aunque estos se desistieran de su acción penal, el **Fiscal** debía seguir adelante con el proceso.

La conclusión que se puede extraer de estos antecedentes, es que en esta etapa existe un Ministerio Fiscal genuinamente español, constituido por letrados, funcionarios judiciales, que no son propiamente magistrados pero que cada vez se encuentran más asimilados a éstos. Sus tareas más importantes son, en materia civil, defender al Estado en todos los procesos judiciales y, en materia penal, en hacerse parte en nombre de la sociedad en todos los juicios criminales por delitos que hoy conocemos como de acción pública.

6.4. El Ministerio Público español en la Edad contemporánea

Se inicia a finales del s. XVIII, teniendo como hito fundamental la Revolución Francesa, que para el desarrollo del Ministerio Público en Europa continental tuvo un efecto inmediato y fundamental⁶², por cuanto los revolucionarios aprovecharon la institución ya existente para implementar a través del control de la legalidad en la actuación de los tribunales, un medio de vigilancia, inspección y control del Ejecutivo sobre el Poder Judicial, en vista de la identificación de este último con *l'ancien régime*⁶³.

En cambio, en España, donde como hemos visto, la institución se fue desarrollando de manera independiente, los cambios introducidos en Francia a contar de 1789 llegaron a tener influencia, pero ésta va a ser tardía y parcial⁶⁴, si bien es cierto que antes de la Revolución e instalada en España la dinastía francesa de los Borbón, hubo intentos por trasplantar las características más importantes del antiguo Ministerio Público francés, que aunque fracasaron, dejaron huellas importantes⁶⁵.

La legislación hispánica más interesante en esta etapa, comienza en el siglo XVIII con la contenida en la **Novísima Recopilación**, en la cual aparecen recopilados reales Decretos de 1713 y de 1714, que pretendieron reorganizar el Ministerio Público español, creando la figura de un **Fiscal General** y dos Abogados generales para el Tribunal Supremo. Se trataba de un intento de centralizar la institución, de claro origen francés que, sin embargo, fracasó, ya que en 1715, el mismo Monarca, debió anular sus anteriores Decretos, «mandando se restituyese la fiscalía a su antigua forma y modo de ser»⁶⁶, con la única modificación que de un Fiscal que existía por cada Consejo (órgano superior en la administración de justicia de cada Reyno), se aumentaban a dos.

Otras disposiciones importantes recopiladas en este cuerpo, aparecen en el Libro IV, Título XVI, Ley I, que lleva por epígrafe «De los **Fiscales del Consejo**», que crean dos **Procuradores Fiscales** en la Corte. «*Promotores para acusar y denunciar los maleficios*». En otros textos se

62. Para un estudio profundo al respecto, Vid. VELLANI, *Il Pubblico Ministero...*, cit., págs. 242 y ss., sin perjuicio de lo que diremos respecto al origen de la institución en otros países europeos.

63. Vid. *supra* II.4.

64. En el mismo sentido, LORENTE HURTADO, *op. cit.*, pág. 13.

65. LÓPEZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 300 y s.

66. LÓPEZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 301. En el mismo sentido, HUET, *op. cit.*, págs. 163 y s.

dispone incluso los libros que cada uno debe llevar. Una resolución de 1796, estableció que cada **Fiscal**, debía tener dos **Agentes Fiscales**, los que en realidad no pasaron de ser «meros auxiliares, sin carácter ni responsabilidad alguna»^{67, 68}.

El próximo hito importante en esta historia, es una Ley Orgánica de 1812 relativa al «Supremo Tribunal de España e Indias», que determinó el número de **Fiscales** que éste debía tener⁶⁹, la que fue complementada al año siguiente, al determinarse los partidos judiciales (ámbito territorial correspondiente a cada juzgado de letras de primera instancia), creando en cada uno de ellos un **Promotor Fiscal**, en cuyo nombramiento participaban autoridades gubernativas y judiciales.

El año 1835, se dictó un «Reglamento Provisional para la Administración de Justicia», que ya contiene una completa reglamentación orgánica y funcional del Ministerio Fiscal. Así, su capítulo VI y último se denomina «De los **Fiscales** y de los **Promotores fiscales**» (arts. 99 a 107). En ellas se dice que en toda clase de delitos perseguibles de oficio, «*será parte el promotor fiscal del juzgado*»⁷⁰; se consagra su «*independencia de opinión*» (art. 105); y, en general, se advierte a «*todos los fiscales y promotores fiscales que su ministerio aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la ley en cuyo nombre lo ejercen; y que si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos y de los demás intereses de la causa pública, tienen igual obligación de defender ó prestar su apoyo a la inocencia; de respetar o procurar que se respeten los legítimos derechos de las personas particulares procesadas, demandadas, ó de cualquier otro modo interesadas, y de no tratar nunca á estas sino como sea conforme á la verdad y á la justicia*». Por esta razón se ha afirmado que este precepto contiene, «superando la mera concepción acusatoria del Ministerio Fiscal, la consagra-

67. LÓPEZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 301 y s.

68. Repárese que ésta era el estado del Ministerio Público español al iniciarse los procesos independentistas americanos hacia el año 1810, pero como la vigencia de los textos jurídicos españoles, ni mucho menos la influencia legislativa, van a acabar de improviso con la Independencia, es necesario continuar examinando atentamente la evolución del instituto en España.

69. Algún autor ha reparado que este ha sido el único cuerpo legal español en el que se ha facultado a los Fiscales a integrar sala en el Tribunal Supremo, cuando no existiera número suficiente de «ministros» (término que en España no perduró como en Chile y que fue reemplazado por el de «magistrados»). Vid. PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, pág. 360.

70. Este reconocimiento de su calidad de parte ha sido muy criticada, Vid., por ejemplo, SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pág. 404 y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, pág. 436.

ción de los principios de *legalidad e imparcialidad*, de carácter esencial para la configuración del mismo, así como su carácter de defensor de los derechos individuales»⁷¹.

Los siguientes pasos importantes en la evolución del Ministerio Público español se producen con reales Decretos de Isabel II en 1844, destinados a suprimir la independencia de opinión de los **Promotores Fiscales**, obligándoseles a consultar previamente a los **Fiscales de las Audiencias** respectivas. Asimismo, se determinó que en el Tribunal Supremo hubiera un solo **Fiscal** y uno sólo también en cada una de las distintas Audiencias. Es decir, con estas medidas, se acaban por recoger para el Ministerio Público español los principios denominados de **unidad e independencia**⁷².

Luego, la **Ley Orgánica del Poder Judicial** de 1870, que a pesar de su carácter provisional permaneció vigente hasta el año 1985, acogió ya plenamente los citados principios de legalidad, unidad y dependencia administrativa si bien que independencia respecto de los tribunales, que han caracterizado el Ministerio Público español desde entonces⁷³.

Esta Ley Orgánica contenía un Título completo que denominaba «*Del Ministerio Fiscal*», y entre sus disposiciones destacaba su art. 763, que decía que «*El Ministerio Fiscal velará por la observancia de esta ley y de las demás que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial*», precepto del cual se ha criticado su última parte, pues revelaría según algunos que se lo concebía como un órgano inmerso en el Poder Ejecutivo, destinado a conseguir una intervención gubernamental en las actuaciones de los órganos judiciales⁷⁴, sin que parezcan tener razón⁷⁵.

Una última característica de la completa reglamentación del Ministerio Público contenida en la Ley «*el Fiscal del Tribunal Supremo será el jefe del Ministerio Fiscal en toda la Monarquía, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia*».

Otro hito importantísimo en la evolución del Ministerio Público es-

71. LORENTE HURTADO, *op. cit.*, pág. 15.

72. HUET, *op. cit.*, págs. 170 y s.

73. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, págs. 410 y s.

74. Vid., por ejemplo, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, pág. 331; LORENTE HURTADO, *op. cit.*, pág. 16; y, MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, págs. 72 y s.

75. REOL SUÁREZ, «Cómo concibió la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 el Ministerio Fiscal», *Revista de Derecho Judicial*, 1971, n.º 47, pág. 134.

pañol, que le caracteriza significativamente frente a otros sistemas judiciales europeos, es que a contar del año 1849, se inicia un paulatino proceso destinado a restarle las funciones de defensa del Fisco en los juicios. En efecto, ese año se crea una Dirección General de lo Contencioso, por medio del que parece ser el primer cuerpo legislativo que hace mención a la contradicción que implicaba que la defensa en los procesos estuviera entregada al Ministerio Público, que según el ordenamiento debía actuar imparcialmente. Posteriormente, se fueron sucediendo Reales Decretos, en los que se fue haciendo cada vez más patente la necesidad de separar las funciones de defensa de la legalidad de la defensa del Fisco y así el 10 de marzo de 1881, se crea el Cuerpo de Abogados del Estado de España⁷⁶, a quien en 1886, se le encomienda «la representación y defensa en juicio de la Hacienda»⁷⁷.

Continúan promulgándose muchas otras disposiciones, hasta que en 1952, se consigue la separación total entre las carreras de Abogados del Estado y de Ministerio Fiscal, remachada en 1956, respecto a problemas subsistentes en materias contencioso administrativo. Repetimos que a pesar de ser tan lento el proceso, constituye una particularidad en Europa pues en países como Francia y Alemania, tal separación no se ha producido hasta el día de hoy.

En 1926, se dicta el Estatuto del Ministerio Fiscal, complementado por su Reglamento Orgánico de 1927, que se caracterizó por consagrar con más claridad el **principio de legalidad**, se avanzó en la idea de admitir la **imparcialidad** como rasgo esencial de su actuación, se mantuvo el **principio de unidad**, y el de *dependencia administrativa*, estableciéndose que cada Fiscal «debía cumplir exacta y lealmente las instrucciones que sus superiores jerárquicos le comuniquen en lo que se refiere al ejercicio del Ministerio Fiscal» (art. 43, n.º 2).

Durante la época franquista, formalmente se dictó un nuevo Reglamento Orgánico en 1958, pero que fue transcripción literal del de 1927, y, asimismo, se hizo alusión a la institución en la Ley Orgánica del Estado de 1927 (el más alto nivel normativo en la época franquista a falta

76. A pesar de que como hemos dicho, este Real Decreto de 1881, complementado por un Reglamento el mismo año, sólo fue un eslabón en un lento proceso, hay autores que afirman taxativamente que a contar de ese año, en España, se separaron las funciones del Ministerio Público de las de defensa del Fisco. Vid., por ejemplo, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, «Lo que debe ser el Ministerio Público», en R.G.L.J. (España), tomo 155, págs. 519 y ss., aunque matiza posteriormente en «Ministerio Público y Abogacía del Estado», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 40, 1961, pág. 39.

77. Según nos da cuenta REOL SUÁREZ, *op. cit.*, pág. 153.

de Constitución) y todavía se dictó un nuevo Reglamento Orgánico en 1969, que nuevamente fue una reproducción del de 1927, todo lo cual ha permitido concluir que durante todo el régimen autocrático en España, no se produjo ninguna regulación propia del Ministerio Público.

La situación cambia radicalmente con la dictación de la Constitución de 1978, en cuyo art. 124 se define el Ministerio Público y, en general, se establecieron los principios básicos para una nueva reglamentación, actualmente en vigor y que como tal pasamos a describir en la siguiente parte de este trabajo.

III. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

1. En España

1.1. Antecedentes generales

La Constitución Española de 1978 ha supuesto un avance significativo en la configuración del Ministerio Fiscal español, al consagrarle un precepto (art. 124) dentro del Título VI, denominado «Del Poder Judicial», del siguiente tenor:

«El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social.»

El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.»

La reglamentación constitucional hizo necesaria la dictación de un nuevo Estatuto, que tuvo lugar mediante la ley 50/1991, de 30 de diciembre, que contiene el «Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal» (en adelante EOMF).

Asimismo, se han promulgado otras normas posteriores dispersas, que deben ser tomadas en cuenta para comprender debidamente el rol que corresponde al Ministerio Fiscal en el sistema procesal español, entre las cuales destacan el art. 435 de la «Ley Orgánica del Poder Judicial» (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, que vino a sustituir a la Ley Orgánica provisional de 1870); y, el art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establecido por la L.O. 7/1988, 28 de diciembre, reguladora de un novedoso procedimiento penal abreviado, que contempla una importante participación en su instrucción por parte del Fiscal.

Sin embargo, se sostiene que la nueva normativa constitucional no resolvió el problema central para la concepción de la figura, sobre lo que más se ha escrito en España, si bien que quizás no sea el de mayor incidencia práctica inmediata; el llamado problema de su naturaleza jurídica, es decir, el de determinar si se trata de un organismo dependiente del Poder Ejecutivo o por el contrario forma parte del Poder Judicial, o, en fin, si es un organismo autónomo e independiente.

En concreto, frente a este problema las soluciones que se han formulado por la doctrina española, que en el fondo son las mismas que se plantean en el extranjero para sus respectivos sistemas, son las siguientes: a) órgano del Poder Ejecutivo; b) órgano del Estado; c) órgano adscrito a la Administración de Justicia; d) órgano independiente de los Poderes del Estado; e) órgano dependiente del Legislativo; y, e) soluciones eclécticas o intermedias⁷⁸.

La existencia de esta gran variedad de concepciones sobre lo que es y debe ser el Ministerio Público español e incluso la imposibilidad de que los Constituyentes de 1978 hubiesen adoptado una postura clarificadora, se atribuye por varios autores a la presunta indefinición que el legislativo español habría venido manteniendo durante las distintas regulaciones efectuadas a lo largo del tiempo y que ya hemos repasado.

La visión que compartimos es la de aquellos que sostienen que en realidad la figura ha sido moldeada después de una larga evolución histórica, pero manteniendo constante su esencia como defensor del interés público o social, sin perjuicio de que en determinados momentos le hayan sido atribuidas otras funciones heterogéneas. En ese sentido, atendido que actualmente corresponde al Estado asumir la protección de los intereses públicos, de *lege data* parece ser un órgano del Estado y que como tal interviene en la Administración de Justicia, bajo cierta influen-

78. Vid., GRANADOS CALERO, *El Ministerio Público (del presente al futuro)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, págs. 23 y ss.

cia del Poder Ejecutivo e «integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial» (art. 2 EOMF), todo ello sin perjuicio de lo que diremos al finalizar este estudio sobre el Ministerio Fiscal hispano.

Lo que no resulta aceptable, es que constituya un órgano completamente autónomo, un cuarto Poder del Estado, porque equivaldría dejar en manos de funcionarios la determinación del interés público en cada caso concreto⁷⁹.

1.2. Organización del Ministerio Fiscal español

Los integrantes del Ministerio Fiscal español forman un cuerpo único organizado jerárquicamente, en que se establecen 3 categorías: Fiscales de Sala del Tribunal Supremo (equivalentes a magistrados del mismo); Fiscales (equivalentes a magistrados del mismo); Fiscales (equivalentes a magistrados); y, Abogados Fiscales (equivalentes a jueces) (art. 34 EOMF).

El ingreso se realiza por un sistema único de oposición para participar en el cual, entre otros requisitos, se precisa ser licenciado en Derecho (arts. 42 y ss. EOMF). Los cargos son proveídos mediante concursos entre funcionarios de la categoría precisa, pero tratándose de los cargos superiores (Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, etc.) son nombrados por el Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado (art. 36 EOMF).

En los arts. 12 y ss. del EOMF, se establecen los órganos que constituyen el Ministerio Fiscal español:

1.2.1. El Fiscal General del Estado

Es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial (art. 124.4 C.E.), añadiendo el art. 29.1 del EOMF, que será cesado en la misma forma. El nombramiento debe recaer entre juristas de reconocido prestigio con más de 15 años de ejercicio efectivo de su profesión.

En sus funciones estará asistido por el *Consejo Fiscal*, la *Junta de Fiscales de Sala*, la *Inspección Fiscal* y la *Secretaría Técnica*.

El Fiscal General del Estado ostenta la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español, correspon-

79. MONTERO AROCA, en MONTERO AROCA, OTELLS RAMOS y GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, pág. 268.

diéndole impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la Institución y, en general, su dirección e inspección (art. 22.2 EOMF).

Para tales efectos se le confiere la facultad de impartir las órdenes e instrucciones convenientes, tanto de carácter general como relativa a asuntos específicos (art. 25 EOMF), pudiendo llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darles las instrucciones que estime oportuna. Asimismo, podrá ordenarle que actúe en un asunto determinado, oído el Consejo Fiscal (art. 26 EOMF).

1.2.2. Consejo Fiscal

Lo preside el Fiscal General y lo integran el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Inspector como miembros natos y de modo electivo otros nueve Fiscales representativos de las diferentes categorías, elegidos por períodos de cuatro años (art. 14.1 LOMF).

Sus funciones son muy variadas, entre las cuales destacan las de elaborar los criterios generales en orden a asegurar, en su estructura y funcionamiento, la unidad de actuación del Ministerio Fiscal; asesorar al Fiscal General del Estado; elaborar los informes para ascensos de los miembros de la Carrera Fiscal; conocer los recursos interpuestos contra resoluciones dictadas en expedientes disciplinarios por los Fiscales Jefes de los distintos órganos del Ministerio Fiscal; instar las reformas convenientes al servicio y al ejercicio de la función fiscal; etc. (art. 14.1 EOMF).

1.2.3. Junta de Fiscales de Sala

La preside el Fiscal General y la integran el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, los Fiscales de Sala, el Inspector Fiscal, el Fiscal de la Audiencia Nacional y el Fiscal de la Secretaría Técnica, que actuará de Secretario (art. 14.2 EOMF).

Esta Junta «asiste al Fiscal General del Estado en materia doctrinal y técnica, en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal, la resolución de consultas, elaboración de Memorias y circulares, preparación de proyectos e informes que deben ser elevados al gobierno y cualesquiera otras, de naturaleza análoga, que el Fiscal General del Estado estime someter a su conocimiento y estudio» (art. 13.2 *in fine* EOMF).

1.2.4. Inspección Fiscal

Se constituye por un Fiscal Inspector, un Teniente Fiscal Inspector y los Inspectores Fiscales que determine la plantilla (art. 15 EOMF), ejerciendo únicamente funciones inspectoras.

1.2.5. Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado

Dirigida por un Fiscal Jefe e integrada por los Fiscales que determine la plantilla, realiza los trabajos preparatorios que se le encomienden en materias en las que la Junta de Fiscales de Sala deba asesorar al Fiscal General del Estado, así como cuantos estudios, investigaciones o informes éste estime procedente (art. 16 EOMF).

1.2.6. Fiscalía del Tribunal Supremo

Bajo la jefatura directa del Fiscal General del Estado, se integrará, además, por un Teniente Fiscal, los Fiscales de Sala y los fiscales que determine la plantilla (art. 17 EOMF).

1.2.7. Fiscalía ante el Tribunal Constitucional

Actúa bajo la dirección del Fiscal General del Estado y está integrada por un Fiscal de Sala y los fiscales que disponga la plantilla (art. 18 EOMF).

1.2.8. Fiscalías de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales⁸⁰

La integran un Fiscal Jefe, un Teniente Fiscal y los fiscales de plantilla (art. 18 EOMF).

80. La «Audiencia Nacional», con sede en Madrid, conoce causas penales (aunque también tiene Salas de lo Contencioso-administrativo y de lo Social), en primera y en segunda instancia, por delitos de trascendencia nacional tales como los que afecten a la Corona españolas o a altas autoridades del Gobierno; falsificación de monedas; tráfico de droga que produzcan efectos en territorios de distintas Audiencias y, especialmente, los de terrorismo (arts. 62 y ss. Ley Orgánica del Poder Judicial); los «Tribunales Superiores de Justicia», son la máxima instancia judicial en cada Comunidad Autónoma, con Salas y competencias crecientes, que generalmente se ha ido restando al Tribunal Supremo, en materia civil (recursos de revisión e incluso de casación), penal y contencioso-administrativa (arts. 70 y ss. Ley Orgánica del Poder Judicial); y, las «Audiencias Provinciales», situadas en la capital de cada provincia, son los tribunales tradicionales de segunda instancia en materias civil, penal y de menores (arts. 80 y ss. Ley Orgánica del Poder Judicial).

Entre otras, las funciones de los Fiscales Jefes son organizar los servicios y la distribución de trabajo, oída la Junta de Fiscalía; conceder permisos y licencias; ejercer facultades disciplinarias; etc. (art. 18.1 EOMF).

1.2.9. Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas

Bajo la dirección del Fiscal General del Estado, estará integrada por un Fiscal de Sala, un Teniente Fiscal y por los Fiscales que determine la plantilla (art. 18 EOMF).

Le corresponde intervenir directamente en los procesos penales por delitos relativos al tráfico de drogas y estupefacientes cometidos por bandas o grupos especializados, y en los mismos procesos cuando lo decida el Fiscal General del Estado; investigar la situación económica y patrimonial, así como las operaciones financieras y mercantiles de toda clase de personas respecto de las que existan indicios de que realizan o participan en actos de tráfico ilegal de drogas; promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas; etc. (art. 18 bis EOMF).

1.3. Principios orgánicos y funcionales del Ministerio Fiscal español

El art. 124.2 de la Constitución Española, señala que el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones, «conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad».

Estos principios son de gran importancia, pues la organización debe moldearse conforme a ellos, para que pueda llegar a cumplir todas sus funciones. Por eso, se dividen en orgánicos (son los de **unidad** y **dependencia**) y funcionales (los de **legalidad** e **imparcialidad**).

Es frecuente que ambas clases de principios vengán siendo denunciados como contradictorios⁸¹, cuando en realidad son perfectamente

81. Vid., por ejemplo, IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *Independencia y autonomía...*, op. cit., pág. 133; «no es posible que el Ministerio Fiscal sea un órgano jerarquizado dentro de la Administración del Estado y al tiempo mismo defienda y dependa sólo de la ley».

compatibles⁸², sin que tampoco unos deban prevalecer sobre los otros⁸³.

1.3.1. Principio de unidad

Existe coincidencia doctrinal en que este principio, así como el de dependencia jerárquica arranca del axioma del Derecho francés: «*Le Ministère Public est un et indivisible*». Se manifiesta en que «el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado» (art. 22.1 EOMF), ejercitando su Jefatura Superior y representación en todo el territorio español, el Fiscal General del Estado (art. 22.2 EOMF)⁸⁴.

Se justifica esta unidad orgánica por la necesidad de una actuación homogénea y uniforme del Ministerio Público que excluya la disparidad de pareceres de los distintos funcionarios como garantía de su eficacia.

En virtud de este principio, el Ministerio Fiscal debe concebirse como único, como un órgano integrado por distintos funcionarios que, por sí solos, no lo constituyen, pero que nace de la suma de todos ellos, quedando su personalidad absorbida por la de la institución al momento de actuar. Ello «se traduce en la consolidación de los criterios de indivisibilidad y fungibilidad, en virtud de los cuales, los funcionarios actúan en representación de la institución... pudiendo ser sustituidos entre sí sin que se quebrante la identidad de la representación y sin que repercuta en la validez del acto realizado»⁸⁵.

Otra importante vertiente de este mismo principio es la que se ha denominado unidad de actuación o de ejercicio, conforme al cual el funcionario no es libre intérprete de la legalidad que ha de defenderse en cada caso, sino que ella le viene anticipada en sus líneas esenciales por los órganos jerárquicos del instituto.

1.3.2. Principio de dependencia jerárquica

Es el más tradicional y discutido de los principios que informan la actuación del Ministerio Fiscal, constituye el complemento requerido por la unidad, para cuya preservación la institución debe organizarse jerárquicamente.

82. MONTERO AROCA, en op. col. cit., pág. 265.

83. Para CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido, *El Ministerio Fiscal en la... cit.*, pág. 594; «la necesidad de una coordinación se hace inexcusable y sólo puede lograrse señalando la primacía de unos sobre otros (los funcionales sobre los orgánicos)».

84. MARCHENA GÓMEZ, op. cit., pág. 160.

85. MARCHENA GÓMEZ, op. cit., pág. 161.

Existen profundas discrepancias doctrinales respecto al carácter imprescindible o no de la dependencia jerárquica. Existen quienes la reputan un criterio rector inherente a la institución, mientras que otros la consideran atentatoria contra sus fines.

Algunos autores distinguen entre una dependencia *externa* o frente al Poder Ejecutivo, la cual se evidenciaría por el sistema de nombramiento y cese del Fiscal General del Estado, cuya iniciativa siempre compete al Gobierno (art. 29.1 EOMF) y por la facultad que el Gobierno tiene de interesar de éste, a través del Ministerio de Justicia o directamente del Presidente del Gobierno, actuaciones determinadas en defensa del interés público. Frente a la facultad del Fiscal General del Estado de oír previamente a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, para resolver sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y exponer su resolución al Gobierno en forma razonada, los autores partidarios de la incardinación del Ministerio Público en el Poder Ejecutivo, consideran que «ello no supone independencia sino valoración jurídica de la orden»⁸⁶.

Otros, en cambio, partidarios de la configuración del Ministerio Público como un órgano del Estado (no del Gobierno), que actúa mediante órganos propios y, legalmente, con independencia funcional respecto de cualquier otro órgano del Estado, no consideran, por cierto, que esté presente en la organización del Ministerio Fiscal español esta dependencia externa⁸⁷.

La dimensión de la dependencia en la que están todos contestes en que debe existir es la *interna*, consecuencia de la organización jerárquica del Ministerio Fiscal, conforme a la cual el Fiscal General puede impartir a sus subordinados órdenes e instrucciones.

La vía jerárquica posibilita que estas órdenes se impartan al Fiscal jefe de cada órgano, para que éste, a su vez, la haga llegar a sus subordinados inmediatos, pero en caso de urgencia el Fiscal General está facultado para recurrir a la vía directa (arts. 25 y 26 EOMF).

Incluso, en el caso de disconformidad del subordinado con la orden, se han buscado soluciones para que éste pueda representar su disconformidad (art. 27 EOMF), pero que no impiden que el superior tenga la posibilidad de sustituir al funcionario en cualquier asunto y en todo momento (art. 23 *in fine* EOMF).

86. MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 266.

87. ALAMILLO CANILLAS, Fernando, *El Ministerio Fiscal (su organización y funcionamiento)*, Ed. Colex, Madrid, 1990, pág. 20.

1.3.3. Principio de legalidad

Conforme a este principio, «el Ministerio Público actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminado, informado y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma que las leyes establezcan» (art. 6 EOMF).

Se trata en esencia del mismo principio que rige la actividad de los jueces y magistrados, que la Constitución Española dice que será independientes y estarán «sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 Constitución Española).

A pesar de que algunos —como hemos dicho— han estimado que sería contrario al de dependencia jerárquica, lo cierto es que son compatibles, aún con la dependencia externa, pues ni el superior jerárquico ni el Gobierno pueden dar órdenes instando al Fiscal a actuar contrarias a ley. Cosa distinta es lo que el juez correspondiente finalmente decida frente a esas peticiones⁸⁸. Más aún, se ha advertido que la dependencia jerárquica es necesaria para uniformar la actuación del Ministerio Público, ya que no podría entregarse a cada Fiscal a título individual la interpretación de la procedencia legal de su actuación⁸⁹.

Problema mucho más de fondo es el que se plantea respecto a si la adopción por el constituyente del principio de legalidad para regular la actuación del Ministerio Público, ha implicado la absoluta proscripción del **principio de oportunidad**⁹⁰, puesto que en doctrina se considera que ambos son contradictorios⁹¹, aunque existen quienes sostienen que en la práctica no siempre son nociones opuestas⁹².

88. MONTERO AROCA, en *op. col. cit.*, pág. 266.

89. ALAMILLO CANILLAS, *op. cit.*, pág. 30.

90. Recordemos que el «principio de **oportunidad**», como principio del proceso, se considera informando un Ordenamiento procesal, cuando los titulares de la acción penal, «disponen bajo determinadas condiciones del inicio y desarrollo del proceso», BERZOSA FRANCO, Victoria, Voz «Principios del Proceso», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Seix, Barcelona, 1993, pág. 483.

91. Vid. BERZOSA FRANCO, Victoria, *op. cit.*, págs. 482 y ss.

92. BRURON, Luis A., «Memoria del Fiscal General del Estado», con motivo de la Solemne apertura de los Tribunales, 15 de septiembre de 1983, Ministerio de Justicia (España), 1983: «Oportunidad y legalidad no son siempre nociones opuestas y lo mismo cabe decir de oportunidad e imparcialidad. El Ministerio Fiscal, modelado con la vista puesta en el proceso penal, no debe aventurarse en la apreciación de los oportunos, pero tampoco debe oponer una cerrada resistencia a que la justicia pueda ser estimulada desde fuera con criterios de oportunidad razonables, siempre que lo que lo que se estime oportuno sea a la vez estrictamente legal, o, dicho de modo más general, conforme el Derecho y a la Justicia».

Precisamente, posibilidad o imposibilidad a la luz del Ordenamiento Jurídico español y la conveniencia o inconveniencia de la introducción del principio de oportunidad, como hemos adelantado, son dos de los temas más controvertidos en estos momentos en la doctrina procesal española.

Respecto al primer punto, posibilidad o imposibilidad de la introducción del principio de oportunidad, la cuestión consiste en si el principio de legalidad obliga siempre al Ministerio Fiscal a actuar y, por lo tanto, en los procesos criminales no podría dejar de interponer la acción penal. Quienes así lo sostienen, añaden que esta opción fue la adoptada por el Constituyente español, de modo que «no existe ninguna excepción, y por mandato constitucional, a la actuación del Ministerio Fiscal con base al principio de legalidad, vulneración que se produce o se puede producir, cuando el principio de actuación es del «consenso», ya que estas soluciones consensuadas se conseguirán «negociando» la acusación y, por lo tanto, la pena, en definitiva, alejándose del principio de legalidad»⁹³.

Por el contrario, otros piensan que no existen obstáculos constitucionales para su implantación, puesto que «la oportunidad como criterio de persecución criminal puede ser integrada, en virtud de una decisión legislativa, en ese bloque de juridicidad cuya defensa incumbe al Ministerio Fiscal»⁹⁴.

Respecto a la conveniencia (o inconveniencia) de su implantación, cuyos sostenedores no necesariamente coinciden con los que la creen posible, la respuesta tiene que ver con los criterios que cada autor, o el sector doctrinal o profesional al que pertenece, cree mejores para solucionar los problemas que se advierten en el proceso penal español.

Así, existe una corriente, liderada por GIMENO SENDRA⁹⁵ y siguiendo

93. MUERZA ESPARZA, «Las partes en el proceso penal (I)», en *Derecho Procesal Penal*, Ed. Centro de Est. Ramón Areces, S.A., 1993, págs. 131 y s.

94. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 139.

95. Vid. GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, Tomo II, Proceso Penal, 2.ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988, págs. 59 a 62; de los mismos autores, *El Nuevo Proceso Penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 65 a 112 y 139 a 158; GIMENO SENDRA, V., *Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)*, págs. 31 a 49, y, RUIZ VADILLO, E., «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», págs. 53 a 89, ambos en *Rev. Poder Judicial*, Núm. Especial II, 1986; en el *vol. col.* «La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León», Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1989, hay varios artículos sobre el principio de oportunidad, tales como los de PEDRAZ PENALVA, E., *Principios de proporcionalidad y de oportunidad*,

do recomendaciones de la propia Unión Europea⁹⁶, que considera que debe acogerse, al modo en que ha operado en el proceso alemán, el principio de oportunidad, permitiendo al Fiscal solicitar el sobreseimiento por supuestos contemplados previamente en la legislación procesal (de allí que hablen de discrecionalidad *reglada*) tales como mínima lesión social, reparación a la víctima, reinserción del imputado, etc.⁹⁷.

Otros, en cambio, sostienen que tal principio no debe ser acogido, al margen de si lo permite o no el ordenamiento español, pues con ello se busca solucionar en forma subrepticia el problema de mal funcionamiento de los tribunales, a causa del cual se va produciendo una acumulación de causas penales pendientes de resolver que se va incrementando cada año. Es decir, con el principio de oportunidad se perseguiría por sobre todo conseguir una justicia rápida que acabaría por convertir a «la resolución judicial, fruto de un proceso de apreciación probatoria, en un acto jurisdiccional privilegiado (...) Criterios de oportunidad desplazan la labor judicial de tutela y amparo en favor de una función jurisdiccional mutilada, en la que, bien el legislador, bien las partes procesales, se encargan de suministrar al órgano decisorio los presupuestos de su decisión»⁹⁸. En consecuencia, para este sector, «quizás lo más adecuado sería revisar adecuadamente la tipificación penal de ciertas conductas, de acuerdo con las exigencias sociales, para, por esta vía, ortodoxa, evitar poner en solfa todo el sistema procesal penal»⁹⁹.

págs. 231 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español*, págs. 287 y ss.; DELGADO BARRIO, J., *El principio de oportunidad en el Proceso Penal (Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)*, págs. 309 y ss.; etc.

96. Recomendación núm. R (87) 18 del «Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la simplificación de la Justicia Penal», publicado en *Boletín de Información del ministerio de Justicia (España)*, n.º 1.518, págs. 713 y ss.: «considerando que la lentitud de la justicia penal podría remediarse no sólo con los medios que se le asignen, con el modo en que estos medios se utilizan y con una mejor definición de las prioridades en la conducción de la política criminal tanto en lo que concierne a la forma como respecto al fondo, sino también: recurriendo al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal (...) en los casos en que lo permitan el contexto histórico y la Constitución de los Estados Miembros».

97. Vid. ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, 1 Ed. PPU, Barcelona, 1991, págs. 89 y ss.; y, MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, págs. 130 y ss.

98. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 140.

99. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El Proceso Penal. Lectura constitucional*, *cit.*, págs. 30 a 31.

1.3.4. Principio de imparcialidad

En su virtud, el Ministerio Público ha de actuar con plena independencia y objetividad en defensa de los intereses que le están encomendados (art. 7 EOMF).

Este principio se presenta íntimamente relacionado con uno de los más discutidos problemas que produce la actuación del Ministerio Público y que dista de estar completamente resuelto. El problema de determinar si el Fiscal cuando interviene lo hace o no como parte.

Se ha argumentado que si es imparcial, entonces no podría ser parte, formulándose entonces una distinción entre parte material y formal¹⁰⁰.

Consecuente con la postura que se adopte, surge o no el derecho a recusar al integrante del Ministerio Fiscal. Si es parte, no podría ser recusado, mientras que si es magistrado sí lo podría ser.

En concreto, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal español para garantizar la imparcialidad recurre a las mismas causales de abstención que jueces y magistrados, pero no a la recusación, sino que dispone que las partes en los juicios o causas deberán acudir al superior del Fiscal concreto de que se trate, interesando que se ordene su no intervención en el proceso (art. 28 EOMF).

1.4. Funciones y Facultades del Ministerio Fiscal español

Una de las principales causas de las dificultades para caracterizar al Ministerio Fiscal español, deriva precisamente de la multitud de funciones que se le confiere.

Al respecto, la primera aproximación general se encuentra en el art. 124.1 de la propia Constitución española, reproducido en el art. 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el art. 1 del EOMF.

Recordemos que en estas disposiciones se dice que tiene por «misión» promover la acción de la justicia: a) en defensa de la legalidad; b) en defensa de los derechos de los ciudadanos; c) en defensa del interés público tutelado por la ley; d) para velar por la independencia de los tribunales; y, e) para procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Empero, tienen razón quienes han advertido que en rigor el texto constitucional es redundante y que todas estas funciones pueden ser re-

100. Vid., entre otros, IRIBAS, Juan, «El Ministerio Fiscal no es 'parte'», en *Revista de Derecho Procesal*, 1952, págs. 187 y ss.

conducidas a una; «ser el promotor de la acción de la justicia ante el órgano jurisdiccional correspondiente»¹⁰¹.

En efecto, al Ministerio Público corresponde «la defensa del interés público o social, pero no de modo directo, sino a través del ejercicio de las acciones correspondientes ante los órganos jurisdiccionales; se trata de pedir, no de resolver»¹⁰².

Se trata, en definitiva, del ejercicio de una acción promotora, consistente en «promover, ante los órganos judiciales, la acción de la justicia en defensa de la legalidad sobre la que han de pronunciarse aquéllos. Las funciones decisorias y promotoras se confieren así por el Estado a órganos diferentes, pero de idéntica calificación, para garantizar el Estado de Derecho»¹⁰³.

Esta misión genérica se desarrolla luego, en el art. 3 EOMF, en 15 funciones concretas y, a su vez, el artículo 4 del mismo Estatuto le atribuye seis facultades para hacer posible el cumplimiento de dichas funciones, siendo que en todo caso, ninguna de las listas son cerradas.

Toda este cúmulo de funciones, puede ser sistematizado, siguiendo a MONTERO AROCA¹⁰⁴, de la siguiente forma:

1.4.1. En la organización y funcionamiento de los tribunales

1.4.1.1. Velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes, en los plazos y términos legales, ejercitando en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pendientes (art. 3 n.º 1 EOMF).

1.4.1.2. Ejercer cuantas funciones el atribuya la ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales (art. 3 n.º 2 EOMF); y,

1.4.1.3. Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes e intervenir en las promovidas por otras (art. 3 n.º 8 EOMF).

101. MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M., «El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal español», en *Rev. Documentación Jurídica* n.º 29-32, Enero-Diciembre 1981, pág. 96.

102. MONTERO AROCA, *op. col. cit.*, pág. 265.

103. MORENILLA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 95.

104. MONTERO AROCA, *op. col. cit.*, pág. 264.

1.4.2. En materia civil

1.4.2.1. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley (art. 3 n.º 6 EOMF).

1.4.2.2. Asumir, o en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de los menores y desvalidos (art. 3 n.º 7 EOMF).

1.4.3. En materia penal

1.4.3.1. Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (art. 3 n.º 4 EOMF).

1.4.3.2. Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas otras que estime oportunas (art. 3 n.º 5 EOMF).

1.4.3.3. Recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo cuando no encuentre fundamento para ejercitar acción alguna, notificando en este caso al denunciante (art. 5 EOMF).

1.4.3.4. Llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con miras a aclarar los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, sin que puedan suponer adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. Si puede ordenar el Fiscal la detención preventiva. Y todas las diligencias que practique o se lleven a efecto bajo su dirección, gozan de la presunción de autenticidad (art. 5. 1 y 2 EOMF).

1.4.3.5. Cuando tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, deberá practicar él mismo u ordenar a la Policía Judicial la práctica de las diligencias pertinentes. Cuando el hecho no revista caracteres de delito practicará el **archivo** de las actuaciones, sin perjuicio de que el perjudicado u ofendido pueda reiterar su denuncia ante el juez de Instrucción. En todos los demás casos, deberá instar al mismo Juez la incoación de un proceso penal, remitiendo lo actuado, poniendo a su dis-

posición al detenido, si lo hubiere y los efectos del delito (art. 785 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal)¹⁰⁵.

1.4.4. En materia Constitucional

1.4.4.1. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas en cuantas actuaciones exijan su defensa (art. 3 n.º 3 EOMF).

1.4.4.2. Interponer el Recurso de Amparo Constitucional, en los casos y formas previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 3 n.º 10 EOMF).

1.4.4.3. Intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma que las leyes establezcan (art. 3 n.º 11 EOMF).

1.4.4.4. Intervenir en los procesos judiciales de amparo (art. 3 n.º 12 EOMF).

1.4.5. Otras funciones

1.4.5.1. Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten el interés público y social (art. 3 n.º 9 EOMF).

1.4.5.2. Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales (art. 3 n.º 14 EOMF).

1.4.5.3. Defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos que prevén su intervención (art. 3 n.º 13 EOMF).

Estas funciones están, por cierto, enunciadas de modo muy general, debiendo descenderse a las leyes procesales respectivas, para ver a su vez como se concretan en los respectivos procedimientos.

En todo caso, el mismo Estatuto Orgánico contiene una enumeración de las **facultades** —también genérica— de que dispone para el ejercicio de tales funciones, entre las cuales destacan, por su mayor contenido práctico, las siguientes:

105. Se trata de las facultades que le fueron concedidas al Fiscal, por la controvertida Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, sobre procedimiento penal abreviado y, que en el fondo, ha significado entregar importantes facultades de investigación al Ministerio Fiscal. Aunque la literatura al respecto es abundante, Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *El Ministerio Fiscal entre «viejo» y «nuevo» proceso* y VARELA CASTRO, L., *Investigación y preparación del juicio oral*, ambos en ANDRÉS IBÁÑEZ, CONDE-PUMPIDO, FERNÁNDEZ ENTRALGO y otros, *La reforma del Proceso Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988; y, MORENO CATENA, CORTES DOMÍNGUEZ, ALMAGRO NOSETTE y GIMENO SENDRA, *El nuevo proceso penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989.

a) Interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos, pudiendo pedir que se le dé vista de los mismos cualquiera sea su estado, para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos, promoviendo en su caso, las correcciones oportunas y también las cuestiones de competencia (art. 4 n.º 1 EOMF).

b) Visitar en cualquier momento los centros de detención, penitenciarios o de internamiento (art. 4 n.º 2 EOMF).

c) Requerir el auxilio de las autoridades de cualquier clase y de sus agentes, así como dar órdenes e instrucciones a la Policía Judicial, quienes deberán atender inexcusablemente sus requerimientos dentro de los términos legales (art. 4 n.º 3 y 4 EOMF).

d) Informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, en el ámbito de su competencia y con respecto al secreto del sumario (art. 4 n.º 5 EOMF).

1.5. Comentario Final

El Ministerio Fiscal español es un órgano muy complejo, cuya caracterización posiblemente se ha hecho más difícil aún después de la regulación constitucional formulada por la Carta Fundamental española de 1978.

En efecto, existe una gran disparidad de opiniones sobre lo que es actualmente y lo que debe ser el futuro, entre distintos operadores jurídicos, entre diversos sectores doctrinales, entre diferentes partidos políticos e incluso entre sus propios integrantes, según hemos podido comprobar ya no sólo de la lectura de textos jurídicos sino que también de la prensa diaria, en la cual sus actuaciones ocupan un lugar destacado durante los últimos tiempos.

Esta actualidad no le quita importancia sino que, al contrario, es cabal comprobación de la gran trascendencia que se le concede como órgano de rango constitucional con importantes funciones para el funcionamiento de un Estado democrático de Derecho. Precisamente se le considera ocupando un rol en el sutil engranaje de pesos y contrapesos entre los diferentes funciones y poderes estatales que posibilitan el funcionamiento de una democracia. Por eso, por un lado suscita un gran interés, pero, por otro, permanentemente su actuación o falta de actuación son objeto de controversia.

El problema principal deriva, a nuestro parecer de que existe una

indefinición histórica entre la asunción del modelo francés, que aunque magistrado, lo reputa como dependiente del Poder Ejecutivo y el modelo que lo concibe como un órgano judicial o de la Administración de justicia, que a nuestro parecer es el que se corresponde con el origen del Ministerio Fiscal español.

En efecto, hasta principios del s. XIX el desarrollo del Ministerio Público en España se hizo al margen de toda influencia extranjera y así llegó a ser un órgano de la administración de justicia, encargado de defender el interés público en juicio (lo que consideramos su característica definidora), conformado por letrados con la dignidad de magistrados y que a falta de éstos podían incluso integrar el Tribunal Supremo (Reglamentos de 1.824 y de 1.835, Vid. *supra* nota 68).

Encontrándose en esa situación comenzaron los esfuerzos de la Administración, en un principio a cargo del Poder Real, por introducirle características del *Ministère Public* francés dirigidas a transformarle, como ocurrió con este último por influencia Revolucionaria y positivista (y de allí que todavía muchos consideren que su nota esencial es la defensa de la ley), en un medio de control o intervención en el Poder Judicial o, más ampliamente, en la Administración de Justicia.

Este modelo que ha sido adoptado con provecho y que ha dado lugar a nuevos desarrollos (piénsese en la utilización del principio de oportunidad) por importantes países europeos (especialmente Alemania), en España desde un comienzo encontró mucha resistencia en amplios sectores, particularmente entre los miembros del propio Poder Judicial, por lo que nunca ha podido acabar imponiéndose del todo. Entonces, como ha ocurrido en otras áreas en España, el conflicto, con mayor o menor actualidad, ha permanecido soterrado durante mucho tiempo. De aquí la dificultad por clasificar al Ministerio Fiscal hispano entre los modelos conocidos o posibles de construir teóricamente, ya que se encuentra a medio camino entre la concepción judicialista y la de un órgano del Poder Ejecutivo que interviene en la administración de justicia, susceptible de constituirse en un importante instrumento de implementación de políticas criminales.

De momento, resulta difícil predecir hacia cuál de esos modelos se decantará o, si por el contrario, se consolidará definitivamente, ya sin cuestionamientos de ningún sector, en su actual perfil, que quizás por sobre todo sea depositario del valor esencial del pragmatismo.

2. En Francia

2.1. Antecedentes generales sobre el «*Ministère public*» francés

Afirman los autores franceses de todos los tiempos, que «*la pluma est serve, mais la parole est libre*», pretendiendo resumir uno de los rasgos esenciales del *Ministère Public* francés, tratando de compatibilizar su carácter de defensor de la legalidad y de conciencia libre, pero sujeto a los principios de unidad y dependencia, y para lo cual «los subordinados deben adaptarse a las órdenes que reciben, en sus informes y conclusiones escritas, pero pueden en las audiencias y vistas, exponer su «*sentiment personnel*», informando oralmente lo contrario a lo que han escrito»¹⁰⁶.

Esta singular característica nos sirve de ejemplo de lo difícil que puede resultar comprender cabalmente el complejo funcionamiento del *Ministère public* francés, que producto de una también extensa y complicada evolución histórica, que ya hemos esbozado, tiene una acusada personalidad propia¹⁰⁷.

De partida, sus miembros pertenecen al cuerpo de magistrados del Estado francés y son llamados magistrados «*du parquet*» en contraposición a los magistrados propiamente tales que son denominados «*du siège*»¹⁰⁸.

Ambas carreras están por completo unificadas y un funcionario puede pasar de una a otra indistintamente. La diferencia más importante es que los magistrados «*du parquet*» no gozan de inamovilidad, su designación depende del Ministerio de Justicia, aunque previa opinión consulta-

106. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, *El Ministerio Fiscal...*, cit., pág. 21. Cabe apuntar que esta misma norma ha sido incorporada al actual Estatuto del Ministerio Fiscal español (art. 21.4).

107. Singularidad que en rigor es manifestación de un desarrollo propio, sin imitar modelos foráneos que no se corresponden con la idiosincracia de cada pueblo, lo que no significa cerrarse a estudiar las soluciones extranjeras y tratar de obtener de ellas lo que pueda haber de provechoso para otras naciones. Así por lo menos parece estar ocurriendo en Europa, donde a través de los Consejos de Ministros de Justicia de la Unión Europea, se han elaborado fórmulas generales para solucionar los problemas de la administración de justicia que afectan a todos sus miembros.

108. Tales denominaciones son reminiscencias históricas de sus respectivas ubicaciones en el recinto del tribunal, aunque RASSAT, MICHELLE-LAURE, «*Institutions Judiciaires*», *Collection Puf*, París, 1993, págs. 221 y s., nos enseña que hay otra teoría al respecto. En todo caso, «*parquet*» es sinónimo de «*Ministère public*» y en menor medida lo es también «*magistrature debout*».

da, no vinculante, de la recién creada «*Commission consultiva du parquet*» (ley orgánica de 25 de enero de 1992) y disciplinariamente se encuentran sometidos al Ministerio de Justicia («*Garde des Sceaux*»), aunque toda sanción debe ser examinada por la «*Commission de disciplina du parquet*» (ley orgánica de 17 de julio de 1970).

La circunstancia de que a sus miembros les esté reconocida su calidad de magistrado, evita muchas de las indefiniciones que subsisten sobre la figura, pero crea otras porque al mismo tiempo que magistrados se les admite su carácter de agentes del Ejecutivo, con la implícita contradicción que conlleva¹⁰⁹.

2.2. Organización del «*Ministère public*»

Posiblemente en su organización es donde se refleja con mayor rigor la complejidad del Ministerio Público Francés, propia de su particular evolución, al punto que en un trabajo como este sólo puede ser descrita en sus rasgos muy generales.

Desde luego, esta organización no es estrictamente piramidal como acontece con el Ministerio Fiscal español, sino que varía según los distintos niveles de tribunales y la importancia de éstos:

2.2.1. Ante los «*Tribunaux de grande instance*»

Ante los «*tribunaux de grande instance*», que corresponden a los juzgados de primera instancia, existe un «*parquet*» (ministerio público como institución, no como persona física), dirigido por un «*Procureur de la République*» que a su vez dispone de «*substituts*», es decir, de colaboradores, todos magistrados.

Sin embargo, en los Tribunales de gran envergadura como París o Lyon, existen uno o varios «*Procureurs de la République adjoints*», así como uno o varios «*premiers substituts*».

2.2.2. Ante las «*Cour d'Appel*»

Ante las «*Cour d'Appel*», que son los tribunales naturales de segunda instancia, existen un «*Parquet General*», dirigido por un alto magis-

109. Vid. LORCA NAVARRETE, Antonio, «La Justicia Francesa y sus instituciones», en *Documentación Jurídica*, n.º 42-44, Tomo XII, Abril-Diciembre 1884, pág. 742.

trado que se denomina «*Procureur Général*» y que a su vez dispone de varios «*Avocats Généraux*», así como de varios «*Substituts Généraux*».

Las diferencias entre unos y otros radican en que mientras los «*avocats généraux*» son los encargados de tomar la palabra en nombre del «*Procureur général*», los «*substituts*», llevan tareas de orden administrativo, aunque nada obsta a que puedan ocupar el lugar del primero si se les ordena.

El «*Procureur général*», es el jefe del Ministerio Público en la «*Cour d'Appel*» respectiva y también lo es de los «*Procureur de la République*» de los «*Tribunaux de Grande Instance*» que se encuentran en su respectiva demarcación judicial.

2.3.2. Ante la «*Cour de Cassation*»

Ante la «*Cour de Cassation*» que, como es sabido, es el supremo tribunal en Francia, también existe un «*Parquet Général*», dirigido por un alto magistrado, el «*Procureur Général près la Cour de Cassation*», asistido por unos «*Avocats Généraux*» (actualmente son 21, uno de los cuales es el colaborador directo del «*Procureur général*») que, bajo sus directrices, son los encargados de tomar la palabra ante la Corte de Casación. No existen «*substituts*» ante este máximo tribunal.

Por otra parte, el «*Procureur Général près la Cour de Cassation*», no es el superior jerárquico del «*Procureur Général*», sino que al contrario, estando en el mismo orden de jerarquía, ambos reciben órdenes directas del «*Garde de Sceaux*», Ministro de Justicia del país galo y máximo responsable del Ministerio Público.

Por último, cabe hacer presente que ante determinados tribunales especiales del orden civil con competencias especiales (*tribunaux d'commerce, tribunaux paritaires des baux ruraux, tribunaux des affaires de sécurité sociale*, etc), no existe un «*parquet*», de modo que el «*Procureur de la République*» se encuentra autorizado para comparecer ante ellos en cualquier asunto de primera instancia.

2.3. Principios que gobiernan la actuación del «*Ministère public*»

Son muy parecidos a los que describíamos para el Ministerio Fiscal español, con la gran diferencia de que en Francia sus integrantes son auténticos magistrados, lo que conlleva importantes consecuencias:

2.3.1. Principio de subordinación jerárquica

Este principio está bastante acentuado, toda vez que se considera que «los magistrados del Ministerio Público son agentes del Poder Ejecutivo ante los tribunales»¹¹⁰.

Textualmente el art. 5 de la Ordenanza n.º 58-1270, de 22 de diciembre de 1958, dice que «los magistrados '*de parquet*' están sujetos a la dirección y el control del *Garde des sceaux*, ministro de la justicia», máximo portavoz y responsable del *Ministère public*, que como tal puede dar órdenes directas a cualquiera de sus integrantes. Esta sería, por tanto, la subordinación ante el Poder Ejecutivo que en España se denomina externa.

Pero, además, esta jerarquía también se produce al interior del «*parquet*», ya que cada uno de sus magistrados está sometido a su superior jerárquico.

Esta subordinación sólo aparece un tanto mitigada por la libertad de palabra que, como hemos señalado, conserva siempre el Fiscal y por el hecho de que aunque contravenga las instrucciones recibidas de todos modos sus actuaciones serán válidas, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que puedan imponérsele con posterioridad¹¹¹.

2.3.2. Principio de unidad o de indivisibilidad

Este principio, de origen genuinamente francés, significa que cada miembro del *Ministère public*, representa a toda la institución.

Gráficamente se ha dicho que los miembros del Ministerio Público, «se pueden reemplazar mutuamente: son en cualquier caso intercambiables»¹¹² y al hacerlo, significa simplemente que la institución se expresará por voces diferentes.

2.3.3. Principio de independencia

De acuerdo a la doctrina francesa, este principio concurre en dos vertientes: independencia frente a los tribunales al momento de emitir sus opiniones; e independencia frente a las apreciaciones que las partes puedan hacer en el proceso.

Teniendo en cuenta que es una parte en el proceso, el magistrado

110. PERROT, *op. cit.*, pág. 269.

111. PERROT, *op. cit.*, pág. 269.

112. PERROT, *op. cit.*, pág. 271.

du parquet no puede ser recusado porque equivaldría a recusar a un adversario¹¹³.

2.4. Atribuciones jurisdiccionales del «*Ministère public*»

En general, en el Derecho Francés se dice que el Ministerio Público puede intervenir como «*partie principale*» («*lorsqu'il se présente devant la juridiction comme un plaidur ordinaire*») o como «*partie jointe*» («*quand le procès étant engagé entre deux parties ordinaires, il intervient pour faire entendre la voix impartiale de la Société*»)¹¹⁴, categoría esta última que suele ser traducida como «parte interviniente»¹¹⁵ y que equivale aproximadamente a la de un tercero en nuestro Derecho Procesal.

Pues bien, esta distinción es necesaria tenerla en consideración para determinar sus atribuciones en los distintos órdenes jurisdiccionales.

2.4.1. En el orden jurisdiccional penal

En esta materia, el Ministerio Público sólo puede ser «*partie principale*» al tener encomendado el ejercicio de la acción pública cuando el orden público ha sido violado (art. 31 C.P. *Pénale*). En este sentido el fiscal es el «abogado de la sociedad», la parte que reclama el castigo por el juez del delincuente en nombre del Estado y de la sociedad.

A pesar de que es un magistrado sus funciones no son las de un juez, sino las de un defensor de la legalidad. Así, no interviene en la instrucción, que aparece encomendada exclusivamente al juez instructor.

Un buen resumen de las funciones del Ministerio Público francés es el que formula PRIETO-CASTRO: «La nueva legislación orgánica y procesal penal francesa permite ver con una claridad que antes no existía las intervenciones que el Ministerio Público francés tiene en dicho proceso, y que los autores franceses estudian resaltando la nota de «parte», en lugar de «órgano». Nosotros consideramos que tales intervenciones se deben contemplar como facultades de un órgano de la administración de

113. Dada la rotundidad con que se encuentra solucionada esta situación en Francia, en contraste con las dudas que ha originado en España, el prof. PRIETO-CASTRO considera que la «irrecusabilidad» es un principio propio del *Ministère public*, opinión que el resto de la doctrina no comparte, Vid. «El Ministerio Fiscal en Europa», cit., pág. 370.

114. RASSAT, *Institutions...*, cit., pág. 233.

115. PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, pág. 372.

justicia; promueve la incoación de una persecución penal; influye sobre la instrucción en cuanto que puede solicitar del juez instructor la realización de todas las diligencias que considere útiles para la averiguación de la verdad; informa antes de que se dicten resoluciones sobre las medidas cautelares a adoptar en relación con el inculcado (prisión, libertad provisional, etc...); puede solicitar en todo momento la entrega de la causa para vigilar el curso de la instrucción; puede estar presente en los interrogatorios del inculcado, en los careos y en las declaraciones de la parte civil y en las diligencias de inspección; puede interponer recursos de apelación contra toda clase de resoluciones (siendo así que al inculcado y a la parte civil solamente se les permite interponerlos en contra algunas de ellas); está facultado para solicitar que se reabra la instrucción por la aparición de nuevos materiales de cargo; y cuando el instructor considere terminada la instrucción, ha de pasarle la causa para que formule, dentro de tres días, «*son réquisitoire définitif*»; en la vista oral, formula su conclusiones, propone pruebas y solicita la pena correspondiente y puede pedir la absolución en lugar de la condena, interponer recurso contra la sentencia y, en particular, el recurso de casación en interés de la ley»¹¹⁶.

2.4.2. En el orden jurisdiccional civil

El nuevo Código Procesal Civil francés de 1975, en muchos aspectos muy criticado por la doctrina extranjera¹¹⁷, ha aclarado y ordenado las atribuciones del Ministerio Público en esta materia (arts. 421 a 429).

Como «*partie principale*»: «actúa de oficio en los casos especificados por la ley» (art. 422); y, «Fuera de estos casos, el Ministerio Público puede actuar para defender el orden público con ocasión de hechos que atenten contra él» (art. 423).

Actúa como «*partie jointe*» cuando interviene para presentar sus observaciones acerca de la aplicación de la ley en los asuntos en los que se le confiera traslado (art. 424). Se le confiere traslado («*doit avoir communication*») «de los asuntos que versen sobre filiación, constitución del organismo tutelar de menores, sometimiento de mayores de edad a tutela y modificación de la misma» y en ciertos puntos de derecho de ejecución y de sociedades (art. 425). Asimismo, debe conferírsele traslado en todos los asuntos en los cuales la ley disponga que sea oído. El

116. *Op. cit.*, págs. 371 y s.

117. PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, pág. 372.

Ministerio Público puede hacerse presente en cualquier otro asunto en los que crea que deba intervenir (art. 426) y el juez puede decidir de oficio que se le confiera traslado de un asunto (art. 427). Salvo disposición especial, los traslados al Ministerio Público son ordenados según el criterio del juez, debiéndose «practicar en tiempo oportuno, a fin de que no se demore el pronunciamiento de la resolución»¹¹⁸.

2.4.3. Atribuciones en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo

En Franca, «ante las jurisdicciones administrativas, el Ministerio Público es ejercido por un miembro de la jurisdicción, que se denomina, no sin ambigüedad, «*Commissaire du gouvernement*». Su tarea exclusiva es contribuir a la dictación de la sentencia que corresponde en su criterio a la correcta aplicación de la ley»¹¹⁹.

La diferencia esencial es que este «*Commissaire du gouvernement*» no actúa sujeto a ninguna clase de subordinación jerárquica e interviene siempre como «*partie jointe*» y nunca como parte principal, pues se adhiere en defensa de la legalidad y el interés público a la acción que la Administración o un particular ha ejercitado ante los tribunales administrativos.

2.5. Comentario final

Según las opiniones que hemos recogido, la situación del Ministerio Público no es una preocupación importante para la doctrina francesa en estos momentos, quizás a diferencia de otros países europeos que tienen a la institución mucho menos definida.

Sin embargo, existe latente la gran contradicción que significa que «estáticamente considerado, es un funcionario sometido como cualquier otro, a las directrices de sus superiores jerárquicos y del gobierno; pero funcionalmente, en su dinámica más significativa, en sus actuaciones orales ante los Tribunales de Justicia, es libre y pasa a ser un Magistrado imparcial. La doctrina francesa postula la desaparición de esa ambigüedad, proponiendo que se perfile el Ministerio Público exclusivamente sobre esa imagen de magistrado imparcial al servicio de la ley, que hoy

118. PRIETO-CASTRO se muestra crítico respecto de estas facultades por considerarlas demasiado discrecionales, *op. cit.*, pág. 373.

119. PERROT, *op. cit.*, pág. 277.

sólo preside sus actuaciones orales, y que en todo caso, se cree un cuerpo distinto, para defender ante los tribunales los intereses del Gobierno»¹²⁰.

Así, por ejemplo, MICHELE-LAURE RASSAT autora de la monografía más citada en la doctrina francesa sobre el tema, para mantener la pureza del Ministerio Fiscal desde el punto de vista de la defensa de la legalidad y la justicia, llega a proponer la creación de un cuerpo de funcionarios de nombramiento gubernativo, que podría hallarse adscrito al Ministerio del Interior, para hacerse cargo de la defensa de los intereses del Gobierno¹²¹, organismo con el que muchos otros Estados cuentan desde hace decenas de años.

3. En Alemania

3.1. Antecedentes Generales

En Alemania se reconoce que el Ministerio Público, denominado *Staatsanwaltsschaft*¹²², es importado de Francia¹²³.

En la Ley Orgánica de los Tribunales (llamada *Gerichtsverfassungsgesetz*, abreviada GVG), del 27 de enero de 1877, con diversas reformas a partir de entonces, las más importantes de las cuales han sido las llamadas «Pequeña reforma del Proceso Penal» de 1964 y «Gran reforma del Proceso Penal» de 9 de diciembre de 1974, siendo la última en 1984, se dedican 13 párrafos (p.) o artículos destinados a regular el Ministerio Público.

En este cuerpo legal orgánico se regula la sede, las categorías, la competencia, la dependencia de las instrucciones del superior, la Inspección, los nombramientos, la independencia con respecto a los tribunales y sus auxiliares del Ministerio Público alemán (p. 145 a 152 GVG).

120. COBO DEL ROSAL, Manuel, «Conferencia con motivo del centenario del Estatuto del Ministerio Fiscal», *Cuadernos de Política Criminal*, 1977, págs. 23 y s., *cit.*, por HURTADO LORENTE, *op. cit.*, pág. 24.

121. «*Le Ministère...*», *cit.*, pág. 257. Vid. también sobre este punto a PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, pág. 374.

122. Palabra que significa literalmente «abogado del Estado», pero que es traducida como Ministerio Público.

123. PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, pág. 365.

Además, la Ley de la Judicatura Alemana (llamada *Deutsches Richter-gesetz*) exige para ser fiscal las mismas condiciones que para ser juez.

En cuanto a las atribuciones y deberes, la GVG se remite específicamente a las leyes procesales: penal, civil y administrativa.

3.2. Organización del Ministerio Público alemán

La Organización de la Fiscalía alemana está descrita en los arts. 141 a 152 de la GVG.

Se puede decir que a la cabeza de su organización se encuentra el Ministerio de Justicia («el derecho de inspección y de dirección corresponderá al Ministro Federal de Justicia respecto al Fiscal General y a los Fiscales Federales» (p. 147.1)). Sin embargo, lo cierto es que tal dependencia gubernamental «sólo es entendible desde la más absoluta confianza jurídico-política en la institución»¹²⁴, puesto que en la práctica jamás el poder político dirige órdenes a la institución.

En concreto, la distribución funcional de las Fiscalías se determina de acuerdo con los criterios expresados por el p. 142 de la GVG. Así, el cargo de la Fiscalía se ejercerá:

a) En el Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*, abreviado BGH) por un **Fiscal General Federal** (*Generalbundesanwalt*), y uno o varios **Fiscales Federales**.

b) En los Tribunales Superiores del Land (*Oberlandesgericht*, abreviado OLG) y Tribunales del Land (*Landgericht*, abreviado LG), por uno o varios **Fiscales**.

c) En los *Amtsgericht*, por uno o varios **Fiscales** o **Fiscales legos** del *Amtsgericht*¹²⁵.

El Fiscal General Federal y los Fiscales Federales serán nombrados por el Presidente Federal, a propuesta del Ministro Federal de Justicia, que requerirá la aprobación del *Busdesrat*, que es la Cámara de Representación Territorial.

124. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 58.

125. Los *Amtsgerichte*. «son órganos judiciales servicios por jueces unipersonales. Su competencia en causas penales se extiende a todos aquellos casos en que 1. No estuviera reservada la competencia del Tribunal del Land o del Tribunal Superior del Land. 2. No fuera de esperar en un caso particular una pena privativa de libertad de más de tres años de duración, o el internamiento del inculcado en un hospital psiquiátrico, bien como medida única, o conjuntamente con una pena, o el internamiento de seguridad; o 3. No accionará la Fiscalía ante el Tribunal del Land, a causa de la especial importancia del caso», MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 59, nota 39.

Los Fiscales serán competentes en el territorio en el que el órgano jurisdiccional ante el que ejercen sus funciones lo sea, aunque esta regla admite importantes excepciones cuando exista retraso o tratándose de asuntos en que sea aconsejable un sólo Fiscal para llevar adelante una investigación que se extienda a varios territorios jurisdiccionales¹²⁶.

Desde el punto de vista objetivo, la competencia de las Fiscalías será la propia que corresponda al Tribunal o juzgado concreto ante el cual ejerce sus funciones.

Interesante también resulta destacar que el Ministerio Público alemán cuenta con importantes órganos auxiliares: el *Bundeskriminalamt*, es el órgano al que normalmente el Fiscal General Federal encarga la investigación de los asuntos que él conoce, aunque el resto de las policías del país están igualmente obligadas a asistirle¹²⁷; la *Kriminalpolizei*, policía criminal que debe colaborar con el Ministerio Fiscal, pero que de *facto* en la mayoría de los casos asume por sí misma la investigación criminal (p. 161 y p. 163 StPO); los funcionarios auxiliares de la Fiscalía del Land (art. 152 GVB), cuyo nombramiento depende del gobierno del Land; y el *juez investigador*, que no es instructor ya que esa tarea pertenece al Ministerio Fiscal, por lo que su intervención está contemplada para la adopción de medidas urgentes (p. 165 y 167 StPO), que luego serán revisadas por la Fiscalía y a instancia del propio Ministerio Público cuando no pueda actuar por sí mismo, por ejemplo, para asegurar medios de prueba (p. 251 y 254 StPO) o evitar la prescripción (p. 78 StPO)¹²⁸.

126. NIEVA FENOLL, Jorge, *El Ministerio Fiscal en Alemania*, trabajo en curso de doctorado U. de Barcelona, sin publicar, Barcelona, 1994, pág. 9.

127. REBMANN, Kurt, «La Oficina del Fiscal General, su dimensión constitucional y su relación con las distintas ramas del gobierno», en *El Poder Judicial en Europa*, ponencias, Tomo I, Tema 4, 1989, pág. 502.

128. Para completar el esbozo de la figura del Juez instructor, debemos añadir que su intervención es obligatoria en los siguientes casos: para interrogar bajo juramento a testigos y peritos (pág. 65 y 161a.1 StPO); para ordenar la retirada provisional del permiso de conducir (pág. 11 StPO); para ordenar la prisión provisional (pág. 114.1 StPO), el secuestro, el embargo (pág. 98 y 111e. 1 y 111n.1 StPO), el registro (pág. 105.1 StPO) y el levantamiento de los puestos de control (pág. 11.2 StPO). Enumeración de GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, págs. 74 y s.

3.3. Principios que informan la actuación del Ministerio Público en Alemania

3.3.1. Principio de unidad

Este tradicional principio¹²⁹ aparece acogido en el p. 144 de la GVG: «Si la Fiscalía de un Tribunal estuviera compuesta por varios funcionarios, las personas designadas ante el primer funcionario serán tratadas como personas sustitutas del mismo; ellos estarán autorizados, cuando actúan por él, a desempeñar el cargo del mismo sin necesidad de justificar un encargo especial».

Está claro que el Ministerio Fiscal es uno al menos dentro del *Land*, debiendo tenerse presente que debido a la organización federal de Alemania, el Fiscal General Federal debe abstenerse de dar instrucciones a las Fiscalías de los *Länder*.

3.3.2. Principio de dependencia jerárquica

Declara el p. 146 de la GVG que «Los funcionarios de la Fiscalía acatarán las órdenes de su superior que se refieran al servicio». A su vez, el p. 145 de la GVG dice que los primeros funcionarios de la Fiscalía de los Tribunales superiores del *Land* y en los Tribunales del *Land*, «pueden asumir el cargo de Fiscal en cualquiera de los Tribunales y Juzgados de su demarcación, y también pueden encargar la labor concreta de un Fiscal a otro, esto es, pueden separar a un Fiscal de un determinado asunto»¹³⁰.

En todo caso, este deber de obediencia está limitado por la obligación del Ministerio Público de servir siempre a la Justicia, por lo que se estima que no podría ser obligado a actuar contra su convencimiento personal, debiendo en tal caso actuar el propio superior¹³¹.

3.3.3. Principio de independencia de los Tribunales

Aparece establecido por el p. 150 de la GVG: «La Fiscalía será independiente de los Tribunales en el desempeño de sus funciones oficiales».

Se considera un principio derivado de la naturaleza del Ministerio Público como órgano independiente de la Administración de Justicia,

129. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 59.

130. NIEVA, *op. cit.*, pág. 18.

131. GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, pág. 71.

pues se dice que su actuación no podría nunca estar dirigida por los tribunales de justicia ya que ello supondría en la práctica, la creación de un sistema inquisitorial¹³².

3.3.4. Principio de legalidad

El Ministerio Público en su labor está sometido al principio de legalidad, de modo que tan pronto como sospeche o conozca de la comisión de un hecho punible, según las leyes estará obligado a intervenir (p. 152 y 160 StPO) y a iniciar la investigación. Esta obligación existirá tanto si la *noticia criminis* la adquirió por vía de denuncia de un particular, por vía oficial, o bien, por su propio conocimiento privado.

Se trata de un principio objetivo conforme al cual las Fiscalías debe adecuar su investigación a las leyes penales y debe ajustar su acusación al tipo penal adecuado. Por eso, sus actuaciones están siempre sujetas a controles internos (p. 147 de la GVG) y judiciales (p. 172 y ss. StPO: recurso de queja del ofendido ante el tribunal superior por no promover la acción pública).

3.3.5. Principio de oportunidad

Se puede decir que es el principio característico de la actuación del actual Ministerio alemán, cuya legislación recoge genéricamente las excepciones al principio de legalidad en aras de la economía procesal, lo que ha implicado que la institución ha adquirido un rol central en la lucha contra la criminalidad.

En efecto, conforme a este principio, se ha admitido que tanto Fiscales como jueces, atendidas las circunstancias del caso, deberán archivar los procesos seguidos por infracciones penales que caen dentro de las excepciones establecidas por la propia ley, entre las cuales destacan las siguientes:

a) **delitos de acción privada** (enumerados p. 374 StPO, incluyendo, por ejemplo, amenazas, daños, injurias, allanamiento de morada, etc.), perseguibles por el ofendido sin necesidad de dar conocimiento previo al Ministerio Fiscal, aunque podrá este ejercer la acción pública si existiere un interés público.

b) **delitos de escasa importancia**. En virtud de este principio, si el delito es castigado con una pena privativa de libertad inferior a un año y la culpabilidad del autor fuere considerada ínfima, el Ministerio

132. NIEVA, *op. cit.*, pág. 21.

Fiscal, podrá prescindir de la persecución, con la aprobación del órgano jurisdiccional competente (p. 153.1 StPO).

También en el p. 153a StPO, se le concede la facultad de prescindir provisionalmente del ejercicio de la acción pública, tratándose de los mismos delitos, si se obliga al inculpado a que realice una determinada prestación para la reparación de los daños causados, o dé una cantidad de dinero a una institución de utilidad pública o estatal, o proporcione otras prestaciones útiles públicamente, o cumpla prestaciones alimenticias, todo ello en un plazo que fijará la Fiscalía. Cumplidas estas prestaciones se considerará que ha desaparecido el interés público en la persecución de ese delito y el primitivo inculpado no podrá ya ser juzgado por él¹³³.

c) **hechos ocurridos en el extranjero.** El Ministerio Fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción pública por delitos cometidos fuera de Alemania, o cuya condena hubiese sido cumplida en el extranjero, o cuando el inculpado debiese ser extraditado a autoridades extranjeras, o expulsado, o cuando del hecho de la persecución se derivara peligro o desventaja para Alemania.

d) **arrepentimiento activo.** En casos de delitos políticos enumerados en la ley (p. 74a 2 a 4 y 120 ap. 2 a 7 de la GVG), podrá el Fiscal General Federal, con el consentimiento previo de Tribunal Superior del *Land*, abstenerse de la persecución de los hechos si hubiere por parte del inculpado arrepentimiento activo que haya ayudado al descubrimiento de los hechos.

c) **jóvenes delincuentes que ya estén cumpliendo medidas educativas.** Siempre que estas medidas se consideren suficientes para los fines político-criminales, el Ministerio Fiscal no procederá a ejercer la acción pública.

3.3.6. Principio de intermediación.

Respecto a los Fiscales se traduce en la obligación de asistir a las vistas que se celebren en el procedimiento principal (p. 226 StPO).

3.4. Atribuciones del Ministerio Público en Alemania

3.4.1. En el proceso penal

En esta sede es donde el Ministerio Fiscal en Alemania alcanza una gran importancia.

133. NIEVA, *op. cit.*, pág. 24.

Hay que recordar que antes de la llamada «Nueva Gran Reforma del proceso penal» de 1974, el proceso penal germano aparecía dividido en tres fases: fase de averiguación o de «diligencias previas (esto es, el *Ermittlungsverfahren*), a cargo del Ministerio Fiscal (con la Policía Judicial), donde ya se manifestaba la amplitud de la actuación investigadora de éste; la instrucción propiamente dicha (*Untersuchungsverfahren* o *Voruntersuchung*) a cargo de un juez instructor, miembro del cuerpo judicial; y, el plenario o procedimiento principal (*Hauptverhandlung*), precedido del que se puede llamar período intermedio (*Zwischenverfahren*)»¹³⁴.

Pues bien, a partir de la reforma referida el Juez instructor prácticamente sale de escena, desaparece la fase de instrucción sumaria de carácter netamente judicial en la que él intervenía y sus poderes pasan al Ministerio Fiscal que queda como «único órgano destacado de instrucción en los procesos ordinarios por delitos del sistema alemán»¹³⁵.

El Ministerio Público ha quedado convertido entonces en un «órgano» o «autoridad» de la Administración de Justicia, pero sin que ejerza funciones jurisdiccionales que vienen encomendadas constitucionalmente sólo a los jueces, sus resoluciones no tienen autoridad de cosa juzgada y está sujeto a dependencia jerárquica.

Concretamente sus funciones pueden ser agrupadas entre las que le corresponden en:

a) **la fase de averiguación o instrucción:** tramitar las denuncias o solicitudes penales («*strafanträge*», que algunos traducen como querrela¹³⁶) que les sean presentadas, de manera oral o escrita (p. 158 StPO); dirigir y colaborar en el procedimiento de investigación, realizando las actividades oportunas (p. 160 StPO), que serán, por ejemplo, tomar declaración a testigos y peritos y obligarles a comparecer y declarar, aunque no bajo juramento, caso en el cual debe concurrir el juez (p. 161a. 1 StPO); hacer comparecer al inculpado aunque no estará obligado a declarar (p. 163a. 3); y, realizar aquellas actuaciones urgentes cuya demora puede frustrar su finalidad, tales como la detención provisional, si concurren los presupuestos para dictar una orden de prisión (p. 127.2

134. PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, pág. 366.

135. PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, pag. 366, quien agrega que este traspaso se hizo con aplauso de la doctrina alemana, que consideraba que la instrucción anteriormente «suponía tanto como una vulneración del principio que impone mantener al juez al margen de toda actividad inquisitiva».

136. Vid. GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, págs. 148 y s.

StPO) o el establecimiento de puestos de control para asegurar una captura (p. 11 StPO); etc.

b) **el período intermedio:** su actuación debe limitarse a presentar o no el escrito de acusación ante el órgano jurisdiccional, según si de la investigación surgen antecedentes suficientes para ejercitarla (p. 170 StPO), aunque antes habrá debido darle al imputado la oportunidad de ser oído y de plantear pruebas que contribuyan a su exculpación. El tribunal por medio de auto decide si abre o no el juicio oral.

c) **en la fase o vista principal:** el Fiscal deberá estar siempre presente, desempeñando el rol esencial de acusador, mientras el juez se mantiene totalmente independiente. Cabe recordar que existiendo un «monopolio de la acción penal» por parte del Ministerio Público, este es el único que puede representar a la parte acusadora en esta fase¹³⁷.

A continuación participa en los debates en la misma forma que el defensor, pudiendo tomar la palabra después de cada una de las pruebas y declaraciones y realizar un informe al final del juicio antes de la última palabra del acusado (p. 257 StPO).

d) **en la fase de ejecución:** según el p. 451 StPO el Ministerio Público es autoridad en la ejecución de la sentencia y deberá oírse en todas las decisiones judiciales sobre modificación, suspensión o abstinición de la pena.

3.4.2. En el proceso civil

Por razones históricas la intervención del Ministerio Fiscal alemán en materia civil es absolutamente residual y no equiparable en importancia con la que se le confiere en el proceso penal.

Efectivamente, después de su introducción algo resistida en el siglo pasado (1877 con la dictación de la Ley Procesal Civil o *Zivilprozessordnung*, abreviada como ZPO), en este ámbito le correspondían diversas funciones, unas facultativas otras obligatorias, en procesos matrimoniales, de filiación, de incapacitación, etc. para preservar el interés general.

Empero, en la época nazi estas atribuciones fueron extraordinariamente aumentadas, facultándose al Ministerio Público para intervenir en todos los asuntos civiles con el fin de «introducir y hacer valer el punto de vista a los intereses generales en el proceso (entiéndase el punto de vista estatal)¹³⁸.

137. GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, págs. 162 y s.

138. NIEVA, *op. cit.*, pág. 30.

Incluso se estableció el llamado Recurso de Revisión extraordinario (*ausserordentliche Wiederaufnahme*) que permitía al Ministerio Público recurrir cualquier sentencia durante un año, cuando existiesen dudas «sobre su corrección» o cuando en su concepto «fuere necesario un nuevo procedimiento y sentencia sobre un caso ya juzgado, por ser de especial importancia para la sociedad alemana»¹³⁹.

En consecuencia, después de la guerra se ha mirado con especial desconfianza su ingerencia en los procesos civiles, de modo que actualmente sólo mantiene una intervención más o menos significativa en los procesos matrimoniales, sobre nulidad, existencia o inexistencia del matrimonio (p. 631 a 638 ZPO).

3.5. Comentario final

De acuerdo a las opiniones recogidas, la figura del Ministerio Fiscal en Alemania se considera casi únicamente existente en el proceso penal, ni más ni menos que como el órgano encargado de llevar a cabo la investigación de los hechos delictivos.

No obstante, cobrando especial importancia precisamente en materia penal, la naturaleza jurídica del instituto y la de su intervención, es una cuestión no resuelta por la doctrina alemana¹⁴⁰. Está claro que no ejerce funciones jurisdiccionales, por lo que se le califica de un «órgano»¹⁴¹ o «autoridad»¹⁴² de la Administración de Justicia, surgiendo la duda si como órgano investigador su situación es equiparable a la de la Policía¹⁴³ o, si por el contrario, como sostienen otros, no es una autoridad administrativa pues su actividad está orientada hacia la verdad y la Justicia¹⁴⁴.

Desde el punto de vista práctico, el gran problema que presenta la atribución de las investigaciones a la Fiscalía es que en realidad es la Policía la que conduce y lleva a cabo las investigaciones, limitándose en

139. *Ibidem* nota anterior.

140. PRIETO-CASTRO, gran estudioso del proceso germano, califica la situación de «gran paradoja», *op. cit.*, pág. 368.

141. BAUMANN, Jürgen, *Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Derecho Procesal Penal*, trad. de FINZI, Buenos Aires, 1986, pág. 166.

142. GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, pág. 70.

143. PETERS, *Strafprozess*, 4.ª ed., Heidelberg, 1985, pág. 163, cit., por NIEVA, *op. cit.*, pág. 35.

144. GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, pág. 70, siguiendo en este punto a ROXIN.

muchas ocasiones el Fiscal a decidir tras toda la investigación policial a la que ha sido ajeno, si archiva las actuaciones o emprende la acusación¹⁴⁵.

Por otro lado, para la doctrina alemana está claro que el Ministerio Público no es parte en el proceso penal, ya que no persigue ningún interés propio y, además, si lo fuera, debería estar en situación de completa igualdad con el acusado quien, sin embargo, no tiene ni sus poderes de investigación ni sus facultades¹⁴⁶.

Las anteriores consideraciones conducen a la gran interrogante que conlleva entregar la investigación al Ministerio Fiscal: a qué título, si no es el jurisdiccional, actualmente decide el archivo de procesos penales en porcentajes que oscilan entre el 70 y el 80% de las denuncias que arriban a su conocimiento¹⁴⁷.

4. En Italia

4.1. Antecedentes generales

En Italia, el «*Pubblico Ministero*», surge de manera parecida y ofrece una evolución similar a la de otros países europeos como, por ejemplo, España y Francia¹⁴⁸.

Primero en los Reinos y luego en Italia unificada se dictan diversas leyes que lo regulan a modo de ensayo hasta culminar en el *Ordenamento Giudiziario* del 6 de diciembre de 1865. Posteriormente este es sustituido primero por ley de 30 de diciembre de 1923 y, luego, por el *Ordinamento Giudiziario* de 30 de enero de 1941 (en adelante *O.G.*), en el cual se establece de modo preciso la organización del Ministerio Público ante los diversos tribunales italianos.

Sin embargo, esta regulación orgánica ha resultado sustancialmente modificada a raíz de la posterior evolución experimentada por su regulación a nivel Constitucional y especialmente por la sufrida por los procedimientos penal y civil, que han sido muy recientes y que han implicado

la introducción de cambios importantísimos en la concepción y atribuciones del *Pubblico Ministero*.

En efecto, ya la Constitución italiana de 1947, «abrió las puertas a un diseño de la organización judicial en que el Ministerio Público encuentra su acomodo institucional en el ámbito de la Magistratura»¹⁴⁹, al disponer que «los magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de sus funciones» (art. 107.3). En consecuencia, se estima que los funcionarios pertenecientes a la Magistratura pueden desempeñar, tanto funciones *requirentes* como funciones *juzgadoras*, según el servicio al que se encuentren adscritos, manteniendo el mismo «*status*» y órgano de gobierno (el «Consejo Superior de la Magistratura»), con autorización del cual pueden cambiar de función (art. 190 *O.G.*)¹⁵⁰.

Pero, además, después de una larga gestación, elaborado por una Comisión instituida al efecto por Decreto de 3 de marzo de 1987, presidida por Gian Doménico Pisapia, en texto que debía adecuarse a la normativa de la ley de delegación legislativa de 16 de febrero de 1987 (n.º 81) y mediante Decreto del Presidente de la República de 22 de septiembre de 1988, se aprobó el nuevo «*Codice di Procedura Penale*» (en adelante *C. di P.P.*) y su legislación complementaria sobre «*Disposiciones relativas al proceso penal contra imputados menores*» y «*Normativa para la adecuación de la organización Judicial al nuevo proceso penal y al proceso penal contra imputados menores*»¹⁵¹.

Pues bien, como veremos más adelante, en el nuevo proceso penal italiano el Ministerio Público ha pasado a tener un rol esencial ya que se le encomienda toda la fase de «Investigación Preliminar» además de sostener el ejercicio de la acción penal.

En cuanto al proceso civil, la *Legge* 26/11/1990, n. 353, *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, ha venido a introducir al *Codice di*

149. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 62.

150. VILLAGOMEZ, Marco, «El Nuevo Proceso Penal italiano», en *Documentación Jurídica*, Tomo XVI, Enero-marzo, 1989, pág. 62.

151. En nuevo «Código de Procedimiento Penal» italiano se encuentra traducido al castellano por VILLAGOMEZ, *op. cit.*, págs. 41 y ss., quien además realiza un valioso «Estudio Preliminar», págs. 13 y ss. En cuanto a la doctrina italiana sobre el «Nuevo Código» es abundantísima (abrumadora para quienes no estamos acostumbrados a esos volúmenes de producción doctrinaria), pudiéndose citar a vía de ejemplo, a CHIAVARIO, Mario, *La Riforma del Processo Penale*, 2.ª edición, Ed. UTET, Torino, 1990; PISAPIA, Gran Domenico, *Lineamenti del Nuovo Processo Penale*, 2.ª edición, Ed. Cedam, Padova, 1989; RICCIO, G., DE CARO, A. y MAROTTA, S., *Principio Costituzionali e Riforma della Procedura Penale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1991; BETTIOL, Giuseppe y BETTIOL, Rodolfo, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 5.ª edición, Ed. Cedam, Padova, 1993; etc.

145. NIEVA, *op. cit.*, pág. 15, basado en ROXIN.

146. NIEVA, *op. cit.*, pág. 37.

147. Datos aportados por PETERS citado por NIEVA, *op. cit.*, pág. 45.

148. PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, pág. 374.

Procedura Civile de 1942 (*C. di P.C.*), reformas de tal magnitud, que la doctrina habla de la instauración de un «nuevo proceso civil italiano», que previsto para entrar en vigor originalmente, el 1 de enero de 1992, en definitiva, en virtud de leyes complementarias que lo fueron postergando, comenzó su vigencia parcialmente el 2 de enero de 1993 y en su totalidad, entraría a regir durante el presente año de 1994¹⁵². Si bien es cierto que esta última reforma al proceso civil no recae tan directamente sobre las funciones del Ministerio Público, cambia los procesos de este tipo en los cuales deberá actuar por lo que es también esencial tenerla en cuenta para su estudio.

4.2. Organización del *Pubblico Ministero*

En Italia, las funciones del Ministerio Público se ejercen por diferentes órganos que conforman una estructura jerarquizada, que se denominan «*Procuras*» y que están adscritos a cada uno de los actuales tribunales de justicia del país (art. 70 *O.G.*).

En concreto, los funcionarios que constituyen estos órganos y los tribunales ante los cuales están adscritos son los siguientes:

4.2.1. **Procuradores Generales de la República ante la Corte Suprema de Casación**, como se sabe, el tribunal más alto en la jerarquía judicial con competencia en todo el territorio de la República.

4.2.2. **Procuradores Generales de la República ante la Corte de Apelación** (tribunal de segunda instancia, que extiende su competencia al «*Distretto*» (similar a la Región), compuesto por 5 Magistrados por cada sección); y, ante la **Corte de Asises de Apelación**, (órgano compuesto por dos Magistrados ordinarios y seis jueces populares elegidos por sorteo entre ciudadanos que reúnan determinados requisitos legales, con competencia exclusiva para conocer en segunda instancia de los asuntos que en primera conoce la Corte de Asises).

4.2.3. **Procuradores de la República ante los Tribunales** (el «*Tribunale*» está compuesto por tres Magistrados, uno de los cuales ejerce de Presidente, con competencia civil y penal para todos los asuntos

152. Sobre la reforma del proceso civil italiano, vid. PICO Y JUNOY, Joan y MORA CAPITAN, Belén, «El nuevo proceso civil italiano», en *Documentación Jurídica*, Tomo XIX, julio-septiembre 1992. Respecto a la bibliografía en Italia sobre esta reforma, también abundantísima, vid., listado bibliográfico en la misma obra, págs. 561 a 578.

no otorgados a los demás, que actúa dentro del «*circondorio*» o circunscripción, que podría decirse equivalente a una provincia, con competencia en materia penal para conocer de delitos que requieren un «juicio» (*dibattimento*) de larga decisión); ante la **Corte de Asises**¹⁵³ (con igual composición que la Corte de Asises de Apelación, pero con competencia en primera instancia de una serie de juicios por delitos que podrían calificarse de «más graves» (art. 5 *C. di P.P.*)); y, ante los **Tribunales de Menores**, entre los que se encuentran órganos especializados con funciones de acusación, investigación preliminar y enjuiciamiento en materia de menores (art. 2 de la «Normativa sobre el Proceso Penal contra imputados menores», anexo al *C. di P.P.*, D. 22 de septiembre 1988, núm. 449).

4.2.4. **Procuradores de la República ante las Preturas**, denominación esta última que corresponde al órgano jurisdiccional en el que desempeña sus funciones el «*Pretore*», juez de carrera con amplias competencias en materia civil y algo menos en penal. Cabe hacer presente que después de la reforma al proceso penal italiano, el *Pretore*, como juez unipersonal, extiende sus competencias al «*Mandamento*» y a las «*Sedes distacadas de Pretura*» (lugares en los que conoce de asuntos pertenecientes a municipios distintos a aquellos en que tiene su sede principal), conociendo, entre otras materias, de los juicios por delitos penados con hasta cuatro años de prisión, cuya investigación previa se atribuye precisamente al Ministerio Público incluido en el órgano de la «*Procura*» de la República, con sede en la capital de la circunscripción («*circondorio*») a que extiende su competencia el «*Tribunale*». Es decir, la investigación de los delitos que debe conocer el *Pretor* la lleva a cabo un Procurador de la República, que forma parte de una «*Procura*», ubicada en una ciudad más importante, que podría decirse equivalente a la capital de la provincia.

153. Las Cortes de Asises responden al mandato de la Constitución italiana de 1947, en su art. 120 (2), que dispone: «Podrán crearse, ante los órganos judiciales ordinarios, secciones especializadas para determinadas materias, en las que puedan colaborar ciudadanos idóneos ajenos a la magistratura». Las funciones de jueces populares («*Giurati*») se ejerce por ciudadanos que cumplen condiciones de buena conducta, edad entre 35 y 36 años y egresados de escuela media de Primer grado. Para participar en las Asises de Apelación se requiere diploma de escuela de Segundo grado. Vid. VILLAGOMEZ, *op. cit.*, pág. 17.

4.3. Principios que gobiernan la actuación del «*Pubblico Ministero*»

4.3.1. Principio de dependencia jerárquica

Aunque se reconoce que se encuentra presente en la organización del *Pubblico Ministero*, se dice que ha experimentado un progresivo debilitamiento, que ha «desembocado en una situación de hecho en que el encadenamiento funcional de los magistrados del Ministerio Público se ha ido desvirtuando»¹⁵⁴.

En efecto, el *O.G.* de 30 de enero de 1941 establecía que «el Ministerio Público ejerce sus funciones *bajo la dirección* del Ministro de Justicia», precepto tras ser reformado por ley de 31 de mayo de 1946, quedo en que «el Ministerio Público ejerce sus funciones *bajo la vigilancia del Ministro de Justicia*».

4.3.2. Principio de la independencia

Aparece expresado con gran claridad respecto al proceso penal (art. 53 del nuevo *C. di P.P.*), según el cual «en la audiencia, el Magistrado del Ministerio Público desempeñará sus funciones con plena autonomía».

Más aún, sin su propio consentimiento, no se puede sustituir a un Magistrado del Ministerio Público, sino en supuestos especialmente previstos en la propia ley, tales como grave impedimento o razones de servicio (art. 53.1 *C. di P.P.*). Es decir, no podría ser apartado de una investigación sólo por razones de jerarquía¹⁵⁵.

Asimismo, se rodea de garantías la posible remoción del Magistrado investigador por parte del Procurador General de la República ante la Corte de Apelación, situación que contempla el art. 372 del *C. di P.P.* y que denomina «*avocación de las investigaciones*».

4.4. Atribuciones del «*Pubblico Ministero*»

Aparecen establecidas en el Cap. II del *O.G.* de 1941, arts. 73 y ss., complementado por los arts. 69 y ss. del *C. di P.C.* y arts. 50 y ss. del *C. di P.P.*

Específicamente el art. 73 del citado *O.G.* dispone que, en general, «el Ministerio Público vela por la observancia de la ley, la pronta y re-

154. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 62.

155. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 63.

gular administración de justicia, la tutela del Derecho del Estado, de las personas jurídicas y de las incapaces (...) promueve la represión de los delitos y la aplicación de las medidas de seguridad».

Posteriormente, entra a detallar las atribuciones específicas del Ministerio Público, en materia penal y civil.

4.4.1. En materia penal

4.4.1.1. La más tradicional e importante de estas atribuciones, es la de «iniciar y **ejercitar la acción penal**» (art. 74.1 *O.G.*; art. 112 *Const. Italiana*; y, art. 50 *C. di P.P.*), de la cual tiene su monopolio, de modo que «cuando no sea necesaria querrela, denuncia, instancia o autorización para proceder; la acción penal se ejercerá de oficio», pudiéndose interrumpir o suspender su ejercicio, sólo en los casos expresamente previstos en la ley (art. 50.2 y 3 *C. di P.P.*).

4.4.1.2. Sin embargo, tal cual hemos adelantado, uno de los cambios más importantes en la estructura del nuevo proceso penal italiano, es la asignación al Ministerio Público de la **investigación de los delitos**. Lo cierto es que esta atribución, no pugnaba en absoluto con la reglamentación Constitucional de la institución, de modo que ya en la Ley de Delegación Legislativa al Gobierno para la elaboración del nuevo *C. di P.P.*, se fijaba como una de las bases, «la potestad y obligación del Ministerio Público de realizar investigaciones en función del ejercicio de la acción penal y del esclarecimiento de hechos específicos, incluidos los elementos favorables al imputado».

La razón no era otra que estructurar el nuevo proceso penal en base al sistema acusatorio, para el cual se considera indispensable constituir al «juez en un tercero, que resuelve entre una acusación y una defensa sostenidas en condiciones de igualdad en cualquier estado y grado del procedimiento»^{156, 157}.

156. TARQUINI, G., «Il ruolo del Pubblico Ministero nelle indagini preliminari e nel processo», en *op. col. Contributi allo studio del nuovo processo penale*, Maggioli Ed., Rimini, 1989, pág. 49.

157. La preocupación por el efectivo respeto al derecho de defensa es tradicional en el Derecho Procesal italiano, ya que la Constitución lo asegura «en todos y cada uno de los grados» del proceso (art. 24.2). La bibliografía al respecto es muy abundante, pudiéndose citar, a vía ejemplar, CHIAVARIO, Mario, «Difesa tecnica e autodifesa», en *Processo e Garanzie della persona*, 3.ª ed., t. II, Giuffrè Editore, Milano, 1984, págs. 135 y ss.; CARULLI, *Il diritto di difesa dell'imputato*, Napoli, 1972; GREVI, Vittorio (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1977; DI RONZA, *Partecipazione e difesa dell'imputato nel processo penale*, Ed. Jovene, Napoli, 1978; FERRUA, Paolo, *La difesa nel processo penale*, Ed. UTET, Torino, 1988; etc.

Específicamente este cometido se realiza en una primera fase del procedimiento penal, que se denomina «*Indagini Preliminare*» (Investigación Preliminar) cuyo objetivo es el desarrollo de las «investigaciones y averiguaciones necesarias para el ejercicio de la acción penal» (art. 326 *C. di P.P.*). La doctrina ha dicho que es «una fase de preparación de la acusación y que se califica como una fase preprocesal»¹⁵⁸.

El Título V del Libro V del *C. di P.P.* regula las «Actuaciones del Ministerio Público», recalando de entrada que son de *investigación* (art. 358 *C. di P.P.*) para contraponerlas, sin que quepan dudas, a las verdaderas diligencias de prueba que se llevarán a efecto en el juicio propiamente tal o «*dibattimento*», que será siempre oral (arts. 470 y ss. *C. di P.P.*).

Los Magistrados del Ministerio Público se convierten, por sí o a través de la Policía Judicial en el órgano receptor de la noticia delictiva (art. 330 *C. di P.P.*), pudiendo realizar en seguida «toda actividad que sea necesaria» (art. 358 *C. di P.P.*) para la investigación, entre las que se contemplan específicamente «la identificación de personas, cosas y lugares, o todo aquello que pueda ser objeto de percepción sensorial» (art. 361.1 *C. di P.P.*), gozando para el ejercicio de estas funciones de las mismas facultades coercitivas que se atribuyen al juez; solicitar la intervención de la Policía Judicial y, en su caso, de la fuerza pública (art. 378 en relación art. 131 *C. di P.P.*).

Asimismo, entre otras varias atribuciones, puede citar a la persona «objeto de las investigaciones» (art. 376.1 *C. di P.P.*), previo nombramiento y asistencia de defensor (art. 364 *C. di P.P.*) y exposición del hecho según resulte de las investigaciones realizadas (art. 375 *C. di P.P.*). También puede citar a la ofendida por el delito y a las que «se encuentren en situación de referir circunstancias útiles a los fines de la investigación» (art. 377.1 *C. di P.P.*).

Sin embargo, de singular importancia es la presencia de un juez expectante y vigilante frente a las actuaciones del Ministerio Público en el desarrollo de la fase de la *Investigación Preliminar*, el cual debe autorizar importantes actos que comprometen derechos fundamentales, tales como la intervención de conversaciones y comunicaciones (art. 267 *C. di P.P.*). Igualmente, la prisión preventiva y otras medidas cautelares personales, deben ser adoptadas por el juez cumpliéndose los requisitos y por estrictos plazos legales, previa solicitud del Ministerio Público (arts. 273 y ss. *C. di P.P.*)¹⁵⁹.

158. TARQUINI, *op. cit.*, pág. 50.

159. INSOLERA, Gaetano, «Le misure coercitive personali», en *op. col. Contributi allo studio...*, *cit.*, págs. 186 y ss.

Es precisamente el juez competente para las investigaciones preliminares quien inmediatamente después de que haya finalizado la *Audiencia Preliminar*, siempre sometida a los principios de contradicción y defensa, «decidirá si procede dictar sentencia de archivo o decreto de apertura del juicio oral» (art. 424 *C. di P.P.*).

Por otra parte para comprender mejor el carácter no probatorio que se confiere a los actos de investigación del Ministerio Público, conviene anotar que constituyen únicamente el material que el Fiscal respectivo utilizará para hacer valer su pretensión punitiva, siendo reglamentados en los arts. 244 a 271 (Título III, Libro III del *C. di P.P.*) y se recogen en el «*fascicolo per il dibattimento*», que se forma una vez decidida la apertura del juicio¹⁶⁰.

4.4.1.3. Otro género importante de atribuciones del Ministerio Público italiano en materia procesal penal, se produce en la *ejecución*, pues debe velar de oficio por la ejecución de las resoluciones penales (art. 655.1 *C. di P.P.* y art. 78.1 del *O.G.*) y, además, está obligado a dictar orden de ejecución de las penas privativas de libertad, disponiendo la «encarcelación si el condenado no fue detenido» (art. 656.1 *C. di P.P.*).

4.4.2. En materia civil

4.4.2.1. La primera función que contempla el ordenamiento procesal civil italiano para el *Pubblico Ministero* es la de «ejercitar la acción civil», es decir, tomar la iniciativa para el inicio del proceso civil, «en los casos establecidos por la ley» (art. 75 *O.G.* de 1941 y art. 69 *C. di P.P.*).

En estos casos tiene los mismos poderes que competen a las partes y los ejerce en las formas establecidas para ellas (arts. 72.1 *C. di P.C.*)¹⁶¹.

4.4.2.2. La segunda función es la de «intervenir» en determinados procesos civiles, intervención que unas veces es obligatoria o «necesaria» y, en otras, «facultativa».

Es «necesaria», es decir, «debe intervenir, bajo pena de nulidad denunciante de oficio: en las causas que él mismo podría proponer; en las causas matrimoniales, incluidas las de separación personal de los cónyuges; en las causas relativas al estado y a la capacidad de las personas;

160. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, págs. 66 y s.

161. ALLORIO, E., «El Ministerio Público en el nuevo proceso civil», en *Problemas de Derecho Procesal*, I, trad. Sentis Melendo, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, pág. 397.

en los demás casos previstos en la ley» (art. 70 *C. di P.C.*), tales como, por ejemplo, en las de reconocimiento de sentencias extranjeras (art. 796.3 *C. di P.C.*).

En estas causas el Ministerio Público «puede producir documentos, deducir pruebas y adoptar conclusiones dentro de los límites de las demandas propuestas por las partes» (art. 72.2 *C. di P.C.*).

Además, puede interponer recursos contra las sentencias relativas a causas matrimoniales, salvo aquéllas por separación personal de los cónyuges (art. 72.3 *C. di P.C.*).

4.4.2.3. También debe intervenir obligatoriamente en todas las audiencias civiles (y también en las penales) ante la Corte de Casación (art. 70.2 *C. di P.C.* y art. 76 *O.G.*).

Asimismo, puede interponer Recurso de Casación en interés de la ley (art. 77 *O.G.*).

4.4.2.4. En general, su intervención es «facultativa», «en toda otra causa en la cual se contemple un interés público» (art. 70.3 *C. di P.C.*), caso en el cual el juez puede ordenar que se le practique la notificación necesaria (art. 71.2 *C. di P.C.*).

4.4.3. Otras atribuciones

Existen otras funciones repartidas en diversas disposiciones, principalmente de carácter administrativo.

Así, por ejemplo, se le encarga ejercitar la vigilancia del servicio del Registro civil (art. 75.2 *O.G.*); efectuar los requerimientos oportunos al juez para mantener la disciplina en las audiencias (art. 79 *O.G.*); asistir a las deliberaciones para resguardar el orden y el servicio interno de las Cortes o los tribunales respectivos (art. 80 *O.G.*); debe intervenir en la forma que la ley señala en las asambleas generales de las Cortes (art. 81 *O.G.*); solicitar la convocatoria a dichas asambleas cuando ocurren hechos acerca del servicio o la disciplina que los justifiquen (art. 82 *O.G.*); etc.

4.5. Comentario final

Los recientes cambios radicales en las estructuras de los procesos criminal y civil italianos que han afectado de manera esencial las funciones del Ministerio Fiscal, especialmente en materia penal, recién se están implementando, por lo objetivamente resulta difícil conocer exactamente sus resultados, según las indagaciones que hemos podido efectuar.

Por otra parte estas modificaciones han coincidido con un período particularmente conflictivo desde el punto de vista del funcionamiento de las estructuras políticas del país, a consecuencia de lo cual los miembros del Poder Judicial han adquirido un gran protagonismo.

De momento parece ser que la nueva estructura del proceso penal ha permitido responder a la demanda de aplicación de justicia que formulaba la sociedad frente a los escándalos de corrupción de la clase política.

En consecuencia, la impresión general es que la atribución de la investigación preliminar de los delitos al Ministerio Público, respondiendo al fenómeno creciente en Europa, está teniendo un resultado favorable en Italia, aunque todavía falta mucho para poder extraer conclusiones definitivas.

5. En Portugal

5.1. Antecedentes generales

También el Ministerio Público se ha visto sometido recientemente a cambios muy importantes en su organización y atribuciones, siguiendo la tendencia de los demás países del viejo continente.

En primer lugar, se debatió y aprobó su Ley Orgánica reguladora, 47/86 de 15 de octubre¹⁶², que dio al Ministerio Público portugués una nueva estructura y le confirió un heterogéneo cúmulo de atribuciones.

Así, en el art. 1 de dicha ley aparece definido como «el órgano del Estado encargado, de acuerdo con la presente ley, de representar al Estado, ejercer la acción penal y defender la legalidad democrática y los intereses puestos bajo su custodia».

Además, se le concibe expresamente como una Magistratura, equiparable a la que podríamos denominar Magistratura «judicial», de modo tal que sus miembros pueden acceder como integrantes del Tribunal Supremo de Justicia de Portugal (art. 104 *L.O. 47/86*).

Pero, sin duda, las mayores reformas sobre los cometidos del Ministerio Público luso han sido las introducidas por el nuevo «Código de

162. Traducida al castellano, fue publicada en el suplemento 7/1987 del «Boletín de Información del Ministerio de Justicia» (España), de 15 de abril de 1987.

Processo Penal» (en adelante *C.P.P.P.*), aprobado por Decreto-Ley 78/87, de 17 de febrero, con vigencia efectiva desde el día 1 de enero de 1988¹⁶³.

En efecto, en consonancia con las nuevas orientaciones sobre la instrucción de los procesos penales, en sustitución de la anterior *instrucción judicial* a cargo de un Juez de Instrucción criminal, instituye una nueva y única forma de «*inquérito*», indagación o investigación criminal (art. 262 *C.P.P.P.*), cuya atribución se encomienda precisamente al Ministerio Público que podrá valerse de los órganos de la Policía Judicial.

Lo cierto es que esta reforma no ha estado exenta de críticas y de allí la utilidad que puede resultar conocer la actual organización y atribuciones del Ministerio Público de un país que a los chilenos nos resulta algo lejano como es Portugal.

5.2. Organización del Ministerio Público portugués

La organización y composición del Ministerio Público en Portugal es también muy compleja, debiendo distinguirse de acuerdo a los criterios de la propia *L.O. 47/1986*, entre *órganos* y *agentes* del Ministerio Público.

5.2.1. Organos del Ministerio Público portugués

El «órgano superior del Ministerio Público» es la *Procuraduría General de la República* (art. 7 *L.O. 47/1986*), la cual a su vez se integra por varios organismos que son: *el Procurador General de la República*, *el Consejo Superior del Ministerio Público*, *el Consejo Consultivo del Procurador General de la República*, *los Auditores Jurídicos* y *la Secretaría de la Procuraduría General de la República*.

A esta «*Procuraduría*», le corresponden, conforme al art. 8 de la *L.O. 47/1986*, las siguientes competencias:

- a) Promover la defensa de la legalidad democrática;
- b) Dirigir y fiscalizar la actividad del Ministerio Público dirigiendo a los Magistrados que lo integran, las directivas, órdenes e instrucciones a que se deben sujetar sus actuaciones;
- c) Pronunciarse sobre la legalidad de los contratos en que estuviere

163. En cuanto a doctrina sobre el nuevo Código Procesal portugués, Vid., entre otros, DE FIGUEIREDO DIAS y otros, «*O novo Código de Processo Penal*», *Centro de Estudos Judiciários*, Ed. L. Almedina, Coimbra, 1988.

interesado el Estado, si su informe fuere exigido por la ley o querido por el Gobierno;

d) Emitir informes en los casos de consulta obligatoria previstos por la ley y a solicitud del Gobierno;

e) Proponer al Ministerio de Justicia las medidas legislativas tendientes a la eficacia del Ministerio Público y al perfeccionamiento de las instituciones judiciales;

f) Informar al Gobierno, por medio del Ministerio de Justicia, acerca de cualquier oscuridad, deficiencia o contradicción de los textos legales y proponer las debidas modificaciones;

g) Apreciar el mérito profesional y ejercer la acción disciplinaria relativa a los funcionarios del Ministerio Público;

h) Fiscalizar, en última instancia, el ejercicio de las funciones de los órganos de la policía criminal;

i) Ejercer las demás funciones conferidas por la ley.

La *Procuraduría General de la República* es presidida por el *Procurador General de la República* que dispone, entre otras facultades, la de «dirigir, coordinar y fiscalizar la actividad del Ministerio Público y dirigirle las directivas, órdenes e instrucciones a las que debe sujetarse la actuación de los respectivos Magistrados y Agentes» (art. 10.2 *L.O. 47/86*).

Existe también un *Viceprocurador General de la República*, que asiste al *Procurador General* y que le sustituye en los casos de ausencia o incapacidad (art. 11 *L.O. 47/86*).

El *Consejo Superior del Ministerio Público* integrado por el propio *Procurador General* y otros *Procuradores* de rango inferior elegidos o designados por períodos de tres años, es otro de los órganos colegiados que integran la *Procuraduría General de la República*, correspondiéndole asistir al *Procurador General* en el ejercicio de la competencia disciplinaria y de gestión sobre los miembros del Ministerio Público (art. 14. 1 y 2 *L.O. 47/86*). Para el ejercicio de sus competencias disciplinarias y fiscalizadoras este *Consejo Superior* se prevale de los *Servicios de Inspección del Ministerio Público* (arts. 31 y 32 *L.O. 47/86*).

Otro de los órganos que forman parte de la *Procuraduría General* es el *Consejo Consultivo de la Procuraduría General de la República*, que también es integrado por el *Procurador General* y los *Procuradores Generales* adjuntos designados por el Ministerio de Justicia a propuesta del *Consejo Superior del Ministerio Público* (art. 33 *L.O. 47/86*). Las funciones de este *Consejo Consultivo* son importantes, pues las respuestas que a cuestiones de legalidad le son sometidas, homologadas por el

Gobierno o entidades solicitantes, siendo de «orden genérico», se publican en el Diario de la República y tienen el valor de «interpretación oficial, ante los respectivos servicios, en las materias que aclaran» (art. 40 L.O. 47/86).

Los *Audidores Jurídicos* también desempeñan funciones de consulta jurídica a requerimiento de los miembros del Gobierno o jefes de departamento a los que estén adscritos y las que le sean atribuidas por el *Procurador General de la República* en el ámbito del Ministerio Público (art. 41 L.O. 47/86).

Finalmente, completa el grupo de órganos que componen la *Procuraduría General*, la *Secretaría de la Procuraduría General* (art. 43 L.O. 47/86).

5.2.2. Agentes del Ministerio Público

Además del *Procurador General de la República* y del *Vice-Procurador General de la República*, que ya hemos aludido, son *Agentes* del Ministerio Público: los *Procuradores Generales Adjuntos*, los *Procuradores de la República* y los *Delegados del Procurador de la República*.

5.2.2.1. Los *Procuradores Generales Adjuntos*, están establecidos en la sede de cada distrito judicial, al cual se atribuye, en el área de su competencia (art. 45.3 L.O. 45/86), las funciones siguientes:

- a) Representar al Ministerio Público en el Tribunal de Relación;
- b) Fiscalizar y supervisar el ejercicio de las funciones del Ministerio Público y de los órganos de la Policía criminal y mantener informado al Procurador General de la República;
- c) Velar por la legalidad de las medidas restrictivas de libertad y por la observancia de los plazos relativos a ellas;
- d) Dar a los Procuradores de la República las directivas, órdenes e instrucciones que juzgue convenientes.

5.2.2.2. Los *Procuradores de la República* están establecidos en la sede de cada demarcación judicial y con competencia en toda ella.

Sus funciones son las de representar al Ministerio Público en los Tribunales de Primera Instancia, pudiendo solicitar la intervención de la Policía Judicial siempre que lo exija la naturaleza o las dificultades de la investigación (art. 46 L.O. 45/86).

5.2.2.3. Los *Delegados del Procurador de la República*, desempeñan sus funciones en comarcas o grupos de comarcas prefijados en la organización de la planta judicial y, sin perjuicio de las facultades que en

igual sentido corresponden a los *Procuradores de la República*, representan al Ministerio Público ante los Tribunales de Primera Instancia (art. 47 L.O. 47/86).

5.2.2.3. Los *Delegados del Procurador de la República*, desempeñan sus funciones en comarcas o grupos de comarcas prefijados en la organización de la planta judicial y, sin perjuicio de las facultades que en igual sentido corresponden a los *Procuradores de la República*, representan al Ministerio Público ante los Tribunales de Primera Instancia (art. 47 L.O. 47/86).

5.3. Principios que rigen la actuación del Ministerio Público en Portugal

5.3.1. Principios de autonomía

Aparece recogido en el art. 2 de la L.O. 47/86, que señala que el Ministerio Público «gozará de autonomía en relación a los demás órganos del poder central, regional y local, de acuerdo con la presente ley», añadiendo más adelante que «la autonomía del Ministerio Público se caracteriza por su vinculación a los criterios de legalidad y objetividad y por la exclusiva sujeción de los Magistrados y Agentes del Ministerio Público a las directivas, órdenes e instrucciones previstas en esta Ley».

Igualmente se consagra la independencia del Ministerio Público en el cumplimiento de sus cometidos respecto de la Magistratura judicial, a pesar de que a sus miembros se les reconoce su calidad de Magistrados.

Empero, en la práctica se producen dudas acerca del verdadero ejercicio de esta independencia atendido que entre sus funciones, como hemos dicho, se encuentra la de «representar al Estado», por lo que resulta difícil comprender cómo podrá armonizarse esa representación con la «objetividad y legalidad» que ha de presidir sus actuaciones¹⁶⁴.

5.3.2. Principio de dependencia jerárquica

La naturaleza jerarquizada de su organización es una característica relevante del Ministerio Público portugués, pues en cada momento se impone la subordinación de los Magistrados de grado inferior a los de grado superior que lo integran, en los términos legales (art. 55 L.O. 47/86).

164. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 49.

Particularmente demostrativas son las facultades del *Procurador General de la República*, en cuanto puede fiscalizar, coordinar, dirigir e impartir directivas, órdenes e instrucciones (art. 10.2 L.O. 47/86) en lo que constituye la que venimos denominando dependencia interna.

Respecto de la dependencia externa, es especialmente fuerte respecto del Ministro de Justicia que se explica por la función de representante del Estado y de los organismos públicos que el Ministerio Público debe asumir.

En efecto, el art. 59 L.O. 47/86 establece que las «facultades del Ministro de Justicia» en este ámbito son las siguientes: «Dar al *Procurador General de la República* las instrucciones de orden genérico en el ámbito de las atribuciones del Ministerio Público e instrucciones específicas cuando se trate de acciones civiles en que el Estado esté interesado; Autorizar al Ministerio Público, oído el Departamento Ministerial correspondiente a confesar, transigir o desistir las acciones civiles en que el Estado sea parte; solicitar por intermedio del *Procurador General de la República* a cualquier Magistrado o Agente del Ministerio Público, informes escritos o informaciones sobre el servicio; y solicitar al *Consejo Superior del Ministerio Público* informaciones o aclaraciones y trasladarle las comunicaciones que estime conveniente».

Esta dependencia del Ministerio Público respecto al Poder Ejecutivo se hace más patente aún cuando se dice, en el art. 23 L.O. 47/86, que el mandato de los miembros del *Consejo Superior del Ministerio Público* designados por el Ministerio de Justicia, «caducará al tomar posesión un nuevo Ministro, quien deberá confirmarlos o proceder a nueva designación».

Esto ha hecho decir que la verdadera naturaleza del Ministerio Público portugués, es la de «un órgano que escinde su capacidad funcional entre el ejercicio de la acción penal y la representación procesal del Estado, las regiones autonómicas y las autarquías locales. La única garantía de acomodación del Ministerio Público a los fines que lo justifican, viene constituida por la exigencia estatutaria de vinculación a los *criterios de legalidad y objetividad*»¹⁶⁵.

5.3.3. Principio de responsabilidad

En virtud de este principio los miembros del Ministerio Público responden legalmente del cumplimiento de sus deberes y de la observancia

165. MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 55.

de las directivas, órdenes e instrucciones que reciban de sus superiores (art. 55.3 L.O. 47/86).

5.4. Atribuciones del Ministerio Público en Portugal

A pesar de las críticas que ha merecido la falta de independencia del Ministerio Público respecto del Poder Ejecutivo, la dictación del nuevo Código Procesal Penal, como hemos adelantado, ha sido aprovechado, en consonancia con la tendencia del resto de los países europeos, para atribuirle un papel decisivo en la instrucción de los procesos criminales.

En todo caso, en el anterior ordenamiento procesal penal, la investigación, entendida como acumulación del material probatorio, en la primera fase del proceso era atribución del Juez de Instrucción Criminal, pero también podía corresponder al Ministerio Público, según la gravedad de hecho pesquisado.

Así, las indagaciones de aquellos hechos constitutivos de delitos castigados con pena de prisión que no excediera de tres años eran efectuadas por el Ministerio Público, a través de la llamada *investigación preliminar*, la cual podía culminar con el archivo de la causa o con la acusación y envío de la causa al juez a quien correspondía enjuiciar. En cambio, tratándose de hechos delictivos sancionados con penas superiores a tres años, o inferiores, pero flagrantes y cuyos autores hubiesen sido ya oídos por el Juez de instrucción, se realizaba una *instrucción judicial*, por un Juez de Instrucción criminal¹⁶⁶.

El nuevo Código procesal penal reglamenta una nueva y única forma de *«inquérito»*, indagación o investigación criminal (art. 262 C.P.P.P.), de carácter general y obligatoria, entregada al Ministerio Público.

Las razones tenidas en cuenta por el legislador portugués para introducir esta importante modificación fueron fundamentalmente asegurar la vigencia del sistema acusatorio, entregando la investigación a un magistrado distinto de aquél a quien en definitiva corresponderá enjuiciar. En todo caso, la doctrina aclara dos cosas importantes; la primera que efectivamente se considera los actos de la *inquérito*, no como un «pre-proceso» o una fase extraprocesal, sino como integrante de un proceso, el mismo y único que terminará en un juicio, a cargo del juez (y que even-

166. SOUTO DE MOURA, José, «Inquérito e instrução», en *op. col. O novo Código de Processo Penal*, *cit.*, págs. 90 y s.

tualmente podrá también tener «*instrução*» a cargo del *Juez de Instrucción Criminal*); y, la segunda consideración indispensable para solventar el anterior presupuesto, que el Ministerio Público está constituido por verdaderos Magistrados¹⁶⁷.

La *inquérito* tiene lugar siempre que existe noticia de la comisión de un delito, salvadas las excepciones legales (art. 262 n.º 2 C.P.P.P.), por plazos que pueden ser de 6, 8 ó 12 meses (arts. 1108 a 110 C.P.P.P.).

La dirección de la *inquérito* es siempre del Ministerio Público aunque las diligencias pueden ser realizadas por el propio Ministerio Público, por los órganos de la Policía criminal o por el Juez de Instrucción Criminal.

No obstante, el nuevo Código estipula que ciertos actos procesales (art. 268 C.P.P.P.) sólo podrán ser practicados por el propio Juez de Instrucción Criminal por afectar de manera especial la esfera de la libertad o la intimidad de las personas, tales como la práctica del primer interrogatorio judicial del imputado detenido, que les es presentado por el Ministerio Público. En cambio, algunos otros actos que representan una menor ingerencia en aquellas esferas no es necesario que sean practicados por el juez, pero tienen que ser autorizados obligatoriamente por él. En uno y otro caso, debe existir previo requerimiento del Ministerio Público o de la Policía criminal (art. 269 C.P.P.P.).

El resto de las diligencias, actos o medios de pruebas necesarias para las investigaciones, cualquiera que sean, podrán ser llevadas a efecto por el Ministerio Público valiéndose, si lo considera necesario, de los órganos de la Policía criminal (arts. 262, 263 y 267 C.P.P.P.).

Concluidas las investigaciones el Ministerio Público debe cerrar el *inquérito*, pudiendo proceder a continuación a archivar la causa (con varias modalidades, art. 277 C.P.P.P.), o bien, deducir acusación (art. 276 C.P.P.P.).

En este último caso, puede tener lugar la apertura de la *Instrucción* (a «*instrução*», que constituye junto al *inquérito*, las llamadas «*fases preliminares*» del actual proceso penal portugués), a cargo siempre del Juez de Instrucción y que constituye una opción del imputado para «acarrear material interesante para su respectiva defensa o para conseguir ser eximido del juicio».

Se trata de un derecho disponible de modo que bien la defensa puede renunciarlo y entonces el proceso pasa inmediatamente a la «*fase del*

167. SOUTO DE MOURA, *op. cit.*, pág. 98.

enjuiciamiento». Se dice que la etapa de la *Instrucción* está concebida como un verdadero control jurisdiccional de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público que necesariamente le ha de anteceder, aunque, repetimos, constituye un derecho del inculcado, pues con el cierre del *inquérito*, se da preeminencia absoluta al principio contradictorio, siempre con igualdad de oportunidades para la acusación y la defensa¹⁶⁸.

5.5. Comentario Final

El rol fundamental atribuido en el nuevo proceso penal al Ministerio Público, parece ser motivo de preocupación en Portugal.

En efecto, han existido sectores doctrinales muy críticos a la entrega de la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal porque se considera que tales competencias «de acuerdo con los principios fundamentales del Estado de Derecho Democrático, deben pertenecer a la magistratura judicial, por lo menos hasta que, a nivel constitucional, sea efectivamente garantizada la autonomía respecto del Ejecutivo»¹⁶⁹. En consecuencia, se considera muy alto el riesgo de politización de los procesos, al ser conducidos por el mismo órgano a quien corresponde la defensa de los intereses del Estado.

Pero, además, se dice que el Ministerio Público portugués, ya en el antiguo procedimiento penal, cuando contaba sólo con atribuciones de investigación por los delitos menos graves «dada su manifiesta carencia de medios humanos y materiales, se ha vuelto titular meramente formal de competencias sin ejercerlas, por lo que diariamente se ve forzado a requerir de la policía todas las diligencias de investigación»¹⁷⁰, haciendo surgir una segunda interrogante acerca de si el Fiscal no se volverá un mero funcionario ratificador de una investigación que ha sido llevada íntegramente por la policía criminal.

Sin embargo, existen otras veces que, por el contrario, piensan que la reforma se justifica plenamente, puesto que la atribución de las facultades de investigación a un órgano distinto del juez sentenciador, aunque dotado de especiales atribuciones dado su carácter de *parte pública* y que deberá acumular el material probatorio en que se fundamentará la

168. SOUTO DE MOURA, *op. cit.*, págs. 116 y ss.

169. PINTO DOS SANTOS, F. J., «El nuevo Código de Proceso Penal portugués», trad. L. Varela C., *Rev. Jueces para la Democracia. Información y debate*. Diciembre 1988, pág. 61.

170. PINTO DOS SANTOS, *op. cit.*, pág. 62.

acusación, es el modelo que garantiza realmente la instauración de un verdadero sistema acusatorio y que se presenta acorde con todos los más recientes movimientos doctrinales y legislativos en materia procesal penal¹⁷¹.

Pero, para su implementación efectiva, es necesario dotar de recursos al Ministerio Público, lo que no estaría ocurriendo.

6. En Inglaterra

6.1. Antecedentes generales

Así como los procesos penales europeos continentales evolucionan hacia sistemas acusatorios, para cuya implementación y con el fin poner en pie de total igualdad a la acusación con la defensa, entre otras razones, van encomendando la fase de investigación al Ministerio Público, nos parece que en los países del *Common Law*, aunque arrancando desde el punto de partida opuesto, se avanza hacia el mismo esquema.

El ejemplo más representativo se encuentra en Inglaterra cuyas últimas reformas en ese sentido tienen precedentes en las de otras naciones de su entorno cultural y jurídico como, por ejemplo, Irlanda e Irlanda del Norte¹⁷².

En efecto, después de dos críticos informes sobre el mal estado de la justicia inglesa¹⁷³, en los años 80 se dictaron dos nuevas leyes: la denominada *The Police and Criminal Evidence Act 1984* y la *Prosecution of Offences Act 1985*, a través de las cuales para reforzar las garantías de los procesados y hacer más eficaz la administración de justicia, se propuso un nuevo sistema de acusación que permite hablar de la instauración en Inglaterra de un órgano equiparable al Ministerio Público del Derecho continental, según pasaremos a explicar.

171. SOUTO DE MOURA, *op. cit.*, págs. 86 y ss.

172. Vid. VERCHER NOGUERA, A., «¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés?», *La Ley*, 1987, págs. 924 y ss. y MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, págs. 44 y ss.

173. El primero fue el «*Eleven Report on Evidence*», emitido en 1972 por el *Criminal Law Comitee*; el segundo, basado en una investigación previa, se emitió en enero de 1981 por la *Royal Comission on Criminal Procedure*, presidida por Sir Cyril Phillips, que recomendó dotar de mayores poderes a la policía, pero al mismo tiempo adoptar medidas y garantías en favor de los detenidos y los sospechosos.

Antes hay que advertir que un Ministerio Fiscal encargado de formular una acusación independiente, era difícilmente conciliable con la tradición legal inglesa.

En cambio, en Escocia, que mantiene su propio sistema judicial, desde el s. XVI, se contempla la figura del *Lord Avocate*, que con su equipo de colaboradores, los *Procurators-Fiscals*, y ejerciendo funciones que se reconocen como judiciales, están encargados de la investigación de todos los pleitos cometidos en el ámbito de su competencia territorial; tienen plena libertad para acusar y para decidir el tipo de procedimiento penal a utilizar; intervienen en todos los actos preparatorios del juicio oral, incluyendo el examen de los testigos; disponen de plena discreción en el uso de los distintos recursos; y, a nivel local (*Justice of the Peace Courts, Burgh Courts y Police Courts*), deben entregar asesoramiento y consejo legal a los perjudicados por cualquier delito, así como a entidades y organismos estatales¹⁷⁴.

Pues bien, en Inglaterra, originariamente el ejercicio de la acción penal estaba entregado a los afectados, y coincidiendo en el s. XIX con que su ejercicio comienza a caer en desuso, se crea un cuerpo de Policía permanente (1829), lo que determinó que sus miembros asumieran el ejercicio de la acción penal. No obstante, el ejercicio de la acción penal por la policía se considera que es una mera sustitución, pues se estima que «cada acusación por la policía es una acusación privada; el oficial de policía al acusar está actuando no en virtud de su cargo sino como un ciudadano particular interesado en el mantenimiento de la ley del orden»¹⁷⁵.

En el siglo pasado (1879) a través de la *Prosecution of Offences Act*, se creó el cargo de *Director of Public Prosecutions*, dependiente del *Attorney General* (autoridad legal superior del Estado y asesor legal del Ejecutivo, al que algunos consideran un equivalente aproximado a nuestro Ministro de Justicia), quien debía establecer cierto control y uniformidad en materia de acusaciones, pero hasta 1986, sólo tratándose de delitos más graves y en casos en que era preciso una uniformidad de criterios, siempre con predominancia de la policía. De hecho, el uso de la acción penal se cifraba en menos de un 1% en todos los asuntos penales¹⁷⁶.

174. VERCHER NOGUERA, A., *op. cit.*, págs. 923 y s.

175. DEVLIN, Patrick, *The Criminal Prosecution in England*, London, Oxford University Press, 1960, pág. 17, *cit.* por VERCHER, *op. cit.*, pág. 925. En el mismo sentido PASTOR LÓPEZ, Miguel, «El Proceso penal inglés (Estudios comparativos de sus directrices fundamentales)», en *Revista de Derecho Procesal*, 1967, I y II, pág. 113.

176. VERCHER, *op. cit.*, pág. 925.

El máximo defecto que se imputaba a este sistema era que permitía «a la policía ejercer ambas funciones: investigación y acusación en la misma causa. Consecuentemente es inevitable el acentuado interés policial en obtener resultados positivos a través del mayor número de condenas. A tal fin la policía es, potencialmente, capaz de crear o de suprimir pruebas contra quien considere que es, y posiblemente lo sea, culpable»¹⁷⁷.

Pues bien, las limitaciones de este sistema, hicieron que el Gobierno inglés modelara un sistema de acusación pública, dirigido por el *Director of Public Prosecutions* y bajo la supervisión del *Attorney General*, a través de la *Prosecution of Offences Act 1985*¹⁷⁸, que entró en vigor parcialmente en algunos lugares el 1 de abril de 1986 y lo hizo en el resto del territorio el 1 de octubre de 1986.

6.2. Organización y atribuciones del nuevo sistema de acusación del proceso inglés

El nuevo texto legal creó un Servicio de Acusaciones Penales de la Corona para Inglaterra y Gales (*The Crown Prosecution Service*), que aparece estructurado, de acuerdo a su art. 1, de la siguiente forma:

6.2.1. *Director of Public Prosecutions (D.P.P.)*, se trata del mismo cargo que existía desde el año 1879, pero dotándole de mayores atribuciones, quedando como Director de Acusaciones Penales Públicas y actuando, al mismo tiempo, como jefe del servicio.

El *D.P.P.* es designado por el *Attorney General*, ha de ser *barrister* o *solicitor*¹⁷⁹ y tener al menos 10 años de ejercicio profesional.

Según el art. 3 de la ley *en comento*, sus funciones principales son:

177. KENNEDY, Ludovic, «The case for taking prosecutions out of the police hands», periódico *The Times* cit. por VERCHER, *op. cit.*, pág. 925.

178. Traducida al castellano por MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M., fue publicada en el Suplemento n.º 11/1987 del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (España).

179. Los *barristers* (miembros del «Bar» o Colegio) son un reducido grupo de abogados, formados en los exclusivos *Inns of Courts* de Londres y que sólo actúan ante los Tribunales Superiores (cuyos miembros son también reclutados entre los *barristers*); en cambio, los *solicitors*, muy numerosos, pertenecen a la «*Law Society*» con funciones equivalentes a las de nuestros abogados, procuradores y notarios y entre los cuales se reclutan a los jueces no superiores. Vid. PASTOR LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 123 y MORENILLA RODRÍGUEZ, en comentarios a su traducción de la *Prosecution of Offences Act, cit.*, pág. 9.

asumir la dirección de todos los procedimientos específicos, pudiendo incluso asumir la dirección de cualquier proceso quienquiera que lo haya iniciado (art. 6.2); incoar o conducir el procedimiento penal en los casos en que la importancia o dificultad del caso hagan adecuada la incoación de un procedimiento o cuando, por cualquier otra circunstancia, sea adecuado para el procedimiento la incoación por el *D.P.P.*; asumir la dirección de los procedimientos para el afianzamiento de conductas iniciados por la Policía y los procedimientos por el comiso de objeto obscenos (según una ley de 1959); asesorar, en la medida que lo considere adecuado, a las fuerzas de la Policía en todas las cuestiones relacionadas con los delitos, comparecer como acusador, cuando el Tribunal así lo acuerde, en los recursos previstos en las diferentes leyes encargadas de la regulación de la impugnación de resoluciones judiciales¹⁸⁰; y, desempeñar las demás funciones que le encomiende el *Attorney General*.

6.2.2. Los *Crown Prosecutors* o Acusadores de la Corona, que posiblemente sean las figuras más novedosas que crea la nueva ley.

Los *Crown Prosecutors* pueden actuar ante cualquier tribunal como acusadores con los mismos derechos que los *solicitors* y, además, les puede ser conferidos derechos adicionales de actuación ante el *Crown Court* o Tribunal de la Corona.

Además, entre ellos deben ser designados los Acusadores-jefes de la Corona de cada uno de los distritos, que ha debido crear el *D.P.P.*, tanto en Inglaterra como en Wales.

6.2.3. *Juristas ad hoc* que también pueden ser nombrados por el *D.P.P.*, para incoar, dirigir o ejercer la acusación en casos particulares.

En todo caso la *Prosecution of offences Act*, exige que estas designaciones recaigan en *solicitors* o *barristers* que sean miembros del *staff* de la Autoridad Pública.

180. «Se trata de una referencia implícita al art. 1 de la Ley de Administración de Justicia de 1960 (recurso contra las decisiones de la *High Court* en asuntos penales), a los Títulos I y II de la Ley de Recursos Penales de 1968 (recursos contra las decisiones del *Crown Court* ante la Sala de lo Penal del *Court of Appeals* y, de ésta, a la Cámara de los Lores) y al art. 108 de la Ley de Tribunales de Magistrados de 1980», MARCHE-NA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 47, nota 10.

6.3. Principios que rige la actuación del «*The Crown Prosecution Service*» inglés

Si bien es cierto que los organismos creados para asumir la dirección de los procesos penales en Inglaterra siguen siendo bastante distintos a los integrantes del Ministerio Público de los países de Europa continental y, por lo tanto, resulta muy difícil identificar claramente unos principios informadores de su organización y actuación como hemos venido haciendo con los restantes sistemas descritos, es innegable que en la configuración del nuevo *The Crown Prosecutions Service*, existe una notable aproximación hacia los esquemas normativos que presiden la modelación del Ministerio Público en los países de Derecho continental.

Así, es posible hallar varios preceptos que revelan la idea de **subordinación jerárquica** interna que existe entre los distintos organismos que configuran el *The Crown Prosecution Service*.

De partida, el art. 3 de la *Prosecution of Offences Act*, dice que el *D.P.P.* «ejercerá sus funciones de conformidad con esta ley u otra norma legal, bajo la supervisión del *Attorney General*», debiendo el *D.P.P.*, a petición del *Attorney*, rendirle cuenta de los asuntos que éste tenga por conveniente (art. 9.3).

Además, el art. 10 dispone que el *D.P.P.* puede impartir *Directrices* acerca de los principios generales que deberán observar los *Crown Prosecutors* en sus actuaciones ante los Tribunales, lo que les permitirá determinar en cada caso concreto, por ejemplo, si debe incoarse un procedimiento penal determinado por un delito específico, los cargos que deban formularse, etc.

Por su parte, el art. 1.6, señala que cada *Crown Prosecutor* tendrá las facultades del *D.P.P.*, pero deberá ejercerlas «bajo la dirección de aquél», mientras que el acusador *ad hoc*, «tendrá todas las facultades de un *Crown Prosecution*, aunque las ejercerá con sujeción a las instrucciones que reciba de éste».

La actuación del *The Crown Prosecution Service*, queda sujeta, además, como era de esperar en el régimen político inglés, al **control directo del Parlamento**. El art. 9.1. establece al efecto que el *D.P.P.* debe elaborar, cada año, un informe dirigido al *Attorney General*, sobre el cumplimiento de sus funciones, copia del cual este último deberá hacer llegar al Parlamento y al mismo tiempo disponer su publicación.

Además de esta **responsabilidad política**, está establecido que cada funcionario asume su propia **responsabilidad** por sus actos y decisiones.

6.4. Comentario Final

Particularmente interesante resulta saber que rompiendo de alguna forma con una tradición de muchos siglos, Inglaterra, por la vía legislativa, se ha visto forzado a instaurar un organismo público encargado de ejercer la acción penal pública y, al mismo tiempo, de dotarlo de las facultades para investigar y acumular de los medios probatorios suficientes para sostenerla.

De ese modo, ha arribado a la creación de órganos con funciones que coinciden casi exactamente con los que se atribuyen al Ministerio Público en los países de Derecho Continental.

Existe conciencia de la trascendencia de la reforma, que viene a modificar un sistema que buscando mantener el acusatorio en un estado tan puro, se resistía a la más mínima ingerencia judicial en cualquier diligencia de investigación. No obstante, pareciera que frente a la pureza de los principios, ha podido más la necesidad de hacer frente a las dificultades por la que atravesaba el sistema de la justicia penal inglesa, cuya imagen estaba profundamente deteriorada por la extremada duración de los trámites procesales, frente a un galopante aumento de la delincuencia¹⁸¹.

Por todo eso, estas modificaciones han podido ser calificadas «como la más importante novedad en el presente siglo dentro del sistema penal británico»¹⁸².

La duda que al parecer se plantea la doctrina y la opinión pública en estos momentos, es saber si se evoluciona hacia las directrices del modelo norteamericano o, si por, el contrario, se avanza hacia la judicialización del sistema de investigación siguiendo el modelo francés. Otro sector, en cambio, se inclina por pensar que el sistema inglés seguirá las directrices del modelo escocés¹⁸³.

De cualquier manera, como bien se ha advertido, esta búsqueda se realiza únicamente tratando de conseguir resultados eficaces, pero que al mismo tiempo respetan los sagrados derechos de la defensa.

Si todas las naciones persiguen los mismos objetivos, en un mundo tan interconectado como el actual, no debiera extrañarnos que puedan arribar a similares soluciones procesales¹⁸⁴.

181. Vid. VERCHER NOGUERA, *op. cit.*, pág. 926, con abundancia de fuentes y citas estadísticas, en apoyo de estas aseveraciones.

182. Editorial de *The Times*, 2 de octubre de 1986, pág. 13, cit. por VERCHER, *op. cit.*, pág. 924.

183. Vid. nuevamente VERCHER, *op. cit.*, págs. 926 y s.

184. Por lo demás la recíproca confluencia entre el «*common law*» y el «*civil law*», ha sido puesta de manifiesto hace bastante tiempo por diversos autores, entre los que destaca CAPELLETTI, Mauro, *Proceso, Ideologías, Sociedad*, (trad. Sentís Melendo y T. Banzhaf), Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, esp. págs. 315 y ss.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

KROPHOLLER, Jan, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Kommentar zu Eu-GVÜ und Lugano-Übereinkommen, 4.^a edición, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1993, 544 p.

Nuestros comentarios a las anteriores ediciones de este clásico del Derecho procesal civil europeo ya han destacado todas las innumerables virtudes de esta obra. Valgan todas ellas también para esta nueva y cuarta edición, cuidadosamente reelaborada sobre la base del Convenio de San Sebastián-Donostia, incorporando además el comentario al Convenio de Lugano. Se ha recogido la jurisprudencia dictada hasta principios de 1993 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como todas las resoluciones judiciales importantes de los países miembros de la UE así como la doctrina al respecto.

Se mantiene la estructura clara del comentario que hace de él una obra imprescindible de consulta para todas las cuestiones del derecho procesal civil europeo cuya importancia se incrementa cada día.

UV

WEIGANG Frank-Bernd, *Der deutsch-spanische Rechtsverkehr*, Zuständigkeit, Anerkennung, Vollstreckung; Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft, Bd. 1176, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1992, 350 p.

Se trata de un trabajo que como tesis doctoral se presentó en el curso 1990/1991 en la Universidad de Munich, bajo la tutela del Profesor Dr. Peter Schlosser, de reconocido prestigio internacional.

La extensa obra se ocupa de los temas del tráfico jurídico hispano-

alemán y de la problemática del reconocimiento y ejecución de sentencias en ambos países desde el punto de vista del derecho comparado, tratando con mucho detalle y con indicación de ejemplos prácticos las cuestiones y sobre todo las dificultades que al respecto se dan en cada uno de los ordenamientos jurídicos.

El libro está dividido en cuatro partes que a su vez se hallan subdivididas en cuatro capítulos.

La primera parte está dedicada principalmente a toda la problemática de la competencia internacional desde el punto de vista de los ordenamientos de los dos países.

La segunda parte se ocupa del Convenio bilateral de reconocimiento y ejecución de sentencias así como del Convenio de Bruselas, en la versión de Donostia-San Sebastián, de 26.05.1989, ahora ya vigente para ambos países, comparándolo con los derechos autóctonos y con indicación de la diversa problemática en la aplicación presente y futura.

La tercera parte trata del reconocimiento y de la ejecución de sentencias de divorcio, títulos referidos al pago de alimentos, a procedimientos sucesorios y a medidas cautelares y siempre bajo el enfoque del derecho comparado.

La última parte contiene el correspondiente resumen y, como anexo, el texto bilingüe del convenio bilateral hispano-alemán de reconocimiento y ejecución, de 1983, los textos bilingües de los artículos pertinentes de la LEC y LOPJ así como una tabla cronológica de títulos alemanes reconocidos en España entre 1935 y 1989.

Huyendo del tratamiento teórico de la amplia materia, pero sin omitir tampoco las opiniones doctrinales, el autor presenta un trabajo eminentemente práctico, apuntando posibilidades de solución para muchas de las dificultades que surgen en la aplicación de los Convenios y de la legislación autóctona de cada país y muestra en ello un profundo conocimiento del derecho español. La obra no debería faltar en ningún despacho de aquellos profesionales que se ocupan del tráfico jurídico hispano-alemán.

UV

TERMINOS PERENTORIOS

International Congress on "Transnational aspects of procedural law" *Taormina, September 17-23 1995*

Scientific Organizing Committee:

President: Prof. ITALO ANDOLINA
Dept. of Civil Procedural Law
University of Catania - Italy
Via Gallo, 24 - 95124 CATANIA - Fax: 39-95-321654
C.so Sicilia, 10 - 95131 CATANIA - Fax: 39-95-7158122

Conference Centre:

Palazzo dei Congressi
Taormina

Dates of the Congress:

September 17-23 1995

Organizing Secretariat:

Centro Studi Congressi
Via Timeo, 1
98039 TAORMINA (ME)
Tel. 39-942-23836 - Fax 39-942-625933

Information:

The preliminary program, together with the registration and the hotel accommodation forms, will be sent within December 1994.

Topics

1. "Arbitrage international/international arbitration."
Prof. Dr. Peter GOTTWALD
Rebensburg, Deutschland
2. "Les rapports entre les cours nationales et transnationales/relationships between national and international courts."
Prof. Hector FIX-ZAMUDIO
Mexico, Mexico
3. "Coopération internationale en procédure pénale/international judicial cooperation in criminal litigation."
Prof. Ada PELLEGRINI GRINOVER
São Paulo, Brasil
4. "Coopération internationale en procédure civile et administrative/international judicial cooperation in civil and administrative procedures."
Prof. Italo ANDOLINA
Catania, Italia
Prof. Francisco GONZALEZ NAVARRO
Madrid, España
5. "Regroupement des familles juridiques en droit judiciaire/legal families in procedural law revisited."
Prof. Takeshi KOJIMA
Tokyo, Japan
Prof. Abdel Fattah Ateia AZMY
Cairo, Egypt
6. "Litiges transnationaux et évolution du droit de la preuve/transnational litigation and the evolution of the law of evidence."
Prof. Wouter DE VOS
Johannesburg, Zuid-Afrika
Prof. Dr. Walter RECHBERGER
Wien, Österreich

7. "Exécution forcée: aspects transnationaux / enforcement of judgments: transnational aspects."
Prof. Georges DE LEVAL
Liège, Belgique
- 7bis. "Faillite: aspects transnationaux/Bankruptcy: transnational aspects."
Prof. Kurt SIEHR
Zürich, Schweiz
8. "Effets des jugements étrangers et des sentences arbitrales/effects of foreign judgments and arbitral awards."
Prof. Peter HERZOG
New York, U.S.A.
Prof. Juan Carlos HITTERS
La Plata, Argentina
9. "Spécificités du droit judiciaire comparé/special features of comparative procedural law."
Prof. Dr. Peter GILLES
Frankfurt am Main, Deutschland
Prof. Dr. Kazimierz LUBINSKI
Toruń, Polska
10. "Nécessité de procédures provisoires dans les litiges transnationaux/need for provisional remedies in transnational litigation."
Prof. Dr. Konstantinos KERAMEUS
Athens, Greece
Prof. Jacques NORMAND
Reims, France

INDICE 1994

IN MEMORIAM	
<i>Enrico Allorio</i> por Giuseppe Tarzia	259
AUDIENCIA PUBLICA	
<i>Aceituneros altivos...</i> por José Martín Ostos	5
EN ESTRADOS	
<i>La situación de la ejecución singular en España</i> por Francisco Ramos Méndez	519
DACIONES DE CUENTA	
<i>Los documentos otorgados en el extranjero como medio de prueba en el proceso civil español</i> por M. ^a Dolores Adam Muñoz	327
<i>Proceso penal y doble instancia</i> por Coral Arangüena Fanego	25
<i>El procedimiento de las Acciones de Grupo (Class Actions) en los Estados Unidos de América</i> por Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell.	67
<i>Garantía de defensa del demandado</i> por Alex Carocca Pérez	583
<i>La sentencia civil complementaria de la penal ante los efectos de la cosa juzgada material</i> por Juan José Gómez de la Escalera .	843
<i>La reforma necesaria</i> por Emilio Gómez Orbaneja	261
<i>Competencia de los órganos jurisdiccionales y proceso penal abreviado</i> por Manuel Ortells Ramos	9
<i>Métodos alcoholométricos: doctrina del Tribunal Constitucional</i> por M. ^a Ángeles Pérez Marín	823
<i>Para una eficaz administración forzosa de bienes embargados</i> por Joan Picó i Junoy	125
<i>La formación de abogados en España: Las escuelas de práctica jurídica</i> por Joan Picó i Junoy	367
<i>Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial</i> por Francisco Ramos Méndez	807
<i>Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la Administración Sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria</i> por Manuel Serra Domínguez	275

<i>Conocimiento pleno del Tribunal de Apelación cuando se formulen pretensiones alternativas y se apele por una de ellas: Comentario a la STC 4/1994, de 17 de enero</i> por Jaume Solé Riera	213
<i>Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 20 de abril de 1994</i> por Joan Verger Grau	527
<i>El proceso de creación de un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas: Etapas y principales problemas debatidos</i> por Begoña Vidal Fernández	159
<i>Las atribuciones del Consejo Superior de la Magistratura en Italia: Estudio comparado con el derecho español</i> por Marco Villagómez Cebrián	303

DESPACHO ORDINARIO

<i>Los Tribunales han dicho</i> por F. Málaga Diéguez, Alex Carocca Pérez, B. Mora Capitán, Ch. Català Comas y J. Solé Riera	385
<i>Los Tribunales han dicho</i> por Joan Picó i Junoy y Francisco Málaga Diéguez	631
<i>Los Tribunales han dicho</i> por Joan Picó i Junoy, J. Solé Riera, Belén Mora Capitán y Ch. Catalá Comas	897

COMISIONES ROGATORIAS

<i>Jueces legos en el proceso penal</i> por M.C.J. Albin Eser	941
<i>la problemática incidencia del proceso ejecutivo en la realidad económica</i> por Angelo Bonsignori	477
<i>El Ministerio Público en la historia y en el derecho comparado</i> por Alex Carocca Pérez	967
<i>Principios constitucionales y proceso de ejecución</i> por Luigi Paolo Comoglio	227
<i>Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal para la República de El Salvador</i> por José de los S. Martín Ostos	671

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

<i>Revista de revistas y obras colectivas. 1988 — II</i> por Arturo Alvarez Alarcón y Jesús Sáez González	493
Exequatur de títulos publicados	759
Exequatur de títulos publicados	1049

TERMINOS PERENTORIOS

I Congreso Internacional de Dererecho Procesal de Castilla y León, «El gobierno de la justicia», Valladolid, 28, 29 y 30 de septiembre de 1994	249
International Congress on «Transnational aspects of procedural law», Taormina, September 17-23-1995	799
International Congress on «Transnational aspects of procedural law», Taormina, September 17-23-1995	1051