

# JUSTICIA 96

NUMERO II

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE  
JOSÉ M<sup>a</sup> ASENCIO MELLADO  
M<sup>a</sup> DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ  
MANUEL J. CACHÓN CADENAS  
JUAN DAMIÁN MORENO  
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ  
JUST FRANCO ARIAS  
JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT  
JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA  
JUAN L. GÓMEZ COLOMER  
FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO  
NICOLAS GONZÁLEZ CUÉLLAR  
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ÁLVIZ CONRADI  
ANTONIO M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE  
JOSÉ S. MARTÍN OSTOS  
JUAN MONTERO AROCA  
VÍCTOR M. MORENO CATENA  
MANUEL P. ORTELLS RAMOS  
ERNESTO PEDRAZ PENALVA  
PABLO SAAVEDRA GALLO  
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ  
JOSÉ L. VAZQUEZ SOTELO  
JOAN VERGER GRAU



1996

---

JOSÉ MARÍA BOSCH EDITOR, S. L. - BARCELONA

«JUSTICIA 96»

ADMINISTRACION (suscripciones), José M.<sup>a</sup> Bosch, Editor, S. L., 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) 48 11 12. Fax (93) 487 35 62.  
Todos los originales deben ser enviados con soporte informático.

## INDICE

<i>El Des-Consejo</i> .....	257
1. EN ESTRADOS	
<i>El Fiscal instructor</i> , por Juan-Luis Gómez Colomer .....	259
2. DACIONES DE CUENTA	
<i>De nuevo sobre la tutela de los intereses difusos (en especial, el patrimonio histórico artístico)</i> , por Manuel Lozano-Higuero Pinto .....	287
<i>Competencia territorial improrrogable</i> , por Alex Carroca Pérez .....	319
<i>La Querella</i> , por Juan-Salvador Salom Escrivá .....	387
3. COMISIONES ROGATORIAS	
<i>Comentario a la STC 214/1991, de 11 de noviembre (asunto Violeta Friedman versus Leon Degrell)</i> , por Joel Barromi .....	455
4. EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS	
<i>Libros</i> .....	477

© 1996, José M.<sup>a</sup> Bosch, editor, S. L.  
Rosselló, 22 - 08029 Barcelona

Depósito legal: B. 2.016-1996  
ISSN: 0211-7754

Printed in Spain/Impreso en España por  
COMGRAFIC / EDIM

## EL DES-CONSEJO

En la Constitución española de 1978, el Poder Judicial se configuró con una clara vocación de autogobierno. El Consejo General del Poder Judicial fue el órgano creado para ejercer tal función. En las sucesivas reformas legislativas fue asumiendo sus competencias naturales a costa del antiguo Ministerio de Justicia. Los trasvases vinieron acompañados de las respectivas dotaciones económicas. La infraestructura afloró razonablemente. En buena lógica, parece que concurrían todas las circunstancias exigibles para la Institución funcionase con normalidad. ¿Y pues? A la vista están los resultados, aireados día a día por los medios de comunicación. El seguimiento de las escenas nos traslada a un esquema clásico de comedia de enredo, de rancio sabor popular. Puertas que se abren y se cierran, tras la bambalinas. Endrinas que azuzan el tenor de la querencia que se exprime en los votos. Favores que se amagan, no al son de la, al fin y al cabo, generosa fórmula romana del *do ut facias*, sino bajo la más sutil versión mercantil de *«et tibi dabo, si feceris»*. Secretas intrigas palaciegas que el público vive en directo. Amos, ayas, correveidiles, culibiques, menestrales, mensajeros, pícaros, pajes, vivos, voceros, y, en fin, gentes que pululan, mueven las tramoyas, salen a escena una y otra vez y viva la función.

Un mero espectador ocasional se cachondea un rato y se va en pos de otro espectáculo de repuesto, más sugerente. Un ciudadano medio se acongoja al hacer la transposición mental de los avatares del Consejo a los Tribunales de Justicia. Una persona más inquieta por las cosas de la república, piensa en el *«Quousque tandem...»* Uno que está en el ajo, pone cara de circunstancias y a lo mejor no sabe como dejar de marear la perdiz. Todo este *«celtiberia show»* se nos ofrece gratis, incluido en el pan nuestro de cada día.

Parece que todo encaja en la tradición cultural y en la historia. Nada de sobresaltos pues. Nuestros clásicos solían culminar las comedias con un final feliz, que fatalmente no tardará. Si es así, todo habrá estado en su sitio una vez más. Pero siempre hay cenizas que no gustan de las comedias, querulantes que prefieren la sangre de las tragedias, *homos sapiens* sobrios y parcos de apetencias de la farándula. Tal vez a cada uno de nosotros nos falte un poco de cada uno de los demás.

FRANCISCO RAMOS

EN ESTRADOS

## EL FISCAL INSTRUCTOR

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER  
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL  
UNIVERSIDAD «JAIME I» DE CASTELLÓN

### SUMARIO:

*I. Últimas orientaciones reformistas del proceso penal.- II. La instrucción del proceso penal en el Derecho comparado europeo continental.- III. El Ministerio Fiscal como órgano instructor; cuestiones organizativas.*

### I.

Hasta donde alcanza nuestra memoria siempre hemos oído hablar de crisis de la Justicia y, consiguientemente, de una serie de medidas para lograr superarla. A la afirmación general de ser la Justicia lenta y cara, se contraponen deseos y realidades reformistas tendentes a hacerla más rápida y más barata<sup>1</sup>.

Para ello se concretan y proponen una serie de acciones, cuya eficacia por otra parte ha sido casi nula, puesto que se sigue hablando de crisis de la Justicia, que se pueden resumir en estas tres:

1ª) Reformas orgánicas, de manera que haya más más órganos jurisdiccionales, sobre todo de base, mejor repartidos territorialmente, con competencias objetivas y funcionales más racionalmente establecidas, y por ende más Jueces y más Fiscales, queriéndose sin duda también que estén mejor preparados.

2ª) Reformas procedimentales, eliminando procesos inútiles, simplificando los que se dejen en vigor, facilitando trámites, acortando plazos y suprimiendo formalismos innecesarios.

3ª) Reformas concretas de instituciones clave del proceso que, preferiblemente acompañando a las anteriores y generalmente aplicando principios procesales consagrados en las normas fundamentales, contribuyan al principio máximo de una Justicia justa, rápida, barata y eficaz, que tiene en la mayor parte de los Estados reconocimiento constitucional<sup>2</sup>.

1. Los últimos congresos celebrados así lo demuestran. Véase en particular la excelente relación general de TIEDEMANN, K., para el Coloquio Preparatorio, Sección III, de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Toledo (España), del 1 al 4 de abril de 1992, y publicado en la monografía *Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme*, Revue Internationale de Droit Pénal 1993, 3e. et 4e. trimestres, págs. 783 a 811.

Por lo que hace referencia a España, v. la ponencia general española y la relación de nuestro país presentadas en dicho Coloquio de GIMENO SENDRA, J.V., publicadas en la monografía anteriormente citada, págs. 873 a 887 y 1051 a 1062, y, del mismo autor, *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*, Revista Justicia 1987, núm. III, págs. 579 a 601; y *Los procedimientos penales simplificados*, en Revista Poder Judicial, núm. especial II, págs. 31 y ss. Véase también MORENO CATENA, V., *La Justicia penal y su reforma*, Revista Justicia 1988, núm. II, págs. 313 a 318.

Respecto a Alemania, v. la ponencia de TIEDEMANN acabada de citar.

Con relación a Italia, v. la ponencia de CHIAVARIO, M., *Les mouvements de réforme du proces pénal et la protection des droits de l'homme en Italia*, publicada en la monografía del coloquio antedicho, págs. 1193 a 1211.

En cuanto a Francia, v. la ponencia de BRAUNSCHWEIG, A., *La procédure pénale en droit français*, publicada en la monografía del coloquio antedicho, págs. 1089 a 1113.

La reforma afecta también a Portugal, v. ANTUNES, M.J., *La reforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme au Portugal*, publicada en la monografía del coloquio antedicho, págs. 1271 a 1287.

2. Aunque de manera indirecta tanto en España (arts. 1.1, 14, 24 y 119 de la Constitución de 1978), como en Alemania (arts. 3 y 103, ap. 1 de la Ley Fundamental de 1949), Italia (arts. 3 y 24 de la Constitución de 1947), y Portugal (arts. 13 y 20 de la Constitución de 1976).

Pues bien, dentro de esta tercera categoría se proponen reformas importantes, y se han llevado ya a la práctica en algunos países, que afectan a la institución de la Fiscalía con relación al proceso penal<sup>3</sup>. En concreto podemos citar las cuatro siguientes:

a) Reconocimiento en exclusiva de la acción penal al Ministerio Fiscal, por tanto, monopolio acusador (legitimación activa única) para este órgano público, con exclusión (o mínima intervención, generalmente limitada a la pretensión civil) de particulares sean o no los ofendidos por el delito.

b) Atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para instruir las causas penales, sustituyendo al Juez Instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de éste cuando resulte necesario.

c) Otorgamiento al Ministerio Fiscal de facultades derivadas del principio de oportunidad para, ofreciendo bajo determinados presupuestos medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, bien a través del instituto de la «conformidad», bien a través de la llamada «negociación sobre la declaración de culpabilidad».

d) Conversión del Ministerio Fiscal en autoridad principal, o incluso única, de la ejecución penal.

Es difícil encontrar un argumento común a todas estas posibilidades, relativamente nuevas en los ordenamientos jurídicos continentales, salvo que se trate de lograr un aceleramiento, simplificación y abaratamiento de la impartición de Justicia penal, fin general al que nos hemos referido al comienzo de este escrito, reforzando una de las instituciones más importantes del proceso penal cual es el Ministerio Público, pero un observador atento de la realidad jurídica que proporciona el Derecho comparado, deduce inmediatamente que desde 1974<sup>4</sup>, fecha en que en

3. En general, sobre la posición del Ministerio Fiscal en diversos países europeos, v. recientemente el número especial 6 de los «Cadernos da Revista do Ministério Público» 1994, que recoge las ponencias presentadas al IV Congresso do Ministério Público, celebrado en Cascais (Portugal) en 1994, bajo el título *Ministério Público: Instrumento do executivo ou órgão do Poder Judicial?*

4. Mediante la Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts, abreviada I. StVRG («Primera Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal»), de 9 de diciembre de 1974, conocida doctrinalmente como la «Gran Reforma del Proceso Penal», v. sobre sus aspectos más importantes KERN / ROXIN, *Strafverfahrensrecht* (14ª ed.), Ed. C.H. Beck, München 1976, págs. 353 y 354; y ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht* (15ª ed.), Ed. C.H. Beck, München 1979, págs. 373 a 375.

Alemania se da un vuelco a favor del sistema anglosajón de instrucción a cargo de persona distinta al Juez (Policía y Ministerio Fiscal)<sup>5</sup>, sin duda la más importante de todas las propuestas antedichas, abandonando la tradicional competencia del Juez Instructor para esta fase inicial del proceso penal, los demás países las han ido contemplando todas ellas o una buena parte de las mismas, extendiéndose incluso a muchos países de América Latina<sup>6</sup>.

Si seguimos con *Alemania*, la veracidad de lo dicho es incuestionable<sup>7</sup>. El Ministerio Público es órgano instructor de las causas penales (§§ 160 y ss. *StPO*), pudiendo intervenir el Juez sólo para adoptar resoluciones que impliquen restricciones de derechos fundamentales, principalmente de la libertad (v. por ejemplo, los §§ 65, 114, 126a, 161a, etc. *StPO*)<sup>8</sup>; el Ministerio Público es, ante todo, el dueño del proceso penal, porque es la única parte acusadora en el mismo, gozando del monopolio de la acción penal (§ 243, ap. 3 *StPO*); el Ministerio Público dispone de amplias facultades derivadas del principio de oportunidad, pudiendo ofrecer medidas alternativas a la persecución penal, que se configuran como excepción al principio de legalidad penal y procesal (§§ 153 y ss. *StPO*), introduciéndose en la práctica además y siendo admitida por la Jurisprudencia la negociación con el imputado (*Absprache*)<sup>9</sup>; al ser la única autoridad, pública o privada, que puede ejercer la acción penal, el derecho al recurso adquiere para él su sentido más absoluto (§§ 296 y ss. *StPO*); finalmente, el Ministerio Fiscal es en Alemania también la autoridad principal de la ejecución penal (§ 451 *StPO*).

5. Véase una explicación detallada de esta reforma alemana en PEDRAZ PENALVA, E., *La reforma procesal penal de la R. F. de Alemania de 1975*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana 1976, págs. 647 y ss.

6. Acerca del movimiento de reforma procesal penal latinoamericano, y en particular la instrucción del Ministerio Público, sobre todo en Argentina y Costa Rica, v. GÓMEZ COLOMER, J.L., *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado*, Revista del Ministerio Fiscal 1996, en prensa.

7. Una exposición doctrinal y la traducción de la legislación alemana citada a partir de ahora en GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985.

8. Un resumen detallado de la posición del Juez Investigador alemán instruyendo el Fiscal, en GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., págs. 73 a 75.

9. Véase sobre estos acuerdos BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1994, págs. 150 y ss.

Algo parecido se podría decir de *Italia*, cuyo Código de Procedimiento Penal<sup>10</sup> prevé el monopolio de la acción pública por parte del Ministerio Fiscal (arts. 50, 405 y 416 *CPP*, con fundamento en el art. 112 de la Constitución de 1948), la instrucción del proceso penal a su cargo (arts. 327 y 358 *CPP*), las medidas alternativas a la persecución penal (arts. 444 y ss. *CPP*), así como una intervención principal en la ejecución de resoluciones judiciales (arts. 655 y 656 *CPP*), sin perjuicio de la intervención del Juez de las Investigaciones Preliminares (v. arts. 279, 283, 294, etc., por ejemplo, del *CPP*), o del llamado Tribunal de la Libertad, instaurado en 1984, en la fase de investigación (v. art. 309 *CPP*), o del Magistrado de Vigilancia en la ejecución de la pena privativa de libertad (arts. 677 y ss. *CPP*)<sup>11</sup>.

Finalmente, también *Portugal* se ha sumado a la órbita de países que han optado por reformar a fondo la institución del Ministerio Fiscal. En este país, el Fiscal detenta en régimen de monopolio el ejercicio de la acción pública penal (art. 241 *CPP*, con fundamento en el art. 224.1 de la Constitución Portuguesa de 1976<sup>12</sup>), que hay que completar con las disposiciones de los arts. 53, 262, 263, y 267 *CPP* y art. 3 de la *Ley Orgánica del Ministério Público* portuguesa de 1986. La investigación del proceso penal es también competencia suya (art. 53.2, b) *CPP*), previéndose medidas alternativas a la persecución penal en sus arts. 281 y ss. El art. 270 especifica qué funciones puede delegar en la Policía Criminal. La intervención del Juez de Instrucción, basada en el art. 32.4 de la Constitución, se fija en los arts. 268 y 269 *CPP*. Finalmente, el Fiscal comparte funciones de ejecución penal al lado del Tribunal (art. 469 *CPP*)<sup>13</sup>.

10. Véase la traducción de VILLAGOMEZ, M., *El nuevo proceso penal italiano*, Documentación Jurídica núm. 61, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1989, págs. 41 y ss.

11. Para la información sobre Italia vide CHIAVARIO, M., *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice* (2ª ed.), Ed. UTET, Torino 1990, págs. 78 y ss. fundamentalmente.

12. Véase GUTIERREZ-ÁLVIZ y ARMARIO, F., *La Justicia, según la Constitución Portuguesa de 2 de abril de 1976*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana 1976, págs. 547 y ss., esp. págs. 566 y 567.

13. Véanse los comentarios a todos esos preceptos en LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código de Processo Penal anotado* (6ª ed.), Ed. Almedina, Coimbra 1994. Con carácter general, puede consultarse GIMENO SENDRA, J.V., *El nuevo Código Procesal Penal portugués y la anunciada reforma global de la Justicia española*, Revista Justicia 1990, núm. II, págs. 493 y ss.

Pues bien, visto el marco, es hora de entrar ya en el objeto principal de este escrito, a saber, analizar las razones que pueden avalar que el Ministerio Fiscal sea el competente para instruir las causas penales en España, así como las opiniones contrarias a ello, para dar nuestra opinión personal sobre el tema. Antes es necesario, sin embargo, al ser una institución procesal importada, analizar brevemente la situación jurídica en los principales países de nuestro entorno cultural, a saber, Alemania, Italia, Portugal, Francia, Estados Unidos e Inglaterra.

## II.

Alemania, Italia, y Portugal contemplan la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal, derogando las normas que atribuían la competencia al Juez Instructor, como se apuntó *supra*.

En Alemania, la *Strafprozeßordnung* de 1877, reformada según se ha indicado en 1974 en este importante tema, recoge la instrucción a cargo del Fiscal en sus §§ 160 a 163. Dispone textualmente en concreto el § 160, ap. (1) que «*Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen*»<sup>14</sup>. La Fiscalía ordena a la Policía que investigue los hechos aparentemente delictivos (§ 163 *StPO*), conforme a sus técnicas propias, siendo en la práctica la Policía la verdadera instructora de las causas criminales<sup>15</sup>.

Respecto a Italia, el *Codice de Procedura Penale* de 1988 ha derogado el de 1930 (el Código ROCCO)<sup>16</sup>. Esta Ley preveía la competencia exclusiva del Juez para la formación de las causas penales, denominada instrucción formal (art. 303), con la excepción de la

llamada instrucción sumaria, a cargo del Ministerio Fiscal según el art. 389 (o del Pretor para los delitos de su competencia)<sup>17</sup>.

El Código de 1988, en cambio, ha introducido como se anunció antes la instrucción del proceso penal, sin distinción entre formal o sumaria, a cargo del «Pubblico Ministero», disponiendo textualmente su art. 327.1 que «*Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria*»<sup>18</sup>, concretándose a continuación esta facultad en los arts. 328 y ss.

Con relación a Portugal, el *Código de Processo Penal* de 1987, que ha derogado el de 1929, contempla igualmente la investigación del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal<sup>19</sup>. Su art. 53.2, b) dispone textualmente que «*compete em especial ao Ministério Público: ... b) Dirigir o inquérito*»<sup>20</sup>, desarrollándose esta competencia en los arts. 267 y ss. de dicho Código.

17. Véanse CORDERO, F., *Procedura Penale* (5ª ed.), Ed. Giuffrè, Milano 1979, págs. 432 a 439; FOSCHINI, G., *Sistema del Diritto Processuale Penale* (2ª ed.), Ed. Giuffrè, Milano 1965, tomo II, págs. 128 a 130 y 166 a 170; MANZINI, V., *Tratato di Diritto Processuale Penale italiano* (6ª ed., puesta al día por Conso y Pisapia), Ed. UTET, Torino 1972, vol. IV, págs. 181 y 293; y PISAPIA, G.D., *Compendio di Procedura Penale* (2ª ed.), Ed. CEDAM, Padova 1979, págs. 76, 77 y 172.

18. Véanse CHIAVARIO, M., *La riforma del processo penale...*, cit., págs. 83 a 89; CARULLI / MASSA / ESPOSITO / PALUMBO, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Ed. Jovene, Napoli 1993, págs. 26 y ss.; DALIA / FERRAIOLI, *Corso de Diritto Processuale Penale*, Ed. Cedam, Padova 1992, págs. 341 y ss.; FORTUNA / DRAGONE / FASSONE / GIUSTOZZI / PIGNATELLI, *Manuale Pratico del Nuovo Processo Penale* (3ª ed.), Ed. Cedam, Padova 1993, págs. 95 y ss., y 153 y ss.; NAPPI, A., *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, Ed. Giuffrè, Milano 1992, págs. 30 y ss.; PISANI / MOLARI / PERCHINUNNO / CORSO, *Appunti di Procedura Penale*, Ed. Monduzzi, Bologna 1992, págs. 57 y ss.; y CORDERO, F., *Procedura Penale* (2ª ed.), Ed. Giuffrè, Milano 1993, págs. 133 y ss. Una resumida visión constitucional del tema puede verse en CONTI, G., *La Giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo penale, dall'entrata in vigore del nuovo Codice di Procedura Penale al 31 ottobre 1991*, Corte Costituzionale 1992, págs. 425 y ss.

19. Con la particularidad siguiente: La Constitución portuguesa de 1976 fija la competencia para la instrucción del proceso penal a un Juez (art. 32.4). El CPP de 1987 contempla la etapa preliminar del proceso penal dividida en dos fases, la primera de investigación (*inquérito*), obligatoria, a cargo del Ministerio Fiscal (arts. 262 y ss.), y la segunda, eventual, de instrucción (*instrução*) a cargo del Juez (arts. 286 y ss.), división ajustada a la Constitución en el entender de la mejor doctrina, v. DE FIGUEIREDO DIAS, J., *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, en «*Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*». Ed. Almedina, Coimbra 1991, pág. 23.

20. Véase LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal...*, cit., págs. 128 y 129; DE FIGUEIREDO DIAS, J., *Sobre os sujeitos processuais...*, cit., págs. 22 a 26; DA COSTA PIMENTA, *Introdução ao Processo Penal*, Ed. Almedina, Coimbra 1989, págs. 59 a 61.

14. Véase la traducción en GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., pág. 337.

15. Así lo confirma expresamente PETERS, K., *Strafprozeß. Ein Lehrbuch* (4ª ed.), Ed. C.F. Müller, Heidelberg 1985, págs. 182 y 183.

16. Véase sobre la historia procesal penal italiana, CHIAVARIO, M., *Procedura Penale. Un Codice tra «storia» e cronaca*, Ed. Giappichelli, Torino 1994, págs. 13 a 32.

Sin embargo, por lo que hace referencia a *Francia*, el papel del Juez de Instrucción en el proceso penal del país vecino es uno de los más importantes de la Europa actual, correspondiéndole la función de instruir en primer lugar (la obligación de perseguir está atribuida al «Procureur de la République»), de acuerdo con el art. 81 y concordantes del *Code de Procédure Pénale* de 1958, es decir, averiguar si los hechos constituyen una infracción penal, determinar quiénes pueden ser sus autores, y reunir todos los elementos de cargo y de descargo, pero también en segundo lugar la función de decidir lo apropiado para conservar las pruebas, garantizar el orden público, prevenir la reparación de la infracción, hacer eficaz el enjuiciamiento del inculgado, asegurar la protección de las personas que intervengan en la causa y garantizar la indemnización de las víctimas<sup>21</sup>.

El Ministerio Público tiene a su cargo, además del poder de persecución, lo que en Francia se llama la «enquête préliminaire», es decir, las primeras averiguaciones, que realiza con la ayuda de la Policía Judicial, con control del Procurador de la República y de la Cámara de Acusación. Desde 1990 trabaja una comisión, al parecer sin perspectivas de éxito de momento, en una reforma general del proceso penal, que introduciría entre otras la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal, con base en el fundamental argumento de parecer exorbitantes los poderes de investigación del actual Juez de Instrucción<sup>22</sup>.

En Alemania, Italia y Portugal, la atribución de la competencia para instruir las causas penales al Ministerio Público, cambio importante respecto a las regulaciones anteriores, ha sido fundamentada con base en diversas consideraciones, pero no tiene el mismo alcance en todos esos países, ni excluye en ningún caso absolutamente la actividad de un Juez en la instrucción penal. Conviene, pues, precisar.

El cambio se fundamenta básicamente en dos aspectos de suma importancia:

21. Véase ROZÉS, S., *Le Juge d'Instruction*, en «Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes» (coordinado por VON GAMM, RAISCH Y TIEDEMANN), Ed. C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 1988, págs. 175 y ss., esp. pág. 177.

22. Véase BRAUNSCHWEIG, A., *La procédure pénale en droit français*, cit., págs. 1092 a 1095.

1º) La instrucción por un Juez es una institución netamente inquisitiva, por lo que es incompatible con el proceso penal propio de un Estado de Derecho que, se dice, exige la más amplia vigencia del principio acusatorio, contribuyéndose con ello decisivamente a limitar de manera evidente los amplísimos poderes investigadores del Juez de Instrucción en la fase de averiguación o sumarial del proceso penal clásico, bien inquisitivo, bien inquisitivo formal o mixto, acercando la figura del Juez instructor más al papel de árbitro, conforme al modelo ideal anglosajón<sup>23</sup>; y

2º) La necesidad, por ir contra el principio de economía procesal, y por tanto como respuesta adecuada del Estado frente a los ciudadanos a los que exige deberes fiscales, de evitar reiteración de actuaciones procesales, pues las mismas que practicaba el Fiscal las ejecutaba también el Juez Instructor, o a la inversa, consiguiendo con ello por un lado un notable aceleramiento del proceso penal, y por otro, centrar en la vista oral la auténtica importancia de las pruebas, dejando los actos de investigación para fundar exclusivamente la apertura del juicio oral o el sobreseimiento<sup>24</sup>.

De estas ideas se ha hecho eco la Jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* de Estrasburgo, proponiendo claramente la separación de las funciones instructorias y decisorias de los Jueces de Instrucción, por ser contraria a los arts. 5.3 y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950<sup>25</sup>.

Es cierto, volviendo particularmente a Alemania, que el cambio de figura competente para desarrollar la instrucción penal hizo surgir dudas de inconstitucionalidad incluso antes de ser una realidad legal,

23. Expresamente dicho en el art. 1, núm. 60 de la 1. StVRG alemana citada: Se suprime la instrucción judicial, porque tiene su origen *aus dem durch uneingeschränkte Verfahrensherrschaft des Richter gekennzeichneten Inquisitionsprozess* («en el proceso inquisitivo caracterizado por un poderío procesal ilimitado del Juez»).

24. Véase PETERS, K., *Strafprozess. Ein Lehrbuch*, Ed. C.F. Müller, Karlsruhe 1952, págs. 353 a 355; y CHIAVARIO, M., *La riforma del processo penale...*, cit., págs. 83 y ss., especialmente preocupado por la intervención al mismo tiempo en la instrucción del nuevo proceso penal italiano por parte del Fiscal, de la Policía Judicial e incluso del propio Juez, con base en el art. 109 de la Constitución, y en los arts. 56 y ss., 326, 327, 330 y 347 y ss. del CPP. En las págs. 89 a 91 analiza particularmente este autor las diferencias entre las funciones del Fiscal y del Juez, con fundamento en la distinción entre «actio» y «iurisdictio».

por entenderse que la propuesta nueva relación Ministerio Fiscal - Juez Investigador, que se introduciría definitivamente en 1974, podría violar la independencia judicial consagrada en el art. 97, ap. (1) de la *Grundgesetz* de 1949, por los condicionantes y el poder que iba a significar para el Fiscal, pero el Tribunal Constitucional Federal alemán despejó esas dudas ya antes de esa fecha<sup>26</sup>, habiéndose asumido sin ningún problema por la totalidad de la doctrina hoy, que, de hecho, considera mínimamente el tema, aunque en su momento sí hubo discusiones enconadas, fundamentalmente en torno a la disminución de garantías para el imputado y su abogado defensor que el cambio podía significar<sup>27</sup>.

25. Véanse las SS TEDH en los casos SCHIESSER, de 4 de diciembre de 1979, FD 24° a 31°, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia 1959-1983*, Ed. Cortes Generales, Madrid 1981, págs. 597 y ss.; PERSACK, de 1 de octubre de 1982, FD 27° a 33°, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia 1959-1983*, cit., págs. 869 y ss.; DE CUBBER, de 26 de octubre de 1984, FD 23° a 30°, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, Ed. Cortes Generales, Madrid 1988, págs. 255 y ss.; y HUBER, de 23 de octubre de 1990, FD 37° a 43°, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 1994, núm. 155, págs. 301 y ss. Sobre la posición del Fiscal, v. DOLZ LAGO, M.J., *Los principios de actuación del Ministerio Fiscal, según la Constitución española de 1978 y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista Poder Judicial 1983, núm. 9, págs. 77 y ss.

26. Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., pág. 74. Es interesante también consultar el Auto del BVerfG (Tribunal Constitucional Federal alemán) de 16 de abril de 1969, en la Revista alemana Neue Juristische Wochenschrift 1969, pág. 1106.

27. Véanse, por citar la doctrina de la época más importante, SCHMIDT, Eb., *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1957, t. II, págs. 490 y 491; LÖWE / ROSENBERG, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar* (23ª ed.), Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1976, t. I «Einleitung» (por K. SCHAFER), págs. 222 y 223; KLEINKNECHT, Th., *Strafprozeßordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen* (31ª ed.), Ed. C.H. Beck'sche, München 1974, págs. 496 y ss.; PETERS, K., *Strafprozeß. Ein Lehrbuch* (2ª ed.), Ed. C.F. Müller, Karlsruhe 1965, pág. 143; HANACK, E.-W., *Prozeßhindernis des überlangen Strafverfahrens?*, Juristenzeitung 1971, pág. 707; LAMPE, J., *Ermittlungszuständigkeit von Richter und Staatsanwalt nach dem 1. StVRG*, Neue Juristische Wochenschrift 1975, pág. 199; GÖSSEL, K.H., *Strafverfahrensrecht*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1977, págs. 43 y ss.; ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht* (15ª ed.), Ed. C.H. Beck'sche, München 1979, pág. 374. No se olvide, como destaca la doctrina citada, que la legislación alemana de reforma en esa época, es producto en parte importante de las prisas del legislador por contrarrestar procesalmente los perniciosos efectos sociales derivados de la existencia de la banda terrorista Baader-Meinhof.

En realidad, la opción no es nueva en el Derecho comparado, pues se toma como modelo en todo caso, directa o indirectamente, el de los países anglosajones (el llamado «proceso angloamericano»), en donde ambos motivos están presentes en mayor o menor medida.

En concreto, el proceso penal del Reino Unido (fundamentalmente *Inglaterra* y País de Gales, y también aunque con menos importancia comparativa Escocia e Irlanda del Norte), advirtiendo ante todo sobre las grandes diferencias conceptuales, sistemáticas y estructurales existentes con el Derecho continental, se basa en la consagración más pura del principio acusatorio. Es y sería inconcebible, pues, que la instrucción del proceso penal inglés la realizara un Juez e, incluso, como demuestra la Historia, que se creara la Fiscalía o una figura semejante. El proceso penal inglés, formado generalmente por reglas no escritas<sup>28</sup>, se divide en dos fases, una de persecución («*prosecution*»), investigación diríamos nosotros, que se desarrolla en la fase preparatoria o encuesta preliminar («*preliminary inquiry*»), y otra de acusación («*arraignment*»), en la vista oral o juicio. Pues bien, en este proceso, la investigación se deja en manos de la Policía, que si ve elementos suficientes para someter a juicio a una persona, lo solicita así al Juez formulando la imputación. Si la encuesta preliminar demuestra que hay elementos suficientes para formular una acusación, sin la que no existe proceso, ésta la puede realizar cualquiera, si bien en la práctica o es un abogado, o es la Policía, o es el llamado «Director de Persecuciones Públicas», todos en nombre de la Corona, no en nombre propio o representando a un particular o a una institución u órgano, nunca un Fiscal, porque ni existe ni es necesario que exista<sup>29</sup>.

28. El *Common Law*, sistema jurídico elaborado judicialmente a lo largo de los siglos, y adaptado a los problemas modernos por la vía de la reinterpretación del precedente por los Jueces. No obstante, también existen leyes escritas (*Statute Law*, formado por *Acts* del Parlamento), que forman un Derecho que podríamos llamar frente al común, especial. El Derecho inglés se instituye, a diferencia del continental, que lo hace sobre la base de la ley, sobre la vida jurídica y la naturaleza del asunto, v. RADBRUCH, G., *Der Geist des Englischen Rechts*, Ed. Rausch, Heidelberg 1946, págs. 31 y ss. (hay trad. española, de VELA, «El espíritu del Derecho inglés», Ed. Revista de Occidente, Madrid 1958).

29. Véanse PASTOR LOPEZ, M., *El proceso penal inglés (Estudio comparativo de sus directrices fundamentales)*, Revista de Derecho Procesal 1967, núm. I, págs. 67 y ss., esp. 80, 110 a 117, y misma revista y año, núm. II, págs. 62 a 71; NESI, G., *Accusa e difesa nel procedimento penale inglese*, Ed. Giuffrè, Milano 1972, págs. 16 y ss.; y SCAPARONE, M., *Common Law e processo penale*, Ed. Giuffrè, Milano 1974, págs. 10 y ss.

Cuando la Europa continental contempla el modelo inglés, pues, y decide cambiar el órgano competente para desarrollar la instrucción, lo hace pensando en una parte muy importante en que dicho modelo sí es realmente acusatorio, y que mantener al Juez como órgano instructor es una manifestación inquisitiva.

Por lo que afecta a los *Estados Unidos de Norteamérica*, la influencia del Derecho inglés es evidente, pero con instituciones propias que lo hacen diferente<sup>30</sup>. En USA la acusación del proceso penal está a cargo, no de una persona particular como en Inglaterra, sino de una figura pública o funcionario, dado que acusa en nombre del Estado federado, o de los Estados Unidos. Ese funcionario es un representante (*Assistant*) del *U.S. Attorney General*, dependiente del *Federal Department of Justice*, que tiene encomendado, dentro de los límites de su competencia territorial, es decir, dentro de su distrito, en los procesos penales federales la función de perseguir (*prosecution*) el delito y posteriormente en el juicio oral la de acusar, entre otras, siendo equivalente en los Estados esta figura, de inferior categoría. La fase de investigación del proceso penal está en manos de la Policía, cuya actividad es instada por el Fiscal, quien comunica al Juez los hechos una vez el sospechoso es detenido, iniciándose el proceso por regla general, dadas las diferencias entre las legislaciones, con una audiencia preliminar contradictoria o comparecencia previa al juicio (*preliminary hearing*), en la que normalmente el Fiscal, con base al material recogido por la Policía, debe convencer al Juez de la verosimilitud de comisión del hecho criminal por el encausado, siguiéndose adelante hacia el verdadero juicio acusando ya formalmente, o no<sup>31</sup>.

De la evolución jurídica producida en Norteamérica, el Derecho continental europeo saca en claro, además de confirmar el modelo basado en el principio acusatorio, que hace innecesaria por inquisitiva la figura del Juez instructor, que no hay reiteración de actuaciones

30. No se olvide que es un Estado Federal, regido por una Constitución, de 1787, a la que se han añadido las X Enmiendas (*Bill of Rights*) de 1791, con disposiciones procesales penales importantes que recogen todo un catálogo de derechos y libertades fundamentales, más el Derecho Penal y Procesal Penal federal (formado por numerosas leyes o *Federal Statutes*, una de las cuales, el llamado *United States Code*, establece lo esencial de los delitos federales y del proceso penal federal, complementado por las *Federal Rules of Criminal Procedures for the U.S. District Courts*, las *Federal Rules of Appellate Procedure* y las *Federal Rules of Evidence*), y el propio de cada Estado (*State Statutes*).

procesales: Es la Policía quien investiga y proporciona sus materiales al Fiscal<sup>32</sup>, y éste decide iniciar el proceso penal o no en base a ellos, con el tamiz de la audiencia preliminar a efectos de solventar antes de la acusación formal cualquier impedimento, perjuicio o error. El Juez, con el Jurado, analiza esos materiales después y dicta la sentencia correspondiente.

### III.

El tema ha llegado hace tiempo a España<sup>33</sup>, adquiriendo enseguida tintes polémicos, sin duda motivados por exceder de la vertiente estrictamente jurídica esta delicada cuestión. La politización surge cuando se defiende la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal, por entender quien así opina que el modelo de instrucción criminal judicial no es conforme con la Constitución española. Sobre esta cuestión, importante, volveremos luego. Pero también cuando se tilda como partidario de una determinada concepción política a quien defiende una posición u otra, siendo así que la Justicia es una cuestión de Estado y no de partido. Nuestras palabras, muy al contrario, pretenden fundar rigurosamente una postura jurídica, fuera de todo contexto no jurídico, con la única meta de contribuir a una Justicia mejor y más eficaz.

En este sentido, no vamos a considerar la situación legal vigente. En España instruye un Juez Instructor todas las causas penales (arts.

31. Véanse WEIGEND, Th., *Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft in den U.S.A.*, en JESCHECK / LEIBINGER, «Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörden im ausländischen Recht», Ed. Nomos, Baden-Baden 1979, págs. 587 y ss.; SCHMID, N., *Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung*, Ed. C.F. Müller, Heidelberg 1986, págs. 36 y ss.; y FANCHIOTTI, V., *Lineamenti del processo penale statunitense. Corso di Lezioni*, Ed. Giappichelli, Torino s/f, págs. 68 y ss. Aspectos concretos en ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1995, págs. 91 y 92.

32. Gráficamente decía KERN, E., *Gerichtsverfassungsrecht*, Ed. C.H. Beck, München 1965, pág. 227, que el Fiscal es una *Kopf ohne Hände* («cabeza sin manos»), de ahí que necesite la Policía.

33. Véase, por todos, FAIREN GUILLEN, V., *La reorganización del Ministerio Fiscal español*, en «Temas del Ordenamiento Procesal», Ed. Tecnos, Madrid 1969, t. I, págs. 516 y 517.

87.1, a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, y 14-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882), salvo que en el proceso penal abreviado, con o sin juicio oral inmediato, el Fiscal tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente, bien por serle presentada una denuncia o atestado, en cuyo caso puede instruir el Ministerio Fiscal<sup>34</sup>, función que termina cuando se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos, o cuando haya concluido las necesarias investigaciones para solicitar del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento judicial correspondiente, llamado en España en este caso «diligencias previas» (arts. 785 bis y 789.1 y 3 *LECRIM*)<sup>35</sup>. Claro es que el Ministerio Fiscal, con anteriori-

34. El Anteproyecto de la Ley Orgánica, que más tarde sería la núm. 7/1988, de 28 de diciembre, creadora del proceso penal abreviado, previó inicialmente sin ambages que la instrucción fuera a cargo del Ministerio Fiscal en su integridad, pero los arts. 781 y 781 bis que se reformaban e introducían en la *LECRIM*, fueron suprimidos en los inicios de las discusiones parlamentarias, frente a las críticas emitidas por el Consejo General del Poder Judicial, v. su Informe en el Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial de octubre de 1988, págs. 17 y 18.

35. Véanse ORTELLS RAMOS, M., *Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado», Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, págs. 111 y ss.; del mismo autor, *El nuevo procedimiento penal abreviado: Aspectos fundamentales*, Revista Justicia 1989, núm. III, págs. 545 y ss. Complementariamente pueden consultarse: ALMAGRO NOSETTE, J., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / ALMAGRO NOSETTE / CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal*, t. II *Proceso Penal* (3ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1989, págs. 243 y ss.; CONDEPUMPIDO FERREIRO, C., *La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal*, en «El Poder Judicial en Europa. Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas», Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1989, t. II, págs. 113 y ss.; ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)* (2ª ed.), Ed. Colex, págs. 99 y ss.; FERNANDEZ BERMEJO, M., *El Fiscal en el proceso abreviado de la Ley Orgánica 7/1988*, en «Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado», cit., págs. 237 y ss.; LOPEZ LOPEZ, A.M., *Las diligencias del Fiscal investigador*, Revista Actualidad Penal 1993, t. I, núm. 15, de 12-18 de abril; LORCA NAVARRETE, A.M., *La instrucción preliminar en el proceso penal: La actividad de la Policía Judicial*, Revista La Ley 1984, t. III, págs. 970 y ss.; ZARZALEJOS NIETO, J., en DE LA OLIVA SANTOS / VEGAS TORRES / ZARZALEJOS NIETO / GONZALEZ GARCIA/ ARAGONESES MARTINEZ, *Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid 1989, págs. 159 y ss.; y VIVES ANTON, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, vol. II *La reforma del proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992, págs. 167 y ss.

dad a esta reforma, siempre ha podido y debido realizar unas primeras investigaciones de los hechos delictivos producidos y denunciados, como es lógico, y así fue recogido expresamente en el art. 5, particularmente el pár. II, de su Estatuto Orgánico de 1981, si bien de carácter tímido<sup>36</sup>. Un caso particular de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal lo constituye el proceso penal especial de menores<sup>37</sup>, de correcto funcionamiento en la práctica, pero poco significativo al nivel que estamos considerando esta cuestión<sup>38</sup>.

Como precedentes o intentos de introducir en España más generalmente la instrucción a cargo del Fiscal hay que citar, sin ulteriores comentarios, el Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1980 (art. 3.4), que no salió adelante, el Anteproyecto de Reforma de la *LOPJ* y de la *LECRIM* de 1988 (arts. 781 a 789), y las Memorias de la Fiscalía General del Estado de 1987<sup>39</sup>, la primera que toca el tema, 1988<sup>40</sup>, 1989<sup>41</sup>, 1990<sup>42</sup>, 1991<sup>43</sup>, 1992<sup>44</sup>, 1993<sup>45</sup>, y 1994<sup>46</sup>. Jurisprudencialmente se sentaron ciertas bases en la STC 145/1988, de 12 de julio, que declaró parcialmente inconstitucional la LO 10/1980, y que fue el origen del proceso penal abreviado<sup>47</sup>.

36. Véase MARCHENA GOMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1992, pág. 179.

37. Art. 15.1-2º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, reformado por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, declarado constitucional por la S TC 60/1995, de 17 de marzo.

38. Véase sobre el tema DOLZ LAGO, M.J., *El Fiscal y la reforma de menores. Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992*, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje 1995, cuaderno 3, págs. 480 a 483, y 488 y 489.

39. Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1988, pág. 15.

40. Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1989, págs. 20 y 21.

41. Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1990, pág. 17.

42. Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1991, págs. 18 a 20.

43. Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1992, pág. 17.

44. Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1993, págs. 25 a 27.

45. Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1994, págs. 19 y 20, si bien sin mencionar explícitamente la cuestión.

46. Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1995, pág. 32, en donde ya matiza el Fiscal General que «el grado de entusiasmo ante tal perspectiva parece variable en el seno de la Carrera Fiscal», dando una serie de razones justificativas de esa opinión a continuación.

47. Véase también la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, publicada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1988, Madrid 1989, págs. 395 y ss., esp. págs. 430 y 431.

Mención especial merece la Ley del Jurado, porque en el primer texto que elaboró el Ministerio de Justicia se quería introducir también la instrucción a cargo del Fiscal, que luego fue transformado en el Proyecto remitido a Las Cortes por una constitución del Fiscal al lado del Juez Instructor durante la investigación, para quedar finalmente en el texto aprobado (Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reformada por las Leyes Orgánicas 8/1995 y 10/1995), en una mayor presencia del Fiscal en la fase de investigación (nuevos arts. 306, III y 781, V *LECRIM*, reformados por dicha Ley), aunque la disposición final cuarta autoriza un estudio a fondo de este tema en la proyectada futura reforma del proceso penal español<sup>48</sup>.

Expuestos sucintamente el Derecho vigente español, y los intentos de reforma atinentes, nos vamos a detener, sin embargo, en la exposición dogmática, por tanto, contemplando la reforma, mejora, o incluso cambio por otro, de un sistema de enjuiciamiento criminal, tanto de los argumentos que harían factible la modificación de la autoridad instructora penal, como la de los que la desaconsejarían, dando nuestra opinión relativa a España en 1996 al final.

Vista la situación del Derecho comparado que más nos puede influir, anteriormente recogida, es insoslayable para un procesalista preguntarse si es conveniente que deje el Juez Instructor la competencia para la formación de las causas penales en fase de procedimiento preliminar, cediéndola en favor del Ministerio Fiscal, o al contrario, que siga la situación institucionalmente como está. Opiniones para una u otra decisión no faltan.

### *1º) Argumentos a favor de que instruya el Juez:*

Defender en España la situación actual es menos problemático que proponer el cambio, porque el planteamiento correcto del tema exige considerar primero qué naturaleza tiene el Ministerio Fiscal, y después cuál es la naturaleza de la fase de instrucción del proceso penal español, y en ello se puede decir que hay opiniones doctrinales mayoritarias.

48. Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Ed. Civitas, Madrid 1996, págs. 145 a 147.

La afirmación de facilidad se basa, con relación a la primera cuestión, en que es dominante la tesis en España que considera que el Ministerio Fiscal no es una institución insertada en el Poder Judicial, sino que es un órgano que depende del Ejecutivo, pues falta el requisito de la independencia (arts. 24 a 26 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre), la Constitución española de 1978 no lo prevé como una de las excepciones al principio de la unidad jurisdiccional (art. 117.5), y la Constitución española de 1978 no le atribuye en ningún precepto la potestad jurisdiccional. Al contrario, el Fiscal General del Estado es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno (art. 29.1 *EOMF*), el Gobierno puede pedir al Fiscal General del Estado que promueva ciertas actuaciones en defensa del interés público ante los órganos jurisdiccionales, quien puede desvincularse oída la Junta de Fiscales de Sala (art. 8 *EOMF*), cuyos componentes han sido nombrados por el Gobierno a propuesta suya (art. 36 *EOMF*), y todos los Fiscales-Jefe de los respectivos órganos pueden ser libremente removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado (art. 41 *EOMF*). Claro es que con estas citas y razones no se quiere decir que la actuación del Ministerio Fiscal haga peligrar los principios de legalidad e imparcialidad, sino que el Gobierno controla al Ministerio Fiscal<sup>49</sup>.

Menos pacífico es el tema de la naturaleza del sumario o de las diligencias previas del proceso penal español. Parece que está más extendida la opinión de que tiene naturaleza jurisdiccional atendidos los fines consagrados en el art. 299 *LECRIM*, puesto que son ejercicio de potestad jurisdiccional las siguientes resoluciones que se adoptan en la fase de instrucción: Medidas cautelares, restricciones de derechos sin carácter cautelar generalmente instrumentales respecto a la obtención y examen de fuentes de prueba (v.gr., entrada y registro), admisión de la acusación (querrela, procesamiento, sobreseimiento), y práctica anticipada de la prueba. Pero eso no quiere decir que todas las actuaciones que se practiquen en el sumario tengan naturaleza jurisdiccional, pues no lo son las actividades dirigidas a averiguar contra qué persona se puede formular la acusación, de qué hechos se le puede acusar o de qué

49. Véase sobre estas cuestiones ORTELLS RAMOS, M., *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica*, Revista de Derecho Procesal 1990, núm. 2, págs. 230 a 233.

fuentes de prueba se dispone para fundamentar la acusación, claro es que después tendrán que ser valorados por la autoridad judicial, con lo cual en el fondo puede mantenerse que también estamos ante ejercicio de la potestad jurisdiccional<sup>50</sup>.

Si ello es así, dicho con carácter muy general antes de entrar a considerar los argumentos en particular, atribuir la instrucción al Fiscal podría pensarse que es inconstitucional, porque constitucionalmente no es el órgano que tiene la potestad jurisdiccional. Esta consecuencia no es sin embargo, como veremos, tan lógica como parece deductivamente.

Expuesto lo anterior, las opiniones favorables a que instruya un Juez, es decir, a mantener las cosas como están actualmente en España, son las siguientes<sup>51</sup>:

a) La instrucción es oficio de Juez, no de parte, y encomendársela al Fiscal es un contrasentido y una incoherencia, además de un error, porque en el proceso penal la instrucción no se agota en la búsqueda de las pruebas, sino que se extiende también a su valoración, «lo cual postula en el instructor la imparcialidad del Juez, no la parcialidad de la parte». Detener al imputado, ordenar su ingreso en prisión o puesta en libertad, practicar anticipadamente la prueba, etc., son manifestaciones típicas de ejercicio de la potestad jurisdiccional. Otorgar facultades instructorias al Ministerio Fiscal significaría una quiebra del principio «ne eat iudex ex officio», porque el Fiscal se convertiría así al mismo tiempo en juez y parte<sup>52</sup>.

b) La fase de investigación no sólo entraña actos de investigación, sino también enjuiciamientos jurídicos, como la inadmisión de la querrela, o la imposición de medidas cautelares, absolutamente entrelazados entre sí, por lo que su escisión sería perturbadora para los fines del proceso penal, con lo que debe seguir en manos del Juez<sup>53</sup>.

50. Véase también sobre los temas planteados en el texto ORTELLS RAMOS, M., *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal...*, cit., págs. 233 a 236.

51. El último resumen de este tema puede verse en SANCHIS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Ed. Comares, Granada 1995, págs. 48 a 54.

52. La frase entrecomillada y las contundentes opiniones anteriores manifestadas en el texto son de CARNELLUTTI, F., *Poner en su puesto al Ministerio Público*, en «Cuestiones sobre el proceso penal» (trad. Sentís Melendo), Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1961, págs. 216 y 217.

53. Esta es la base de la argumentación de DE LA OLIVA SANTOS, A., *Jueces imparciales, Fiscales «investigadores» y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal*, Ed. PPU, Barcelona 1988, págs. 70 y 71.

c) La dependencia del Ministerio Fiscal respecto al Poder Ejecutivo, antes mencionada, sería peligrosísima para la investigación objetiva e imparcial<sup>54</sup>.

d) El art. 117 de la Constitución española de 1978 atribuye en exclusiva a los Jueces la función jurisdiccional, por lo que la instrucción a cargo del Fiscal sería en España inconstitucional<sup>55</sup>.

e) Trasladar la competencia para la instrucción al Fiscal conllevaría no pocos inconvenientes prácticos, por lo que es mejor dejarla como está, en manos del Juez: De facto instruiría la Policía Judicial, habría disminución de garantías para el imputado, a pesar de todo sería necesario un Juez, en España tenemos pocos fiscales, existen muchas carencias funcionales<sup>56</sup>, hay peligro de impunidad para personas «gubernamentales», etc, argumentos que han sido puestos de manifiesto por los propios Jueces y Fiscales<sup>57</sup>, y por la doctrina<sup>58</sup>, todos ellos absolutamente reales, que nada tienen que ver con desconfianza hacia el Fiscal u opiniones subjetivas parecidas, utilizados con diferente finalidad por determinados autores, fundamentalmente prácticos<sup>59</sup>.

54. Véase la argumentación en FAIREN GUILLEN, V., *El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988*, en «Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional», Edersa, Madrid 1992, t. III «La reforma procesal penal», págs. 149 a 187; también publicado en la Revista Tapia 1989, núms. de enero-febrero, y de marzo-abril.

55. ORTELLS RAMOS, M., *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal...*, cit., págs. 236 y 237.

56. Véase VAZQUEZ SOTELO, J.L., *Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*, en «Crisis de la Justicia y Reformas Procesales. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León», Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1988, págs. 376 a 379.

57. Véase, por ejemplo, PORTERO GARCIA / REIG REIG / MARCHENA GOMEZ, *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado)*, Ed. Librería Jurídica, Bilbao 1989, págs. 48 y 49.

58. Véase ORTELLS RAMOS, M., *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal...*, cit., págs. 257 y 258.

59. Véanse ANDRES IBANEZ, P., *El Ministerio Fiscal entre «viejo» y «nuevo» proceso*, en ANDRES IBANEZ, P. / CONDE-PUMPIDO TOURON, C. / FERNANDEZ ENTRALGO, J. / PEREZ MARINO, V. / VARELA CASTRO, L., «La reforma del proceso penal», Ed. Tecnos, Madrid 1990, págs. 102 a 113; y LANZAROTE MARTINEZ, P.A., *Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal y el proceso penal*, Revista de Derecho Procesal 1994, núm. 2, pág. 256.

2º) *Argumentos a favor de que instruya el Fiscal:*

Optar a favor del cambio, es decir, ser partidario de que instruya el proceso penal el Ministerio Fiscal, es una postura atractiva desde hace unos años por diferentes razones, antes indicadas y atendidos los países europeos en que se ha instaurado la reforma. Las razones del cambio de titular de la instrucción del proceso penal pueden girar en torno a las siguientes cuestiones:

1ª) Por prever el Derecho Procesal del país afectado un proceso inquisitivo, escrito, en el que instruye y falla el mismo Juez, con lo cual se daría el primer argumento anteriormente anunciado, de carácter dogmático, de justificación de un modelo acusatorio.

2ª) Sin duda es una reforma tentadora cuando el país ha pasado de un régimen dictatorial, en el que han colaborado probadamente los jueces y fiscales, a un régimen democrático.

3ª) También es más fácil cuando, siendo el proceso penal acusatorio, mixto o no, la Justicia no funciona, pues la instrucción a cargo del Fiscal aparece como una de las alternativas que tan ansiosamente se buscan para reducir la carga de los órganos jurisdiccionales, principal causa del mal funcionamiento de la Justicia, y acelerar el proceso penal, dada la reiteración de actuaciones, por un lado las practicadas por el Fiscal y la Policía, y por otro, las mismas generalmente, las del Juez, como vimos ya al principio de este escrito.

4ª) Finalmente, es asimismo fácil de admitir cuando el propio Ministerio Público no depende del Poder Ejecutivo, o cuando el Ministerio Fiscal no tiene la consideración de parte formal en el proceso penal, pues entonces está obligado a la Verdad y Justicia<sup>60</sup>.

La fundamentación de esta opción se basa naturalmente en argumentos científicos, que giran en torno a la profunda crisis, se dice, en

que se encuentra inmersa en estos momentos la clásica figura del Juez de Instrucción<sup>61</sup>:

a) El sumario tiene naturaleza administrativa, luego el órgano competente para formarlo ha de ser administrativo y no judicial<sup>62</sup>. En otras palabras, existe una profunda contradicción entre el significado conceptual de la palabra «Juez» y sus funciones, porque instruyendo no juzga, y porque, sobre todo, queda encuadrado dentro de un estatuto orgánico y dentro de un Poder del Estado, el Judicial, que no le corresponde, ya que no siendo juicio la instrucción, la investigación de un crimen es actividad administrativa y no judicial, en el sentido referido a Justicia<sup>63</sup>.

b) El Juez debe limitarse a ejercer la función jurisdiccional, es decir, a juzgar, no a instruir, y eso solamente se produce en el juicio oral de acuerdo con la Constitución. Durante el sumario (o diligencias previas) no se ha ejercido todavía la acción penal, por lo que la relación procesal no está todavía constituida<sup>64</sup>.

c) El Ministerio Fiscal instructor agilizaría la Justicia, argumento defendido por todas las Memorias de la Fiscalía General del Estado, anteriormente citadas<sup>65</sup>, y presente en el Derecho comparado visto en páginas precedentes, puesto que de entrada se evitaría la duplicación o reiteración de actuaciones procesales, unas practicadas por el Juez Instructor, y las mismas por el Fiscal.

61. Véanse GIMENO SENDRA, J.V., en MORENO CATENA / ALMAGRO NOSETE / CORTES DOMINGUEZ / GIMENO SENDRA, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1989, pág. 94; y VIVES ANTON, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas...*, cit., vol. II, pág. 113.

62. Véanse SERRA DOMINGUEZ, M., *El Ministerio Fiscal*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana 1979, págs. 644 y 645; del mismo autor, *La instrucción de los procesos penal y civil: El sumario*, en «Estudios de Derecho Procesal», Ed. Ariel, Barcelona 1969, págs. 723 y 724. Sobre la naturaleza jurídica del sumario y la posición del Fiscal, v. PASTOR LOPEZ, M., *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Ed. Universidad, Valencia 1979, págs. 59 a 72, y 152 a 155.

63. Véase VIVES ANTON, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas...*, cit., vol. II, pág. 117.

64. Véanse VIVES ANTON, T.S., *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*, Revista Poder Judicial, núm. especial II, págs. 101 y 102; y RUIZ VADILLO, E., *La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal*, Revista Poder Judicial, núm. especial II, págs. 84 a 87.

65. Véase también CALVO SANCHEZ, M.C., *La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre*, Revista La Ley 1990, t. II, págs. 1085 y ss.

60. Véase este último argumento clave en la reforma alemana, de gran importancia dogmática, en ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht* (23ª ed.), cit., págs. 48 a 51. También se ha dicho de acuerdo con el sistema alemán que el Fiscal es *die objektivste Behörde der Welt* («la autoridad más objetiva del mundo»), v. WOLF, M., *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige* (6ª ed.), Ed. C.H. Beck, München 1987, pág. 295. Sobre la organización de la Fiscalía en Alemania, v. los §§ 141 y ss. *GVG*, en GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., págs. 480 y ss.

d) La instrucción por parte del Juez es incompatible con el modelo de proceso acusatorio. Pero esta segunda opinión procedente del Derecho comparado, también aludida anteriormente, basada en el principio acusatorio<sup>66</sup> nos parece más endeble, pues al menos con referencia a España, entendido en sentido riguroso, el principio acusatorio sólo debe significar estas tres cosas: Todo proceso penal requiere de una acusación formulada por persona distinta al órgano judicial que ha de sentenciar, la imposibilidad de alterar el objeto del proceso condenando por hechos distintos a los acusados o a persona distinta a la acusada, y, finalmente, el juzgador no puede ver alterada su imparcialidad por aportaciones de hechos o de prueba al proceso<sup>67</sup>.

Que la investigación del proceso penal no encuentre amparo directamente en el principio acusatorio a nuestro juicio, no quiere decir en absoluto que no estemos de acuerdo con la «luz y taquígrafos» en esta fase, auténtica conquista del proceso penal propio de un Estado de Derecho frente al injusto proceso inquisitivo<sup>68</sup>, pero centrada en sus justos límites. Se trata, simplemente, de cosas distintas, por lo que nos parece que Juez Instructor y proceso penal acusatorio son perfectamente compatibles. Por ello, hablar del proceso angloamericano como proceso acusatorio, entendiendo el término «acusatorio» a la europea, y en concreto, en el sentido español acabado de indicar, presenta serias

66. Con carácter general, para España, véanse últimamente ASENCIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Ed. Trivium, Madrid 1991, págs. 14 a 26; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Ed. J.M. Bosch e Instituto de Criminología, Barcelona 1994, págs. 39 a 74; MARTINEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Ed. Comares, Granada 1994, págs. 24 a 29; y RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio*, Revista del Ministerio Fiscal 1995, núm. 1, págs. 89 y ss. Pero sigue siendo válido el pensamiento sobre la acción penal de Gomez Orbaneja, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Bosch, Barcelona 1951, t. II, págs. 447 y ss.; v. también FAIREN GUILLEN, V., *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en «Temas...», cit., t. II, págs. 1205 y 1206; y GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal español*, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica 1993, págs. 13 y ss.

67. Véase sobre esta cuestión MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*, Revista La Ley 1994, t. I, págs. 979 a 983; y, del mismo autor, *El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual*, Revista Justicia 1992, núm. IV, págs. 781 a 786.

68. Véase RAMOS MENDEZ, F., *El proceso penal. Lectura constitucional* (3ª ed.), Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1993, págs. 31 y 32.

dudas de aceptación, aunque esta terminología de contraposición (frente a proceso inquisitivo) sea generalmente aceptada y comprendida.

Por otro lado y como derivación de lo acabado de indicar, pero éste es un tema importante que excede los límites de este trabajo, no tenemos nada claro que la aspiración ideal del proceso penal español sea tomar como modelo el proceso penal norteamericano, no únicamente por razones históricas y culturales, sino también porque encontramos dudosamente satisfactorias para nuestro país algunas de las soluciones a las que allí se han llegado, por ejemplo, los extensos poderes de la Policía, la consideración como prueba de la confesión del acusado, la amplitud de la «plea bargaining», la configuración del Jurado puro, particularmente su sistema de selección, la organización del derecho de impugnación, etc.<sup>69</sup> De hecho, si sirve como ejemplo, el nuevo proceso penal italiano ha seguido estas pautas, y la doctrina del país transalpino no está nada satisfecha con ello<sup>70</sup>, lo cual debería hacernos meditar mucho.

e) El argumento más importante a favor de que instruya el Ministerio Fiscal es, en nuestra opinión, que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad. En esencia el argumento se concreta de la siguiente manera: El Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el Juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el Fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de los recursos. Seguir manteniendo el sistema clásico es en definitiva una contradicción, porque el Juez es al mismo tiempo quien investiga y quien garantiza el respeto de los derechos del imputado. Cambiar estos papeles puede significar ciertamente una importante restricción del

69. Véanse en general, aparte de la bibliografía citada en este artículo, AMODIO / BASSIOUNI, *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Ed. Giuffrè, Milano 1988, *passim*; y SCHUNEMANN, B., *¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, en «Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania», Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1991, págs. 49 y ss. Más en concreto, v. VERCHER NOGUERA, A., *¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés?*, Revista La Ley 1987, t. II, págs. 923 y ss.

70. Véase, por todos, CHIAVARIO, M., *Procedura penale. Un Codice tra...*, cit., esp. págs. 105 y ss. En Italia, según nuestras noticias, se ha formado ya una Comisión nacional para el estudio de la reforma del proceso penal.

principio de investigación oficial, pero se fortalece extraordinariamente el más importante principio de la imparcialidad judicial, que queda así únicamente reservado para el enjuiciamiento, lo que implica además una mejor aplicación del principio de la exclusividad de la función jurisdiccional por su único titular, el Poder Judicial<sup>71</sup>.

En definitiva, es el modelo clásico el que ya no sirve<sup>72</sup>, llegando a proponerse, más allá incluso, que el Fiscal no sólo sea la autoridad encargada de la investigación, sino el director, el dueño absoluto de ésta<sup>73</sup>.

Expuestas las anteriores argumentaciones, nuestra opinión personal es que este tema en el fondo es bastante irrelevante, y que lo importante de verdad es que el proceso penal de España, y el de todos los países del mundo, sea el propio de un Estado de Derecho<sup>74</sup>. La fundamentación de esta afirmación es ideológicamente clara, y se basa en los siguientes puntos:

1.- El fin del proceso penal no es sólo hallar la verdad material, sino también proceder de acuerdo con los principios que caracterizan a un proceso penal como el adecuado a un Estado de Derecho<sup>75</sup>. Obligado a ello no está sólo el Juez, sino también cualquier otra autoridad pública que intervenga en el proceso penal, lo cual hace referencia especialmente al Ministerio Fiscal.

71. Véase VIVES ANTON, T.S., *Doctrina constitucional...*, cit., pág. 102.

72. Véase GIMENO SENDRA, J.V., *El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Poder Judicial, núm. especial VI, pág. 274.

73. Así, GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid 1990, pág. 121.

74. A una conclusión parecida han llegado los autores, entre los que no estamos, de las *Recomendaciones de Toledo y de Río de Janeiro por un Procedimiento Penal Justo*, de la Sección III de la Asociación Internacional de Derecho Penal, publicadas en la monografía «Les mouvements de réforme...», cit., *Revue Internationale de Droit Pénal* 1993, págs. 905 a 909, pues la núm. 4 dice textualmente en su segunda frase: «La imparcialidad presupone la separación entre la función de instruir y juzgar. En consecuencia, el juez del juicio no debe haber participado en los actos de la fase preparatoria. Es altamente recomendable además que el juez del juicio sea distinto de aquél que decide la admisión de la acusación contra el sospechoso.» Es decir, que da igual que instruya el Fiscal o el Juez, lo importante son otras cosas.

75. V. TIEDEMANN, K., en ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* (trad. ARROYO ZAPATERO y GOMEZ COLOMER), Ed. Ariel, Barcelona 1989, págs. 134, 225 y 226; y GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal español para no juristas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1993, pág. 44.

2.- No sería inconstitucional en España que instruyera el Fiscal, porque el art. 117.3 de la Constitución española de 1978, al definir la función jurisdiccional, según terminología clásica española, como «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», atribuyéndola en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, lo que está pidiendo en realidad al legislador ordinario es que, en sentido estricto, la decisión de condenar o absolver a un acusado, con todos los actos que la fundamentan (prueba), la tome un juez, pero no impide que para llegar a la decisión de si se puede abrir el juicio oral contra una persona se acuda a personas y normas no sometidas al Derecho Jurisdiccional<sup>76</sup>, lo que por cierto siempre ha ocurrido en la práctica aunque bajo el manto judicial<sup>77</sup>.

Mantener lo contrario podría llevarnos, por citar sólo un ejemplo claro, al absurdo de hacer inconstitucional a la propia Policía Judicial (prevista constitucionalmente, v. art. 126 de la Constitución española de 1978), que se regula y utiliza para su funcionamiento orgánico y técnico, de repercusión directa sobre el proceso penal, normas de carácter administrativo y no procesal.

3.- Teóricamente no habría tampoco ningún problema en admitir que instruyera el Ministerio Fiscal, pues dicho llanamente se trataría de una solución tan buena como podría ser la contraria o cualquier otra, aunque tendría que llegar siempre un momento en que la presencia de un Juez fuera inexcusable<sup>78</sup>.

76. Entiende, por contra, que sí sería inconstitucional la atribución de la instrucción al Ministerio Público, ORTELLS RAMOS, M., *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal...*, cit., págs. 236 y ss., en donde con profusión de argumentos técnico-jurídicos, que no dogmáticos, llega a la conclusión de que el art. 117.3 CE, al otorgar a los Jueces y Magistrados en exclusiva la titularidad de la potestad jurisdiccional, y no siendo el Ministerio Fiscal órgano jurisdiccional, veta la posibilidad de que se le puedan conceder a éste poderes en la instrucción que sean inherentes al ejercicio de la potestad jurisdiccional misma.

77. Con ello, matizamos nuestra opinión respecto a la mantenida en una breve nota, redactada en tono coloquial e irónico, titulada *No es conveniente que nos pueda procesar un fiscal*, *Revista Jueces para la Democracia* 1987, núm. 2, pág. 9, pues en aquella época nos pareció muy brusco el cambio que se quería dar (recuérdese que el Anteproyecto de lo que luego sería la LO 7/1988, atribuía sin más la instrucción al Fiscal), y quisimos oponernos a la falta de meditación del prelegislador con argumentos contundentes. En lo que no hemos cambiado, como decimos al final de este escrito, es en nuestra opinión contraria a que instruya el Fiscal, el argumento de la inconstitucionalidad es lo que precisamos.

78. Lo que es admitido por todos los autores que están a favor de que instruya en España el Ministerio Público, v. GIMENO SENDRA, J.V., *El Ministerio Fiscal y el*

Es en este sentido poco fundada la crítica de quienes toman o desechan los modelos que proporciona el Derecho comparado para hacer propias las opiniones según sus intereses. El Derecho comparado nos debe servir para «comparar», es decir, informarnos bien sobre cómo se solucionan los mismos problemas que nosotros tenemos en otros países, y nada más. Pero criticar por ejemplo a Alemania por haber optado por la instrucción a cargo del Fiscal, el país desencadenante en la Europa continental de toda esta problemática, carece de sentido, porque para poder hacerlo con fundamento hay que ser (jurista) alemán.

### 3º) Nuestra posición:

Ahora bien, los temas relacionados con el Poder Judicial y ese instrumento necesario que es el proceso penal son siempre relativos, en el sentido de que se aplican a un país en un momento concreto. ¿Es conveniente pues que hoy, en 1996, en España, a la vista de lo dicho hasta ahora, instruya las causas penales el Ministerio Fiscal, o es mejor que siga instruyendo la autoridad judicial?

La respuesta, recordando que para nosotros el tema es bastante nimio, debe ser dada con mucha prudencia, permaneciendo abiertos a todas las ideas. Pensamos que no ha llegado todavía el momento de emprender el cambio y es mejor que las cosas sigan como están, al menos en tanto en cuanto no se cumplan los siguientes requisitos<sup>79</sup>:

a) Mientras no se deroguen los arts. 8, 14.2, 29.1, 34-1º, 35.1 y 36 EOMF, por los que el Fiscal puede quedar sometido a una orden del Poder Ejecutivo, o se patentiza su vinculación con éste, y, por tanto, no sea independiente en el sentido más correcto del término (independencia, por cierto, que la propia Constitución española de 1978 no ha querido, v. su art. 124.2);

artículo 124 de la Constitución española, en «Constitución y Proceso», Ed. Tecnos, Madrid 1988, pág. 69; del mismo autor, y más genéricamente, *El Ministerio Fiscal y la Constitución: Su naturaleza jurídica*, en «Comentarios a la Legislación Penal», t. I (Derecho Penal y Constitución), Edersa, Madrid 1982, págs. 327 y ss.; y CALVO SANCHEZ, M.C., *Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal*, Revista Justicia 1990, núm. I, pág. 68.

79. Véanse las opiniones al respecto de GIMENO SENDRA, J.V., *Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial*, Revista Justicia 1988, núm. IV, págs. 832 a 834.

b) Mientras el Fiscal no deje de ser claramente un órgano administrativo y se adscriba de alguna manera, sin serlo, al Poder Judicial;

c) Mientras el Ministerio Fiscal tenga como principal función en el proceso penal la de acusar, por tanto, no sea imparcial en sentido técnico;

d) Mientras siga instruyendo de facto la Policía Judicial, lo que ya ocurre con los Jueces en España por otra parte, como decíamos que sucede en Alemania<sup>80</sup>;

e) Mientras en España no superemos la ridícula cifra de un Fiscal por cada 31.153 habitantes<sup>81</sup>, con lo cual difícilmente se pueden ver en esta medida efectos aceleradores, que habrá que aumentar considerablemente, no sólo al pasarle las funciones instructoras, sino también porque el Fiscal instructor no va a poder ser luego el Fiscal acusador, si se quiere garantizar también el principio del Fiscal no prevenido o imparcial, totalmente necesario ante la nueva función;

f) Mientras la formación y perfeccionamiento judiciales no se orienten a cotas más profesionales, a pesar de las importantes reformas que han supuesto el Reglamento núm 1/1995, de la Carrera Judicial, y el Reglamento núm. 2/1995, de la Escuela Judicial, publicados por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995 (BOE del 13 de julio);

g) Mientras no sea ésta la única reforma para llegar al principio de la mejor Justicia para todos; y

h) Finalmente, mientras la garantía de los derechos fundamentales y procesales penales ordinarios de los ciudadanos esté residenciada en manos de los Jueces, porque con su independencia e imparcialidad, esenciales a su función, realizan una tutela más efectiva, que en absoluto garantizan mejor hoy los Fiscales.

Y, obsérvese, a pesar de todo seguirá siendo necesario un Juez de la Libertad, como dicen los italianos, para tomar las decisiones que

80. Y en Alemania, v. PETERS, K., *Strafprozeßrecht...* (4ª ed.), cit., págs. 166 y 167.

81. La plantilla del Ministerio Fiscal español en 1995, de acuerdo con la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1995, pág. 35, era de 1284 fiscales (13 Fiscales de Sala, 725 Fiscales y 546 Abogados Fiscales), estando previsto un aumento de 70 plazas en 1996, con motivo de la entrada en vigor de la Ley del Jurado y del nuevo régimen de la prisión preventiva.

82. Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *No es conveniente...*, cit., pág. 10.

afecten a los derechos y garantías fundamentales del imputado, y, en suma, a actividad jurisdiccional.

Lo que desde luego no tiene ningún sentido es que en unos casos instruya el Juez y en otros el Fiscal, como en España, o que el Juez pueda delegar bajo determinados requisitos la instrucción en el Fiscal, como ocurre en algunos otros países, porque no hay presupuesto económico que resista la doble infraestructura exigida.

Se observa, por tanto, que provisionalmente somos contrarios a que instruya el Fiscal el proceso penal español, en absoluto por razones dogmáticas, sino puramente organizativas, estructurales y prácticas, pero de tal importancia que su no introducción, corrección o mejora en el sentido propuesto, haría indefectiblemente fracasar una reforma de tal entidad.

Nos mantenemos, pues, en nuestra opinión expresada hace unos años<sup>82</sup>, insistiendo ahora, para finalizar, en que en el fondo este tema nos parece de los menos graves que tiene planteada la situación jurídico-procesal penal española en la actualidad. A nosotros lo que nos preocupa de verdad, como dijimos antes, es que el proceso penal español sea el propio de un Estado de Derecho, y al respecto todavía no hemos llegado al 100% exigible, aunque hemos avanzado mucho sin duda en España, pero ésta es otra cuestión<sup>83</sup>.

83. Prueba de ello es que, por poner sólo un ejemplo, todavía no tenemos un proceso penal especial para el enjuiciamiento de los delitos cometidos contra los derechos fundamentales, de obligada creación conforme al art. 53.2 de la Constitución, cubierto temporal y deficientemente por el previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, aunque el Gobierno se comprometió a presentar la correspondiente Ley Orgánica en el Parlamento e instaurarlo antes del 9 de junio de 1995, si hacemos caso a pie juntillas de la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre (B.O.E. del 9), por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, plazo que por supuesto ya ha sido suficientemente superado.

## DACIONES DE CUENTA

### DE NUEVO SOBRE LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS (EN ESPECIAL, EL PATRIMONIO HISTÓRICO ARTÍSTICO).\*

POR MANUEL LOZANO-HIGUERO PINTO.

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL.

UNIVERSIDAD DE CANTABRIA.

CON LA COLABORACIÓN DE M<sup>a</sup> AMPARO RENEDO ARENAL.

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL DE LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA.

Sumario: 1) Preliminar; 2) Perfiles de la tutela iusmaterial de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico-Artístico, en especial la «Constitución Cultural», 3) La tutela iusmaterial configurada por la Ley del Patrimonio Histórico-Artístico; 4) La tutela iusprocesal; 5) Aproximación al fenómeno jurídico-político de los «intereses difusos»: Ideas

\* El origen de este trabajo se halla en una ponencia, desarrollada por M. LOZANO-HIGUERO, el 13-VI-1991, en Córdoba (España), en un ciclo de conferencias sobre el P.H.A. español, dirigido por el Prof. Dr. DON M. PELÁEZ DEL ROSAL.

La gentil y grata insistencia de colegas, discípulos y amigos –sobre todo por conocer las últimas aproximaciones del autor a la teoría y cuestiones de los «intereses difusos»– han motivado su publicación, con las oportunas adaptaciones y actualizaciones, tras ese lapso temporal.

En esta labor de adaptación y actualizadora, el autor desea mostrar su agradecimiento a la profesora M<sup>a</sup> AMPARO RENEDO ARENAL, integrante del Seminario de Derecho Procesal de la Universidad de Cantabria, y cara discípula, por su inestimable y eficaz colaboración.

generales. Referencias de Derecho Comparado; 6) Recapitulaciones sobre la vinculación de los bienes culturales con las cuestiones de los «intereses difusos»; 7) Notas y delimitación técnico-metodológica de los intereses difusos. Nuestra opinión; 8) Los bienes culturales como expresión tipológica de los intereses difusos. Opiniones. Caracterización que se sostiene en el presente estudio. 9) Conclusiones y propuestas.

1.- Siendo nuestra época actual un tiempo de crisis, ya no tanto o predominantemente económica, como social o política (piénsese en los cambios en la geopolítica mundial, no solo mostrados en el derrumbamiento de los regímenes europeos de ideología marxista, sino también en la ruptura de la dialéctica bipolar de poder o hegemonía internacional: USA-URSS, para establecerse una estructura unipolar de poder: USA) no es raro que estas premisas se traduzcan en consecuencias jurídicas y nuevas realidades, nuevas soluciones, (esto no es exclusivo, por tanto de lo jurídico, también de lo económico y social.)

Este nuevo bullir, permítasenos la expresión, de problemas, demanda nuevas respuestas jurídicas. Así, frente a estas nuevas manifestaciones sociales, o preocupaciones o aspiraciones, surgen nuevas ordenaciones institucionales. Frente a sectores o disciplinas clásicas, ancladas en concepciones y ordenaciones medievales, a veces, en algún caso, podríamos abundar que decimonónicas, brotan, en el seno de ellas, paralelas, incluso en su epidermis, nuevas agrupaciones normativas, que ofrecen nuevas perspectivas, y, repetimos, nuevas soluciones, frente a innovaciones o prácticas novedosas o desconocidas de problemas actuales. Esto ha sucedido en casi todas las disciplinas jurídicas, particularmente por lo que aquí respecta, la cuestión se desenvuelve en el ámbito de los Derechos administrativo y procesal. En efecto, a estas dos disciplinas o al seno matriz o clásico de ambas, corresponde el tratamiento que se va a desarrollar en la presente aproximación, pues si bien la cuestión del patrimonio Histórico-Artístico ha surgido y se ha consolidado en el seno del Derecho administrativo, la de los intereses difusos se ha ceñido, preferentemente, al Derecho Procesal con fuerte incidencia en el ámbito administrativo general, pero también en ambos casos con relieves constitucionales.

Veamos qué respuesta se ha dado doctrinal y positivamente, tanto en España como en el Derecho comparado, a la cuestión de los intereses difusos y a la del Patrimonio Histórico-Artístico, por separado

para cada una de ellas y en las correlaciones e interferencias entre ambas. En todo caso anticipemos que, con la unión de los dos términos o polos: intereses difusos y P.H.A., se van a poner en marcha virtualidades y mecanismos de tutela jurídica que desbordan con mucho las visiones tradicionales.

2.- El 25 de Junio de 1985 el legislador democrático español daba a luz (BOE. 29 de Junio) una nueva legislación del Patrimonio Histórico, dicha ley, sin perjuicio de otras características y preocupaciones (o motivaciones) glosadas por otros más autorizados en las respectivas ramas, entraña a nuestro juicio varios perfiles (incluso entrecruzándose o amalgamándose unas con otras):

a) *Desde el Derecho Material.* En este supuesto, tanto desde el Derecho Constitucional, como desde el Derecho Administrativo, y también muy importante, desde el Derecho Constitucional Administrativo<sup>1</sup>.

1. Vid., LOZANO-HIGUERO, M. «*Constitución y Proceso. El principio de imposición de Costas*», León, 1987, pág. 143 y nota 300, para la exacta comprensión de esta terminología: Derecho Constitucional Administrativo; idem «*Introducción al Derecho Procesal*», Madrid, 1990, pág. 79. Esto no supone desdeñar, dentro del perfil material, el relevante papel que puede representar el Derecho Penal, sobre esto vid. SCAPARONE, BAJNO Y SGUBBI en «*La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*». Milano, 1976, pág. 491 y ss., donde se ocupan respectivamente, de *Processo penale e interessi collettivi* (pág. 505 y ss) y *L'interesse diffuso come oggetto de la tutela penale. Considerazion svolte con particolare figuardo alla protezione del consumatore*. En España vid. GONZÁLEZ RUS, J.J. «*Los intereses económicos de los consumidores. Protección Penal*». Madrid, 1986, passim. Y, particularmente, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J. «*Protección penal del patrimonio histórico español: Aproximación a la situación actual y proyecto de reforma*», Cuadernos de política criminal, n° 35, Madrid, 1994, especialmente, pág. 502 y ss. (Derecho Penal y Derecho Administrativo como subsistemas de control).

Pero nuestras reticencias frente a la tutela penal se refieren a problemas estructurales y funcionales. Funcionalmente porque, junto a los consabidos problemas de inoperatividad de la Administración de Justicia, de los que se hablará más adelante, y que pueden hacer ilusoria la tutela procesal penal del bien jurídico protegido, se halla, estructuralmente, la dialéctica entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia (párrafo V de la Exposición de Motivos del nuevo Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre, normativo desde el 24 de mayo de 1996). En última instancia, porque la labor frente a este tipo de delincuencia es más, muchas veces, *preventivo-general* que de resocialización (*preventivo-especial*), recordemos en España el caso del famoso ladrón de obras de arte Erik el Belga, candente aún en España la preponderancia constitucional de la función resocializadora, y el adecuado entendimiento del art: 25,2 de la Constitución –en

Aquí se aprecia una tutela material reforzada. En efecto, el abanico protector abarca desde la tutela constitucional configurada en el ámbito de la denominada «Constitución Cultural»<sup>2</sup>, que tiene expresión en el párrafo IV del Preámbulo, en cuanto a las intenciones del legislador, pero que se proyecta y esto nos parece de suma relevancia, en el precepto socializante que constituye el artículo 9, 2: «Corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la

particular en cuanto al cumplimiento íntegro de las penas por los terroristas de ETA y otros delincuentes de sonoridad social (violadores, etc.)—, se hace preciso recordar que aquí, a nuestro juicio, la finalidad de prevención general es absorbente casi de un modo absoluto, como en los delitos contra la humanidad, mutatis mutandis, ej.: genocidio. El Tribunal Constitucional Español, Autos n.º 305 y 780 de 1986, ha indicado al respecto que «el art. 25,2 de la Constitución no establece que la reeducación y reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena de privación de libertad.

El nuevo Código Penal L.O. 10/1995, se ocupa, en el capítulo XI del libro I de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (estos últimos arts. 278 a 286), pero transformándolos en semipúblicos (art. 287) siendo necesaria la denuncia de la persona agraviada para proceder por estos delitos, pero no será precisa esa denuncia cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas (¿intereses difusos y colectivos?, en todo caso como se argumentará más adelante, *intereses generales, intereses colectivos e intereses difusos* no son lo mismo; el término intereses generales, es más bien propio del Derecho administrativo: art. 103,1 de la Constitución: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...»); intereses colectivos e intereses difusos se distinguen y caracterizan más adelante en este trabajo, dentro del seno del *movimiento* y la *teoría* de los intereses difusos). En el título XVI (arts. 319 a 340) se regulan los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, sin que exista una previsión semejante a la dualidad legitimatoria establecida en el art. 287 (párrafo I: denuncia como condición de procedibilidad; párrafo II: legitimación uti cives para supuestos, en vigor, de intereses colectivos e intereses difusos), añadiéndose, aunque de modo explícito, pues implícitamente nada lo impedía (entendiéndose implícita en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, la existencia de un poder general de cautela, de carácter innominado pero que se sustentase, en este caso concreto, en la existencia del «*fumus commissi delicti*» y el «*periculum*»), en el art. 339: «Los Jueces y Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este título».

2. Vid. A. TORRES DEL MORAL. «Comentario al art. 44 C.E.», en Colección dirigida por O. Alzaga. De. Edersa, Madrid, 1984, pág. 199 y ss. SPADOLINI. «*Beni Culturali*», Firenze, 1976. GRECO N. *St ato di Cultura e gestione dei beni culturali*, Bologna, 1981. La reciente reforma constitucional Argentina de 1994, ha acogido también esta Constitución Cultural en su art. 41, que se refiere a la «preservación del patrimonio natural y cultural», vid. DALLA VIA, A. «*Constitución de la Nación Argentina*», La Plata, 1994, pág. 26.

vida cultural» (obsérvese cómo el precepto vincula la vocación participativa al ámbito de la cultura, y cual se dirá más adelante, el elemento componente *participación* es una de las notas características de la teoría, movimiento y técnica de los intereses difusos)<sup>3</sup>, en cuanto forma jurídico política de su expresión.

Asimismo, y para continuar en el plano de la cristalización en los preceptos constitucionales, el art. 44,1, configura el derecho de acceso a la cultura, «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho»; también aquí es necesario, ya, ir anticipando, que la institución del acceso, en su expresión de acceso a la justicia, es uno de los componentes más resaltables de la teoría y técnica de los intereses difusos<sup>4</sup>.

Por último, pero no por eso menos importante, al art. 46 C.E., verdadera tabla del Derecho Constitucional del Patrimonio Histórico-Artístico, precepto que contiene la expresión de la especial preocupa-

3. LOZANO-HIGUERO, M. «*La protección procesal de los intereses difusos. Intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a RTVE*», Madrid, 1983, pág. 237 y ss. La civilización de las masas, como el consumo de masas, implican, de suyo la participación, como remedio para evacuar los deseos de manifestación o protección de la propia individualidad; vid. en este punto, ampliamente, CAPPELLETTI, M. «The judicial process in comparative perspective», Oxford, 1989, pág. 270 y ss. Además sobre intereses difusos, DENTI, V. «*Interessi diffusi*», en *Novissimo Digesto Italiano*, apéndice, Torino, 1983, pág. 305, y, TROCKER, N. «*Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*», en «*Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1987, pág. 1112 y ss.; FAZZALARI, E. «*Istituzioni di Diritto Processuale*», Pavoda, 1994, pág. 290 y ss.; BUJOSA VADELL, L. «*La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*», Barcelona, 1995, esp. pág. 55 y ss. (aunque esta es obra que, con acertados momentos aislados, y manejo directo de fuentes angloamericanas e italianas, no obstante su pretendido vigor, adolece de omisiones doctrinales y legislativas, así como de aportaciones originales escasas del propio autor). MANDRIOLI, C. «*Corso di Diritto Processuale Civile*», Torino, 1992, I, pág. 55 y ss. Desde la perspectiva iusmaterial: ALPA, G. «*Compendio del Nuovo Diritto Privato*», Torino, 1985, pág. 89-90.

4. Vid. GOZAINI. «*Introducción al nuevo Derecho Procesal*», Buenos Aires, 1988, págs. 198-199. También Lozano-Higuero. «*Constitución y proceso*», op. cit., pág. 148; id. «*Cambio social, socialización y privatización de la Justicia*», *Justicia* 88, III, pág. 565 y ss. BERIZONCE, R.O. «*Efectivo acceso a la Justicia*», La Plata, 1987, págs. 12-13. CAPPELLETTI-GARD. «*El acceso a la Justicia*», La Plata, 1983, pág. 38. HABSCHIED. «*Introduzione al Diritto processuale civile comparato*», Rimini, 1985, pág. 146. Ovalle, J. «*Tendencias actuales del Derecho Procesal Civil*», en *Tendencias actuales del Derecho*, (J.L. Soberanes, coordinador), México, 1994, pág. 30. MORELLO, A.M. «*La reforma de la Justicia*», La Plata, 1991, pág. 162 y ss.; *idem* «*Panorámica del Nuevo Proceso Civil*», en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, n.º: 32, 1994, pág. 395 y ss.

ción del legislador constitucional por estos bienes, mostrada en la apertura a la tutela penal del último inciso. Sin embargo, es obvio que, siendo los preceptos más relevantes de esta gestión, art.44 y 46 C.E., de los pertenecientes al Capítulo III, «de los principios rectores de la política social y económica, su virtualidad vienen dada, conforme al artículo 53,3, por las leyes de desarrollo, en este caso por la Ley 16/1985 de 25 de Junio del Patrimonio Histórico-Artístico español, que venimos glosando y ponderando desde el plano constitucional.

Esta ley, a nuestro entender, proyecta su mecanismo tutelar material en cuatro grandes líneas maestras, a saber: 1) Tabular; 2) Limitaciones a las facultades que integran la titularidad patrimonial; 3) Intervenciones o autorizaciones administrativas clásicas o típicas de carácter predominantemente urbanístico, pero también tributario, 4) Sancionatorio o punitivo.

Vamos a desarrollar las mismas sólo en la medida en que constituyen presupuestos necesarios de su engarce con la tutela procesal y, singularmente, de su conexión, inclusión o exclusión en su caso con la teoría, movimiento y técnica de los intereses difusos, dejando para estudiosos específicos de esta materia la consideración singular de estas cuestiones y su aproximación desde los sectores materiales correspondientes y con la técnica apropiada.

B) *Desde el Derecho Procesal*; objeto de peculiar ocupación y desde donde se ha exportado la teoría y ramificaciones de las modernas formas de tutela jurisdiccional que fluyen desde el hontanar de la cuestión de los intereses difusos.

3.- Como hemos anunciado esta tutela material la configuramos sistematizando el contenido de la L.P.H.E., en cuatro grandes vertientes, que, no obstante, por su propio carácter, son susceptibles de englobar varias concreciones o proyecciones singulares de tutela.

a) La tabular o registral, técnica consistente, como es sabido en la creación de un o unos registros de carácter más o menos público o administrativamente intervenidos con diversas finalidades, donde se toma constancia de las relaciones, sujetos y objetos en sus diversas vicisitudes jurídicamente relevantes, que se hallan sometidos a esa intabulación.

Así, y pormenorizando, nos encontramos con la creación de un registro General de bienes de Interés Cultural (art.12 LPHE. Y 21 RD. 11/1986 de 10 de Enero) y sus consecuencias anejas de introducción de

un Título Oficial que identifique los bienes y en el que se reflejarán todos los actos jurídicos o artísticos que sobre ellos se realicen (art. 13 LPHE).

En el mismo sentido, el establecimiento de un Inventario General de bienes muebles del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia (art. 26 LPHE.), con alcance y características, mutatis mutandis, semejantes al del Registro General.

En estos dos instrumentos, Registro e Inventario, se concreta fundamentalmente la tutela que denominamos tabular, sin perjuicio de derivaciones o consecuencias concretadas en otras subespecies o variedades de esta tutela; así la catalogación que en los instrumentos de planeamiento relativos a conjuntos históricos se realizará de los elementos unitarios que conforman al conjunto (art. 21 LPHE.), o el *Libro de registro* de las transmisiones sobre determinados bienes muebles (art. 26.4 LPHE. Y 27 RD.) que han de llevar las personas o entidades que ejerzan habitualmente el comercio de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico y que deben de formalizar ante el órgano competente de la protección de este patrimonio en la correspondiente Comunidad autónoma (mutatis mutandis son aquí incluibles los planes nacionales de información sobre el Patrimonio Histórico Español; art. 31 LPHE).

b) Limitaciones a las facultades que integran la titularidad patrimonial.

Aquí comprenderíamos tanto las que abarcan las restricciones a la *libre disposición* objetiva, como la especial (exportación e importación), arts. 5, y títulos III y IV, así como art. 56 LPHE.; y las que corresponden al libre uso y disfrute (art. 13.2 LPHE.), comprimiendo o restringiendo las facultades dominicales, toda vez que imponen al titular «lato sensu» (propietarios y, en su caso, titulares de derechos reales sobre tales bienes, o quienes los posean por cualquier título) la obligación de permitir y facilitar su *inspección* por parte de los organismos competentes, su *estudio* a los investigadores, previa solicitud razonada de estos y su *visita pública*, en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados. El cumplimiento de esta última obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la administración competente cuando medie causa justificada (el derecho de visita

pública se concreta y pormenoriza en la disposición adicional 4ª del R.D. 111/1986).

En el caso de bienes muebles se podrá, igualmente, acordar, como obligación sustitutoria, el Depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición durante un periodo máximo de cinco meses cada dos años.

Esta obligación de carácter perfecto, en cuanto la consecuencia sancionatoria que lleva aneja su incumplimiento (a salvo la dispensa total o parcial por la administración competente cuando medie causa justificada, prevista por el propio art. 13.2 LPHE.), es la prevista en el art. 76.1, a. LPHE., que establece una sanción económica, caso de ser valorable, consistente en una multa del tanto al cuádruplo del valor del daño causado. Esta obligación, decimos en el plano puramente ius privatístico, implica en su tetrapartita manifestación: *inspección, estudio, visita pública y depósito*, no ya un vaciamiento y restricción de la facultad directiva, organizadora y ordenadora del titular, sino que es constitutiva de una verdadera publicización del derecho patrimonial.

En el mismo sentido limitativo del derecho aunque, a nuestro ver, sin esa nota o matiz de publicización, se enmarca la configuración de la *adquisición preferente: tanteo y retracto* (art. 38 LPHE.), ya conocida en otros ámbitos materiales como mecanismo técnico que ha dado apreciables resultados.

Por fin con carácter de *intervención máxima: la ejecución subsidiaria de obras, la realización directa de las obras* necesarias por la administración (art. 36,3 ) y la *expropiación forzosa* de los bienes declarados de interés cultural (art 36 y art. 37,3); y en este sentido también se ha de tener en cuenta lo dispuesto en el art. 44.4 respecto a los *descubrimientos*.

c) *Intervenciones o autorizaciones administrativas clásicas o típicas* de carácter predominantemente urbanístico (art. 16 y concordantes, LPHE.) aunque también con relieves tributarios (art. 30 LPHE.).

Aquí se puede citar, singularmente, la necesidad de que los Municipios redacten un *Plan Especial* de protección del área afectada por la declaración u otro *instrumento* de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias establecidas en esta Ley (art. 20 LPHE.).

d) *Delineamiento de un régimen de infracciones administrativas y sus sanciones*. Título IX, arts. 75 a 78 LPHE.

En fin, frente a estas líneas maestras, no es menos relevante muestra de la especial preocupación del legislador, la amplitud, detalle y especificación objetiva que expresa al describir los bienes objeto de tutela, así en el art. 1.2 LPHE., establece y desmenuza los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español: los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico. De este modo, el legislador pretende cubrir y abarcar todas las hipótesis pensables, en la tipología de los bienes culturales<sup>5</sup>, así como garantizar los principios de seguridad y legalidad punitiva, esto es, la más eficaz protección de todas las formas de bienes culturales.

4.- Pero donde parece más pertinente la faceta de protección, es en la tutela o garantía procesal<sup>6</sup>.

Es cierto que la cuestión de la protección del patrimonio Histórico-Artístico es una preocupación casi obsesiva del legislador, que utiliza el vocablo «protección» de modo destacado e intermitente: así, en el Preámbulo, párrafos II, VI, X; en el articulado: arts. 1.1, 2.1 (donde acude al verbo *garantizar*; así como al de *tutelar*), 4, 5.3, 9.1, 21.1, 22.1, 25; y en el epígrafe del Título IV «Sobre la protección de los bienes muebles e inmuebles».

Ahora bien, la tutela o protección más relevante –en cuanto tutela de segundo grado, última palabra o ratio jurídica, de carácter reforzado e insufladora de seguridad y certeza a las relaciones jurídicas mediante la institución y técnica de la cosa juzgada– es la tutela jurisdiccional, en sentido lato procesal. A este respecto la LPHE contiene previsiones interesantes.

En efecto, la LPHE, configura básicamente mecanismos, mediata o inmediatamente, de tutela procesal, todos por la vía de la legitimación, a saber:

5. Para el Derecho Comparado, en cuanto a tipología, vid. ALIBRANDI-FERRI. «I beni culturali e ambientali», Torino, 1985, pág. 243 y ss.

6. Cfr. LOZANO-HIGUERO «Introducción al Derecho Procesal», op. cit. págs. 80 y 179; además, y preferentemente, tanto para el Derecho comparado, como para el Derecho Español, histórico y positivo, la obra, de superlativo valor, de ALEGRE AVILA, J.M. «Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico», Madrid, 1994, 2 vols., esp. I, pág. 321 y ss. (aunque es monografía de obligada consulta por su vigor, plenitud y profundidad).

a.- *La atribución a cualquier persona del derecho y posibilidad de incoar expediente para la declaración de un bien de Interés Cultural* (art.10 LPHE), con sus vicisitudes oportunas. La propia ley señala que el Organismo competente decidirá si procede la incoación pero, en todo caso, permite la entrada del ciudadano en la jurisdicción administrativa.

b.- *La denuncia pública* (art. 8.1 LPHE): Las personas que observen peligro de destrucción o deterioro en un bien integrante del Patrimonio Histórico Español deberán, en el menor tiempo posible, ponerlo en conocimiento de la administración competente, quien comprobará el objeto de la denuncia y actuará con arreglo a lo que en esta Ley se dispone.

Siguiendo el paralelo de los arts. 262 y 264 LECR, el primero configura la denominada *denuncia-obligación* (sanciona su omisión con la correspondiente multa), y el segundo, 264, la *denuncia-deber* (que, aunque no fija sanción pecuniaria alguna, integra un requerimiento de cooperación ciudadana en la lucha contra el crimen<sup>7</sup>), podemos hablar de una hipótesis de denuncia-deber en los arts. 75 a 78 LPHE, ya que en ellos no se anuda consecuencia sancionatoria, aunque teniendo en cuenta que estamos ante una denuncia-deber más mitigada que en el supuesto del art. 264 LECR., sin que por ello integre un caso de *denuncia-facultativa*. Aquí, el legislador ha sido timorato, o excesivamente ingenuo, al confiar en la desinteresada colaboración ciudadana. ¿No se hubiera podido, en este caso, pensar en un sistema de incentivos económicos?

En cuanto a la naturaleza jurídica, además, supone una variedad de *participación de conocimiento*.

c.- *La acción pública (popular)* del art. 8.2 LPHE. «Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales Contencioso-administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español».

Sin perjuicio de apuntar y delimitar la verdadera virtualidad jurídica de esta institución más adelante, en el seno de su operatividad en la teoría y técnica de los intereses difusos, anticipemos ahora que se trata de una manifestación de la acción popular en el ámbito del proceso administrativo, mas que de una acción pública; que, en nuestro criterio,

7. ALCALÁ-ZAMORA. «*Estudios de Derecho Procesal*», Madrid, 1934, págs. 91-93.

es aquella mediante la que se ejercita una pretensión pública, frecuentemente mediante un órgano específicamente establecido al efecto; p. ej. M. Fiscal; nos encontramos, pues, ante un supuesto de legitimación «*uti cives, quivis ex populo*»; en fin, como señaló Calamandrei, la acción popular es un autentico lujo del Derecho.

Una vez sentadas estas premisas, podemos también indicar que estas aproximaciones se refieren o intitulan como «los intereses difusos y la protección del Patrimonio histórico-artístico»; pero ¿qué suponen o como se vinculan los intereses difusos con la protección del Patrimonio histórico-artístico? Ello nos conduce a explicar, siquiera de la manera más compendiada o resumida posible, qué son los intereses difusos y cuál dicha relación con los bienes y objetos culturales; con el Patrimonio Histórico-Artístico.

5.- Antes que abrumar o confundir al profano o poco versado en esta obtusa terminología (y no menos obtusa lucubración técnica, gramatical y técnico-jurídica, a cuya responsabilidad no es totalmente ajeno quien expone, y por ese pecado de juventud, no excesivamente enmendado con el paso de los años y en sucesivas reelaboraciones, pedimos ahora disculpas), permítasenos reproducir aquí e ilustrar el tema con una definición, que luego será desmenuzada y explicada de lo que entendemos por intereses difusos:

«Son aquellos intereses de un sujeto jurídico en cuanto compartidos, expandidos, o compatibles, expansibles, por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, abstención y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolecen de falta de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en su tutela material y procesal»<sup>8</sup>.

8. LOZANO-HIGUERO, M. «*La protección...*» op. cit., pág. 155. Esta conceptualización ha tenido fortuna, jurisprudencial y doctrinalmente. Así la Sentencia de la Cámara Civil y Comercial de La Plata (Argentina) Sala 3ª de 9 de Febrero de 1995, que reproduce dicha definición y la acepta en materia de contaminación ambiental (vid. *Jurisprudencia Argentina*, n° 5954, 11-October-1995, pág. 39). FIX ZAMUDIO. «*Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*», en *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al Dr. Gutiérrez-Alviz Armario*, Valencia, 1988, pág. 158, nota 44. MORELO-STIGLITZ. «*Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*». La Plata, 1986, pág. 72. Vid. también BUJOSA. «*La protección...*», op. cit., pág. 65-84, donde recoge varias aproximaciones al concepto, e incluso formula una definición, pág. 81, a nuestro ver imperfecta, de cariz sociológico y ayuna de perspectiva jurídica. Acertadamente

Sentado ya el concepto, que luego será tratado pormenorizadamente, creemos preciso hacer unas consideraciones históricas y unas particularizaciones.

No nos ha sido posible, en nuestras sucesivas e intermitentes aproximaciones al tema, averiguar con exactitud, cuando o por quién se utiliza por primera vez la terminología «intereses difusos» para referirse a unas determinadas realidades jurídicas, a veces, o más rectamente, «aspiraciones» que no realidades. Se ha apuntado que fue Wolff, quien en 1763, se refirió a los intereses difusos en la Comunidad internacional, de los que se podía hablar en dos sentidos: como intereses típicos y propios de los Estados, en cuanto únicos sujetos de la vida internacional, y, como partícipes de la relativa potestad, que es atribuida de modo difuso a toda la colectividad y tiene forma jurídicamente descentrada, y no alcanza una voluntad imputable a una mayoría preconstituida o bien una autoridad estable; en segundo orden, como intereses de los individuos y de los grupos económicos sociales que viven en algún Estado determinado y que son representantes del mismo hacia el exterior frente a los de otros Estados<sup>9</sup>.

Sin embargo, conviene delimitar lo que bajo el rubro «intereses difusos» se comprende, pues son, al menos, manifestaciones conectadas, aunque diversas y obedientes a metodologías distintas: 1) el *movimiento político-social* que se centra o halla su núcleo más característico en el fenómeno de la «participación»; 2) la *teoría jurídica de los intereses difusos* (y su derivación en las diversas figuras institucio-

PELLEGRINI GRINOVER. «Acciones colectivas en tutela del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña de 24-7-1985, n° 7347)», en Revista JUS, (La Plata, Argentina), n° 38, 1986, pág. 64, que distingue entre intereses *colectivos* y *difusos* propiamente dichos, por la concurrencia en aquellos de un vínculo jurídico previo y formal que enlaza a un interés común o compartido por el grupo. También de esta autora, y en el mismo sentido: «La nueva normativa brasileña del consumidor», en *Estudios sobre consumo*, n° 25, Madrid, Diciembre-1992, pág. 14. «La *garanzie costituzionali del processo nelle azioni collettive*», en *Estudi in onore di Enrico Allorio*, I, Milano, 1989, pág. 478. Igualmente, desde la perspectiva penal, se adhiere a las tesis aquí sostenidas GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J. «Protección Penal del Patrimonio histórico español: aproximación a la situación actual y proyecto de Reforma», op. cit., pág. 486, nota 5.

9. LOZANO-HIGUERO, M. «La protección...» op. cit., pág. 140. BUJOSA. «La protección...» op. cit., pág. 63, se refiere a los antecedentes históricos de los intereses de grupo, y en particular al precedente de Wolff, sin extraer, como en general en toda su obra, consecuencias propias.

nales que abarca); 3) la *técnica de los intereses difusos*: conjunto de mecanismos de tutela, preferentemente de carácter procesal, creados o nacidos en los diversos sistemas para dar solución —rectius, soluciones— a las demandas de justiciabilidad de los intereses difusos, hasta el punto de que puede decirse, sin temor a parecer exagerados, que el moderno Derecho Procesal ha evolucionado al compás de la evolución que ha ido adoptando la teoría de los intereses difusos, de suerte que ha habido un perfecto trasvase, una suerte de vasos comunicantes, entre las fórmulas de justiciabilidad de los intereses difusos y las fórmulas generales construidas en el Derecho procesal clásico para responder a los problemas de la justiciabilidad de cada época.

Cappelletti, uno de los máximos procesalistas de la teoría presente (y no sólo procesalistas, también juristas en general), se ha ocupado de las diversas etapas evolutivas del Derecho Procesal, y, de este modo, desde 1965 ha hablado de: 1) la etapa de la *asistencia jurídica* (legal aid); 2) la de las reformas propuestas para dar *legitimación a los intereses difusos*, especialmente a los consumidores y para el amparo contra la contaminación ambiental; 3) la del *acceso a la justicia*, que va mucho más allá de los primeros enfoques, representando una tentativa mucho más sistemática y coherente<sup>10</sup>.

Más tarde, en el discurso de clausura del VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Utrecht, 24 a 28 de agosto de 1987, dedicado preferentemente a las cuestiones de sobrecarga y alternativas, bajo el lema de «Justicia y Eficiencia», habló de tres tendencias actuales del Derecho Procesal: 1) *social* (efectividad de acceso); 2) *constitucional*; 3) *transnacional*.

La tendencia *social* se muestra en una justicia con rostro humano, en la accesibilidad de los tribunales de justicia, en mejorar el acceso a los tribunales, en algo que podría intitularse «Law in the consumer perspective» (Edmon Cann, University of Pennsylvania Law Review, 1963), en cuanto perspectiva del consumidor de la Ley y la Justicia, lo que Werner Maihoffer ha denominado (1983) «kopernikanische Wende», que requiere a la Ley y al Gobierno, que exista un «um des Mecchen Willen<sup>11</sup>».

10. CAPPELLETTI-GARTH. «El acceso a la justicia» op. cit., pág. 38.

11. CAPPELLETTI. «Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad», Jus. Revista Jurídica, n° 39, 1988, La Plata, pág. 11.

La corriente *constitucional*, plasmada en el VI Congreso Internacional, de Würzburg, 1983, se refirió a la «Efectividad de la protección judicial y del orden Constitucional», dedicándose a las *class actions*, *verbandsklage* y las *actions collectives*.

Fix Zamudio<sup>12</sup>, un relevante procesalista y comparatista iberoamericano, se ha pronunciado sobre la repercusión de este movimiento social-político en el campo jurídico, diciendo que estos intereses, llamados también transpersonales o fragmentados, o fragmentarios, a su juicio, son aquellos que corresponden a un número indeterminado de personas que no están agrupadas o asociadas para la defensa de sus intereses comunes, como ocurre con los sindicatos de obreros y campesinos, los colegios profesionales o las cámaras empresariales, sino que forman conglomerados dispersos, como son los integrados por los consumidores, los afectados por la contaminación, los interesados en defender el patrimonio artístico o cultural o los que se oponen al deterioro de las zonas urbanas o pretenden su mejoramiento. Este material ha sido objeto de una gran atención por parte de la doctrina procesal en los últimos años, debido a las transformaciones legislativas y las corrientes jurisprudenciales que han reconocido la necesidad de tutelar los citados intereses de sectores sociales indeterminados, pero que asumen una creciente importancia en la vida social contemporánea, especialmente, debido a los problemas, también en aumento, de la industrialización, del desarrollo tecnológico, de la concentración urbana, entre otros, que afectan de manera considerable a dichos grupos de composición incierta.

Si tomamos en cuenta la evolución que se advierte en este campo desde el Derecho Comparado, existen tres soluciones esenciales de carácter legislativo: I) la primera, que se puede calificar de tradicional, confiere al Ministerio Público la facultad de promover la defensa de los intereses colectivos de carácter social, cuando los mismos no corresponden a grupos o asociaciones determinadas; II) el otorgamiento de legitimación a personas o asociaciones privadas de la facultad de

12. FIX ZAMUDIO. «Problemas actuales de la Justicia», op. cit. pág. 139, contribución valiosa comparatísticamente de este autor, que reproducimos (no citada, p. ej. en la obra de Bujosa, cit., a pesar de que en el Prólogo se dice, pág. 10, «...del tratamiento riguroso (?) del tema...»), más extractadamente, vid. VESCOVI. «Teoría General del Proceso», Bogotá, 1984, págs. 322-326, donde se contiene un acertado resumen de la evolución comparatística, con acertados enfoques institucionales.

acudir al proceso en representación de los citados intereses difusos, con la previa autorización del Ministerio Público, por conducto de lo que se ha calificado como «relator actions», reguladas por los ordenamientos de Inglaterra y de otros países de la familia del Common Law, como Australia y Nueva Zelanda; III) el acceso directo de las propias personas o asociaciones en representación de los mencionados intereses transpersonales, de acuerdo con las llamadas «class o public interest actions», que se han desarrollado particularmente en los EEUU, pero que también han dado lugar a reformas legislativas y desarrollo jurisprudencial en varios países de Europa Continental.

Por lo que se refiere a Iberoamérica, puede destacarse una evolución que se inicia con la protección de los intereses de los consumidores, en particular de manera preventiva, y al respecto se destacan como ejemplos, las leyes de protección y defensa del consumidor de Venezuela (5-Agosto-1974); Costa Rica (28-Febrero-1975, reformada en 1982), Ley Federal Mexicana de Protección al Consumidor (19-Diciembre-1975, en vigor desde el 5 de Febrero de 1976). Pero entre todas, como más relevante, puede y merece citarse el caso brasileño. En efecto, la Constitución Federal de 1967-69, preveía una acción popular en el art. 153, párrafo 31. Esta institución tenía por finalidad la anulación de los actos lesivos a las entidades públicas, al respecto, la *Ley 4717 de 26 de Junio*, que regula las posibilidades accionatorias con gran flexibilidad, pues admite el ejercicio de la acción para tutelar los bienes, de las entidades públicas referidas, de valor económico, artístico, estético, histórico y turístico, de manera que se emplea validamente, de acuerdo con la jurisprudencia, por personas y asociaciones que promueven la protección procesal de los intereses de grupos indeterminados relacionados con el medio ambiente, el desarrollo urbano o el patrimonio artístico o cultural.

En el mismo sentido, la Ley n° 6513 de 1977, trasciende decididamente del ámbito de los intereses pecuniarios para comprender los bienes y derechos de valor económico, artístico, estético, histórico y turístico.

Ulteriormente se aprobó la Ley 7347 de 24 de Julio de 1985, de acciones colectivas, en tutela del ambiente y de los consumidores<sup>13</sup>, que

13. PELLEGRINI GRINOVER, A. «Acciones colectivas en tutela del ambiente y de los consumidores» (op. cit.), pág. 63 y ss.

regula la acción pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico y turístico, sin perjuicio de la acción popular señalada anteriormente. Dicha acción puede ser ejercida (al igual que las medidas precautorias correspondientes) ante el juez que resida en el lugar en el cual se efectúa o pretenda llevarse a cabo el daño, por el Ministerio Fiscal, por la Federación, por los Estados y Municipios, los organismos descentralizados, empresas públicas, fundaciones y sociedades de economía mixta, o por asociaciones privadas, estas últimas cuando incluyan en sus finalidades institucionales la protección de los citados intereses.

Con carácter de apretado resumen, pueden citarse, como puntos más destacados de la Ley 7347:

1) La creación de un régimen de *legitimaciones combinadas*: M.P., asociaciones, que constituidas por lo menos con un año de anterioridad, conforme al Código Civil, tengan como finalidad institucional la tutela de los bienes indicados por la ley. Se considera con criterios flexibles

---

Sobre el mecanismo de las «class actions», vid. LOZANO-HIGUERO. «La protección...» pág. 242.

TAMAYO Y SALMORAN, R. «Class action. Una solución al problema del acceso a la Justicia», Bol. Mex. Der. Comparado, n° 58, Ene-Abr. 1987, pág. 14. FRIDENTHAL-KANE-MILLER. «Civil procedure», St. Paul, Minnesota, 1985, pág. 772. Y los excelentes y muy documentados trabajos de GIUSSANI, A. «Le mass tort class actions negli Stati Uniti»;

Rivista Critica del Diritto Privado, Napoli, 1988, 2, pág. 331 y ss. y «La prova statistica nelle class actions», Rivista Diritto Processuale, 1989, 4, pág. 1029 y ss. BUJOSA. «La protección...», op. cit., pág. 287 y ss. MARÍN LÓPEZ, J.J. «Comentarios al art.: 20.1-2 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios», En *Comentarios a la Ley General*, etc., coordinados por Bercovitz y Salas, Madrid, 1992, pág. 572. A decir de Fairén Guillén en los países donde exista acción popular, como en España, no habrá muchos inconvenientes para el trasplante de las class actions. La mentalidad del abogado, ha de ser muy semejante a la del que promueve y defiende una «acción popular». Esta, tiene una mucho mayor extensión que la «defensa de intereses difusos», ya que aquí, se trata de un grupo de individuos (aunque formen masa amorfa) el cual ha de pertenecer, por la lógica de los casos, a una organización superior, sea un Estado, sean varios. Por lo tanto, cuando se cuente en España con una buena ley de protección de los intereses difusos en el proceso, los abogados se hallarán en una base de partida más favorable que la de aquellos que no conocen la acción popular. (FAIREN GUILLÉN. «Problemas actuales de Derecho Procesal». México, 1992, págs. 166 y 167).

A nuestro juicio, el trasplante no es tan sencillo, pues si no hay problemas con la apertura legitimatoria superior (uti cives) en la acción popular respecto a la class action (uti universi), sí la hay en cuanto a la legitimación pasiva (defendant class actions) y sobre todo en cuanto a los efectos vinculatorios de la resolución final.

la «adecuada representatividad del portador individual de la acción colectiva». No se excluye la acción popular. Esto en cuanto a la legitimación activa; en cuanto a la pasiva, permite la intervención como litis-causantes del demandado a los entes públicos y a las asociaciones legitimadas para accionar.

2) En cuanto a la cosa juzgada, no se propugna la extensión «ultra partes secundum eventum litis»; en esto se sigue el régimen de la acción popular constitucional, la autoridad de la sentencia se extiende a los terceros, tanto en el caso de estimarse, como de desestimarse, salvo cuando el juez expresamente declare el «non liquet», por insuficiencia de pruebas, supuesto en el cual la sentencia no supone cosa juzgada material, pudiendo ser reproducida la pretensión, siempre que se base sobre nuevas pruebas.

3) Se establece un flexible régimen del *coste del proceso*, abierto a la accionabilidad pero sancionatorio de la temeridad.

4) *Medidas provisionales y de urgencia*, la multa diaria o la ejecución específica, etc, son materias y cuestiones que aborda la nueva ley con agudeza de planteamientos y notable *factura* técnica.

Esta norma, en cuanto a la operatividad práctica, se concilia en el ordenamiento brasileño con la Ley 7244/84 de 7 de Noviembre, prevista para las pequeñas reclamaciones, a semejanza de la experiencia de las «*small claims courts*» USA. (Las reclamaciones en USA no pueden exceder de 3000 dólares, en Brasil de 20 veces el salario mínimo), y muy útil como instrumento procesal para la tutela de intereses concernientes a los pequeños litigantes (consumidores, etc, categorías características de los intereses difusos) por su flexibilidad y adaptabilidad, así como por la ausencia de formalismos propios del proceso tradicional o de la justicia formal clásica. Los principios básicos de la Ley son: facultatividad, búsqueda permanente de la conciliación, simplicidad, oralidad, informalidad, economía procesal y celeridad, así como, aunque la ley no lo mencione expresamente, se deduce del art. 2, un aumento de los poderes del juez<sup>14</sup>.

---

14. DINAMARCO. «Principios e criterios no processo das pequenas causas», en Juizado especial de pequenas causas. Watanabe K. Coordinador, São Paulo, 1985, pág. 119 y ss.

Para las «small claims courts» en USA, y en general, en Derecho Comparado, vid. CAPPALLETTI-GARTH «El acceso...» op. cit. pág. 105 y ss.

Pero el ordenamiento brasileño ha dado un paso más, y así, en la cercana Constitución del 5 de Octubre de 1988, el art. 5, párrafo LXXIII, dispone: cualquier ciudadano es parte legítima para proponer una acción popular dirigida a anular un acto lesivo al patrimonio público o de una entidad de la que el Estado participe, a la *moralidad* administrativa, a un ambiente mejor y al patrimonio histórico y cultural, estando el actor, salvo que actúe de mala fe, exento de costas judiciales o de la carga del vencimiento<sup>15</sup>.

Nos interesa aquí destacar que se ha producido así, en este ordenamiento, la constitucionalización de la acción popular para la tutela del Patrimonio Histórico-Artístico. Mas el Derecho brasileño, siempre pionero en estas cuestiones, ha consagrado, en una última etapa normativa, los mecanismos tutelares de los intereses difusos en el Código de Defensa del Consumidor (Ley n° 8078, de 11 de Septiembre de 1990), desde la utilización en un texto jurídico-positivo de la terminología «intereses difusos» (art. 6 VII: son derechos básicos del consumidor: el acceso a los órganos judiciales y administrativos, con vistas a la prevención o reparación de daños patrimoniales y morales, colectivos y difusos...), hasta su definición: art. 81, I: «intereses o derechos difusos, así entendidos para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho» y II: «Intereses o derechos colectivos, así entendidos, para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas, ligadas entre sí con la parte contraria por una relación jurídica base». Pero las innovaciones, dentro del abanico de instituciones procesales englobables en la técnica de los intereses difusos, no acaban ahí, en la utilización en el articulado de la peculiar terminología, también en materia de competencia (art. 101,1), posibilidad de varios tipos de acciones (art. 83), regulación de la cosa juzgada y la extensión de sus efectos «erga omnes» y «ultra partes» (art. 103), litispendencia (art. 103), acciones colectivas para la defensa de los intereses individuales homogéneos (arts. 91 y ss.), etc...<sup>16</sup>

15. PELLEGRINI GRINOVER, A. «Le garanzie del processo civile nella nuova costituzione brasiliana», Riv. Dir. Processuale, 1989, 2, pág. 479.

16. Vid. PELLEGRINI. «La nueva normativa...» op. cit., pag. 13 y ss., donde comenta, amplia y autorizadamente, el Código de Defensa del Consumidor, que entró en vigor el 11 de Marzo de 1991. BARBOSA MOREIRA. «La iniciativa en la defensa

Otra expresión normativa de esta realidad se contiene en el art. 53 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (Montevideo, Marzo de 1988) y en su paralelo Uruguayo (en vigor desde Octubre de 1989). Es el supuesto de la representación en caso de intereses difusos. «En el caso de cuestiones relativas al medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo determinado de personas, estarán legitimados indistintamente, para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la Ley o a juicio del Tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido».

6.- Si quisiéramos recapitular ahora, diríamos al respecto que existen unos bienes jurídicamente relevantes, objeto de grave preocupación en su cuidado, conservación, goce y disfrute por la colectividad que pueden denominarse *bienes culturales*. Que esta preocupación se manifiesta en su atención fáctica y en su regulación jurídica. Que de esta regulación se asciende hasta la Constitución y se desciende hasta disposiciones de ínfimo rango, pero que, lo que más importa, desde la perspectiva jurídica, es la protección y garantía de dichos bienes, que integran el genéricamente denominado Patrimonio Histórico-Artístico.

---

*judicial de los intereses difusos y colectivos (Un aspecto de la experiencia brasileña)*», en Revista de Derecho Procesal, 1992, n° 3, pag. 527 y ss., donde pone, acertadamente, de relieve (pág. 528) que los conceptos de «interés difuso» y de «interés colectivo» desde hace mucho empleados por la doctrina, aunque no siempre en forma unívoca, están ahora entre nosotros, legalmente fijados. En efecto, el artículo 81, párrafo único, de la Ley n° 8078, define ambas categorías: difusos son los intereses «transindividuales», de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho (núm. I); *colectivos* son los intereses «transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea sujeto un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base». Sin embargo, el art. 7-3 L.O. del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985, queriendo ser una aportación normativa novedosa en el sistema español, nace técnica y sociológicamente anticuada. No distingue entre intereses difusos e intereses colectivos, considera a estos últimos como manifestación de los intereses legítimos —lo que a nuestro juicio es un craso error— y, por último, reduce el problema —no obstante ser esta una importante cuestión— a la legitimación, pero restringiendo esta a «las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción» sin percatarse que «el adecuado portador o sujeto exponencial» puede ser un sujeto individual que actúe «uti universi» en nombre y representación de la categoría (sobre esto último, vid. LOZANO-HIGUERO. «La protección...», op. cit., pag. 247 y ss., idem «Introducción al Derecho Procesal», págs. 139 y 200).

Que el Derecho Procesal (junto con el Administrativo) es uno de los más preocupados y esmerados en otorgar dicha tutela o protección; a tales fines, e inserto el Derecho Procesal en una profunda revisión y renovación de sus categorías y figuras institucionales, ha acudido a una de las corrientes o tendencias que más emergen, incluso universalmente, en la actualidad: la de los intereses difusos.

Pero por intereses difusos se entienden, o deben entenderse, tres cosas: a) el *movimiento* socio-jurídico (y aún político) que comprende; b) la *teoría jurídica* (de carácter interdisciplinar) que trata de ocuparse de los intereses difusos y las figuras institucionales que encierran; c) *las técnicas tutelares de los intereses difusos*, o mejor, y abreviadamente, la *técnica de los intereses difusos* que, nacida en la renovación y reelaboración de las instituciones y conceptos procesales, para atender los requerimientos instrumentales (si bien jurídicos) que suscitan el movimiento y la teoría de los intereses difusos, está siendo exportada a otras disciplinas.

Por último, que todas estas circunstancias están traducándose, legislativamente, en ordenaciones novedosas, y aún revolucionarias dogmática y técnicamente, que, con carácter específico, tratan de dar respuesta normativa a todo este conjunto de cuestiones. Estas ordenaciones, nacidas en un principio, y aplicadas así jurisprudencialmente al ámbito de los consumidores y usuarios, se van extendiendo a otros sectores objeto de preocupación colectiva, generalizada o «difusa», como son la ecología, el ambiente y, el que aquí nos interesa, el patrimonio histórico-artístico.

7.- Sentadas las precedentes recapitulaciones, creemos que es el momento de abordar y establecer lo que pudieran ser las líneas básicas o maestras de la teoría de los intereses difusos.

En primer lugar, en cuanto a la terminología; ¿porqué intereses difusos? Ya hemos dicho anteriormente que no nos ha sido posible localizar el origen técnico-dogmático moderno del término, ni qué quiere decirse con ello. La pluralidad de denominaciones, así como incluso las chanzas al respecto, no son desdeñables<sup>17</sup>, pero los distintos términos se agolpan: metaindividuales, transpersonales, supraindividua-

17. Vid. MONTERO AROCA, J. «Derecho Jurisdiccional», II, Barcelona, 1989, pág. 109, quien se refiere con tratamiento humorístico, a ellos, como «Profundos» (sic, quiere decir «profusos»), confusos y difusos.

les, categoriales, grupales, heteóclitos, fragmentarios, colectivos<sup>18</sup>, pero con clara preferencia para utilizarlos indistintamente con esta terminología: colectivos o difusos. Y así en algún texto legal, a. e. la Ley Orgánica del Poder Judicial española de 1985, en su art. 7.3, los equipara (y como luego veremos, los confunde) al señalar: «Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

En efecto, aunque para gran parte de la doctrina, la jurisprudencia italiana, y la legislación, como hemos visto, son términos equivalentes (guiados erróneamente por la nota de generalidad o comunidad a un número no determinado de sujetos), la doctrina más caracterizada los distingue: ya por la pertenencia de los colectivos a una clase, y los difusos a un sector de actividad (Bricola); ya por la ausencia de unificación en los difusos (Nigro)<sup>19</sup>; o porque los intereses difusos no están provistos de acción; o, se suele poner el acento en el grado de organización de los intereses colectivos, superior al de los difusos (en estos a veces inexistente)<sup>20</sup>. Con todo parece oportuno distinguir entre intereses colectivos y difusos propiamente dichos<sup>21</sup>.

Aún considerando a ambos como metaindividuales, no referibles a un determinado titular, se designan como «colectivos» a aquellos intereses comunes a una colectividad de personas, y sólo a estas, cuando existe un vínculo jurídico entre los componentes del grupo: la sociedad comercial, condominio, la familia, las entidades profesionales y el mismo sindicato, que dan origen al nacimiento de intereses

18. Vid. LOZANO-HIGUERO, M. «La protección...», op. cit., pág. 148; difuso, gramaticalmente, significa extenso y poco preciso. BUJOSA. «La protección...» op. cit. pág. 59.

19. Vid. Para todas estas referencias, LOZANO-HIGUERO. «La protección...» op. cit. págs. 145-146.

20. FEDERICI, R. «Gli interessi diffusi. Il problema della loro tutela nel diritto amministrativo», Pavoda, 1984, págs. 19-22.

21. BUJOSA. *La protección...* 2 op. cit., pág. 62 y ss., prefiere englobar ambas hipótesis bajo el rubro: intereses de grupo, de lo que discrepamos, toda vez que la idea de *agrupamiento* es extraña al concepto de interés difuso (en análogo sentido Pellegrini y Barbosa y el Código brasileño del Consumidor, art. 81, cits.)

comunes, en función de una relación-base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que aún no confundiendo los intereses estrictamente individuales de las personas permite su identificación. Por intereses propiamente difusos se entienden aquellos que, no fundándose sobre un vínculo jurídico, se basan, en cambio, en situaciones de hecho a menudo extremadamente genéricas y contingentes, accidentales y mutables, como el vivir en la misma zona, consumir el mismo producto, estar en determinadas circunstancias socio-económicas o someterse a particulares empresas<sup>22</sup>.

En definitiva, los criterios apuntados de inorganización, inexistencia de vínculo jurídico-formal previo, delimitación preestablecida del adecuado portador o representante, parecen notas distintivas, ora aislada, ora combinadamente, para ser utilizadas al efecto<sup>23</sup>. Mas, para nosotros, profundizando en anteriores aproximaciones y asumiendo lo ya allí sentado<sup>24</sup>, las *notas que caracterizan* a los intereses difusos son:

22. PELLEGRINI. «*Acciones colectivas*», cit., págs. 6465.

23. BUJOSA. «*La protección...*» op. cit., pág. 69 y ss, aborda los criterios distintivos acopiados opiniones ajenas; como propios señala el *subjetivo*, el *objetivo* y el *normativo*, a nuestro ver insuficientes.

24. LOZANO-HIGUERO, M. «*La protección...*», op. cit., págs 156-161. La obra está elaborada en 1982, y desde entonces la «teoría» y «movimiento» de los intereses difusos, como llenos de «viscosidad» y «elasticidad» conceptual y socio-política han estado, y vienen estando, sometidos a diversas vicisitudes, replegándose y expandiéndose, tanto en la doctrina como en la legislación, hasta el extremo que, a veces, nosotros mismos hemos llegado a dudar, y aún cuestionamos, su vigencia, fructuosidad y relevancia técnico-dogmática; incluso preguntándonos si no estaríamos en presencia de una «moda» político científica, creada más por afán de «snobismo» que por auténtica profundidad y repercusión de los problemas surgidos a su alrededor. Pasadas esas «pleamar» y «bajamar» creemos que se trata, por lo que entraña, las preocupaciones sociales y jurídicas que suscita, los problemas que aborda y las soluciones que a su calor nacen, de un movimiento y un conjunto de temas de trascendental importancia. Un auténtico terremoto tanto en los aspectos material como procesal, frontera entre ambos sectores del ordenamiento y «nueva frontera» para los estudios jurídicos. Pensamos, por tanto, que nos hallamos ante cuestiones que muestran la internacionalización e intercambiabilidad de fórmulas de los sistemas jurídicos (sobre todo «common Law» y «civil law») y su adaptabilidad para ofrecer adecuada respuesta a los nuevos problemas sociales y políticos de nuestros días. No obstante, las voces crítico-científicas siguen y no son desdeñables sus argumentos, sobre todo, desde las perspectivas y técnicas jurídicas de IR dogmática tradicional, vid., vgr. MONTESANO. «*La tutela giurisdizionale dei diritti*», Torino, 1985, págs. 101-102 y nota 22. También FAZZALARI. «*Istituzioni*», op. cit., pág. 294 y ss, planteándose las cuestiones relativas al encuadramiento de los intereses difusos en el sistema de la tutela procesal.

Acceptando las cinco notas caracterizadoras aquí enunciadas: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J. «*Protección Penal*», cit., pág. 493.

- a) *Fungibilidad* (subjetiva y objetiva).
- b) *Hipojusticiabilidad* (deficiente tutela procesal).
- c) *Debilidad o inestabilidad organizativa e indeterminación subjetiva* (numéricamente).
- d) *Hiporregulabilidad* (insuficiente o deficiente regulación o cobertura normativa).

e) *Laxitud y flexibilidad del interés material sustentador o legítimamente de la pretensión*; en este caso no ya el interés legítimo, por supuesto nunca el derecho subjetivo, ni cualquier interés directo, sino el *interés reflejo*, esto es, hasta incluso a veces, basta la situación afectada, o afectable, por un efecto jurídico reflejo para poder solicitar la tutela de dicho interés, obviamente difuso<sup>25</sup>. Es el supuesto, típico de la Jurisprudencia norteamericana en materia de consumidores del «bystander», es decir, la persona ajena a la relación jurídica de consumo que se ve perjudicado por los efectos nocivos o incorrectos del producto<sup>26</sup>.

De estas notas, las más destacables nos han parecido siempre la de la fungibilidad y la de hipojusticiabilidad. La primera se refiere a que tanto el sujeto activo de la relación en que se concreta o de que trae causa el interés difuso (ej. consumidor, igual puede ser consumido el producto, utilizado o adquirido por A, por B, o por C, indistintamente) como el objeto (bien) son perfectamente fungibles o sustituibles, son genéricos, pertenecientes a una eventual clase, categoría o grupo (decimos eventual porque de la *unificación* o *vinculación* sólo puede hablarse como recurso expresivo o «a posteriori», pues, normalmente, la nota vinculativa, o agrupativa, falta y esa indeterminación o desvinculación caracteriza precisamente al interés difuso frente al colectivo), sin que se

25. Sobre los «efectos reflejos» (Reflexwirkungen), vid. IHERING. «*Die Reflexwirkungen und die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen an dritte personen*», Jarbucher für die Dogmatik des Heutigen römischen und deutschen privatrechts, 1871, pág. 245 y ss.; KUTTNER. «*Die Privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile*», Abhandlungen Fischer München, 1908; CARNELUTTI. «*Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*», Studi di Dir. Proc. Civ. I, Pavoda, 1925, pág. 441.

26. Bajo la expresión «bystander» se engloba la referencia a aquellas personas que, sin encontrarse en el círculo de posibles dañados por el uso o consumo, propio o ajeno, del producto, han sido accidentalmente lesionados, por ejemplo, la persona que, al pasar por delante de una vivienda, sufre un daño como consecuencia de la explosión de una bombona de gas, cfr. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. «*La responsabilidad civil del fabricante*», Bolonia, 1974, pág. 199, nota 26; CABANILLAS MÚGICA. «*Responsabilidad civil y protección del Consumidor*», Palma de Mallorca, 1985, pág. 176.

hallen individualizados, o, al menos, no importe su individualización (no es un cuadro pictórico con firma; un objeto no seriado sino numerado exclusivamente, no entraría en la conceptualización). La excepcionalidad no es categoría encuadrable en la teoría de los intereses difusos, tampoco la especificidad.

La hipojusticiabilidad, hace referencia, precisamente a la inexistencia de remedios procesales idóneos, esto es, a la existencia de una tutela vaga (difusa), de difícil utilización y accesibilidad, no ya con mecanismos lentos, caros y obsoletos, sino, y lo volvemos a repetir, precisamente a la inexistencia de los mecanismos. Se pone el énfasis tanto en la dificultad de accionar, como en la inexistencia de acción supraindividual. Lo característico de los intereses difusos es que puedan accionar en defensa de ese interés, tanto el no directamente afectado, como, el directamente afectado, pero siempre en interés y beneficio (con efectos jurídicos de la resolución judicial expandibles a los demás miembros) de todos los demás, incluso de sujetos indeterminados. Por eso se buscan remedios específicos en punto a la legitimación, más allá de la «uti singuli», para, pasando por la «uti universi» (categorial, grupal o legitimación genérica) propia de los intereses difusos, llegar a postular la legitimación «uti cives», esto es la acción popular, momento en que se habría cerrado el ciclo y desvanecido el núcleo de la hipojusticiabilidad. En suma, puede decirse: allá donde exista fungibilidad subjetiva y objetiva, porque el bien sea único e irrepetible, o porque sólo pueda encontrarse vinculado a esa relación de tráfico un sujeto individual e individualizado, insustituible subjetivamente sin que se transforme la relación de tráfico. O bien, o cumulativamente, si el interés difuso (o pretendidamente difuso) es objeto de una específica y detallada regulación y cobertura normativa, tanto iusmaterial, como sobre todo iusprocesal –desde luego hablamos potencialmente, y en puridad teórica, cuestión distinta es que la existencia de una calamitosa administración de Justicia haga ilusorias las promesas o hipótesis del legislador respecto a la efectiva virtualidad de la *justicia formal*, pero eso es, repetimos, otro problema, más sociológico y de eficacia de la justicia que teórico, aunque evidentemente, se ponga más de relieve con la *hiperlitigiosidad* que suponen las reclamaciones en materia de intereses difusos, ej. demandas de consumidores, que entrañan más «sonoridad social» y una exigencia de mayor celeridad y efectividad práctica, para no convertirse en puras ilusiones formales–.

Por encima de todo si el interés difuso se halla tutelado por un instrumento de máxima apertura a la justiciabilidad, configurando una legitimación «uti cives», la acción popular<sup>27</sup>, entonces podemos decir claramente que nos encontraremos con un interés difuso que hemos denominado impropio<sup>28</sup> con una hipótesis de interés integrante del «movimiento» de los intereses difusos, participante de varias o algunas de las notas que caracterizan a los intereses difusos *proprios*, a los que se podran aplicar o extender algunos de los instrumentos o mecanismos de la *técnica* de los intereses difusos<sup>29</sup>, pero no estaremos, repetimos, en presencia de un auténtico interés difuso.

27. Vid. LOZANO-HIGUERO. «*La protección...*» op. cit., pgs.252-253, sobre la acción popular, en general, vid TROCCOLI. «*La difesa giudiziari degli interessi dei comuni*», Torino, 1970, pag. 311 y ss. Sin embargo, aún siendo la acción popular, el remedio mas profundo y mas pleno, hasta llegar a ella, los sistemas ofrecen no sólo esta vía y variedad legitimatoria, sino otras varias, estudiadas, tanto en el derecho angloamericano, como, con técnicas continentales, sobre todo en el derecho italiano, vid. FRIGNANI. «*L'infuzion nella common law e liniltorie nel diritto italiano*», Milano, 1974; en general, sobre la tutela inhibitoria, la resarcitoria, etc, y las distintas formas de tutela, «*Processo e tecniche di attuazione dei diritti*», a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989. Desde la perspectiva general, pero considerando especialmente la repercusión de la acción popular en el proceso penal, GÓMEZ ORBANEJA «*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*», II, Barcelona, 1951, pag. 227 y ss.

28. LOZANO-HIGUERO. «*La Protección...*» op. cit. pág. 161.

29. Los mecanismos, o instrumentos institucionales de estas técnicas más utilizados, bien «ex novo», bien readaptados, son a.e.: las legitimaciones «categoriales» o «grupales» (las *Verbandsklagen* del derecho alemán, o «class actions» del derecho angloamericano), las legitimaciones institucionales (Ministerio Público, relator actions: G.B., Australia, etc), las legitimaciones combinadas (la individual, mas la categorial, más la institucional, etc, con diversas variantes y concurrencias), la extensión «erga omnes» de la cosa juzgada, las medidas cautelares, el resarcimiento fluido (fluid recovery), las técnicas o vías alternativas (A.D.R., alternatives Disputes Resolutions Procedures) de la «informal justice», etc; sobre todas estas cuestiones, vid. CAPPELETTI. «*Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*», Riv. Dir. Processuale, 1975. 3, esp. pág. 387 y ss.; el mismo «*The judicial process*», or.cit., esp. pág. 268 y ss (Vindicating the public interest through the courts). Como se ve, estas técnicas, aún tratando muchas cuestiones concretas, en definitiva afectan al proceso como un todo, tanto al proceso como vehículo de tutela: modelo procesal elegido tipo procedimental, método legal válido para dirimir estas controversias, como sus antecedentes: *acceso a la justicia*, ayuda legal (legal aid); entrada en el proceso: citaciones, conocimiento de la pendencia del litigio (publicación del mismo), apertura legitimatoria, adecuado portador, representante o sujeto exponencial, fenómenos litisconsorciales; coetaneos: nuevos medios de prueba, flexibilizaciones, cargas probatorias elásticas o dinámicas; consecuentes: coste del proceso, costas, nuevas Variedades y transformaciones impugnativas; peculiaridades de la ejecución; fondos de garantía resarcitorios, etc... Todo ello entreverado de las peculiaridades de la tutela anticipatoria, cautelar y

8.- Decantadas las premisas anteriores es obvio que no podemos pues, sostener que los bienes culturales, lato sensu, esto es los relativos al Patrimonio Histórico artístico, integren la categoría de los intereses difusos propios.

Es cierto que la mayor parte de la doctrina así los considera, aún sin perfilar excesivamente el concepto, y sin incluirlos en la tipología de los intereses difusos. En tal sentido puede citarse a Federici<sup>30</sup>, Fix-Zamudio<sup>31</sup>, Gozaini<sup>32</sup> (quien expresamente cita a los intereses vinculados a valores culturales y espirituales, como la seguridad en el acceso a las fuentes de información, la difusión sin censuras de conocimientos técnicos o científicos, la creación y el mantenimiento de condiciones favorables a la investigación filosófica y al libre ejercicio de los cultos religiosos, la protección de los monumentos históricos y artísticos, etc), Vescovi<sup>33</sup> (quien se refiere a los intereses espirituales: artísticos, históricos y culturales, de la sociedad).

En general se produce en la mayoría de la doctrina una asociación disyuntiva entre los bienes culturales y los ambientales<sup>34</sup>. (D.L. 14-dic-1974).

Pero, repetimos, a la vista de lo anteriormente establecido en los números 3 y 4, esto es, la tutela material detallada en la Constitución y sobre todo en la LPHE, y particularmente, las características que se dan en la legislación española al respecto, donde se aprecia resaltadamente la nota de la hiperjusticiabilidad (no hipojusticiabilidad): a.- Incoación del expediente «uti cives»; b.- Denuncia pública; c.- Acción popular (art. 8 LPHE) sobre todo este último, valioso y «lujoso» instrumento, así como la infungibilidad objetiva de los bienes culturales

sumaria. En fin, no sólo un nuevo tipo de proceso, sino un nuevo y más eficaz sistema de tutela procesal –tanto perteneciente a la justicia oficial, judicial o tradicional (formal justice), como a la extrajudicial o informal (informal justice)–, vid, sobre estas cuestiones MORELLO. «Panorámica», op. cit., pág. 385 y ss., 388 y ss. y 399 y ss. Sobre la importancia de nuevas formas de tutela sumaria: PROTO PISANI, a. «Las tendencias actuales del Derecho Procesal Civil en Italia», en Tendencias actuales... op. cit., pág. 39 y ss.

30. FEDERICI. «Gli interessi diffusi», op. cit., pág. 9.

31. FIX-ZAMUDIO. «Problemas actuales», op. cit., pág. 139.

32. GOZAINI. «Introducción», op. cit., págs. 204 y 323 y ss.

33. VESCOVI, E. «Teoría General del Proceso», op. cit., pág. 323.

34. POF TODOS, ALIBRANDI-FERRI. «I beni culturali di ambientali», Torino, 1985, pág. 3 y ss. vid. también ALEGRE ÁVILA. «Evolución...» op. cit., pág. 673 y ss.

(al respecto la tabulación, el afán registral del legislador español es muy ilustrativo).

Es menester señalar, a nuestro juicio, que nos encontramos con intereses difusos impropios en cuanto a los bienes tipológicamente integrados en el Patrimonio Histórico-Artístico. Cuestión diversa es si pertenecen al «movimiento» de los intereses difusos, respecto a lo cual hemos de formular nuestra opinión afirmativa y, por último, no obstante esa acentuada justiciabilidad, si sería preciso aplicarle «técnicas» de los intereses difusos, algo que ya hemos anticipado. En tal punto no sería aventurado sostener la concurrencia de un régimen de legitimaciones combinadas, de legitimaciones grupales o de asociaciones. También, habida cuenta la deficiente situación, en cuanto a la efectividad y lentitud, así como onerosidad, de la administración de Justicia, se pueden postular fórmulas alternativas o de justicia informal (A.D.R. «informal justice»), o bien, dentro de la justicia formal, de aceleración procesal. En fin, acentuar y afinar estos mecanismos para adaptarlos a estos objetivos tutelables.

En cuanto a la extensión de los efectos de la sentencia, es asunto delicado que requiere un tratamiento más detenido y cuidadoso.

9.- Como conclusiones a las que, a modo de resumen, podría llegarse en razón de este estudio, señalaríamos las siguientes:

PRIMERA: La Constitución española se ha ocupado con especial interés de los bienes culturales integrantes del denominado Patrimonio Histórico-Artístico, en un conjunto de preceptos, principalmente, art. 44 y 46, sin perjuicio de su concordancia con otros (art: 9,2 y 23), formando lo que doctrinalmente se viene denominando Constitución Cultural. En este articulado, el legislador, al igual que en la normativa ordinaria de desarrollo, aflora una singular preocupación por asegurar la efectividad en la protección de dichos bienes, preocupación que se expresa nominativamente con el empleo reiterado de dicho vocablo y otros análogos, hablando incluso de protección integral.

SEGUNDA: esta preocupación formal no hace más que acoger una aspiración material (político-social) extendida por amplias capas del tejido social, que es, a su vez, manifestación del denominado fenómeno participativo (participación, constitucionalmente tutelado en el art. 23 CE), el cual se expresa en la constante intermitencia con que las cuestiones relativas al Patrimonio Histórico-Artístico aparecen en los medios de comunicación social y en las expresiones públicas de los grupos intermedios, entidades y asociaciones organizadas.

TERCERA: Cristalización normativa de esa vocación tutelar en la nueva Ley del Patrimonio Histórico-Artístico 16/85 de 25 de Junio, así como en el R.D. 111/1986, de 10 de Enero, de desarrollo parcial de dicha ley, ambos herederos de una valiosa tradición (el párrafo II del Preámbulo de la LPHE habla literalmente de nuestra mejor tradición intelectual, jurídica y democrática), representada por la Ley de 13 de Mayo de 1933.

CUARTA: La LPHE configura un abanico de formas (con pretensiones codificadoras y sistematizadoras, Párrafo II del Preámbulo) y de mecanismos de tutela, tanto material como procesal, que podríamos sintetizar esquemáticamente del siguiente modo:

1) *Iusmaterialmente.*

a.- La protección tabular o registral: Registro General de bienes de Interés Cultural e Inventario General de bienes muebles del Patrimonio Histórico Español, así como manifestaciones o instituciones derivadas: catalogación, libro-registro de transmisiones, Planes Nacionales de información sobre el Patrimonio Histórico Español.

b.- Limitaciones a las facultades que integran la titularidad patrimonial. Restricciones a la exportación e importación, obligación de soportar y facilitar la inspección, el estudio, la visita pública, depósito, derechos de adquisición preferente —tanteo y retracto—, la ejecución subsidiaria de obras por parte de la Administración, o bien la realización directa, la expropiación forzosa, etc.

c.- Intervenciones o autorizaciones administrativas clásicas. Por ejemplo, las urbanísticas, y entre otras, además del régimen de licencias, la vinculación a la redacción de Planes Especiales de Protección, etc.

d.- Creación de un régimen de infracciones administrativas y sus sanciones (Título IX, arts. 75 a 78 LPHE).

e.- Enumeración normativa de una detallada y completa tipología de los bienes integrantes del Patrimonio cultural (Histórico-Artístico), en el art. 1, 2. Enumeración que, con ese carácter pormenorizado, supone unas mayores garantías en orden a la seguridad jurídica, aplicación del principio de legalidad punitiva, y abarcar, en su vocación protectora el mayor número o variedad posible de bienes culturales.

2) *Iusprocesalmente*

a.- La atribución a cualquier persona del derecho posibilidad de incoar expediente para la declaración de un bien como de interés cultural (art. 10 LPHE).

b.- La denuncia pública de los peligros de deterioro o destrucción de un bien integrante del Patrimonio Histórico Español (art. 8,1).

c.- La acción pública, más correctamente popular (art.8,2) en el seno del procedimiento administrativo y en el del proceso administrativo.

QUINTA: Como quiera que la preocupación social por los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, entraña unas características constantes, y comunes a otras manifestaciones semejantes comprendidas o peculiares del fenómeno jurídico-político conocido bajo el rubro «participación», entre otras, y fundamentalmente, a nuestro juicio, por esta razón, en el Derecho, jurisprudencia y doctrina extranjeras (sobre todo italianos), asimilándola a los intereses ambientales y ecológicos, se viene incluyendo esta materia dentro de la que abarcan bajo el epígrafe de los intereses difusos.

SEXTA: Sin embargo, siendo el de los intereses difusos (como la propia terminología indica) un concepto poco preciso, y aún plurívoco, es conveniente señalar que, a nuestro entender, cuando se habla de intereses difusos, se está haciendo referencia a tres manifestaciones diferentes:

a.- El «*movimiento*» de los intereses difusos. Conglomerado de tendencias o aspiraciones sociales, inorganizadas, que afectan o comparten, preocupando a la sociedad, una generalidad de personas, o amplias capas, estamentos, grupos intermedios, colectividades, clases o categorías profesionales o sociales, predominantemente, repetimos, inorganizados.

b.- La «*teoría*» de los intereses difusos. Con carácter interdisciplinar, y a fin de adecuar las respuestas de las distintas ramas jurídicas a esas aspiraciones, con preferencia para el Derecho administrativo y el Derecho Procesal, ha elaborado unas construcciones dogmáticas al respecto, llenas de oscuridad compresiva y de artificiosidad constructiva; en todo caso, con ella se pretende conseguir una metodología tanto legislativa como jurisdiccional.

c.- La «*técnica*» de los intereses difusos. Conjunto de mecanismos tutelares, de carácter predominantemente procesal surgidos y nacidos —o adaptados convenientemente— para dar respuesta a las aspiraciones y requerimientos de justiciabilidad y amparabilidad de los intereses difusos.

SÉPTIMA: Las notas más caracterizadoras y distintivas de los intereses difusos son ( además de otras menos relevantes acotadas

supra), por un lado, la *fungibilidad* (tanto del sujeto siempre visto desde su pluralidad y usual indeterminación numérica y normativa titular del interés, como del objeto o bien sobre el que el sujeto despliega su vinculación jurídica), –insustitutibilidad, individualidad, especificidad, exclusividad, en definitiva, irrepetibilidad, son términos antitéticos al indicado–, por otro lado la *hipojusticiabilidad* o deficiente amparabilidad o protección (esta también podría denominarse, o añadirse, como hiporregulabilidad, esto es, poco, deficiente o ausente previsión o concreción normativa, regulación deficiente, escasa o nula, tanto material, sobre todo ésta, como procesal).

OCTAVA: En virtud de los argumentos preindicados, y por coherencia lógica y metodológica, estimamos, salvo superior criterio, que no se puede decir, en esta materia del Patrimonio Histórico-Artístico, que los bienes integrantes del mismo entren dentro de la categoría de los intereses difusos *proprios* (esto es, los que reúnen la totalidad de las notas distintivas o características de los intereses difusos, pues ninguna de las dos notas básicas anteriormente enunciadas se dan –fungibilidad e hipojusticiabilidad– en el caso presente del Patrimonio Histórico-Artístico español. Se trata, como se ha dicho, de una legislación muy pormenorizada y de afán abarcador en lo material, en lo procesal, la incoación del expediente para la declaración de bienes de interés cultural, la denuncia y la acción popular –todas «uti cives»– muestran, por el contrario, al menos en vocación y formalmente, una hiperprotección.

Por lo demás, y en cuanto a tutelas concretas y de hipótesis determinadas, examinándolas desde una perspectiva y terminología clásicas iusprocesal-administrativa, el derecho de visita pública, se configura como un auténtico derecho subjetivo, con cobertura constitucional en el art 44, por lo que queda abierta la vía contenciosa-administrativa ordinaria. Igualmente, la tutela de la conservación y promoción del enriquecimiento del Patrimonio Histórico-Artístico, que podría ser hecha valer mediante la acción popular en el art 8.2 LPHE., es una defensa de estricta legalidad, que puede articularse, normalmente, por medio de la oportuna solicitud a la administración y, en su caso, la interposición del proceso administrativo.

Las pretensiones de defensa del derecho de visita pública tendrán alcance pleno, y, de estimarse, comprenderán el íntegro restablecimiento de la situación jurídica perturbada. Por contra, la defensa de la

legalidad histórica, por acción popular (ex art 8.2 LPHE), tiene un marcado perfil objetivo, sin consideración o referencia al grado de afectación o perjuicio que, del acto impugnado, haya podido derivarse al accionante, por ende, el contenido del «petitum» de la demanda sólo puede ser de anulación.

NOVENA: Empero la conclusión anterior, no parece oportuno establecer una disociación radical o absoluta entre Patrimonio Histórico-Artístico e intereses difusos, no sólo porque, desde luego, a nuestro juicio, las cuestiones relativas al PHA se insertan claramente en lo que hemos denominado «movimiento» de los intereses difusos, sino que, más allá de su comprensión metodológica en la «teoría» de los intereses difusos, aunque sólo sea a efectos de discusión dogmática, no nos parece nada desdeñable (habida cuenta de su feracidad, acreditada en otras hipótesis o materias semejantes, ej: el tan citado del ambiente) la aplicación al PHA de algunos de los mecanismos integrantes de la «técnica» de los intereses difusos (argumento ahondado en lo procesal, por la evidente situación de ineficacia de la actual administración de Justicia), a este respecto, de modo sintético, e incluso a título no exhaustivo, podrían citarse: aplicación de medios de aceleración procesales, facilitación del acceso a la justicia, soluciones orgánicas y de justicia informal o alternativa; creación de instituciones de postulación y legitimación institucional (Fiscalías y Defensorías del Consumidor), A.D.R., conciliación, arbitrajes; comisiones de reclamaciones, incentivos económicos, etc.; repercusión procesal y habilitación legitimante para accionar, con pretensiones de plena jurisdicción, a los titulares de intereses reflejos; medidas cautelares y de alcance combinativo (astreintes, ejecución específica, sanciones, etc); la atenuación, en la medida en que pueda ser conciliable con la justicia informal o negociada que más arriba se postula, del principio de controversia (*verhandlungsmaxime*), las atemperaciones en el régimen de prueba y la apertura elástica a nuevos medios y formas probatorios, la publicidad procesal, las técnicas del resarcimiento fluido (*fluid recovery*), las legitimaciones categoriales y el régimen de legitimaciones combinadas, etc.

DÉCIMA: La existencia en el Derecho comparado incluso culturalmente próximo, ej: Brasil, de abanicos normativos ejemplares y más trabados orgánicamente, con mecanismos de tutela más técnicamente depurados, nos aconseja postular, en lo posible, una mayor concordancia

cia con la vocación o intención constitucional, y así una ley que, desarrollando el art. 46 CE, articulase una tutela procesal colectiva, o mejor categorial o grupal, extrayendo así virtualidades del imperfecto art. 7.3 LOPJ (precepto que, además de su pobreza técnica y lingüística, ya apuntadas, mete en el mismo saco, al no distinguirlos expresamente, los intereses colectivos e intereses difusos, además de considerarlos – los colectivos– como manifestación de los intereses legítimos; lo que, a nuestro juicio, es un perfecto disparate dogmático, revelador de que, el autor del precepto, desconocía completamente la teoría de los intereses difusos y sus proyecciones); también del referente que supone el art. 20.1 de la ley 26/1984 de 19 de Julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Todo ello, en favor de entidades o asociaciones constituidas para, o vinculadas a, la defensa del PHA. Aún más, podría pensarse en el precedente comparado que supone el art. 5, párrafo LXXIII, de la Constitución Brasileña, de 5 de octubre de 1988: «Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer una acción popular dirigida a anular un acto lesivo al Patrimonio público o de una entidad en la que Estado partícipe; a la moralidad administrativa, a un ambiente mejor y al patrimonio histórico y cultural, estando el actor, salvo comprobada mala fe, exento de las costas judiciales y de la carga del vencimiento».

El ejemplo, los ejemplos, ahí están, bien cercanos, pidámosle al legislador arrojo, pericia y decisión.

## COMPETENCIA TERRITORIAL IMPRORROGABLE

ALEX CAROCCA PÉREZ

BECARIO INSTITUTO DE COOPERACIÓN IBEROAMERICANA  
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, BARCELONA

### INTRODUCCIÓN

Desde hace bastante tiempo, es habitual encontrar en las reformas legislativas que han afectado a los procedimientos judiciales en España, tanto ordinarios como especiales<sup>1</sup>, alguna norma que se dirige a prohibir o limitar la posibilidad de las partes de someterse a un tribunal territorialmente incompetente, derogando el que hasta ahora, por lo menos formalmente, se sigue considerando el primer criterio para determinar esa clase de competencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, como es sabido, es la voluntad de las partes (arts. 54, 56 y 62.1

1. Las más significativas, entre las últimas, la LO 10/1992, de 30 de abril, introdujo modificaciones a los arts. 717 de la LEC, sobre juicio verbal; 1439 de la LEC, en materia de juicio ejecutivo y al art. 131, regla 1ª, de la Ley Hipotecaria, en todos los casos prohibiendo la sumisión expresa o tácita; y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en cuyo art. 38 se excluye la aplicación de las sumisiones expresa o tácita.

LEC), manifestada ya expresa (art. 57 LEC), ya tácitamente (art. 58 LEC).

A pesar de que el tema de la competencia territorial, en general, y, el de las normas procesales para su determinación, en particular, puede parecer a primera vista de importancia menor, lo cierto es que esta clase de cuestiones son en muchas oportunidades las que acaban determinando la oportunidad y eficacia de las soluciones jurisdiccionales que recibe el ciudadano<sup>2</sup>.

En ese sentido, pareciera de especial importancia conocer las razones —si han existido— por las que el legislador ha ido introduciendo la prohibición de la sumisión y la corrección, desde el punto de vista de la dogmática procesal, de tales modificaciones. No obstante, no conocemos hasta ahora, estudios monográficos que hayan abordado el tema de la progresiva improrrogabilidad de esta clase de competencia. Y es que, en realidad, todo el problema de la competencia, no sólo de la territorial, ha sido objeto de poca preocupación por la doctrina española<sup>3</sup>, sin que sea posible en un trabajo de esta naturaleza, ni mucho menos, pretender cubrir ese vacío.

Lo que intentaremos principalmente en este trabajo será, por tanto, tratar de describir las dimensiones de este fenómeno, que se puede calificar de *evolución hacia la improrrogabilidad*, comenzando por establecer la importancia del territorio en la determinación del tribunal competente, en la historia y en la legislación actual, y, luego, esbozar los antecedentes históricos que explican la trascendencia que, a su vez, la voluntad de las partes ha alcanzado como criterio para determinar la denominada competencia territorial. En seguida, recopilaremos las sucesivas disposiciones legales a través de las cuáles se ha ido introduciendo la prohibición o restricción a la prórroga de competencia —que, como veremos, lejos de responder a una técnica uniforme son de una variada naturaleza—, por lo que intentaremos una clasificación de todas

2. Como advierte FERNÁNDEZ, «conviene desconfiar», de la aparente modestia de la función de esta clase de normas, ya que pueden provocar extraordinarias dilaciones en la decisión de los juicios y la resolución de las cuestiones que pueden provocar estos preceptos, llevar a un considerable derroche de medios a la Administración de Justicia (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Angel, *Derecho Procesal Civil*, Ed. R. Areces, Madrid, 1991, Tomo I, págs. 358 y s).

3. La gran excepción, sin duda, es la obra de PELAEZ DEL ROSAL, Manuel, *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*, Barcelona, 1974, 448 págs., imprescindible para el estudio de los antecedentes históricos del tema.

ellas; lo mismo que respecto de las razones invocadas, implícita o explícitamente, por el legislador (en las oportunidades en que lo ha hecho) y doctrina que apoya esta tendencia hacia la supresión de la prorrogabilidad, pero, que podremos constatar, en el fondo pueden reducirse a una sola: evitar la desigualdad entre las partes. Por último, procederemos a confrontar estas nuevas normas y cuerpo doctrinal que lo respalda, con las garantías constitucionales del sistema procesal, especialmente de la tutela judicial efectiva, que actualmente tienen el mérito de fijar los niveles mínimos de la prestación jurisdiccional a que tienen derecho los particulares, por lo que todos los aspectos de la reglamentación procesal deben adecuarse a ellas.

Con la introducción de esta última perspectiva, será posible apreciar que la cuestión se traduce en establecer si la voluntad de las partes debe seguir manteniendo un rol esencial en la determinación del tribunal territorialmente competente, como ha ocurrido históricamente, o si, por el contrario, debe ser totalmente sustituida por los fueros legales.

## 1.- NOCIONES GENERALES E HISTÓRICAS SOBRE LA COMPETENCIA Y EN PARTICULAR SOBRE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

### 1.1.- Nociones generales sobre la competencia

El concepto de competencia tiene su razón de ser en que estando atribuida la función jurisdiccional a una variedad de tribunales de justicia, se hace preciso establecer criterios de distribución de los asuntos entre todos ellos. La competencia, pues, «determina el conjunto de negocios que vienen atribuidos a un Tribunal en exclusividad o con preferencia a otro. Mediante ella, se establece cuál es en concreto el Tribunal que ha de conocer de un asunto determinado»<sup>4</sup>. En ese sentido, se dice que gráficamente, puede ser caracterizada como la «parte» o la «porción» de Jurisdicción que se confiere a cada tribunal<sup>5</sup> y los límites dentro de los cuales la puede ejercer.

4. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, 5ª Edición, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, Tomo I, pág. 164.

Esta determinación la hacen actualmente las leyes de procedimiento empleando ciertos criterios específicos, que se clasifican en *objetivo, funcional y territorial*<sup>6</sup> y que son utilizados por la ley en ese mismo orden.

La aplicación del primero (criterio *objetivo*), como es sabido, determina la denominada precisamente competencia *objetiva, jerárquica o vertical*, que en base a la materia o a la cuantía del litigio, establece la categoría o jerarquía, dentro de la escala organizativa del Poder Judicial, del tribunal que ha de conocer de un asunto determinado.

Por su parte, a través del criterio *funcional*, se arriba a la *competencia funcional*, que suponiendo una pluralidad de tribunales que han de conocer de un mismo asunto, determina los cometidos concretos que les corresponderán a cada uno de ellos<sup>7</sup>.

Y, finalmente, llegamos al criterio generalizadamente denominado *territorial*, que nos proporciona la *competencia territorial u horizontal*.

### 1.2.- Nociones generales sobre la competencia territorial

Esta clase de competencia es la que nos permite discernir entre jueces del mismo grado jurisdiccional, cuál de ellos es el competente para conocer de una determinada cuestión o litigio.

En efecto, a través de las normas de competencia objetiva, según se ha explicado, se establece cuál es la clase o tipo de órgano jurisdiccional que debe conocer de la demanda en primera instancia. Pero como generalmente existen varios tribunales del mismo tipo, por ejemplo, un Juzgado de Primera Instancia por partido judicial, sin perjuicio de que en muchos partidos haya más de uno, se requieren mecanismos que permitan llegar a concretar determinadamente a cuál de ellos deberá acudir el demandante. Ese es el rol de las normas sobre competencia territorial.

5. Vid., por todos, CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil* (trad. de 3ª edición italiana, por J. Casais (1922), Ed. Reus, Madrid, 1977 (Reimpresión), Tomo I, pág. 40 y PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho de Tribunales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 580.

6. Clasificación que se debe a CHIOVENDA, como recuerda PELAEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, pág. 55 y veremos más adelante (Vid. *infra* Nota 12).

7. PRIETO-CASTRO, *Derecho de tribunales, cit.*, págs. 580 y s.

Cabe hacer presente que actualmente se vincula la necesidad de ésta regulación, al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución<sup>8</sup>, que exige que el órgano que haya de conocer de un asunto se encuentra previamente investido de jurisdicción y competencia<sup>9</sup>.

Las normas que regulan esta clase de competencia y las cuestiones que pueden surgir a partir de su aplicación, se encuentran reguladas con carácter general en los arts. 51 a 115 de la LEC. Pero, además, son aplicables una serie de disposiciones situadas en leyes especiales, que principalmente tienen por objeto introducir limitaciones al empleo de la sumisión como criterio de determinación de la competencia territorial, cuya enumeración y sistematización, uno de los objetivos principales de este trabajo, haremos más adelante<sup>10</sup>.

A pesar de que el día de hoy, este factor espacial aparece relegado a un lugar posterior, ya que para algunos ni siquiera es un verdadero elemento de atribución de competencia, la historia nos demuestra que, por el contrario, el territorio ha estado en el origen del concepto mismo de competencia de los órganos jurisdiccionales.

### 1.3.- Evolución histórica del territorio como criterio de determinación de la competencia

El Derecho Romano clásico desconoció el término «competencia», al que suplía por el de «jurisdicción en sentido subjetivo», es decir, refiriendo a la jurisdicción del juez, la circunstancia de que las partes debieran acudir a él para conocer de un asunto determinado.

Se ha establecido que el término «*competens*», calificando al juez o al tribunal, es una interpolación de los juristas romanos justinianeos. Y sobre sus textos, los glosadores y comentaristas medievales construyeron la teoría del «fuero competente», para fundamentar el poder del juez sobre un determinado territorio<sup>11</sup>.

8. MORENO CATENA, *Derecho Procesal*, con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 43.

9. STC 47/1983, de 31 de mayo.

10. Vid. *infra* 3.3.

11. PELAEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, págs. 37 y ss.

Es así, entonces, que el Derecho Medieval llegó a construir el concepto de competencia, que surgió como derivación del poder señorial, estimando que una de sus manifestaciones, era la administración de justicia. Vale decir, el soberano medieval, asentado sobre un territorio, «*manda e faze derecho*» a través de normas generales (las menos), y, principalmente, por medio del pronunciamiento de sentencias destinadas a resolver los litigios surgidos entre las personas que vivían entre los límites de su reino. Lo que nos demuestra que el territorio constituyó el vínculo original que ligaba al poder con el conocimiento de un asunto o conflicto entre los súbditos, que debía ser resuelto por el juez-soberano.

De ese modo se llegó en la Edad Media a la coexistencia de distintas «jurisdicciones», es decir, poderes soberanos asentados sobre territorios determinados, de modo que el principal problema para el litigante a la hora de entablar su demanda, consistía en establecer a cuál de ellas correspondía conocer del asunto. Para resolverlo surgió un procedimiento especial llamado «competencia de jurisdicción», que tenía como instrumentos a la «Declinatoria del fuero» y la «Petición de carta inhibitoria» (origen, por cierto, respectivamente, de los actuales procedimientos de declaración de incompetencia por «declinatoria» y por «inhibitoria» (arts. 72 y ss. LEC)).

Y es precisamente en la Edad Media cuando el concepto de competencia evoluciona y se depura, hasta llegar a ser entendido como «medida o límite de la jurisdicción, como la cantidad de poder de juzgar que corresponde por la ley a un juez concreto y determinado»<sup>12</sup>.

O sea, de un concepto de *competencia*, identificado con el poder — la jurisdicción— y el territorio, se pasa a concebir, al menos teóricamente, uno diferenciado de la jurisdicción y que también podía utilizar para su determinación a otros factores distintos del territorio. Sin embargo, hasta el advenimiento del procedimentalismo francés, prácticamente la única clase de competencia utilizada era la competencia por razón del territorio. A su vez, las principales causas que surtían fuero o hacían del juez de un territorio competente eran también criterios geográficos: el domicilio de una de las partes; situación de los bienes; etc. Otras causas que hacían al juez competente, como el matrimonio, la voluntad, etc., eran escasamente tenidas en cuenta. La teoría de la competencia hasta los «prácticos», fue exclusivamente territorial.

12. PELAEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, pág. 4.

Pero con el tiempo, al comenzar el predominio de la norma legal como fuente creadora de derecho, aparece la posibilidad de fijar la competencia en leyes de procedimiento, con lo que inmediatamente se empezaron a utilizar nuevos criterios, distintos de los territoriales, tales como la naturaleza de la cuestión controvertida, la calidad de las personas que intervenían en ellas, el valor de la disputado, etc.<sup>13</sup>, para fijar la competencia de los tribunales.

Fue el genio de Chiovenda —según hemos adelantado—, quien clasificó la variedad de criterios existentes en su época y estableció la división de la competencia en *objetiva*, *funcional* y *territorial*, determinando que las dos primeras conformaban la denominada competencia *absoluta* y la territorial la competencia relativa<sup>14</sup>. Advertimos que esta clasificación ha producido algunas confusiones al decir de varios autores, porque equipara la naturaleza de las tres clases de competencia, lo que, según éstos, no sería correcto, según veremos al estudiar el tratamiento procesal que ha de darse a la territorial improrrogable.

## 2.- LA VOLUNTAD DE LAS PARTES COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

### 2.1.- Evolución histórica de la voluntad de las partes como criterio para la determinación del tribunal competente

En el Derecho Romano, la primera y más natural regla para entregar el conocimiento de un asunto a un juez determinado, era la de que el demandado podía litigar ante su fuero: «*actor sequitur forum rei*», decían los clásicos. Y por «*forum rei*» (fuero del demandado), se

13. CHIOVENDA, *Principios...*, *cit.*, pág. 626.

14. *Principios...*, *cit.*, págs. 625 y ss. Esta clasificación, como explica él mismo, difería de la que en ese tiempo hacían otros autores, principalmente franceses (BLASSON, BONNIER), que hablaban de «*competencia real o material (ratione materiae)*» y de «*competencia personal (ratione personae)*», comprendiendo en ésta última la competencia territorial, lo que el maestro italiano no consideraba exacto, ya que «frecuentemente... la competencia territorial determinase sin consideración alguna a la persona de los litigantes» (nota 1, págs. 630 y s.).

entendía el «*forum domicilii*» (fuero del domicilio). De hecho, «*forum*» equivale a «domicilio».

Sin embargo, posteriormente el término «*forum*», fue ampliando su ámbito, al surgir otros factores diferentes que permitían determinar el juez ante el que se podía demandar. De todos modos, el «*forum*» del demandado siguió constituyendo el primer criterio para la determinación del tribunal que debía conocer del juicio. Incluso pasó a denominarse «*privilegium fori*», por cuanto se consideraba un verdadero privilegio poder ser demandado únicamente ante su «fuero propio», es decir, ante el juez de su domicilio<sup>15</sup>.

Pues bien, la señalada excepción que sufría esta regla general, se producía cuando el demandado *renunciaba* a este verdadero privilegio.

La *renuncia al fuero propio* podía efectuarse mediante un pacto extrajudicial y su efecto era la imposibilidad de hacer valer la incompetencia del juez por medio de la declinatoria. Empero, de acuerdo a la doctrina, la sola renuncia al fuero propio, no era suficiente para hacer competente a otro juez. Se requería, además, que junto a esta renuncia se pactare la *sumisión a un juez distinto*, para que pudiera producirse la prórroga de su fuero ante ese otro juez. El pacto donde se contenía esa renuncia y sumisión se denominaba «*pactum de foro prorrogando*»<sup>16</sup>.

Este *pacto*, aunque fue de creación romana, comenzó su verdadero desarrollo durante la Edad Media, con el incremento del comercio, al empezar a permitirse que el deudor, de contratos que se realizaban en localidad diferente al de su domicilio y donde, además, se obligaba a pagar, pudiera ser demandado en este mismo lugar, es decir, no ante su «fuero propio». Esta situación podía producirse ya fuese porque renunciaba expresamente a él, o bien, porque se establecía que la mera celebración del contrato en ese otro lugar implicaba su renuncia a su «fuero propio»<sup>17</sup>.

15. PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, págs. 71 y ss.

16. PRIETO-CASTRO, *Derecho de tribunales*, *cit.*, pág. 606.

17. Por ejemplo, en «*Las Partidas*», se disponía: «*cuando el demandador requiere hacer su demanda, que la haga ante aquel juez que tiene poder de juzgar al demandado, salvo cuando el demandado hubiere contratado o prometido hacer alguna cosa en aquella tierra donde fuese juez aquel ante quien le hacen la demanda, o lo hubiese hecho o prometido en otra parte, obligándose a cumplirlo allí, en cuyo caso aunque no fuese morador de aquel lugar vendrá obligado a litigar en él*» (3.2.32).

Entonces la práctica jurídica inició la costumbre de añadir en los contratos, la sumisión al juez del lugar del pago o del cumplimiento, incluyendo la renuncia al fuero propio para que el deudor demandado no pudiese oponer la declinatoria y solicitara ser demandado ante el juez de su domicilio.

Así es como surge históricamente la expresión «prórroga de jurisdicción», porque en virtud de la renuncia del fuero propio, se hace competente a un juez que no era naturalmente competente en razón del domicilio. Por eso antiguamente se definía a la «prórroga» como «la que se hace con expreso consentimiento y sumisión manifiesta a un juez ajeno con renuncia al fuero propio y juez» (Carleval); o, «la sumisión a juez ajeno, renunciando expresamente al fuero propio» (Tapia).

Estando vigentes estas ideas, al codificarse las leyes de procedimiento españolas, se dio en ellas, por primera vez, amplia cabida a la «prórroga de jurisdicción». En el art. 3 de la LEC de 1855 se disponía que «sólo se reputa expresa la sumisión si los interesados renuncian clara y terminantemente al fuero propio, designando con toda precisión el Juez a quien se someten». No obstante, este precepto fue muy controvertido porque pasó a consagrar a la sumisión como primera regla para determinar la competencia territorial, que hasta ese momento había sido considerada siempre una excepción a la regla general, que era el domicilio del demandado<sup>18</sup>. En lo que no caben dudas, es que a partir de entonces, se puede afirmar, tal cual hace la mejor doctrina, que la legislación procesal española contempla dos elementos para la determinación de la competencia territorial: la voluntad de las partes y el territorio<sup>19</sup>.

Por lo tanto, podemos concluir que en España hasta la dictación de la LEC en 1881, es decir, durante la mayor parte de la historia del Derecho Procesal, la competencia territorial no tuvo a la voluntad de las partes como primer criterio para su determinación, sino que, por el

18. No parece del todo exacto, en consecuencia, al menos en España, decir que «inmemorialmente» se ha admitido la sumisión, como hace PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales*, *cit.*, pág. 606.

19. PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, págs. 60 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, *cit.*, págs. 176 y s.; LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Bases para un estudio de la sobre la competencia territorial en el proceso civil. En especial la sumisión tácita*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986, págs. 11 y ss.

contrario, prevalecieron siempre los fueros «legales», es decir, la improrrogabilidad. Sólo lenta y progresivamente comenzó a reconocerse a las partes la facultad de determinar el tribunal territorialmente competente.

Lo mismo sucedía en el resto de Europa y de allí que WACH haya podido decir, en 1885, como se acostumbra recordar, que hasta entonces la «historia de la competencia territorial era la historia del poder de prorrogación»<sup>20</sup>.

Sin embargo, después del reconocimiento que alcanzó en la LEC, la historia se ha invertido a raíz de la progresiva promulgación de normas legales que impiden la prorrogación y bien debe decirse con PELAEZ DEL ROSAL, «que hoy, después de casi un siglo, la historia de la competencia territorial es la historia del poder de improrrogabilidad de la competencia»<sup>21</sup>.

## 2.2.- Sistema de regulación de la competencia territorial en la LEC

Producto de esta evolución histórica, ha resultado que los criterios para la determinación de la competencia territorial acogidos en la legislación procesal española, en particular en la LEC, son dos: la voluntad de las partes y los restantes criterios legales de carácter territorial, que han pasado a ser denominados por la doctrina «fueros»<sup>22</sup>.

Cabe hacer presente que ésta última expresión, a despecho de su origen histórico, que acabamos de reseñar<sup>23</sup>, y sin mayor apoyo en el

texto de la LEC que apenas la utiliza<sup>24</sup>, se ha terminado por imponer en el Derecho Procesal español para designar cualquier criterio, motivo o factor utilizado por la LEC para determinar la adscripción de un determinado asunto a un tribunal concreto entre los varios de su misma clase<sup>25</sup>. Aunque también se la usa en sentido subjetivo, es decir, «con referencia a las partes litigantes, [como] el lugar (tribunal) donde el actor tiene derecho a interponer una demanda (demandar) y puede interponerla, y donde el demandado tiene la carga y debe comparecer para defenderse de ella»<sup>26</sup>.

De estos «fueros» se hacen diferentes clasificaciones, pero la que se estima más importante es la que distingue entre «*fueros convencionales*», que serían aquellos «establecidos a medio de la sumisión de las partes a un órgano jurisdiccional»<sup>27</sup> y «*fueros legales*»<sup>28</sup>, aquellos fijados por la ley. Estos últimos, a su vez, se dividen en «fueros generales» (inspirados en la clasificación de las acciones en personales, reales y mixtas, enumerados en el art. 62 LEC) y «fueros especiales» (elencados en el art. 63 LEC)<sup>29</sup>.

Nos parece, sin embargo, que la extensión de la denominación de «fuero», a la sumisión expresa y tácita y la consecuente adscripción de ambas a una categoría común llamada «fueros convencionales», es profundamente equívoca, porque equivale a equiparar a la voluntad de las partes con los demás criterios de carácter propiamente territorial,

24. El art. 57 LEC es una de las pocas ocasiones en que se utiliza, y en su sentido histórico, al exigir que la sumisión expresa, se haga «renunciando clara y terminantemente a su fuero propio».

25. Entre los manuales más al uso, la emplean GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, págs. 333 y ss.; MORENO CATENA, *Op. cit.*, con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, págs. 43 y ss.; PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales, cit.*, págs. 595 y ss.; ALMAGRO NOSETTE, *Op. cit.*, con TOME PAULE, págs. 184 y ss.; etc. En cambio, cuidadosamente se cuidan de no extender la calificación de «fueros» a las sumisiones expresa y tácita. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil, cit.*, págs. 176 y ss.; GUASP, *Op. cit.*, pág. 134; y, FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, con DE LA OLIVA, págs. 359 y ss.

26. PRIETO-CASTRO, ALMAGRO NOSETTE Y GONZÁLEZ-DELEITO, *Op. cit.*, pág. 174.

27. MORENO CATENA, *Op. cit.*, con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, pág. 44.

28. A los que PRIETO-CASTRO, dentro del mismo criterio de clasificación, los que denomina «*fueros procesales*, que se fundan en una circunstancia procesal (como puede ser la acumulación de acciones o la conexión entre procesos)» (*Derecho de Tribunales, cit.*, pág. 595).

29. Vid., entre otros, PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales, cit.*, pág. 595 y ss.; y, ALMAGRO NOSETTE, *Op. cit.*, con TOME PAULE, págs. 189 y ss.

20. Citado por PELAEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, pág. 413. En el mismo sentido GÓMEZ ORBANEJA, en *Derecho Procesal Civil*, con HERCE QUEMADA, 8ª edición, Madrid, 1979, Vol. I, pág. 112.

21. *Op. cit.*, pág. 413.

22. Vid., GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, págs. 334 y s.; PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales, cit.*, pág. 595; ALMAGRO NOSETTE, *Op. cit.*, con TOME PAULE, pág. 184; etc.

23. Sin tener en cuenta todo su rico bagaje histórico anterior a la LEC, actualmente se suele decir que el término «fuero» se usa en estos casos, «por transposición de sentido del *forum* romano, lugar donde funcionaba el tribunal» (PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, ALMAGRO NOSETTE, José y GONZÁLEZ-DELEITO, Nicolás, *Tribunales españoles. Organización y funcionamiento*, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 174).

empleados por la ley para otorgar preferencia a un tribunal entre los de su mismo tipo para conocer de un determinado asunto.

En efecto, la voluntad de las partes opera como un criterio totalmente independiente de cualquier conexión territorial del asunto que se trata de someter al tribunal y, más aún, tienen carácter preferente respecto de los genuinos criterios territoriales empleados en la ley. De allí que —como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina<sup>30</sup>—, no debería seguir considerándose a la sumisión como causa de modificación de las restantes reglas de este tipo de competencia. Y siendo así, la denominación y el concepto habitual que se manejan de competencia territorial son incompletos, porque omiten tener en cuenta el rol preferente de la voluntad de las partes, ya que, reiteramos, por medio de la sumisión puede llevarse un litigio ante un tribunal sin referencia a factores de carácter territorial<sup>31</sup>.

Esto no significa que necesariamente deba desecharse la clásica denominación de «competencia territorial». Pero su utilización debería hacerse dejando en claro que se debe a que al juez le está asignado una porción del territorio, dentro de cuyos márgenes ejerce sus funciones y en la cual se halla situada la sede del mismo. En ese sentido, cuando a través de la sumisión o de los criterios legales de carácter territorial, se establece que al juez de un partido o circunscripción judicial corresponde el conocimiento de un asunto y no al de otro, efectivamente se puede decir que se ha determinado su competencia territorial<sup>32</sup>.

Pero, quizás, lo mejor para evitar todo equívoco, sea asumir las nuevas denominaciones que también se propugnan en la doctrina, de *competencia horizontal*<sup>33</sup> o *relativa*, dejando siempre en claro que sus

30. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 176; PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, págs. 57 y ss.; LORCA NAVARRETE, *Bases para un estudio...*, cit., págs. 9 y ss.

31. Vid., ampliamente, PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, págs. 57 y ss., donde recuerda que existen autores que proponen otras denominaciones tales como *competencia por razón del territorio* o *competencia por circunscripción territorial*.

32. «La competencia territorial sirve, pues, para fijar el oficio, esto es para determinar el juez competente no tanto por razón del territorio, cuanto porque el elegido excluye a los jueces de territorio diferente. Significa, por tanto, un orden de preferencia establecido legal o voluntariamente por el que se elige un juez con sede en un territorio determinado entre los variados jueces del mismo tipo o grado con sede en territorios diferentes» (PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, pág. 60).

33. Terminología adoptada por CARNELUTTI (*Instituciones de Derecho Procesal*, Tomo I, pág. 210) y que en España, utilizan GUASP (*Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Tomo I, pág. 128) y GUERRA SAN MARTÍN (*Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, Vol. I, pág. 66).

criterios de determinación son el territorio y la voluntad de las partes, siendo este último el que nos interesa y en el que nos detendremos a continuación.

### 2.2.1.- La voluntad de las partes

Esta voluntad, manifestada en forma expresa o tácita, es el criterio determinante<sup>34</sup>, según se desprende del texto de los artículos 54, 56 y 62 de la LEC.

Precisamente, la sumisión tácita y la sumisión expresa, son los mecanismos a través de los cuales se manifiesta la voluntad de las partes para la atribución de la competencia territorial.

#### 2.2.1.1.- La sumisión tácita

##### a) Concepto

La denominada *sumisión tácita*, consiste en «el efecto que la ley otorga a determinadas actuaciones de las partes procesales, en el sentido de que dicha actividad equivale al reconocimiento implícito de la competencia territorial del Juzgado»<sup>35</sup>. Por eso se ha dicho que es fundamentalmente un mecanismo que permite fijar, lo antes posible, al Juez territorialmente competente, siendo indiferente cuál de ellos resulte ser<sup>36</sup>.

Así se explica que la sumisión tácita, sea el primero entre los medios de determinación del tribunal con competencia territorial, prevaleciendo incluso ante la sumisión expresa<sup>37</sup>.

34. FERNÁNDEZ, *Op. cit.* con De la Oliva, pág. 360.

35. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 176. Por su parte, PRIETO-CASTRO (*Derecho de Tribunales*, cit., págs. 608 y s.), recuerda que según WACH, en esta forma de sumisión, si el demandado conoce la incompetencia del juez, se está en presencia de una presunción; mientras que si la ignora, se trataría más bien de una ficción.

36. FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, con DE LA OLIVA, págs. 364 y s.

37. Aparentemente, no considera que la sumisión tácita prevalezca sobre la expresa, GUERRA SAN MARTÍN, *Op. cit.*, pág. 71.

Sin embargo, a pesar de la forma en que opera, no se puede negar que en esta clase de sumisión, existe —y la ley le da primacía— una voluntad de las partes, si bien que manifestada a través de determinadas actuaciones procesales<sup>38</sup> y de allí que no se entienda producida por la rebeldía del demandado.

Esta voluntad ha de ser puesta de manifiesto tanto por el actor como por el demandado<sup>39</sup>, según se desprende del tenor del artículo 56, que se refiere a los «litigantes que se hubieran sometido». Esta voluntad, lógicamente, ha de expresarse para cada parte, en distintos momentos procesales, lo que nos lleva al tema de la forma en que se entiende producida la sumisión tácita.

#### b) Forma en que se entiende producida la sumisión

b. 1) La sumisión tácita del actor se produce «por el mero hecho de acudir al Juez interponiendo la demanda» (art. 58.1° LEC).

Este juez puede ser cualquiera que elija el actor, siempre que tenga competencia objetiva, porque se trata del primer criterio de atribución de esta clase de competencia. Precisamente la supremacía de la sumisión tácita sobre cualquier otro criterio de determinación de la competencia territorial, se comprueba porque el juez elegido por el actor, puede ser, inclusive, uno distinto al designado en virtud de un previo pacto de sumisión expresa, salvo que en ese caso el demandado impugne la competencia.

La jurisprudencia, sin embargo, ha declarado que la sumisión tácita puede producirse en virtud de *diligencias anteriores a la presentación de la demanda* tales como, por ejemplo, impetrar diligencias preparatorias<sup>40</sup>; pedir un embargo preventivo<sup>41</sup>; solicitar el beneficio de justicia

38. Según reconoce unánimemente la doctrina. Vid., por todos, PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, pág. 172, —quien habla de la existencia de una «determinación volitiva»—; y, PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales, cit.*, pág. 608.

39. De allí que LORCA NAVARRETE, señala que requiere la «bilateralidad» de la voluntad de las partes y, más aún, remitiéndose a ESCRICHE, añade que, en rigor, se exige un verdadero «consentimiento de las partes» (*Bases para un estudio...*, cit., pág. 26 y s.), siguiendo a PELÁEZ DEL ROSAL (*Op. cit.*, pág. 218).

40. STS 14 de abril de 1984.

41. STS 15 de marzo de 1978.

gratuita<sup>42</sup>; etc. No obstante, también se ha declarado que hay otras actividades procesales anteriores a la presentación de la demanda, que no tienen el mérito de constituir sumisión tácita, tales como el intento de conciliación<sup>43</sup>.

b.2) La sumisión tácita del demandado, se produce «por el mero hecho de hacer, después de personado en juicio, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma declinatoria» (art. 58.2° LEC).

Se ha advertido que la actuación del demandado es la que constituye la verdadera sumisión tácita, puesto que la iniciativa del actor por sí sola, no es capaz de producir ningún efecto, si el demandado procede a discutir la competencia territorial del juez al que ha acudido aquél<sup>44</sup>. De cualquier manera, ha de tratarse de una actividad, aunque sea mínima, y de allí que no la produzca la mera inactividad del demandado<sup>45</sup>, es decir, su rebeldía<sup>46</sup>.

De acuerdo al tenor literal de la última disposición citada, en cuya interpretación la jurisprudencia ha sido rigurosa, prácticamente lo único que puede hacer el demandado sin que equivalga a prorrogar la competencia, es personarse<sup>47</sup>, pero no puede efectuar gestión alguna

42. SSTS 9 de junio de 1941; 14 de junio de 1930; 3 de abril de 1930; 13 de diciembre de 1927; etc. (Vid. PERA VERDAGUER, FRANCISCO, *Jurisdicción y competencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 172 y s.), doctrina que RAMOS MÉNDEZ, considera incorrecta (*Derecho Procesal Civil, cit.*, pág. 177) y que justifican PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales, cit.*, pág. 609, nota 37 y MORENO CATENA, *Op. cit.*, con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, pág. 47.

43. SSTS 20 de octubre de 1967; 28 de junio de 1961; 22 de enero de 1941; 24 de febrero de 1941; 24 de junio de 1941; etc.

44. PRIETO-CASTRO, *Op. cit.*, pág. 608; y, FERNÁNDEZ, *Op. cit.* con DE LA OLIVA, pág. 366.

45. MORENO CATENA, *Op. cit.* con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, pág. 47.

46. Como lo ha declarado el Tribunal Supremo en antiguas resoluciones: STS 24 de noviembre de 1927; 29 de octubre de 1926; 30 de septiembre de 1921; etc. (Vid. otras en PERA VERDAGUER, *Op. cit.*, pág. 174). En contra esta doctrina, se pronuncia, al parecer, ALMAGRO NOSETE, ya que considera negativo que el demandado pueda comparecer en cualquier momento y discutir la competencia del tribunal, lo que, además, sería contrario al art. 766 LEC (*Op. cit.*, con TOME PAULE, págs. 188 y s.).

47. STS 27 de marzo de 1965. Tampoco la producen la rebeldía (STS 24 de noviembre de 1927; 29 de octubre de 1926; etc.); la comparecencia del demandado a absolver posiciones, después de formulada la inhibitoria (STS 15 de febrero de 1964); entre otras pocas diligencias. Vid. recopilaciones de jurisprudencia en PERA VERDAGUER, *Op. cit.*, págs. 167 y ss.; y, MILLÁN HERNÁNDEZ, CARLOS, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1987, Tomo I, págs. 111 y ss.).

que signifique dar impulso al proceso, ni siquiera la de solicitar prórroga del plazo para contestar la demanda<sup>48</sup>; pedir la suspensión del proceso<sup>49</sup>; recurrir<sup>50</sup>; reconvenir, aunque en el mismo escrito se interponga la declinatoria<sup>51</sup>, casos en todos los cuales, entre otros muchos, se entiende producida la sumisión tácita.

El efecto de la sumisión tácita es que hace precluir el derecho del demandado para promover la cuestión de competencia ya sea por declinatoria<sup>52</sup> o por inhibitoria.

### 2.2.1.2.- La sumisión expresa

#### a) Concepto

Es un acuerdo de voluntades, anterior al proceso, por el que los interesados determinan el tribunal territorialmente competente para conocer de los litigios que puedan surgir sobre una concreta relación jurídica.

Es un acuerdo, que ha exteriorizarse, normalmente por escrito, en un pacto independiente, aunque lo más corriente es que se aproveche de incluir como cláusula en un contrato, que pasa a denominarse precisamente «cláusula de sumisión expresa». Incluso puede figurar como tal en los llamados contratos de adhesión<sup>53</sup>. Aunque debe ser concluido con anterioridad al inicio del proceso, es un pacto que evidentemente está destinado a producir efectos al momento en que éste pueda surgir.

48. Posible antes de la reforma de la ley 34/1984, al art. 306.1 LEC. SSTC 5 de diciembre de 1984; 16 de febrero de 1984; 16 de julio de 1983; 9 de mayo de 1983; 10 de junio de 1981; 21 de marzo de 1981; 11 de febrero de 1981; 21 de diciembre de 1967; 24 de junio de 1967; 3 de julio de 1957; 28 de septiembre de 1955; 13 de enero de 1953; 27 de septiembre de 1948; etc. Vid. MILLÁN HERNÁNDEZ, *Op. cit.*, págs. 113 y s.; PERA VERDAGUER, *Op. cit.*, págs. 173 y ss.

49. SSTS 21 de marzo de 1981 y 3 de enero de 1963.

50. SSTS 25 de enero 1918; 21 de septiembre de 1915; y, 11 de mayo de 1911.

51. STS 19 de septiembre de 1981; 10 de junio de 1978.

52. STS 11 de febrero de 1981.

53. STS 8 de mayo de 1958. No obstante, se ha resuelto que no son suficientes las cláusulas sumisorias impresas en facturas sin la firma del demandado (SSTS 4 de octubre de 1965; 31 de mayo de 1965; 25 de septiembre de 1951; 27 de septiembre de 1952. Vid. MILLÁN HERNÁNDEZ, *Op. cit.* págs. 106 y ss.).

#### b) Contenido

Conforme al artículo 57 de la LEC, el pacto de sumisión expresa tiene un doble contenido: la *renuncia al fuero propio* y la *designación precisa del tribunal al cual se someten las partes*.

##### a.1) La renuncia al fuero propio

Esta renuncia debe ser hecha de manera clara y terminante, lo que excluiría la renuncia implícita. Empero, la jurisprudencia ha efectuado una interpretación amplísima de este requisito, prácticamente contra el tenor literal del precepto, admitiendo la renuncia tácita o implícita al fuero propio o incluso la falta absoluta de renuncia, sin que afecte la validez del pacto.

En efecto, el Tribunal Supremo, ha entendido que no es necesario que la renuncia sea hecha en los términos literales que señala el art. 57, considerando suficiente que se exprese que la competencia se atribuye al juzgado al cual se someten las partes<sup>54</sup>, lo que en realidad constituye

54. Pues existe jurisprudencia, que ha declarado: que con la sola designación precisa del juzgador a quien se somete se hace con precisión, se entiende «implícitamente» hecha la renuncia al fuero propio (SSTS 21 de septiembre de 1979; 4 de mayo de 1974; 4 de mayo de 1966; 21 de marzo de 1961; 5 de abril de 1960; 17 de mayo de 1956; 14 de enero de 1955; 7 de enero de 1950; 9 de mayo de 1949); que no es preciso que la cláusula de sumisión se ajuste a los términos literales del art. 57, bastando, a tal fin, la designación clara y precisa del juez a quien se atribuye la competencia (SSTS 5 de abril de 1960; 30 de octubre de 1951), o, que de sus términos se deduzca claramente que la competencia se atribuye a determinado juez (SSTS 11 de enero de 1950; 28 de febrero de 1946; 11 de diciembre de 1944; 15 de octubre de 1943; 27 de diciembre de 1940; 21 de junio de 1939; 24 de enero de 1934; etc.); que aunque no exista expresa renuncia a su fuero por los litigantes, basta con que conste la sumisión a otro juzgado (SSTS 7 de enero de 1950; 9 de mayo de 1949; 28 de junio de 1947; 27 de diciembre de 1940); que la fijación clara y precisa en el contrato de la exclusiva competencia de los tribunales de una localidad concreta, implica sumisión expresa en favor de dichos tribunales, con renuncia clara y terminante del fuero propio de la otra parte (STS 28 de junio de 1947); que no es precisa esta expresión categórica para que la sumisión sea eficaz (STS 18 de octubre de 1945; 29 de octubre de 1912; 24 de febrero de 1911). Vid., ampliamente, otras sentencias en PERA VERDAGUER, *Op. cit.*, págs. 139 y ss.

el segundo requisito del pacto, que así ha pasado a ser prácticamente el único<sup>55</sup>.

Es decir, se ha producido por obra de la jurisprudencia una verdadera derogación de este requisito<sup>56</sup>, cuya importancia radica en que comprueba una cabal renuncia de uno o ambos litigantes, especialmente por el demandado, de su fuero propio, que normalmente es el fuero de su domicilio<sup>57</sup>. Es posible que el abandono de esta exigencia, fruto de una larga experiencia histórica, haya dado origen a muchas de las críticas que se hacen a este mecanismo de determinación de la competencia territorial.

#### a.2) La designación del juez al cual se someten

Esta designación la han de efectuar las partes con toda precisión, tratándose de un requisito respecto al cual la interpretación jurisprudencial se considera, al contrario de lo que acontece con el requisito anterior, especialmente rigurosa<sup>58</sup>.

La sumisión debe hacerse a un tribunal ordinario, objetivamente competente (art. 56.2 LEC). Sin embargo, en el fondo, lo que se exige es la sumisión a los juzgados que ejercen competencia sobre un determinado territorio.

55. Como advierte PELÁEZ DEL ROSAL, ya «no sólo cierta doctrina, sino también cierta jurisprudencia consideran la renuncia del fuero propio como cláusula de estilo, o como una expresión innecesaria por venir implícita en la designación del Juez o Tribunal del acuerdo sumisorio» (*Op. cit.*, pág. 262).

56. También crítico de esta doctrina jurisprudencial se muestra FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, con DE LA OLIVA, pág. 378, mientras que, por el contrario, la consideran acertada, MORENO CATENA, *Op. cit.*, con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, pág. 50 y RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil, cit.*, pág. 189.

57. PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, págs. 71 y ss. y 261 y ss.

58. FERNÁNDEZ, *Op. cit.* con DE LA OLIVA, pág. 378. Así, se ha declarado nula la sumisión hecha a más de un juzgado (STS 9 de marzo de 1971); o aquella en la que se deja la designación del juez concreto al arbitrio de una sola de las partes (STS 5 de noviembre de 1966; 21 de septiembre de 1951); o del demandante (STS 25 de mayo de 1954); o a la elección de uno de los contratantes (STS 29 de noviembre de 1947); etc. (Vid., amplio repertorio de sentencias sobre este tema, en PERA VERDAGUER, *Op. cit.*, págs. 148 y ss.).

Además, debe referirse a concretos litigios o los que pueden surgir de una determinada relación contractual, no siendo válida una cláusula general de sumisión expresa<sup>59</sup>.

#### 2.2.2.- Los criterios legales

No existiendo sumisión tácita ni sumisión expresa, hay que acudir a las normas legales, que contienen propiamente los criterios de carácter territorial, los llamados «fueros», para determinar el tribunal territorialmente competente.

Estos criterios son, en consecuencia, de carácter subsidiario o supletorio, y que se acostumbra dividirlos entre «fueros especiales» o «específicos» (art. 63 LEC, modificado por ley 10/1992); «fueros generales» o «genéricos» (art. 62); y domicilio del demandado, que concurren en ese mismo y estricto orden de prelación<sup>60</sup>.

### 3.- EVOLUCIÓN HACIA LA IMPRORROGABILIDAD DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

#### 3.1.- Carácter polémico de la tendencia hacia la improrrogabilidad

Vigente este sistema en la LEC, en el que la sumisión alcanzó su máximo reconocimiento, puesto que estaba ampliamente reconocida como primer criterio de determinación de este tipo de competencia, se inició el movimiento u orientación legislativa, objeto de nuestro estudio, que ha ido concitando creciente apoyo en amplios sectores de la doctrina y que está dirigido a eliminar o restringir la posibilidad de las partes de intervenir en la determinación del tribunal territorialmente competente para conocer de un asunto concreto.

59. Vid., por todos, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil, cit.*, pág. 178 y PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales, cit.*, pág. 609 y s.

60. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil, cit.*, pág. 176; y, más extensamente, PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales, cit.*, pág. 595 y ss.

Como hemos advertido al introducir este trabajo, son cada vez más las disposiciones legales en las que se prohíbe la sumisión expresa o tácita o se las restringe, con lo que el sistema diseñado en un principio, con predominio de la autonomía de la voluntad o del principio dispositivo, como se acostumbra decir, prácticamente se ha trastocado, pasando a ser la regla general la improrrogabilidad y la excepción la posibilidad de la prorrogación<sup>61</sup>.

No obstante, los partidarios de esta tendencia legislativa distan de considerarse satisfechos con la actual regulación legal y algunos piensan que debería llegarse a la supresión total de la sumisión<sup>62</sup>; mientras que otros, sin llegar a tal extremo, por ahora, se muestran receptivos frente a la posibilidad de que prosiga este proceso de restricción a la prorrogabilidad<sup>63</sup>.

Particular importancia en esta materia, han tenido las reformas introducidas por la LO 10/1992, a los arts. 717 y 1439 de la LEC, además del art. 131, la de la Ley Hipotecaria, que ha venido a prohibir la sumisión expresa y tácita, en procedimientos de singular importancia, con lo que actualmente se mantiene vigente la plena prorrogabilidad de la competencia territorial, sólo en procedimientos ordinarios y, entre éstos, en los de mayor y de menor cuantía, salvo que por la materia sobre la que verse el concreto proceso, se encuentre prohibida la sumisión por alguna norma especial introducida en una ley sustantiva<sup>64</sup>.

61. Vid. PELAEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, pág. 413 y ss.; y, más difusamente, MORENO CATENA, *Op. cit.*, con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, pág. 45.

62. Decididos partidario de su supresión, se muestran, por ejemplo, MARTÍNEZ RUIZ, *Op. cit.*, págs. 50 y ss., quien se queja de que «por la tradición en que han sido formados, los juristas ven en lo que el art. 54 de la LEC llama la prórroga de la jurisdicción, un elemento natural contra el que pocas voces se han levantado. Y, sin embargo, tal prórroga no es deseable se mire por donde se mire» (pág. 51); y, GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, págs. 334 y 347.

63. Esta parece ser la posición predominante, pudiéndose situar en ella, a FERNÁNDEZ, *Op. cit.* con DE LA OLIVA, para quien «sería erróneo pensar que es más progresivo o más adecuado a la autonomía de la voluntad otorgar naturaleza prorrogable a las normas de competencia territorial (...). Podría decirse incluso, que la prorrogabilidad de la competencia territorial conlleva un cierto arcaísmo en la concepción del proceso» (pág. 361, nota 3); MORENO CATENA, *Op. cit.*, pág. 45; DAMIÁN MORENO, Juan; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; y, GARBERI LLOBREGAT, José, *La Reforma Procesal Civil, Penal y Administrativa de 1992*, Ed. Colex, Madrid, 1992, págs. 34 y s.; FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael y XIOL RÍOS, Juan Antonio, *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. I, La reforma del Proceso Civil*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 48 y ss.; etc.

64. Vid. *supra* 3.3.1.1.

La entidad de estas últimas modificaciones legales ha hecho decir a la mayoría, que «no cabe hablar ya, desde una perspectiva pragmática y material, del principio dispositivo como regla general, pues como tal no puede considerarse la que aparece excepcionada en tan numerosos supuestos; tampoco puede decirse con propiedad que aquél haya sido sustituido por el principio imperativo, pues ello hubiera exigido la supresión absoluta de la disponibilidad, en cambio, no es aventurado afirmar que, cuando menos, se ha operado la cuantitativa equiparación de ambos»<sup>65</sup>.

No obstante, forzoso les resulta reconocer, que «formal y cualitativamente, en cambio, dado el carácter singular de las normas que particularizadamente instituyen fueros absoluta o relativamente imperativos, merece seguir siendo reconocida —no obstante sus menguadas proporciones—, como principio general de nuestro ordenamiento y, por ende, como regla, la prorrogabilidad»<sup>66</sup>.

La consecuencias más importantes, de este reconocimiento, son, por una parte que «la sumisión —en cualquiera de sus modalidades— únicamente será ineficaz cuando así aparezca positiva y específicamente prescrito imponiendo al Juez como deber el control oficial de su propia competencia territorial»<sup>67</sup> y, además, que los supuestos de improrrogabilidad no podrán ser interpretados extensiva o analógicamente.

Atendida la carencia de un programa legislativo coherente que desde hace mucho tiempo, ha venido adoleciendo la creación de normas procesales en España, particularmente cuando de reformas a las leyes de enjuiciamiento se ha tratado, no parece, sin embargo, posible reconducir a una única motivación, constante a través del tiempo, la sucesión de disposiciones que se han ido dictando a partir de la vigencia de la LEC, prohibiendo o limitando la sumisión<sup>68</sup>.

65. FERNÁNDEZ LÓPEZ y Otros, *Op. cit.*, pág. 62.

66. *Idem*.

67. FERNÁNDEZ LÓPEZ y Otros, *Op. cit.*, págs. 62 y s.

68. Un intento de explicación de las razones por las que se ha ido generando esta serie de preceptos, formulan FERNÁNDEZ LÓPEZ y otros, *Op. cit.*, págs. 60 y ss., quienes sostienen que históricamente las primeras limitaciones a la amplia vigencia de la sumisión en el sistema original de la LEC, provinieron de «leyes sustantivas con reglamentación procesal, con referencia a materias que, por su intrínseca relevancia social, evidenciaban de modo más patente los nocivos efectos de tan indiscriminada permisividad», lo que se habría traducido en disposiciones tales como el art. 84 del Código de Comercio; art. 137.1 de la ley de 23 de julio de 1908, sobre préstamos

Lo cierto es que la posibilidad de esta percepción se dificulta porque se trata de una tendencia que se puede identificar a partir de normas que se han ido dictando a lo largo del transcurso de mucho tiempo. En efecto, a pesar de que a primera vista podría parecer que se trató de un fenómeno reciente —de hecho así lo sostienen destacados autores como Gómez Colomer<sup>69</sup>—, otros —particularmente Peláez del Rosal— han puesto de relieve que, en realidad, no se trata de un acontecimiento nuevo, sino que comenzó en el mismo momento en que se dictó la LEC o, quizás, incluso antes de que ello sucediera<sup>71</sup>.

En todo caso, este movimiento ha merecido muy diversas evaluaciones por parte de la doctrina, originando fuertes controversias. Así, importantes autores, creen que se ha producido «por un desconocimiento de la innovación progresista del legislador, en unos casos y, en otros, por un reconocimiento de la prepotencia de la ley»<sup>72</sup>; existiendo quien, recientemente, ha opinado que estas normas han tenido su origen en el hecho de que «en la actualidad, no se sabe muy bien por qué, desde

usurarios; el art. 16.5 de la Ley de Propiedad Horizontal; etc.; aunque paralelamente se habría ido «desarrollando otro proceso tendencial encaminado a superar las meras limitaciones al fuero convencional, afirmándose —bien que de manera sectorial— la radical inutilización del pacto sumisorio mediante normas configurativas de genuinos fueros imperativos» (por ejemplo, arts. 4 y 5, II de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación; los arts. 32 y 39 del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado; art. 118 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; etc.); o de preceptos a los que «con tenor dispositivo les ha sido reconocido doctrinal o jurisprudencialmente» el carácter de no disponibles para las partes, tales como el art. 70.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; el art. 14 de la Ley de 50/1965, de 17 de julio, sobre regulación de la venta a plazos de bienes muebles; el art. 123.1 de la Ley sobre Arrendamientos Rústicos; etc.

69. *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 347, donde se refiere a ésta como «una moderna tendencia [que] se está abriendo paso». Muchos otros se expresan en términos similares, por ejemplo, MORENO CATENA, que justifica las reformas de la Ley 10/1992 al respecto, en que se habrían dictado «en aplicación de las modernas orientaciones en esta materia» (*Op. cit.*, con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, pág. 45); DAMIÁN MORENO, GONZÁLEZ CUELLAR y GARBERI LLOBREGAT, *Op. cit.*, 34; etc. En el Derecho extranjero, en Francia también califica de moderna esta orientación, PERROT, Roger, *Institutions Judiciaires*, 4ª edición, *Monchrestien, París*, 1992, págs. 294 y s.

70. *Op. cit.*, págs. 412 y ss.

71. De hecho PELÁEZ DEL ROSAL, da cuenta de la existencia de excepciones que arrancan de la Novísima Recopilación (*Op. cit.*, pág. 414).

72. PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, pág. 413. También crítico con esta tendencia se mostraba GÓMEZ ORBANEJA (*Op. cit.*, pág. 112), que la identificaba en la legislación complementaria de la LEC, mientras que hoy sabemos que la ha alcanzado de lleno.

algunos sectores con más componentes ideológicos que jurídicos han reverdecido opiniones contrarias a la libertad de las partes en cuanto a la determinación del órgano jurisdiccional por medio de fueros convencionales»<sup>73</sup>.

Por contra, otros sectores, han manifestado un apoyo fervoroso a esta tendencia, argumentando que se dirige a corregir una situación creada porque «la centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil, allá en el año 1881, cedió al interés de los individuos el poder sobre la competencia territorial de los Juzgados y Tribunales. Los particulares *podían pactar sobre el actuar de los Jueces y tribunales como quien dispone de cosa propia*. Y aún más: podían hacer que cualquier Juez del territorio nacional con competencia objetiva tuviese que sustanciar una demanda, sin otro límite que las resultas de las cuestiones de competencia que pudieran promover los demandados»<sup>74</sup>; y, otro, ha dado por sentado que el predominio de la autonomía de la voluntad en esta materia es «fuente de complicaciones y discusiones que sólo sirven para alargar el proceso... se aleja de la moderna doctrina y legislación... que la hace indisponible para las partes en cualquiera de sus criterios de atribución posible»<sup>75</sup>.

A pesar de que más adelante intentaremos sistematizar todos los argumentos esgrimidos para limitar la sumisión y las réplicas que han podido merecer, éstas citas son suficientemente demostrativas de las profundas discrepancias existentes sobre la procedencia y utilidad de la progresiva limitación de la prorrogabilidad de la competencia territorial.

A propósito de esta última expresión, antes de continuar adelante, en vista de lo dicho acerca del carácter de la voluntad como criterio de determinación de la competencia horizontal, parece conveniente aclarar el sentido que actualmente tienen las locuciones «prorrogabilidad» o «prórroga de competencia».

73. ALMAGRO NOSETE, *Op. cit.*, con TOME PAULE, pág. 184.

74. Martínez Ruíz, *Op. cit.*, pág. 50 (las cursivas son nuestras). Cabe hacer presente que el autor, juez, mantiene una posición que, aunque con menos contundencia, también comparten otros magistrados que han escrito sobre el tema a propósito de las reformas de la ley 10/1992, tales como FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel; ILLESCAS RUIZ, Angel Vicente; PUYOL MONTERO, Francisco Javier; y, RODRÍGUEZ SAN VICENTE, Miguel María, *La reforma procesal civil por ley 10/1992. Criterios prácticos de interpretación*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, págs. 59 y ss.; y, FERNÁNDEZ MONTALVO y XIOL RÍOS, *Op. cit.*, págs. 48 y s.

75. GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 334.

### 3.2.- *Concepto actual de «prórroga de competencia»*

En estos momentos, lo que no sucedía históricamente, se denomina «prórroga de competencia», al efecto que produce la utilización del primero de los criterios establecidos para decidir el tribunal que ha de conocer de un asunto con preferencia a los de su misma clase, o sea, a la consecuencia que la ley otorga a la voluntad de las partes en la determinación del tribunal territorialmente competente.

Vale decir, actualmente la expresión «prórroga de competencia», si bien de uso generalizado, en rigor no es del todo exacta, puesto que la competencia no se «concede» u «otorga», sino que se determina<sup>76</sup>, ya que, como venimos insistiendo, la sumisión no es una causa de modificación de las reglas legales de competencia territorial por voluntad de las partes<sup>77</sup>, pues, en realidad, «la propia sumisión constituye la regla general en este tipo de competencia, la regla preferente por antonomasia»<sup>78</sup>.

De allí que el problema a estudiar, en rigor, no es el de la extensión o restricción de una competencia de carácter legal, que pudiera ser «prorrogada», en el sentido de «extendida», sino el de si la ley continúa permitiendo el empleo de la voluntad de las partes para decidir el tribunal territorialmente competente. No puede, por tanto, plantearse la cuestión en términos de una diarquía entre disponibilidad o indisponibilidad y prorrogabilidad o improrrogabilidad<sup>79</sup>, ya que esta última no es más que el efecto de un pacto de sumisión de los litigantes.

76. PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, pág. 60 y ss. y 412 y ss., quien explica que, en el fondo, de prorrogabilidad de la competencia civil se puede hablar en sentido figurado, porque «la competencia no se prorroga, sino que en todo caso se determina, salvo que por prorrogar no entendamos extender, sino atribuir, dar o conceder, y en una palabra, determinar. La norma del art. 54 de la LEC lo que viene a reconocer es la posibilidad ilimitada, en cuanto al objeto, de la sumisión» (pág. 412).

77. Como, por ejemplo, afirma GUASP, quien califica a la sumisión, como «causa modificadora de la competencia», que produciría sus «efectos característicos de pérdida de la competencia en el Juez que ordinariamente la tenía y adquisición de la competencia por el Juez designado» (*Op. cit.*, págs. 134 y s.).

78. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil, cit.*, págs. 176 y s.

79. Términos en los cuales actualmente se suele plantear el tema de la determinación de la competencia territorial, a nivel de obras generales (manuales y comentarios). Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ y otros, *Op. cit.*, págs. 59 y ss.; MORENO CATENA, *Op. cit.*, con GIMENO SENDRA y CORTES DOMÍNGUEZ, págs. 44 y ss.; GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, págs. 334 y ss.

Empero, estando ampliamente impuesta la expresión «prórroga de competencia», no queda más que seguirla utilizando, con esta previa aclaración respecto de su actual sentido. Por lo tanto, al estudiar la evolución hacia la improrrogabilidad de la competencia territorial u horizontal, nos estamos refiriendo a la supresión o restricción en el uso de la voluntad de las partes como criterio de determinación de esta clase de competencia.

### 3.3.- *Fórmulas empleadas por el legislador para prohibir o limitar la prorrogabilidad*

El legislador ha utilizado diversas *fórmulas, medios o mecanismos* para prohibir o restringir la utilización de la voluntad de las partes como criterio de determinación de la competencia territorial.

No ha recurrido sólo, como pudiera pensarse, a la prohibición explícita de la sumisión expresa y de la sumisión tácita, sino que también, en algunos casos, a la prohibición de la una o la otra, o bien, las ha limitado sólo a determinados tribunales. Incluso en algún supuesto, ha prohibido indirectamente la expresa, al obligar al juez a analizar de oficio su propia competencia territorial. Finalmente en otros muchos otros casos, la restricción la ha realizado por medio de la adscripción obligatoria, que se estima inderogable para las partes, de una determinada clase de asuntos a tribunales que ejercen su competencia sobre un específico territorio.

Con esta base, nos atrevemos a ensayar una clasificación de los mecanismos empleados por la ley para restringir la prorrogabilidad de la competencia territorial:

#### 3.3.1.- *Prohibición de la sumisión expresa y de la sumisión tácita*

Entre las numerosísimas disposiciones que exceptúan la posibilidad de que las partes puedan determinar a través de su voluntad al tribunal territorialmente competente, prohibiendo tanto la sumisión expresa como la tácita, las hay que establecen la prohibición en relación a la clase de procedimientos de que se trata, cualquiera sean las partes que tomen parte en el juicio, mientras que en otras depende de la interven-

ción de determinadas partes en el litigio, cualquiera sea el tipo de procedimiento de que se trate. A su vez, entre los primeras, que son la mayoría, hay hipótesis de prohibición explícita y directa, y otras, en cambio, en que se desprende de normas que establecen imperativamente la competencia territorial de algunos tribunales, para conocer de los procesos que versan sobre las materias especiales a que se refieren los cuerpos legales donde se contienen tales disposiciones.

### 3.3.1.1.- En relación a la clase de procesos de que se trata

A) **Supuestos en que se prohíbe directamente la sumisión expresa** o tácita con carácter general, respecto a toda una clase de procedimientos de carácter civil<sup>80</sup>, cualquiera que sean las partes que intervengan en ellos:

a) en los juicios ejecutivos, en los que se ha dispuesto que no son «aplicables las normas sobre sumisión expresa o tácita» (art. 1439 LEC, modificado por Ley 10/1992, de 30 de abril).

b) en los juicios verbales, en los que también se ha establecido que no son aplicables las normas sobre sumisión expresa o tácita (art. 717 LEC, redacción Ley 10/1992, de 30 de abril).

c) en los procesos sobre nulidad de matrimonio, separación y divorcio, en los que hace exclusivamente competente al Juez del domicilio conyugal, siendo «nulos los acuerdos de las partes que alteren lo dispuesto» en esta materia de competencia territorial (Disposición Adicional 3ª Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre procedimiento en las causas sobre Separación, Nulidad o Divorcio).

d) en los procesos sobre arrendamientos urbanos, se preceptúa que no serán «aplicables las normas sobre sumisión expresa o tácita de la Sección Segunda del Título II del Libro Primero de la LEC» (art. 38 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos).

80. Por lo que excluimos las normas que prohíben la sumisión en los procedimientos no civiles: laborales (Base 2ª N° 1, Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral); criminales (art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); y contencioso-administrativos (art. de la Ley de procedimiento contencioso-administrativo).

e) en los procesos sobre arrendamientos rústicos, en los que también se impide que pueda pactarse sumisión (art.123.1 Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos)<sup>81</sup>.

f) en los procesos judiciales sumarios de ejecución hipotecaria, para los que se hace competente al juez de Primera Instancia del lugar en que radique la finca, añadiéndose que «el Juez examinará de oficio su propia competencia territorial, sin que resulten aplicables las normas generales sobre sumisión expresa o tácita de la LEC» (art. 131.1a de la Ley Hipotecaria, modificado por LO 10/1992, de 30 de abril)<sup>82</sup>.

g) en los juicios sobre el contrato de usura, en los que se declara nula la renuncia al fuero propio hecha por el deudor (art. 1 *in fine* de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908)<sup>83</sup>.

B) **Casos en que se prohíbe indirectamente la sumisión expresa o tácita** a través de la atribución en esta clase de asuntos a la competencia territorial de los tribunales de determinadas localidades, por normas que se consideran doctrinaria y jurisprudencialmenteinderogables por la voluntad de las partes.

a) en los procesos de impugnación de acuerdos sociales de sociedades anónimas, en los que se hace exclusivamente competente al juez del domicilio social (art. 118 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas).

81. MORENO CATENA, sostiene que el texto de esta disposición, no permite concluir que se encuentre prohibida la sumisión tácita (*Op. cit.*, con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, pág. 47).

82. Estimando positiva esta modificación de la Novela de 1992, dirigida a su entender, a descongestionar a los juzgados de las grandes ciudades, especialmente de Madrid, de esta clase de procesos de ejecución hipotecaria, FERNÁNDEZ LÓPEZ y otros, previenen «que ni siquiera esa finalidad implícita de la reforma se logrará, completamente, pues han permanecido invariables otros procesos cuya identidad sustancial de sentido hubiese aconsejado análoga revisión, y que igualmente se concentran en los Juzgados de las grandes capitales» (*Op. cit.*, pág. 80), refiriéndose a la Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893, cuyo art. 48 permite la sumisión expresa o tácita; a la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión, cuyos arts. 83 y 92, también aceptan como primer criterio competencia territorial la voluntad de las partes; y, además, al procedimiento de «secuestro» del Banco Hipotecario, cuya farragosa legislación también permitiría la sumisión (*Op. cit.*, págs. 80 y ss.).

83. Sin embargo, existen antigua jurisprudencia, que declara que la sumisión expresa no ha quedado derogada por esta norma (SSTS de 29 de mayo de 1909 y 25 de enero de 1918). Vid. LORCA NAVARRETE, *Bases para un estudio...*, *cit.*, págs. 32 y ss. y PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, págs. 416 y ss.

b) en los procesos que se susciten en relación a derechos reconocidos en la Ley de Patentes, ya que se confiere competencia exclusiva al juez de primera instancia de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma en que se encuentre situado el domicilio del demandado (art. 125.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes).

c) en los juicios en que se ejercen acciones derivadas de los derechos reconocidos en la Ley de Marcas (art. 40 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, que hace aplicable las disposiciones del Título XIII de la Ley de patentes, entre las que se encuentra el art. 125.2, recién citado).

d) en los procesos civiles sobre seguro privado (arts. 32 y 39 del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, aprobado por Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto).

e) en los procesos sobre cuestiones referentes a las Sociedades Anónimas Laborales (art. 15.1º de la Ley 15/1986, de 25 de abril).

f) en los juicios en que se ejerzan acciones reales de acuerdo al art. 41 de la Ley Hipotecaria (art. 137.1 a del Decreto de 14 de febrero de 1947; Reglamento de la Ley Hipotecaria).

g) en los juicios sobre contratos sobre venta de bienes muebles a plazo (art. 14 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, de Venta de Bienes Muebles a Plazo).

h) en las reclamaciones por desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales (art. 11 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona).

i) en los juicios sobre propiedad intelectual (art. 127 de la Ley de 10 de enero de 1991, de Propiedad Intelectual).

j) en los procesos sobre competencia desleal (art. 23 de la Ley de 3/1991, de 10 de enero, sobre Competencia Desleal).

k) en los juicios a que dé lugar la aplicación de la Ley de Cooperativas (art. 52.5 de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas).

l) en los procesos sobre cooperativas de crédito (art. 2 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito).

ll) en los juicios en que deba aplicarse la ley de sociedades anónimas (art. 118 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre).

m) en los procesos originados por la aplicación de la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 15.3 de la ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada).

### 3.3.1.2.- En relación a la intervención de determinadas partes

a) Entre los supuestos en que se prohíbe la prorrogabilidad de la competencia horizontal, se encuentran aquellos en que se debe a la intervención del Estado y otros sujetos públicos, cualquiera sea el tipo de juicio de que trate.

En efecto, actualmente el art. 71.2 de la LEC, dispone que en los procesos en que sean parte el Estado, Entidades Estatales Autónomas de Derecho Público y Órganos Constitucionales, será competente el juzgado o tribunal que tenga su sede en las capitales de provincia. Esta misma regla será de aplicación a las Comunidades Autónomas y Entidades de Derecho Público dependientes de las mismas. Las únicas excepciones que contempla son los juicios universales y los interdictos de obra nueva y obra ruinosas.

Como es sabido, este art. 71.2 LEC, fue modificado por ley 10/1992, de 30 de abril, con el objeto de reponer el privilegio que en favor del Estado le acordaba el art. 7 del Real Decreto de 21 de enero de 1925, Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, que se remitía al art. 57.2 de la Ley de 14 de octubre de 1882, Adicional a la Orgánica del Poder Judicial, para litigar sólo ante los jueces de primera instancia de las ciudades donde existieren Audiencias, ventaja que jurisprudencia y doctrina habían entendido acabada con la derogación a través de la LOPJ de la última disposición citada<sup>84</sup>.

84. Así, el Tribunal Supremo, había consolidado una jurisprudencia, invocando además, las garantías constitucionales del juez predeterminado por la ley y de la igualdad de las partes en el juicio, conforme a la cual el Estado estaba sometido a las reglas generales de competencia en materia civil (SSTS 27 de enero 1992; 25 de febrero 1992). Vid. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, «Competencia territorial y cuestiones de competencia», en VV.AA. (Coord. Montero Aroca), La reforma de los procesos civiles (comentario a la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal), Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 77 y s.; y, FERNÁNDEZ LÓPEZ y otros, *Op. cit.*, págs. 109 y ss.

Esta reforma, con razón, ha sido muy criticada por la mayor parte de la doctrina porque es producto de una reacción del aparato estatal que en forma fulminante, al ver afectada una injustificada ventaja procesal, que siempre le ha sido muy cara, «sin mayores miramientos, reafirmó el privilegio y lo extendió a las Comunidades Autónomas»<sup>85</sup>.

b) Cabe hacer presente que normalmente la doctrina, incluye entre los procesos en los que no se puede prorrogar la competencia, aquellos en los que debe intervenir el Ministerio Público, pero, en realidad, no existe disposición legal que lo justifique.

En efecto, este presunto privilegio sólo se fundamenta en Instrucciones de 10 y 15 de noviembre de 1910 y Circular de 10 de junio de 1912 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que ciertamente no son vinculantes para los tribunales<sup>86</sup>, por lo que entendemos que carece de fundamento legal<sup>87</sup>.

### 3.3.2.- Limitación únicamente de la sumisión expresa

Es sabido que en el procedimientos establecido únicamente para los «juicios de cognición», se preceptúa que la sumisión expresa sólo «podrá hacerse en favor del Juez del propio y habitual domicilio de cualquiera de los contratantes, si se tratare del ejercicio de acciones personales, o del lugar de la situación de la cosa, cuando se trate de acciones de naturaleza real sobre bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos» (art. 32, D. 21 de noviembre de 1952. Redacción dada por Ley 10/1992).

Por lo tanto, en este mecanismo, por una parte, no se prohíbe totalmente la sumisión expresa, sino que se la permite, pero únicamente para ante algunos tribunales<sup>88</sup> y, por la otra, se dejan a salvo las normas y las posibilidades de que opere la sumisión tácita<sup>89</sup>.

85. RAMOS MÉNDEZ, «Competencia territorial...», cit., págs. 77 y s. Vid. infra, 3.4.4.

86. PELÁEZ DEL ROSAL, Op. cit., pág. 433 y LORCA NAVARRETE, Op. cit., pág. 34.

87. Recordemos que según la jurisprudencia, la regulación de la competencia territorial, sólo puede provenir de normas de rango legal (STS 5 de marzo de 1980).

88. Vid., críticamente sobre esta disposición y sus consecuencias, GÓMEZ ORBANEJA, Op. cit., págs. 112 y ss.

89. MORENO CATENA, La reforma..., cit., págs. 61 y s.

### 3.3.3.- Obligación del juez de examinar de oficio su competencia territorial

Existen otros supuestos en que no se prohíbe directamente la sumisión, pero la ley obliga al Juez a que analice de oficio su propia competencia territorial, lo que se traduce en que se mantiene la posibilidad de sumisión expresa, pero se imposibilita la sumisión tácita<sup>90</sup>, tal cual acontece en los procedimientos que versan sobre las siguientes materias:

a) en los procesos sobre «derecho de rectificación». El art. 4, *in fine*, de LO 2/84, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación, hace competente al juez de Primera Instancia del domicilio del afectado o donde radique la dirección del medio de comunicación, agregando el art. 5.2, que el juez que se estime incompetente «de oficio y sin audiencia del demandado, dictará auto no admitiendo a trámite la demanda»<sup>91</sup>.

b) en los juicios relativos a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos a motor. La Disposición Adicional Primera, apartado 2, de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, establece que «será competente para conocer del juicio el Juez de Primera Instancia del lugar en que se causaron los daños, quien examinará de oficio su propia competencia territorial»<sup>92</sup>.

### 3.4.- Inconsistencia de los fundamentos distintos al de la desigualdad de las partes, invocados para prohibir o limitar la prorrogabilidad de la competencia

En cuanto a las *razones o fundamentos* que se han ido invocando durante todo el tiempo en que se han ido dictando las normas legales constitutivas de este fenómeno de prohibición o restricción de la voluntad de las partes para determinar al tribunal territorialmente competente, es decir, las limitaciones a la sumisión, lo cierto es que también son muy variadas.

90. FERNÁNDEZ, Op. cit., pág. 363.

91. Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ y otros, Op. cit., pág. 65.

92. FERNÁNDEZ LÓPEZ y otros, Op. cit., págs. 66 y ss.

No se ha esgrimido, como pudiera creerse, únicamente la protección al contratante más débil que se vé compelido a someterse al fuero que dicta su contratante más fuerte, que constituye, sin duda, el gran obstáculo que debe superar la sumisión. Antes, al contrario, el propio legislador y los autores partidarios de esta tendencia, explícita o implícitamente, han ido aduciendo variadas fundamentaciones, algunas quizás reconducibles a aquélla, pero no necesariamente todas, como podremos comprobar.

Sin embargo, a pesar de este esfuerzo, especialmente de la doctrina contraria a la vigencia de la sumisión o, quizás, mejor dicho, partidaria de la imposición de fueros legales imperativos en todos los casos, nos parece que todas y cada una de estas motivaciones secundarias, carecen del asidero suficiente para justificar la improrrogabilidad, según se desprende del examen de las más importantes:

#### 3.4.1.- *Progresiva desaparición de las razones históricas que justificaron el predominio de la autonomía de la voluntad*

Se dice que la prorrogabilidad se identifica con una concepción liberal de los derechos y del proceso, que era la que prevalecía durante el siglo pasado, al momento de la dictación de la LEC, de modo que superada esta ideología, es lógico que aquélla desaparezca y se imponga siempre la improrrogabilidad<sup>93</sup>.

Esta idea se condice especialmente con la más difundida concepción de la prórroga de la competencia, como una disposición de la competencia territorial o de las normas que la reglamentan, atendido que se trataría de normas de carácter dispositivo. De allí que se considere a la sumisión como expresión del «principio de la autonomía de la voluntad, esencia del derecho privado»<sup>94</sup>, por lo que consideran que «la disponibilidad de la competencia territorial responde a la normal disponibilidad de los derechos materiales deducidos en el proceso civil»<sup>95</sup>.

93. MARTÍNEZ RUÍZ, *Op. cit.*, pág. 50 y ss.

94. GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 334.

95. MORENO CATENA, *Op. cit.*, con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, págs. 44 y s.

Empero, los que critican esta tendencia, argumentan que, por el contrario, la improrrogabilidad implica una manifestación más del progresivo predominio del Estado sobre el individuo<sup>96</sup>.

Lo que podríamos agregar por nuestra parte es que, objetivamente, la sumisión es un mero instrumento de determinación del tribunal competente territorialmente, que a su vez constituye un problema netamente procesal, y no tendrían por qué buscarse explicaciones para su vigencia o derogación en teorías sobre la naturaleza de los derechos materiales que se estarían entrando a discutir en el proceso.

#### 3.4.2.- *Defender el carácter público de todas las normas de competencia*

A este respecto, se arguye que las normas de competencia territorial, son de la misma naturaleza y cabe equipararlas a las de la competencia objetiva y funcional. Y como son todas de carácter público, no se justifica que se permita a las partes disponer de ninguna de ellas. Es decir, todas las normas de competencia, por su propia naturaleza, serían improrrogables o indisponibles, debiendo las leyes así reconocerlo.

Al respecto, se sostiene que «existe una moderna tendencia que se está abriendo paso, como consecuencia de aquella limitación de la autonomía de la voluntad (...), que se basa en la reivindicación del carácter público también para estas normas»<sup>97</sup>.

Sin embargo, por otra parte, se ha demostrado que esta equiparación no es exacta, puesto que las normas de competencia territorial u horizontal no son en su origen homologables a las de la competencia objetiva y funcional, ya que «la competencia territorial es una cuestión de preferencia (de un juez sobre otro, ambos de igual rango), *no de exclusividad* (como lo son los demás criterios de competencia, 53.2°). De aquí que, aunque se diga, no es en rigor cierto que un Juez con competencia objetiva pueda ser “incompetente” por razón del territorio»<sup>98</sup>. Teniendo por objeto la distribución territorial del trabajo entre

96. PELAEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, pág. 412.

97. GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 347.

98. FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, con DE LA OLIVA, pág. 360.

los distintos tribunales del mismo grado y jerarquía del país, no son normas de atribución de competencia, por lo que no existiría un impedimento natural, para que en este mismo rol de elección de uno entre todos los tribunales de la misma clase o categoría que pueden conocer de un asunto, sean reemplazadas por un pacto celebrado entre los interesados.

### 3.4.3.- Respetar el carácter de presupuesto procesal de la competencia

Intimamente relacionado con el argumento anterior, existen autores que sostienen que la legislación que mantiene la vigencia de la sumisión, «se aleja de la moderna doctrina y legislación que, al considerar la competencia, acertadamente, un presupuesto procesal, la hace indisponible para las partes en cualquiera de sus criterios de atribución posible»<sup>99</sup>.

Es decir, las normas de competencia territorial serían esencialmente irremplazables por la voluntad de los litigantes, porque integrarían, junto a las de competencia objetiva y funcional, un «presupuesto procesal». Entre otras varias consecuencias que se pueden desprender de esta concepción, estaría también la de hacer a la competencia horizontal, controlable de oficio por el juez.

Por nuestra parte, a pesar de que más adelante nos referiremos ampliamente a esta postura<sup>100</sup>, debemos adelantar que la consideramos extraordinariamente peligrosa, porque implicaría variar completamente el sentido que hasta ahora ha tenido la competencia territorial. En efecto, la razón de ser de esta clase de competencia, ha sido siempre, desde su origen, la distribución del trabajo entre los tribunales de una misma jerarquía, lo más eficiente y rápidamente posible, el efecto contrario al que se consigue con esta impostación. En especial, no es cierto que la tendencia «moderna» sea la de conferir a la competencia territorial este carácter, que en un exceso de dogmatismo, importaría atribuirle una importancia tal que, entre otras consecuencias, debería hacer siempre nulo lo obrado por el juez territorialmente incompeten-

99. GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 334.

100. Vid. *infra*, 5.2.4.

te<sup>101</sup>, atentando contra la efectividad de la tutela que debe proporcionar el Estado.

### 3.4.4.- Favorecer la intervención del Estado y del Ministerio Público

A pesar de que no siempre se reconoce, sino que más bien se la tiende a soslayar por legislador y doctrina partidaria de la improrrogabilidad, una de las razones que también han llevado al primero a limitar la vigencia de la voluntad de las partes en esta materia, ha sido facilitar la intervención del Estado y organismos administrativos en los juicios en que deben tomar parte<sup>102</sup>, como acontece señaladamente con el actual art. 71 de la LEC<sup>103</sup>.

Algunos autores que se muestran comprensivos con este inaceptable privilegio, arguyen que se justifica por el hecho de que la Administración defiende los intereses públicos; y, algún otro, que se trata de una excepción relativa a las normas sobre competencia territorial, puesto que ésta «sólo recibe un desplazamiento eventual», ya que «la norma tiene virtualidad únicamente si el órgano competente resultara ser el de una población distinta de la capital de provincia»<sup>104</sup>.

No obstante, este privilegio, como ha denunciado la mayoría de la doctrina, simplemente constituye un abuso de parte del Estado, una manifestación más de la resistencia de la Administración a someterse al control jurisdiccional en igualdad de condiciones que los particulares<sup>105</sup>

101. Como reconoce el mismo GÓMEZ COLOMER (*Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 348), que por ello reprueba que el art. 238 LOPJ, no haga nulo lo obrado por el juez territorialmente competente, disposición que, sin embargo, consideramos acertada y clave para una interpretación verdaderamente actual de este tema. Vid. *infra*, 5.3.

102. PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, pág. 433.

103. Vid. *supra*, 3.3.1.2.

104. MORENO CATENA, Víctor, «La reforma de la competencia territorial en el proceso civil», en VV.AA. (Coord. Gómez de Liaño), *Comentarios sobre la Reforma Procesal. Ley 10/1992, Oviedo, 1992*, pág. 56, si bien que al mismo tiempo recoge también las críticas que ha merecido este precepto.

105. Vid., ampliamente, FERNÁNDEZ LÓPEZ y otros, *Op. cit.*, págs. 111 y ss., quienes reseñan las vicisitudes históricas de esta disposición, «añeja norma de azarosa evolución en nuestro Ordenamiento», que, una vez más, ha sido resucitada, sita en el actual art. 71 de la LEC.; GALÁN URBANO, Pedro, *Privilegios del Estado en el proceso civil de declaración española*, Salamanca, 1979, págs. 22 y ss.; y, PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Privilegios de las administraciones públicas en el proceso civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

y que resulta tanto más injustificado, cuando se invoca en juicios en los que su defensa, ni siquiera la asume el cuerpo de Abogados del Estado, como, por ejemplo, acontece en juicios en que toma parte el Consorcio de Compensación de Seguros<sup>106</sup>.

De allí que haya podido concluirse, en relación al vigente art. 71.2 y 3 de la LEC, modificado por la LO 10/1992, que «ha de entenderse contraria a la Constitución esta prerrogativa del fuero territorial de la Administración»<sup>107</sup>, pues establece una desigualdad en perjuicio de los que han de litigar contra el Estado, que carece de la justificación objetiva y razonable que exige el art. 14 de la Constitución, y atenta contra el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que garantiza el art. 24.2 de la misma Ley Fundamental<sup>108</sup>.

Por otra parte, favorecer la intervención del Ministerio Público, no podría ser fundamento para prohibir la sumisión en los juicios en que debe tomar parte, ya que éste existe en todos los partidos judiciales.

#### 3.4.5.- *Encomendar el conocimiento de determinada clase de asuntos a juzgados especializados*

Es un argumento que hemos visto —de momento— aludir escasamente, pero que puede ser muy interesante, para enfrentar con modernos criterios la cuestión de la distribución de la competencia territorial.

Concretamente, se dice que es el fundamento de la prohibición de la sumisión que se establece en el art. 125.2 Ley de Patentes 11/1986, de 20 de marzo<sup>109</sup>.

De todos modos, tampoco tiene suficiente entidad como para justificar todas las reformas que se han llevado a efecto en esta materia, que en la mayoría de los casos no han tenido por objeto entregar el conocimiento de las causas a tribunales especializados, sino a tribunales ordinarios, señalados directamente por la ley, atendiendo a las vinculaciones territoriales que los legisladores han estimado del caso.

106. RAMOS MÉNDEZ, «Competencia territorial...» cit., pág. 77.

107. FERNÁNDEZ LÓPEZ y otros, *Op. cit.*, pág. 175.

108. Vid., FERNÁNDEZ LÓPEZ y otros, *Op. cit.*, págs. 154 y ss.

109. RETUERTA, Jaime, *Nueva Ley de Patentes. Normativa Procesal*, Ed. Trivium, Madrid, 1989, págs. 210 y s.

La crítica más importante, sin embargo, que se puede aducir contra esta eventual motivación de la improrrogabilidad, y demostrando la falta de una verdadera política legislativa en esta materia, es que persigue radicar el conocimiento de una determinada clase de asuntos en juzgados situados en las grandes ciudades y capitales, objetivo radicalmente contrario al que en muchas otras ocasiones, como veremos inmediatamente, se ha confesado como perseguido para abolir la sumisión.

#### 3.4.6.- *Mejor distribución de las causas entre los juzgados del país*

Es el gran fundamento invocado en la reforma de la ley 10/1992, para introducir las modificaciones que hemos reseñado, y que han significado un avance trascendente en la evolución hacia la improrrogabilidad, según se reconoce en su Exposición de Motivos: «los datos disponibles vienen demostrando que una muy notable proporción de los asuntos civiles dirimidos en algunas ciudades procede de otros partidos judiciales, residenciándose allí en virtud de pactos de sumisión que, sobre perjudicar generalmente al contratante más débil, distorsionan las cargas competenciales de algunos órganos judiciales en razón del único e inaceptable criterio de la comodidad de alguna de las partes».

Asimismo, es un argumento al que se recurre con energía por magistrados<sup>110</sup> o autores partidarios de la improrrogabilidad de la

110. V. gr., MARTÍNEZ RUÍZ, *Op. cit.*, pág. 51, quien entre las razones para abogar por la supresión de la sumisión, incluye el que «hoy nada permite pensar que la distribución del trabajo entre los Juzgados del territorio nacional sea cosa que solamente interese a los particulares. La planta de los Tribunales de justicia y su distribución geográfica está hecha para servir los intereses generales de la sociedad, que no para que ciertas personas (casi siempre cubiertas con la ficción de personalidad jurídica que tienen las sociedades) disfruten de comodidades que resulten incómodas para los individuos que contratan con ellas y para el propio servicio de los órganos judiciales. De nada sirve crear Juzgados en otras localidades si se permite que los asuntos civiles se lleven a los de las grandes capitales»; y, FERNÁNDEZ MONTALVO y XIOL RÍOS, *Op. cit.*, pág. 49, para quienes «la frecuencia de los pactos de sumisión distorsiona el reparto competencial entre los órganos derivados de los fueros legales, acumulándose un excesivo número de procesos en órganos judiciales residenciados en grandes poblaciones, donde tienen su sede empresas o sociedades con una posición prevalente en el tráfico jurídico».

competencia, para justificar plenamente que el legislador haya ido dictando las normas destinadas a restringir la sumisión<sup>111</sup>.

Sin embargo, nos parece que de ningún modo, éste puede constituir fundamento suficiente por sí mismo, para justificar la tendencia hacia la improrrogabilidad, porque la obligación del Estado es establecer los juzgados que se precisan y en los lugares que se requieran, según las estadísticas correspondientes<sup>112</sup>. En cambio, con este criterio, lo que en el fondo se está justificando por estos sectores, es que primero se creen los tribunales en un lugar determinado, con un ámbito territorial específico y, luego, se vayan dictando normas para tratar de compeler a los ciudadanos a acudir a ellos.

En realidad, la mejor distribución de los asuntos entre todos los tribunales del país, es el objeto que persiguen todas las normas sobre competencia horizontal, de manera que mal podría ser el fundamento de una mera tendencia legislativa.

Además, es muy frecuente que las partes interesen la resolución de los asuntos más importantes en las grandes ciudades, porque allí están los jueces con mayor experiencia, que no en las ciudades pequeñas donde normalmente se hallan quienes inician su carrera judicial.

### 3.5.- *Impedir desigualdades entre las partes es el fundamento válido de la evolución hacia la improrrogabilidad*

Constatada la inconsistencia e insuficiencia de las demás argumentaciones, se puede concluir que el fundamento último, quizás el único válido o verdadero, para prohibir o limitar la sumisión, es evitar la desigualdad entre las partes, es decir, impedir que la parte más fuerte pueda imponer su fuero a la parte más débil.

111. Así, algunos han reconocido sin cuestionamiento, a propósito de la novela de 1992, que la mera reducción de la eficacia procesal de la sumisión, no ha sido «la principal razón que ha movido al legislador para obrar de esta manera. En realidad, lo que verdaderamente se ha pretendido es evitar la excesiva acumulación de procesos en las grandes capitales» (DAMIÁN MORENO, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO y GARBERI LLOBREGAT, *Op. cit.*, pág. 34).

112. Vid. el argumento en Prieto-Castro, *Derecho de Tribunales*, cit., pág. 606, quien afirma con toda razón, que «este problema no pasa de ser administrativo, a resolver con el estudio de la estadística, que aconseja mantener menor número de Tribunales donde el trabajo sea escaso e incrementarlos donde suceda lo contrario».

Al respecto se recuerda con vehemencia que en la vida moderna el acceso a casi todos los servicios, especialmente los públicos, y a muchos bienes, pasa por la aceptación de estipulaciones desfavorables impuestas por grandes empresas, a veces monopólicas, entre las que se incluye la imposición de su fuero, para obligar al usuario a litigar ante sus sedes o ciudades donde tienen montada una infraestructura que les permite litigar con evidente ventaja. Son los denominados *contratos de adhesión*, en los que normalmente se inserta una cláusula de sumisión, que obliga al ciudadano a renunciar a su fuero propio —sin que siquiera sea menester, recordémoslo, por mor de una errada jurisprudencia, que aparezca en forma explícita que se hace tal renuncia—, al de su domicilio, en favor de las poderosas concentraciones económicas, privadas o públicas.

Obviamente este argumento es irrefutable y en esas condiciones la sumisión no puede ser permitida, pero siendo así, la cuestión consiste precisamente en solucionar este grave problema, para lo cual está por verse si la forma más efectiva de hacerlo, es impedir con carácter general y en todos los casos, la prórroga de la competencia territorial.

Desde luego, hay otra voces que advierten que lo más acertado ante esta situación, es utilizar la ley para impedir tales abusos, para conseguir que la sumisión sea fruto de un verdadero encuentro de las voluntades de ambas partes, que en realidad en estos casos no existe.

Lo que parece absolutamente desproporcionado, es que ante las anomalías que se producen en la operatoria del mecanismo de la sumisión, por difundidas que se encuentren, se pretenda, sin más, su total supresión, despreciando toda la extensa evolución histórica que condujo a considerar a la voluntad de las partes como criterio de determinación de la competencia horizontal.

En la convicción de que ésta no puede ser la solución a tal problema, trataremos de esbozar, en la última parte de este trabajo, un tratamiento del tema en esa perspectiva y, en particular, tratando de demostrar la compatibilidad de la sumisión con el sistema de garantías constitucionales del proceso<sup>113</sup>.

113. Vid. infra, 5.

#### 4.- INCIDENCIA DE LA EVOLUCIÓN HACIA LA IMPRORROGABILIDAD EN EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

El fenómeno de la evolución hacia la improrrogabilidad, ha influido necesariamente en el tratamiento procesal de la competencia territorial y, con ello, ha dado origen, además, a cierta controversia acerca de la naturaleza jurídica de las normas de competencia territorial, cuya resolución tiene evidente influencia en aquél tema.

De cualquier manera, el estudio de esta cuestión exige distinguir entre normas que regulan la competencia territorial prorrogable, o sea, aquellas que admiten ser remplazadas por la sumisión, y disposiciones que reglamentan la competencia territorial improrrogable.

##### 4.1.- Naturaleza jurídica de las normas de competencia territorial (prorrogable)

Aquí bien se puede decir, con inevitables simplificaciones, que actualmente en la doctrina española se distinguen dos líneas de pensamiento, acerca de la naturaleza de las normas sobre competencia territorial, particularmente cuando se las compara con los preceptos que regulan la competencia objetiva y funcional.

##### 4.1.1.- Son normas de carácter dispositivo

La primera postura, tradicional en este punto, sostiene que las normas de competencia territorial, en general, en cuanto todavía se las considera naturalmente de carácter prorrogable, son de distinta naturaleza que las normas de competencia objetiva y funcional.

En efecto, se dice que estas últimas tienen carácter imperativo, absoluto o de «*ius cogens*», porque están establecidas por razones de orden público<sup>114</sup>, mientras que, por el contrario, las normas de competencia territorial serían de *carácter dispositivo*, ya que en su dictación

114. Vid., por todos, a ALMAGRO NOSETE, *Op. cit.*, con TOME PAULE, pág. 194; y, GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 330.

no estaría presente el orden público, según enseña la casi unanimidad de la doctrina procesal española<sup>115</sup> y la jurisprudencia<sup>116</sup>.

De acuerdo a esta concepción tradicional, como hemos venido apuntando, se estima que el carácter dispositivo de las normas de competencia territorial, se deriva de la circunstancia de que las partes pueden derogarlas mediante su acuerdo de voluntad. Vale decir, se considera que la sumisión, implica el reconocimiento por la ley a las partes, en aras a la autonomía de su voluntad, de poder dejar sin efecto las normas legales y, decidir, de común acuerdo, acudir a un tribunal distinto de aquel a quien de acuerdo a la ley le habría correspondido territorialmente el conocimiento del asunto.

Sin dejar de considerar el carácter dispositivo de estas normas, se pueden identificar dos opiniones respecto a si desempeñan o no un rol idéntico al de las demás normas de competencia objetiva y funcional.

##### 4.1.1.1.- A pesar de su carácter dispositivo, son normas de atribución de competencia al igual que las de competencia objetiva y funcional

La primera postura es aquella que prácticamente no se cuestiona que a pesar de su carácter dispositivo, las de competencia territorial, son también normas de atribución de competencia, al igual que las que fijan la competencia objetiva y funcional, pues otorgan atribuciones a

115. Vid., por todos, FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, con DE LA OLIVA, págs. 360 y s.; y, PRIETO CASTRO, *Derecho de Tribunales*, cit., pág. 622.

116. SSTS 18 de enero de 1967 («conforme se establece en la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1966 los principios que gobiernan la competencia territorial, a diferencia de lo que sucede con los conflictos de jurisdicción e incluso con la competencia «objetiva» y «funcional», no se inspiran en ninguna razón de orden público y por ello se encomienda en primer término a la propia determinación de las partes la designación del Juzgador a quien se confiere»); y, de 9 de mayo de 1968 («para resolver la presente cuestión de competencia es de tener presente... que según se establece en las sentencias de esta Sala de 4 de mayo de 1966 y 18 de enero de 1967, los principios que rigen la competencia de esta Sala de 4 de mayo de 1966 y 18 de enero de 1967, los principios que rigen la competencia meramente territorial, a diferencia de lo que ocurre con los conflictos propiamente de «jurisdicción» e incluso en los de competencia «objetiva» y «funcional», no se inspiran en razón alguna de orden público y por ello se encomienda en primer término a la propia determinación de las partes la designación del Juzgador a quien se confiere»).

un determinado tribunal, en este caso en razón de la conexión territorial, para conocer de un asunto concreto.

Esto significaría aceptar que, a pesar de sus diferentes caracteres imperativo y dispositivo, las normas de competencia objetiva o funcional y territorial, concurrirían de la misma manera, sólo que en momentos distintos, a la determinación del tribunal competente.

Se trata de la opinión mayoritaria, que a partir de la triple clasificación de Chiovenda, no ve mayores diferencias entre el carácter y la función de las normas de determinación de las competencias objetiva, funcional y territorial.

#### 4.1.1.2.- No son normas de atribución de competencia, sino de preferencia

Otros autores, han advertido, no obstante, que esta postura tradicional incurre desde luego en una contradicción, ya que acepta sin más la clasificación de la competencia en objetiva, funcional y territorial, lo que tiene como presupuesto que todas ellas son de la misma naturaleza o que se encuentran en el mismo plano, lo que no sería exacto<sup>117</sup>.

En efecto, las normas de competencia objetiva y funcional se basan en una ordenación de la jerarquía de los tribunales (por eso cada vez con mayor frecuencia a aquélla se la denomina «competencia vertical») y, las de la competencia territorial, en la distribución del territorio, entre órganos de la misma jerarquía, (de allí que se la califique modernamente de «competencia horizontal»)<sup>118</sup>, funciones que no serían equiparables.

Esto lleva a algunos a concluir que las territoriales, en su tarea de distribuir el trabajo entre los distintos tribunales del país, no son normas de «exclusividad» (como las de competencia objetiva o funcional), sino de «preferencia», por lo que, en definitiva, no tienen el mérito de hacer incompetente (o competente) a un juez. De aquí que, «aunque se diga, no es en rigor cierto que un Juez con competencia objetiva pueda ser «incompetente» por razón del territorio. Es ésta una tradicional forma de decir que, en atención a variadas razones, el Legislador

117. PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, pág. 56 y s.

118. PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, págs. 54 y ss.

desea que el Juez de un determinado lugar conozca de un determinado asunto con preferencia a los demás Jueces del mismo grado, *todos ellos*, en principio, *igualmente competentes*»<sup>119</sup>. Esto sería así, porque la competencia territorial no afecta al oficio, sino a la distribución territorial del trabajo: «la facultad de las partes de “hacer competente” a un Juez que en principio no lo era (sumisión tácita o expresa; art. 56.1), la inexorable y rápida preclusión de la facultad de impugnar la competencia territorial del Juez arbitrariamente elegido por el actor (art. 75), y el principio de que las actuaciones realizadas por un Juez “incompetente” por razón del territorio son válidas (arts. 115, 238, 1º LOPJ)»<sup>120</sup>, son los argumentos que se esgrimen para sustentar esta afirmación.

Otros, sin llegar a negarles su calidad de normas de atribución de competencia, entienden que este carácter de normas de preferencia, es el origen de las diferencias esenciales de tratamiento legislativo entre el territorial y los demás tipos de competencia<sup>121</sup>.

En todo caso, la consecuencia más importante de esta concepción de las normas sobre competencia territorial, es que de ser aceptada, aun cuando sean declaradas improrrogables o imperativas, nunca podrían ser igualadas en sus tratamiento y efectos a las que regulan la competencia objetiva y funcional<sup>122</sup>.

#### 4.1.2.- Son normas de carácter imperativo

Se trata de una concepción todavía de *lege ferenda* en España, pero que se deriva como lógica consecuencia del carácter de presupuesto procesal, que muchos pretenden atribuir a la competencia en general, incluyendo a la territorial, en particular<sup>123</sup>.

119. FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, con DE LA OLIVA, pág. 360 (las cursivas son del autor).

120. FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, con DE LA OLIVA, pág. 360, nota 2.

121. PELÁEZ DEL ROSAL, *Op. cit.*, págs. 56 y 57.

122. FERNÁNDEZ LÓPEZ y otros, *Op. cit.*, pág. 90.

123. Doctrina respecto de la que ya hemos indicado, se presenta como principal sostenedor, GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 334. Resulta curioso que otros autores, aun admitiendo el carácter de presupuesto procesal de la competencia en general y de normas de atribución de competencia a las que regulan la territorial, no concluyan como tendría que ser con tales bases, que éstas normas son también de naturaleza imperativa o no dispositiva y harían siempre nulo lo obrado por el juez incompetente.

Efectivamente, si se considera la competencia procesal un presupuesto procesal<sup>124</sup>, se la «hace indisponible para las partes en cualquiera de sus criterios de atribución posibles»<sup>125</sup>, con lo que el «criterio» territorial, «quedaría igualado al tratamiento de los criterios objetivo y funcional»<sup>126</sup>.

Es decir, en lo que nos interesa, las normas de atribución de la competencia territorial, pasarían en todo a ser idénticas a las demás, a las de atribución de competencia objetiva y funcional: de *ius cogens*, de carácter imperativo o absoluto, no dispositivas, improrrogables, según los diferentes calificativos que suelen emplear los autores, para indicar que su cometido no puede ser suplido por la voluntad de las partes.

En último término, con esta doctrina, desaparece la competencia territorial u horizontal como categoría independiente, al margen de que pueda seguir vigente la denominación, absorbida por la competencia objetiva, que quedaría como única gran clase de competencia, pasando el territorio a ser, a lo más, un posible criterio *in mens legislatoris* de su atribución. Es decir, la ley volvería a establecer, siempre con carácter imperativo, al tribunal competente para conocer de cualquier asunto, tal cuál acontecía antes que se reconociera valor a la voluntad de las partes

124. Cuya definición este autor no hace, pero que actualmente la doctrina, modificando la concepción original de VON BÜLOW, como «las condiciones para la constitución de la relación jurídica procesal», es decir, aquellos elementos formales que «condicionan el proceso mismo» (*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (trad. Rosas L.), Buenos Aires, 1964, págs. 4 y 10), los concibe como aquellos elementos que hacen posible «dictar sentencia sobre el fondo del asunto. Los presupuestos no se refieren, pues, a la existencia del proceso, sino a que en él pueda resolverse el fondo de la cuestión planteada» y cuya importancia radicaría en que deberían ser controlados de oficio por el juez, lo que determinaría que en los juicios de mayor cuantía y verbal, «no existen casi presupuestos procesales, en cuanto la mayoría de las prescripciones relativas a la posibilidad de dictar una sentencia sobre el fondo quedan abandonados a la alegación de las partes» (MONTERO AROCA, Juan, en *Derecho Jurisdiccional*, I, Parte General, con ORTELLS RAMOS, Manuel, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y MONTÓN REDONDO, Alberto, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 331 y s.). De esta última afirmación parece desprenderse que el control de oficio es elemento de la definición de un presupuesto procesal y por ello se reconoce que hasta ahora, en la LEC, se ha venido operando sin ellos, ya que escasa ha sido la iniciativa que se ha permitido al juez en esta materia.

125. GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 347.

126. GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 347. Nótese, que desapareciendo toda diferencia de naturaleza y tratamiento entre las hasta ahora «clases» o «tipos» de competencia (objetiva, funcional y territorial), todas ellos pasan, a su vez, a ser considerados «criterios» para su determinación.

para determinar esta clase de competencia<sup>127</sup>. En definitiva, se preconiza el cierre del período histórico que desde la LEC de 1855, significó admitir la posibilidad de sumisión.

#### 4.2.- Naturaleza jurídica de las normas sobre competencia territorial cuando devienen improrrogables

Con la proliferación de normas de competencia territorial improrrogables, es decir, que no admiten que la voluntad de las partes puedan determinarla en los casos en que aquellas se aplican, se plantea el problema de establecer la naturaleza jurídica de estas normas, lo que puede ser importante para decidir su tratamiento procesal.

Básicamente, las posibilidades serían las siguientes:

a) estas disposiciones deberían ser asimiladas en todo a las de competencia objetiva y funcional, vale decir, ser tenidas por normas de competencia de carácter imperativa, para todos los efectos. Su régimen procesal, pasaría a ser el mismo de aquéllas<sup>128</sup>.

En todo caso, esta conclusión se impone para los que consideran que la competencia es siempre un presupuesto procesal, en cualquiera de sus clases, pues expresamente como hemos visto, sus sostenedores incluyen a la territorial, preconizando un único tratamiento procesal de toda clase de competencia.

b) aun cuando sean improrrogables, las normas de competencia territorial, no pueden ser asimiladas a las que regulan las demás clases de competencia.

Esta opinión se aviene con aquellos que estiman que la normas de la territorial no son normas de atribución de competencia, sino de preferencia. De modo que aunque improrrogables, no podrían ser nunca sometidas al régimen de las normas imperativas de la competencia objetiva y funcional, particularmente en lo que dice relación con su control de oficio.

127. Vid. *supra* 1.1.

128. Así los sostiene el Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de octubre de 1993.

#### 4.3.- Tratamiento procesal de la competencia territorial

Teóricamente, el control de la competencia del tribunal, puede estar entregado a la iniciativa del propio tribunal o a la solicitud de las partes. En el sistema original diseñado por los redactores de la LEC, constituyendo la voluntad de los litigantes el primer criterio de determinación de competencia territorial (art. 56.1 LEC), el mecanismo esencial, y prácticamente el único regulado, para declarar esta clase de incompetencia, era la *denuncia de parte*, a través de la promoción de una *cuestión de competencia*, por *inhibitoria* y por *declinatoria*. En realidad, la posibilidad de apreciación de *oficio* por el órgano judicial, de su propia incompetencia territorial no se contemplaba (art. 74 LEC: «en ningún caso se promoverán de oficio las cuestiones de competencia en los asuntos civiles...»), como podremos ratificar, además, con un somero examen de otras disposiciones pertinentes de la LEC.

##### 4.3.1.- Denuncia de parte. Las cuestiones de competencia por inhibitoria y por declinatoria

De acuerdo al art. 73 de la LEC, los que sean citados ante juez incompetente o puedan ser parte legítima, pueden impugnar la competencia territorial del tribunal que ha entrado a conocer de un asunto, mediante la promoción de una «cuestión de competencia», por vía de *inhibitoria* o de *declinatoria*, según que la cuestión se plantee, respectivamente, ante el órgano que se considere competente o incompetente<sup>129</sup>.

Requisito para promover la una o la otra, es que el litigante no se haya sometido expresa o tácitamente al tribunal que esté conociendo del asunto (art. 75), lo que siempre acaecerá respecto del actor, desde el momento que ha acudido a presentar su demanda (art. 58.1), por lo que, en realidad, el único que puede denunciar la incompetencia será el demandado.

129. En estos momentos es unánime la doctrina (V.gr FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, con DE LA OLIVA, pág. 367; y GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 349) en criticar la existencia de dos mecanismos para denunciar la incompetencia territorial, lo que se considera un derroche de medios. Sin negarles razón, hay que recordar que esta duplicidad es, en realidad, un resabio histórico, de la época en que éstos mecanismos eran esenciales para resolver a cuál de las distintas jurisdicciones existentes se debía acudir a presentar la demanda. Vid. *supra* 1.3.

La inhibitoria y la declinatoria son medios incompatibles entre sí, de modo que el que ha optado por uno, no podrá abandonarlo y recurrir al otro, ni emplear ambos simultánea o sucesivamente (art. 77 LEC), debiendo declarar en el escrito en que promueva la cuestión de competencia que no ha utilizado el otro, pues si lo hace por ese sólo hecho será condenado en costas, aunque la cuestión sea resuelta en su favor (art. 78 LEC).

En ambos casos, la promoción de la cuestión producirá el efecto, de suspender el curso del proceso principal, hasta que aquella sea resuelta, aunque el «Juez o Tribunal requerido de inhibición podrá practicar, a instancia de parte legítima, cualquier actuación que a su juicio sea absolutamente necesaria, y de cuya dilación pudieran resultar perjuicios irreparables» (art. 114 LEC) y, lo más importante, «todas las actuaciones que se hayan practicado hasta la decisión de las competencias serán válidas, sin necesidad de que se ratifiquen ante el Juez o Tribunal que sea declarado competente» (art. 115 LEC).

##### 4.3.1.1.- La declinatoria

La *declinatoria* se propone «ante el Juez o Tribunal a quien se considere incompetente, pidiéndole que se separe del conocimiento del negocio y remita los autos al tenido por competente» (art. 72.2 LEC).

Como se ha puesto de manifiesto por la mayoría de la doctrina<sup>130</sup>, en rigor, la *declinatoria* no genera propiamente una cuestión de competencia territorial, una discusión entre dos tribunales para determinar cuál de ellos tiene preferencia o es *más* competente para conocer de un asunto.

Las *declinatorias*, conforme al art. 79.1 LEC, se sustancian bien como excepciones dilatorias<sup>131</sup>, en los procedimientos que las admitan

130. Vid., por todos, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 192. En contra, GUASP, *Op.cit.*, pág. 139, para quien la declinatoria es una «cuestión de competencia simple» y la inhibitoria, «un verdadero conflicto entre dos órganos de la Jurisdicción».

131. Recordemos que GUTIÉRREZ DE CABIEDES («Incompetencia de jurisdicción», en *Estudios de Derecho Procesal*, U. de Navarra, Pamplona, 1974, págs. 141 y 174 y ss.), ha puesto de relieve que a pesar de proponerse como tal, la declinatoria no es una excepción dilatoria, porque no persigue liberar al demandado de contestar la demanda, ni suspende el proceso, ni debe llevar a la absolución de la instancia.

—actualmente sólo el de mayor cuantía—, o bien, por los trámites establecidos para los incidentes, lo que debería acontecer en todas las demás clases de procesos.

No obstante, es sabido que por la imprevisión legislativa, se han generado al respecto problemas bastantes complejos. Efectivamente, si bien el art. 79 LEC continúa diciendo que la declinatoria se tramitará como excepción dilatoria, el art. 533 N° 1 LEC, modificado por LO 34/1984, de 6 de agosto, dispone que sólo se admitirán como dilatorias, la «falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional», con lo que excluye la incompetencia territorial. El Tribunal Supremo, mayoritariamente<sup>132</sup>, ha entendido que prevalece esta última disposición, de modo que en el juicio de menor cuantía sólo cabría promover la incompetencia territorial como incidente previo; ni siquiera como excepción en la contestación a la demanda, conforme al art. 687 LEC, ni, mucho menos, en la comparecencia del art. 693, casos éstos últimos en que se habría producido la sumisión tácita<sup>133</sup>. Por lo que hace al de mayor cuantía, al parecer, la incompetencia territorial también debería hacerse valer como un incidente<sup>134</sup>.

Requisito indispensable para que prospere la *declinatoria* es que el demandado designe con toda precisión, el tribunal que considera competente, pues si no lo hace, se entiende tácitamente sometido al elegido por el actor<sup>135</sup>.

132. SSTS 31 de enero de 1994; 29 enero de 1994; 4 diciembre de 1993; 23 de febrero de 1993; 3 de diciembre de 1992; 5 febrero de 1992; 17 de junio 1991; y, 25 de febrero de 1991; etc. En contra, SSTS 2 de noviembre de 1993; y, 9 de junio de 1992.

133. Y ser resuelto en la comparecencia previa del art. 693 LEC, según ALMAGRO NOSETE (Op. cit., con TOME PAULE, pág. 188), citando en su apoyo STS 28 de mayo de 1992. Vid, ampliamente, ahora último, PICATOSTE BOBILLO, Julio, «El tratamiento de los presupuestos y excepciones procesales en la comparecencia previa del juicio de menor cuantía», en Cuadernos de Derecho Judicial. Excepciones Procesales, C.G.P.J., Madrid, junio 1994, págs. 334 y ss.

134. A pesar de que la STS 5 de febrero de 1992, todavía puntualiza que «la sustanciación de la declinatoria como excepción dilatoria sólo cabe en los juicios en los que, como el de mayor cuantía, se admiten defensas de esta clase». Vid. ALMAGRO NOSETE, Op. cit., con TOME PAULE, págs. 187 y ss.

135. STS 25 de noviembre de 1972.

#### 4.3.1.2.- La inhibitoria

La *inhibitoria* se intenta «ante el Juez o Tribunal a quien se considera competente, pidiéndole que dirija oficio al que se estime no serlo, para que se inhíba y remita los autos» (art. 72.1 LEC).

En este caso, si que nos hallamos ante una verdadera *cuestión de competencia*, al decir de la doctrina, ya que se trata de decidir entre dos jueces, cuál es el que tiene preferencia o es *más* competente para conocer de un asunto específico.

Su originalidad radica en que puede ser promovida por el demandado, ante el tribunal que considera competente, que normalmente puede ser el de su propio domicilio, evitándose tener que acudir a promover la declinatoria ante el elegido por el actor, que puede estar situado muy lejos de allí (usualmente en el domicilio de éste) o que le puede resultar muy incómodo.

La tramitación de la inhibitoria, bastante compleja, se encuentra reglamentada en los arts. 80 a 109 de la LEC, y contempla la intervención del juez requirente (que es aquél ante quien se propone la inhibitoria y que aún no conoce del asunto), del juez requerido (aquél ante que el actor interpuso la demanda, pero que el demandado estima incompetente) y del superior común (que siendo superior de ambos, le corresponde resolver la cuestión de competencia)<sup>136</sup>.

Son muchos los que consideran que semejante procedimiento, susceptible de hacer surgir toda clase de complicaciones, debería ser abrogado y con él desaparecer todo el instituto de la inhibitoria<sup>137</sup>. Sin embargo, nos quedamos con la opinión de Prieto-Castro, en el sentido

136. Para las vicisitudes procedimentales, nos remitimos a RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit., págs. 192 y ss.; PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales*, cit., págs. 627 y ss.; MORENO CATENA, *Op. cit.*, con GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, págs. 59 y ss.; etc.

137. A pesar de en diferentes sentencias el Tribunal Constitucional, ha ratificado la constitucionalidad de este mecanismo y, en particular, ha resuelto que la interposición de la inhibitoria, y especialmente lo dispuesto en el art. 115 LEC, no puede afectar los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa del demandado (SSTC 224/88, 25 de noviembre; 102/87, 17 de junio; etc.). De la lectura de estas mismas resoluciones, se puede comprobar lo difícil que resulta armonizar durante su tramitación los derechos de las partes, especialmente en el juicio ejecutivo, lo que quizás haga aconsejable suprimirla derechamente en esta clase de procedimientos, ya que acaba favoreciendo al deudor moroso.

de que la idea de que el demandado pueda acudir al tribunal que estima competente, debería conservarse, al menos en los juicios declarativos, para salvaguardarlo de la elección caprichosa del actor, pero evitando, por sobre todo, cualquier dilación en la discusión y arbitrando los medios para una solución inmediata a cargo del Tribunal superior<sup>138</sup>.

#### 4.3.2.- Examen de oficio del tribunal de su propia competencia

Hemos advertido que en el sistema original de la LEC, no se contemplaba la facultad del juez de examinar de oficio su propia competencia territorial.

Sin embargo, precisamente el fenómeno que estudiamos, de la proliferación de normas territoriales improrrogables, que fijan exclusivamente el tribunal con competencia territorial para conocer de determinados procedimientos y/o de específicas materias, ha hecho que la situación cambie, y que se haya comenzado a obligar al juez a que deba proceder a examinar, en tales casos, su competencia de propia iniciativa.

Actualmente existen normas específicas en algunas clases de procedimientos, que establecen tal control de oficio, como acontece en:

a) el juicio ejecutivo, en los que el art. 1440 LEC (redacción dada por LO 34/1984, de 6 de agosto), dispone que el Juez, antes de despachar ejecución, debe apreciar su propia competencia objetiva y territorial. Si estima que no es competente, debe declararlo y abstenerse de conocer.

b) en el juicio verbal, también se dispone que el Juez ha de examinar de oficio su propia competencia objetiva y territorial, y, de estimarse incompetente, dictar auto así declarándolo (art. 717 LEC, redacción LO 10/1992, de 30 de abril).

c) en los juicios de cognición, en los que el juez deberá examinar de oficio su propia competencia territorial, cuando se invoque por el actor la sumisión expresa de las partes; y, si estima que no tiene competencia, oído el Ministerio Fiscal, dictará, dentro de tercer día, auto absteniéndose de conocer (art. 32, Decreto de 21 de noviembre de 1952).

138. PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales*, cit., pág. 630.

El problema se plantea en los casos en los que a pesar de establecerse improrrogablemente la competencia territorial por determinadas disposiciones, como acontece en las numerosas normas sustantivas que contienen fueros procesales imperativos, a las que nos hemos referido<sup>139</sup>, pero en las que nada se dice sobre la posibilidad de su control por el tribunal, se han de aplicar en procedimientos en los que tampoco se contempla la facultad del juez de apreciar de oficio su incompetencia.

La solución más pragmática en estos supuestos, pareciera ser la de que el juzgador apreciara de oficio su incompetencia territorial, dictando un auto, oídas las partes y el Ministerio Fiscal<sup>140</sup>, declarándola y absteniéndose de conocer. En este auto se debería prevenir a las partes acerca del tribunal ante el que deberán acudir y en todo caso ese órgano jurisdiccional debe expresarse en la resolución que declara la falta de competencia (art. 51.2 LOPJ)<sup>141</sup>. Hay que dejar muy en claro que esta solución no implica preconizar la nulidad de lo obrado por el tribunal incompetente, cuestión a la que nos referiremos por separado, a continuación.

Con argumentación que nos merece profundos reparos, ya que da por buena la equiparación entre la competencia territorial objetiva y la territorial improrrogable, esta ha sido la opinión del Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de octubre de 1993: «parece que son las normas que hoy regulan el comportamiento del órgano jurisdiccional para hacer valer las reglas de la jurisdicción, competencia objetiva y funcional, las que deben aplicarse cuando el fuero territorial sea indisponible, bien por una interpretación integradora de los conceptos que comprenden la incompetencia «por razón de la materia» (interpretación extensiva), bien por analogía en función de la identidad de razón, conforme al art. 4.1 del Código Civil, teniendo además presente que cuando el legislador ha establecido, sin ambages, fueros territoriales indisponibles (art. 717 de la LEC, según la Ley 10/1992) ha atribuido al Juez el deber de vigilancia «*ex officio*» en parangón con la competencia objetiva».

139. Vid. supra 3.3.1.1.

140. Según advierte, MORENO CATENA, por aplicación analógica del art. 52 de la LOPJ (Op. cit., con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 58).

141. *Idem*.

#### 4.4.- Valor de las actuaciones practicadas por el tribunal territorialmente incompetente

Cuestión muy importante en relación a la problemática a qué da origen la improrrogabilidad, es el valor que se ha de otorgar a las actuaciones practicadas por un órgano jurisdiccional territorialmente incompetente.

Desde un punto de vista teórico, la respuesta podría entenderse supeditada a la concepción que se tenga sobre el carácter de normas de atribución de competencia de los preceptos que regulan ésta clase de competencia.

Así, quienes consideran que efectivamente estas son normas de competencia, de la misma naturaleza que las de competencia objetiva y funcional, y más aún si sostienen que en todos sus criterios la competencia conforma un presupuesto procesal, han de aceptar, en estricta lógica, que tal cual ocurre con lo actuado por el juez objetiva y funcionalmente incompetente<sup>142</sup>, todo lo obrado por el tribunal territorialmente incompetente es igualmente nulo<sup>143</sup>.

En cambio, para quienes estiman que éstas no son normas que confieran competencia, sino que permiten determinar al juez que ha de conocer de un asunto concreto, entre varios igualmente competentes, no sería concebible que pudiera hacerse nulo lo obrado por el juez incompetente por razón del territorio.

De *lege data*, a nuestro entender, la cuestión se encuentra definitiva y perentoriamente resuelta en una norma postconstitucional, cual es el art. 238.1 de la LOPJ, que dispone que son nulas las actuaciones producidas con manifiesta falta de jurisdicción y/o competencia obje-

142. Nulidad que la doctrina incluso estima que debe declararse oficio por el juez, a partir del art. 74 LEC. Vid., MARTÍN OSTOS, José, «Artículo 74», en VV.AA., *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (CORTÉS DOMÍNGUEZ, coordinador), Ed. Tecnos, 1984, págs. 131 y ss.

143. En esta coherencia, se mantiene GÓMEZ COLOMER, preconizando siempre la nulidad de lo obrado por el juez con incompetencia territorial. Ante la ley que dispone lo contrario, se pregunta entonces cuál puede ser la utilidad del control de oficio, si no se hace inválido lo obrado por el tribunal territorialmente incompetente: «la fijación de un fuero competencial legal seguida de la necesidad de control de oficio por el juez, tiene que llevar aparejada como sanción en caso de infracción necesariamente la nulidad de lo actuado» (*Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 348).

va o funcional, con lo que excluye expresamente la competencia territorial<sup>144</sup>.

A este precepto, algunos agregan el art. 115 LEC<sup>145</sup>, recordando que no ha sido derogado ni modificado hasta ahora, y que también hace válidas todas las actuaciones practicadas por tribunal territorialmente competente, mientras no se resuelva una cuestión de competencia.

En resumen, con la normativa vigente, no existe posibilidad alguna de sostener la nulidad de las actuaciones practicadas con carencia de competencia territorial, lo que debería ser el punto de partida de todas las construcciones dogmáticas en esta materia.

#### 5.- NECESIDAD DE AFRONTAR CON CRITERIOS CONSTITUCIONALES LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

Durante el desenvolvimiento de este fenómeno de evolución hacia la improrrogabilidad de las normas sobre competencia territorial, se ha producido una circunstancia jurídica esencial, cuál ha sido la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1978.

La doctrina se ha encargado, desde un primer momento, de poner de manifiesto la importancia que para la configuración de todo el sistema procesal español, ha tenido la dictación de esta Ley Fundamental, particularmente desde el punto de vista de los ciudadanos, que son sus destinatarios. En especial, esta trascendencia se ha manifestado en la incorporación de un completísimo catálogo de garantías constitucionales en su favor, entre las cuales se cuentan algunas tan importantes como la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la defensa (art. 24.1 y 2), el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley

144. En un exceso de dogmatismo, GÓMEZ COLOMER, crítica ácidamente este precepto de la LOPJ, preguntándose por qué establece tal diferencia respecto a lo obrado por el juez funcionalmente incompetente: «¿por qué prohíbe conocer a un juez de lugar distinto; por qué si se infringe esta norma no pasa nada? Si el tratamiento no es asimilable al de la competencia objetiva o funcional, ¿por qué la prohibición de un fuero convencional?» (*Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 348).

145. Así, FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, con DE LA OLIVA, pág. 364.

(art. 24.2 CE), el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)<sup>146</sup>.

Hemos visto que son muchísimos los autores que afirman que la tendencia moderna es hacia la improrrogabilidad absoluta, es decir, hacia la supresión de la voluntad de las partes como criterio de determinación del tribunal con competencia territorial y su reemplazo en todos los casos por fueros legales imperativos, principalmente porque consideran que este pacto es siempre impuesto por el litigante más fuerte en perjuicio del más débil y porque la competencia en cualquiera de sus criterios es un presupuesto procesal.

Pues bien, para constatar si efectivamente se puede considerar a este movimiento hacia la improrrogabilidad como un suceso moderno, expresión de un desarrollo destinado a mejorar el tratamiento de la cuestión competencial, debe examinarse si se adecúa y armoniza con las garantías constitucionales del sistema procesal, bajo cuyo influjo debería ser, sin duda, en estos momentos, resuelta —y sin que, quizás, quepa esperar una respuesta uniforme para todos los procedimientos y en todas las materias—, la opción prorrogabilidad-improrrogabilidad de la competencia territorial.

### 5.1.- Adecuación constitucional del empleo de la voluntad de las partes, para determinar al tribunal territorialmente competente

La primera cuestión que interesa abordar es si existe algún impedimento desde el punto constitucional, para seguir utilizando la voluntad de las partes como criterio para la determinación del tribunal de un concreto territorio que ha de conocer de un asunto.

En efecto, algunos han planteado que los pactos de sumisión serían contrarios a la garantía constitucional del juez ordinario predeterminado por la ley, reconocida en el art. 24.2, cuyo contenido y significado ha sido definido por el Tribunal Constitucional, señalando que exige que el tribunal que ha de conocer del asunto haya sido creado previamente

146. Vid. especialmente, RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, «La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil», *Justicia*, 1983, págs. 21 y ss.; y, ALMAGRO NOSETTE, JOSÉ, «Garantías Constitucionales del Proceso Civil», en *Consideraciones de Derecho Procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, págs. 243 y ss.

por una norma jurídica; que lo haya investido de jurisdicción y competencia, con anterioridad al hecho que motiva la actuación o proceso judicial; y cuyo régimen jurídico no permita calificarlo de órgano especial o excepcional; y, además, que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y que en cada caso concreto se haya seguido el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros<sup>147</sup>.

Algunos han entendido que este derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, que requiere que el tribunal se encuentre investido, antes de que acontezca el hecho sobre el que tendrá que pronunciarse, de competencia objetiva, funcional y territorial, no se estaría respetando si se permite a las partes la sumisión, particularmente la tácita, porque en tales casos, la determinación del órgano competente, no sería previa, sino posterior al surgimiento de la cuestión que deberá resolver.

Nuevamente la solución tiene mucho que ver con la concepción que se tenga acerca de la naturaleza de la competencia territorial. Para quienes consideran que los preceptos que rigen la territorial no son de atribución competencial, sino de preferencia entre órganos cuya competencia ha sido previamente establecida a través de los criterios objetivo y funcional, el problema no se plantea, porque se trata de optar entre jueces igualmente competentes.

Sin entrar a pronunciarnos sobre tal extremo, nos parece que el propio Tribunal Constitucional, ha descartado de raíz que la sumisión pueda atentar contra ésta importante garantía constitucional, resolviendo «que los Jueces civiles tienen jurisdicción en todo el territorio nacional y a cualquiera de ellos pueden someterse las partes, no sólo es compatible con la predeterminación legal del Juez ordinario civil, sino que no deja de ser también una forma de determinación de la competencia permitida y establecida legalmente, con generalidad y con anticipación al caso»<sup>148</sup>.

147. STC 47/1983, de 31 de mayo, entre otras. En todo caso, el Tribunal Constitucional, evita entrar a analizar el tema competencial a partir de este derecho, considerando que se trata de un cuestión de legalidad ordinaria, ajena al recurso de amparo. Vid. RUÍZ RUÍZ, GREGORIO, *El derecho al juez ordinario en la Constitución Española*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 163 y ss.

148. STC 101/1984, de 8 de noviembre (F.J. 2).

En consecuencia, ha quedado establecido que no existe impedimento constitucional alguno, desde el punto de vista del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), para que permanezca vigente la voluntad de las partes en el establecimiento del tribunal con competencia territorial, que ha de conocer de un asunto específico<sup>149</sup>.

### 5.2.- Exigencia constitucional de determinar cuanto antes al tribunal territorialmente competente

Desde otra perspectiva, no debe olvidarse que la competencia es un mecanismo de distribución del trabajo entre los tribunales del país, vale decir, es un medio para tratar de conseguir una finalidad, cuál es la de impartir justicia, uno de los cometidos esenciales del Estado<sup>150</sup>. Como es sabido, se considera que en la Constitución de 1978, es el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, particularmente en la progresiva interpretación que del precepto ha hecho el Tribunal Constitucional, el que establece los niveles mínimos de la prestación jurisdiccional que tiene derecho a esperar el ciudadano del Poder Público<sup>151</sup>.

Sin duda, entre los aspectos que con mayor fuerza se ha establecido que comprende la tutela judicial efectiva como derecho fundamental a pretender del Estado, a través de sus órganos especializados que son los tribunales, una solución adecuada a los conflictos que los ciudadanos le someten, se encuentra el que la decisión jurisdiccional ha de ser precisamente *eficaz*, esto es, oportuna, expedita, de una *duración*

149. Y es que nos hallamos ante uno de aquellos pocos espacios en los que el juego de la iniciativa de los particulares aún puede tener virtualidad, en un Derecho, como el Procesal, en el que reconocida la Jurisdicción como una función pública, es cada vez más residual. Vid. MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, págs. 8 y ss.

150. Pues la Constitución Española reconoce a la *justicia*, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1).

151. Sobre la copiosa jurisprudencia constitucional que ha recaído sobre este derecho fundamental, Vid., ahora último, CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.

*razonable*<sup>152</sup>. Tanto, que el propio Constituyente, como es también conocido, se hizo eco de esta aspiración y reconoció en forma especial, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), vale decir, a que no se produzcan las consecuencias negativas que implica la tramitación que se aparta de los plazos legales.

Pues bien, a nuestro parecer es imprescindible tener presente estas consideraciones<sup>153</sup>, para decidir si la voluntad de las partes debe ser totalmente excluida como criterio de establecimiento de la competencia territorial, resultado al que inexorablemente conduce la actual tendencia legislativa hacia la improrrogabilidad.

#### 5.2.1.- Objetivo de las normas sobre competencia territorial

Aplicada en sus principios y en su contenido doctrinal y jurisprudencial a este tema, la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva parecería exigir, por sobre todo, que la competencia del tribunal quede fijada lo más pronto posible. Porque es el único tratamiento del instrumento competencial funcional a una menor duración del proceso<sup>154</sup>.

Ahora bien, para el logro de ese objetivo, estamos convencidos que la sumisión puede y debe seguir manteniendo un rol importante.

En efecto, se ha puesto de relieve que esa misma ha sido secularmente la función que la ley tiene asignada a las normas sobre la competencia territorial: «deben ser suficientes para fijar, con la mayor claridad y de la forma lo más rápida posible, cuál de los distintos Jueces del mismo grado... debe conocer de un determinado litigio... Existe un

152. RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*. J.M. Bosch, Barcelona, 1992, págs. 107 y ss.

153. Necesidad de vincular la regulación legal en esta materia, a las garantías constitucionales, que también pone de manifiesto, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 47.

154. Han vinculado la tutela judicial efectiva con la menor duración del proceso, entre otros, ALBACAR LÓPEZ, J.L., «El derecho a la tutela jurisdiccional. Duración y costo del proceso civil», en *La Ley*, 1981, II, págs. 918 y s.; DE LA TORRE RUÍZ, J.A., «El derecho a la tutela jurisdiccional y la duración del proceso», págs. 197 y ss.; y, GARCÍA CONDAL, J.A., «La duración del proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional», págs. 217 y ss., ambos en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1983.

interés público en que *la competencia territorial quede fijada definitivamente lo antes posible*»<sup>155</sup>.

Para lograr esa pronta fijación, según hemos visto en la primera parte de este estudio<sup>156</sup>, históricamente se han conocido dos medios: la voluntad de los propios litigantes y la fijación por la ley de la competencia del tribunal cuyo territorio tenga alguna conexión, la mayor posible, con la materia objeto del litigio.

Lo importante, entonces, es apreciar si el criterio utilizado en las diferentes materias y procedimientos cumple con esta finalidad de la pronta determinación del tribunal competente, lo que incluye especialmente evitar el surgimiento de controversias motivadas sólo por la elección del tribunal que ha de conocer del asunto.

En consecuencia, forzoso es concluir que atenta contra la tutela judicial efectiva que el establecimiento del juez competente, se dilate durante un tiempo demasiado prolongado. Empero, es lo que hoy acontece en muchas oportunidades, descartando que la reglamentación vigente, con el predominio fáctico cada vez más pronunciado de la improrrogabilidad, pueda considerarse «moderna» o, mejor dicho, satisfactoria, desde el punto de vista de la principal de las garantías constitucionales del litigante, que es el obtener una tutela judicial efectiva.

Tal cual se ha apuntado, «lo lamentable es que actualmente todavía existe la posibilidad de llegar a una Audiencia, a un Tribunal Superior de Justicia o al mismo Tribunal Supremo sin saber cuál es el Tribunal competente para un caso concreto. Una cuestión que en buena lógica habría que zanjar al inicio de cualquier juicio, se puede arrastrar *sine die* hasta el final del mismo, con la eventualidad de tener que comenzar *da capo*»<sup>157</sup>.

### 5.2.2.- Adecuación constitucional de la sumisión tácita

Comenzando el examen acerca de la posible utilidad de la sumisión tácita, para arribar pronta y, respetando las demás garantías constitucio-

155. FERNÁNDEZ, Op. cit., con DE LA OLIVA, págs. 359 y 361 (cursivas del autor).

156. Vid. supra, 2.1.

157. RAMOS MÉNDEZ, «Competencia territorial...», cit., pág. 78.

nales, a la fijación del juzgador, no debemos olvidar que, en el fondo, no constituye un «fuero» o un mecanismo que opere de igual modo que la adscripción por vía legal de un asunto al tribunal de un determinado territorio, sino que «como está configurada en la LEC y del modo en que la interpreta el Tribunal Supremo, es, fundamentalmente, un sistema que permite fijar, lo antes posible, el Juez territorialmente competente (igual da quién éste resulte ser)»<sup>158</sup>.

Es decir, la sumisión tácita, lejos de hacer posible la aparición de controversias en torno a quién ha de conocer de un litigio, de suyo, importa siempre la renuncia —real o presunta— de las partes, a discutir la competencia territorial del tribunal que ha entrado a conocer del juicio.

Por eso, es de su esencia requerir siempre el consentimiento de ambos litigantes y, tal cual está estructurada en la LEC, jamás puede verificarse sin él, de modo que —se ha apuntado—, la prohibición de la sumisión tácita «no tiene sentido, dentro de un proceso dispositivo y dominado por el principio de aportación de parte... porque con ésta se expresa de la forma más libre la voluntad de hacer competente, tanto por el actor como por el demandado, a un Juez territorialmente incompetente»<sup>159</sup>.

Reiteramos, no existe ninguna posibilidad de que pueda estar ausente la libre voluntad de las partes en la formación de la sumisión tácita, si han operado como debe ser, las restantes garantías constitucionales, particularmente la de defensa o audiencia del demandado, a través de su debido emplazamiento. En consecuencia, no es cierto que por su naturaleza pueda prestarse para el abuso de la parte litigante con mayores medios económicos, cargo recurrente por el que se ataca la vigencia de toda las formas de sumisión, pero que únicamente es posible tratándose de la sumisión expresa.

Y es que una gran dificultad para el tratamiento de todo este tema, es que no se han estudiado debidamente las profundas diferencias, de mucho mayor entidad de lo que puedan parecer a primera vista, entre la sumisión tácita y la expresa. De alguna manera la independencia

158. FERNÁNDEZ, Op. cit., con DE LA OLIVA, pág. 364 y s

159. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, «La reforma en el juicio ejecutivo y proceso de ejecución», en VV.AA. (Gómez de Liaño, Coordinador), *Comentarios sobre la Reforma Procesal (Ley 10/92 de 30 de abril)*, Ed. Forum, Oviedo, 1992, pág. 138.

entre ambos tipos de sumisión, que justificaría un tratamiento diferenciado entre ambas figuras, ha sido reconocida por el legislador español, en el «juicio de cognición» (art. 32, Decreto 21 de noviembre de 1952), en el que se ha prohibido la sumisión expresa, pero se ha mantenido la posibilidad de la sumisión tácita<sup>160</sup>.

Por otra parte, hemos establecido que ambas formas de sumisión respetan el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley<sup>161</sup>, por lo que nos atrevemos a concluir que desde el punto de vista de las garantías constitucionales, no sólo es perfectamente posible, sino que es útil, en cuanto medio para evitar dilaciones en la elección del juzgador, que la sumisión tácita siga manteniendo un rol importante en la determinación del tribunal territorialmente competente para conocer de un asunto concreto<sup>162</sup>.

### 5.2.3.- Necesidad de conseguir que la sumisión expresa sea verdadera expresión de la voluntad de las partes

En cuanto a la sumisión expresa, a diferencia de la sumisión tácita, no está dirigida a prevenir o evitar el surgimiento de una cuestión de competencia, sino a solucionar o resolver un conflicto ya existente.

Efectivamente, planteada la cuestión de competencia, lo primero que el juez debe atender para resolverla, es establecer si existe —y su existencia ha sido probada— un pacto de sumisión expresa.

160. Vid. supra 3.3.2.

161. STC 101/1984, 8 de noviembre (F.J. 2). Vid. supra 5.1.

162. Si de soluciones modernas se trata, debería tenerse presente el tratamiento que la competencia territorial se le da en el «nuevo proceso civil» italiano, que mantiene la vigencia de la competencia territorial prorrogable, es decir, de la voluntad de las partes como criterio de determinación de esta clase de competencia, así como también de la improrrogable. Pero la gran novedad en esta materia, es que se persigue que todo problema de competencia sea resuelto en las etapas iniciales del proceso. Concretamente, si versan sobre competencia por razón de la materia o de la cuantía, así como también si recaen sobre competencia territorial improrrogable (arts. 38.1 y 28 C. di P.C.), en la *prima udienza di trattazione* (art. 4 C. di P.C.); mientras que si se refieren a la competencia territorial derogable, susceptible de sumisión, debe plantearse en la *comparsa di risposta* (art. 38.2 C. di P.C.). Vid. PICO I JUNOY, Joan y MORA CAPITANÁ, Belén, «El nuevo proceso civil italiano», *Documentación Jurídica*, N° 75, julio-septiembre 1992, págs. 47 y ss.

En este caso, si que es cierto que se puede verificar el principal problema que presenta la prórroga de la competencia territorial, o sea, la ausencia de real voluntad de una de las partes, en renunciar a su fuero propio y hacer competente a otro, precisamente porque la suscripción de las cláusulas de sumisión expresa, que en muchos casos, suelen ser impuestas por uno de los litigantes abusando de su posición de privilegio.

No cabe negar la existencia de esta grave dificultad. Pero, entonces, deberían buscarse los mecanismos para evitar que tal situación abusiva pueda llegar a producirse. Habrá casos en que por lo intrínseco de este riesgo, como se han encargado de poner de manifiesto los autores partidarios de la improrrogabilidad absoluta, por ejemplo, en la contratación de los servicios públicos, y con mayor razón cuando son de propiedad privada, debería prohibirse —o, continuar vigente la actual prohibición—, la sumisión expresa, con carácter general para todos los juicios que puedan surgir con motivo de tales relaciones contractuales.

Pero, además, en lo que no constituiría novedad alguna, sino aplicación de las normas sobre vicios del consentimiento, en el resto de los casos, debería restársele validez a estas cláusulas en todos los casos en que no haya existido libre aceptación por ambas partes, según se pueda colegir de sus propios términos o por otras circunstancias que hayan rodeado la contratación<sup>163</sup>. Al respecto, corresponde un rol muy importante a la jurisprudencia, en resoluciones tales la sentencia del Tribunal Supremo que ha negado eficacia a los pactos de sumisión, «insertas en el reverso de los contratos con letra distinta y de menor tamaño a la vez que formando parte integrante de un numeroso grupo de disposiciones de nada fácil lectura»<sup>164</sup>.

En este mismo sentido se ha pronunciado el profesor Almagro Nosete, apuntando que el soporte legislativo a decisiones de esta clase, puede hallarse en la legislación sobre protección al consumidor, funda-

163. Así que, según advierte FAIRÉN GUILLÉN, «no cabe «un convenio tácito»; p. ej., la cláusula unilateral de «sumisión» que, excepto en los contratos de adhesión, aparece en muchas facturas, albaranes, etc., no es válida, y quien recibe tal documento no queda sujeto «tácitamente» a la voluntad del otro interesado» (Doctrina General del Derecho Procesal. *Hacia una teoría y Ley Procesal Generales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 259).

164. STS de 23 de junio de 1993.

mentalmente en la Ley General de Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, en cuyo artículo 10 se prohíben las cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores<sup>165</sup>, añadiendo que este precepto debería ser interpretada en conexión con normas de Derecho Comunitario<sup>166</sup>, a nivel del cual, se han definido las «cláusulas abusivas», como «aquellas que no se han negociado, cuando se hayan redactado previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido en particular en los contratos de adhesión»<sup>167</sup>.

#### 5.2.4.- Inconvenientes derivados del tratamiento procesal de la competencia territorial como presupuesto procesal

Hemos venido refiriéndonos constantemente a la opinión de algunos autores, que sostienen que la competencia territorial, junto a la objetiva y la funcional, integrarían un presupuesto procesal, y como tal las normas que la regulan serían siempre de carácter imperativo, lo que les lleva a rechazar terminantemente, desde un plano teórico, la prorrogación de aquélla<sup>168</sup>.

Sin embargo, nos parece que tal construcción atenta precisamente contra lo que a partir de las garantías constitucionales, deberían ser los lineamientos fundamentales de la regulación legal en esta materia.

En efecto, la principal consecuencia que se busca con esta imposición, y de acuerdo al actual concepto de «presupuesto procesal», que ya hemos apuntado, es la de hacer de la competencia territorial un requisito para la validez del pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo del litigio. Vale decir, esta doctrina se dirige esencialmente a hacer absolutamente nulo lo actuado por el juez territorialmente incompetente, lo mismo que si al tribunal careciera de jurisdicción o de competencia objetiva, o las partes de capacidad para serlo, que son

165. Vid., también MORENO CATENA, La reforma de la..., cit., pág. 61.

166. Específicamente la Resolución 47, adoptada por el Comité de Ministros el 16 de noviembre de 1976, durante la 262 Reunión de Delegados de los Ministros de la CEE, relativa «a las cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores» y la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993 (ALMAGRO NOSETTE, *Op. cit.*, con TOME PAULE, pág. 186).

167. ALMAGRO NOSETTE, *Op. cit.*, con TOME PAULE, pág. 186.

168. Vid. supra, 3.4.3

algunos elementos que se encuentran generalizadamente reconocidos como presupuestos procesales.

Un somero examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, nos revela que, aunque sin una depurada precisión conceptual, ha venido utilizando con alguna frecuencia la expresión «presupuesto procesal», a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva, para referirse a los requisitos de carácter procesal que han de concurrir para que se pueda obtener una resolución sobre el fondo del asunto<sup>169</sup>. Del tenor de esas mismas sentencias, se ha entendido por algunos que la jurisprudencia constitucional, aplica el concepto doctrinal de los presupuestos o requisitos procesales, refiriéndolos al derecho a la tutela judicial efectiva: «de la concurrencia de estos presupuestos depende el que pueda (y deba) dictarse sentencia sobre el fondo, cuya obtención constituye..., el contenido del derecho protegido por el art. 24.1 de la Constitución Española»<sup>170</sup>. Vale decir, se considera que para obtener un fallo, deben respetarse los presupuestos procesales y, a su vez, la obtención de aquél es el medio de obtener la tutela jurisdiccional, de lo cual cabría colegir que del respeto de los tales presupuestos depende la obtención de la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, esto no es exacto, porque la tutela judicial efectiva se satisface igualmente aunque no concurra uno de aquellos presupuestos procesales, según se desprende de jurisprudencia consolidada del mismo Tribunal Constitucional, que ha resuelto que la tutela judicial resulta otorgada con plena eficacia cuando la decisión consiste en negar, de forma no arbitraria e irrazonable, la concurrencia de un presupuesto procesal necesario para conocer del fondo del proceso<sup>171</sup>. O sea, el derecho fundamental se considera respetado, con o sin la concurrencia de los presupuestos procesales, de manera que aunque se lo haya venido empleando con habitualidad, la utilidad del concepto, desde el punto de vista constitucional, es muy limitada.

169. Por ejemplo, SSTC 11/1982, de 29 de marzo (F.J. 2); 112/86, de 30 de septiembre, en la que se dice que «el conocimiento sobre el fondo del asunto está condicionado a que se cumplan los presupuestos procesales establecidos en la Ley» (F.J.2).

170. LÓPEZ SIMO, Francisco, La jurisdicción por razón de la materia (tratamiento procesal), Ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 59.

171. STC 37/82, de 16 de junio (F.J. 3), entre otras muchas.

Ciñéndonos específicamente a la competencia territorial, no hemos encontrado, por cierto, sentencia constitucional que la califique explícitamente de presupuesto procesal. Lo que sí ha hecho el máximo intérprete constitucional, es reafirmar, indirectamente, el carácter instrumental de la competencia judicial y de las normas que la regulan. En efecto, por una parte ha resuelto que aunque «la declaración de incompetencia por parte de un órgano jurisdiccional es perfectamente regular y lícita desde el punto de vista del art. 24.1 de la CE (sentencia 49/1983, FJ 7) ya que la declaración de incompetencia de jurisdicción por un Juez o tribunal no priva en modo alguno a los ciudadanos del derecho a la tutela judicial efectiva que pueden obtener accediendo a los órganos del orden jurisdiccional competente (Autos de 13 de abril de 1983 y de 27 de junio de 1984...)»<sup>172</sup>, por la otra ha decidido que la declaración de incompetencia, sí que afecta el derecho a la tutela judicial efectiva cuando es *arbitraria* o *irrazonable* o *fruto de un error patente*<sup>173</sup>. En definitiva, el tratamiento que hace el Tribunal Constitucional sobre la competencia como requisito procesal es muy distinto del que hace la doctrina que la trata como presupuesto procesal.

En lo que sí que es muy claro el Tribunal Constitucional, es en las reiteradas admoniciones a evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva, pueda ser «comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones o aplicaciones de reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales en sentidos que, aunque puedan parecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y finalidad de ésta, y, desde luego, no ajustados a una consideración de tales reglas reinterpretadas a la luz del art. 24.1 de la CE»<sup>174</sup>. Y, más directamente aún, ha señalado que «En todo caso los presupuestos y requisitos que las leyes exijan han de ser valorados en su sentido y finalidad, es decir, mediante la razonable apreciación del medio en que consisten y del fin que con él se persigue, medidos en su justa proporción y ello para evitar la preponderancia de lo que sólo es instrumento (medio) entendido literalmente, con mengua de la

172. ATC 272/85, de 24 de abril (F.J. 3)

173. STC 43/84, de 26 de mayo; ATC 465/84, de 18 de julio. Vid. CHAMORRO BERNAL, *Op. cit.*, pág. 197.

174. STC 57/84, de 8 de mayo de 1984 (F.J. 3).

función judicial, no otra que la de resolver definitiva y eficazmente los conflictos que a ella se le someten. A ello se refiere el art. 24.1 cuando habla de 'tutela efectiva'»<sup>175</sup>.

Justamente, obstinarse en hacer de la competencia territorial un presupuesto procesal, sin más resultado que conseguir la invalidez de lo obrado por el juez territorialmente incompetente, cualquiera sea el momento en que se constate tal incompetencia, debe considerarse aplicación de un requisito discordante con el derecho a la tutela judicial efectiva.

### 5.3.- Valor de lo actuado ante los tribunales territorialmente incompetentes

Uno de los aspectos más trascendentes a tener en cuenta para pronunciarse acerca de la conveniencia de la prorrogabilidad o improrrogabilidad de la competencia territorial, teniendo en cuenta la finalidad de las normas que la reglamentan y la efectividad de la tutela que debe garantizar el sistema judicial, es el de evitar el despilfarro de actuaciones judiciales que puede implicar hacer inválido lo obrado por el tribunal territorialmente incompetente.

Como hemos visto, actualmente existen disposiciones legales (arts. 238 N° 1 LOPJ y 115 LEC), que permiten concluir que en ningún caso es nulo lo obrado con carencia de esta clase de competencia, incluso aunque haya sido declarado improrrogable.

Parece claro que esta solución, a pesar de las críticas que recibe de parte de los sectores que abogan por la caracterización de la competencia territorial como un presupuesto procesal<sup>176</sup>, es la única que armoniza con la garantía de la tutela judicial efectiva.

Esta aseveración se fundamenta en que la nulidad de lo actuado por el juzgador territorialmente incompetente, una vez declarada, importaría la pérdida de todo el esfuerzo desplegado por las partes y por los tribunales, y el transcurso de un nuevo lapso de tiempo, que podría ser considerable, antes de alcanzar la resolución jurisdiccional.

175. STC 11/88, de 2 de febrero (F.J. 4).

176. Entre los que destaca, como hemos insistido, GÓMEZ COLOMER (*Op. cit.*, con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, pág. 348). Vid. *supra* 4.4.

Este resultado, sería contradictorio con lo que se ha encargado de establecer el Tribunal Constitucional, en el sentido de que «la exigencia legal de presupuestos y requisitos procesales no puede, en principio, considerarse contraria al art. 24.1 CE, siempre que su aplicación no traspase los límites de proporcionalidad y finalidad pretendida, ya que la normativa vigente ha de interpretarse siempre en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental y, por eso, cuando el requisito haya perdido su finalidad o su incumplimiento pueda ser subsanable [caso de cualquier incompetencia territorial], es razonable concluir que su exigencia puede convertirse en desmesurada o excesiva desde la perspectiva constitucional, en cuanto aquélla produzca la ineffectividad del derecho en juego, contrariamente a la tutela efectiva que la CE consagra en el citado precepto»<sup>177</sup>. Y es que como también se ha encargado de precisar este mismo Tribunal, en conocida sentencia, la tutela judicial, «no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del poder judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclamen en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos»<sup>178</sup>.

#### 5.4.- *Un nuevo tratamiento del ámbito territorial, debería permitir a los tribunales actuar fuera de sus límites*

Más aún, un desarrollo coherente con las garantías constitucionales enunciadas, lejos de hacer ineficaz lo actuado ante un tribunal con incompetencia territorial, obligaría a extremar el tratamiento meramente instrumental del territorio como mecanismo de distribución del trabajo entre tribunales del grado adecuado para resolver un litigio específico.

En ese sentido, según se ha advertido, la estricta demarcación territorial, con el impedimento en todos los casos de que un tribunal pueda actuar fuera del mismo, debiendo recurrir en todos los casos al

177. STC 139/87, de 22 de julio, entre otras. Vid., ampliamente, CHAMORRO BERNAL, *Op. cit.*, págs. 313 y ss., donde sistematiza, a partir de la jurisprudencia constitucional, los que denomina, instrumentos básicos para la efectividad de la tutela, entre los que incluye el «antiformalismo» y la «subsanabilidad».

178. STC 119/83, de 14 de diciembre.

auxilio judicial de los tribunales correspondiente (arts. 284 y 285 LEC), «pugna con un criterio de economía y eficacia de la actividad jurisdiccional y responde a un malentendido concepto de la propia soberanía jurisdiccional»<sup>179</sup>.

Por lo tanto, lo consecuente con la efectividad de la tutela jurisdiccional que debe otorgar el Estado, sería permitirle practicar directamente las diligencias necesarias al tribunal que tramita la causa, fuera de su ámbito territorial, con algunas limitaciones tales como la excesiva distancia, en razón a la entidad de las posibles actuaciones. Esto no produciría menoscabo alguno en la competencia de un tribunal el que otro pueda practicar esas actuaciones en su circunscripción y la mejor prueba de su viabilidad, «es que en el cumplimiento de los diversos despachos de auxilio judicial siempre se inserta la coletilla «se acepta, sin perjuicio de la propia competencia»<sup>180</sup>.

179. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 191.

180. *Idem*.

## LA QUERELLA

JUAN-SALVADOR SALOM ESCRIVÀ  
DE LA CARRERA FISCAL.  
PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO  
PROCESAL DE LA UNIVERSIDAD DE CASTELLÓN.

### SUMARIO.

I. Concepto. II. Naturaleza jurídica. III. Diferencias con los otros actos de iniciación. IV. Clases. V. Presupuestos generales de la querella: A) Subjetivos: 1) Capacidad y prohibiciones: a) Ministerio Fiscal; b) Personas físicas; c) Personas jurídicas. 2) Legitimación. 3) Postulación. El poder. La designación «apud acta». 4) El órgano judicial competente. B) Objetivos: 1) La «notitia criminis». 2) La declaración de voluntad. C) Formales: 1) La escritura. 2) La identificación del querellante. 3) La identificación del querellado. 4) La petición de diligencias de investigación. 5) La firma y la ratificación de la querella. 6) Los documentos acompañantes de la misma. VI. Presupuestos especiales de la querella: A) El acto de conciliación. B) La licencia del Juez o Tribunal en las calumnias e injurias vertidas en juicio. VII. La fianza: A) Fundamento. B) Clases. C) Sujetos obligados. D) La «proporcionalidad» de la fianza. E) Efectos. VIII. Efectos de la querella: A) De su admisión. B) De su

inadmisión. IX. Recursos. X. El abandono de la querrela. XI. Bibliografía.

## I. CONCEPTO.

La querrela es un acto procesal por el que un particular, sea o no el ofendido por el delito o, en su caso, el Ministerio Fiscal, ejercita la acción penal interesando la apertura de un proceso de tal naturaleza y solicita que se le tenga en el mismo como parte acusadora.

Por medio de la querrela de lo que se trata es de iniciar un proceso penal por unos hechos punibles concretos y contra una o varias personas determinadas o determinables. Si bien es cierto lo que señalan GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA (1) acerca de que no es esencial en la querrela el interesar en la misma la iniciación del proceso penal ni lo exige expresamente el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo la «notitia criminis» contenida en la misma la que motiva tal incoación, no lo es menos que la petición de admisión de la querrela así como la de práctica de diligencias de investigación y de medidas cautelares contra el querrelado llevan consigo implícitamente la petición de incoación de tal proceso contra el mismo, en el cual se muestra como parte el querellante. Por ello, la querrela es un acto de iniciación del proceso penal, y así la califican VIADA-ARAGONESES (2) y MAJADA (3) que la consideran como acto de iniciación de la instrucción. Como tal acto de iniciación procesal la viene asimismo considerando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y en ese sentido la sentencia de dicho Tribunal 175/89 de 30 de Octubre (4) establece que el derecho a la tutela judicial efectiva que

1. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Madrid, 1968, pág. 127.

2. VIADA-ARAGONESES, *Curso de Derecho Procesal Penal*, 4ª ed. Madrid, 1968, pág. 276.

3. MAJADA, Arturo, *Práctica Procesal Penal*, 4ª ed., Casa Editorial Bosch, 1980, tomo III, pág. 983.

4. B. O. E. de 4 de Diciembre de 1989.

ostenta el querellante y que ejerce mediante la querrela comprende precisamente el derecho a la iniciación del proceso, resaltando en idéntico sentido la sentencia de dicho Tribunal nº 148/87 de 28 de Septiembre (5) que facultad integrante de dicho derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ejercitado mediante la querrela, es la de un «ius procedatur» «...en virtud del cual...deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación acordadas en el seno del procedimiento penal que legalmente corresponda...», aclarando, finalmente, el Auto de dicho Tribunal Constitucional de 4 de Diciembre de 1.981 (6) que la querrela, a diferencia de la denuncia, otorga un derecho a que se siga un procedimiento por la misma, aun cuando el mismo, como después se verá, no sea incondicionado a la apertura y plena sustanciación de un proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la existencia y calificación jurídica del hecho, expresando las razones por las que inadmite su tramitación, tal como expresan las sentencias de dicho Tribunal nº 297/94 de 14 de Noviembre (7), 148/87, 238/88, etc.

Sin embargo, si el proceso penal ya está iniciado en el momento de presentarse la querrela es evidente que ésta, en tales casos, no constituye el acto de iniciación del proceso penal, siendo únicamente el medio utilizado facultativamente para convertirse en parte o porque es el único permitido en la Ley, como, por ejemplo, en el ejercicio de la acción popular.

## II. NATURALEZA JURÍDICA.

### A) De la querrela pública:

Consideramos a la misma como la derivada de los artículos 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, en consecuencia, como la querrela interpuesta por cualquier ciudadano español, sea o no el

5. B. O. E. de 20 de Octubre de 1987.

6. Auto 132/81 de 4 de Diciembre.

7. B. O. E. de 14-12-1994.

ofendido por el delito, y cuyo objetivo es el restablecimiento del orden jurídico perturbado por la infracción penal, pudiendo conceptuarla, como señala GIMENO SENDRA (8) como un derecho público subjetivo, de carácter activo, del ciudadano frente al Estado, por el que áquel ejerce funciones de carácter público constituyéndose en parte acusadora en el proceso, en cuya virtud se pone en funcionamiento al órgano judicial competente para que proceda a la investigación y persecución de los hechos relatados en la querella.

Su reconocimiento constitucional viene recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española de 1978 que reconoce con carácter general el derecho de toda persona a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses, así como en el artículo 125 de dicho texto fundamental que otorga reconocimiento constitucional al derecho de los ciudadanos de ejercer la acción popular, y así lo reconoce el Tribunal Constitucional en la sentencia 34/94 de 31 de Enero (9), derecho que, sin embargo, tal como se ha dicho anteriormente, no tiene carácter absoluto, en el sentido de que necesariamente de la simple presentación de una querella deba seguirse la apertura de un proceso penal, habiéndose declarado reiteradamente, en tal sentido y en interpretación de dichos preceptos, por dicho Tribunal que si bien la querella supone un ejercicio del derecho de acción, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, a que se siga un proceso para su satisfacción, no por ello otorga un derecho absoluto e incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal sino sólo a un pronunciamiento motivado del Juez Instructor sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos a los que la querella se refiere, expresando las razones de su inadmisión en su caso (10).

Por ello la querella, en principio, otorga un derecho a la iniciación del proceso penal, pero no absoluto e incondicionado, sino sujeto a una serie de límites legales cuáles son los del artículo 313 de la Ley de

8. GIMENO SENDRA, *La querella*, 1ª ed., Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1977.

Págs. 93 y ss.

9. B. O. E. de 2 de Marzo de 1994.

10. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 148/87 de 28 de Septiembre (B. O. E. de 20 de Octubre de dicho año). En igual sentido, las sentencias de dicho Tribunal nº 138/88 de 13 de Diciembre (B. O. E. de 13 de Enero de 1989) y 175/89 de 30 de Octubre (B. O. E. de 4 de Diciembre de 1989).

Enjuiciamiento Criminal y otros, que se especificarán más adelante, casos en los que la finalidad de la propia querella se entiende cumplida con una resolución judicial que concrete las razones por las que en ese caso particular se indamate la querella y se impide la apertura del proceso penal. En todo caso, como observa GIMENO SENDRA (11) se trata de un derecho protegible en amparo ante el propio Tribunal Constitucional, y así lo reconoce la sentencia de dicho Tribunal nº 40/94 de 15 de Febrero (12) que considera protegible en amparo el ejercicio de la acción penal en cualquiera de sus formas, popular, particular o privada, entendiéndolas incluidas en el artículo 24 de la Constitución..

#### B) De la querella privada:

Entendida ésta como aquella que puede interponer únicamente el legitimado para ello en los delitos estrictamente privados, hoy únicamente los de calumnia e injurias vertidas contra particulares, realizadas sin escrito ni publicidad, de modo que el proceso penal no puede iniciarse sin la previa presentación de la misma, se han sostenido diversas teorías acerca de su naturaleza que, brevemente expuestas, son las siguientes:

a') Las que consideran a la querella privada como institución exclusiva del Derecho Penal Material, y, concretamente, como una condición objetiva de punibilidad. Consideran los partidarios de esta teoría que, dado que los delitos estrictamente privados no pueden perseguirse sin la presentación de la querella, ésta actúa como un elemento más del delito, por lo que este último no existiría hasta que se interpusiese aquella. Esta opinión no puede ser acogida en nuestro Derecho, pues se llegaría con ella, tal como señala GIMENO (13) a consecuencias inaceptables como, por ejemplo, en materia de prescripción del delito, prescripción que no podría empezar a correr hasta que la infracción penal quedara completa, lo que sólo sucedería con la interposición de la querella.

11. GIMENO SENDRA Y OTROS, *Derecho Procesal*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989. Tomo II (Proceso Penal), pág. 272.

12. B. O. E. de 17 de Marzo de 1994.

13. GIMENO SENDRA, en *La querella*, págs. 15 y ss.

b') Las que consideran a la querella privada como una institución exclusivamente de Derecho Procesal. Según sus seguidores, la querella constituye en estos casos una condición de procedibilidad o un presupuesto procesal sin cuya concurrencia no puede iniciarse el proceso penal, siendo nulo lo actuado si éste ha comenzado sin la presentación de la misma. Esta posición es la mayoritaria en la doctrina, siendo sostenida, entre otros, por BATTAGLINI, y, entre nosotros por GIMENO SENDRA (14).

Para este sector doctrinal el delito está ya completo en todos sus elementos cuando se interpone la querella. Esta viene entonces a constituir un presupuesto procesal que permite la apertura del proceso penal, cosa que sería imposible sin su concurrencia. La presentación de la querella remueve el único obstáculo existente para la persecución del delito y que la Ley deja a la exclusiva voluntad de la parte.

c') Teorías mixtas: son las que consideran a la querella como institución perteneciente al Derecho Penal y al Procesal simultáneamente. Al Derecho Penal por cuanto sin la voluntad del legitimado para ello no puede ser perseguido el delito privado. Al Derecho Procesal ya que, como observa GIMENO (15), con ella se ejercita la acción penal y se posibilita el nacimiento de la relación jurídica procesal. Apoyan esta posición BINDING y QUINTANO RIPOLLÉS.

### III. DIFERENCIAS CON OTROS ACTOS DE INICIACIÓN.

Aún cuando la denuncia y la querella tienen en común el ser ambas instituciones actos de iniciación procesal, las mismas presentan notorias diferencias entre las que enumeramos las siguientes:

a) La querella contiene una declaración de voluntad. La denuncia es únicamente una declaración de conocimiento. De ello se deriva que el querellante se constituirá en parte en el procedimiento, a diferencia del denunciante. En ese mismo sentido se pronuncia asimismo la sentencia del Tribunal Constitucional nº 217/94 de 18 de Julio (16).

14. GIMENO SENDRA, en *La querella*, págs. 36 y ss.

15. GIMENO SENDRA, en *La querella*, págs. 30 y ss.

16. B. O. E. de 18 de Agosto de 1994.

b) La querella constituye un derecho. La denuncia representa un deber. En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no impone a ningún particular el deber de querellarse, al contrario de la denuncia en que los artículos 259, 262, 264 y 284 constituyen esta obligación.

c) La querella debe interponerse ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso que deberá seguirse por los hechos relatados en la misma. La denuncia, en cambio, puede interponerse ante cualquier funcionario de la policía judicial, Ministerio Fiscal u órgano jurisdiccional (artículos 259, 262, 264 y 268 de la Ley Procesal Penal).

d) En cuanto a la forma, la querella debe formularse siempre por escrito, por medio de Procurador con poder especial, con firma de Letrado y en la forma que la Ley establece (artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En cambio, la denuncia puede ser verbal o escrita, no estableciendo la Ley requisitos formales que condicionen su admisibilidad (artículos 265 al 268 de la citada Ley).

e) La admisibilidad de la querella depende en ciertos supuestos de la prestación de una fianza por parte del querellante (artículo 280 de la Ley referida). Para denunciar unos hechos y ser admitida a trámite la denuncia no se precisa prestar fianza alguna.

f) Caso de inadmitirse a trámite la querella se requiere de resolución judicial fundada (artículos 312 y 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), apelable en ambos efectos. La denuncia puede rechazarse de plano (artículo 269 de la Ley citada).

g) En la querella se proponen diligencias para la comprobación de los hechos (artículo 277-5º de la Ley Procesal Penal) y el Juez Instructor debe practicarlas, salvo que las considere contrarias a las Leyes, innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querella, supuestos estos últimos en los que deberá denegarlas en resolución motivada (artículo 312 de la citada Ley).

h) Por último, hay que señalar que la querella exige actividades posteriores por parte del querellante, que están vedadas al denunciante, salvo que se persone posteriormente en las actuaciones y se constituya en parte.

## IV. CLASES.

Se pueden clasificar las querellas en públicas y privadas. Son públicas aquellas que son interpuestas por el Ministerio Fiscal, de conformidad con lo establecido en el artículo 124 de la Constitución Española y los artículos 271 y 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya se refieran a delitos perseguibles de oficio como a los llamados semipúblicos en los que se precisa de previa denuncia de la parte ofendida. Ciertamente, el que en los delitos semipúblicos se precise de previa denuncia del agraviado o perjudicado por el delito para su persecución penal podría llevar a pensar que las querellas relativas a los mismos pudieran englobarse en el grupo de las privadas. Sin embargo, las incluimos en la categoría de las públicas por entender que juntamente con el interés privado que, sin duda existe en estos delitos, está presente también un interés público en su represión, aunque la Ley, por razones de política criminal, deje en manos del ofendido la apertura del proceso. Interés público que aparece claramente cuando, una vez presentada la denuncia o querella por el agraviado y removido el obstáculo procesal de perseguibilidad que representaba, se legitima y surge el deber de actuar del Ministerio Fiscal ejercitando la acción penal pública, así como cuando se advierte que el proceso iniciado sigue su marcha, tanto si el particular denunciante no presenta querella como si, presentada, desiste de ella. Este carácter público se acentúa en las últimas reformas legislativas, en las que el grupo más importante de estos delitos -violación, agresiones sexuales, estupro y raptos- queda excluido de la posibilidad de perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal, tal como dispone el artículo 443 del Código Penal, reformado por Ley Orgánica de 21 de Junio de 1989. El que esta Ley haya convertido en semipúblicos una serie de infracciones penales que antes no lo eran (los delitos de daños culposos del artículo 563 del Código Penal y las faltas de los artículos 585, 586, 586 bis, 589, 590, 594 y 600 del mismo) responde a criterios distintos (17) que no suponen que el Legislador considere como

17. Esta vez por distintas razones de política criminal: convertir en semipúblicas diversas infracciones penales que antes eran perseguibles de oficio para reducir la saturación de asuntos ante los órganos judiciales de tal naturaleza.

privadas estas infracciones, y así lo acredita, además, la posibilidad de actuación del Ministerio Fiscal en los procesos a los que las mismas se refieren, inimaginable si no se considera que existe un interés público que justifique su intervención.

Son querellas públicas, asimismo, las interpuestas por ciudadanos españoles o extranjeros ejercitando el derecho concedido en el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sean o no ofendidos por el delito., denominándose acción popular en este último supuesto, derecho protegible en amparo, tal como se ha dicho al estar establecido en el artículo 125 de la Constitución, tal como reconocen las sentencias del Tribunal Constitucional nº 326/94 de 12 de Diciembre (18), la 147/85, la 40/94, etc.

Son querellas privadas aquellas que sólo pueden interponer los ofendidos por el delito, y, en ciertos casos, sus herederos o representantes legales. Su ámbito de actuación queda reducido a los delitos estrictamente privados, hoy día, tal como se dijo, únicamente los de calumnia e injurias contra particulares realizadas sin escrito ni publicidad (19), tal como exige el artículo 467-3º del Código Penal. En estos supuestos la querella constituye un auténtico presupuesto procesal, ya que sin la presentación de la misma ante el órgano judicial competente y exclusivamente por las personas legitimadas para ello, el proceso no puede iniciarse.

Dentro de las querellas privadas incluye GIMENO SENDRA (20) aquellas que son interpuestas por particulares ofendidos por el delito, aunque éste sea de naturaleza pública y, por tanto, perseguible de oficio. No deja de tener razón dicho autor (21) cuando afirma que en estas querellas suele existir un sentimiento de «vindicatio» contra el querellado y que suelen existir móviles económicos en la presentación de las mismas, al ejercitarse en ellas la acción civil juntamente con la

18. B. O. E. de 18 de Enero de 1995.

19. Pues si concurren las circunstancias de cometerse con escrito y publicidad basta la denuncia de la persona agraviada, no siendo necesaria la presentación de querella, tal como dispone el artículo 4 de la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales de la Persona que ha convertido en semipúblicos dichos delitos, posibilitando con ello la intervención del Ministerio Fiscal en dichos procesos.

20. GIMENO SENDRA, en *La querella*, págs. 88 y ss.

21. GIMENO SENDRA Y OTROS, en *Derecho Procesal*, ob. cit., 1989, tomo II, págs. 272-273.

penal. Efectivamente, la práctica judicial demuestra constantemente que la casi totalidad de las querellas interpuestas por particulares ofendidos o perjudicados por delitos públicos van referidas a infracciones penales de carácter económico en las que el interés del querellante va dirigido predominantemente a la satisfacción de su pretensión civil, aneja a la penal, bien por considerar más rápido y barato este proceso, bien por considerar que la amenaza de una pena va a compeler más eficaz y rápidamente al querellado a dar satisfacción a sus pretensiones económicas, conseguido lo cual desiste de la querella que ha venido a convertirse así en un instrumento de coacción contra el querellado.

Ello queda demostrado por cuanto precisamente las querellas de este tipo interpuestas por ofendidos por el delito o delitos públicos van referidas en su mayoría a estafas, alzamientos de bienes, apropiaciones indebidas, cheques en descubierto y similares; asuntos en los que lo que verdaderamente interesa al querellante es la satisfacción de su pretensión civil, que unas veces se consigue al ejercitarla conjuntamente con la penal y otras incluso fuera del propio proceso penal, tal como ocurre en los delitos de cheque en descubierto en los que la responsabilidad civil no comprende, según doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal Supremo, el pago del cheque, pero en los que es conocida la práctica jurisprudencial de dictar sentencias absolutorias si el importe del cheque ha sido pagado hasta en el momento del juicio oral, cosa que va normalmente acompañada del previo desistimiento del querellante de la acción ejercitada, por lo que resulta obvio que en tales supuestos el querellado se siente impulsado a dar satisfacción a la pretensión económica del querellante.

Pero ello no supone, a nuestro entender, que por ello dichas querellas deban considerarse como privadas. Ciertamente prima un interés privado en su interposición, pero ello no ocurre siempre -aun cuando la interposición de querellas por delitos públicos, sin pretensión civil, resulta insólita- y, por otra parte, la mayoría de estos delitos quedarían impunes de no mediar la querella del ofendido, pues en tales casos él es la única persona que conoce la realidad de su comisión (que el cheque no se ha pagado, que su deudor ha ocultado sus bienes, etc.). Ciertamente, podrían perseguirse de oficio mediante la presentación de denuncia y no de querella, pero la interposición de ésta no cambia la naturaleza de la infracción penal de pública en privada, sin que pueda olvidarse que en estos supuestos el querellante coadyuva a la persecu-

ción y castigo de delitos perseguibles de oficio en los que, aparte de su propio interés particular, existe uno público en su represión. Por ello consideramos como públicas las querellas interpuestas por los ofendidos por delitos perseguibles de oficio y por los de naturaleza semipública.

#### V. PRESUPUESTOS GENERALES DE LA QUERELLA.

##### A) SUBJETIVOS:

##### 1) *Capacidad y prohibiciones: a) El Ministerio Fiscal.*

En las querellas públicas y semipúblicas, únicas en las que interviene este órgano, no se plantean problemas acerca de su capacidad procesal. El artículo 124 de la Constitución Española de 1978 faculta expresamente al Ministerio Fiscal y le concede plena legitimación para «promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad», el artículo 3-4º de su Estatuto Orgánico, aprobado por Ley 50/1981 de 30 de Diciembre le impone el deber de «ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas...», y los artículos 105, 108 y 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal insisten en el deber que tiene el Ministerio Fiscal de ejercitar las acciones penales y civiles conforme a la misma.

La problemática ha venido suscitada porque el artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone a los funcionarios del Ministerio Fiscal el que el ejercicio de las acciones penales a que vienen obligados, de conformidad con el artículo 105 de la misma, lo deben realizar «en forma de querella», habiéndose manifestado por la Fiscalía del Tribunal Supremo la necesidad de que dicho ejercicio se efectuase precisamente por medio de la misma -Circulares de 1 de Marzo de 1887 y de 30 de Abril de 1988-, criterio en el que se insistía por dicha Fiscalía en la Consulta despachada por ella el 3 de Octubre de 1973.

Matizando el criterio anterior de imperatividad de ejercicio de la acción penal por medio de querella en todo caso, la Fiscalía del

Tribunal Supremo en su Memoria de 1897 (22) concretaba que los funcionarios del Ministerio Fiscal podían presentar denuncia cuando carecieran de todos los datos necesarios acerca del delito o presunto culpable y no pudieran obtenerlo por sí, debiendo interponer querrela en los demás supuestos, criterio confirmado posteriormente en la Consulta de 3 de Octubre de 1973 que reitera la posibilidad de presentar denuncia por parte de los Fiscales, si carecieran de elementos bastantes para formular querrela, y su obligación de remitir la misma al Juzgado de Instrucción para la incoación de las oportunas diligencias previas con indicación de las diligencias pertinentes para la comprobación de los hechos, bien entendido que si el Fiscal sí dispusiese de elementos suficientes y los hechos son constitutivos de delitos sigue obligado a presentar querrela.

En todo caso, la regla contenida en el artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido tácitamente modificada para el proceso penal abreviado por el artículo 785 bis de la misma, introducido por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de Diciembre. Dicho precepto, situado dentro del capítulo que tiene por rúbrica «Disposiciones generales», del título «Del procedimiento abreviado para determinados delitos», establece que el Ministerio Fiscal cuando «...tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o la responsabilidad de los partícipes...», y, en los casos en que se encuentren indicios racionales de criminalidad, sigue diciendo dicho precepto que «...instará del Juez de Instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas, con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

Del artículo transcrito se deduce claramente que el Ministerio Fiscal, en los casos en que habiendo él mismo incoado diligencias para la investigación de un delito y su autor, considere que existen elementos suficientes en las mismas para seguir un procedimiento judicial por ellas, «instará del Juez de Instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas», lo que puede realizar mediante la presen-

22. Citada por AGUILERA DE PAZ, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2ª ed., Madrid, Editorial Reus S. A., 1924, tomo III, pág. 115.

tación tanto de querrela como de denuncia, pues el artículo 785 bis de la Ley Procesal Penal no le impone forma alguna, bastando con que interese la incoación de las mismas, siendo práctica habitual la presentación de denuncia a la que se acompañan las diligencias practicadas, debido ello tanto a la gran saturación de trabajo que pesa sobre las Fiscalías como a que los resultados que se obtienen son idénticos a los que se conseguirían de haber presentado querrela, pues estando el Ministerio Fiscal personado por ministerio de la ley en las actuaciones penales -salvo los delitos exclusivamente privados- el Fiscal correspondiente puede intervenir en cualquier momento en la causa e interesar del órgano judicial la práctica de las diligencias o la adopción de las medidas cautelares que considere oportunas. Por otro lado, esta no necesidad de presentación de querrela va más concorde con la filosofía que inspira el proceso penal abreviado al suprimir trámites innecesarios en aras a la mayor celeridad del mismo.

Por ello, teniendo en cuenta que el procedimiento abreviado comprende en su ámbito (penas privativas de libertad de hasta prisión mayor) más del noventa y cinco por ciento de los delitos tipificados en el Código Penal, (23) y en él tiene plena virtualidad lo dispuesto en el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resulta evidente que el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal no debe revestir necesariamente la forma de querrela pudiendo simplemente denunciar los hechos, lo que hace perder su carácter de generalidad al artículo 271 de dicha Ley (24). En ese sentido, además, se pronuncia la Circular 1/1989 de 8 de Marzo de la Fiscalía General del Estado (25) al expresar que concluidas las diligencias de investigación del Fiscal éste deberá proceder a su «presentación al Juez de Instrucción para que incoe las diligencias previas para continuar la investigación judicial-

23. Así, en el año 1993, de 161.316 procesos penales por delito que se incoaron en España se tramitaron por sumario un total de 4.224 causas, en tanto lo eran por el trámite de procedimiento abreviado un total de 157.092 causas, de las que 9.502 eran competencia de las Audiencias Provinciales y 147.590 de los Juzgados de lo Penal, según datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1.994.

24. Máxime si se tiene en cuenta que las Diligencias Previas, aunque no lo mencione expresamente el artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pueden concluir transformándose en sumario.

25. Circular 1/1989 de 8 de Marzo de la Fiscalía General del Estado sobre cuestiones relacionadas con el procedimiento abreviado introducido por la Ley 7/1988 de 28 de Diciembre, epígrafe IV, apartado B), subapartado f).

mente, precisando las diligencias a practicar en ellas (artículo 789.3) o pidiendo concluya, sin más, las mismas por entender que existen méritos suficientes para resolver sobre el ejercicio de la acción penal (art. 781)», lo que supone, con la cita de tales preceptos, la posibilidad de ejercitar la acción penal tanto por medio de denuncia como mediante querella.

En cualquier caso, para que la acción penal sea ejercitada válidamente por el Ministerio Fiscal, habrá de serlo, tal como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Febrero de 1994 (26), por un funcionario de dicho Ministerio que sea competente para hacerlo, lo que exige que el mismo se encuentre en la situación administrativa de servicio activo así como que ostente la adecuada competencia territorial, lo que supone el que tenga su destino en la correspondiente circunscripción jurisdiccional en la que se presenta la querella. De faltar alguno de tales requisitos el ejercicio de la acción penal tendría un carácter nulo e insubsanable en aplicación de lo dispuesto en el artículo 238-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por supuesto, en el caso de que las diligencias penales se hayan iniciado de oficio, bien directamente por el propio Juzgado Instructor, bien mediante la presentación del oportuno atestado por la Policía o Guardia Civil habrá que tener por parte en ellas, por ministerio de la ley, al Fiscal, sin necesidad de que haya presentado previamente querella alguna, tal como se desprende de los artículos 105 y 108 de nuestra Ley Procesal Penal y 3-4º y 5º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por Ley 50/81 de 30 de Diciembre.

#### b) *Personas físicas:*

Tienen plena capacidad para ejercitar la acción penal mediante querella, tanto pública como privada, sin perjuicio de la legitimación específica requerida para estas últimas. En este sentido, el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresa que todos los ciudadanos

26. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, número marginal 736. En el caso resuelto por la sentencia, referente a un funcionario del Ministerio Fiscal que había solicitado su pase a la situación de excedencia voluntaria, el Tribunal Supremo considera que el cese en el servicio activo del mismo se produce cuando la concesión de la misma se publica en el Boletín Oficial del Estado.

españoles «hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley:», añadiendo en su párrafo segundo que también pueden querellarse los extranjeros, pero estos últimos sólo «...por los delitos cometidos contra sus personas o bienes, o las personas de sus representados...», insistiendo en tan amplio criterio el artículo 19-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985, que viene a reiterar el contenido del artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo relativo a la consideración legal de pública de la acción penal y la posibilidad de todos los ciudadanos españoles de ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la misma, y, particularmente, mediante la querella.

Por lo tanto, todos los españoles, y los extranjeros en el ámbito que les concede el artículo 270 citado, pueden ejercitar la acción penal mediante querella, con las excepciones, a las que luego se aludirá, de los artículos 102 y 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tienen plena capacidad para querellarse los mayores de edad. Respecto de los menores no emancipados es de aplicación lo dispuesto en el artículo 102-1º de nuestra Ley Procesal Penal, según el cual no podrán ejercitar acciones penales con carácter general, y por lo tanto no podrán querellarse, los que no gocen de la plenitud de derechos civiles, plenitud que sólo se adquiere con la mayoría de edad, tal como dispone el artículo 322 del Código Civil.

En cuanto a aquellos que aún siendo mayores de edad no gocen de la plenitud de sus derechos civiles por haber sido incapacitados judicialmente por la presencia de enfermedades físicas o psíquicas persistentes así como respecto de los declarados pródigos hay que señalar que los mismos no pueden querellarse con carácter general al no tener el completo ejercicio de sus derechos civiles por haber sido privados de todos o de algunos de ellos. Ello puede resultar excesivamente riguroso con los declarados pródigos, que sólo ven disminuidos sus derechos en muy escasa medida, así como con aquellos incapacitados a los que la resolución judicial les reduce los mismos en muy escasa medida, al ser la extensión de la incapacidad de contenido graduable por el Juez, tal como establece el artículo 210 del Código Civil, pero no cabe otra interpretación, a la vista de la clara exigencia del artículo 102-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Respecto del menor de edad emancipado, éste ostenta plena capacidad procesal y, por lo tanto, puede ejercitar acciones penales mediante querrela, pues estableciendo el artículo 323 del Código Civil que la emancipación «habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor...» y su párrafo segundo que el menor emancipado «podrá por sí sólo comparecer en juicio», es claro que se les reconoce su plena capacidad, no precisando de asistencia o representación legal alguna para querellarse.

Por su parte, el artículo 102-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que tampoco pueden ejercitar acciones penales con carácter general aquellos que «hubieren sido condenados dos veces por sentencia firme como reos del delito de denuncia o querrela calumniosa». La razón de esta prohibición legal, más que causa de incapacidad, estriba en una especie de sanción que impone la Ley a quien ha sido condenado en dos ocasiones por alguno de los delitos citados y como sanción a su conducta, que hace surgir fundadamente la sospecha de mala fe, falta de fundamento y seriedad en las nuevas querrelas que el mismo pudiera interponer. En todo caso, siendo ese el fundamento de dicha prohibición, no se ve la razón, tal como observa GIMENO (27), de que haya que esperar a que se dicten dos sentencias condenatorias por acusación o denuncia falsas contra el mismo sujeto. Una sola sentencia debería ser suficiente para imponer la privación del ejercicio de acciones penales a quien con su conducta anterior ha demostrado no ser merecedor del mismo. Conviene resaltar que no se trata de una prohibición temporal ilimitada, pues si transcurridos los plazos del artículo 118 del Código Penal el condenado obtiene la cancelación de sus antecedentes penales podrá ejercitar de nuevo acciones de esta clase mediante querrela.

También el artículo 102-3º de la Ley procesal penal establece con carácter general una prohibición para el ejercicio de acciones penales que afecta al Juez o Magistrado. La razón de la misma estriba en la vigencia del principio acusatorio en nuestro ordenamiento jurídico; se trata de que se respete en todos los planos la absoluta separación de funciones entre las de acusar y juzgar. No obstante, como observa GIMENO (28), la prohibición ha de comprender sólo a los Jueces y

27. GIMENO SENDRA, en *La querrela*, pág. 125.

28. GIMENO SENDRA, en *La querrela*, pág. 126.

Magistrados en activo, pues carecería de sentido aplicarla a los que se encuentren en situación de excedencia o jubilación ante la inexistencia de los peligros que con la prohibición tratan de precaverse.

Como excepción aplicable a estas tres incapacidades y prohibiciones, el propio artículo 102-4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que los afectados por las mismas podrán, no obstante, «ejercitar la acción penal por delito o falta cometidos contra sus personas o bienes o contra las personas o bienes de cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos, uterinos y afines,» y, respecto del condenado por querrela o denuncia calumniosa y del Juez o Magistrado, el propio artículo 102-5º expresa que los mismos podrán «ejercitar también la acción penal por el delito o falta cometidos contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal». La existencia de estas excepciones se justifica porque resultaría evidentemente injusto privar del derecho a querellarse a los menores e incapacitados y no reconocer tal potestad en sus representantes legales, al igual que lo sería el negar tal posibilidad a los jueces y demás comprendidos en el artículo 102 en el supuesto de que el delito se cometiera contra los mismos o los de sus familiares más allegados.

Por último, el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe ejercitar acciones penales entre sí a los cónyuges «a no ser por delito o falta cometidos por uno contra la persona del otro o la de sus hijos» así como a los «ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos, uterinos y afines, a no ser por delito o falta cometidos por uno contra las personas de los otros.» La razón de estas dos prohibiciones relativas estriba en razones de política criminal, al objeto de evitar el desagradable espectáculo que se suscitaría de la presentación de querrelas entre dichos parientes por delitos que no afectaren a las personas de los mismos, evitando, tal como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1993 (29), el enfrentamiento de unos familiares contra otros para mejor salvaguardar la paz en el seno de las relaciones parentales más próximas. En cuanto al contenido que hay que dar a la expresión «delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro», habrá que entender comprendidas las infracciones penales contra la vida e integridad corporal, libertad sexual, honor, libertad y seguridad, así como aquellos que lesionen tales bienes

29. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, número marginal 4996.

jurídicos, aun cuando estuvieren situados en otros títulos del Código Penal, pues todos ellos lesionan derechos y atributos fundamentales de la persona.

Caso de que se ejercite una acción penal entre dichos parientes por infracciones penales que estén fuera de los supuestos legalmente establecidos y en el supuesto de que no exista otra acusación que mantenga la acción penal, lo procedente es, tal como manifiesta la sentencia últimamente citada del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1993, tenerla por inexistente al faltar un requisito inexcusable de procedibilidad y, en consecuencia, faltar una acusación válidamente formulada que sostenga la acción, por lo que ni podría haber en tal caso condena penal ni de responsabilidad civil.

### c) *Personas jurídicas:*

Aunque no aparecen incluidas en las prohibiciones e incapacidades del artículo 102 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo cierto es que una reiterada y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido negando durante largo tiempo capacidad procesal a las personas jurídicas para ejercer la acción penal pública. En tal sentido, las sentencias de dicho Tribunal de 15 de Febrero de 1921 (C. J., I, nº 34), 26 de Marzo de 1926 (C. J., nº 117) y de 2 de Marzo de 1982 rechazaban la capacidad procesal de las personas jurídicas para ejercer la acción popular, fundamentándolo en que la expresión «ciudadanos» que utiliza el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo incluía a las personas físicas. Interpretación que refuerza, por cierto, el texto del artículo 19-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985, al señalar que el ejercicio de la acción popular corresponde «a los ciudadanos de nacionalidad española», lo que venía a reforzar la interpretación jurisprudencial antes mencionada.

Esta doctrina es criticable y supone una restricción al derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la Constitución, pues como observa GIMENO SENDRA (30), existe en los tiempos actuales un nutrido fenómeno asociativo portador de intereses difusos

30. GIMENO SENDRA Y OTROS, en *Derecho Procesal*, ob. cit., 1989, tomo II, pág. 274.

de gran importancia para la sociedad en general -asociaciones para la defensa de las víctimas de los delitos, de consumidores, de ecologistas, etc.- que exige que se les reconozca el acceso pleno a la acción popular para poder defender los intereses que representan. Por otro lado, no puede olvidarse que el artículo 38 del Código Civil faculta a las personas jurídicas para ejercer «acciones civiles o criminales» sin limitación alguna, lo que supone un criterio legal amplio y favorable en favor de la plena capacidad procesal de las personas jurídicas para el ejercicio de la acción penal pública.

Por supuesto, esta interpretación jurisprudencial no se consideraba aplicable al supuesto de delitos o faltas cometidos contra la propia persona jurídica pues en tales casos el artículo 38, ya citado, del Código Civil les permitía ejercitar acciones civiles y criminales en defensa de sus intereses. En este sentido se ha venido manifestando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equiparando, como observa GIMENO (31), la persona jurídica al incapaz para el ejercicio de los derechos civiles, permitiéndole, en consecuencia, ejercer acciones penales en defensa de su persona o bienes como consecuencia de extender a las mismas la aplicación de lo dispuesto en el artículo 102-4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cualquier caso, no parece haber obstáculo legal alguno en reconocer a las personas jurídicas legitimación para el ejercicio de la acción popular siempre y cuando entre sus fines estatutarios figurase el del ejercicio de acciones penales para conseguir su objeto social o fundacional. Otra interpretación conduciría a negar o impedir la existencia de personas jurídicas por el simple procedimiento de negarles los medios para alcanzar sus fines, lo que conculcaría el derecho de libertad de asociación y fundación e impediría la existencia de personas jurídicas con fines de gran trascendencia social.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en las sentencias nº 241/92 (32) y 34/94 de 31 de Enero (33) ha superado estas interpretaciones restrictivas y ha reconocido con carácter general a las personas jurídicas plena legitimación para mostrarse parte en el proceso penal

31. GIMENO SENDRA Y OTROS, en *Derecho Procesal*, ob. cit., 1989, tomo II, pág. 274

32. B. O. E. de 20 de Enero de 1993.

33. B. O. E. de 2 de Marzo de 1994.

ejercitando la acción popular. En este sentido, esta última sentencia señala que no puede negarse «...que existen algunas infracciones cuya persecución se conecta directamente con el objeto de ciertas entidades asociativas...y en tales casos el ejercicio de la acción penal constituye un medio especialmente indicado para el cumplimiento de los fines asociativos de la recurrente -una asociación naturalista- relacionados directamente con la defensa del patrimonio natural», especificando la 241/92, ya citada, que el término «ciudadanos» utilizado por los artículos 53.2 y 125 de la Constitución hace referencia «tanto a las personas físicas como a las jurídicas...porque si todas las personas tienen derecho a la jurisdicción y al proceso y se reconocen legítimamente las personificaciones que para el logro de un fin común reciben en conjunto el nombre de personas jurídicas, puede afirmarse que el artículo 24.1 de la Constitución comprende en la referencia a todas las personas tanto a las físicas como a las jurídicas». Ello ha determinado asimismo un cambio en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y así, la STS 194/95 de 4 de Marzo (34), recogiendo la doctrina de la STC 241/92, reconoce plena legitimación para el ejercicio de la acción popular tanto a las personas físicas como jurídicas. De este modo se posibilita, tal como observa MONTERO (35), que la acción popular alcance su verdadero desarrollo y utilidad que sólo a través de su ejercicio por personas jurídicas puede conseguirse dados los mayores medio e interés -que puede consistir en su único objeto social- que tienen las asociaciones frente a los particulares.

## 2) Legitimación:

No existen problemas de legitimación en las querellas que hemos considerado como públicas. Del examen de los artículos 270 y 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 19-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985 se desprende que cualquier español, sea o no ofendido por el delito, está legitimado para querellar-

34. STS 194/1995 de 4 de Marzo. Nº de referencia de Colex 215.

35. MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER Y MONTÓN REDONDO, en *Derecho Jurisdiccional*. Ed. J. M. Bosch, 1994. Tomo III (Proceso Penal), págs. 60 y 61.

se, con las excepciones ya apuntadas de los artículos 102 y 103 de la Ley Procesal Penal, por todos los delitos cometidos de carácter público.

Viene observándose en los últimos tiempos, dados los abusos que se han venido observando en el ejercicio de la acción popular, que en ocasiones se ha utilizado como vehículo para determinadas venganzas de carácter político o incluso con fines meramente crematísticos, interesando para desistir de su ejercicio elevadas cantidades de dinero, una tendencia restrictiva en orden a la legitimación para su ejercicio. En esa línea puede verse la sentencia de 5 de Junio de 1993 del Tribunal Supremo (36) que afirma que debe señalarse «...aunque sólo sea a efectos de doctrina procesal, que la personalidad exigida para ser parte en un proceso penal, ha de medirse con el máximo cuidado en aquellos supuestos, como el presente, en los que con el simple enunciado de ejercer una «acción popular», ya se puede tener derecho a una intervención inmediata en el proceso, sin haber demostrado previamente su interés directo (37) en la cuestión y sin que pueda servir de sustento a ese interés la defensa genérica de la moral pública -se trataba de un caso relativo a los delitos de cohecho, prevaricación y relativo a la prostitución-...so pena de dar competencia a grupos de personas, que sin tener interés directo en la cuestión concreta, lo único que pretenden es imponer sus reglas de moralidad...», insistiendo de nuevo dicha sentencia en que «...es necesario medir cuidadosamente en cualquier supuesto...el tratamiento que deba darse a la «acción popular», pues aunque constituya un derecho constitucionalmente establecido, su concepto no puede ser interpretado de forma tan amplia que desemboque necesariamente, como de hecho se está comprobando, en convertir al simple denunciante en una parte acusadora en el proceso...».

En esa misma línea, señala GIMENO (38) la necesidad de adoptar medidas que tiendan a evitar dichas desviaciones entre las que propugna la negación de la legitimación activa a los partidos políticos, en el contexto de la lucha electoral, así como a las demás asociaciones que no fueran portadoras de «intereses legítimos», dotar de mayora rapidez

36. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, número marginal 4824.

37. Interés directo que viene a exigir también la STC 34/94 de 31 de Enero. B. O. E. de 2 de Marzo de 1994.

38. GIMENO SENDRA, en *La acusación popular*, Nº 31 de la revista «Poder Judicial», Septiembre de 1993, pág. 94.

a la tramitación de procesos contra aforados, multas por temeridad, costas atendiendo al principio del vencimiento, etc.

Sin embargo, aun comprendiendo la necesidad de evitar desviaciones en el ejercicio de la acción popular que tiendan a desvirtuar su finalidad de colaboración por parte de todos los ciudadanos en la aplicación de la Ley, consideramos que con los medios actuales se pueden obviar o atemperar al menos las mismas. Una adecuada utilización de la fianza (art. 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de la imposición de costas (art. 240-3º de la misma) atendiendo a la temeridad o mala fe del querellante, y, sobre todo, la posibilidad de rechazar «a limine» la admisión de la querrela cuando los hechos a que la misma se refiera no sean constitutivos del delito (art. 313 de dicha Ley), aparte de la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal al querellante por acusación falsa u otros delitos que hubieran podido cometerse por la interposición de la querrela, son medios más que suficientes para eliminar o disminuir las corruptelas observadas sin necesidad de introducir restricciones al ejercicio de la acción popular, siempre peligrosas y que resultarían de una constitucionalidad dudosa. Aparte de que, aunque la querrela se presente por móviles espúreos, con independencia de ellos puede servir para posibilitar la persecución y castigo de determinados delitos que, por su naturaleza o facilidad de ocultación, difícilmente serían objeto de represión penal en otro caso.

Además, la jurisprudencia constitucional se muestra favorable a la más amplia interpretación de la acción popular. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 326/94 de 12 de Diciembre (39) señala que «...el rechazo de la acción (popular) basado en una interpretación errónea o arbitraria para su ejercicio comportaría la vulneración del derecho reconocido en el art. 24. 1 de la Constitución...», debiendo rechazarse, tal como observa la sentencia de dicho Tribunal nº 34/94 de 31 de Enero, las interpretaciones restrictivas para el ejercicio del derecho de acción.

En los delitos semipúblicos la legitimación corresponde, en principio, a los ofendidos o perjudicados por el delito o la falta y viene concretada en cada caso por el Código Penal. Así, en los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y raptó, están legitimados, según el artículo 443 del Código Penal reformado por Ley Orgánica de 21 de Junio de 1989, el agraviado -sujeto pasivo del delito- o, en su

39. B. O. E. de 18 de Enero de 1995.

defecto y siguiéndose riguroso orden, sus ascendientes, representante legal, guardador de hecho y, en última instancia, el Ministerio Fiscal si se tratara de menores o incapaces. En el delito de abandono de familia, según el artículo 487 del Código últimamente mencionado, están legitimados para querellarse «la persona agraviada» o, en su defecto, el Ministerio Fiscal; por «persona agraviada» en este caso habrá que considerar al cónyuge abandonado y a sus hijos menores de edad que dependieran del autor del hecho, en cuyo nombre podrán querellarse sus representantes legales. En el caso de los delitos de calumnia e injurias cometidas mediante escrito y publicidad están legitimados los agraviados y, en su defecto, sus representantes legales, tal como dispone el artículo 4-1º de la Ley de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de Diciembre de 1978. En el de venta fraudulenta o daños de cosas adquiridas con arreglo a la Ley de 17 de Julio de 1965 de venta de bienes muebles a plazos está legitimado, según el artículo 12 de la misma, el perjudicado por la acción.

En el delito de exhibicionismo y provocación sexual realizado ante mayores de 16 años legitimado lo está el agraviado, tal como dispone el artículo 431-2º del Código Penal, reformado por Ley de 9 de Junio de 1988. También, la reforma penal operada por la Ley Orgánica de 21 de Junio de 1989 ha ampliado el ámbito de los delitos y faltas de naturaleza semipública y, en consecuencia, de legitimación restringida. Así, en el caso de los daños culposos contemplados en el artículo 563 del Código Penal está legitimado para querellarse el perjudicado por los mismos; en el supuesto de las faltas de amenazas y coacciones previstas en el artículo 585 está legitimado el ofendido y lo mismo ocurre en el caso de las faltas de denegación de auxilio del artículo 586-1º y de imprudencia del artículo 586 bis. En las faltas contra la propiedad contempladas en los artículos 589, 590, 594 y 600 del Código Penal está legitimado el perjudicado por las mismas, siendo de notar que en todas estas faltas el artículo 602 de dicho texto legal otorga una legitimación de segundo grado, en defecto de ofendidos o perjudicados, a sus herederos o representantes legales así como al Ministerio Fiscal, en el caso de agraviados en estado de total desvalimiento.

En todos estos casos de delitos y faltas semipúblicos la legitimación viene dada, tal como se ha dicho, al ofendido o perjudicado por ellos, pudiendo querellarse, o si lo prefieren, denunciar los hechos, con

lo que al eliminarse el presupuesto de procedibilidad que impedía la apertura del proceso se legitima con ello la intervención del Ministerio Fiscal, puesto que en estas infracciones se protegen juntamente con los privados también intereses sociales, lo que justifica la intervención de este último. No se legitima en cambio, pese a haberse presentado por el ofendido o perjudicado la denuncia o querrela la intervención del acusador popular, tal como afirma MONTERO (40), aun cuando no exista ningún precepto legal que lo prohíba expresamente, pues por más que resulten afectados también intereses sociales, la propia naturaleza de los bienes jurídicos protegidos por los delitos semipúblicos lleva a la consecuencia de excluir la intervención en los mismos del acusador popular. Piénsese lo que supondría para la propia víctima el que la acción penal en los supuestos de violación o abandono de familia, por ejemplo, fuese mantenida por el acusador popular, incluso contra la voluntad de la propia víctima a la que, precisamente se le otorga la facultad de iniciar o no el proceso por razones de política criminal y de oportunidad que sólo a la misma compete determinar.

En cuanto a los conceptos de ofendido y agraviado, «ofendido» lo será el sujeto pasivo de la infracción penal que sufre directamente en los bienes jurídicos de que es titular el mal causado por el delito. Por «perjudicado» habrá que entender a quien soporta las consecuencias dañosas en su patrimonio moral o material. Ambos conceptos pueden coincidir, como es el caso de los delitos de lesiones, pero no necesariamente, cual es el supuesto del homicidio en que ofendido es la víctima y perjudicados lo son los que de ella dependían o, en su caso, los herederos de la misma. En este sentido, la reforma penal operada por la Ley Orgánica de 21 de Junio de 1989 utiliza con acierto esta distinción, mencionando siempre al perjudicado en las infracciones contra el patrimonio y al ofendido en las contra las personas a la hora de determinar la legitimación para denunciar tales delitos y faltas. En cualquier caso, tal como señala la sentencia del Tribunal Constitucional nº 34/94 de 31 de Enero ( la determinación de si una persona es o no ofendida por el delito es una cuestión de mera legalidad, cuya determinación corresponde realizar a los Tribunales ordinarios, salvo que la

40. MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS, GOMEZ COLOMER Y MONTÓN REDONDO, en *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., Tomo III, (Proceso Penal), pág. 62.

resolución judicial denegatoria de la legitimación se manifieste arbitraria o notoriamente irrazonable (41) en cuyo caso tendrá la protección del recurso de amparo; en igual línea se manifiesta la STC 113/84.

En todo caso, conviene resaltar que en el caso de las infracciones penales semipúblicas, salvo los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y raptó, el ofendido tiene la plena disponibilidad del proceso al poder, mediante el perdón, extinguir la responsabilidad criminal de conformidad con lo establecido en el artículo 112-5º del Código Penal, con lo que quedaría extinguida la acción penal y, en consecuencia, llevaría al final del proceso.

En el caso del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, no existen especialidades propias que atañan a la legitimación, por lo que habrá que estar a las reglas generales, si bien, al igual que ocurre en el procedimiento ordinario y en el abreviado, y tal como dispone el artículo 25.2 de la Ley Orgánica 5/1995 de 23 de Mayo, habrá que efectuar el correspondiente ofrecimiento de acciones de los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los ofendidos o perjudicados por el delito y, en especial, informarles de su derecho a ser parte «si se personan en legal forma» así como del derecho que les asiste a solicitar asistencia jurídica gratuita. La personación, por su parte, tampoco presenta especialidades, pudiendo hacerse bien mediante la presentación de una querrela o por medio de escrito en el procedimiento penal ya iniciado. Si se trata de un no ofendido ni perjudicado por el delito que pretende actuar como acusador popular, deberá hacerlo necesariamente mediante la presentación de querrela, no siendo posible la utilización del segundo procedimiento antes mencionado.

Por lo que se refiere a las personas jurídicas, ya se ha visto que las mismas están legitimadas para querellarse por los delitos cometidos contra las mismas, tal como se desprende del artículo 38 del Código Civil, ya citado, que las faculta para ejercer acciones criminales, así como de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 26 de Marzo de 1926, de 15 de Febrero de 1921, etc.), debiendo actuar en su nombre quienes legalmente las representen según la Ley o sus estatutos particulares. Por otro lado, como observa MONTERO (42), en

41. B. O. E. de 2 de Marzo de 1994.

42. MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER Y MONTÓN REDONDO, en *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., Tomo III, pág. 65.

el caso de encontrarnos ante entes carentes formalmente de personalidad jurídica pero a los que en la vida real se les viene a reconocer de hecho la misma en sus actividades, tales como uniones sin personalidad, sociedades irregulares, patrimonios autónomos, etc. no existen problemas en reconocerles legitimación para ejercitar la acción penal para aquellos supuestos en que dichas entidades sean ofendidas o perjudicadas por el delito de que se trate. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un grupo organizador de un viaje de fin de carrera o que tenga por objeto recaudar fondos con alguna finalidad benéfica concreta a los que se impute un delito de estafa o de apropiación indebida.

En el caso de concurrencia de varias partes acusadoras en el mismo proceso, si bien el artículo 113 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que su actuación se desarrollará «si fuere posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del Tribunal», tal posibilidad, como señala la STC 193/91 de 14 de Octubre (43) no puede entenderse como meramente discrecional para el órgano judicial, que habrá de tener en cuenta para resolver sobre ese punto «el derecho a la defensa y asistencia de Letrado y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», y para poder ordenar a las acusaciones personadas en un proceso que actúen bajo una misma dirección y representación se necesitará «una suficiente convergencia de intereses e incluso puntos de vista en la orientación de la actuación procesal que haga absolutamente inútil la reiteración de diligencias instadas o actos realizados por las respectivas representaciones y asistencias letradas», ya que en otro caso «se produciría una merma del derecho de defensa ante los tribunales, que difícilmente se justificaría en aras a la economía procesal», no pudiéndose considerar coincidentes a tales efectos los intereses de la acusación particular y la popular, ya que la primera puede acumular el ejercicio de acciones civiles a las penales, al contrario que la segunda. Por otro lado, tal como dice la citada STC 193/91, el hecho de que el escrito de calificación provisional haya sido evacuado por dos acusaciones -una particular y otra popular- en un único escrito, bajo una misma representación y asesoramiento no impide que ambas puedan actuar en el juicio oral con Letrado distinto. Tales supuestos de pluralidad de acusaciones deben calificarse, tal como observa MONTERO (44) de

43. B. O. E. de 15 de Noviembre de 1991.

44. MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER Y MONTÓN REDONDO, en *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., tomo III, pág. 54.

litisconsorcio activo cuasinecesario, dado que la Ley no impone su actuación conjunta de modo imperativo y el proceso puede acabar sin necesidad de que estén presentes todos los acusadores o incluso cuando alguno o algunos de ellos retiren su acusación.

Por último, respecto de los delitos estrictamente privados (calumnia e injurias contra particulares sin escrito ni publicidad) están únicamente legitimados para querellarse los ofendidos por ellas, tal como dispone el artículo 467-2º del Código Penal y, en su defecto, los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos por este orden, si la calumnia o injuria «trascendiere a ellos» y, en todo caso, los herederos (artículo 466 del Código Penal).

### 3) Postulación. El poder. La designación «apud acta».

Según dispone el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la querella «se presentará siempre por medio de procurador con poder bastante y suscrita por letrado».

La problemática en este punto ha venido suscitada porque el párrafo séptimo del artículo 277 dispone que el querellante debe firmar la querella cuando el procurador no tuviere poder especial para formularla. Se han sostenido fundamentalmente tres posiciones sobre dicho extremo:

- La de quienes consideran que es suficiente un poder general para pleitos en el que se faculte al mandatario para el ejercicio de acciones penales en general.

- La de los que consideran que dicho poder general debe autorizar expresamente para el ejercicio de acciones penales contra una determinada persona y, por último,

- La de quienes sostienen que dicho poder ha de ser especialísimo, de modo que faculte concretamente para querellarse contra una persona determinada o determinable y por un hecho concreto. Según esta última posición, el poder debe otorgarse necesariamente después de ocurridos los hechos a los que se refiere la querella que con base en el mismo se va a interponer.

En la práctica judicial, los Tribunales han venido entendiendo que se precisa de poder especialísimo para presentar la querella, pero de la lectura del párrafo 7º del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal se desprende que ello no es necesario pues lo único que impone este precepto es que, de no ser especial el poder, se requerirá la firma del querellante con la posterior ratificación de éste, con lo que se logra lo mismo que con el poder especialísimo: que el querellante asuma la paternidad de la querella, lo que nos lleva a que no debe proceder la inadmisión a trámite de la querella caso de no ser especialísimo el poder que la acompaña. Por lo tanto, bastará para presentar la querella un poder general para pleitos que faculte para el ejercicio de acciones penales, si bien en este caso el querellante deberá firmar, como se ha dicho, la querella y posteriormente ratificarla a presencia judicial, requisitos que no deberían exigirse caso de acompañar a la querella un poder especialísimo, aunque la práctica judicial también exige en este último caso la ratificación del querellante al objeto de que no exista duda alguna de que conoce, acepta y hace suyo el texto de la misma y que, por tanto, se sujeta a las posibles responsabilidades que de su interposición pudieran derivarse.

El defecto o insuficiencia de poder, tal como observa GIMENO (45), es subsanable, subsanación que tendrá lugar tanto por la ratificación del querellante como por la presentación de un nuevo poder. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado en este sentido, con la excepción de la sentencia de 26 de Octubre de 1969, pudiendo citarse en tal línea interpretativa las sentencias de dicho Tribunal de 10 de Octubre de 1908 y 9 de Febrero de 1962, de las que se desprende que el defecto o insuficiencia del poder no es causa de nulidad ni necesita siquiera subsanación por parte del querellante si el querellado no lo impugna con lo que, como observa el autor antes citado (46), viene a tratarse tal defecto como un impedimento procesal que tuviera que hacerse valer por el querellado para ser estimado, equivaliendo la conducta pasiva del mismo a la confirmación tácita del defecto (47).

En cualquier caso, y aún para el supuesto de que el órgano judicial inadmitiese la querella por defecto o insuficiencia del poder siempre, aparte de utilizar los recursos oportunos, existiría -de ser público o semipúblico el delito a que la misma se refería- el deber de incoar de

45. GIMENO SENDRA, en *La querella*, pág. 180 y ss.

46. GIMENO SENDRA, en *La querella*, pág.182.

47. En este sentido se pronuncia también MAJADA, en *Práctica Procesal Penal*, ob. cit., tomo II, págs. 982-983.

oficio el procedimiento por parte del órgano jurisdiccional, de conformidad con los artículos 299 y 308 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que la querella inadmitida transmitiría la «notitia criminis» al mismo, valiendo como denuncia, en cuyo procedimiento podría a continuación personarse el frustrado querellante y solicitar que se le tuviera por parte, según lo establecido en el artículo 110 de dicha Ley, con lo que conseguiría el mismo objetivo que con la admisión de la querella.

En todo caso, la interpretación antes mencionada viene avalada, además, por lo dispuesto en el artículo 11-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985 según el que los Tribunales sólo podrán desestimar las pretensiones que se les formulen «por motivos formales cuando el defecto fuere insubsanable o no se subsanara por el procedimiento establecido en las Leyes».

Por su parte, la citada Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 281-3º, al establecer que «La representación en juicio podrá conferirse en todos los procedimientos mediante comparecencia ante el Secretario del Juzgado o Tribunal que haya de conocer el asunto» permite una nueva forma de apoderamiento aplicable a la querella y que viene a sustituir al clásico poder para pleitos. Por su propia naturaleza, este apoderamiento «apud acta» ha de realizarse después de cometido el delito, y por su sencillez y gratuidad sustituye con ventaja al poder notarial, aparte de no suscitarse en el mismo la problemática de su suficiencia o insuficiencia ya que el otorgado ante el secretario judicial constituye siempre un apoderamiento especialísimo para un asunto determinado, el que determina la comparecencia, asunto en el que únicamente desplegará sus efectos.

Cuando se presenta el poder notarial, en la práctica el mismo viene acompañado del «bastanteo» realizado por el letrado encargado del caso, consistente éste en un impreso en el que el abogado afirma ser suficiente el poder que une a la querella y por cuya firma se perciben unos ingresos por parte de los Colegios de Abogados correspondientes. Sin embargo, este requisito no viene exigido por el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual se limita a manifestar que el poder ha de ser «bastante», por lo que la querella deberá ser admitida a trámite aunque no vaya acompañada del mencionado bastanteo ya que éste no añade nada al poder presentado cuya suficiencia corresponde valorar al órgano jurisdiccional con independencia de la opinión del

letrado en cuestión, pues, efectivamente, el bastanteo no subsana la insuficiencia del poder.

En cualquier caso, la firma del letrado en las querellas presentadas en los procesos penales por delito es necesaria, de modo que aun cuando se comuniquen al Juzgado mediante escrito redactado en forma de querella hechos presuntamente delictivos, su valor, si dicha querella va sin firma de abogado, y tal como dice la sentencia del Tribunal Constitucional nº 217/94 de 18 de Julio (48), es el de una mera denuncia sin que pueda ser tenido como parte el particular que la firma ante la falta de firma del letrado, si bien, añade dicha sentencia, si se trata de un ofendido o perjudicado y expresó claramente su voluntad de ser tenido por parte, aun cuando lo hiciera defectuosamente, «...el órgano judicial está obligado a iniciar el trámite legalmente previsto conducente al nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio...» dada la situación de indefensión que se le ocasionaría caso contrario.

Por último, en cuanto a los juicios de faltas éstos pueden iniciarse por querella, pero no siendo necesaria en ellos la intervención de abogado ni de procurador la misma deberá ajustarse a los requisitos del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, excepto en que no se requerirá la firma de tales profesionales tal como previene el artículo 969 de la Ley mencionada, reformado por Ley de 30 de Abril de 1992. Por supuesto que si quien presentó inicialmente denuncia en el juicio de faltas pretende convertirse en parte acusadora le bastará con personarse en las actuaciones sin necesidad de presentar querella alguna, tal como ocurre en los demás procesos penales o simplemente, tal como se deduce del artículo 969 de la Ley Procesal Penal, si se es denunciante, manifestando en el acto del juicio oral su voluntad en tal sentido pues por ello dicho denunciante puede proponer pruebas e informar en apoyo de «sus pretensiones», llegándose a concretar por el párrafo segundo de dicho artículo 969 que la simple denuncia «tendrá valor de acusación» en el caso de las faltas semipúblicas a cuya vista no asista el Ministerio Fiscal, por lo que en tales casos su simple denuncia le convierte en parte acusadora.

48. B. O. E. de 18 de Agosto de 1994.

#### 4) *El órgano judicial competente.*

Según dispone el artículo 272 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la querella «se interpondrá ante el Juez de Instrucción competente. Si el querellado estuviese sometido, por disposición especial de la Ley, a determinado Tribunal, ante éste se interpondrá la querella. Lo mismo se hará cuando fueren varios los querellados por un mismo delito o por dos o más conexos, y alguno de aquellos estuviese sometido excepcionalmente a un Tribunal que no fuere el llamado a conocer por regla general del delito.»

Se establecen en este precepto una regla de carácter general y dos excepciones. La primera de ellas señala como Juez competente ante el que se debe interponer la querella al de Instrucción; habrá que acudir a las reglas comunes sobre competencia territorial de los artículos 14 y siguientes de la Ley Procesal Penal para determinar cual de ellos la tendrá para admitir la querella que vendrá a ser, generalmente, el Juez del partido en el que el delito fue cometido, tal como se desprende de dichos preceptos.

Las dos excepciones apuntadas hacen referencia a los casos en que el querellado o, al menos uno de ellos, sea aforado y esté sometido a Tribunal distinto del que le correspondería según las reglas generales. En estos casos la querella debe interponerse ante el Tribunal al que esté sometido el aforado. Si éste lo estuviese a una jurisdicción especial se ha sostenido que la querella debería interponerse en tales casos ante los Tribunales propios de la misma. Sin embargo, como observa AGUILERA DE PAZ (49), esa interpretación es rechazable, pues si bien la misma podría desprenderse del texto literal del artículo 272 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los artículos 16 y 11 de la misma al establecer que «La jurisdicción ordinaria será la competente para juzgar a los reos de delitos conexos, siempre que alguno esté sujeto a ella, aún cuando los demás sean aforados» y que «El conocimiento de las causas por delitos en que aparezcan a la vez culpables personas sujetas a la jurisdicción ordinaria y otras aforadas, corresponderá a la ordinaria...» sientan auténticas pautas de carácter interpretativo que llevan a la conclusión de que en tales supuestos la querella debe presentarse ante

49. AGUILERA DE PAZ, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ob.cit., tomo II, pág. 119.

el Tribunal de la jurisdicción ordinaria que en ese caso concreto establezca la Ley, según el aforamiento del querrellado. La única excepción que cabrá a estos supuestos, tal como observa GIMENO (50) es la de aquellos delitos que la Ley atribuye expresamente y de forma exclusiva a la jurisdicción especial, en cuyo caso ante ésta habrá que presentar la querella.

Como órganos judiciales especiales, a estos efectos, ante los que deben presentarse determinadas querellas hay que citar a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el caso de querellas dirigidas contra el Presidente del Gobierno, los del Congreso y Senado, del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional o de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado, Defensor del Pueblo, Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia o por causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía (Artículo 57-2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985). Asimismo, deberán presentarse ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma las querellas que se dirijan contra Jueces, Magistrados y Fiscales por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo en la respectiva Comunidad, salvo que tal atribución corresponda al Tribunal Supremo, así como aquellas otras que se dirijan contra las personas que los correspondientes Estatutos de Autonomía reservan a su conocimiento (Artículo 73-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El efecto de la presentación de la querella ante Juez o Tribunal incompetente es claro: la inadmisión de la misma tal como previene el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No obstante, la regla general de presentación de la querella ante el Juez competente tiene una excepción en el supuesto del artículo 273 de nuestra Ley Procesal Penal que dispone que para los supuestos de delitos «in fraganti» o que no dejan señales permanentes de su comisión

50. GIMENO SENDRA, en *La querella*, pág. 260.

o en los que fuera de temer fundadamente la ocultación o fuga del culpable «...el particular que intentare querrellarse del delito podrá acudir desde luego al Juez de Instrucción que estuviere más próximo, o a cualquier funcionario de policía, a fin de que practiquen las primeras diligencias necesarias para hacer constar la realidad de los hechos y para detener al delincuente.» La razón de esta norma estriba en la necesidad, por razones de urgencia, de asegurar las pruebas y adoptar medidas cautelares en tanto se presenta la querella que, por su mayor formalismo y tiempo que exige su elaboración, no ha podido aún ser interpuesta. Por ello, el artículo 273 permite que se interese la práctica de tales diligencias urgentes y medidas cautelares antes de la presentación de la querella. Desde luego, su mera solicitud no convierte al particular en querellante; por ello, el que intente querrellarse, como señala GIMENO (51), no puede interesar la práctica de otras medidas que las expresamente consignadas en el artículo 273 de la Ley referida. Tales medidas, precisamente por razón de su urgencia, pueden ser solicitadas de Juez no competente para conocer de la querella o ante funcionarios de policía, pero una vez redactada la misma deberá ser presentada necesariamente ante el Juez competente, ya que en tal supuesto no existen razones que determinen lo contrario; de no hacerlo así se incurriría en causa de inadmisión, según lo dispuesto en el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## B) OBJETIVOS:

### 1) *La «notitia criminis».*

Dispone el artículo 277-4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la querella deberá contener «la relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecute, si se supieren.»

Con ello se determina provisionalmente el objeto del proceso penal en relación a unos hechos y personas concretos y, caso de presentar indicios de criminalidad y verosimilitud los mismos se crea el deber del Juez Instructor, tratándose de delitos públicos o semipúblicos, de

51. GIMENO SENDRA, en *La querella*, pág. 261.

proceder a su investigación aun en el caso de inadmisión de la querella, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 299 y 308 de nuestra Ley Procesal Penal ya que en tales casos la querella vendría a realizar, tal como se ha dicho, la función de denuncia mediante la que se introduciría la «notitia criminis» en el proceso.

La razón del precepto estriba en que de la valoración que el Juzgado haga de la exposición de los hechos va a depender la admisión o no de la querella; de ahí que el artículo 277-4º de la Ley citada exija una relación «circunstanciada» del hecho, o sea, detallada, de cuya lectura pueda concluirse, siquiera sea «prima facie» que se está en presencia de unos hechos aparentemente delictivos que son merecedores de ulterior investigación. La expresión del lugar de los hechos permitirá determinar, por lo general, la competencia territorial, y la de la fecha de los mismos será útil para la apreciación de la legislación penal o procesal aplicable y, en su caso, de la prescripción. Caso de no conocerse el lugar y tiempo de la realización de los hechos no por ello va a inadmitirse la querella, pues el propio artículo 277-4º exige que tales datos se hagan constar «si se supieren», debiendo ser objeto de investigación en caso negativo.

Con esta relación detallada de los hechos se introduce, como se decía, el núcleo inicial del objeto del proceso, pues en la misma se hace constar una serie de hechos, en relación a una o varias personas, que van a ser objeto de investigación. Ello es provisionalísimo, pues el objeto del proceso irá configurándose y concretándose según se vaya avanzando en la tramitación de la causa, pudiendo introducirse en la misma hechos nuevos a los que no se refería inicialmente la querella así como nuevos implicados a los que la misma pudo no referirse, por mas que en la práctica judicial se suele hacer constar en todas las querellas la coletilla de que las mismas se dirigen, aparte de los designados expresamente en ellas, «contra todos aquellos que en el curso de la tramitación de la causa hubieran tenido participación en tales hechos como autores, cómplices o encubridores».

De ello se deduce que en la querella se ejerce la acción penal, pero no la pretensión penal; puede hablarse de acto preparatorio de la pretensión, como señala GIMENO (52), pero no de interposición de la misma, la cual queda reservada para los escritos de acusación o

52. GIMENO SENDRA, en *La querella*, págs. 240 y ss.

calificación provisionales, momento en el que, en principio, ya no pueden ser introducidos nuevos hechos esenciales respecto a la persona o personas imputadas en el proceso y que caso de aparecer con posterioridad a dichos escritos darán lugar a la formación de causas independientes de aquellos, salvo los poco frecuentes supuestos de las modificaciones que se derivaren de la práctica de una sumaria instrucción suplementaria (Artículo 746-6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o de la prueba que pudiese practicarse en la segunda instancia. Tal postura se justifica por cuanto tras presentar la querella, el objeto del proceso, provisionalísimamente determinado en la misma, puede, según la marcha de la investigación judicial, ampliarse a nuevos hechos o imputados, reducirse (menos hechos o imputados o ambas cosas a la vez) o transformarse (nueva redacción y versión de los hechos), lo que es incompatible con la noción de pretensión penal que requiere una fijación de los hechos que solo puede ser posteriormente modificada en extremos no esenciales, al contrario de lo que ocurre con los hechos introducidos por la querella en el proceso, esencialmente variables y mudables según la marcha de la instrucción. De lo contrario, caso de entender que con la querella se interpone la pretensión penal, nos encontraríamos con que habría tantas pretensiones como modificaciones fuera experimentando la inicial en la tramitación de la causa, sin que en tales casos pueda hablarse de una pretensión provisional que es completada posteriormente por la instrucción de las diligencias, pues suele ocurrir que la pretensión que se interpone en los escritos de acusación o calificación en nada o en muy poco se parecen a la «pretensión» inicial de la querella.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 1969 (53) señala que la querella no es el acta acusatoria propiamente dicha sino únicamente una solicitud de apertura del proceso para la investigación de unos hechos aparentemente delictivos y que allí se relatan.

Por otro lado es requisito imprescindible, tal como se ha dicho, en la querella el relato de hechos que, en definitiva, es el vehículo de introducción en el proceso de la «notitia criminis», pero no lo es el de su calificación jurídica por parte del querellante, a diferencia de la

53. *REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA ARANZADI*, 1969, núm. marginal 5121.

pretensión penal donde la misma es parte esencial de ella. El artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no exige en ningún momento una calificación jurídica de los hechos a los que se refiere la querella. Es cierto que en la práctica judicial es habitual realizar en las mismas una somera calificación jurídica de los hechos relatados en ellas, especificando el delito que se dice cometido, así como que el artículo 2º del Real Decreto-Ley de 13 de Junio de 1927 dispone que los que deseen ejercitar la acción penal, sean o no ofendidos por el delito, lo harán en forma de querella en la que expresarán categóricamente «cual es la acción que ejercitan» -normas no aplicables, por cierto, ni al Ministerio Fiscal ni al Abogado del Estado, según el artículo 5 de dicho Real Decreto-Ley-, pero también lo es que, aunque no se realice, la querella es admitida igualmente en la práctica judicial, pues el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no lo exige, aparte de no ser un requisito imprescindible ni para que al querellante se le tenga por parte ni para que se admita la querella -de lo que es buena prueba el que dicho requisito no se exige, tal como se ha dicho, en las querellas que presenten el Ministerio Fiscal y los Abogados del Estado- así como que el artículo 313 de la misma no considera su ausencia como causa de inadmisión de aquella; por otro lado, no conviene olvidar que tal calificación jurídica en nada vincula al Juez Instructor, el cual puede dictar auto de procesamiento por delito distinto o más grave que el calificado en la querella, en la que ni se concreta la pena que se solicita para el querrellado ni, en la mayoría de las ocasiones, la responsabilidad civil por ser en esos momentos desconocida su cuantía.

Es curioso resaltar que la exigencia de expresar la acción ejercitada ha sido reintroducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de Diciembre, que en el nuevo artículo 783 de la citada Ley Procesal exige a los particulares, sean o no ofendidos por el delito, para el ejercicio de la acción penal o la civil en forma de querella que expresen «la acción que se ejercite». En otras palabras, que realicen una calificación jurídica previa sobre los hechos. Sobre este precepto, referido únicamente a las causas que sigan el trámite del procedimiento abreviado introducido por dicha Ley Orgánica (penas privativas de libertad de hasta prisión mayor), se ha de reiterar lo dicho anteriormente y, por lo tanto, que la falta de expresión de la acción ejercitada no lo es de inadmisión de la querella por las razones apuntadas y, en particular, porque para nada vinculan al Juez Instructor,

quien puede prescindir completamente en su actuación jurisdiccional de la acción que la parte querellante dice ejercitar. No deja de ser significativo sobre ello el que, al igual que hace el Real Decreto-Ley de 1927, no se incluya en el artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al Ministerio Fiscal entre los obligados a expresar la acción ejercitada en las querellas que interpone. Por otro lado, del propio texto de la querella se desprenderá, el tipo de acciones penales o civiles ejercitadas, aun cuando estén expresadas defectuosamente.

En el caso de que la querella tenga por objeto alguno de los delitos reservados al conocimiento por el Tribunal del Jurado, a los que se refiere el artículo 1 de su Ley reguladora, la Orgánica 5/1995 de 23 de Mayo, y aun cuando dicha norma no contenga especialidad alguna en cuanto a la forma o contenido de la querella, resultará conveniente, aunque no es necesario, precisar en la misma que los hechos a los que se refiere es de los que vienen atribuidos a dicho Tribunal del Jurado a fin de facilitar la determinación del procedimiento a seguir. El proceso ante dicho Tribunal no requiere especialidad alguna para su iniciación, pudiendo serlo, por tanto, por querella, denuncia o de oficio, tal como previene el artículo 24 de dicha Ley Orgánica y reiteran los artículos 309 bis y artículo 789-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificados por dicha Ley Orgánica 5/1995, si bien el artículo 24.1 de dicha Ley añade un requisito para la incoación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado que no contienen los artículos antes reseñados de la Ley Procesal Penal, al exigir para que el Juez de Instrucción dicte resolución acordando incoar dicho procedimiento por hechos que pudieran estar incluidos en su competencia una «previa confirmación de su verosimilitud», comprobación que forzosamente tendrá que ser de carácter provisional, basada en los datos de la propia querella o denuncia o de las actuaciones practicadas de oficio, sin perjuicio de su posterior reconsideración y conversión del procedimiento en otro, ordinario o abreviado, si de las actuaciones posteriores se desprende que los hechos enjuiciados no corresponden al Tribunal del Jurado, a tal como se señala en los artículos 28 y 32.4 de la Ley Orgánica antes citada. En todo caso, esa «previa confirmación de su verosimilitud» deberá referirse únicamente a los aspectos procesales atinentes a la competencia y calificación jurídica de los hechos a los efectos de determinar el procedimiento a seguir y no al contenido y efectos materiales de los mismos que serán objeto, precisamente, del

procedimiento acordado para su investigación y comprobación. Si el Juez no considera procedente incoar el procedimiento ante el Tribunal del Jurado no por ello deberá inadmitir a trámite la querella sino acordar la incoación del correspondiente procedimiento o su remisión al órgano judicial competente.

Por otra parte, la querella, tal como observa MAJADA (54), puede ampliarse posteriormente a su presentación, en particular en aquellos casos en los que al ser admitida en un proceso ya iniciado, su conocimiento hace necesario la adición o modificación de los hechos o la petición de nuevas diligencias. La Ley de Enjuiciamiento Criminal no regula esta posibilidad, comúnmente admitida en la práctica, pudiendo realizarse con un simple escrito, que no necesita revestir los mismos requisitos de la querella inicial, del que se desprenda la voluntad de ampliar la misma respecto de nuevos hechos o personas y la necesidad de practicar nuevas diligencias.

## 2) La declaración de voluntad.

Según el párrafo 6º del artículo 277 de nuestra Ley Procesal Penal, en la querella se debe hacerse constar «La petición de que se admita la misma, se practiquen las diligencias indicadas en el número anterior las relativas a las diligencias cuya práctica se interesa para la comprobación de los hechos-, se proceda a la detención o prisión del presunto culpable o a exigirle fianza de libertad provisional, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda».

Como observa GIMENO (55), se le ha olvidado a la Ley el requisito más importante de la querella y que es precisamente lo que la diferencia de la denuncia: la petición de que se tenga en el proceso que se va a iniciar por parte al querellante aunque, realmente, la misma va implícita en el mismo escrito de interposición de aquella, al solicitar que se admita la misma y se practiquen diligencias para la averiguación de los hechos.

54. En «*Práctica Procesal Penal. Procedimiento Abreviado*», Casa Editorial Bosch, 1990, pág. 101.

55. GIMENO SENDRA Y OTROS, en *Derecho Procesal*, ob. cit., 1989 tomo II, pág. 279.

Enumera el número 6º del artículo 277 varios requisitos de diversa importancia. El primero de ellos, la petición de que se admita la querella es de carácter esencial y no puede faltar en el escrito; implícitamente con la misma se está pidiendo la admisión del querellante como parte en el proceso, pues no otro sentido tiene el cumplir los demás requisitos exigidos por el artículo 277, y en particular la intervención de abogado y procurador, si con ello no se constituye al querellante en parte.

En cuanto a la petición de práctica de diligencias para la comprobación de los hechos, es este un requisito accidental de la querella. Ciertamente, al querellante le interesará en la generalidad de los casos concretar las diligencias probatorias que considera imprescindibles para la comprobación de los hechos afirmados en aquella, pero ello no constituye un requisito necesario para su admisión, la cual tendrá lugar aun cuando no se interese diligencia alguna, siendo deber del Juez Instructor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 299, 306 y 308 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el acordar de oficio la práctica de cuantas considere necesarias para la comprobación de los hechos a los que se refiere la querella.

El requisito exigido en dicho párrafo 6º del artículo 277 de la Ley citada, referente a que se proceda a la detención o prisión del querellado o a exigirle fianza de libertad provisional y, en su caso, el embargo de sus bienes, es también de carácter accidental en la querella que será admitida incluso en el supuesto de no formularse dichas peticiones. Aunque la mayoría de las querellas contienen algunas de ellas, es práctica habitual no atender a las mismas por parte del órgano jurisdiccional, debido a sus graves consecuencias, hasta oír al querellado y haberse practicado los medios de prueba de que dispone, dadas las irreparables consecuencias que se derivarían de una rápida y precipitada adopción de alguna de dichas medidas si después, en el curso de la instrucción, se desvanecieren los hechos imputados.

En resumen, de todos los requisitos enumerados en el párrafo 6º del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente la petición de admisión de la querella tiene carácter esencial, pues con ella se pide tácitamente la admisión del querellante como parte. De no realizarse tal petición, la querella surtiría solamente los efectos de una denuncia escrita. En cuanto al resto de los requisitos de dicho precepto, pueden faltar sin que por ello la querella pierda su carácter.

## C) FORMALES:

1) *La escritura.*

La querella debe redactarse por escrito. Así lo exige el párrafo 2º del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al expresar que la misma «se extenderá en papel de oficio».

Después de la Ley 25/1986 de 24 de Diciembre, que suprimió las tasas judiciales y el impuesto de actos jurídico-documentados en cuanto gravasen las resoluciones judiciales y actos de las partes relacionados con ellas, hoy día la querella puede redactarse en papel común, tal como dispone la disposición adicional 2ª de la Ley últimamente citada.

El fundamento del requisito de la escritura hay que encontrarlo, como observa GIMENO SENDRA (56), en la necesidad de dar seguridad y fijeza a las declaraciones hechas en la querella de modo que las consecuencias que pudieran derivarse de la misma (acusación falsa, simulación de delito, falsedad documental, etc.) se puedan atribuir, sin duda alguna, al querellante. Por otro lado, la propia complejidad de los requisitos exigidos por el artículo 277 de la Ley Procesal Penal impone que la querella se redacte previamente por escrito al objeto de su mejor claridad y precisión y el evitar extensas comparecencias que documentaran correctamente su contenido.

2) *La identificación del querellante.*

Según dispone el párrafo 2º del artículo 277 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe hacerse constar en la querella «El nombre, apellidos y vecindad del querellante».

La razón de este requisito reside en la necesidad de atribuir a una persona determinada la paternidad de la querella y, en su caso, imputarle las responsabilidades que, derivadas de su interposición, pudieren derivar.

Como señala MAJADA (57), esta identificación, aparte de en la propia querella, se desprende asimismo de los datos que obran en la

56. GIMENO SENDRA, en *La querella*, págs. 160 y ss.

57. MAJADA, Arturo, en *Práctica Procesal Penal*, ob. cit., tomo II, págs. 984-985.

escritura de poder notarial del querellante al procurador o, en su defecto, de la comparecencia «apud acta» realizada ante el Secretario del Juzgado en el que se va a seguir la causa, si se ha optado por este medio, de conformidad con el artículo 281-3º de la Ley orgánica del Poder Judicial.

3) *La identificación del querellado.*

Según el párrafo 3º del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la querella deben hacerse constar «El nombre, apellidos y vecindad del querellado» y que «En el caso de ignorarse estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer».

Con ello se trata de individualizar al máximo a la persona contra la que se dirige la querella, eliminando posibles riesgos de confusión en cuanto a la misma. En todo caso, el querellado debe quedar perfectamente determinado antes de la conclusión de la instrucción, tanto en el procedimiento ordinario como en el abreviado, ya que de no estar perfectamente determinada previamente la legitimación pasiva es imposible pasar a la fase de juicio oral y, en consecuencia, deviene imposible formular los escritos de calificación o acusación, por lo que en tal supuesto de imposibilidad lo procedente sería el sobreseimiento provisional del artículo 641-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o del 789-5º, regla 1ª -según se trate de procedimiento ordinario o abreviado- con el consiguiente archivo de la causa.

En todo caso, no conviene olvidar que es obligación de la policía judicial el descubrir e identificar a los delincuentes (artículo 282 de dicha Ley) así como también lo es del propio Juez de Instrucción (Artículos 299 y 368 y ss. de la Ley Procesal Penal).

4) *La petición de diligencias de investigación.*

Este requisito viene exigido por el artículo 277-5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ya se ha señalado que es de carácter accidental y la querella no precisa para su validez y admisibilidad de la solicitud de dichas diligencias en los delitos públicos y semipúblicos,

siendo obligación legal del Juez Instructor y de la policía el practicar las que sean necesarias para la comprobación de los hechos.

La práctica de dichas diligencias de investigación la realizará el Juez si no las considera contrarias a las leyes, innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querrela, debiendo en tal caso rechazarlas por resolución motivada tal como previene el artículo 312 de la Ley Procesal Penal; la exigencia de la motivación supone una mayor garantía de control de la actividad del Juez al permitir conocer los criterios que le han llevado a inadmitir dichas diligencias, control que se concretará en la utilización de los recursos procesales pertinentes, reforma y queja, sin perjuicio de proponer de nuevo las mismas diligencias en el juicio oral, tal como dispone el artículo 314 de dicha Ley, cabiendo incluso recurso de amparo contra dicha denegación de diligencias, tal como previene la sentencia del Tribunal Constitucional nº 351/93 de 29 de Noviembre (58) en aquellos casos en que no se acordase la práctica de las mismas cuando hubiesen sido solicitadas en tiempo y forma oportunos y su denegación «no resultase razonable y privase al solicitante de un medio de defensa necesario para probar hechos decisivos para su pretensión». En igual sentido se pronuncian la STC 211/91 y el Auto de dicho Tribunal nº 442/85.

Respecto del procedimiento abreviado, el artículo 789-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece una regulación similar a la del artículo 312 de la misma con la matización de que las diligencias de investigación a practicar se limitarán a las «esenciales» para la determinación de los hechos, personas participantes y órgano competente para el enjuiciamiento; pese a la buena voluntad de la Ley de que se limite a las diligencias «esenciales» la fase de diligencias previas, en aras a la mayor celeridad del procedimiento, en la práctica ninguna diferencia de régimen se observa respecto al criterio del artículo 312, siendo tónica común el practicar los actos de investigación interesados salvo que, tal como afirma el artículo últimamente citado, el Juez las considere contrarias a las Leyes, innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querrela.

58. B. O. E. de 29 de Diciembre de 1993.

### 5) *La firma y la ratificación de la querrela.*

La firma del querellante viene exigida por el número 7º del artículo 277 de nuestra Ley Procesal Penal, pero sólo para los supuestos en que el procurador careciere de poder especial para formular la querrela. La razón del precepto radica en esa preocupación tan patente en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de evitar querrelas calumniosas mediante el procedimiento de tratar de asegurar a toda costa la identidad del querellante y de éste hace suyo el contenido de aquélla, con la consecuencia lógica de que se somete a las responsabilidades que pudieran derivarse de su interposición.

Si el poder es especial para ejercitar la acción penal por un delito concreto no se precisará, de la firma del querellante, bastando las de su abogado y procurador.

Como se ha dicho, si se trata de un poder general para pleitos debe ir firmada la querrela por el querellante. Si no lo va, no por ello debe ser causa de inadmisión de la misma, pues si llamado por el Juzgado ratifica y hace suyo el contenido de ella, debe ser admitida. Y caso de que el Juzgado la inadmitiera por dicha falta de firma, siempre surgiría el deber del mismo de incoar de oficio el procedimiento correspondiente en el caso de los delitos públicos y semipúblicos como consecuencia de la «notitia criminis» comunicada por medio de la querrela, teniendo el frustrado querellante la posibilidad de personarse en la causa iniciada con ocasión de aquella, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con lo que se le tendría por parte y conseguiría los mismos objetivos que para el caso de su admisión.

Sin embargo, en la práctica judicial se requiere siempre la ratificación del querellante, tanto se haya interpuesto la querrela por medio de procurador con poder especial para este caso concreto como si no, y haya puesto o no el querellante su firma en ella, tratándose de asegurar, sin duda alguna, de que el mismo hace suyo el contenido de ella y de su voluntad de mostrarse parte en la causa.

La ratificación permite subsanar los defectos e insuficiencias del poder del procurador así como la falta de firma del querellante. En ese sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1966 (59) señala que la finalidad de la ratificación es la de autenticar la

59. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1966, número marginal 1565.

voluntad del querellante de que continúe el procedimiento iniciado con la presentación de la querella, fecha esta última, la de la ratificación. desde la cual surte la misma todos sus efectos; añadiendo la sentencia del mismo Tribunal de 21 de Octubre de 1969 (60) que la ratificación del querellante es requisito imprescindible, pues hasta ese momento, la firma del mismo en la querella «no puede decirse que sea suya sin que el propio interesado lo manifieste.»

En el caso de apoderamiento «apud acta» realizado ante el secretario judicial consideramos que también es necesaria la ratificación del querellante, pues si bien en este caso no hay dudas acerca de su identidad ni de su propósito de querellarse, con la ratificación se consigue que haya suyo el contenido del escrito de la querella, por lo que no podrá alegar posteriormente ignorancia acerca del mismo y de los términos en que viene redactado.

#### 6) *Los documentos acompañantes de la querella.*

Con carácter necesario debe presentarse con la querella testimonio auténtico de la escritura de poder, general o especial para este caso concreto. No se precisa, tal como se dijo, el bastanteo del mismo, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria colegial del abogado firmante de la misma. Si se ha realizado apoderamiento «apud acta» deberá presentarse testimonio del mismo que acredite la representación otorgada.

En el supuesto de querella por delitos de calumnia o injuria vertidas en juicio, es necesario acompañar testimonio de la licencia concedida por el órgano judicial ante el que hubiesen sido inferidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 467-2º del Código Penal y 279 y 805 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es este un requisito esencial, y si pese a su falta se admite la querella a trámite serán nulas las actuaciones practicadas.

Si se trata de querella presentada por los delitos de calumnia e injuria contra particulares, sin escrito ni publicidad, únicos delitos privados existentes hoy día, es necesario acompañar a la misma testimonio de haberse celebrado el acto de conciliación o de haberse

60. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1969, número marginal 5121.

intentado sin efecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 278 y 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la práctica judicial, y pese a no venir expresamente exigidos en la Ley, es habitual presentar junto con la querella una serie de documentos que contribuyan a dar mayor credibilidad y fundamentación al contenido de la misma, de suerte que aumenten las posibilidades de su admisión a trámite. La clase y número de documentos variará según el delito a que se refiera la querella. Así, suele acompañar a la misma en el caso del delito de cheque en descubierto, el documento mercantil original, ya que con él se acredita «prima facie» la existencia del hecho base alegado, o sea, un cheque que se afirma indebidamente impagado, sin perjuicio de lo que derive, admitida ya la querella, de la investigación que se practique sobre dicho extremo. En el caso de calumnias o injurias realizadas por escrito suele acompañarse el documento que las contiene «siendo posible», tal como dispone el artículo 806 de nuestra Ley Procesal Penal, ya que constituye un principio de prueba de lo afirmado en el escrito de querella.

En todo caso, la presentación de estos documentos, que contribuyen a dar una mayor credibilidad a lo afirmado en la misma, no constituye un requisito esencial para su admisión pues, caso de no presentarse, si del contenido de la querella se desprende la comisión de un delito, es deber ineludible del Juzgado de Instrucción el obtenerlos donde se encuentren.

#### VI.- PRESUPUESTOS ESPECIALES DE LA QUERELLA.

##### A) *El acto de conciliación.*

Según el artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal si la querella «tuviere por objeto algún delito de los que solamente pueden perseguirse a instancia de parte...acompañará también la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación entre querellante y querellado». Este requisito ha quedado restringido a los procedimientos que se inicien por calumnia o injurias contra particulares sin escrito ni publicidad, pues las cometidas concurriendo estas

circunstancias están expresamente excluidas de la necesidad del acto de conciliación tal como dispone el artículo 4 de la Ley de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de Diciembre de 1978. Por otra parte, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de Enero de 1970 y de 13 de Diciembre de 1971 (61) excluyen también de la necesidad del mismo a las querellas que se interpongan por delitos públicos y semipúblicos.

El fundamento de esta exigencia radica en el deseo del Legislador de facilitar las soluciones de compromiso que eviten llegar al proceso penal. Por ello, el artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone rigurosamente que no se admitirá querrela por injuria o calumnia inferidas a particulares «si no se presenta certificación de haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querellado, o de haberlo intentado sin efecto».

Con ocasión del precepto arriba citado se ha discutido si el acto de conciliación es una condición de procedibilidad, un presupuesto procesal o un presupuesto exclusivo de la querrela; esta última posición, sostenida por GIMENO (62), nos parece la más acertada, pues sin necesidad del mismo el proceso puede iniciarse, tal como dispone el artículo 278-2º de la Ley Procesal Penal, aun cuando solo sea con objeto de proceder a la práctica de diligencias urgentes para la comprobación de los hechos o la detención del delincuente y luego se requiera su cumplimiento, aparte de que su falta, como después se verá, no es causa de nulidad de actuaciones pese a la dicción del artículo 804 mencionado.

Caso de haberse celebrado dicho acto de conciliación, si se llega a una avenencia entre las partes queda excluida con ello la posibilidad de admisión de la querrela, pues tal avenencia o acuerdo viene a constituir el perdón a que se refiere el artículo 467-4º del Código Penal que, al extinguir la responsabilidad criminal de acuerdo con el artículo 112-5º del mismo, impide la prosecución de un proceso sobre dicho objeto, aparte de que sigue vigente la doctrina sentada en la ya antigua sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Febrero de 1886 (63) sobre el

61. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1970 y 1971, números marginales, respectivamente, 41 y 1561.

62. GIMENO SENDRA, en *La querrela*, págs. 150 y ss.

63. C. J., nº 139.

que «...la avenencia consignada en la respectiva acta equivale en realidad a una sentencia definitiva, tanto más respetable cuanto que consiste en el acuerdo de los interesados.», lo que equivale, como señala AGUILERA DE PAZ (64) a como si de cosa juzgada se tratase.

Si en el acto de conciliación no hay acuerdo, pese a las explicaciones que dé en el mismo el demandado, puede interponerse de inmediato la querrela. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (65) considera que en tales casos dicho acto de conciliación interrumpe la prescripción de los delitos siempre y cuando se presente la correspondiente querrela dentro del plazo de dos meses de la celebración del mismo, por aplicación supletoria del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1947 del Código Civil (66), matizando la ya citada sentencia de dicho Tribunal de 27 de Octubre de 1960 que en tales casos el acto de conciliación si no efectos interruptivos de la prescripción sí los tiene, al menos, suspensivos de la misma, si bien los mismos no se producirían en el caso de que la querrela no se presentare dentro de los dos meses de celebrado dicho acto, tal como especifica la sentencia de 5 de Mayo de 1975 (67).

La doctrina anterior es criticable, pues según el artículo 114 del Código Penal la prescripción de los delitos sólo se interrumpe desde que el procedimiento se dirige contra el culpable y es evidente que el acto de conciliación no supone la incoación de procedimiento penal alguno ni el demandante viene obligado por él a presentar querrela alguna, con lo que tal interpretación jurisprudencial viene a ampliar el plazo de prescripción de los delitos estrictamente privados en dos meses más, tal como ocurre en los supuestos en que el acto de conciliación se celebra pocos días antes de transcurrir los plazos de prescripción de la calumnia o de la injuria.

Caso de no haberse celebrado el acto de conciliación y pese a la rigurosa dicción de los artículos 278 y 804 de la Ley de Enjuiciamiento

64. AGUILERA DE PAZ, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ob. cit., tomo III, pág. 149..

65. Sentencias de 7 de Noviembre de 1913 (C. J., tomo II, nº 93), 27 de Octubre de 1917 (C. J., tomo II, nº 60), 27 de Octubre de 1960 (Aranzadi, núm. marginal 3511, etc.).

66. Ley de Enjuiciamiento Civil, que el propio Tribunal Supremo declara aplicable en estos supuestos en sentencia de 27 de Octubre de 1960 (Aranzadi, número marginal 3511).

67. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1975, número marginal 1940.

Criminal ello no constituye, tal como se dijo, vicio que anule las actuaciones según señala la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1949 (68), todo ello sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del Juez que hubiese admitido la querrela sin cumplir ese requisito ni ordenado su cumplimiento. En el caso de que el Juez Instructor advirtiese la falta del mismo al presentarse la querrela deberá suspender la admisión a trámite de la misma hasta que se celebre, y si las partes no lo hacen procederá estimar, tal como señala GIMENO SENDRA (69), que dicha inactividad constituye un abandono de la querrela de conformidad con lo dispuesto en los artículos 275 y 276 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, tal como se dijo, podrán practicarse diligencias judiciales urgentes aun sin celebrar el acto de conciliación si las mismas fueren necesarias para la comprobación de los hechos o detención del delincuente, si bien en tales casos, una vez practicadas, debe suspenderse el curso de los autos hasta que se cumpla dicho requisito, tal como previene el artículo 278-2º de nuestra Ley Procesal Penal.

*B) La licencia del Juez o Tribunal en las calumnias o injurias vertidas en juicio.*

Según lo establecido en los artículos 279 y 805 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los delitos de calumnia e injuria causadas en juicio se presentará, además de la certificación del acto de conciliación o de su intento, la licencia del Juez o Tribunal que hubiere conocido de aquél, especificando el párrafo 2º del artículo 805 que tal autorización «no se estimará prueba bastante de la imputación.»

La naturaleza de este requisito adicional es la de una condición de procedibilidad, pues queda en manos del Juez o Tribunal, con la concesión o no de dicha licencia o autorización, la iniciación del nuevo proceso penal, negando incluso el artículo 467-2º de tal Código la posibilidad de que en tales casos se pueda ejercitar acción alguna sin la licencia referida.

68. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1949, núm. marginal 1027. En igual sentido se manifiestan las sentencias del mismo Tribunal de 18 de Febrero y de 6 de Julio de 1913.

69. GIMENO SENDRA, en *La querrela*, pág. 153.

El fundamento de la licencia o autorización, tal como observa AGUILERA DE PAZ (70), estriba en que sea el Juez o Tribunal, el que a la vista de las expresiones utilizadas y la ocasión y circunstancias del pleito en que son vertidas, quien determine si las mismas pueden o no ser consideradas atentatorias al honor de las partes o de terceros evitando de ese modo, con este filtro judicial previo, la presentación de querrelas carentes de fundamento producto únicamente de la extremada susceptibilidad del querellante.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias de 4 de Junio de 1887 y de 25 de Marzo de 1946 considera que la concesión o no de la licencia es una facultad enteramente discrecional del Juez o Tribunal ante el que se hayan vertido las expresiones reputadas calumniosas o injuriosas. Señala GIMENO (71) con razón que esta discrecionalidad del órgano judicial pugna con el derecho de acceso a la Jurisdicción al que se impone una limitación inaceptable, máxime si se piensa que si el fundamento que se dá a esta exigencia es evitar la presentación de querrelas infundadas ello puede declararlo así el Juez o Tribunal que conozca de la misma sin necesidad de imponer cortapisas previas al ejercicio del derecho de acción. En todo caso, la denegación de la licencia o autorización habrá de ser fundada de modo que, aunque sea facultad discrecional del Juez, permita conocer las razones que le han llevado a adoptar tal resolución y, en consecuencia, un mínimo control de su actuación mediante los recursos oportunos en evitación de que la discrecionalidad pueda convertirse en arbitrariedad. Por otra parte, la denegación infundada de la licencia es susceptible de ser recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional al vulnerar el libre ejercicio del derecho de acción establecido en el artículo 24 de la Constitución.

La licencia o autorización del Juez o Tribunal serán necesarias también en el caso de que la calumnia o la injuria se dirijan contra personas que no sean parte en el juicio en que se viertan, pues ni el artículo 467-2º del Código Penal ni los artículos 279 y 805 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal distinguen entre unos y otros por lo que

70. AGUILERA DE PAZ, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ob. cit., tomo III, págs. 150 y 151.

71. GIMENO SENDRA y OTROS, en *Derecho Procesal*, ob. cit., 1989 tomo II, págs. 276-277.

habrá que entender comprendidos tanto a las partes como a quienes no lo son. En cuanto a la expresión «juicio», habrá que entender que abarca a los procedimientos de naturaleza contenciosa quedando fuera los actos de jurisdicción voluntaria, pues tal expresión se utiliza como sinónima de proceso.

En cuanto a los efectos de falta de licencia o autorización son los de nulidad de las actuaciones practicadas y en tal sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Noviembre de 1974.

## VII.- LA FIANZA.

### A) *Fundamento.*

Según el artículo 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el particular querellante «prestará fianza de la clase y en la cuantía que fijare el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio.»

La razón de esta regla general radica, tal como dice dicho precepto, en garantizar las responsabilidades derivadas de las «resultas del juicio», o sea, de la querrela en definitiva. Cuáles sean dichas «resultas» es fácil colegirlo: posibles responsabilidades penales y civiles consecuencia de la presentación de una acusación falsa -incluso en los casos de abandono o desistimiento de la querrela, tal como señala AGUILERA DE PAZ (72)- y el garantizar el pago de las costas del proceso para el caso de que se haya obrado con temeridad o mala fe, tal como establece el artículo 240-3º de nuestra Ley Procesal Penal. En resumen, se trata de garantizar un mínimo de seriedad y veracidad en el ejercicio del derecho a querrellarse, procurando evitar acusaciones que ya a primera vista aparecen como falsas, penalmente irrelevantes o carentes de fundamento en las que se utiliza la querrela como medio de presión

72. AGUILERA DE PAZ, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ob. cit., tomo III, págs. 151 y 152; extremo que confirma, además, el artículo 274-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al expresar que incluso en caso de desistimiento de la querrela el querellante queda sujeto a las responsabilidades que pudieran derivarle de sus actos anteriores.

o coacción contra el querrellado para la consecución de fines particulares a los que resulta extraño el ejercicio de la acción penal.

La constitucionalidad de la fianza ha venido reconocida reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en su sentencia nº 326/94 de 12 de Diciembre (73) la considera como no contradictoria con el contenido esencial del derecho de acción reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución ni impeditiva por sí misma del acceso a la jurisdicción; en igual sentido se han pronunciado las sentencias de dicho Tribunal nº 62/83, 113/84 y 147/85.

### B) *Clases.*

El artículo 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no expresa la clase de fianza que deba prestar el querellante; por ello, habrá que acudir a las reglas generales que para las fianzas establecen los artículos 589 y ss. de la Ley Procesal Penal y, por lo tanto, las mismas podrán revestir la forma hipotecaria, pignoratícia o de carácter personal tal como especifica el artículo 591 de dicha Ley, siendo admisible asimismo el aval bancario, forma más usual y eficaz de afianzar, que viene expresamente permitido en el artículo 784-5º para el procedimiento abreviado sin que haya obstáculo legal que impida su aplicación en el ordinario, máxime dada la garantía de realización que dicho aval comporta.

### C) *Sujetos obligados.*

La regla general del artículo 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de exigencia de fianza a todo querellante tiene tan amplias excepciones en el artículo 281 de dicha Ley que, salvo para el ejercicio de la acción penal por el acusador popular, se puede afirmar que la norma auténticamente general es la de no exigencia de fianza para la admisión y tramitación de la querrela.

Efectivamente, el artículo 281 exime de la obligación de afianzar en todos los supuestos al ofendido y sus herederos o representantes

73. B. O. E. de 18 de Enero de 1995.

legales; en los delitos de asesinato u homicidio al viudo o viuda, ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, los colaterales consanguíneos o uterinos hasta el segundo grado y herederos de la víctima; y a los extranjeros cuando les correspondiere en virtud de tratados internacionales o por el principio de reciprocidad.

De hecho, como las personas exentas son las que normalmente ejercitan el derecho a querellarse la excepción ha venido a constituir la regla general.

La fundamentación de tales excepciones estriba en una presunción de mayor seriedad y buena fe en las querellas presentadas por dichas personas por considerarse implícitamente que la cualidad de ofendido por el delito excluye de por sí la mala fe en su presentación, lo que lleva al Legislador a levantar los obstáculos que pudieran existir para ejercer tal derecho. Sin embargo señala con razón GIMENO (74) que no existen razones válidas que justifiquen tal presunción, ya que en la práctica judicial ocurre precisamente lo contrario: el que no son exactamente el desinterés y la buena fe los móviles que guían a los que interponen las querellas por mucho que se consideren a sí mismos como ofendidos o perjudicados; piénsese en el caso de aquellas querellas, bastante frecuentes en la práctica, cuyo objetivo no es otro que el de presionar y coaccionar al querellado al objeto de conseguir una más rápida y eficaz satisfacción de los intereses particulares del querellante, lo que trata de obtenerse revistiendo de un ropaje aparentemente penal auténticas cuestiones civiles; no deja de ser aleccionador el que en tales querellas, casi todas por motivos exclusivamente económicos, el pago de lo reclamado por el querellante determina automáticamente, en su inmensa mayoría, el desistimiento de aquellas.

En cuanto a la cualidad de «ofendido» por el delito a efectos de considerársele exento de prestar fianza, la sentencia del Tribunal Constitucional nº 113/84 de 29 de Noviembre (75) expresa que se trata de una cuestión carente de relevancia constitucional, tanto para no exigírsele fianza caso de considerársele como tal como para exigírsela caso contrario, quedando reservada tal cuestión o cualidad a la exclusiva valoración de los Tribunales ordinarios.

74. GIMENO SENDRA y OTROS, en *Derecho Procesal*, ob. cit., 1989 tomo II, pág. 280.

75. B. O. E. de 21 de Diciembre de 1984.

Por lo que respecta a la no exigencia de fianza a los ofendidos por el delito, el Tribunal Constitucional en la sentencia anteriormente citada de 29 de Noviembre de 1984 reconoce que ello se ajusta a la Constitución y que no implica discriminación respecto a quienes no ostenten tal carácter.

#### D) La proporcionalidad de la fianza.

Hace referencia este requisito a que la fianza que se exija en un caso concreto ha de ser adecuada o proporcional a las circunstancias del mismo y, en particular, a las posibilidades económicas del querellante. La cuestión está íntimamente ligada con el ejercicio del derecho de acción ya que la exigencia de fianzas excesivamente gravosas o desproporcionadas impediría de hecho el libre ejercicio del derecho a querellarse.

En este sentido, el artículo 20-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985 dispone que «No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular...» y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en las sentencias nº 113/84 de 29 de Noviembre y 147/85 de 29 de Octubre, entre otras, insiste en esa línea al manifestar que su cuantía no debe resultar «prohibitiva o particularmente gravosa» para el querellante, ya que en tal caso resultaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. En igual sentido se manifiesta el Auto del Tribunal Supremo de 27 de Abril de 1993 (76) al señalar que la exigencia de una fianza elevada, según las posibilidades económicas del actor, haría ilusorio el ejercicio del derecho de acción.

#### E) Efectos.

La fianza no se constituye simultáneamente con la presentación de la querella sino al ser admitida ésta provisionalmente por el Juez de Instrucción, en cuyo auto de admisión fija la cuantía que considera procedente pues es con la presentación de la misma cuando el Juez, a

76. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, número marginal 3286.

la vista de su contenido y demás circunstancias anteriormente mencionadas, puede concretar su importe. Constituye, por tanto, un requisito posterior a la admisión de la querrela, aun cuando lo haya sido provisionalmente hasta la prestación de la fianza. Por ello, como señala GIMENO (77), la fianza viene a constituir una condición resolutoria de la admisibilidad de la querrela de tal modo que si en los casos en que es legalmente exigible no se presta en el plazo que el Juez ha concedido para ello, aquélla debe declararse inadmisibile con efectos «ex tunc» desde su presentación.

En cualquier caso, no puede olvidarse que aunque el Juez inadmita la querrela por la no prestación de la fianza en aquellos casos en que ésta es necesaria, la querrela producirá siempre los efectos de una denuncia al comunicar la «notitia criminis» al órgano judicial que, en el caso de los delitos públicos y semipúblicos, dará lugar a la incoación del correspondiente procedimiento judicial en el que la acción penal será sostenida por el Ministerio Fiscal. En estos casos, sin embargo, no podrá ser tenido por parte acusadora el actor popular a menos que lo haga por querrela y ésta le sea admitida, pues no otra forma de ejercicio de su derecho de acción le permite la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en sus artículos 270 y 783-1º exigen la forma de querrela para ello, a diferencia de cuando es el ofendido o perjudicado por el delito en que los artículos 110 y 783-2º le permiten personarse en la causa sin necesidad de querrellarse previamente. Ello es consecuencia, tal como observa MONTERO (78), de que el acusador popular ejercita una acción propia e independiente de los otros acusadores, ya sean el Ministerio Fiscal o una acusación particular, no adhiriéndose a las ejercitadas por éstos.

Contra el auto que inadmita la querrela por falta o insuficiencia de fianza caben los recursos de reforma y apelación en el procedimiento ordinario por delitos muy graves y los de reforma y queja en el procedimiento abreviado, tal como se desprende de los artículos 313 y 787 de nuestra Ley Procesal Penal, debiendo admitirse y tramitarse dichos recursos, tal como expresa la sentencia del Tribunal Constitucional nº 326/94, sin necesidad de prestar previamente la fianza, ya que,

77. GIMENO SENDRA, en *La querrela*, págs. 207 y ss.

78. MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER Y MON-TÓN REDONDO, en *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., tomo III, págs. 62 y 63.

caso contrario, se incurriría en un círculo vicioso en que se recurriría la cuantía de la fianza y al mismo tiempo habría que prestarla previamente, con lo que se haría ilusorio el ejercicio del derecho de acción, dado que fundamentalmente es su elevada cuantía lo que motiva el recurso.

En el supuesto de los delitos estrictamente privados -calumnia e injurias contra particulares sin escrito ni publicidad-, la no presentación de la fianza equivale al abandono de la querrela, no pudiendo ser tenido por parte el querellante, con el consiguiente archivo de la causa al ser dicha acción exclusivamente privada y carecer el Ministerio Fiscal de legitimación para sostenerla. No obstante, en la práctica difícilmente se dará este caso, pues estando legitimados para querrellarse en estos delitos precisamente aquellos a los que el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal excluye del deber de afianzar tal coincidencia viene a convertir en ilusoria la exigencia de fianza en este tipo de delitos.

#### VIII.- EFECTOS DE LA QUERRELA.

##### A) *De su admisión.*

Admitida la querrela se producen una serie de efectos que son fundamentalmente los siguientes:

a) Se incoa el proceso penal en el que la querrela ha sido el vehículo transmisor de la «notitia criminis».

b) Al querellante se le constituye automáticamente en parte, con todos los derechos y cargas inherentes a esa condición.

c) Se genera una situación o estado de litispendencia que impedirá la admisión de una nueva querrela o la tramitación de otra causa por los mismos hechos y contra las mismas personas.

d) Se interrumpe la prescripción de los delitos a los que la querrela se refiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 114-2º del Código Penal y 118-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues con su admisión el procedimiento ya se dirige contra el presunto culpable.

e) El derecho a que se practiquen las diligencias interesadas en la querrela, de conformidad con el artículo 277-6º de la Ley Procesal Penal, salvo que el Juez las considere contrarias a las leyes, innecesarias o perjudiciales para el objeto de aquella, tal como previene el artículo 312 de dicha Ley.

Sobre este extremo, la sentencia 191/89 de 16 de Noviembre del Tribunal Constitucional (79) concreta que el derecho de los querellantes a interesar la práctica de los medios de investigación no es ilimitado sino que está condicionado por la apreciación de su pertinencia, valoración que corresponde al Juez Instructor y que no es revisable en vía constitucional, a menos que la calificación que haya realizado el mismo acerca de su pertinencia o impertinencia aparezca manifiestamente infundada o carente de apoyo en las actuaciones practicadas. Sobre esta materia pueden verse, en igual sentido, la STC 351/93 de 29 de Noviembre anteriormente reseñada.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 1993 (80) considera que aun cuando la querrela es un acto de instrucción no existe vicio en la imparcialidad objetiva del Juez Instructor que dictó el auto de admisión a trámite de la misma, por ese solo motivo, aunque posteriormente dicho juez fuere el magistrado ponente de la causa, dado que, según mantiene dicha sentencia «1º) para resolver sobre la admisión de un escrito de querrela basta examinar los hechos alegados en el mismo a fin de comprobar si son o no delictivos y si es o no competente el Juzgado para conocer de la instrucción de la causa (art. 313 LECrim.) y para verificar si concurren o no los requisitos formales exigidos en los artículos 270 y ss. de tal Ley Procesal. 2º) Para tal clase de resolución el Juez no ha de entrar en contacto con ningún medio de prueba ni diligencia de investigación. Y ni siquiera tiene que examinar los documentos que se adjuntan con la querrela, salvo el poder del Procurador...pues para comprobar si el hecho es delictivo ha de estarse a las alegaciones que se formulan y no a las pruebas documentales que se presenten en ese acto o a las de otra clase que en el mismo se proponen para su ulterior realización.» Esta doctrina es criticable y conduciría a admitir automáticamente todas las querellas que se presentasen, dado que bien se cuidan todos los querellantes de

79. B. O. E. de 5 de Diciembre de 1989.

80. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, número marginal 4218.

relatar los hechos de modo que aparezca con claridad del propio relato su carácter delictivo. El filtro que el propio artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece al permitirle al Juez Instructor inadmitir las querellas cuando los hechos no constituyan delito o no se considere competente para su tramitación no puede basarse única y exclusivamente en todos los casos en el relato fáctico de la propia querrela. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que el querellante afirme haber sido víctima de un delito de estafa y los documentos que aporte para acreditarlo no se correspondan con el relato fáctico o evidencien únicamente la inexistencia de una serie de relaciones jurídicas civiles que se revisten de ropaje penal para facilitar la admisión de la querrela y seguir un procedimiento de este orden contra el querrelado; por otro lado, en otras ocasiones habrá que examinar -por ejemplo, en un supuesto de falsedad documental- los documentos aportados para determinar la competencia. Entendemos, por tanto, que la admisión a trámite de una querrela, que supone la iniciación de un proceso penal contra el querrelado, es un propio y verdadero acto de instrucción con todo lo que ello supone.

En cualquier caso, la querrela no delimita el objeto del proceso penal, el cual viene determinado, tal como observa GÓMEZ COLOMER (81) por el escrito de calificación provisional en el proceso ordinario por delitos graves y en el de acusación en el proceso abreviado. Ello se comprueba por cuanto, admitida la querrela, nada impide variar los hechos esenciales de la misma, según resulte de la marcha de la instrucción, ni ampliarla contra otras personas no mencionadas en ella, al contrario de lo que ocurre con los escritos acusatorios arriba reseñados -de calificación provisional y de acusación- que, una vez formulados, vinculan al Tribunal y a las partes respecto de los hechos esenciales en ellos contenidos y personas acusadas, extremos respecto de los que no se permite variación alguna en el juicio oral.

#### B) De su inadmisión.

Según el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el Juez desestimarà la querrela «cuando los hechos en que se funde no consti-

81. GÓMEZ COLOMER, en *Derecho Jurisdiccional*, ob cit., tomo III, pág. 294.

tuyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma». Dos son, pues, las causas de inadmisión previstas en este precepto para la querrela: la consideración no delictiva de los hechos imputados y la falta de competencia del Juez Instructor. El principal problema que se ha planteado sobre ello es el de si estas causas de inadmisión previstas en dicho artículo 313 tienen o no carácter exhaustivo. La doctrina y la jurisprudencia se inclinan por esta última solución pues, efectivamente tal como observa GIMENO (82), al disponer el artículo 312 de la Ley Procesal Penal que el Juez de Instrucción debe admitir la querrela «si fuere procedente» está admitiendo tácitamente que caben otros motivos de inadmisión que los específicamente señalados en el artículo 313 de la misma; por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se manifiesta en ese mismo sentido de aceptar otras causas de inadmisión de la querrela en sentencias de 6 de Junio y de 24 de Octubre de 1969. En igual línea se manifiesta la sentencia del Tribunal Constitucional nº 40/94 de 15 de Febrero (83) que se remite a las causas de los citados artículos 312 y 313 de la Ley Procesal Penal como las únicas que pueden dar lugar a la inadmisión de una querrela.

Así, pueden citarse como otras causas de inadmisión que las legalmente previstas las de falta de capacidad para ser parte, la falta o deficiencia de legitimación activa en aquellos casos en que es exigida por la Ley, la falta de licencia o autorización del Juez o Tribunal en el caso de calumnias o injurias vertidas en juicio, la falta de identificación o ratificación del querellante -ya que en estos casos hay que entender que no hace suyo el contenido de la querrela-, la falta de prestación de fianza en los casos en que es legalmente exigible y, como señala MAJADA (84) el que la querrela sea manifiestamente falsa, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 269 para la denuncia al ser idéntico el fundamento del mismo en uno y otro caso. En el supuesto de que del propio relato de hechos de la querrela se desprenda que alguno o varios de los hechos imputados no revisten caracteres de delito procederá la inadmisión de la misma en cuanto a ellos, continuando su tramitación en cuanto a los hechos que no estén en tal caso, por lo que sólo será admitida respecto a estos últimos.

82. GIMENO SENDRA en *La querrela*, págs. 277 y ss.

83. B. O. E. de 17 de Marzo de 1994.

84. MAJADA, en *Práctica Procesal Penal*, ob. cit., tomo II, pág. 1123.

Respecto de la prescripción, se ha sostenido por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Enero de 1950 (85) que no es causa de inadmisión de la querrela el que aparezcan como prescritos los delitos imputados en la misma, por entender que ello debe discutirse en un momento posterior de la causa como artículo de previo pronunciamiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 666-3º y 793-2º de nuestra Ley Procesal Penal. Esta doctrina es criticable, pues obliga a seguir un proceso penal cuando de los datos de la misma querrela aparecen prescritos los delitos imputados en ella y, en consecuencia, se hace imposible exigir responsabilidad penal y civil alguna. En este último sentido, el Auto del Tribunal Constitucional nº 944/86 de 12 de Noviembre (86) deniega el amparo solicitado por el querellante que vio inadmitida su querrela por prescripción, señalando que es a los Tribunales ordinarios a quienes corresponde la interpretación del término «delito» utilizado por el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en consecuencia, de si la prescripción priva a los hechos de su carácter delictivo o solamente de su punibilidad y que no procede el amparo interesado por no ser «irrazonable» la interpretación del órgano judicial que le llevó a inadmitir la querrela por considerar prescritos y, en consecuencia, como no delictivos los hechos imputados.

No son, en cambio, causas de inadmisión la falta del acto de conciliación, sin perjuicio de que el Juez, al advertir su falta, suspenda el trámite de la querrela hasta que se celebre, ni la insuficiencia de poder si en este último supuesto la querrela es ratificada por el querellante. Tampoco lo es la no identificación del querellado, pues es deber del órgano jurisdiccional el proceder a su averiguación, de conformidad con lo establecido en los artículos 299 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La resolución judicial que inadmita la querrela deberá revestir la forma de auto, siendo doctrina reiterada del Tribunal Constitucional expresada, entre otras, en las sentencias nº 150/88 de 15 de Julio (87) y nº 238/88 de 13 de Diciembre (88) el que dicha resolución ha de contener un mínimo de razonamientos de los que pueda exteriorizarse el fundamento de la decisión adoptada, de modo que haga explícito que

85. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1950, número marginal 255.

86. *Jurisprudencia Constitucional*. Tomo XVI.

87. B. O. E. de 24 de Agosto de 1988.

88. B. O. E. de 13 de Enero de 1989.

la decisión de inadmitir la querrela responde a una determinada interpretación del Derecho, aun cuando no sea imprescindible el que dicha motivación sea exhaustiva ni que alcance una determinada intensidad.

En cualquier caso, tal como ya se dijo, el derecho a la tutela judicial efectiva que otorga el artículo 24.1 de la Constitución no concede a quien ejercita una acción penal un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso sino a un pronunciamiento motivado del Juez en fase instructora (Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de Noviembre de 1992) o, como expresa la sentencia de dicho Tribunal nº 297/94 de 14 de Noviembre (89), sobre la existencia y calificación jurídica del hecho, expresando las razones por las que se inadmite su tramitación, ya que, según expone esta última resolución, la inadmisión de querrelas sólo requiere desde el punto de vista constitucional el que las resoluciones judiciales que las declaren contengan una motivación razonada y razonable de las causas que han llevado a dicha solución, sin que supongan, tal como afirma la STC nº 40/94 de 15 de Febrero (90) un derecho a obtener una sentencia favorable a su pretensión penal. En igual sentido se manifiestan las STC 37/93 de 8 de Febrero y 351/93 de 29 de Noviembre (91).

Ampliando dicha doctrina, la STC de 16 de Noviembre de 1992 especifica que la intensidad de la motivación en el caso de inadmisión de las querrelas debe ser mayor en aquellos casos en que el archivo de las mismas no se acuerda por el Juzgado «ab initio» sino que se llega a dicha decisión tras haber incoado diligencias previas y practicado diversas diligencias en la causa, pues ello «...exige una mayor fundamentación por parte del Juez Instructor sobre las razones que le llevaron a admitir inicialmente la querrela y archivarla después.»

Por su parte, la STC nº 297/94 de 14 de Noviembre (92) exige concretamente que en el caso de que se trate de querrelas que se refieran a supuestas vulneraciones del derecho al honor del querellante la motivación del Juzgado al inadmitirlas a trámite debe contener en su fundamentación «una adecuada ponderación...entre el derecho a la información y el derecho al honor». En igual sentido se pronuncian las STC 104/86, 168/86 y 107/88.

89. B. O. E. de 14 de Diciembre de 1994.

90. B. O. E. de 17 de Marzo de 1994.

91. B. O. E. de 11 de Marzo y 29 de Diciembre respectivamente.

92. B. O. E. de 14 de Diciembre de 1994.

La fundamentación del auto de inadmisión de la querrela, caso de basarse en la falta de firma del letrado debe motivarse expresamente en cuanto a ese extremo, ya que, tal como expresa la STC 217/94 de 18 de Julio, ya citada, el denunciante ha manifestado en este caso claramente su voluntad de ser parte.

Por otro lado, tal como dice la sentencia del Tribunal Constitucional nº 191/89 de 16 de Noviembre (93) si el auto de inadmisión de la querrela dictado por el Juzgado se basa únicamente en que «...de lo actuado se deduce que los hechos no son constitutivos de infracción penal», sin otro razonamiento, y el de la Audiencia lo confirma en base «a los propios fundamentos» del auto recurrido es evidente que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que procede el amparo constitucional. Pero tampoco se requiere un razonamiento exhaustivo, tal como se ha dicho, y así la sentencia del Tribunal Constitucional, ya citada, nº 150/88 de 15 de Julio, en un caso de inadmisión de querrela a trámite por considerar como no delictivos los hechos señala que, al estimarlos el Juzgado Instructor consecuencia de la relación de servicios que en otro tiempo existió entre el querellante y los querrelados «...en la que es lógico que se produzcan discrepancias que no traspasan los límites del dolo civil», ello es suficiente razonamiento para justificar la desestimación de la querrela pues la fundamentación del auto de inadmisión «no exige un análisis pormenorizado de los elementos integrantes de cada uno de los diversos tipos por los que la querrela fue formulada».

Ahora bien, cuando el auto de inadmisión de la querrela no excluya «ab initio» el carácter delictivo de los hechos que la misma transmite y únicamente estime que no han quedado suficientemente acreditados como tales lo procedente es, tal como dice la sentencia del Tribunal constitucional nº 148/87 de 28 de Septiembre (94), admitir la querrela e iniciar una investigación sobre los mismos ya que, tal como dice dicha resolución, «es deber que constituye una garantía reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución Española...el de instruir que la legislación procesal penal impone al órgano judicial cuando no puede excluir «per se» el carácter delictivo de los hechos relacionados con la querrela o éstos no aparezcan como totalmente inverosímiles...».

93. B. O. E. de 5 de Diciembre de 1989.

94. B. O. E. de 20 de Octubre de 1987.

Pero si desde el inicio de la causa se aprecia falta de tipicidad en los hechos a que alude la querrela ello debe dar lugar, de inmediato, tal como expresa el Auto del Tribunal Supremo de 13 de Marzo de 1995 (95) a la inadmisión de la misma por cuanto tal supuesto de ausencia de tipicidad lo es también de «denegatio actionis» y no es más que aplicación de una de las causas del artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No es causa de inadmisión de la querrela el que el querellante carezca de la cualidad de ofendido en un delito público, pues en tal caso hay que tenerle como acusador popular tal como previene la STC 40/94 de 15 de Febrero (96).

Los efectos de la inadmisión de la querrela se concretan en la no iniciación del proceso penal salvo que el delito sea público o semipúblico, en cuyo caso no se tendrá por parte al querellante pero será mantenida la acción penal por el Ministerio Fiscal. Si se trata de un delito exclusivamente privado procederá el archivo, sin más, de las actuaciones. Otros efectos de la inadmisión lo son el que continuará corriendo el tiempo de prescripción de los delitos a los que la querrela se refería, ya que dicha prescripción no habrá quedado interrumpida al no haberse dirigido en momento alguno el procedimiento contra el querrelado así como el que procederá la imposición de las costas al querellante si se aprecia por el Juez mala fe o temeridad en su actuación, tal como disponen los artículos 239 y 240-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En todo caso, si no aparecen con toda claridad las causas que dan lugar a la inadmisión de la querrela la misma debe ser tramitada para la comprobación de los hechos en ella manifestados, sin perjuicio del posterior sobreseimiento de lo actuado si hay méritos para ello. Lo contrario conduciría a una indebida denegación del derecho de acción reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución.

## IX.- RECURSOS

Contra el auto de inadmisión de la querrela caben los recursos de reforma ante el propio Juzgado de Instrucción y el de apelación ante la

95. Puede verse en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 191 de 30 de Marzo de 1995, pág. 5.

96. B. O. E. de 17 de Marzo de 1994.

Audiencia Provincial respectiva, (97) siendo admisible este último en ambos efectos, tal como expresa el artículo 313-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tales recursos son admisibles y deben tramitarse aunque quie los interponga no pueda todavía ser considerado como parte, tal como manifiestan la STC 326/94 de 12 de Diciembre (98)

La cuestión de si era necesario interponer previamente el recurso de reforma fue resuelta en sentido afirmativo por la Fiscalía del Tribunal del Tribunal Supremo en su Memoria de 1899. Sin embargo, en lo que se refiere al proceso penal abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de Diciembre, el artículo 787-3º de la Ley Procesal Penal excluye la necesidad de utilizar previamente el recurso de reforma para interponer el de apelación, convirtiéndolo en meramente facultativo, lo que es de aplicación en el caso de que el Juez inadmita la querrela por considerar como no delictivos los hechos, así como en el supuesto de considerarse incompetente por estimar que el conocimiento de los mismos corresponde a los Juzgados de Menores o a la Jurisdicción Militar, tal como se desprende del artículo 789-5º de dicha Ley, supuestos en los que cabrá interponer recurso de apelación directo ante la Audiencia Provincial respectiva sin necesidad de previa reforma. Cuando concorra alguna otra causa de inadmisión, en el procedimiento abreviado, distinta de las anteriores contra el auto en cuestión cabrán los recursos de reforma y queja (Artículo 787-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En cuanto al recurso de casación, el Auto del Tribunal Supremo de 8 de Enero de 1976 (99) señala que contra los autos de las Audiencias Provinciales que inadmitan las querrelas no cabe dicho recurso de casación, especificando el Auto de dicho Tribunal de 7 de Febrero de 1958 que tampoco cabe contra los autos de las Audiencias desestimatorias de las apelaciones interpuestas contra los que dictó el Juez Instructor inadmitiendo aquellas. E incluso en aquellos casos en los que la inadmisión de la querrela venga acordada inicialmente por la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia en aquellos casos

97. O la Audiencia Nacional, si la querrela se presenta e inadmite ante un Juzgado Central de Instrucción si el querellante la presenta ante este último por considerar que los hechos son de su competencia.

98. B. O. E. de 18 de Enero de 1995.

99. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1976, número marginal 79.

en que por tratarse de aforados de su competencia les venga asignado su conocimiento la sentencia del T. S. de 22 de Enero de 1992 (100) considera que el auto de inadmisión de la querrela es irrecurrible en casación, basándose en una rigurosa interpretación del artículo 848-1º de la Ley Procesal Penal y, en consecuencia, en que no hay precepto expreso que autorice la interposición del recurso de casación contra el auto desestimatorio de la querrela. En igual sentido, por su parte, se pronunció el Auto del T. S. de 1 de Diciembre de 1986 (101).

Esta doctrina es criticable, ya que conduce a una indebida denegación del derecho de acción, pues los autos dictados en estos casos por las Audiencias tienen el carácter de definitivos a los efectos del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impidiendo la iniciación del proceso, por lo que debería asimilarseles a los de sobreseimiento del artículo 848-2º de dicha Ley, máxime si se tiene en cuenta que en éstos se paraliza el proceso iniciado y en los de inadmisión de la querrela se va aún más lejos al impedirse que el propio proceso se inicie. Por ello, hay que considerar que cabe recurso de casación contra los autos de las Audiencias confirmatorios de los de inadmisión de la querrela.

Sin embargo, la STS de 2 de Junio de 1984 considera admisible el recurso de casación contra un auto de inadmisión de querrela dictado por el pleno de una Audiencia Territorial cuando la razón de dicha inadmisión estriba en la consideración por el Tribunal de su falta de competencia para el conocimiento de la misma, argumentando que en tal caso la razón de la posibilidad de recurrir en casación estriba en cuanto la misma se dirige contra la decisión acerca de la incompetencia alegada y no contra el acuerdo de inadmisión de la querrela.

#### X.- EL ABANDONO DE LA QUERRELLA.

Se entiene por tal el acto procesal en cuya virtud el querellante manifiesta su voluntad de desistir de la querrela y de apartarse del procedimiento que se inició con ocasión de su interposición.

100. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1992, número marginal 431.

101. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1986, número marginal 7773.

El artículo 274-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala en tal sentido que el particular querellante «podrá apartarse de la querrela en cualquier tiempo, quedando, sin embargo, sujeto a las responsabilidades que pudieran resultarle por sus actos anteriores». Esta declaración de voluntad se realizará mediante escrito del procurador y abogado en el que conste claramente la misma, ratificada por el querellante si carecieren aquellos de poder especial para este acto concreto.

Los efectos del abandono de la querrela en los delitos públicos y semipúblicos consisten en que el querellante deja de ostentar la calidad de parte en el proceso, el cual continuará su curso al ser sostenida la acción penal por el Ministerio Fiscal si encuentra base para ello. Señala MAJADA (102), que el abandono de la querrela es un acto procesal irrevocable, por lo que, de conformidad con la doctrina de que nadie puede ir válidamente contra los propios actos, no podrá el querellante constituirse de nuevo en parte en el proceso en el que voluntariamente ha dejado de serlo; pero ello es discutible ya que pueden haber variado las circunstancias que motivaron en su momento el desistimiento del querellante y, en consecuencia, que hagan razonable su cambio de opinión que ahora le lleva de nuevo a convertirse en parte acusadora; lo contrario supondría una indebida denegación del derecho de acción, derecho público subjetivo de carácter irrenunciable, no pudiendo equipararse, en consecuencia, el desistimiento o abandono de su ejercicio a la renuncia del mismo que suponga la extinción de su derecho, cosa que supondría la admisión de una causa de extinción del derecho de acción no reconocida en nuestra legislación. En cualquier caso, nada impide el que presente una nueva querrela para iniciar otro proceso respecto de los mismos hechos y personas caso de que el anterior haya terminado con una resolución que no revista los caracteres de la cosa juzgada material.

Si se trata de delitos exclusivamente privados, aparte del desistimiento expreso anteriormente mencionado, los artículos 275 y 276 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevén un desistimiento tácito que tendrá lugar cuando el querellante deje de instar el procedimiento dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto del Juez o Tribunal que así lo hubiera acordado. Efectivamente, tratándose de delitos privados en los que el querellante es dueño de la acción penal

102. MAJADA, en *Práctica Procesal Penal*, ob. cit., tomo II, pág. 995.

es a él a quien le corresponde impulsar la tramitación del proceso en el que se ventila únicamente su interés particular, por lo que se entenderá abandonada la querrela si transcurridos diez días desde que se practicaron las últimas diligencias interesadas por el querellante o de estar paralizada la causa por falta de instancia del mismo, deja transcurrir otros diez días sin hacerlo desde que es requerido para ello por el Juez Instructor.

En todo caso, tal requerimiento judicial es requisito imprescindible para que se inicie el cómputo de dicho plazo cualquiera que sea el estado procesal en el que la causa se encuentre, tal como manifiestan las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Enero de 1947 y de 8 de Mayo de 1974 (103). En el cómputo del plazo de los diez días señala la sentencia de dicho Tribunal de 26 de Marzo de 1894 (104) que hay que incluir también los inhábiles por ser la querrela una actuación sumarial, incluso aunque fueren de aquellos en que los Tribunales vacaren, siéndoles aplicable lo dispuesto en tal sentido por el artículo 201 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 184 de la Ley Orgánica del poder Judicial.

En cuanto a la prescripción del delito imputado en la querrela señala la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1978 (105) que corre de nuevo desde la paralización del proceso en estos casos, por lo que quedará extinguida la responsabilidad penal si la misma supera el plazo que el Código Penal establece para la prescripción del delito en cuestión.

Por su parte, y también para delitos exclusivamente privados, el artículo 276 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece un desistimiento tácito para el caso de muerte o incapacidad del querellante, que se producirá en el caso de que no comparezcan sus herederos o representantes legales a sostener la acción dentro de los treinta días siguientes a la citación que el Juzgado debe hacerles al efecto, dándoles conocimiento de la querrela.

Los efectos del desistimiento en los delitos exclusivamente privados son los de la extinción del proceso por renuncia a la acción penal, admisible en estos supuestos en los que lo que se ventila atañe únicamente

103. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1947 y 1974, números marginales, respectivamente, 110 y 2159.

104. C. J., nº 160.

105. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1978, número marginal 1301.

te al interés privado del querellante, acción que no puede ser sostenida por el Ministerio Fiscal, dada su falta de legitimación en ellos.

Por último, conviene señalar que el abandono de la querrela supondrá la imposición de costas al querellante si se aprecia en su actuación temeridad o mala fe, tal como dispone el artículo 240-3º de nuestra Ley Procesal Penal, aparte de quedar sujeto a las responsabilidades penales en que hasta entonces hubiere podido incurrir por la interposición de la querrela.

#### XI.- BIBLIOGRAFÍA.

AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2ª edición. Editorial Reus S. A., Madrid, 1.924.

ESCUSOL BARRA, Eladio, *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento penal abreviado*, 2ª edición. Editorial Colex, 1990.

FENECH, Miguel, *El proceso penal*, 3ª edición. Editorial Agesa. Madrid, 1978.

FERNÁNDEZ ENTRALGO y OTROS, *El procedimiento abreviado.*, Editorial Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/1989 de 8 de Marzo, sobre cuestiones relacionadas con el procedimiento abreviado introducido por Ley 7/1988, de 28 de Diciembre.*

GIMENO SENDRA, José V., *La querrela*, 1ª edición. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1977.

GIMENO SENDRA, José V., *La acusación popular*, Nº 31 de la revista «Poder Judicial», Septiembre de 1993. Ed. Consejo General del Poder Judicial, págs. 87 y ss.

GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, tomo II, 2ª edición. Editorial Tirant lo Blanch, 1989-.

GOMEZ OBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1968.

MAJADA, Arturo, *Práctica Procesal Penal*, 4ª edición, Casa Editorial Bosch S. A., Barcelona, 1980.

- MAJADA, Arturo, *Práctica Procesal Penal. Procedimiento Abreviado*. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1990.
- MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS, GOMEZ COLOMER, MONTON REDONDO, *Derecho Jurisdiccional*, tomo III (El proceso penal). Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1994.
- PRIETO CASTRO, L. y GUTIÉRREZ DE Cabiedes. *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1987.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal (Lectura constitucional)*. 1ª edición. Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1988.
- VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C. y ARAGONESES ALONSO, P., *Curso de Derecho Procesal Penal*, 2ª edición. Madrid, 1968.

## COMISIONES ROGATORIAS

### COMENTARIO A LA STC 214/1991, DE 11 DE NOVIEMBRE (*asunto Violeta Friedman versus Leon Degrell*<sup>1</sup>)

JOEL BARROMI

DOCTOR EN DERECHO

MIEMBRO DEL CONSEJO EJECUTIVO DE YAD VASHEM. JERUSALÉN, ISRAEL

I) ANTECEDENTES. 1) *La sentencia de Primera Instancia*. 2) *Las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo*. II) *EL RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. III) *COMENTARIO*.

I) ANTECEDENTES.

La larga batalla legal de Violeta Friedman<sup>1</sup> (en adelante, “la recurrente”) frente a quienes negaron el Holocausto comenzó después

\* Traducción de D. Sergio Politoff. Adaptación de D. Pablo Morenilla Allard, Prof. Ayudante de Derecho Procesal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha.

1. Respecto del caso Violeta Friedman, en el contexto de un estudio de conjunto sobre el tratamiento de la negación del Holocausto en diferentes países, puede confrontarse el artículo de S.J. Roth, *Denial of the Holocaust as an issue of Law*, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 23, Tel Aviv, 1994.

de la publicación de una entrevista a Leon Degrelle (en adelante, “el recurrido”), quien fue Jefe del Partido Rexista en Bélgica, y comandante de la división Wallonia de las *Waffen S.S.* El reportaje, realizado por el periodista D. Juan Girón Roger, apareció en Madrid, en el núm. 168 de la revista «Tiempo», de 29 de julio al de agosto de 1985, con el título “Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle”. Una característica sobresaliente de esa publicación era la tentativa del recurrido de negar la veracidad de las informaciones sobre los asesinatos en masa perpetrados en el campo de concentración de Auschwitz (Polonia) y del uso de cámaras de gas para tal propósito. Sobre la base del cálculo del tiempo que hubiera sido necesario para preparar y llevar a cabo la exterminación en gran escala, con inclusión de prácticas tales como el examen vaginal de las mujeres, arguyó que era técnicamente imposible matar por este método a millones de seres humanos, en tan breve lapso de tiempo.

### l) La sentencia de Primera Instancia.

El 7 de noviembre de 1985, la recurrente, sobreviviente de Auschwitz, interpuso demanda civil de protección jurisdiccional de su derecho al honor, en contra del recurrido y de los periodistas D. Juan José Girón y de D. Julián Lagos, director, este último, de la revista «Tiempo»

La demanda se basaba en la Ley 62/78, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (en adelante, “LPJDF”) y en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En tanto que la LPJDF establece un proceso civil especial (el llamado “amparo ordinario civil”), cuyo objeto consiste en proteger y reparar el derecho fundamental vulnerado, la Ley Orgánica 1/1982 regula, en su artículo 1.1, “el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución (en adelante, la “CE”), y dispone su protección “frente a todo género de intromisiones ilegítimas”. El artículo 7.7 de la mencionada Ley Orgánica incluye, entre los supuestos de intromisiones ilegítimas, “la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”.

En el juicio, que tuvo lugar ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de los de Madrid, la recurrente hizo referencia a la entrevista publicada en la revista «Tiempo» y a las posteriores afirmaciones realizadas por el recurrido al programa de noticias de la televisión española, en las que puso de relieve ciertos pasajes y alegaciones, cuyos principales puntos consistían: a) el Dr. Mengele era un médico normal y únicamente el odio ciego puede llevar a encarnizarse con sus huesos y dientes; b) Hitler era el único líder capaz de salvar a Europa; c) el hecho de que tantos judíos “hayan salido vivos de los hornos crematorios” desmiente el argumento del exterminio en masa en las cámaras de gas; d) los judíos desean aparecer como víctimas y, si no tienen enemigos, los inventan; e) hace dos años se ofreció una recompensa de 50 millones de dólares a quien pudiera ofrecer prueba de la existencia de las cámaras de gas y nadie pudo presentarse para cobrar el dinero<sup>2</sup>.

La demanda puso el acento en la circunstancia de que la recurrente había estado recluida en Auschwitz y que recibía una pensión de la República Federal de Alemania por la invalidez física que le causaron la gravedad y dureza del maltrato sufrido en el campo de concentración. Tanto sus padres como sus abuelos paternos y una abuela materna fueron asesinados con gas tóxico en Auschwitz por orden del Dr. Mengele. Al afirmar que éste, causante de la muerte de todos los miembros de su familia, era un “médico normal”, el recurrido había

2. Lo realmente acontecido fue que, en 1980, el Instituto de Revisión Histórica de Torrance (California) ofreció una recompensa de 50.000 dólares al que pudiera probar que los judíos habían sido gaseados en Auschwitz. Meir Mermelstein, un sobreviviente del Holocausto, cuya familia había sido exterminada por los nazis, respondió al desafío y envió al Instituto distintos testimonios, documentos y fotografías. Al no recibir respuesta, interpuso demanda contra el citado Instituto. En octubre de 1981, el Juez Thomas T. Johnston, del Tribunal Superior del Distrito de Los Angeles, resolvió que la existencia del Holocausto «no es un asunto razonable de disputa... El Tribunal hace constar judicialmente el asesinato de judíos mediante gas en Auschwitz (Polonia), en el verano de 1944 (esto es, cuando la familia de Merelstein fue allí exterminada)». Este fue uno de los pocos casos de un juicio en los Estados Unidos por negación del Holocausto. A Mermelstein se le otorgó una indemnización de 90.000 dólares y se ordenó al Instituto de Revisión Histórica que se excusara. El Instituto apeló. El proceso finalizó con una resolución dictada por el Juez Robert Wenke, del Tribunal Superior de Los Angeles, en cuya virtud el Instituto fue condenado a pagar los originales 50.000 dólares, además de 40.000 dólares de indemnización. Vid. Deborah Lipstadt, *Denying the Holocaust: The growing Assault on Truth and Memory*, Nueva York, 1993; Kenneth Stern, *Holocaust Denial*, Nueva York, 1993; *Anti-Defamation League, Hitler's Apologists*. Nueva York, 1993.

perpetrado un acto de agresión en contra del honor de la recurrente y de intromisión ilegítima en su intimidad personal y familiar. Es más, se había referido a los sufrimientos infligidos a ella y a los demás detenidos en el campo de concentración, de una manera jovial y burlesca. De ese modo, había falsificado la historia y agobiado con sus mentiras a aquellos que, como la recurrente, habían sufrido la experiencia penosa de Auschwitz.

En conclusión, la actora solicitaba que se dictara sentencia condenatoria declarando, en primer lugar, que el recurrido, en su entrevista publicada en «Tiempo», así como en la TV española, cometió una agresión ilegítima en contra del honor de la recurrente, ocasionándole graves daños que deben ser indemnizados por el recurrido. En segundo término, que éste sea condenado a que, en lo sucesivo, se abstenga en forma perpetua de realizar, de palabra o por escrito, con publicidad o sin ella, manifestaciones semejantes. En tercer lugar, que se inserte en la revista «Tiempo» y se reproduzca en el segundo boletín de noticias de la TV española, a su costa, el texto literal de la sentencia. En cuarto lugar, que se indemnice a la recurrente por los daños morales, cuya indemnización será destinada a las Asociaciones de Ciudadanos Españoles que padecieron en los campos de exterminio y concentración nazis. Finalmente, la condena del recurrido al pago de las costas.

El Ministerio Fiscal solicitó que se desestimara la demanda. El recurrido sostuvo, por su parte, que la actora carecía de legitimación activa para ejercitar la acción derivada de la L.O. 1/1982, ya que, en la entrevista publicada por la citada revista, ella no había sido mencionada de manera alguna y no pueden considerarse ataques al honor expresiones que no se refieren en concreto a la persona de la demandante. Asimismo, sostuvo que ésta parecía tener como única actividad y exclusivo objetivo vital la persecución y ataque a todo aquel que considera nazi; y que ahora pretendía utilizar el procedimiento judicial como caja de resonancia para los mismos fines. Prueba de ello es que, ya en noviembre de 1985, apareció en toda la prensa la noticia de este juicio. Para llamar la atención sobre los acontecimientos de la II Guerra Mundial, la recurrente ha utilizado injustamente la imagen del demandado. En efecto, la aseveración de que éste colaboró con los nazis y participó en acciones antijudías es infundada. Lo cierto es que el Sr. Degrelle, durante los años de guerra, participó en la contienda contra

los soviéticos, en el frente ruso, junto a medio millón de voluntarios extranjeros, al lado del ejército alemán. No es verdad que sirviera como general de las *Waffen S.S.*, ya que él recibió ese rango sólo al final de la guerra. Acusar al demandado de crímenes de guerra sería, pues, equivalente a solicitar que se condene a la actora por el asesinato de palestinos cometido por los israelíes, una acción a la que, obviamente, es ajena. En conclusión, el demandado solicitaba que se rechazara la demanda en todas sus partes y que se condenara a la actora al pago de las costas del juicio.

El abogado de los periodistas D. Juan Girón Roger y D. Julián Lagos apoyó su argumentación en la falta de “locus standi” (o falta de legitimación activa, en la terminología procesal española) de la recurrente y añadió, en relación con sus dos defendidos, la falta de litisconsorcio, esto es, el hecho de carecer de relación alguna con la disputa, ya que la actora dirigió su pretensión contra sus clientes, en vez de hacerlo contra “Ediciones Tiempo” S.A., propietaria de la revista, a la cual incumbe, de acuerdo con el Código Civil, la responsabilidad civil por las publicaciones en ella aparecidas. A petición de la demandante se recibieron declaraciones del Sr. Degrelle y de ella misma.

La sentencia dictada por el Juez D. José Enrique Carreras Gistau, de 16 de junio de 1986, declaró que el honor de una persona, basado en su buena reputación, en el mérito o en las acciones heroicas, no puede considerarse necesitado de protección si no ha sido directamente atacado. Tampoco puede la recurrente arrogarse la defensa de una etnia, raza o pueblo. Por otra parte, el demandado, que participó en la guerra mundial, tiene el derecho, que le reconoce la CE española (art. 20.1), de expresar sus ideas como historiador y, por ello, manifestar su admiración por una persona que, como Hitler, el *Führer* del III Reich, le condecoró con motivo de sus acciones en el frente ruso, nombrándolo general de las *Waffen S.S.*, nombramiento que tuvo lugar -como señaló el señor Degrelle al absolver posiciones- el 2 de mayo de 1945, esto es, cuando prácticamente estaba terminada la guerra. En su parte conclusiva, la sentencia rechaza la excepción de falta de litisconsorcio, opuesta por los Srs. Girón Roger y Lagos, acoge la excepción de falta de legitimación activa de la recurrente, absolviendo a los demandados, sin hacer expresa imposición respecto de las costas a ninguna de las partes.

## 2) Las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo.

La recurrente interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, elevándose el asunto ante la Sala Primera de la Audiencia Provincial de Madrid. Los cuatro magistrados integrantes de la misma, tras examinar los diferentes aspectos del procedimiento y del fondo ventilados en la primera instancia, confirmaron plenamente la resolución apelada mediante sentencia de 9 de febrero de 1988. Considerando, con todo, las circunstancias especiales del caso, así como la naturaleza de éste, el Tribunal de Apelación exoneró, del mismo modo, a la señora Friedman del pago de las costas de la apelación.

En contra de la referida sentencia, la recurrente interpuso recurso de casación. El único motivo invocado en el recurso fue la infracción del apartado 7, del artículo 7, de la citada L.O. 1/1982, en relación con los arts. 18.1, 20.4 y 10.2 CE y con el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asimismo, invocó diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el "TEDH"), que establecieron el concepto de "víctima indirecta". Esa doctrina reconoce la legitimación activa de personas tales como el marido de una mujer sometida a un aborto sin que él haya consentido, el cual carecería del derecho a comparecer como parte, sin esa doctrina.

La sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, el "TS"), dictada el 5 de diciembre de 1989, declara que las aseveraciones del señor Degrelle podían considerarse, acaso, desafortunadas, dado el tema sobre que versaban; ser objeto de crítica y reproche moral por parte de quienes se sientan afectados, pero no implican ofensa al honor de una persona física concreta, o de su familia, aun cuando puedan originar aflicción e incluso sufrimiento a personas naturales e incluso a colectivos o grupos sociales. Las manifestaciones del demandado, aunque puedan considerarse desafortunadas, no son ofensivas en el sentido de la ley y están protegidas por el artículo 20.1 CE, al consagrar el derecho fundamental a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones. No ha tenido, pues, lugar un ataque al honor de la demandante, ya que, bajo la L.O. 1/1982, el derecho al honor es estrictamente personal y pertenece sólo a la persona en cuestión y a su familia, en la medida en que pueda verse afectada por esa pérdida de estima. Vistas estas consideraciones, el TS confirmó la falta de legitimación de la demandante, condenándola al pago de las costas.

## II) EL RECURSO DE AMPARO ANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El 12 de enero de 1990, Violeta Friedman presentó ante el Tribunal Constitucional ("TC") un recurso de amparo<sup>3</sup> contra la sentencia del TS, en el que solicitaba su estimación por violación del fundamental derecho a la efectividad de la tutela judicial, consagrado en el artículo 24.1 CE, en relación con el artículo 18.1, que garantiza el derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como la declaración de la nulidad de la sentencia del TS.

El 1 de febrero de 1990, el TC, en aplicación del artículo 50.3, en relación con la letra c), del primer apartado del mencionado precepto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, requirió al Ministerio Fiscal y a la recurrente para que, en el plazo de diez días, formularan sus alegaciones respecto de la posibilidad de inadmitir el amparo por carecer "manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional".

El Ministerio Fiscal presentó, el 7 de febrero de 1990, su escrito de alegaciones, requiriendo del Tribunal que declarara la petición de amparo inadmisibles por los siguientes fundamentos: de un lado, los órganos judiciales han declarado que la recurrente carece de legitimación activa y, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, las decisiones sobre legitimación no pueden ser revocadas, salvo violación de un derecho fundamental; de otro, el hecho de haber sido parte en juicios previos no constituye justificación para un requerimiento de amparo, pues es necesario probar que la recurrente es la titular del derecho vulnerado, al haber una clara diferencia entre sentirse afectado y estar legalmente afectado. Por tanto, no habiendo sido perjudicada directamente, no puede la recurrente invocar el artículo 18.1 CE.

La recurrente invocó, en su escrito de 23 de febrero de 1990, el artículo 24.1 CE, relativo al derecho a tutela judicial efectiva, junto a los artículos 18.1 y 14. El escrito ponía, del mismo modo, énfasis en el carácter de víctima indirecta de la recurrente y en el hecho de que no se había atendido a la petición de ésta, en relación con la decisión sobre la substancia del asunto.

3. Este recurso se define, en la traducción oficial del artículo 162.1.b) de la Constitución española, como «appeal for protection» (*Spanish Constitution*, Madrid 1982).

El TC, por resolución de 22 de marzo de 1990, admitió la demanda a trámite y, luego de reunir la documentación relativa a los juicios previos, requirió a las partes para que presentaran sus alegaciones sobre la demanda de amparo. El, en aquél entonces, nuevo Fiscal General del Estado, D. Leopoldo Torres Boursault, quien había sido designado a fines de enero de 1990, sostuvo en su escrito de 12 de junio de 1990, que ninguna de las sentencias impugnadas habían entrado en el fondo del asunto -la posible vulneración del honor de la recurrente-, sino que todas ellas se habían limitado a admitir la excepción de la falta de legitimación activa de la actora, desestimando la demanda y los posteriores recursos por razones formales. Ello implicaba la imposibilidad de que el TC se pronunciara sobre el tema de la infracción de un derecho fundamental. La lógica consecuencia de ello habría sido la inadmisibilidad de la petición. Sin embargo, la admisión a trámite del recurso es indicio de que el Tribunal, no aceptando el criterio del Fiscal, considera que, en principio, la denegación de la legitimación podría afectar al derecho fundamental invocado, o bien, por arbitraria, vulnera el derecho a tutela judicial efectiva. En ese caso, de los propios razonamientos de las alegaciones de la recurrente puede inferirse que ésta fue afectada personalmente por las manifestaciones de la persona contra quien dirigió su demanda, ya que estuvo recluida en Auschwitz, por lo que formaba parte del colectivo que sufrió la persecución y males cuya existencia el recurrido negaba y, por tanto, personalmente se entiende víctima de los derechos alegados. La recurrente estaba legitimada, por tales fundamentos, para obtener de los Tribunales de Justicia una resolución sobre esa materia que le afecta.

El Fiscal recomendó, en consecuencia, que la sentencia denegara el amparo respecto de la vulneración de los artículos 18.1 (protección del derecho al honor) y 20.4 (límites al derecho a la libertad de expresión) de la Constitución y lo otorgara en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, declarando la nulidad de la sentencia de la Sala Primera del TS, de 5 de diciembre de 1989.

El 13 de junio de 1990, la representación de la recurrente formuló sus alegaciones en apoyo de la demanda de amparo. En su escrito aduce que, como ha señalado el TC en muy reiteradas ocasiones, el derecho a la tutela judicial efectiva supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los Tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a

obtener una resolución fundada en el ordenamiento jurídico. En el presente caso, la sentencia del TS ha infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho al honor (artículo 18), por cuanto en la misma no se entró a valorar los derechos e intereses legítimos de su pretensión en contra de la intromisión ilegítima en su intimidad personal y familiar y en su honor suscitada por las declaraciones del recurrido, al estimar la falta de legitimación activa de la recurrente. Por otra parte, el TS, al reconocer el derecho del recurrido a la libertad de expresión, no tomó en cuenta que el propio texto constitucional, de una forma expresa, en su artículo 20.4, determina que las libertades que dicho precepto consagra (entre ellas la de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción), “tiene un límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título..., especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. Por ello, puede decirse que hasta la propia Constitución no tolera la libertad de expresión en forma tan amplia como la entiende la resolución judicial.

Además, el recurrente llama la atención sobre el hecho de que al suscitarse un conflicto entre los dos conceptos, libertad de expresión y protección del honor, prevalece la libertad de expresión sólo en la medida en que se ejerza en beneficio del interés general o en relación con personas que ocupan puestos públicos, esto es, promoviendo la formación de una opinión pública libre, necesaria para fomentar el pluralismo democrático. Sin embargo, cuando el asunto de que se trata concierne a la conducta de personas privadas, desprovistas de interés público, la preeminencia de la libertad de expresión se vuelve innecesaria. En el presente caso, es indispensable que se tomen en consideración las manifestaciones y expresiones concretas del Sr. Degrelle. Esas aseveraciones, que se refieren a hechos notorios, como la existencia de los campos de exterminio nazis, constituyen juicios de valor e incluyen expresiones difamatorias contra personas o grupos de personas, cuya identificación no deja lugar a dudas: aquellas que, como la recurrente y su familia, sufrieron los horrores y padecimientos de esos campos, atribuyéndoles un comportamiento de falsedad, que les hace desmerecer del público aprecio y respeto. Realizada esta comprobación resulta evidente que la libertad de expresión se ha ejercitado traspasando los límites que constitucionalmente se le confieren, y, en consecuencia, se

ha inferido una lesión injustificada a la demandante. Cabe agregar que el razonamiento que condujo a la sentencia del TS no tomó en cuenta el carácter de una personalidad como la del Sr. Degrelle, nazi notorio y ex general del las Waffen S.S., y su influencia sobre el amplio número de lectores de «Tiempo», a quienes pudo hacerse creer que los campos de exterminio son una “invención judía”.

Después de referirse a la jurisprudencia del TEDH sobre el tema de las víctimas indirectas, planteó la recurrente el siguiente punto, relativo a su situación de indefensión, al negársele legitimación para comparecer, ya que, al verse imposibilitada de reclamar individualmente la protección de su honor, tampoco podría haber actuado a través de un persona jurídica, según la interpretación tradicional que considera el derecho al honor como estrictamente personal. Ello aparece confirmado por una sentencia del TC, de 8 de junio de 1988, según la cual, mientras la dignidad, el prestigio y la autoridad moral de una institución se protegen por la ley, el derecho fundamental al honor es sólo aplicable a personas naturales. Una reciente sentencia del TS, de 5 de octubre de 1989, introduce, con todo, la matización de diferenciar entre personas jurídicas de sustrato propiamente personalista, que representan una colectividad de individuos (*universitates personarum*), y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del sustrato patrimonial (*universitates bonorum*), aplicando a las primeras la posibilidad de reclamar la protección del derecho al honor. La recurrente finaliza solicitando que se declare la nulidad de la sentencia y que se suspenda provisionalmente su cumplimiento, que obliga a la actora al pago de las costas.

La parte recurrida presentó sus alegaciones contra la solicitud de amparo el 1 de junio de 1990. En su escrito sostiene que el Sr. Degrelle, de 84 años de edad, sólo desea pasar en paz sus últimos años junto a sus hijos y nietos. Si éste realizó las declaraciones a que se refiere el juicio, ello no fue por iniciativa propia, sino por haber sido insistentemente requerido para ello por la revista «Tiempo», luego que un representante del Centro *Wisental* (sic) habría declarado que el dinero de que disponía para localizar al doctor Mengele lo iba a destinar ahora a la caza y captura de Degrelle. El escrito señala que el demandado, fundador en su día de un partido, el rexista, de inspiración católica y con diputados judíos en su seno, nunca fue ni es racista, para demostrar lo cual transcribe otra parte del mismo texto, en que el recurrido expresa, *inter alia*: “No soy racista, creo en la raza europea...”. No es,

pues, correcto calificar de nazi al señor Degrelle. Este luchó valerosamente contra el comunismo soviético, como lo hicieron centenares de miles de europeos, incluyendo a muchos españoles, pero ello no implica plena identificación con todos los principios del nacionalsocialismo. La recurrente ha afirmado que ella es judía, que estuvo internada en Auschwitz y que sus familiares fueron allí asesinados, pero ella no ha rendido prueba al respecto. Por lo demás, acreditarlo no resulta nada fácil y, solamente con esto, bastaría ya para concluir que carece de legitimación activa para iniciar la acción que ejercitó. En todo caso, lo que es más importante es que las declaraciones del señor Degrelle no contienen ningún insulto, ni frase calumniosa o injuriosa o ataque contra algún grupo étnico o pueblo, ni contra la señora Friedman personalmente. El recurrido, en su entrevista, no afirma ni niega nada categóricamente; se limita a expresar dudas sobre la existencia de las cámaras de gas. Se quedó mucho más corto que historiadores de diversos países que niegan rotundamente su existencia, tales como Faurisson, Roques, Staglich Thion, Roth, Hoffman, Bochaca, Ferrara, Matogno y Rassinier. España no ha dictado ninguna ley sobre el asunto de la llamada “negación del Holocausto”<sup>4</sup> y nadie puede ser privado del derecho a expresar opiniones, aceptables o no, sobre acontecimientos históricos.

El recurrido destacó, asimismo, la diferencia que existe, a su juicio, entre los casos en que el TEDH aplicó el concepto de “víctima indirecta” y el de la señora Friedman, para concluir que ésta no puede ser calificada de tal. Añadió que, a la luz del razonamiento de la petición de amparo, podría inferirse que un cuerpo representativo de los judíos habría podido eventualmente ser considerado como dotado de legitimación, pero no, ciertamente, una persona individual que nunca fue mencionada o aludida. Pide, en definitiva, que la petición de amparo sea rechazada y que la recurrente sea condenada al pago de las costas y a la indemnización al señor Degrelle por los daños morales.

El TC, por sentencia de 11 de noviembre de 1991<sup>5</sup>, tras un extenso

4. Sobre la reciente reforma legal acaecida en España, cfr., *infra*, nota 6.

5. Dicha sentencia fue dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por los Magistrados D. Francisco Tomás y Valiente (Presidente), D. Fernando García-Mon y González-Regueral, D. Carlos de la Vega Benayas, D. Jesús Leguina Villa, D. Luis López Guerra y D. Vicente Gimeno Sendra (Ponente que expresó el parecer de la Sala). Véase «BOE» núm. 301, de 17 de diciembre de 1991. Es de resaltar

examen de los antecedentes, subrayó que el juicio constitucional tenía que referirse al conflicto entre el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo CE, y el derecho al honor, garantizado por el artículo 18.1 de la Carta Magna. Dado que el derecho al honor deriva de la “dignidad de la persona”, que reconoce el artículo 10 CE, deben ser tenidos en consideración otros principios constitucionales vinculados al derecho al honor; pues sólo sobre la base de este análisis es posible establecer si hubo una infracción del derecho al honor.

Habiendo, así, definido el objeto procesal, el Alto Tribunal examinó las tres cuestiones suscitadas en el recurso de amparo. La primera, relativa al problema de la legitimación activa de la recurrente; la de si el TS había vulnerado el derecho a la tutela judicial; y, finalmente, si las manifestaciones del demandado habían excedido los límites constitucionales del derecho a la libertad de expresión.

Con respecto a la primera cuestión, la sentencia destacó que el demandado entiende que la recurrente carece de legitimación activa, por cuanto el art. 12.1 LPJDF atribuye dicho carácter a las personas naturales o jurídicas titulares de un derecho subjetivo (sic), que les faculta para obtener la declaración oficial pretendida. Según el demandado, ni se había ofendido a la Sra. Friedman, ni a un colectivo, etnia o raza y que ésta no podía, por tanto, arrogarse la representación oficial de dicho colectivo o raza, al ser inadmisibles reconocer legitimación a una persona individual a causa de su supuesta pertenencia a dicha raza (sic).

El TC no pudo, sin embargo, compartir tal argumentación. En el ordenamiento constitucional español, la norma determinante en materia de legitimación activa no es la LPJDF, sino el art. 162.1.b) CE, según el cual “están legitimados para interponer el recurso de amparo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo”. En el presente caso, el ordenamiento español se diferencia del sistema alemán o del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce sólo la legitimación activa a la «víctima». No debe, pues, ser confundido el interés “legítimo” con el interés “directo”. A los efectos del proceso de amparo constitucional, no siempre es necesario que la cosa juzgada tenga efectos materiales para el recurrente. Tratándose de un derecho personalísimo como el honor, la legitimación activa corresponde, en principio, al titular del derecho; pero esto no excluye otras legitimaciones, como la de los descendientes, o la de un miembro de un grupo

étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirige contra todo este colectivo, provocando en el público sentimientos de hostilidad contra dicho grupo y sus miembros o, cuando menos, sentimientos incompatibles con la dignidad, estima personal y respeto, al cual tienen derecho, en virtud de los arts. 10.1 y 14 CE, todos los ciudadanos españoles, con independencia de su nacimiento, raza o circunstancias personales y sociales.. Dado que los grupos étnicos, sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica, el art. 162.1 CE reconoce la legitimación a todos los miembros de dichos grupos residentes en España, para que puedan interponer acciones civiles y penales en defensa de su honor colectivo. Si no fuera así, las ofensas contra dichos grupos permanecerían indemnes y el Estado español de Derecho tendría que permitir campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias al principio de igualdad encarnado en el artículo 1.1 CE, también proclamado en el artículo 20.2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

En el caso de la Sra. Friedman, las alegaciones del Ministerio Fiscal y la sentencia de primera instancia acreditan que la recurrente es judía y que, desde la ocupación alemana de su ciudad natal (Marghita, Transilvania), fue obligada a llevar la estrella de David; fue sacada de su hogar con toda su familia y conducida a Auschwitz, en donde, el mismo día de su llegada, toda su familia, salvo ella y su hermana, fue enviada a la cámara de gas. Considerando la condición de la recurrente, como ciudadana del pueblo judío y como descendiente de sus padres, abuelos maternos y bisabuela (personas que fueron asesinadas en Auschwitz) resulta claro que ella puede invocar la legitimación, por sucesión procesal del derecho al honor de sus parientes fallecidos, al amparo de los arts. 4.2 y 5 LPJDF. Sin embargo, no es necesario recurrir a esta argumentación. A la luz de las manifestaciones del demandado negadoras del exterminio y atributivas de su invención al pueblo judío, el interés de la recurrente merece ser calificado de legítimo, a fin de obtener el reconocimiento del derecho al honor de la colectividad judía en nuestro país, de la que la recurrente forma parte. En consecuencia, de conformidad con la doctrina del TC sobre el derecho a la tutela judicial, la actora, fundándose en su legítimo interés, merece del Tribunal Constitucional un examen del fondo del asunto.

El TC destacó, del mismo modo, que el Ministerio Fiscal había tomado una posición diferente, afirmando que la estimación por los

Tribunales ordinarios de la excepción de falta de legitimación activa impedía al TC entrar en el fondo de la pretensión al derecho al honor. En su opinión, este Tribunal debería reconocer sólo la violación del derecho a la tutela judicial, en virtud del artículo 24.1 CE, y declarar, conforme a dicho precepto, la nulidad de la sentencia del TS. Así mismo, debería pedir a este Tribunal que dicte una decisión de fondo sobre la vulneración del derecho al honor. Sin embargo, conforme a la doctrina del TC, la legitimación es la relación jurídico-material que liga a las partes con el objeto procesal; por ello, pertenece al fondo del asunto y no puede ser considerada como una excepción. En realidad, la sentencia del TS, así como las sentencias anteriores, trataron el fondo de la cuestión y decidieron que no existía ofensa al honor. Todas ellas entraron a conocer del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor. No hubo, pues, ningún descuido del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

A continuación, el TC afrontó la tercera y última cuestión del conflicto entre los fundamentales derechos a la libertad de expresión y al honor. Conflicto que definió como el problema central del proceso, al subrayar que la libertad de expresión y la libertad de información, consagradas en el art.20.1 CE, no sólo son derechos fundamentales de todo ciudadano, sino también constituyen los cimientos de la opinión pública libre y del pluralismo político. Por eso, tienen el carácter de valores fundamentales del Estado democrático y trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales.

El TC, por otro lado, ha establecido una distinción entre libertad de expresión y libertad de información. El campo de acción de la libertad de expresión viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas, que resulten innecesarias para la exposición de las ideas. Campo de acción que se amplía, aún más, al fusionarse con el ámbito de la libertad ideológica garantizada por el art. 161 CE. En este sentido, la expresión de pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor no puede ser sometida a la prueba de veracidad. Por otra parte, la protección de la libertad de información se extiende, únicamente, a la información veraz y no es aplicable en caso de hechos inventados o falseados.

A estas alturas de su exposición, el Alto Tribunal planteó la pregunta de si había habido o no la necesaria ponderación de los derechos fundamentales en conflicto por los órganos judiciales y, para

en caso afirmativo, si la ponderación efectuada se acomodaba o no a los criterios perfilados por la jurisprudencia constitucional. La sentencia consideró existente tal ponderación, pero en orden a pronunciarse sobre la corrección de la misma, distinguió entre las opiniones del recurrido que, por reprobables o tergiversadas que fueren, al referirse a acontecimientos históricos, se encontraban amparadas por la libertad de expresión y otras declaraciones del mismo Degrelle, que exceden del ámbito en el que debe entenderse el derecho a expresarse libremente. El requisito de veracidad no es exigible para los efectos de fijar límites al derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones. Pero, es indudable que, en las declaraciones publicadas, el demandado no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis, sino que en sus declaraciones, que han de valorarse en su conjunto, efectuó juicios ofensivos al pueblo judío, manifestando, además, expresamente, su deseo de que surja un nuevo "Führer". Se trata, con toda evidencia, de afirmaciones que poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse sino como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos. Esta incitación racista constituye un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que, como ella y su familia, estuvieron internados en los campos nazis de concentración, puesto que el juicio que se hace sobre los hechos históricos, desgraciados y aborrecibles, por ella padecidos, no comporta exclusivamente correcciones personales de la historia sobre la persecución de los judíos, sino que conlleva imputaciones efectuadas en desprecio y menoscabo de las propias víctimas.

De otra parte, y en relación con lo anterior, ni la libertad ideológica ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal y como dispone el artículo 20.4 CE no existen derechos ilimitados y tales acciones no sólo son contrarias al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino que lesionan también otros bienes constitucionales, como el de la dignidad humana (artículo 10 C.E.), que no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o grupo étnico son incompatibles con el principio de igualdad consagrado en el artículo 1.1 de la Magna Carta.

En su conclusión, la sentencia expresa que, si bien parte de las manifestaciones del señor Degrelle estaban incluidas en el ámbito de la libertad de expresión, otra parte de ellas -las antes mencionadas- no quedan justificadas por el artículo 20.1 CE, por lo que procede declarar la existencia de intromisión ilegítima en el honor y dignidad de la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.1, 10.1 y 18.1 CE. Resuelve, por tanto, otorgar el amparo a la recurrente, anulando las sentencias de los tribunales en cuanto no reconocieron el derecho de la recurrente al honor.

En voto particular, el Magistrado D. Fernando García-Mon y González-Regueral, quien suscribe íntegramente los razonamientos de la sentencia sobre el interés legítimo -merecedor de un pronunciamiento de fondo- de D<sup>a</sup> Violeta Friedman, concluye que el fallo debería haberse limitado a reconocer la legitimación activa de la demandante en el proceso judicial y, apreciando exclusivamente la infracción del artículo 24.1 de la Constitución, determinar las consecuencias inherentes a tal vulneración, es decir, que el Tribunal Supremo resuelva en uno u otro sentido sobre todas las pretensiones de la señora Friedman.

### III) COMENTARIO

La sentencia del TC dio a la Sra. Friedman la posibilidad de renovar el debate ante el Tribunal Supremo. Sin embargo, ella sintió que la posición adoptada sobre la materia por el más alto órgano jurisdiccional significaba una victoria moral, lo que la hizo desistir de iniciar un nuevo juicio.

Para una objetiva evaluación de los méritos de esta sentencia, es preciso tomar en consideración que los Magistrados actuaban en el marco de las limitaciones específicas del sistema legal español. España era uno de los pocos países en Europa occidental que no había dictado leyes en contra de los abusos por motivos raciales o la incitación a la discriminación racial y no había cumplido con la obligación de adecuar su legislación a los requerimientos del Convenio contra Todas las

Formas de Discriminación Racial<sup>6</sup>. En el ámbito legal entonces existente, la pretensión de la Sra. Friedman sólo podía ejercitarse por la vía de invocar su derecho al honor.

En el sistema español, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen goza de una posición privilegiada, en virtud de la garantía explícita del artículo 18.1 de la Constitución y de la protección judicial que le otorga la L.O. 1/1982. Los principios de igualdad y de dignidad humana, por otra parte, aunque mencionados en la Constitución, no están acompañados de un mecanismo específico que asegure su respeto. En consecuencia, el juicio de Madrid no fue un típico proceso por negar el Holocausto o por incitar al odio racial, aunque ambos asuntos fueron extensamente abordados. Se trató de un juicio centrado en una visión amplia del concepto de honor y de sus consecuencias.

La sentencia del TC es notable por su elegante estructura, por la lógica estricta de su razonamiento y la claridad de su lenguaje. Un aspecto sobresaliente es el reconocimiento del pueblo judío como una cuerpo colectivo al que pertenecen los miembros de la comunidad judía española y la admisión del derecho que, como individuo, cada judío tiene en España para actuar en defensa del honor colectivo de éstos. En la elaboración de la sentencia, el TC tomó en cuenta, "inter alia", la jurisprudencia del TEDH y de los Tribunales de otros países. Objeto de atención especial fue la jurisprudencia alemana, que introdujo, en una etapa anterior de su evolución en esta materia, el concepto de honor.

que esta sentencia fue mencionada expresamente, como fuente de inspiración, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. Vid., infra, nota 6.

6. Este vacío de la legislación española se ha superado, en parte, con la adopción, el 11 de mayo de 1995, de la Ley Orgánica 4/1995. Esta Ley, que modifica parcialmente las disposiciones del Código Penal español relativas al crimen de genocidio, castiga, entre otras conductas, a los que «nieguen, banalicen o justifiquen» los hechos tipificados como genocidio, y a los que, en la forma que señala la Ley, «pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio». Se establece, asimismo, por esta reforma, como circunstancia agravante, el «cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima». El uso del término antisemitismo en la nueva Ley española es digno de atención, pues, hasta ahora, ese término tan sólo figuraba en una ley francesa, del 1990, y en una ley rumana, de 1991.

El TC dedicó especial consideración a la sentencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania, de 18 de septiembre de 1979<sup>7</sup>. Esa sentencia se refiere al caso de una persona cuyo abuelo judío murió en el campo de concentración de Auschwitz. Había aparecido un opúsculo que describía el Holocausto como un fraude sionista. La actora demandó al autor del opúsculo, por vulnerar su honor y el de su abuelo muerto. El Tribunal de Primera Instancia prohibió en su sentencia, de acuerdo con lo reclamado por la actora, la distribución del opúsculo, pero el Tribunal de Apelación revocó aquel fallo. El Tribunal Supremo Federal de Alemania restableció el criterio del fallo de primera instancia. El Alto Tribunal alemán declaró que los judíos constituyen un grupo determinado o un pueblo y que, debido a su trágica experiencia histórica, los individuos que pertenecen o están conectados a tal grupo sienten que su honor propio puede ser protegido únicamente en la medida en que su grupo goce del respeto público. En el desarrollo de ese punto, se lee en la sentencia: “Su percepción es que ellos debieran ser tratados como pertenecientes a un grupo especial de personas, que ha tomado forma a través de un destino común, un grupo hacia el cual existe una responsabilidad moral especial; esa peculiaridad es, además, parte esencial de su propia dignidad”. Sobre el asunto de la libertad de expresión, el Tribunal Supremo Federal adoptó la posición de que las evidencias sobre la exterminación de millones de judíos son abrumadoras y que, por consiguiente, el demandado no podía invocar protección sobre esa base, al carecer de un interés susceptible de protección. La actora, por su parte, era titular de un interés en la medida en que ella resultaba afectada por las expresiones del demandado. En consecuencia, la tentativa de éste de presentar una corrección personal y provocativa de la historia no era, por sí misma, una ofensa y podía ser contrarrestada por medios no judiciales. Pero, en cambio, el argumento de que el Holocausto era una invención judía tenía una connotación

7. Dicha sentencia, junto con las pertinentes disposiciones del Código Penal alemán, fueron traducidos al castellano, a requerimiento del Tribunal Constitucional, incorporándose como documentos oficiales al expediente sobre la solicitud de amparo de Violeta Friedma, que lleva el nº de registro 101/1990. Se encuentra una referencia al sistema legal alemán en la sentencia del Tribunal Constitucional página 20. Véase Julian Ilicki, *Att Urskulda Antisemitism*, con un prólogo del Prof. Georg Klein, parcialmente en inglés; *The Swedish Academy against Antisemitism*, Estocolmo 1993, página 99.

injuriosa. Igualmente ofensiva era la aserción de que el genocidio no tuvo lugar. Ello implicaba la negación del destino inhumano padecido por los judíos y era un ataque a la personalidad de ese pueblo, singularizado por la persecución antijudía. El Tribunal Supremo Federal concluyó que “el que niega el asesinato de los judíos en el Tercer *Reich* los ofende individualmente”<sup>8</sup>.

Las dos sentencias, la del Tribunal Constitucional español y la del Tribunal Supremo Federal alemán, siguen en muchos aspectos líneas similares. Se diferencian, no obstante, en dos puntos substanciales: los límites de la libertad de expresión y el carácter criminal de la negación del Holocausto. Sobre la cuestión de los límites de la libertad de expresión derivados del respeto a otros derechos, da prueba el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo Federal de Alemania de notable creatividad y alcance.

Una posición similar fue adoptada por el Tribunal Supremo de Canadá en el caso James Keegstra, un maestro de escuela acusado de impartir a sus alumnos nociones antijudías y negadoras del Holocausto. Keegstra fue condenado por una mayoría de cuatro contra tres. La cuestión debatida en el juicio era la contradicción entre la propaganda de odio y la libertad de expresión. El Presidente del Tribunal Supremo, D. Brian Dickson, al presentar la opinión mayoritaria, dijo que el argumento en favor de la libertad de expresión se refiere a la posibilidad de llegar a la verdad y a una información valedera. Ello sólo puede alcanzarse permitiendo a toda persona que desarrolle y exprese sus pensamientos y opiniones y los ofrezca en un libre mercado de ideas. Con todo, añadió, ese argumento no debe ser exagerado: “Hay pocas posibilidades que opiniones dirigidas a promover el odio contra un grupo identificable (en este caso, los judíos como grupo -nota del autor)

8. Es de recalcar que esta sentencia fue dictada antes de que el derecho alemán dispusiera específicos preceptos contra la negación del Holocausto. Esta situación cambió con la adopción de las reformas al Código Penal, de 13 de junio de 1985 y de 23 de septiembre de 1994, que dieron a la negación del Holocausto el carácter de infracción penal. No todas las sentencias de los tribunales alemanes, en materias relacionadas con la negación del Holocausto, estaban desprovistas de contradicciones y ambigüedades, pero esos defectos fueron corregidos por los Tribunales Superiores. La posición adoptada por el Tribunal Supremo Federal respecto del Holocausto, en 1979, fue confirmada por decisiones judiciales posteriores. Las últimas son las sentencias del Tribunal Constitucional, de 13 de abril de 1994, y del Tribunal Supremo Federal, de 15 de diciembre de 1994.

sean verdaderas, o que esa visión de la sociedad pueda conducir a un mundo mejor”. El Presidente del Alto Tribunal, al pasar a un segundo punto, el de la conexión entre libertad de expresión y el proceso democrático, puso énfasis en que esa relación permite legitimar la imposición de límites a la libertad de expresión cuando socava nuestro compromiso hacia la democracia y propaga ideas, tales como la propaganda de odio, que son lo opuesto a la democracia.

Sin embargo, la opinión de los círculos jurídicos sobre este punto permanece dividida. Ejemplo de ello es el juicio contra Ahmed Rami, director de una estación de radio llamada “Radio Islam”, que tuvo lugar en Suecia, en 1988. El Tribunal del Distrito de Estocolmo condenó a Rami por agitación, al amparo de una ley sueca que prohíbe la “agitación contra un grupo étnico”. La sentencia condenatoria comprendía 64 cargos. Rami fue condenado por 18 y absuelto por los restantes, incluyendo la difamación de la religión judía y la negación del Holocausto. En el recurso que tuvo lugar en 1990 ante el Tribunal de Apelaciones de Estocolmo, la condena de Rami fue revocada. Sobre el asunto de la negación del Holocausto, el Tribunal de Apelación de Estocolmo afirmó fríamente: “Desde el momento que se abordan cuestiones relacionadas en un sentido amplio con el debate político o religioso, la libertad de expresión debe de ser amplia. Está permitido expresar toda clase de opiniones respecto de la interpretación del asesinato masivo, llamado Holocausto. Se debe hacer notar que el derecho sueco, a diferencia de otros países, no prohíbe la discusión sobre si el Holocausto tuvo lugar. Hasta las opiniones que la mayoría de las personas encuentran estúpidas e incluso provocativas pueden ser expresadas”.

Como en la sentencia del TC español, la expresión de opinión se vuelve injuriosa cuando los judíos o los sionistas son acusados de haber inventado el Holocausto o de haber mentido al respecto con la intención de obtener provecho económico. El asunto de la veracidad está, pues, abierto a discusión. Como hemos visto, el TC español sostuvo que las afirmaciones protegidas por la libertad de expresión, si se someten a la prueba de veracidad, ella no puede ser exigida respecto de apreciaciones subjetivas y evaluaciones de eventos históricos.

El tema fue abordado en el caso Zundel, que tuvo lugar en Canadá, en 1992. Ernst Zundel, un editor de origen alemán, dirigía una red de distribución de literatura “revisiónista”. Este fue condenado con arreglo

al artículo 181 del Código Penal, que prohibía la difusión de noticias falsas. El Tribunal Supremo, por una mayoría de 4 contra 3, declaró inconstitucional el artículo 181 y absolvió al acusado. Beverley McLachlin, nuevo Presidente del Tribunal Supremo, declaró que el artículo 181 era exageradamente amplio y podía ser aplicado a toda afirmación discutible.

En conclusión, la línea de pensamiento que inspiró la sentencia del TC español forma parte de un debate internacional en desarrollo. Los aspectos centrales de la sentencia, la defensa de los derechos de la recurrente y el énfasis en la libertad de expresión, reflejan el esfuerzo por alcanzar una apreciación equilibrada, compartida por una extensa gama de la opinión pública y de los juristas. Desde el punto de vista de la lucha antirracista, algunos aspectos de la sentencia parecen restrictivos. Estos fueron, en gran medida, el resultado de la ausencia de disposiciones antirracistas en la legislación española entonces vigente, situación que -como se ha visto- está en proceso de cambio.

## EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

Publicaciones de la **Editorial ARANZADI**.

Esta prestigiosa editorial viene renovando constantemente sus productos, manteniendo al día una información sumamente valiosa para el trabajo profesional. Lejos de lo que pudiera pensarse, las versiones tipo «código» de los textos legales, ordenados por sectores jurídicos, y las obras de corte práctico que recopilan la jurisprudencia son de suma utilidad también para los científicos. De entre las múltiples novedades de su catálogo, damos cuenta de los títulos más recientes.

**Título:** *La Prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, 288 páginas

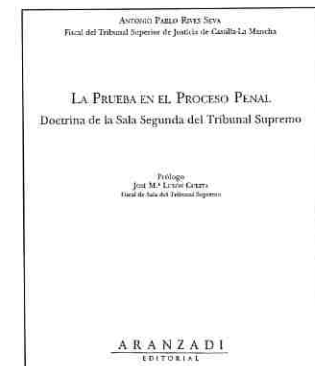
**Autor:** Antonio Pablo Rives Seva

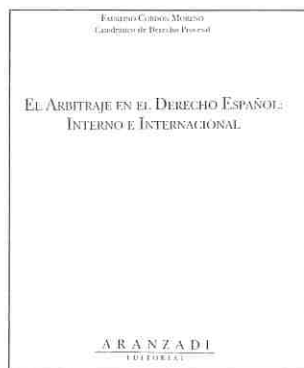
Creación de síntesis donde se estudian, resumen, extractan y ordenan las resoluciones más significativas que sobre el tema de la prueba penal ha pronunciado la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Ordenada por materias, comienza con el estudio de la presunción de inocencia, los problemas procesales que plantea su invocación y los temas afines, la prueba ilícita, su efecto reflejo y las cuestiones de índole procesal.

A ello sigue el estudio de los distintos medios probatorios, en particular, el examen de piezas de convicción, el reconocimiento judicial, la prueba indiciaria y problemática, la declaración del delincuente, la confesión del acusado, la conformidad, la declaración de coimputado, la indentificación del delincuente y sus formas, la prueba testifical, los careos, la prueba de peritos y documentos.

Se tratan también las cuestiones relativas a la intervención de las comunicaciones, especialmente la detención y apertura de correspondencia y la intervención telefónica; las intervenciones corporales: pruebas de alcoholemia, análisis de sangre, exploraciones radiológicas y cacheos, concluyendo la obra con el estudio de los temas referentes al registro domiciliario.

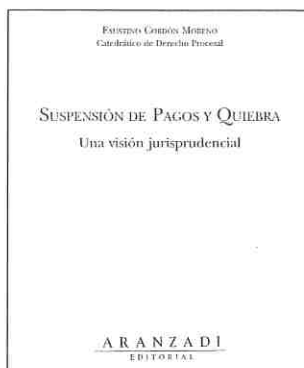




**Título:** *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e internacional*, 275 páginas

**Autor:** Faustino Cordón Moreno

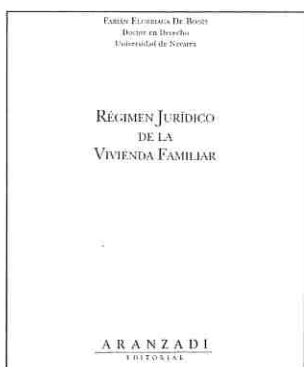
La obra ofrece una visión breve y clara del arbitraje, institución que a partir de la nueva Ley de 1988, ha experimentado un fuerte impulso en nuestro país como alternativa a la jurisdicción, para la solución de conflictos que surjan sobre todo en el ámbito mercantil. Además de este aspecto práctico, tiene gran relevancia científica, como lo pone de manifiesto la abundante bibliografía sobre el tema, así como su inclusión en los nuevos planes de estudio de la carrera de Derecho como materia diferenciada dentro de la asignatura de Derecho Procesal Civil junto al arbitraje interno, estudia también las nociones básicas del arbitraje internacional.



**Título:** *Suspensión de Pagos y Quiebra: Una visión jurisprudencial*, 304 páginas

**Autor:** Faustino Cordón Moreno

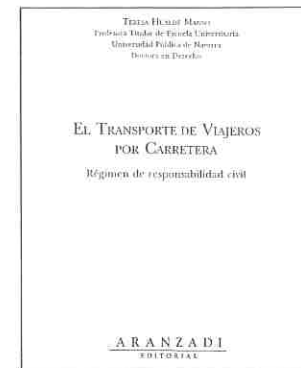
En la presente monografía se pretende ofrecer una visión breve y en gran medida completa de las instituciones concursales más importantes en nuestro país: la suspensión de pagos y la quiebra. Ambas han sido objeto de exposiciones exhaustivas, pero extensas, y de estudios monográficos sobre temas concretos. La finalidad de esta obra es la de crear un texto que pueda ser útil para aquellos lectores que se acercan por primera vez al interesante mundo de esta parcela del Derecho, y al mismo tiempo para los profesionales, que encontrarán en él abundantes cuestiones planteadas y resueltas.



**Título:** *Régimen Jurídico de la Vivienda Familiar*, 672 páginas

**Autor:** Fabián Elorriaga de Bonis

Completo y sistemático estudio de la situación jurídica del alojamiento en España. En este trabajo se abordan los aspectos constitucionales que presenta la institución, y las líneas de desarrollo en el seno del Consejo de Europa y en el Derecho comparado. Se agrega un exhaustivo análisis de la configuración que esta protección tiene hoy por hoy en el ordenamiento civil, incluyendo un minucioso estudio de la situación de los adquirentes y de los acreedores de los cónyuges y del alojamiento familiar en la crisis matrimoniales, en la liquidación del régimen económico matrimonial y en la sucesión por causa de muerte.



**Título:** *El Transporte de Viajeros por Carretera: Régimen de Responsabilidad Civil*, 288 páginas

**Autor:** Teresa Hualde Manso

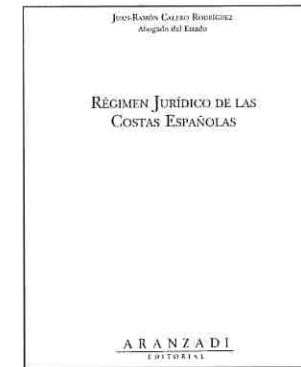
Se trata de un amplio estudio sobre el tema de la responsabilidad de las empresas transportistas de viajeros por carretera, tanto por el incumplimiento de la obligación de traslado, como por el de la obligación de seguridad. Para ello se parte del análisis del contrato de transporte teniendo en cuenta los elementos introducidos por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y su Reglamento. Contiene por último un estudio de los diferentes seguros que han de suscribir las empresas de transporte de viajeros y su incidencia en el sistema de responsabilidad.



**Título:** *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, 528 páginas

**Autor:** Alfredo Montoya Melgar, Jesús Galiana Moreno, Antonio Sempere Navarro, Bartolomé Ríos Salmerón

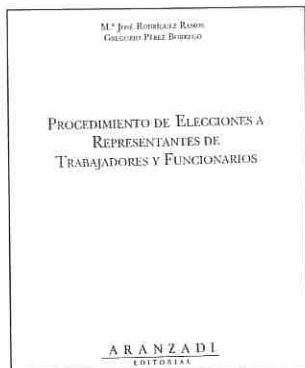
Se trata de una primera y útil aproximación al contenido que poseen todos y cada uno de los preceptos del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, verdadero eje de todo el sistema de relaciones laborales español. La autoría de los comentarios corre a cargo de un prestigioso y experimentado Equipo de Juristas que ya cuenta en su haber con conocidas y relevantes obras colectivas.



**Título:** *Régimen Jurídico de las Costas Españolas*, 1104 páginas

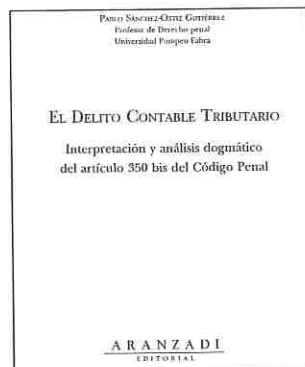
**Autor:** Juan Ramón Calero Rodríguez

La obra es un estudio sistemático y exhaustivo de los conflictos jurídicos derivados de la titularidad y utilización de las costas. El análisis se realiza sobre la base de la nueva legislación de costas (Ley 22/1988 y su Reglamento) que ha intentado configurar las técnicas jurídicas apropiadas para solucionar los dos problemas más graves que afectan al litoral español: su privatización y la degradación de sus características naturales.



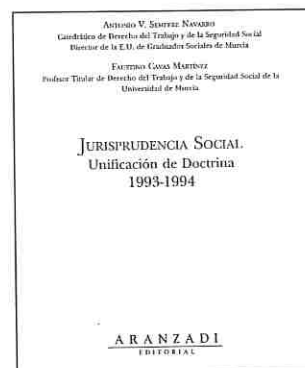
**Título:** *Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios*, 512 páginas  
**Autor:** M.ª José Rodríguez Ramos, Gregorio Pérez Borrego

Estudio detallado de las funciones que cumplen las elecciones sindicales, analizando primeramente las fuentes de regulación, para continuar con las distintas fases del procedimiento de elección de representantes unitarios de los trabajadores y de los funcionarios públicos, concebido tras las últimas reformas como un único proceso, aunque con especialidades en la función pública derivadas de la naturaleza de las personas jurídico-públicas.



**Título:** *El Delito Contable Tributario: Interpretación y Análisis Dogmático del Artículo 350 bis del Código Penal*, 722 páginas

**Autor:** Pablo Sánchez-Ostiz Guitiérrez  
 Esta obra constituye uno de los estudios más recientes en materia de delitos contra la Hacienda Pública, y particularmente, entre éstos, del delito contable tributario (artículo 350 bis del Código Penal). En ella, a través de una interpretación exhaustiva del texto, describe el autor el delito contable y las posibles diferencias con respecto a infracciones tributarias de la misma naturales.



**Título:** *Jurisprudencia Social: Unificación de Doctrina 1993-1994*, 987 páginas

**Autor:** Antonio Sempere Navarro. Faustino Cavas Martínez  
 Obra eminentemente práctica que sistematiza la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Su antecedente parcial son los estudios que mensualmente se publican en las revistas de Aranzadi Social. A través de su estudio se ofrece una panorámica global de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, incluyendo sus aspectos procesales.

**Título:** *La Privatización en España: Fundamentos Constitucionales y Comunitarios*, 334 páginas  
**Autor:** M.ª Nieves de la Serna Bilbao

El objeto de estudio de esta obra, se ha centrado en el desarrollo de las formas de privatización de la actividad económica y en la cada vez mayor huida del Derecho Administrativo por parte de los poderes públicos. Se plantean cuestiones como la crisis de aquel sector del ordenamiento jurídico, la aplicación del Derecho privado en la actividad económica desarrollada por los poderes públicos y en la actividad pública «administrar» y paralelamente, la posible existencia de límites concretos a la potestad organizativa de la Administración.

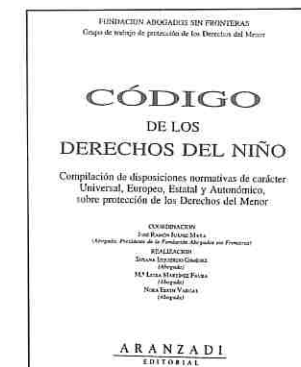
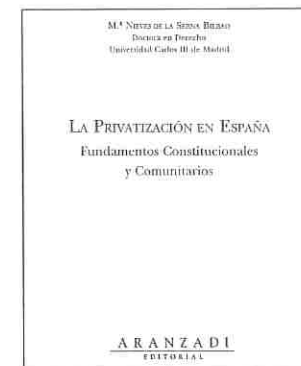
**Título:** *El Delito de Agresiones Sexuales Asociadas a la Violación*, 528 páginas

**Autor:** Carlos Suárez Rodríguez

A lo largo de más de 500 páginas se estudian los diversos aspectos jurídicos que plantea el delito de agresiones asociadas a la violación. Junto a un riguroso análisis doctrinal, con profusión de citas de autores nacionales y extranjeros -más de 1600- se ha investigado también las más de 1200 sentencias que sobre este tema ha emanado la Sala 2ª del Tribunal Supremo desde 1871, criticando en cada uno de los apartados de la obra aquéllas que se han manifestado en una u otra dirección.

**Título:** *Código de los Derechos del Niño*, 606 páginas

**Autor:** Fundación Abogados Sin Fronteras. José Ramón Juaníz Maya (coordinador)  
 Se trata de una recopilación de la legislación vigente sobre el tema de la protección del niño. Sistematiza adecuadamente la normativa del menor, proporcionando un panorama de la evolución legislativa desde los ámbitos más generales (Declaración Universal de Derechos Humanos y Declaración de los Derechos del Niño) hasta el tratamiento más particular (Legislación de las Comunidades Autónomas).



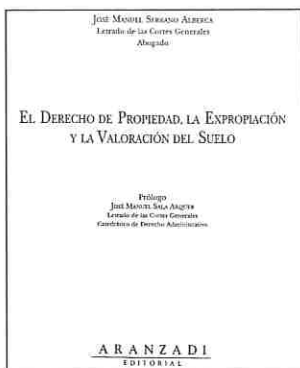


**Título:** *La Renta Vitalicia Onerosa, Estudio jurisprudencial y breve ensayo doctrinal*, 352 páginas

**Autor:** Juan Manuel Badenas Carpio

Estudio de la renta vitalicia. La obra se estructura en dos partes: la primera es un estudio jurisprudencial (por materias) que incluye un resumen de las Sentencias del Tribunal Supremo y de las Resoluciones de la D.G.R.N. que afectan directa o indirectamente a este contrato. La segunda es una exposición doctrinal sobre los aspectos técnicos que plantea la renta vitalicia al operador jurídico actual, vistos desde la perspectiva de su propio origen y a través de la luz que

proporciona el recurso al método iuscomparatista.



**Título:** *El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*, 336 páginas

**Autor:** José Manuel Serrano Alberca

Estudio de las conexiones existentes entre el derecho de propiedad, la expropiación y la valoración, todos ellos referidos al suelo desde una perspectiva urbanística:

- En materia de régimen jurídico del derecho de propiedad, se hace un recorrido por las garantías constitucionales, se analizan sentencias del Tribunal Constitucional y el enfoque de la Leyes de 1956 y 1976, así como la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia. Abarca además, los conceptos jurídicos

en Derecho Comparado, las posiciones doctrinales básicas, la Ley 1990 y el Texto Refundido en 1992.

- Enmarcada dentro de los principios básicos del urbanismo (equidistribución y reparto de plusvalías), se distinguen los dos tipos básicos de expropiación: para obras públicas y de interés social.

- La tercera parte del trabajo, conclusión de las dos anteriores, analiza los conceptos de plusvalía y expectativas urbanísticas, y los diferentes criterios de valoración de las Leyes del Suelo, criticándose el sistema de la Ley vigente por la confusión de los conceptos y su voluntarismo.

**Título:** *El Valor Catastral: su Gestión e Impugnación*, 480 páginas

**Autor:** Juan Enrique Varona Alabern

Estudio del valor catastral, magnitud de especial relevancia en nuestro sistema fiscal, puesto que tiene directa incidencia en buena parte de los impuestos que lo integran. Se analizan con rigor los problemas que suscita el procedimiento de determinación del valor catastral, el cálculo de su cuantía, las potestades de la Hacienda y sus límites, así como los mecanismos de defensa de los particulares ante determinadas actuaciones de la Administración Tributaria. Vinculada a estas cuestiones aparece la gestión tributaria en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (antes Contribuciones Territoriales), ya que es en este impuesto donde se regula al procedimiento para determinar aquel valor.

**Título:** *Derechos del Artista Plástico*, 224 páginas

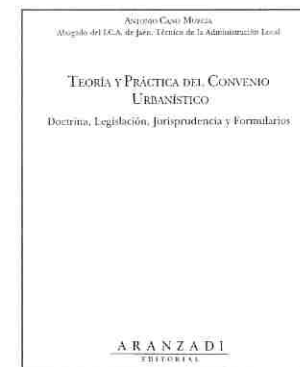
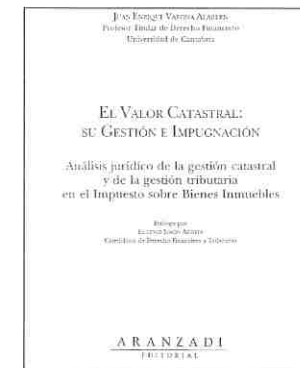
**Autores:** José Javier Hualde Sánchez, Ramón Casas Vallés, Javier Guitiérrez Vicén, Jane Ginsburg, Francisco Rivero Hernández y Alejandro Blanco Farauco  
**Coordinador:** Alberto Bercovit Rodríguez-Cano

En este libro se estudian, por eminentes especialistas, las cuestiones teóricas y prácticas más importantes relacionadas con los derechos de autor de los artistas plásticos: el derecho moral; el denominado «droit de suite», esto es, el derecho del artista a percibir un porcentaje del precio de las sucesivas reventas de su obra en el mercado; los derechos de los artistas plásticos en los Estados Unidos de Norteamérica; los problemas que plantea la reproducción de las obras artísticas propiedad de museos y colecciones privadas, y las cuestiones que suscita la circulación internacional de tales obras.

**Título:** *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios*, 352 páginas

**Autor:** Antonio Cano Murcia

Estudio de los convenios urbanísticos, institución de gran importancia en el desarrollo urbanístico de las ciudades, al contribuir por un lado a la adquisición de suelo por parte de los municipios, a la vez que sirven de instrumento eficaz en la gestión urbanística.

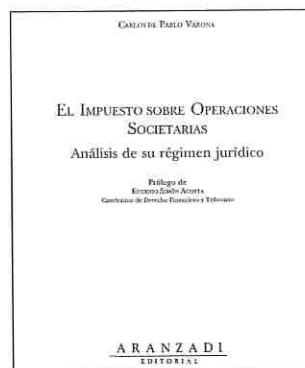




**Título:** *Las Licencias de Primera Utilización u Ocupación de los Edificios* (Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Formularios), 320 páginas

**Autor:** Antonio Cano Murcia

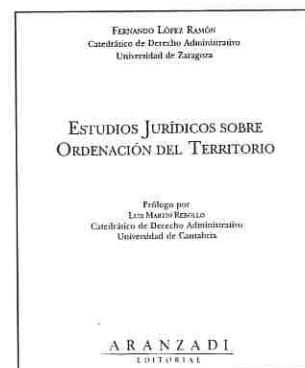
El objeto de este libro es introducir al profesional que por su trabajo cotidiano se ha de enfrentar diariamente con este tipo de licencias urbanísticas, ya que la licencia de primera ocupación, de alguna forma pretende limitar estos derechos, a la vez que está inmersa en los principios que inspiran el régimen urbanístico de las licencias.



**Título:** *El Impuesto sobre Operaciones Societarias. Análisis de su régimen jurídico*, 400 páginas

**Autor:** Carlos de Pablo Varona

La constitución y disolución de sociedades, el aumento y reducción de capital, la fusión y la escisión son operaciones gravadas por la modalidad de «Operaciones Societarias» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. En el presente libro se intenta ofrecer una exhaustiva visión del régimen fiscal que siguen tanto las mencionadas operaciones como las aportaciones efectuadas en su marco.



**Título:** *Estudios Jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, 240 páginas

**Autor:** Fernando López Ramón

Este libro trata de contribuir a la clarificación de los principales problemas que plantea la función pública de ordenación del territorio en el Derecho español. Problemas que se centran en el intento de responder a dos preguntas básicas: ¿qué es la ordenación del territorio? y ¿qué instancias son competentes para llevar a cabo la ordenación del territorio? La doctrina, los datos del Derecho positivo y la Jurisprudencia conforman el material de la exposición.