JUSTICIA 97

NÚMERO I

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

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

1997

JOSE MARIA BOSCH EDITOR — BARCELONA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«JUSTICIA 97»
ADMINISTRACIÓN (suscripciones), José M.ª Bosch, editor, Roselló, 22. 08029 Barcelona, Tel. 93 419 7750.
DIRECCIÓN (originales, libros para recensiones), Dr. Francisco Ramos Méndez, Paseo de Gracia, 92, 08008 Barcelona. Tel. 93 487 1112. Fax 93 487 3562
Todos los originales deben ser enviados con soporte informático.

© 1997, José M.ª Bosch, editor – Librería Bosch, S.L.
Roselló, 22 – 08029 Barcelona

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

Printed in Spain / Impreso en España por
COMETA, S.A. — Ctra. Castellón, Km. 3,400 — 50013 Zaragoza

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ÍNDICE

IN MEMORIAM
En memoria de Don Emilio Gómez de Orbaneja por Valentín Cortés Domínguez 5

EN ESTRADOS
La implantación del jurado en el sistema del enjuiciamiento criminal español por Francisco Ramos Méndez 11

DACIONES DE CUENTA
¿Un nuevo incidente de nulidad? por Joan Verger Grau 25
La conformidad como manifestación de la justicia negociada y la tutela judicial efectiva penal por Silvia Barona Vilar 33
Tutela efectiva y ámbito del recurso de apelación penal por M.ª Pía Calderón Cuadrado 63
La configuración jurisprudencial del concepto de la imparcialidad objetiva por Eduardo Bermúdez Ochoa 93
La exigencia de responsabilidad penal a jueces y magistrados: el antejuicio y su supresión por Francisco Ortego Pérez 165
Breves notas en torno a la prisión provisional: la «audiencia» del art. 504 bis 2 LECrim por Francisco Ortega Pérez 185
El Juez de Paz en España por Joan Picó i Junoy 197
Reflexiones sobre el estatuto jurídico del Juez togado. Independencia, autogobierno y presencia del ejecutivo en la jurisdicción militar por Pedro Álvarez Sánchez de Morellán 211
La tutela cautelar en los procesos de condena a la entrega de bienes productivos (comparación de la intervención judicial con las soluciones de otros sistemas europeos) por Juan Cámara Ruiz 225
La admisión y efectiva aplicación de la litispendencia en las relaciones internacionales. La regulación comunitaria por Elena Cano Bazaga 255
La reformulación frente a la negativa a responder a las cuestiones prejudiciales del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea por Manuel Cienfuegos Mateo 319

EXEQUÁTUR DE TÍTULOS PUBLICADOS 385

IN MEMORIAM

EN MEMORIA DE DON EMILIO GÓMEZ ORBANEJA

Prof. Dr. D. VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Emilio Gómez Orbaneja era el último gran maestro del Derecho Procesal que nos quedaba en la doctrina española; posiblemente, uno de los últimos grandes maestros que el derecho español ha tenido en la última época que va desde la guerra de 1936 hasta nuestros días. Su muerte, sin duda, supone el final de una época y el inicio de otra que será posiblemente mucho menos brillante que la que él representaba.

Estas líneas van destinadas a un público muy especializado, por lo que no tiene sentido que en ellas pondere lo que fue su obra, la influencia que ha tenido y el rastro que ha dejado y dejará en la doctrina científica procesal española. Relataría algo ya conocido, me quedaría corto y, desde luego, no tendría la perspectiva necesaria para poder hacer el estudio debido. Quiero, por eso, recordarlo de otra manera para decir, en muy pocas palabras, lo que tantas veces he dicho durante todo este tiempo: D. Emilio es otra cosa.

Hace veintiséis años conocí al Profesor Gómez Orbaneja. Me invitó a almorzar en el comedor privado del ya inexistente Banco Urquijo, en el edificio que ocupaba entonces y que está en la calle de Alcalá esquina a Barquillo, de Madrid. Entonces era Director General y Consejero del Banco, yo acababa de terminar mi tesis en Bolonia y tomábamos contac-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

to, pues yo quería trabajar con él en la Autónoma de Madrid. A él lo habían contratado y se había hecho cargo de la Cátedra de Derecho Procesal de esta Universidad. Debía de tener entonces 66 años, pero aparentaba muchos menos. Personifiqué, aquel día, lo que para los alumnos de las facultades de derecho, y para los que iniciábamos nuestra carrera investigadora, era todo un mito universitario y científico. Fue una manera, no se diga, bastante anormal de conocerse un maestro y su discípulo, pero no cabe imaginar reunión más universitaria.

Aquel día me encontré y conocí al que más tarde describió tan asombrosamente bien Jorge Guillén en esas dos páginas que encabezan el «HOMENAJE A EMILIO GÓMEZ ORBANEJA» (Madrid, 1977): me encontré al «joven Emilio» de 66 años. Toda una impresión que ha persistido hasta este momento.

Aquel día, también después, supe que Orbaneja era otra cosa; nada parecido a lo que había conocido en mi corta pero intensa vida universitaria en Granada y Bolonia y a lo que más tarde he conocido.

No me acuerdo de qué hablamos, pero no de otras cosas que de Derecho; de cualquier modo no se me olvidan dos cosas que me dijo y que han influido enormemente en mi formación universitaria: «a usted le gustan, como a mí, los temas fronterizos del Derecho Procesal» (a lo mejor, dijo «periféricos»; no me acuerdo bien); yo le había mandado días antes mi tesis doctoral italiana sobre «La inversión convencional de la carga de la prueba». Y para confirmarme la bondad de la elección del tema de tesis y, sin duda, para animarme y señalarme un camino, apostilló: «no se sabe Derecho Procesal si no se sabe Derecho Material», con lo que la gran carga de derecho material que tenía mi trabajo salió bien parada. En sensibilidad, como en todo, era un maestro y estaba sobrado.

Precisamente, por ese gusto por el derecho material fue capaz de escribir «Legitimación y representación» o algo tan sublime como «El ejercicio de los derechos», lo que él llamaba «variaciones sobre un tema de Thon», o se atrevió a encerrarse en la «casa de las siete chimeneas» con aquel inolvidable ciclo de meditaciones sobre «Fondo y Forma en el Derecho».

Tuve la suerte de encontrarme con él en esa etapa última de su inmensa carrera universitaria, la que empezó en los inicios de los años 70 en la Autónoma de Madrid y la que ha acabado en este raro mes de agosto; la etapa que el mundillo procesal de aquel entonces no se esperaba y la que dejó boquiabiertos a tantos desconocedores de la figura de D. Emilio.

Con él aprendí en el aula, en los pasillos de la facultad, en la calle,

en el Banco, en el Real; aprendí no sólo derecho y Derecho Procesal, aprendí algo mucho más importante: a sentirme universitario en el modo que él lo era, que, por cierto, difería algo de lo que otros practicaron. Escuché embobado historias maravillosas de lo que entonces, con toda admiración, afirmábamos como el mundo de Orbaneja y sus amigos (¡y qué amigos!); disfruté de su gracia, de su tranquilidad y de su sosiego; estuve atento para aprender el gusto, la actitud humana y universitaria, la seriedad científica, la caballerosidad, su manera de enfocar los problemas políticos, humanos, científicos y sobre todo, la sencillez que mostraba con los más jóvenes. Esta Revista, por ejemplo, que antaño fue una revista de jóvenes, nace días después de que él desinteresadamente hiciera lo posible para el relevo generacional en la dirección de otra; lo que otros curiosamente entorpecieron.

En definitiva, fue un maestro; fue mi Maestro.

Antes he dicho que al lector no es necesario resaltarle la figura jurídica de Gómez Orbaneja. De sobra la conoce, la ha estudiado, la utiliza y la interpreta día a día. De sobra conoce como defendía, mucho antes del advenimiento de la democracia y de la promulgación de nuestra Constitución, un derecho procesal, por tanto un proceso, en el que estaban presentes todos los grandes principios democráticos y de la libertad: su concepción del proceso y su interpretación de las normas procesales que están plasmadas en sus Manuales y en sus Comentarios a la LECrim son buena prueba de ello y han tenido la suerte de no envejecer, como, por el contrario, ha ocurrido con tantas otras obras, al aplicarse los principios constitucionales; aún más, algunas de las tesis del Tribunal Constitucional en materia de derecho de defensa tienen su base evidentemente en la doctrina de Gómez Orbaneja.

No tiene, pues, sentido que cuente a este público especializado lo que ya conoce. Creo que es mucho mejor que el lector de estas líneas tenga la misma sensación que yo tuve aquel septiembre de 1971 cuando lo conocí y que he tenido a lo largo de este tiempo hasta ahora. Orbaneja era distinto, por eso traslado a continuación las líneas que Jorge Guillén le dedicó en 1977. Nunca se hizo un retrato mejor de D. Emilio, ni yo podré superarlo.

Este es, pues, el Maestro que he tenido la suerte de tener durante 26 años.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EL JOVEN EMILIO

POR

JORGE GUILLÉN

El Emilio por excelencia —para quien esto escribe— no es el inventado por Rousseau sino el de Valladolid. Nos conocimos el año 23. En el Ateneo, calle de Mendizábal, hoy no, al final de una conferencia sobre Ronsard —se conmemoraba el cuarto centenario del gran poeta—, le felicité con la convicción inmediata de saludar a un hombre de talento. Desde un principio se le sentía una curiosidad en varias direcciones. El literato alternaba con el jurista: «Navegando ya a toda vela por las aguas precisas del Derecho romano», decía en una carta (26-XII-1926). Más adelante, refiriéndose a su tesis doctoral: «¿Dejaré escapar, entre sus rigideces, el suspiro lírico, o al menos literario?». No se trataba sólo, por supuesto, de actividades intelectuales. En la misma carta añadía: «Lo que más me preocupa de mi carrera es el *tono* precisamente». Esta palabra subrayada alude a ese elemento profundamente humano que caracterizaba y caracteriza a Emilio.

Todas las artes le interesan. «También llegaré —¿por qué no?— a saber algo de pintura» (14-III-1927). Nuestro joven estudioso lee en el Ateneo de Valladolid una Memoria «favorable al cubismo para que [se discuta] no sólo la pintura nueva, sino también la poesía y las artes». *Eramos amigos del pintor inglés Christopher Hall. Emilio deducía de sus cuadros «la lección de que no hay lirismo posible sin estructura»* (10-IV-1927). Excelente lección. Aquellos afanes se vivían con ardiente ahínco, y siempre lúcido: «lo lejos que estoy todavía —concluía él mismo— de mi estabilidad espiritual». Porque la buscaba. Emilio fue siempre gran viajero. ¿Francia? «Francia es siempre para nosotros un goce laborioso» (Bayona, 7-XI-1929). No se atenía a la superficie. (Ser sólo superficial es, por otra parte, una meta quimérica.) Escribía en París (11-V-1930): «¿Qué he hecho, pues? Vivir en París. Ya es bastante. Primero, retorcer el cuello al turista. E ir buscando, a cada día, sus centros normales, sus centros no mágicos, pero más seguros, normalidad que no excluye la sorpresa.» Se evita así la bambolla, la ostentación brillante. Se prefiere lo esencial significativo —y con sordina—.

El joven Emilio no para de explorar con avidez el mundo, de leer vorazmente y en más de una lengua. «¡Pero uno se vuelve a sentir tan joven con un idioma, con un país nuevos!» O sea: «Esta profesión de estudiante, de estudiante puro» (Bonn, 4-II-1931). Estado de ánimo que

no puede ser más juvenil. No se reduce aún el espíritu a los límites de una sucesión habitual. Sin embargo, acecha el exceso. «Pero me interesan demasiadas cosas para que no me sea demasiado peligrosa esta experiencia...» (Bonn, 28-XII-1930). Y también: «Estoy atormentado por este piafar terrible de la disponibilidad» (4-XI-1931). Admirable ejemplo de apertura. De ese modo se ahonda una juventud que hasta cierto grado nunca se extingue.

Fatalmente se encuentra Emilio en relación con personalidades de aquel tiempo. «La última quincena de septiembre —anota (24-XII-1929)— he pasado a solas con él, con Unamuno, tardes enteras. ¡Cuántos versos malos me he leído! Y a pesar de todo, ¡qué gran espectáculo humano!» Lo que importa no es la apariencia espectacular sino la sustancia entrañable. Muere Gabriel Miró, tan admirado por nosotros. Asiste a la última ceremonia. «Vi a Salinas emocionadísimo en el entierro de Miró» (16-VI-1930). Durante sus estancias en Bonn trata a Curtius, a Vossler. Hay conexiones amistosas con ausentes. Se cansa un poco de Bonn: «estoy con Bonn como Federico Moreau y Madame Arnoux cuando ya no tenían nada que decirse» (18-II-1931). Había leído con fervor la novela de Flaubert *L'Éducation Sentimentale*. (Por cierto, de esa gran obra hablamos una tarde, muchos años después, en Puerto Rico.)

El viaje es un acto apasionado: «Aquella hora que pasé callejeando en el centro del sol [Londres] vale tanto como la que pasé después viendo los cuadros» en el British Museum (22-III-1931). No se pierde nunca el sentido vital, incompatible con la pedantería. En Munich coincidió Emilio con Pedro Salinas, «que volvía de un congreso de Budapest. Pasé con él un día inolvidable. Munich le gustó mucho, y el poco tiempo que estuve con él aprendí a ver algunas cosas de otra manera» (22-IV-1931). En este aspecto, Salinas era único, muy sensible al valor inmediato —virginal todavía— del camino. Madrid le retendría a causa de su carrera. Allí vuelve a ver a Pedro Salinas. Y cuando hace oposiciones a la que será su cátedra, Derecho procesal, cuenta Emilio que Salinas dirá a uno de los jueces, «como supremo elogio, que el opositor, Emilio, merecería no saber procedimientos». Resaltaba el contraste en aquella ocasión entre aquella *sabiduría especializada y la cultura* tan abierta a los múltiples soplos del espíritu. Aquel opositor combinaba armónicamente sus diversos papeles: jurista, ensayista, aficionado a las artes —como después sería profesor, y después banquero.

Todo ello proponía un problema. «Aquí hay un drama de la vocación que hasta ahora no me he planteado del todo en serio» (Salamanca, 15-III-1932). ¿La «disponibilidad» puede conducir a la facilidad? Eso,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nunca. Emilio se mantiene —por temperamento y no por deber— a una altura superior. Hallándose en Bélgica (15-XI-1930) pensaba: «Todo es fácil aquí. Y, sin embargo... Ahora tengo ganas de volver a la dificultad y de vencerla.» (En Alemania y sus estudios alemanes.) Tampoco allí le contenta su esfuerzo: «El caso es que he perdido mucho tiempo. O lo he perdido en la línea recta y decidida que a estas horas ya debiera haber en mí. Como nunca, tengo la cabeza llena de proyectos, de dudas» (Bonn 4-II-1931). En el centro, la vocación. Y además... Es la encrucijada por antonomasia de la juventud. ¿Cómo se organiza lo más íntimo con lo más externo? Entonces creía Emilio «que lo menos importante es el engarce de la vocación verdadera en la topografía social». Más aún: «conviene lo incógnito en lo profesional». Pensamiento que irá iluminando el futuro. Mientras tanto, en la misma carta evoca sus recuerdos de aquel verano holandés. «Poesía estival. ¡Qué clara, qué serena, qué elegante ciudad para la mejor primavera! ¡La Haya! Y luego he visto muchas cosas, muchas ciudades, muchos cuadros, amigos, muchachas, jardines. He sabido a veces dar buenas corporizaciones a mi libertad.»

He admirado siempre en Emilio a un hombre de gran calidad, es decir, de muy complejas calidades complementarias. Ese conjunto de virtudes nunca se embrolla de modo severo o tedioso. ¿Aburrimiento con Emilio? Jamás. La inteligencia no se desvía en rodeos superfluos. La rectitud del carácter no tropieza en convenciones de moda. Con gran capacidad de afecto. Firme en el dolor y la desgracia, que no le han faltado. Todo el ser favorece su actitud acogedora. Una flexible ironía le ayuda a entender y soportar la comedia humana. A veces se indigna, a veces sonríe o se ríe. Este varón no podía carecer de la mayor virtud, quizá la más central: es generoso. Otro rasgo no se designa sino con un término indefinido. Se tiene o no se tiene gracia. Él la tiene. Ahí está Emilio, importante como si no lo fuera, y entre tantos vínculos. Ante todo, la esposa, las hijas, *el hijo*. Y luego, las muchas relaciones, los colegas. Y la simpatía para el prójimo, ese transeúnte, acaso interesante. («Ce monsieur qui passe est charmant», dice sin apenas verle un personaje en una comedia de Musset.) Una carta ya antigua (11-V-1930) recoge un momento sereno: «todo en su sitio, felizmente, y tu amistad segura». Así él, amigo constante y siempre acorde a su propia identidad: Emilio Gómez Orbaneja.

Cambridge, Massachusetts, agosto de 1976

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EN ESTRADOS

LA IMPLANTACIÓN DEL JURADO EN EL SISTEMA DEL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOL*

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal

En primer lugar creo que es un deber, no sólo de cortesía, sino además de caballerosidad, el rendir las más expresivas gracias a las autoridades académicas y queridos colegas que han tenido la brillante idea de organizar este acto concurrido, como no podía ser menos. Es para mí un privilegio el poder dirigirme a un auditorio tan numeroso. Me sumo, de esta manera, al homenaje que pretenden rendir estas jornadas al Prof. TIEDEMANN, brillantemente investido *Doctor Honoris Causa* por esta Universidad.

Dicho eso, y para ahorrar comentarios, supongo que ustedes esperan que haga un discurso académico sobre el jurado. Me parece que les voy a defraudar. A lo mejor, al final, estas expectativas iniciales se transforman en tomates, porque se pueden sentir estafados de lo que voy a decir. Esperaban ustedes una ilustración, más o menos brillante, sobre lo que es el jurado y de qué va a servir el jurado y se encontrarán con algún comentario leve, a vuela pluma, sobre algunos aspectos de lo que va a significar la implantación de la *Ley del Jurado*.

* Transcripción de mi intervención en el curso *La Reforma de la Justicia Penal*, organizado por la Universitat Jaume I y el Ayuntamiento de Castellón, el día 28 de febrero de 1996, con ocasión del doctorado *honoris causa* del Prof. Klaus Tiedemann.

Hay una cosa que para mí está clara y es que la implantación del jurado va a suponer un cambio de actitud por completo en lo que es la administración de la justicia penal. Yo he tratado de hacerme el harakiri, de abandonar el discurso académico y pretendo someterme a este lavado de imagen. No sé si lo conseguiré, pero voy a intentarlo. Por eso digo que, a lo mejor, se sienten estafados al final del cúmulo de obviedades que voy a decir.

No he escrito nada sobre el tema. Apenas he estudiado lo que es el jurado. No estoy ni a favor ni en contra: me da exactamente igual. Estoy en un momento casi de una formación profesional acelerada; una especie de esos cursillos al uso para ponerme al día, porque no doy asumido tantas novedades legislativas. Pretendo seguirlas todas a la vez, pero en materia procesal últimamente me encuentro un poco colgado, fuera de órbita. Lo digo sin ninguna vergüenza. A mí no me importa meter la pata y probablemente hoy la meta más de una vez, diga algún dato que algún ilustre oyente, y por supuesto, con mucha más autoridad algún ilustre colega, me va a enmendar la plana enseguida. Se lo agradezco porque realmente es la forma de aprender. En este aspecto, no tengo ninguna vanidad.

I. El jurado y el modelo de juicio criminal

Nos han endosado un jurado que va a entrar en funcionamiento de inmediato, en mayo. De entrada, el modelo de juicio por jurado se inserta en nuestro enjuiciamiento criminal. ¿Qué ocurre con el modelo de juicio criminal que tenemos o que teníamos hasta ahora en relación con el jurado? Teníamos, como saben, siendo exiguos, tres modelos de juicio penal: el juicio de faltas, el llamado procedimiento abreviado, con dos variantes y el llamado juicio ordinario. Ahora tenemos otro más, un cuarto: el juicio por jurado, distinto de los anteriores. Si hacemos una primera aproximación al tema, nos encontramos con que tenemos dos modelos de enjuiciamiento criminal que se basan en jueces legos: el juicio de faltas, en su escalón inferior y el juicio de jurado; y dos modelos que se basan en jueces profesionales, en jueces de carrera: el llamado procedimiento abreviado y el juicio ordinario. De estos cuatro modelos que tenemos ahora, tres de ellos son en doble instancia: el de faltas, el abreviado y el del jurado. El ordinario se ha quedado como un juicio en única instancia, con un recurso de casación ante el Tribunal Supremo. ¿Cuál de ellos ha planteado más problemas constitucionales? Sin lugar a

dudas, el primero de todos, el de faltas. Es el que más problemas constitucionales ha planteado, el que más veces ha ido al Tribunal Constitucional. En segundo lugar, el procedimiento abreviado. Y en tercer lugar el ordinario; la mayor parte de las veces por obsolescencia de sus normas. Unas normas dictadas en el siglo pasado lógicamente han quedado superadas por la Constitución del año 1978. Pero ya es sintomático que los juicios más modernos, los juicios que se han reformado más recientemente, el producto legislativo de nuevo cuño, es el que constitucionalmente ha dado más problemas. Es el peor de todos en calidad procesal y en calidad constitucional. Eso nos debería hacer pensar ¿qué es lo que va a pasar con el jurado? No lo sabemos. Yo sólo tengo puesto un interrogante, porque no me gusta avanzar juicios negativos gratuitamente, sino que me gusta aprovechar las instituciones tal como vienen dadas para ponerlas en práctica, porque eso es lo que tenemos que hacer todos.

¿Qué criterios ha seguido el legislador de distribución de los asuntos penales entre estos cuatro modelos de juicio? Hasta ahora el criterio por antonomasia era el criterio de la gravedad de la pena. Bagatelas llamadas faltas, juicio de faltas. Delitos castigados hasta un máximo de seis años, un solo Juez de lo Penal, por el trámite del procedimiento abreviado. Sólo los delitos ultra graves, por decirlo así, de más de seis años de pena, a un Tribunal colegiado, a una Audiencia. Este criterio, aún visto así, era excesivo. A mí me parece una absoluta barbaridad, lo digo sin ningún reparo, que un solo Juez, una sola persona, pueda enjuiciar y juzgar sobre la libertad de un ciudadano para poder llegar a imponerle hasta seis años de privación de libertad. Un Juez solo, como mucho, debería estar previsto para las bagatelas y para los delitos leves, no con el criterio siquiera del nuevo Código Penal, sino con un criterio de prudencia mucho más ponderado, que podría ser de un año, como mucho. Más, yo no me atrevería a hacer. Pues bien, este criterio de distribución de los delitos entre los diversos modelos de proceso penal se abandona por completo con la *Ley del Jurado* y nos encontramos con un listado simplemente. Ahora ya no hay una regla general, hay un listado de delitos que se encomiendan al jurado y ahí encontramos desde delitos que verdaderamente son graves, como el homicidio en todas sus diversas fórmulas y otros que, a lo mejor, no sé si debieran ser objeto de conocimiento por el jurado. ¿Qué me dicen, por ejemplo, de las amenazas? Un pueblo como el nuestro que, por un quítame allá esas pajas, enseguida se va un poco de la lengua, o enseguida se va un poco de la mano, pues probablemente con la nueva redacción del artículo 169 del Código Penal se corre el riesgo de que estos ciudadanos irascibles, aunque sea en un

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

campo de fútbol, acaben en un Tribunal de Jurado, por más que el delito a mí siga pareciéndome una bagatela. Pero bueno, el legislador ha sido así de caprichoso y lo que ha hecho es insertar un nuevo criterio de distribución de los asuntos que hasta ahora no tenía ninguna otra manifestación legislativa.

Tenemos que tener en cuenta además, y con esto acabo esta primera consideración, que al jurado se le ha dedicado una Ley Orgánica especial, aparte de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, que es el lugar donde se recogen todas las reglas del enjuiciamiento criminal. Esta Ley, como todo el mundo sabe, ha sufrido inmediatamente modificaciones, antes siquiera de entrar en vigor. O sea, que el producto en cuanto a su calidad ha tenido que ser corregido sobre la marcha, antes de venderlo en el mercado. Mal vamos. Pero bueno, no nos asustemos porque todavía no hemos probado este producto.

De esta primera consideración se deducen las siguientes conclusiones a mi modo de ver. La situación actual de enjuiciamiento criminal es absolutamente insostenible, porque no tenemos un modelo claro de enjuiciamiento criminal. Tenemos un abanico caprichoso, un abanico voluble y un abanico que ofrece diversidad de oportunidades procesales para situaciones que son iguales y que necesitan un tratamiento igual. La primera exigencia constitucional de todo sistema procesal es tener un procedimiento *claro*; que se sepa de antemano cuáles son las reglas de juego y que esas reglas de juego sean similares o prácticamente las mismas para todos los casos a tratar. Ello obligaría a una ponderación de los criterios que se deben seguir o que se deban seguir en el futuro para distribuir los juicios entre los diversos modelos penales. Además, se exige una cierta proporcionalidad al utilizar los recursos orgánicos personales que tenemos disponibles para tratar los asuntos penales. De este tema hablaré más al final, por eso queda sólo enunciado.

II. El jurado y la estructura del juicio criminal

Me he referido a la incidencia del jurado en el modelo del proceso penal. Me voy a referir ahora a otro tema conexo, que es la incidencia del Jurado en la estructura del proceso penal. Me he cansado de decir, por escrito, que las estructuras de cualquier juicio deberían ser lo más claras posibles, lo más sencillas posibles. He defendido también por escrito que la estructura de un proceso penal tipo se ajusta a tres fases únicamente: la instrucción, el juicio oral y la ejecución. No hay por qué

salirse de este esquema. No hace falta. Es un esquema suficientemente claro, comprensivo para cualquier ciudadano y además suficiente para tratar el proceso penal dogmáticamente, con todas las garantías constitucionales. Desde luego, si el jurado en si mismo era sólo atribuir a un grupo de ciudadanos legos, elegidos de una determinada manera, la fase de juicio oral, hubiera bastado eso, hubiera bastado no tocar la fase de instrucción y la fase de ejecución. La fase de ejecución obviamente no se ha tocado. Hubiera sido el colmo. Pero a la fase de instrucción, el legislador de la *Ley del Jurado* le ha metido mano, es decir, no se ha quedado quieto, no se ha limitado a hacer lo que tenía que hacer. Y lo dice además sin ningún pudor, sin ninguna vergüenza. ¿Por qué? Probablemente, porque desconfiaba, porque ciertas manifestaciones del procedimiento abreviado y del tratamiento que se le ha dado al procedimiento abreviado en la práctica, sobre todo en algunos casos de esos que están en los periódicos, y que han obligado a la clase política a desfilar por los Juzgados, le han parecido mal al legislador, le han parecido que quebraba algunas de las garantías constitucionales. Si hubieran tenido la precaución, los legisladores, de leerse lo que ya desde hace tiempo está diciendo la doctrina, lo que ya hace tiempo se escribe en los libros, hubieran podido obviar este tema. Pero aquí el legislador se ha considerado motivado a meter la cuchara por lo menos en dos temas. Ahora mismo, la instrucción de los juicios con jurado tiene dos trámites, que son los únicos que voy a resaltar, nuevos y completamente distintos en cuanto a lo que es la estructura del proceso penal, que hasta ahora conocíamos.

En primer lugar, hay un trámite dedicado a dar traslado de la imputación, traslado de la querella, traslado de la denuncia, traslado de esas primeras actuaciones que se hacen en cualquier fase de instrucción en un proceso penal a la parte imputada, denunciada, querellada, como se quiera llamar. Y eso se hace no simplemente mediante el traslado del escrito, dándole copia de la querella, copia de la denuncia. Por supuesto y eso es lo mínimo que se podía hacer. Ya está en la Ley de *Enjuiciamiento Criminal*. Vamos a ver: se convoca una *primera comparecencia*. Fíjense y vayan tomando nota, que esto significa una movida. Una movida supone que todo el mundo vaya al juzgado. Por lo tanto, que vayan al juzgado los letrados, que vaya al juzgado el fiscal, que vaya al juzgado el Juez y que el Juez le dedique un tiempo, porque es un trámite oral y por lo tanto hay que escuchar y hay que dedicarle un tiempo.

En segundo lugar, al final de la instrucción y esta es la segunda movida que hay en esta *Ley del Jurado* en la fase de la instrucción, hay

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

una *audiencia preliminar*, que también se realiza en una comparecencia en la cual se decide sobre el sobreseimiento o sobre la apertura del juicio oral. Siempre me he preguntado por qué el trámite de sobreseimiento y de apertura del jucio oral es el que dogmática y prácticamente ha planteado los mayores problemas del enjuiciamiento criminal español. Es un desastre. En cada uno de los juicios es distinto y en éste, como no podía ser menos, se añade una cucharada más de sal. En este caso concreto, se ha magnificado el juicio de acusación, como se empieza a llamar ahora, para decidir, nada menos que en una audiencia solemne y formal, si se sobresee el asunto o si se va al juicio oral. Cada opción, con unas consecuencias completamente distintas. No me interesa ahora la dogmática; me interesa resaltar solamente la movida. Esto es otra movida de personas y otra movida de fichas que tienen que ir a los juzgados. Acabo con la instrucción. Estas son las dos características, digamos externas, que quería resaltar en este momento.

Desde el punto de vista de la estructura del juicio oral, nos encontramos prácticamente con otra superabundancia de trámites, algunos de ellos exigidos por la dinámica de la puesta en marcha del jurado. Aquí sí que había que tocar efectivamente la Ley y aquí sí que se ha tocado. Veamos cómo se ha hecho.

Por un lado, hay un trámite de *cuestiones previas*. Ya había algo en el procedimiento abreviado. Ya había dado unos cuantos problemas en la práctica, sobre todo si se piensa que las cuestiones previas en el procedimiento abreviado se producen en la primera fase de la celebración del juicio oral, cuando todo el mundo ya está sentado en Sala, es decir, cuando ya está constituido el Tribunal y cuando ya ha empezado el juicio y la cola de testigos está esperando a la puerta. Muchas veces esos testigos tienen que volver a su casa porque esa mañana lo único que se discute son las cuestiones previas. Aquí el trámite, como no podía ser menos, se ha magnificado.

Luego hay ni más ni menos que un *auto de hechos justiciables* que se le obliga a redactar al Magistrado-Presidente. Un poco más tarde vendré sobre este aspecto de la cuestión. Tomemos nota por ahora de esta segunda actuación del juicio oral.

La tercera actuación *grosso modo* del juicio oral es la *constitución del Tribunal del jurado*, que supone una movida de un mínimo de 20 personas, por lo menos, y si no viene alguna de ellas, hay que volver a llamarlas y así sucesivamente hasta que consigamos que vengan estas 20 personas a fin de seleccionar nueve.

Cuarta movida: la *celebración del juicio oral* en sí mismo, es decir,

lo que hoy es el juicio oral, lo que hoy se ve. Esto es lo cuarto en el orden de actuaciones del Tribunal del jurado. En esta celebración del juicio oral, desde luego, habrá que abandonar aquel simulacro de lectura de las calificaciones provisionales que se daban por leídas, que se daban por supuestas en casi todas las Salas de nuestras Audiencias. Como estábamos entre profesionales, todo el mundo se daba por enterado de lo que decían los escritos de calificación. Ya lo sabíamos, ya se habían leído previamente. Ahora, con el jurado tendremos que hacer una lectura ordenada de los escritos de calificación y espero que esta lectura ordenada permita a los jurados enterarse de lo que trata el juicio. Los escritos de calificación hasta ahora, hasta este momento, son una rutina ininteligible, salvo para el que está en el ajo. Como ha cambiado el tomate y ahora estamos hablando con jurados, primero leemos los escritos de calificación, pero acto seguido se le da la oportunidad a las partes acusadoras y a las partes acusadas de explicar al jurado de qué va a ir el tema, cuáles son los objetivos de la acusación, cuáles son los objetivos de la defensa y con qué medios y pruebas van a contar y qué van hacer para sacar adelante el caso, según sus respectivos intereses. Tomen nota de este dato. Luego, superada esta fase, se desarrollan las pruebas, que es el hueso del juicio oral.

Pudiera pensarse que aquí acaba el calvario. No. Todavía el Magistrado-Presidente del Tribunal tiene que hacer otra vez los deberes. Los deberes se traducen en este caso en redactar el *objeto del veredicto*, es decir, en traducir a un papel ordenado y, como veremos dentro de un rato, claro, lo más claro posible, sobre qué tiene que pronunciarse el jurado. Esta tarea, estos deberes caseros, se le imponen ahora al Magistrado-Presidente del Tribunal como la quinta obligación en estos grandes grupos de problemas que tiene la fase de juicio. Luego viene la *deliberación del jurado*, luego la *lectura del veredicto* y por fin la *sentencia*. Ocho fases donde antes sólo había una, que era el acto de celebración del juicio oral que se reducía prácticamente a la prueba, según la experiencia de todos nosotros. Ya no más va a poder ser así. Habrá que entrar en la nueva dinámica.

Como hemos visto, la estructura que nos está ofreciendo el legislador nos obliga, desde luego, a emplearnos a fondo siempre que tengamos un juicio de jurado, tanto como parte acusadora como acusada. Tenemos muchas más oportunidades procesales en cuanto a la estructura de este juicio y de ellas hemos de sacar provecho en uno u otro sentido. Si yo tuviera que hacer un solo apunte conclusivo de todo esto, diría que me parece superabundante todo esto. No vamos a terminar nunca, pero ya lo

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

veremos un poco más tarde. Sobre todo hay un abandono de lo que en nuestra tradición se llamaba el *auto de procesamiento*. Hay un abandono de todo lo que significaba la teoría de la imputación, de todo lo que había escrito la doctrina, de todo lo que se había hecho y que era característico de nuestro derecho histórico-tradicional. Se ha abandonado por completo. Ya se había abandonado en el procedimiento abreviado y a raíz de eso se habían producido determinados desvíos constitucionales que están en la mente de todos. Ahora ya se le ha dado un carpetazo definitivo y se nos ha disfrazado todo este juicio de imputación sucesiva y todo este juicio de acusación definitiva a través de otra serie de oportunidades procesales que están por explorar. Yo no digo que sean buenas ni malas: están por explorar.

III. El jurado y los operadores jurídicos

Vengamos ahora a aspectos mucho más lúdicos y mucho más prácticos. He querido hacer esta introducción sobre el modelo y sobre la estructura para que todo el mundo tenga el cuadro. Ahora, en el breve tiempo que me queda disponible, voy a tratar de introducir los aspectos operativos, ya que ésta es la herramienta con la que tenemos que jugar. Me voy a detener en muy pocas cosas. La primera de todas se refiere a ¿qué significa para los operadores jurídicos la implantación del jurado? En concreto, para no aburrir al auditorio, sólo me voy a fijar en dos: en el papel o perfil del Magistrado-Presidente del jurado y en el perfil de los letrados, sea de la acusación, sea de la defensa.

El perfil del Magistrado-Presidente está por ver. ¿Cómo lo veo yo? Primero de todo, necesito que en la presidencia de un jurado haya un hombre con experiencia. No un magistrado bisoño. Lo he dicho con claridad ¿verdad? Me dirán, «—Hombre, en las Audiencias, normalmente, hay magistrados con experiencia». Sí, es cierto y también bisoños, añado. También hay magistrados pasados de vueltas, es decir, que están de vuelta de todo. Ya sé que esto es muy brusco decirlo así, pero lo entenderán enseguida cuando añada la segunda característica de cómo yo veo al Magistrado-Presidente.

El Magistrado-Presidente del Tribunal del jurado tiene que tener una paciencia infinita, extremo del cual adolecen muchas de nuestras Salas, comprensiblemente. Adolecen, porque los juicios se acumulan y no hay tiempo de despacharlos todos con comodidad. Los juicios, muchas veces, se despachan a una velocidad de vértigo, porque no hay más remedio y

porque estamos entre enteradillos. Es decir, el Magistrado sabe de qué va, los letrados saben de qué va, el Fiscal sabe de qué va. «A definitivas. Modifico: atenuante tres». Me da igual. Es como jugar a las cartas por señas. Esto ha sido así hasta ahora. Nadie se puede sentir herido en su sensibilidad. No es una crítica feroz. Ha sido así, nos ha servido el modelo, pero no sirve para el jurado. Esto no es el jurado que nos han dado. El Magistrado-Presidente tiene que tener una paciencia infinita, tiene que ser una persona dispuesta a hacer silla y mesa durante días en la presidencia de un jurado. He dicho *días*, no he dicho horas. No sé si todo el mundo está dispuesto a hacerlo. Si no es así, más vale que renuncien a la presidencia o que no le encomienden esta tarea. Hay otras cosas que hacer en las Salas.

El Magistrado-Presidente debe tener una formación jurídica flexible. No debe ser un carca, dicho con palabras claras. Aquí no podemos hablar con tapujos. No puede ser un carca, porque es que entonces chocará de frente con el sistema y acabaremos enterrando el sistema antes de que se ponga a funcionar. Yo estoy tratando de traducir al lenguaje vulgar, lo que se podía decir con unos términos mucho más inofensivos y mucho más floridos desde el punto de vista académico. El lenguaje vulgar, es el que vamos a tener que utilizar ante el jurado. El Magistrado-Presidente tiene que ser un gran lingüista. Tiene que saber gramática valenciana, castellana y de todo. ¿Por qué? Porque una parte importante de sus deberes, además del de paciencia, más incluso que su formación jurídica, el de paciencia sobre todo, una gran parte de los deberes que se le imponen son gramaticales. Redactar un auto de hechos justiciables, como dice la Ley pomposamente, es una tarea de chinos. Veamos el art. 352 del nuevo Código Penal que se dedica a los incendios forestales. El artículo es sencillo: *Los que incendiaren montes o masas forestales serán castigados con...* Auto de hechos justiciables: el señor tal ha incendiado el monte situado en el Campus de la Penyeta, punto. No. Lamentablemente, no. Eso el jurado no lo puede resolver. Al jurado habrá que darle una lista de actuaciones diseccionadas en proposiciones sencillas y en una redacción de hechos simples. Yo no sé si nuestros magistrados —por supuesto que lo que estoy diciendo ahora sirve también para los letrados— recuerdan la clasificación de los silogismos y las reglas de la lógica *Barbara, Celarent, Darii Ferioque prioris*: «El acusado salió *ex profeso* al monte, compró cigarrillos en el estanco, compró una lata de gasolina». Todo eso lo tendrá que decidir el jurado. Sí o no. «Se escondió a hurtadillas en un lugar lleno de madera seca propicia para encender fuego. El lugar estaba sí/no lejos del acceso rodado. Plantó o no

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

plantó la cerilla. Avivó o no avivó el fuego. Salió corriendo o no salió corriendo. Fue visto o no fue visto. Fue sorprendido con las manos en la masa lejos/cerca del lugar, con las manos oliendo a gasolina». He improvisado pero el Magistrado-Presidente no podrá improvisar. Tendrá que hacer un listado. Claro, que la defensa tendrá otra tarea similar: «El autor supuesto que resulta imputado vive en la ciudad, no tiene nada que ver con el campo. Se ha ido un fin de semana al monte. Ha pretendido simplemente hacerse la paella. Un día de sol en un lugar señalado *ad hoc* para hacer el picnic. De improviso, se levantó un viento huracanado, según confirma el servicio meteorológico. Además, al ver que se plantaba fuego, lo apagó con un extintor que llevaba *ad hoc*. El lugar, por otra parte, estaba cerca de la carretera, del tránsito rodado, por la cual circulaban muchos vehículos con las ventanillas bajadas y con gente fumando. Un automóvil Renault verde, matrícula que ignoro, lanzó inadvertidamente una colilla que plantó en la llesca y produjo el incendio. Además los bomberos fueron avisados inmediatamente por ese ciudadano que iba hacer el picnic, pero lo que ocurrió es que tardaron en llegar, pues como los guardias de la opera bufa, lo hicieron al final de la película». Estos ejercicios de redacción no sé si están al alcance ni del Magistrado-Presidente ni de los letrados, pero tenemos que acostumbrarnos a hacerlos. Ya me he metido bastante con los Magistrados. Estoy consumiendo mi tiempo y voy a dar dos últimas pinceladas.

Los letrados, el perfil de los letrados. El perfil de los letrados tiene que cambiar completamente. La estrategia va a ser el alma fundamental del letrado que quiera actuar frente al jurado. La estrategia. Hay miles de posibilidades. Esta Ley es riquísima. ¡Me encanta! Sea como acusador, sea como letrado defensor. Da un juego tremendo. Seguramente el punto incisivo de los letrados está en el teatro, en la oratoria. Llama la atención el que hasta el presente, de los cursos que yo he visto anunciados sobre el jurado, ninguno de ellos versa sobre el contenido dogmático del jurado, sino sobre la puesta en escena. *Curs d'expressió oral amb públic*. Aquí. Sí, sí. Con diploma y con todo; con video y con todo. *Técnicas importantes*: control del nerviosismo, de la emotividad, de la timidez, *relaxació, auto-control, desinhibició, confiança, preparació del discurs, anàlisi del auditori, objectius, temps disponible, llenguatge verbal, virus, incorreccions del registre,...* Estos son los cursillos que se venden ahora. No vamos equivocados. Acabo de regresar de los Estados Unidos y un ilustre, digamos actor-letrado, que es jurista, me explicaba que, en su opinión, el 80% del oficio en este caso es teatro y el 20% es formación jurídica. Hagamos teatro y esto se parecerá a un *show*. Los

juicios con jurado serán *reality-shows*, de los cuales habrá que suprimir la palabra *show* pero sí que serán reales. Le estamos hablando a gente de la calle, y no le podemos hablar de la antijuricidad, de la obcecación o de la preterintencionalidad o de cosas de éstas, porque no hay quien lo entida y hay que traducir el lenguaje jurídico a un lenguaje normal. Por lo tanto, aparte de ser también un gran orador y un buen actor, debe ser un gran traductor del lenguaje jurídico al lenguaje ordinario que entiende y que habla el hombre de la calle, que es el jurado.

Además debe acostumbrarse a actuar en un escenario móvil. Ahora estamos todos aquí sentados y todos ahí escuchando. Pero si tengo al jurado no. No lo dice la Ley en ningún sitio, pero espero que el Magistrado-Presidente no me impida levantarme de la mesa y dirigirme al jurado, como se hace en las películas americanas. ¡Porque yo he visto muchas películas! Y ya que me han puesto un jurado a la americana, quiero utilizar todas y cada una de las posibilidades que me da la Ley, y como no está prohibido en ningún lado de la Ley, pues no me quiero quedar sentado, porque yo hablo mejor de pie. Además, quiero hablar cara a cara al jurado, parándome, mirándolo fijamente, viéndolo. —Ah, es que no me creen—, pues es que esto es el jurado, por mucho que nos parezca ahora que es un cachondeo. Yo no, porque pienso hacerlo seriamente y por eso he dicho que el Magistrado-Presidente debía tener una paciencia de santo para aguantarme, a mí y a los demás letrados que sigan este camino.

IV. La duración razonable y la onerosidad del juicio por jurado

Bueno, dos pinceladitas, bueno para acabar de dorar la guinda. ¿Qué decir de la duración razonable de un juicio por jurado? Se lo voy a decir muy claramente: la Ley que tenemos del jurado es una Ley ingenua. Tan ingenua que ha creado un juicio por jurado pensando que sólo vamos a tener un caso. Cada Tribunal va a tener un caso al año o un caso al mes y así sí que va a funcionar. Si no es así, piénsese que en el juicio por jurado —recuerden las etapas que he anunciado— hay como siete u ocho juicios sucesivos de los de ahora sumados. En cada una de las audiencias, hay un juicio y yo no pienso renunciar a ninguna de esas audiencias; a ninguna. Es decir, nombrar un jurado, seleccionar los jurados me va a llevar una mañana entera. Y se lo digo de antemano. Tengo que interrogar a 20 personas. Tengo que preguntar qué piensan, qué hacen, cómo lo ven para quedarme con 9 sólo. Pues me va a llevar una mañana

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

o más. Y no pienso renunciar a ello. Bueno, si es así, no sé, habrá que empezar a organizar las audiencias de otra manera. El que se crea que el juicio por jurado va a responder a ese principio que llamamos académicamente de *concentración*, todo en un acto, vamos que es un iluso de tomo y lomo. A ver si vamos a citar 20 jurados el primer día, a los testigos, a las partes, todo el mundo para que vengan todos el primer día. Lo podemos hacer escalonadamente: vengan ustedes 10 por la mañana y 10 por la tarde, porque yo con cada uno me voy a echar media hora. No traigan ustedes a 20 personas a la puerta a las nueve de la mañana, citándolos todos a la misma hora, porque van a estar haciendo antesala en muchas de ellas hasta última hora de la tarde. No me citen ustedes a los testigos todos el primer día porque el primer día no va haber juicio, ni el segundo, ni el tercero. Probablemente a la segunda o a la tercera semana, porque primero voy a plantear cuestiones previas, segundo cuando me tenga que dirigir al jurado les voy a contar qué es lo que voy a decir y me voy a tomar mi tiempo, no se lo voy a resumir, se lo voy a explicar bien, didácticamente para que lo entiendan, en lenguaje común. Entonces, claro, necesito tiempo. Organícemelo por tanto en audiencias razonables. No hay que hacerlo a la española. Somos desaforados. Empezamos un juicio a las diez de la mañana, nos quedamos sin comer para acabar a las cuatro o a las cinco de la tarde y a veces lo hacemos hasta las altas horas de la noche. Pues no, no. Quiero descansar. Soy humano. No. Háganlo ustedes con un horario: de diez a una, cortamos, nos vamos civilizadamente a comer, haremos siesta o no haremos siesta, volvemos a una hora prudencial y seguimos, el día 1, el día 2, el día 3 y el día 25. Me da igual. Ah, no es así. Entonces no me cuenten la historia del jurado, si no es así. Pero yo me he leído la Ley y me he creído que era así y quiero usarlo.

¿Qué decir de la onerosidad? Bueno, basta pensar que si hay siete u ocho juicios, por fuerza, los juicios por jurados sean siete u ocho veces más caro. Basta pensarlo. Son las cuentas de la vieja. Si es así, piensen que hay que mover a un mínimo de dos docenas de personas una o dos veces por lo menos. Hay que mover al jurado que son nueve, como mínimo, un par de veces y hay que organizar la intendencia. Aparte de pagarles las dietas, que no sabemos cuanto son, por lo menos, algo le pagarán. Hay que darles de comer. No vamos a acabar en un día sólo. Se van a ir a su casa y van a volver. Se lo digo yo. Seguro de todo. ¿Van a mantener ese aislamiento? Ah, bueno, ¿a ver en qué hotel, dónde los alojamos? Habrá que alojarlos. Supongo que los hoteles querrán cobrar. No tengo que insistir en todo este tipo de cosas, porque la intendencia

supone una carga onerosa para el enjuiciamiento por jurado, que espero que no falle, porque si no, es que me ha engañado el legislador y me ha engañado el sistema. Y no estoy dispuesto a consentirlo, que eso es lo peor. Yo, el juicio por jurado quiero llevarlo hasta el final.

Evidentemente el juicio por jurado, entre otras cosas, desde este punto de vista de la onerosidad, queda fuera de los cauces razonables de la asistencia jurídica gratuita. Con las retribuciones del turno de oficio, un juicio por jurado, hoy en día, es absolutamente insoportable. No lo puede soportar la abogacía, ni el colega digamos más benévolo lo puede hacer. Tal vez me equivoque. Siempre nuestro país fue un país de quijotes pero, bueno, es el momento de ser menos quijotes y más personas razonables. En cambio, el juicio por jurado será óptimo para las defensas de lujo. Basta ver, si se quiere citar un caso extranjero, el caso O. J. Simpson, que tantos pensamientos controvertidos ha suscitado sobre el sistema.

En fin, agradezco muy de veras la paciencia que ha tenido el auditorio, la mesa, para seguir mi deshilvanado discurso. El único mensaje que yo quiero dejar es que nos han dado un jurado, que yo pienso utilizar a fondo, con todas las ventajas que tiene el sistema y tratando de sacar el máximo provecho posible. Ya he dicho al principio que no tenía nada a favor ni nada en contra de la institución. Yo sólo quiero usarlo. Espero que me dejen. Nada más.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DACIONES DE CUENTA

¿UN NUEVO INCIDENTE DE NULIDAD?

JOAN VERGER GRAU
Catedrático de Derecho Procesal

1. Sobre la nulidad de actuaciones ya se ha escrito, entre nosotros, un considerable cuerpo de doctrina[1]. Sin embargo, parece que esta literatura procesal ha pasado desapercibida a la hora de proponer cambios legislativos en el sistema. Ya el Anteproyecto de ley de modificación de la LOPJ que publicaba el Boletín de las Cortes de 4 enero 1994 (serie A, n.º 45.1) proponía un *incidente* de nulidad después de sentencia firme[2], y aunque entonces no llegó a nacer, ahora acecha de nuevo.

En efecto, en la nueva versión propuesta por el M.º de Justicia se

1. Sin ánimo de exhaustividad, ha de citarse a MÁRQUEZ CABALLERO, J.: *Nulidad y subsanación ex officio en el proceso civil*, R.D.Pr. 1945, n.º I, pp. 15 a 27; GIMENO GAMARRA, R.: *El incidente de nulidad de actuaciones*, R.D.Pr. 1949, I, pp. 511 a 525; ALSINA, H.: *La nulidad en el proceso civil*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1950; MORÓN PALOMINO, M.: *La nulidad en el proceso civil español*, Barcelona, 1957; SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Actos procesales ineficaces (en Estudios de Derecho Procesal)*, Barcelona, 1969, pp. 459 a 468; *El incidente de nulidad de actuaciones*, en Justicia 81 (n.º especial), pp. 43 a 94; VERGER GRAU, J.: *El incidente de nulidad de actuaciones*, Barcelona, 1982; *La nulidad de actuaciones*, Barcelona, 1987; *La incidencia de la sentencia en la nulidad procesal*, en Justicia 83, n.º III, p. 417 a 476; MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J. M.: *La nulidad de actuaciones en el proceso civil* (2.ª ed.), Madrid, 1996; HERNÁNDEZ GALILEA, M.: *La nueva regulación de la nulidad procesal*, Barcelona, 1995, etc.

2. El texto de este Anteproyecto y su comentario pueden verse en mi artículo *La incidencia (...)*, cit. en Justicia 93, III, pp. 470 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

puede leer: *Artículo primero: en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se añaden los apartados 3 y 4 del siguiente tenor:*

«3. No se admitirá el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hubieran causado indefensión y que no haya sido posible denunciar antes de recaer sentencia no susceptible de ulterior recurso o resolución, igualmente recurrible, que ponga fin al proceso».

«Será competente para conocer de este incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días desde la notificación de la sentencia o la resolución firme o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión. El Juzgado o Tribunal no admitirá a trámite cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones».

«4. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado tercero de ese artículo, quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles y se dará traslado de dicho escrito a las demás partes, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde. Si la parte que pide la nulidad considera necesaria la celebración de vista para la práctica de prueba relativa al vicio o defecto, lo solicitará así en el escrito, indicando con la posible precisión las pruebas de que pretende valerse».

«En el plazo común de cinco días, las demás partes podrán evacuar el referido traslado y formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que estimen pertinentes».

«Si el Juez o Tribunal estimase necesaria la vista, dispondrá que ésta se celebre en el plazo de diez días y, dentro del quinto día siguiente, dictará la resolución que proceda, que no será susceptible de recurso alguno.»

2. La modificación parece hecha pensando más en los tribunales que en los ciudadanos. Estos, al fin y al cabo, cuando sufren una nulidad que les causa indefensión y ya no existen medios ordinarios o extraordinarios en el orden jurisdiccional correspondiente, pueden acudir al recurso de amparo. Por el contrario, si se concede el incidente de nulidad después de sentencia firme, que puede presentarse en el plazo de veinte días desde que la parte **«tuvo conocimiento del defecto»**, se va a permitir, tanto a las partes personadas como a las ausentes (involuntarios o rebeldes) mantener, **indefinidamente**, la precariedad de una sentencia

firme, perpetuando la **inseguridad jurídica** *ad libitum*. Esta situación se producirá, por ejemplo, si el demandado ausente del proceso puede demostrar la existencia de vicios de forma en el emplazamiento, que le ha causado indefensión, y pretende, años después, anular una sentencia de divorcio o de nulidad matrimonial o sobre una acción reivindicatoria.

Adviértase que, siendo el *dies a quo* del incidente, *«en todo caso»*, aquél en que se tuvo conocimiento del defecto, se deja la puerta abierta a la inseguridad jurídica en perjuicio de la parte que obtuvo la sentencia con fuerza de cosa juzgada, que *«es un principio esencial del proceso fundado en la seguridad jurídica»* (STC. 15 nov. 1990; FJ2). *«La protección (del art. 24 CE)* —dice el Tribunal Constitucional— *carecería de efectividad si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme»* (STC. 20 jun. 1988). Ciertamente, ni la audiencia al rebelde, ni el recurso de revisión, ni siquiera el de amparo constitucional (todos ellos medios extraordinarios) tienen tan dilatada pendencia ni pueden producir, durante tanto tiempo, tanta incerteza e inseguridad en los ciudadanos[3].

3. Por otra parte, el presupuesto típico del incidente, *«los defectos de forma que hubieran causado indefensión»*, contiene también dos trampas: ¿qué se entiende por *defectos de forma*? y ¿qué alcance hay que dar a la indefensión? Porque, por *defectos de forma* puede entenderse, bien sólo *«la disposición externa que han de presentar los actos procesales»*, o incluir también en el concepto *«los requisitos procesales de los diversos actos y la acomodación de éstos a las exigencias de los correspondientes principios del proceso»*[4], o incluso, *los vicios procesales, en general* (STC. 11 mayo 1991) y las *«violaciones de derechos fundamentales en el curso del proceso»* (STC. 16 nov. 1992).

Si la interpretación es *estricta*, muchas de las violaciones de derechos fundamentales seguirán accediendo, directamente, al amparo, y ni se habrá asegurado la *subsidiariedad* de este recurso, ni se habrá creado un *«remedio»* eficaz para que los propios Jueces y Tribunales, en cuya

3. El plazo para interponer el recurso de audiencia al rebelde varía, según la forma del emplazamiento, desde cuatro meses a un año, siendo el *dies a quo* el de la publicación de la sentencia en el B.O.P. (arts. 775 a 777 LEC). Para interponer el recurso de revisión civil, el plazo es de tres meses desde que se «descubrió» la existencia del hecho que lo motiva (art. 1.798 LEC), pero *«en ningún caso podrá interponerse el recurso después de transcurridos cinco años desde la fecha de publicación de la sentencia»* (art. 1.800 LEC). En fin, el plazo para interponer el recurso de amparo es el de veinte días *«a partir de la notificación de la sentencia recaída en el proceso judicial»* (art. 44 LOTC).

4. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1985, T. I, pp. 559 y 572.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

jurisdicción se cometieron otros *defectos que también hubieran causado indefensión*, puedan corregirlos, aun después de sentencia firme.

Por el contrario, si la interpretación es *más amplia*, también va a serlo la *inseguridad jurídica* del que haya obtenido sentencia firme, sin que por ello se evite el recurso de amparo contra la resolución que resuelva el «incidente» y que tanto podrá formular el promotor del mismo como su contraparte, privada, a su juicio, del derecho fundamental a la tutela *efectiva*.

El concepto de *indefensión* es también distinto en el ámbito estrictamente procesal y en el constitucional, pues en éste se requiere no sólo haber perdido una oportunidad procesal, sino, además haber agotado todos los medios de impugnación adecuados al alcance del interesado; los medios que «*estando a la disposición de las partes para procurar la reparación del derecho constitucional que estiman vulnerado (...) pueden ser comprendidos como normalmente procedentes de acuerdo con la legislación procesal*» (STC. 114/1992, de 14 septiembre). En estos medios hay que incluir el recurso de ***audiencia al rebelde***, de cuyos presupuestos de admisibilidad tampoco «*cabe hacer una interpretación literal que podría conducir a resultados arbitrarios y aún absurdos*», pues «*una interpretación conforme a la Constitución de la regulación de la audiencia al rebelde conduce a aceptar su viabilidad para atender las pretensiones de rescisión de sentencias firmes, por haberse desarrollado el proceso* ***sin la intervención del demandado****, siempre que* ***ello constituya un supuesto de indefensión****, lo mismo si ha existido un* ***emplazamiento válido****, obedeciendo su incomparecencia a causas extrañas que le impidieron comparecer, que si la indefensión está causada directamente por la* ***irregularidad del emplazamiento***» (STC. 15/1996, de 30 de enero).

4. Lo cierto es que los defectos procesales que producen la nulidad *absoluta* y pueden causar *indefensión*, se corrigen por las partes *personadas*[5], o por el Juez, de oficio, a través de los **recursos o del incidente de nulidad** del art. 240.2 LOPJ antes de sentencia definitiva[6].

5. Y también, naturalmente, por la parte *no personada y en rebeldía «involuntaria»* antes de sentencia definitiva, con el fin de que se le restituyan las oportunidades procesales precluidas *(restitutio in integrum)*. Vid. mi obra *El incidente (...)*, cit. p. 147 a 259.

6. A pesar de que la Ley de Reforma Urgente de la LEC de 1984 pretendió suprimir el incidente de nulidad de actuaciones, éste, como no podía ser de otro modo, sobrevivió en el art. 240.2 LOPJ, puesto que las nulidades absolutas que, de oficio, puede declarar el Juez, previa audiencia de las partes, constituyen una *cuestión incidental* que se resuelve a través de un *mini-incidente*, ya sea de oficio, ya a denuncia de las partes y en el que tampoco hay que descartar la aportación de documentos o de principios de prueba. Vid. mi obra *La nulidad de actuaciones*, cit. pp. 227 a 307.

Ello es así porque los actos procesales son conocidos por las partes **personadas** con antelación suficiente para que puedan intervenir en ellos (publicidad interna o derecho de audiencia), gracias a los **actos de comunicación** que propician el derecho de defensa y audiencia. La falta de audiencia, o es imputable a la propia parte personada, o al tribunal, por falta o defecto en el acto de comunicación y, en tal caso, cabe el incidente o el recurso. Sólo queda **indefensa** la parte si la nulidad se produce en la última instancia y cuando ya no puede intervenir, ni con el incidente antes de sentencia, ni con el recurso, por tratarse, precisamente, de la última instancia. Le queda, sólo, el recurso de amparo.

Ahora bien, si se quiere intercalar otro medio de impugnación entre la sentencia de última instancia y el amparo cabe, bien generalizarlo para todas las nulidades de relevancia constitucional y conceder, en todo caso, el recurso de casación del art. 5.4 LOPJ, aun cuando se atribuya su competencia a los Tribunales Superiores de Justicia, o bien optar por una medida de mucho menos alcance (dejando otras nulidades o vulneraciones de derechos fundamentales para el acceso directo al amparo), como la que se propone en el anteproyecto, para *los defectos de forma que hayan causado indefensión*. Pero en tal caso, en aras a la **seguridad jurídica y al juicio justo**, hay que **limitar el «incidente» a las partes personadas**, pues los **ausentes involuntarios** han de recibir un tratamiento distinto para que, probando cumplidamente la involuntariedad de su ausencia, puedan obtener, no sólo la subsanación de un defecto determinado, sino la ***restitutio in integrum*** del proceso, adaptando a la Constitución el actual **recurso de audiencia** (como vuelve a recordar la STC. 15/1996, de 30 de enero)[7], que ha de permitir que las partes —demandante y demandado— puedan alegar y probar ampliamente el hecho de la involuntariedad o no de la ausencia y puedan utilizar los recursos ordinarios contra la sentencia que en esa audiencia se dicte (art. 783.4 LEC)[8].

5. Por consiguiente, si, de un lado, al «rebelde» involuntario ha de

7. Vid., también, la STC. 15 nov. 1990, FJ6, cuando dice: «*Sería preciso interpretar las normas procesales que integran alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable a los derechos fundamentales (...)*», y la STC. 8/1993, de 17 de enero que recuerda que «*por las especiales características y condiciones de viabilidad con que se encuentra regulado el mismo (recurso de audiencia) en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y a tenor de la anterior doctrina (...) es un medio de impugnación que no cabe calificar de normal o razonable previsión por la parte*».

8. Vid. mi obra: *La rebeldía en el proceso civil*, Barcelona, 1989; *La incidencia de la sentencia (...)*, cit., en Justicia 93 III, p. 429 y ss. y SAMANES ARA, C.: *La tutela del rebelde en el proceso civil*, Barcelona, 1993, en esp. pp. 133 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

garantizársele la *restitutio in integrum*, tutelando también al demandante en su derecho a oponerse a ella a través del recurso de audiencia y si, por otro, las partes personadas disponen de los recursos y del incidente del 240.2 LOPJ para impugnar las nulidades antes de sentencia definitiva, *sólo nos queda por cubrir los defectos de los actos de comunicación a estas mismas partes personadas, cuyo defecto consiste, precisamente, en su inexistencia o nulidad que impide su eficacia, y cuando ya no pueden ser impugnados a través de los recursos ni del incidente del 240.2 LOPJ porque ha recaído sentencia en última instancia.*

Pues bien, para este **sólo supuesto**, el incidente que se propone es *notoriamente excesivo y entraña peligros desproporcionados* a su finalidad. Bastaría con un ligero retoque en los arts. 279 LEC y 180 LECrim relativos a los actos de comunicación. Después de declararse, en ambos preceptos, que *las citaciones, notificaciones y emplazamientos que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto en la ley serán nulas*, y de haber matizado que, *sin embargo, cuando la persona notificada, citada o emplazada se hubiere dado por enterada en el juicio, surtirá desde entonces la diligencia todos sus efectos (...)*, sería preciso añadir que *si la nulidad del acto hubiese producido indefensión a las partes personadas (o al imputado*, en el proceso penal) *y hubiese recaído sentencia definitiva y firme* (en la LECrim, sólo la condenatoria, pues la absolutoria no es revisable)[9], *la parte podría pedir la nulidad del acto —y de la sentencia— al propio Juez o Tribunal que la hubiere dictado, en el plazo de cinco días*[10] *a partir de su notificación*[11]. Naturalmente, se podrían acompañar los documentos que justificaran la nulidad y los que la contraparte aportara también, lo que, normalmente, cubriría la inmensa mayoría de casos. Nos obstante, como se prevé en el Anteproyecto, no estaría de más otorgar otras pruebas en casos extraordinarios, a practicar en la correspondiente vista, que finalizaría con las conclusiones orales de las partes.

En fin, en tal caso no sería siquiera necesario modificar el art. 240

9. La sentencia absolutoria firme no puede anularse, ni siquiera ser objeto de recurso de revisión (arts. 742 y 954 LECrim).

10. Es el plazo «ordinario» de la apelación. La duración de este recurso, normalmente sin prueba ni vista, sería muy breve y sus efectos dañinos sobre la seguridad jurídica, mínimos.

11. Si la parte está personada, la notificación no presenta problema ninguno y el *dies a quo* del recurso está claramente determinado. No obstante, en los raros supuestos en que la notificación a la parte personada fuese ineficaz o nula cabría, entiendo, declarar su nulidad fundada en el art. 240.2 LOPJ, a instancia de parte o incluso de oficio, puesto que no podría considerarse «definitiva» y firme una resolución no notificada y susceptible todavía de una *impugnación por nulidad*.

LOPJ, pues este medio de impugnación (cuya naturaleza se acercaría más a la del *recurso* que a la del *incidente*) sería, en cualquier caso, *uno de los demás medios que establecen las leyes procesales para impugnar la nulidad*, previstos, expresamente, en el párrafo primero —*in fine*— del repetido art. 240 LOPJ.

6. Ahora bien, de lo que se trata, sobre todo, es de *prevenir las nulidades* o, al menos, de corregirlas a tiempo. Ello necesita urgentemente una modificación legislativa y, mientras tanto, reforzar al menos la vigilancia de la práctica de los actos de comunicación, y que, en último término, el Organo jurisdiccional o el Secretario revise *efectivamente* su existencia, corrección y eficacia antes de cerrar la instancia[12].

7. Una última reflexión. Si prospera el incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia definitiva como se propone en el Anteproyecto, y en él se permite presentar alegaciones, pruebas y concluir en una vista, ¿por qué no se puede utilizar análogo procedimiento **antes de sentencia definitiva**, por ejemplo, cuando el demandado «rebelde» involuntario se entera del proceso y quiere obtener la *restitutio in integrum*, compareciendo y demostrando la involuntariedad de su rebeldía mediante documentos y, excepcionalmente, con otras pruebas?, ¿por qué es tan «cicatero» en «mini-incidente» del 240.2 LOPJ y por qué supuestos análogos reciben tratamiento distinto?

12. Este es el sentido, por ejemplo, del art. 337 y 372.2 LEC.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA CONFORMIDAD COMO MANIFESTACIÓN DE LA JUSTICIA NEGOCIADA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA PENAL*

SILVIA BARONA VILAR
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO:

I. La conformidad como manifestación de la justicia negociada: A. Consideraciones previas; B. La conformidad como mecanismo de consenso penal. — II. Líneas generales sobre la conformidad en el derecho comparado. A. EE.UU.; B. Italia; C. República Federal de Alemania. — III. Régimen jurídico de la conformidad en el proceso penal español. A. Ordinario por delitos graves; B. Abreviado; C. Procedimiento ante el Tribunal del Jurado. — IV. La sentencia de conformidad y su impugnación. A. Resolución de conformidad; B. Impugnación. — V. A modo de reflexión.

* Conferencia pronunciada el 28 de febrero de 1996 en la Universitat Jaume I de Castellón en el curso sobre «La reforma de la justicia penal», en homenaje al Prof. Dr. Klaus Tiedemann, investido doctor *honoris causa* por dicha Universitat.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. La conformidad como manifestación de la justicia negociada

A. *Consideraciones previas*

Aunque la conformidad no es una institución nueva, sí lo es el sentido que en los últimos años ha ido otorgándole el legislador español. Hoy la conformidad se encuadra entre las vías que, cada vez más, están surgiendo como el germen de un movimiento que busca una tutela paralela a la que, siguiendo el mandato constitucional, venía siendo la tutela judicial otorgada por el Poder Judicial.

Nos hallamos ante cauces judiciales o no judiciales pero con connotaciones que escapan a los criterios y principios generales del Poder Judicial, para la resolución de las controversias jurídicas.

Esta búsqueda de soluciones por parte de los operadores jurídicos se dirige en tres direcciones:

a) Aquellos que afirman que la vía de solución de esta crisis viene por el camino del aumento de medios materiales y personales de la Administración de Justicia; la solución, en consecuencia, es puramente económica, lo que implicaría que a más partida presupuestaria, menos problemas se mantendrían en el apartado de la justicia.

b) Los que, desde posiciones políticas más poderosas, mantienen la proliferación legislativa procesal como única vía de introducir soluciones, que, por otra parte y en muchas ocasiones, obedecen a parches, soluciones apresuradas trasladadas incluso del derecho comparado[1]. Son muchos los ejemplos que podríamos exponer aquí, y en los que se pone de manifiesto la inoperancia de instituciones que carecen de raigambre histórico en un determinado país e implican una distorsión del sistema, de manera que, al final, desemboca en el fracaso.

c) Los que buscan fuera del Poder Judicial la solución de los conflictos o controversias jurídicas. La tan desgastada idea de que la vía jurisdiccional no funciona, bien porque crea desigualdades e injusticias, bien por su lentitud, ha provocado un movimiento, iniciado fundamentalmente en los EE.UU. que viene denominándose *Alternative Dispute Resolutions*, trasladable a todos los órdenes jurisdiccionales, pero respecto del orden jurisdiccional penal plantea algunas dudas que vamos a tratar de desarrollar a continuación.

1. Una crítica interesante a esta superproducción legislativa procesal de estos últimos años nos la da A. De la Oliva Santos, en su reciente trabajo *Acerca de la reforma procesal*, Revista de Derecho Procesal, 1995.1, pp. 141-180.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En el Orden jurisdiccional penal se plantean muchos más problemas respecto de la configuración de alternativas a la jurisdicción que en los otros órdenes jurisdiccionales y ello por la propia configuración que éste tiene. La razón fundamental se asienta en la existencia de tres monopolios básicos[2]:

1) El monopolio del *ius puniendi* del Estado, que lleva a la afirmación de que es al Estado al que pertenece la consideración de una conducta como sancionable penalmente y si así es, no existe posibilidad de que las partes puedan disponer de la persecución o no de los hechos, el medio para ello (con prohibición de la autotutela) y las consecuencias jurídico-penales que deben derivarse (en cuanto que ni de forma privada es posible imponer penas ni tampoco dejar de imponerlas). En suma, este monopolio implica la indisponibilidad por los particulares del derecho penal.

2) Este reconocimiento formal del monopolio estatal del *ius puniendi* necesitará completarse con la determinación de los órganos del Estado que van a ejercer el mismo. Y esos órganos son los jurisdiccionales.

3) Ese *ius puniendi* estatal que se opera por los órganos jurisdiccionales tan sólo va a poder aplicarse a través del proceso.

Junto con estos tres monopolios se halla el derecho de los particulares de poder acudir a los órganos jurisdiccionales penales y que sean esos órganos —por su estatuto de imparcialidad— y no otros los que ejerzan el derecho penal a través de un proceso, asentado, en cuanto a los principios que rigen la presencia de las partes en el proceso, en los principios de dualidad de posiciones, contradicción e igualdad.

La desfiguración de estos monopolios, a través de las alternativas a la jurisdicción, nos llevan a afirmar la existencia en el orden jurisdiccional penal de:

1. *Legítima defensa*. La prohibición en todo nuestro ordenamiento jurídico de la autotutela se extiende lógicamente al orden jurisdiccional penal. Sin embargo aquí encontramos algún supuesto, permitido legalmente, de autotutela, la legítima defensa. En ella se permite resolver el conflicto jurídico planteado extrajurisdiccionalmente y extraprocesalmente.

2. *Disponibilidad* que se deja a los particulares en materia de delitos perseguibles a voluntad tan sólo del ofendido (*delitos privados o se-*

2. Montero Aroca, J., *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*, La Ley, 1994.

miprivados) o bien en aquellos en los que es posible el *perdón del ofendido* (delitos de calumnia e injuria).

3. La atribución a los *jueces de paz* de competencias en el orden jurisdiccional penal podría, cuanto menos, plantear dudas acerca del cumplimiento de dichos monopolios, así como la posible creación de los denominados *jueces de barrio*, a los que podría llegar a extendérseles competencias penales, aunque no está clara su posible configuración, por lo que no podemos determinar el grado de quiebra que dichos jueces de barrio podrían implicar en el sistema punitivo español.

4. *Conformidad.* La conformidad surge como una institución polémica, de la que como en cualquier medio de solución basado en el consenso, habría que cuestionar hasta qué punto la solución es más justa.

B. *La conformidad como mecanismo de consenso penal*

La conformidad es una institución polémica por cuanto, en el fondo, detrás de este instituto procesal penal se halla la discusión *principio de legalidad versus principio de oportunidad* en el proceso penal. Los que defienden la introducción de la oportunidad en el proceso penal están por fomentar los mecanismos consensuados, mientras que los que mantienen el proceso penal necesario, consecuencia de los monopolios derivados del ejercicio del «ius puniendi», son detractores de esta institución.

Cuando se habla de proceso penal oportuno se está olvidando la configuración legal y constitucional de los monopolios antes expuestos que desarrollan la garantía jurisdiccional en la aplicación del derecho penal; lo que significa, en nuestro país, afirmar que se acepta perfectamente que el titular del *ius puniendi* del Estado dejaría de ser el órgano jurisdiccional para pasar a serlo el Fiscal. Con ello se conseguiría desplazar al Juez por el Fiscal, que, al fin y al cabo, no es sino un representante del Poder Ejecutivo, del Gobierno, con una clara infracción del art. 117.3 CE en relación con el art. 25 también del texto constitucional.

Los mecanismos consensuados en el proceso penal no hacen sino cuestionar la propia existencia de la tutela judicial efectiva penal e incluso algunas de las garantías constitucionales que se enmarcan por nuestro legislador como parámetros de conducta en el desarrollo del proceso.

Así, podríamos afirmar con Schünemann[3] que mediante este instituto «se desnaturaliza completamente la estructura procesal penal». Con el instituto de la conformidad se producen una serie de quiebras en el sistema procesal penal:

I. Lo que es irremediable es la afirmación de que la conformidad, cuanto menos, cuestiona la tutela judicial efectiva penal, sobre todo si se tiene en cuenta que ésta se cumple cuando se garantiza el derecho de acción de los ciudadanos y al Fiscal (teniendo en cuenta que la acción penal implica el derecho a la iniciación del proceso, a la realización del mismo practicando el juez instructor toda la actividad oportuna para descubrir los hechos y determinar los autores de los mismos) y el derecho de penar de los órganos jurisdiccionales (monopolio del Estado). Esta segunda vertiente queda claramente quebrada cuando se obtiene la conformidad del acusado con las calificaciones del Ministerio Fiscal, dado que al juez se le limitan las facultades de penar que se derivan del propio texto constitucional.

II. Cuando el art. 24.2 CE proclama, en el marco de la tutela judicial efectiva, el proceso con todas las garantías, está integrando al juez imparcial, debiendo afirmar que la imparcialidad del juez decisor sólo existirá si no ha efectuado actividad inquisitiva alguna contra el acusado[4] (Véase a este respecto la STC 145/1988, de 12 de julio).

La conformidad rompe con ese proceso con todas las garantías, como mecanismo de defensa, afectando a algunas de las garantías concretas constitucionales, que se refieren ya a aspectos más específicos del proceso, algunos de los cuales se hallan en íntima conexión con la contradicción. Vamos a tratar de determinar algunas de ellas.

III. Se producen lesiones a los principios que inspiran el sistema procesal penal español, como sucede, por ejemplo, con el principio de la oralidad, cuando estas conformidades se van a llevar a cabo fuera del juicio oral y sin la presencia judicial; principio que se deriva de la afirmación del art. 120.2 CE, cuando se dispone que el procedimento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. Y, asimismo, se lesionan los principios de inmediación y de publicidad (art. 120.1 CE),

3. En *¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, en «Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania», Cuadernos del CGPJ, n. 8, 1991, p. 54.

4. MONTERO AROCA, J. (con otros), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 30.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

por las mismas razones antes apuntadas, como consecuencias claras que son del principio de oralidad.

IV. Con la conformidad puede llegar a producirse una quiebra del principio de presunción de inocencia[5], cuando éste se entienda como necesidad de practicar pruebas en el juicio oral, dado que este instituto implica la renuncia a la práctica de dichas pruebas, asumiéndose con ello una sentencia condenatoria. Y asimismo implica una afectación de la presunción de inocencia la no existencia de razonamiento en las sentencias en virtud del cual se llegue, tras la práctica de la prueba, a la convicción judicial. El art. 120.3 CE debe ponerse en conexión con el art. 24.2 CE.

V. El problema que puede existir en estas soluciones consensuadas es el de que el acusado puede llegar a sentirse compelido para realizar las mismas, incluso mediante el uso de coacciones de aquel que se halla en la mejor posición jurídica. Es decir, el más poderoso es quien en muchas ocasiones impone sus fines, pero por su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica[6].

No olvidemos, como apunta ORTELLS RAMOS[7], que la conformidad «acaba por generar un ambiente constrictivo..., de manera que ésta (la conformidad) se halle continuamente rozando la lesión del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2)... y, sobre todo, cuando puede ser negociada... puede ser forzada mediante la amenaza de sostener una acusación más grave».

VI. Asimismo la conformidad implica la introducción de poderes de disposición sobre el objeto del proceso penal, rompiendo con el monopolio del Estado respecto del ejercicio del *ius puniendi*. Con la conformidad se produce lo que se ha venido llamando[8] la apoteosis de la instrucción, dado que en muchas ocasiones implica llegar a un acuerdo en esta fase con la renuncia al juicio oral.

VII. Finalmente, en el campo del derecho penal produce también una serie de incongruencias y de incompatibilidades con los fines y funciones del Derecho Penal, dado que, por un lado, se pone en tela de juicio el *ius puniendi* estatal, y, por otro, se cuestionan las teorías de la pena, desvirtuándose, a través de la conformidad, los principios de determinación e individualización de la pena. Sin olvidar, en todo caso, que la víctima queda prácticamente al margen de la conformidad y ésta supone, de alguna forma, una quiebra de sus expectativas en la justicia.

II. LÍNEAS GENERALES SOBRE LA CONFORMIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

La polémica suscitada por un instituto como el de la conformidad no ha sido obra exclusiva de la doctrina española sino que obedece a un planteamiento de bases legales, doctrinales y jurisprudenciales dispares también en los sistemas de nuestro entorno. Es por ello que nos parece interesante exponer algunas líneas sobre dicha institución en el derecho comparado, comenzando por EE.UU., país donde los sistemas consensuados de resolución de las controversias jurídicas han surgido, crecido y desarrollado como en ningún otro sistema.

A. *EE.UU.*

En EE.UU.[9] se ha desarrollado, desde hace unos cien años, un nuevo modelo de procedimiento: el *plea bargaining*. En éste se negocia entre la fiscalía y la defensa el reconocimiento de culpabilidad del acusado de antemano, es decir, que, mediante este acuerdo el M.F. promete hacer una recomendación al tribunal que será beneficiosa para el acusado, bien por retirar algún cargo o acusación, bien por imposición de una sentencia menor...; a cambio, el acusado se compromete a manifestar su culpabilidad. Esta práctica se desarrolló hace cien años, en un principio, sin la aprobación del legislador o los altos tribunales y está reconocida legalmente en la actualidad en la mayoría de los Estados Unidos y en los

5. Si bien la presunción de inocencia no es exclusivamente penal, sí es en este campo donde mayor impacto produce, significando fundamentalmente:

a) Todo imputado-acusado es inocente mientras no se declare lo contrario en sentencia condenatoria.

b) El imputado-acusado no necesita probar nada, dado que la prueba corre a cargo de los acusadores, de modo que si falta la misma debe dictarse sentencia absolutoria.

6. Interesante (a considerar) es la StPO alemana, y, en concreto el & 136a, que prescribe la utilización de amenazas con medios legalmente inadmisibles como la promesa de ventajas legalmente no previstas. El & 136a StPO consagra la garantía de no declarar contra sí mismo, extendiendo correctamente también a la promesa de ventajas, pues éstas tienen también como reverso una amenaza concluyente de la desventaja en caso de rebeldía y, de esta manera, constituye una forma de coaccionar para conseguir una confesión.

7. ORTELLS RAMOS, M., *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, Justicia 89-IV, p. 557.

8. Vide SCHÜNEMANN, *¿Crisis del procedimiento penal?*, cit., p. 56.

9. SCHÜNEMANN, B., *¿Crisis del procedimiento penal?...*, cit., pp. 49 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

procesos federales. Su constitucionalidad ha sido confirmada expresamente por la *Supreme Court* en una serie de resoluciones.

La proporción de los *plea bargaining* frente al juicio oral es de 10 a 1 [10]. Y tal es así que en algunos Estados los datos estadísticos demuestran que el 90% de los asuntos se resuelven sin llegar al *trial* [11] y, por tanto, mediante la negociación entre las partes.

Se ha afirmado [12] que el único instrumento del que disponen los tribunales para reducir el trabajo pendiente es aquel que induce, mediante el *bargaining*, al mayor número posible de imputados a declararse culpables a cambio de la promesa de un tratamiento más indulgente.

Se ha suscitado en el país en los últimos veinte años, una polémica en torno a la naturaleza y a la oportunidad de mantener este mecanismo procesal. Las críticas han venido de distintos sectores de la sociedad, es decir, tanto de políticos, como de la doctrina científica más cualificada.

Para los *políticos*, apunta BROWN [13], este acuerdo consensuado es la causa de la atenuación del rigor sancionatorio, que perjudica tanto a las exigencias de la prevención general, cuanto a las propias de la prevención especial. Los políticos han promovido campañas, con el apoyo de los jueces y los *prosecutors*, en favor de la reforma del consenso, con el intento de limitar estas formas consensuadas, e incluso han conseguido una menor utilización del *plea bargaining* en algunos estados. No obstante, la oposición no ha sido lo suficientemente fuerte como para acabar con esta institución, quizás, en gran parte, por cuanto los mismos *prosecutors* y jueces han dado marcha atrás y han seguido defendiendo y haciendo uso de la misma.

La *doctrina* más crítica entiende que el *plea bargaining* no es sino una forma de degradación de la justicia penal norteamericana, que no tutela los intereses de la sociedad ni tampoco los derechos de los imputados. Algunos autores propugnan la abolición de esta institución [14]; otros, aún entendiendo que efectivamente el *plea bargaining* conlleva elementos de injusticia y de desestabilización social, mantienen que es un componente del proceso penal americano y ven difícil que se suprima de la práctica judicial, porque se produciría un stock en el desarrollo de los procesos penales americanos [15].

Al analizar el instituto del *plea bargaining* nos encontramos con que podemos hablar de tres categorías [16]:

A. *Sentence bargaining*: Se trata de aquel acuerdo entre el imputado y el juez y/o el M.F. a través del cual, ante una declaración de culpabilidad del primero, se le promete la aplicación de una pena determinada o, en su caso, determinable, dentro de unas variantes al respecto establecidas. Van a ser posibles dos vías para llevar a cabo la *sentence bargaining*, cuales son: bien a través de la participación directa del juez en el *plea bargaining*, o bien mediante la renuncia a la determinación de la pena por el juez y, en consecuencia, la aceptación de la presentada por las partes consensuantes [17].

B. *Charge bargaining*: Cuando el imputado se declara culpable de uno o más hechos delictivos a cambio de la promesa de que no se ejercitará la acción penal por otros delitos que le son imputados [18].

C. *Forma mixta*: Consiste en resolver el proceso a la vez con el *sentence* y con el *charge bargaining*. Generalmente la contribución que hace el acusado es su confesión, a cambio de la disminución de cargos o de la concesión de una condena, evidentemente más benévola de lo que en teoría le correspondería. No obstante, también su participación en estos casos podría consistir en la devolución de propiedades robadas, en el compromiso de una indemnización o restitución a la víctima, en dar información a la policía, o en testificar contra otros [19].

10. BOLAND, *The Prosecution of Felony Arrests*, 1979, Bureau of Justice Statistics, Washington D.C., 1983.

11. De los datos estadísticos se extrae que el instituto se utiliza más en aquellos delitos de mayor violencia que en hechos punibles tales como, por ejemplo, los delitos contra el patrimonio. A título ejemplificativo podemos afirmar que, mientras los porcentajes de los juicios por violencia carnal, robos y homicidios oscilan entre el 10 al 45%, el porcentaje para los hurtos y delitos en materia de estupefacientes desciende a niveles que se colocan entre el 10 y el 17%.

12. DALEY, R. M., *Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattimento*, en «Il processo penale negli stati uniti d'America» (AMODIO/BASSIOUNI), Giuffrè, Milano, 1988, p. 155.

13. BROWN, J., *Meriti e limiti del patteggiamento*, en «Il processo penale negli stati uniti...», cit., p. 141.

14. Así lo manifiesta FINE, R. A., *Plea bargaining: an unnecessary evil*, Marquette Law Review, 1987, n. 4, Vol. 70, pp. 627 a 630.

15. WENINGER, R. A., *The Abolition of plea bargaining: a case study of El Paso country, Texas*, UCLA Law Review, 1987-88, n. 35, pp. 312-313.

16. BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

17. People v. Ferguson, 361 N. E. 2d 333 (Ill. App. 1977); People v. Killebrew, 330 N.W. 2d 834, 838 (lich. 1982), entre otros.

18. Commonwealth v. Maroney, 223 A. 2d 699 (pa. 1966); Christian v. State, 195 N.W. 2d 470 (Wis. 1972); State v. McIntyre, 235 S.E. 2d 920 (N.C. 1977); State v. Wolfe, 175 N.W. 2d 216 (Wis. 1970); U.S. v. Ammidown, 497 F 2d 615 (D.C. Cir. 1973).

19. U.S. v. Ammidown, 497, F. 2d 615 (D.C. Cir. 1973).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Hasta 1968 puede afirmarse que la mayoría de los acuerdos obtenidos no se plasmaban por escrito sino que, de alguna forma, respondían a la conclusión verbal de unas negociaciones entre las partes. Como resultas de lo anterior, se venía produciendo, como señala NIEVES[20], lo que se llamaba *plea bargaining under the table*, es decir, un acuerdo oculto, que traía como consecuencia malentendidos, injusticias y promesas incumplidas. De ese modo se daban casos en que imputados que se declaraban culpables con la esperanza de obtener una determinada pena, evidentemente inferior, se encontraban con condenas a penas mucho más severas de las acordadas.

Ello provocó la necesidad de una regulación procedimental de esta institución, de la que surgieron las *Federal Rules of Criminal Procedure*, así como las *Standars for Criminal Justice* de la *American Bar Association*, que han establecido el papel que debe jugar el Fiscal en este instituto, así como el abogado defensor y el juez, para construir con ello una orgánica disciplina.

También de gran importancia son las *Guidelines*, elaboradas por la *United States Sentencing Commission* (1984), que fijan unas líneas a seguir, dejando o considerando siempre como una función jurisdiccional el establecimiento de la condena penal. A través de estas *guidelines* se pretende convertir al juez en un guardían que controla la actuación del fiscal, para evitar que el fiscal no haga un uso equivocado de este instituto.

En conclusión, puede afirmarse que en EE.UU. el instituto del *plea bargaining* es sui generis, forma parte integrante del sistema de la justicia penal norteamericana, y, pese a los intentos por los detractores de eliminarle del Derecho Procesal Penal, lo cierto es que sigue ejerciendo un papel importante dentro del apartado procesal penal norteamericano, y —creemos— por mucho tiempo seguirá cumpliendo este papel.

En las perspectivas de reforma[21] de esta institución, hay una serie de datos a tomar en consideración, que, de alguna forma, han sido apuntados por los estudiosos de esta materia[22], cuales son:

a) La necesidad de establecer en todo caso unas normas de actuación del Fiscal.

b) La necesidad de establecer las condiciones de actuación y las facultades del juez.

20. NIEVES, I. S., *Alegaciones preacordadas («Plea Bargaining»)*, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, 1985, n. 54-2, p. 864.

21. Véase al respecto mi libro, *La conformidad en el proceso penal*, cit.

22. WEIGEND, TH., *Absprache in ausländischen Strafverfahren*, 1990, p. 76.

c) Necesidad de establecer los elementos formales del desarrollo del procedimiento del consenso.

d) La posibilidad de incluir una pequeña vista para que, de esa forma, tanto el imputado como la víctima puedan tomar parte en la misma.

Todas ellas han de tomarse como pautas en el desarrollo de los parámetros que, en el futuro, deben perfilar el sistema y el procedimiento del *plea bargaining* en EE.UU., teniendo en cuenta que el modelo americano va a tener incidencia en aquellos otros sistemas anglosajones en los que, con sus correspondientes matices, van a conocer también del instituto del *plea bargaining*, básicamente Canadá y Gran Bretaña.

B. *Italia*

Fue la Ley de 1988 la que introdujo la gran reforma en el proceso penal italiano, reforma que no entró en vigor hasta el año siguiente. Junto con el procedimiento ordinario, se regulan las siguientes vías o cauces procedimentales: *giudizio direttissimo, giudizio immediato, giudizio per decreto, giudizio abbreviato, y applicazione della pena su richiesta delle parti (patteggiamento)*, pretendiendo todos ellos la anticipación y simplificación procesales.

La *Applicazione della pena su richiesta delle parti* (arts. 444 a 448 c.p.p.), instituto que es el que ahora nos interesa de cara a la institución de la conformidad, presenta los siguientes caracteres:

1) Tiene su precedente legal en el ordenamiento jurídico italiano en los arts. 77 a 84 de la Ley de 24 de noviembre de 1981, n. 689. Siguiendo a LATTANZI[23] podemos afirmar que la similitud de este *patteggiamento* con el establecido en la ley n. 689 resulta realmente remota, encontrándonos en realidad en presencia no de un hijo del antiguo *patteggiamento* sino de un nieto, en el que las características de la estirpe se encuentran más fuertemente transformadas.

Se diferencia del antiguo *patteggiamento* en que el anterior tan sólo era posible cuando se tratara de supuestos en los que se imponían sanciones sustitutivas (pena pecuniaria o libertad controlada), mientras que en la actualidad tiene por objeto la aplicación de una sanción sustitutiva, una pena pecuniaria o una pena privativa de libertad que, teniendo en cuenta las eventuales circunstancias atenuantes y la posterior disminución de hasta un tercio de la pena prevista en el supuesto de esta institución,

23. LATTANZI, G., *Giudizio abbreviato e patteggiamento*, Cass. Pen., 1988, p. 2195.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

no supere los dos años de reclusión o de arresto, solo o conjuntamente con una pena pecuniaria.

Hemos de distinguir también la *applicazione della pena su richiesta delle parti* del nuevo procedimiento abreviado, dado que mientras que en éste nos encontramos ante un *patteggiamento sul rito*, es decir, que va a tener consecuencias en cuanto al procedimiento, en la nueva institución se establece un *patteggiamento sulla pena*.

Por último es importante tener en cuenta la distinción con el *plea bargaining*. Mientras el *plea bargaining* encuentra su base en el desarrollo del principio de oportunidad de la acción penal, el instituto italiano tiene necesariamente que estar sujeto al principio constitucional de la legalidad de la acción penal del art. 112 de la Constitución italiana. Presenta respecto del *plea bargaining* numerosas similitudes, dado que también en el campo del *plea bargaining* el representante de la acusación pública acuerda con el imputado el tratamiento sancionatorio que será objeto de la solicitud llevada a cabo ante el juez: falta también a este último la facultad de conformarse o rechazar el acuerdo realizado por las partes.

2) La iniciativa para poder hacer uso del mismo puede provenir tanto del Fiscal como del imputado, siempre que dicha solicitud se formule en cualquier momento previo a la apertura del juicio oral.

3) Respecto del papel que va a jugar el órgano jurisdiccional en esta institución, hemos de partir de la situación que se ha producido al plantearse diversas cuestiones de inconstitucionalidad tras la introducción de este instituto en los arts. 444 y ss. c.p.p.

Fue finalmente la S de 2 de julio de 1990, n. 313 (Gazzetta ufficiale 1, serie speciale, 4 julio 1990, n. 27), la que declaró la inconstitucionalidad del art. 444, 2 c.p.p. italiano en cuanto no prevé que, a los fines y en los límites establecidos en el art. 27,3 CI el juez puede valorar la congruencia de la pena indicada por las partes, rechazando la solicitud en hipótesis de valoraciones desfavorables. Esta sentencia ha negado, por tanto, que el juez, al resolver en función de lo previsto en el art. 444 c.p.p., haya ejercido unos poderes de carácter notarial. En consecuencia, el juez va a poder rechazar la solicitud de las partes y disponer que se proceda según el procedimiento ordinario.

C. *República Federal de Alemania*

Desde principios de los años setenta, señala SCHÜNEMANN [24], se presentan síntomas externos de crisis permanentes en el procedimiento penal alemán. Se han llegado a promulgar más de cuarenta leyes de reforma sobre el procedimiento penal en el curso de dieciocho años. Después de que las extensiones legales del principio de oportunidad y las distintas medidas aceleratorias no resultaran suficientes, la práctica judicial alemana ha encontrado una solución radical propia, que se mantuvo durante muchos años encerrada en torres de silencio y que recientemente en los últimos años ha surgido a la luz de la opinión pública.

Justo aquí es donde entran a jugar el papel decisivo el *Absprache*, los acuerdos informales que funcionan de forma similar al *plea bargaining* de los EE.UU., con una diferencia, cual es que en Alemania no se trata de acuerdos formales sino sólo aquellos acuerdos que se basan en la confianza y, por otro lado, en ellos el acusado no se declara culpable (*guilty plea*), sino que formaliza una confesión que es valorada por el tribunal como el medio de prueba general para su culpabilidad.

Hoy puede llegar a afirmarse que entre un 20 y un 30% de los procesos finalizan con una solución consensuada. La práctica demuestra que se utiliza realmente en los casos de delitos bagatelarios, económicos y delitos masa y, de forma menos frecuente, en los delitos en que se emplea la violencia y en aquellos supuestos en los que intervienen jueces y fiscales mayores de 50 años.

Las causas por las que se ha llegado a una mayor utilización de este mecanismo son [25]:

a) El excesivo aumento del trabajo de la Justicia.

b) Las características del *Grossverfahren*, que suponían una pesada carga para el imputado por su excesiva duración, las cargas síquicas para los testigos y para los propios imputados.

c) Las mismas posiciones de la defensa, que tienden a agotar las posibilidades legales existentes, lo que convierte al *Grossverfahren* en un instrumento ilimitado temporalmente.

d) El legislador alemán, a través de los mecanismos de archivo, a que se refieren los && 154, 154a StPO, ha conseguido concluir el pro-

24. *¿Crisis del procedimiento penal...?*, cit., p. 51.

25. BÖTTCHER, R., *Thesen der Gutacher und Referenten der Abteilungen*, 2. Teil, 2, Thesen, 58. Deutscher Juristentag München, 1990, p. 12.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ceso en un tiempo razonable, preparando un proceso de *Diversion* en base al & 153a StPO para los supuestos de menor entidad.

e) Los estudios de la *Victimologie* en el Derecho Penal material, que pretenden otorgar en el proceso penal el mismo papel al autor y a la víctima, intentando acentuar el tema de la reparación del daño.

f) La vuelta a un tipo de juicio oral abierto en el proceso penal que se fundamente en las conversaciones.

g) El ejemplo de proceso informal y consensuado en otros sectores del derecho público.

h) Aproximación a los sistemas procesales extranjeros y, en especial, a EE.UU., Italia...

Interesante en el proceso penal alemán es determinar los dos *tipos* de consenso que pueden formularse, básicamente aquel que se lleva a cabo según las condiciones y normas establecidas legalmente, como sería el supuesto del archivo bajo las condiciones que fija el propio & 153a StPO; y, además aquél que se lleva a cabo de sin amparo legal alguno, basado en conceptos tales como el honor, la promesa de confianza, la seriedad, el estar de acuerdo..., que van a jugar un papel decisivo en la búsqueda de ese consenso.

Por todo ello puede afirmarse que el *Absprache* es una realidad en el sistema procesal penal alemán, que, a pesar de los defensores y detractores del mismo, subsiste como uno de los mecanismos procesales, pero que todos los autores, dado los riesgos que puede comportar este cauce procesal, están de acuerdo en la necesidad de institucionalizarlo legalmente, e intentan la reforma, tan esperada y tan ansiada, que suponga otorgar un cauce legal a este mecanismo de aceleración del proceso a través del cauce de la negociación o del consenso, es decir, se reclama la introducción en la StPO de una regulación específica sobre procedimiento, sujetos y efectos que juegan en el desarrollo del *Absprache*.

III. Régimen jurídico de la conformidad en el proceso penal español

En el derecho español la conformidad ha venido afectada por las siguientes disposiciones legales: la decimonónica LECrim de 1882, la L. 7/1988 de 28 de diciembre, creadora del procedimiento abreviado, la L. 10/1992, de medidas urgentes de reforma procesal, la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (con las modificaciones introducidas

por la L.O. 8/1995, de 16 de noviembre) y la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal.

Desde la promulgación de la LECrim en 1882, y básicamente los arts. 655 y ss. y 688 y ss., se han promulgado disposiciones que han modificado el régimen de funcionamiento procesal penal:

Así, la L. de *8 de abril de 1967*, que introduce en la LECrim el *procedimiento de urgencia*. En ella no se hace mención alguna a una conformidad semejante a la regulada por el art. 655 de la LECrim. No obstante hay que afirmar que, pese a no hacerse mención específica de esta posibilidad expresamente en estos procedimientos de urgencia, hay que entender que el acusado va a poder en estos procedimientos también manifestar su conformidad en el acto del juicio oral (art. 800.1 y art. 791.8, por remisión). No hay nada que lo prohiba y, por ello, puede entenderse hipotéticamente aplicable esta institución.

Más tarde, fue la *LO de 11 de noviembre de 1980*, la que estableció también en el nuevo procedimiento para delitos dolosos, menos graves y flagrantes, la posibilidad de la conformidad correlativa a los artículos ya apuntados 655 y 688 de la LECrim, no sólo por la remisión genérica que en dicha L.O. se hace a las normas de la LECrim para la aplicación supletoria de las mismas (según se establece en la Disposición final primera) sino además por lo que expresamente disponen los arts. 7.2-II y 10.2 de la citada Ley Orgánica.

La *L. 7/1988, de 28 de diciembre*, ha afectado de forma importante a esta materia, pese a que en su preámbulo no se dedica ni una línea a la figura de la conformidad. Se establecen, sin embargo, a través de esta ley una serie de mecanismos que obedecen a la introducción de los sistemas consensuados en el proceso penal.

La *L. 10/1992, de 30 de abril*, de medidas urgentes de reforma procesal ha supuesto una pequeña alteración, en el procedimiento abreviadísimo, en el párrafo 8 del art. 790.6, cuando señala que «en los supuestos de conformidad con los hechos a que se refiere la regla 5.ª del apartado 5 del art. 789 y de conformidad con la pena a que se refiere al apartado 3 del art. 791, la citación ante el Juez de lo Penal o, en su caso, la Audiencia Provincial podrá realizarse por el Juzgado de Instrucción, incluso en su servicio de guardia, de la forma más inmediata posible y sin atenerse necesariamente al plazo previsto en el párrafo quinto de este apartado».

Posteriormente la *L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado*, introduce, en su art. 50, algunas connotaciones específicas respecto

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

del instituto de la conformidad en este procedimiento y, sobre todo, el efecto que conlleva la misma, que es la disolución del Jurado.

Finalmente la *L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal*, introduce, mediante la disposición transitoria undécima, una alteración importante respecto del régimen general de la conformidad en el proceso penal español, de modo que deberemos traducir a la pena establecida en el Código Penal cada una de las posibilidades de conformidad, por lo que en cada caso concreto deberemos atender al mismo.

Hasta la promulgación del reciente Código Penal, las distintas regulaciones de la conformidad quedaban del modo siguiente:

a) La conformidad en las calificaciones en el procedimiento por delitos graves. Art. 655.

b) En el acto del juicio oral en el procedimiento por delitos graves. Art. 688.2.

c) Reconocimiento de hechos en el procedimiento abreviado y en el acelerado. Arts. 789.5.5 y 790.6 LECrim.

d) La conformidad en el procedimiento abreviado y en el acelerado. Arts. 791.3, 793.3 y 790.6 LECrim.

e) La conformidad en el proceso ante el Tribunal del Jurado. Art. 50 de la L.L. 5/1995, de 22 de mayo.

El Código Penal, en su disposición transitoria undécima, efectúa una reconversión de las penas a que se refieren las leyes penales y procesales, lo que significa que la pena de prisión menor (medida fundamental a la hora de determinar la conformidad), debe entenderse sustituida por la de seis meses a tres años. Partiendo de esta conversión deberemos aplicar ésta y, en su caso, las demás a que se refiere dicha disposición transitoria, para poder fijar las posibilidades de conformidad que son posibles. Así:

A. *Ordinario por delitos graves*

En el proceso ordinario por delitos graves el art. 655 de la LECrim permitía que se llevase a efecto la conformidad del acusado en el trámite de calificaciones[26]. Para lo cual se exigía que la pena con la que se con-

26. Se exigía que se cumpliese con las notas señaladas, entre otras, por la STS de 1 de marzo de 1988 (RA 1511):

1. Sea *absoluta*: es decir, no supeditada a condición, plazo o limitación de clase alguna.

formase fuera de prisión correccional, es decir, prisión menor, lo que significa que con el nuevo Código Penal se trata de pena que va de seis meses a tres años.

Esta modificación del Código Penal nos hace concluir que es imposible la conformidad en el ordinario por delitos graves, en cuanto que éste será el cauce adecuado cuando la pena a imponer por el delito cometido fuera superior a nueve años, por lo que queda fuera de toda duda que no es posible integrar el art. 655 (donde se entiende interpretada la pena con la de seis meses a tres años) con el nuevo art. 779 LECrim que considera que a través del abreviado se enjuiciarán los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años; luego los de pena superior a nueve años se tramitan por el ordinario, salvo los supuestos que caen bajo el ámbito competencial del Tribunal del Jurado.

Aún cuando con la anterior regulación el acusado manifestase su conformidad en el proceso ordinario por delitos graves, si el órgano jurisdiccional consideraba que el acusador no había formulado la calificación procedente, por error o por ignorancia, y creía que los hechos criminales constituían jurídicamente un título de acusación que conllevara pena de mayor gravedad, podía ordenar la continuación del juicio (art. 655.3 LECrim).

También en el *proceso ordinario por delitos graves* cabía la conformidad del acusado, ya iniciado el juicio oral, en virtud de lo dispuesto en el art. 688 LECrim. También se hablaba de la pena de prisión correccional —prisión menor— que hoy queda reducida al imposible al convertirse en penas de tres meses a tres años, que nunca darán lugar a la tramitación de un ordinario por delitos graves. El resultado de la misma y las posibilidades de intervención del juez son las que apuntamos respecto del art. 655.

2. *Personalísima*: es decir, dimanante de los propios acusado o acusados o ratificada, por ellos, personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermediario.

3. *Voluntaria*: esto es, consciente y libre.

4. *Formal*: esto es, debe reunir las solemnidades requeridas por la Ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables.

5. *Vinculante*: tanto para el acusado/os como para las partes acusadoras, las cuales, una vez formuladas, han de pasar necesariamente tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena.

6. *De doble garantía*: dado que, inexcusablemente, se exige anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados —en el supuesto contemplado en el art. 655— o confesión del acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva manifestación del defensor o defensores de no considerar la continuación del juicio —art. 688 y ss. LECrim—.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El efecto que se pretendía con esta conformidad de los arts. 655 y ss., y 688 y ss. LECrim era evitar la continuación del juicio y, por tanto, que se dicte sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada...» (art. 655.2 LECrim), salvo los supuestos de continuación del juicio que se describen en los artículos siguientes y que suponen que no produce sus efectos (abreviación procedimental) la conformidad.

B. *Abreviado*

En el procedimiento abreviado se regula, en primer lugar, el *reconocimiento de hechos*, en los arts. 789.5 y 790.6, 8.º LECrim.

Esta posibilidad es el reconocimiento de hechos, que implica dos efectos: la dispensa al juez de instrucción de practicar más diligencias, y permite el enjuiciamiento inmediato e incluso el pronunciamiento de la sentencia en el acto de ese juicio y oralmente, según los términos del art. 794.2, cuando la simplicidad del hecho reconocido lo permita.

Los requisitos de esta modalidad de consenso son:

1) En esta actuación del reconocimiento hay conformidad con los hechos, pero sin que se extienda a la calificación jurídica ni a la pena.

2) Este reconocimiento debe ser pleno, y si son varios los imputados, el reconocimiento de hechos debe producirse por parte de todos ellos. Caso de aceptación de hechos por tan sólo alguno o algunos de los imputados, el procedimiento debe continuar en la forma ordinaria, para no dividir el objeto penal del proceso, a menos que se enjuicien varios hechos individualizables, y, respecto de alguno de ellos haya admisión por la totalidad de los acusados por éstos, aunque, como apunta GÓMEZ COLOMER[27], lo más recomendable sería continuar el procedimiento en cuanto a los no admitidos.

3) Es posible si el hecho punible está castigado con penas de arresto mayor o de prisión menor, competencia del JPe. Deberemos acudir a la disposición transitoria undécima del C.P. para determinar de qué penas se trata. Así: la pena de prisión menor hemos de entenderla sustituida por la de prisión de seis meses a tres años; y la de arresto mayor, por la de arresto de siete a quince fines de semana.

4) Ha de tratarse de hechos en que no existan posibles perjudicados, ya que, de otro modo, habría que oírlos si se hubieren constituido

27. *Derecho Jurisdiccional III. El proceso penal*, cit. (con otros), p. 300.

en parte. Si no fuere así, habría que ofrecerles la oportunidad de convertirse en parte.

5) Se lleva a cabo el reconocimiento de hechos por el imputado no sólo ante el Juez de Instrucción sino también ante el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial en el curso de sus respectivas actuaciones investigadoras. Cuando se produzca ante estos dos últimos deberá ser ratificado ante el Juez de Instrucción por el imputado, asistido por su Abogado.

6) El efecto fundamental de este reconocimiento en el proceso penal va a ser el que el juicio no se evita, sólo se anticipa y facilita. Trae consigo, en consecuencia, una abreviación del procedimiento, en interés de la economía procesal. Por lo que se da lugar, en realidad, a un procedimiento acelerado, poniéndose fin a las diligencias de investigación y pasándose directamente al juicio oral, cuyo único acto procesal es la calificación, dictándose a continuación sentencia de viva voz.

7) El reconocimiento no va a provocar, por sí mismo, la remisión automática de las actuaciones al Juez de lo Penal, dado que éste es rogado, es decir, se produce a instancia de parte. Normalmente es el Ministerio Fiscal o el propio imputado los que van a instar la remisión a juicio oral.

8) No reconociéndose la responsabilidad civil el procedimiento acelerado posterior debe comprender también la formulación de la pretensión civil, asimilándose al régimen ordinario previsto por la LECrim.

9) Se podría llegar a plantear la cuestión de qué puede suceder si en el juicio el imputado contradice o se retracta del reconocimiento. Frente a la opinión mantenida por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/1989, que niega tal posibilidad, creemos que debe estar permitida la posible retractación del imputado[28]. Es cierto que la retractación del acusado supone la ruptura de un pacto, dejando en cierta medida en situación especial a la propia acusación, pero, en todo caso, entendemos que no puede quedar sometido el imputado a su admisión de hechos de forma inamovible.

El reconocimiento a que se refieren estos preceptos es en realidad una admisión de hechos, que no confesión. Mientras que la confesión es un medio de prueba en sí mismo, la admisión produce no ya la prueba

28. En el mismo sentido se manifiesta FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *Justicia a cien por hora. El principio de consenso en el procedimiento abreviado*, Justicia 92-I, p. 86, que considera que sería más sensato que, en el supuesto de retractación del reconocimiento, el Juez de lo Penal suspendiera el procedimiento, reconduciéndose a la tramitación abreviada común, dando, entonces, a las partes, oportunidad de formular sus alegaciones y proponer las pruebas en su apoyo, en la forma ordinaria.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sino la exclusión de la necesidad de dicha prueba. Se produce una admisión fáctica, de los hechos, por el imputado, y no se extiende a su calificación jurídica, ni a las pretensiones formuladas por la acusación.

Este reconocimiento de hechos es un mecanismo peligroso, un medio de evitar que se desarrolle el juicio oral con todas las garantías. Fundamentarse en la idea de que no ha habido presiones al imputado, en que éste libremente ha renunciado a los derechos que se le garantizan en la fase oral, no justifica este mecanismo que lleva a que sea la fase preliminar la que baste para dictar la sentencia.

Obviamente ha habido admisión de hechos, pero entendemos que existe el deber de la búsqueda de la verdad material por parte del juez, y que incluso con este reconocimiento se está vulnerando un principio fundamental en el proceso: la división de funciones entre el juez de instrucción y el juez penal. A este último le queda como misión dictar una sentencia, a la vista de las calificaciones, pero todo el desarrollo procedimental ha descansado en una actividad que, teniendo mucha suerte, ha sido producto de una actuación ante el juez instructor.

El efecto que produce este reconocimiento es, pues, un acortamiento procedimental que afecta al trámite de investigación, dado que, producido éste, tiene como efecto directo el que el órgano jurisdiccional «convoque inmediatamente a juicio oral al Fiscal y a las partes, quienes formularán en el mismo acto sus pretensiones, pudiendo dictar sentencias en el acto, de conformidad con el art. 794» [29].

Junto con ese reconocimiento, se regula la *conformidad* en el procedimiento abreviado en los arts. 791.3 y 793.3. Es la que con toda propiedad podemos denominar como mecanismo de consenso, más próximo a las soluciones del derecho comparado. Puede prestarse en tres momentos:

I. Conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal (art. 791.3, último inciso), lo que obliga a facilitar los contactos previos con la defensa en la fase de calificación, para poder llegar a un acuerdo de conformidad en tal momento, lo cual viene a introducir notas del *bar-*

29. En este punto no hay que olvidar que la reforma de la LECrim introducida por la L. 10/1992, de medidas urgentes de reforma procesal, ha producido un mayor acortamiento procedimental al permitir que, en el denominado procedimiento acelerado o de alta velocidad, sea el mismo Juez e Instrucción el que cite ante el Juez de lo Penal o, en su caso, la Audiencia Provincial, de la forma más inmediata posible y sin respetar, a este respecto, el plazo de diez días señalado en el mismo art. 790.6,5 (art. 790.6,8 LECrim).

gaining americano al entrar el elemento negociación con carácter previo a la presentación del escrito de acusación.

II. En el trámite de calificación, al formularse el escrito de defensa, en que conjuntamente el Letrado y el acusado firmen la conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad (art. 791.3, inciso primero). En este caso la decisión es exclusiva de la defensa, aunque podrá ser promovida por el criterio del Fiscal en orden a fijar la entidad concreta de la pena pedida, dentro de la naturaleza y grado que corresponda y en función de la que el uso concreto permita o aconseje.

III. En el juicio oral, antes de comenzar la práctica de la prueba, en que en una nueva manifestación del principio del consenso, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán solicitar al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad.

En cuanto al *requisito objetivo* hay que entender que la conformidad es hoy precedente ante pena que no exceda de los tres años de duración. Este requisito objetivo es el resultado de la aplicación de la disposición transitoria undécima, dado que cuando el anterior art. 779 LECrim hacía referencia a pena privativa de libertad que no excediera de seis años, se trataba de pena de prisión menor o inferior. Aplicando la tabla de la citada disposición transitoria del nuevo Código Penal ello significa que hoy debemos interpretar el art. 793.3 integrándolo con el nuevo Código Penal y, por ello, la conformidad en el abreviado se entiende respecto de aquella que se efectúa cuando la pena a imponer es inferior a tres años.

Nos encontramos ante dos situaciones:

a. Conformidad con pena inferior a tres años. En cuyo caso la sentencia se dictará de estricta conformidad con la aceptada por las partes.

b. Conformidad con pena superior a los tres e inferior a los nueve años (procedimiento abreviado, en todo caso), en cuyo caso el Tribunal puede recorrer la pena en toda su extensión.

La conformidad del art. 791.3 expresamente está estableciendo la *forma* escrita. Puede formalizarse, bien en escrito independiente o conjuntamente con el de acusación del Fiscal, pero, en todo caso, debe hacerse constar la firma del acusado, como prueba de dicho acuerdo.

La conformidad del artículo 793.3, por su parte, se efectúa de forma oral en el juicio oral, antes de iniciarse la práctica de las pruebas, consistiendo en una petición oral que se hace al Juez o Tribunal para que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena mayor, o con el que se presentara en ese acto.

En cuanto al tema de quién puede tomar la *iniciativa* para alcanzar esta conformidad, hay que afirmar que pueden serlo tanto el acusado como su defensor, o el mismo Fiscal. Incluso, como apunta GÓMEZ COLOMER[30], el propio órgano jurisdiccional.

Entendemos que esta modalidad de conformidad es la que más se equipara al *plea bargaining* por el hecho de que se permita la formalización conjunta de la conformidad con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal. Y, en este sentido, ORTELLS RAMOS[31] la ha llegado a calificar como la «posibilidad de modificar a la baja el escrito de acusación, una rebaja de la pena, a cambio de la conformidad del acusado. Y ello no hace sino recoger el *plea bargaining* americano o una forma clara de transacción o negociación de los acusadores con el acusado respecto de la pena.

En general cabe decir que en estos dos preceptos (arts. 791.3 y 793.3 LECrim) se regulan dos modalidades de conformidad, en la medida en que ambas se van a poder producir en dos momentos procesales distintos, es decir, la que regula el art. 791.3 se desarrolla con el escrito de acusación y/o defensa; y la del art. 793.3 LECrim, que es aquélla que tiene lugar en el momento procesal situado entre el turno de intervenciones y la práctica de la prueba propuesta. Lo lógico es entender que en este último caso sólo excepcionalmente se abrirá el turno de intervenciones, de suerte que el juicio principiará, en la práctica, manifestando el acusado su aquiescencia previa. Tampoco parece existir mayor inconveniente para que, en cualquier momento, a lo largo del desarrollo de la fase probatoria, pueda expresarse la conformidad con los hechos, solicitándose la sentencia de conformidad con aquéllos.

En general puede afirmarse que las *diferencias* fundamentales entre la conformidad con la calificación provisional o escrito de acusación y la conformidad en el acto del juicio oral residen en: el momento procesal en que se realizan y en la persona que toma la iniciativa.

El efecto inmediato que se produce por esta conformidad en el abreviado es la supresión del juicio oral, dictándose la sentencia de conformidad.

30. *Derecho Jurisdiccional III. El proceso penal*, cit., p. 302.

31. ORTELLS RAMOS, M., *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, cit., p. 559.

C. Procedimiento ante el Tribunal del Jurado

La conformidad en el proceso ante el Tribunal del Jurado viene regulada por la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, que ha introducido en su art. 50, la posibilidad de que se pueda efectuar la conformidad del acusado.

La regulación del art. 50 de la L.O. 5/1995, obedece a la idea de establecer el efecto fundamental que dicha conformidad va a producir en el proceso ante el Tribunal del Jurado. De este modo, el efecto principal que se produce si se formula la conformidad del acusado en este proceso es la disolución del Jurado.

El precepto viene a disponer cuáles son requisitos y presupuestos necesarios para que produzca el efecto de la disolución del Jurado. Así será necesario:

a) Que las partes interesen que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que presentaren en el acto, suscrito por todas, sin inclusión de otros hechos que los objeto del juicio, ni calificación más grave que la incluida en las conclusiones provisionales.

La conformidad del acusado debe por tanto realizarse respecto de la calificación más grave de las mantenidas por las acusaciones, no pudiendo, en ningún caso, rebasar la que fuera mantenida por éstas.

También aquí se está viabilizando la posibilidad de que la conformidad se efectúe simultáneamente con el escrito de la acusación, o bien sucesivamente, es decir, tras la formulación de la misma. Lo que es evidente es que la primera posibilidad está implicando también el *bargaining*, el acuerdo entre acusación y defensa, con el fin de formular la conformidad con dicha calificación e incluso pactarla.

Hay que pensar que si son varios los acusados y sólo alguno de ellos formulase la conformidad, no se produciría el efecto a que se refiere el art. 50, es decir, la disolución del Jurado. En ese caso debería continuar actuando dicho Tribunal, si bien —entiendo— la conformidad surte los mismos efectos que en el abreviado respecto de aquel que efectivamente se hubiere conformado, salvo los supuestos excepcionales que analizaremos en el apartado c).

b) La pena conformada no podrá exceder de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos.

No debemos olvidar que cuando se promulgó la Ley del Jurado estaba aún vigente el anterior Código Penal, lo que significa que las penas inferiores a seis años suponían una pena de prisión menor. Si partimos

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de este dato, trasladada la prisión menor al nuevo Código Penal, hemos de considerar que la conformidad también en el ámbito competencial del Tribunal del Jurado, debe entenderse respecto de penas inferiores a tres años (por integración del art. 50 L.O. 5/1995 con la disposición transitoria undécima del C.P.). A pesar de que, aplicando estrictamente el principio de seguridad jurídica y de legalidad vigente ésta debería ser la interpretación a tener en cuenta, nos resulta duro mantenerla. Si bien ésta es la solución legal, en cuanto nos obliga a ello el mismo Código Penal, dudo que ésta fuere la intención del legislador.

Con la interpretación estricta de la ley, deberíamos entender que tampoco en el Jurado es viable la conformidad con penas superiores a los tres años de privación de libertad, ante la aplicación de la disposición transitoria undécima del Código Penal. Sin embargo no parece que esa fuera la intención del legislador. No obstante jugar con intenciones siempre es peligroso, por lo que planteamos la cuestión y le otorgamos esta solución aplicando el criterio de la seguridad jurídica.

c) Finalmente debemos tener en cuenta que, aún formulándose la conformidad en los términos anteriormente señalados, es posible que el Magistrado-Presiente llegue a desvincularse de la conformidad, cuando se den una serie de situaciones fijadas en el art. 50, señalándose asimismo en dicho precepto los efectos que se producen en ese caso:

1. Si existen motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado. En este caso no disolverá el Jurado y mandará seguir el juicio.

Es difícil determinar qué debe entenderse por motivos bastantes, si bien nos encontramos en un momento en que ya se ha desarrollado la prueba, por lo que esos motivos bastantes derivarán de que existió prueba que justificó la no existencia del hecho o la no responsabilidad penal del acusado, o bien aún existiendo prueba de cargo, ésta no desvirtuó la presunción de inocencia.

2. Si los hechos aceptados por las partes pudieran no ser constitutivos de delitos, o que concurre alguna causa de exención o de preceptiva atenuación. No disuelve tampoco el Jurado, y, previa audiencia de las partes, someterá a aquel por escrito el objeto del veredicto (en los términos que dispone el art. 52).

Se está partiendo por el legislador del criterio de que el órgano jurisdiccional puede desvincularse de la conformidad siempre que esa desvinculación implique un trato más favorable para el acusado, dado que las causas que pueden dar lugar a la misma son las que implican que el

hecho no ha sido perpetrado, que aún habiendo sido perpetrado el acusado no es el responsable del mismo, que habiéndose cometido el hecho, éste no es delictivo, o que existe causa de exención o atenuación.

La cuestión que debemos plantearnos es la de por qué el magistrado no puede desvincularse cuando considere que la pena a imponer es de mayor gravedad que la conformada. Piénsese que se está olvidando de nuevo los monopolios en el ejecicio del *ius puniendi* estatal, en cuanto que el monopolio de la imposición de las penas corresponde al Estado, a través de los órganos jurisdiccionales y no por pacto del Ministerio Fiscal con el acusado.

La desvinculación del órgano jurisdiccional debería permitirse hacia mayor gravedad de la pena y hacia atenuación o exención de la misma, por aplicación del principio de legalidad. La afirmación de que esto no es sino una manifestación del acusatorio es equivocada en cuanto éste implica que no hay proceso sin acusación (formulada a través de las calificaciones), pero una vez iniciado el juicio oral, el proceso debe continuar en todo caso, finalizando con la sentencia que corresponda, en aplicación del principio de legalidad (pese a lo que el legislador de la ley del Jurado ha dispuesto en el art. 51, que confunde el acusatorio con la disponibilidad del objeto del proceso, lo que es contrario a la propia existencia del proceso penal, legal y necesario).

IV. La sentencia de conformidad y su impugnación

A. *Resolución de conformidad*

Asumida como acto del acusado la formulación de la conformidad, la resolución que se dicte tras la misma revestirá la forma de sentencia, cuyo contenido consistirá en:

A) Si la conformidad lo es con pena de hasta tres años (según la tabla de transcripción de la pena de prisión menor anterior que equivalía a penas de hasta seis años), deberá dictarse sentencia de estricta conformidad.

Esta estricta conformidad implica que no cabe al órgano jurisdiccional, salvo determinados casos, que en su momento se verán, modificar la pena pedida, por imperativo del principio acusatorio, acuñado en el art. 793.3,1.

Si por el contrario, la conformidad se manifiesta en relación con penas que excedan de tres años (antes seis años), al órgano jurisdiccional

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se le permite imponer la pena en cuantía inferior a la pedida, como se deduce *a contrario sensu* del último inciso del párrafo citado. Nunca, sin embargo, podrá imponer pena superior, por impedírselo el art. 794.3 [32].

B) No existe, sin embargo, tal automatismo en esta conformidad, de tal modo que el órgano jurisdiccional va a gozar de la facultad de dictar sentencia, en los términos en que proceda, cuando concurra alguna circunstancia que le lleve a considerar que la sentencia debiera ser absolutoria o que debe rebajar la pena, apartándose de la conformidad del acusado.

32. También la Jurisprudencia ha sentado unos criterios respecto de la sentencia de «estricta conformidad» (las SS.TS. de 4 de diciembre de 1990 [RA 9404], 17 de junio de 1991 [RA 4728], 17 de junio de 1991 [RA 4735] y 30 de septiembre de 1991 [RA 6653], entre otras) señalan la posibilidad de que el órgano jurisdiccional dicte sentencia en los términos que proceda, si a partir de la descripción del hecho aceptada por todas las partes, estimara el juez o tribunal que el mismo carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de pena o de su preceptiva atenuación, todo ello previa audiencia de las partes realizada en el acto, conforme prescribe el art. 793.3 LEC, posibilidad esta última que supone un reconocimiento de que el órgano de enjuiciamiento no se verá abocado a dictar una sentencia que violente su convicción jurídica, o con manifiesto error en la tipificación, o en la apreciación de circunstancias eximentes o atenuantes, las cuales, si son lo evidentes que parece presuponer la Ley, quedarán asumidas por el acusador en el preceptivo trámite de audiencia que se prevé.

En general, el TS, en esta doctrina reciente, está desvirtuando la filosofía que parecía haber imbuido a la reforma en esta materia, dado que de dicha doctrina jurisprudencial podemos extraer las siguientes conclusiones:

1) Es a los jueces a los que de forma exclusiva les corresponde la función de juzgar, de tal modo que sólo a ellos corresponde la función de encontrar la debida proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena fijada en la norma por el legislador.

2) La vinculación estricta debe entenderse como prohibición de imponer pena superior a la acordada por las partes, pero ello no ha de impedir que el Tribunal pueda bajarla dentro de las facultades que la Ley le concede, dentro de los límites de la misma y dentro, por tanto, de las reglas del art. antiguo 61 del CP. (STS 17 junio 1991 [RA 4735]).

3) En consecuencia, la expresión estricta conformidad obliga solamente a tener en cuenta la literalidad de los hechos imputados permitiendo al juzgador valorar o determinar su adecuada tipicidad o la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal llevándole a imponer la pena, con libertad de criterio, dentro de los límites legales (STS 17 junio 1991 [RA 4728]).

Esta interpretación del TS es bastante restrictiva y supone abrir un mayor campo de actuación al órgano jurisdiccional, pese a la conformidad, de tal manera que el órgano jurisdiccional va a quedar afectado a las conclusiones y dentro de ellas a los **hechos**, mas no a la calificación jurídica de los mismos, lo que implica la posibilidad de que, jugando con los criterios legales, el órgano jurisdiccional pueda ejercer su función a la hora de la determinación de la pena, permitiendo que el órgano jurisdiccional dicte una sentencia absolutoria o una sentencia en la que la penalidad esté más atenuada.

El órgano jurisdiccional podrá dictar una *sentencia absolutoria* cuando nos hallemos ante alguna de las siguientes situaciones:

a) Cuando falte la tipicidad penal.

b) Cuando concurra alguna causa de exención de pena.

El órgano jurisdiccional puede considerar también que no debe quedar sometido a la conformidad del acusado en la medida en que debe imponer *una pena menor*. La razón por la que puede llegarse a esta situación no es otra que la de la *concurrencia de una causa de preceptiva atenuación de la pena*.

El vocablo «preceptiva» sugiere extender esas facultades del órgano decisorio a todos aquellos casos en que, por error material, el grado de desarrollo o el grado de participación en la infracción delictiva exijan una rebaja de la pena que, sin embargo, haya sido omitida por la acusación y la defensa.

En todo caso, el uso de la facultad del órgano jurisdiccional de desvinculación de la conformidad, en el sentido de absolución o de atenuación de la pena, puede ser impugnada por el fiscal en vía de recurso, si discrepase de la apreciación del Tribunal que ha llevado a éste a romper los términos de la conformidad.

En los supuestos en los que el órgano jurisdiccional va a separarse de la conformidad del acusado, la sentencia deberá dictarse *previa audiencia de las partes realizadas en el acto*. Tal audiencia constituye una oportunidad para la acusación de rectificar posibles errores materiales que hayan sido puestos de manifiesto por el juez o tribunal. Si la nueva calificación jurídica derivada de la rectificación no se acepta por el acusado, se continuará con el juicio, y la decisión judicial será producto del resultado de la actividad probatoria.

B. *Impugnación*

Dictada la sentencia de conformidad del acusado, es compleja la determinación de los posibles medios de impugnación que caben contra la misma. Así, podemos señalar:

I. *Apelación*: No puede admitirse dicho recurso cuando se ha prestado una conformidad cumpliendo con todos los presupuestos legalmente señalados, y ello por cuanto «... de admitir la opinión contraria se lesionaría el justo principio de Derecho de que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos, y además se alteraría la seguridad del tráfico jurídico y se permitiría revocar sin causa lo que se consintió, sin indudable error, amparando una posición falaz, engañosa o simulada, que, de admitirse,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

llevaría a la consecuencia de dejar al criterio del inculpado la celebración adecuada del juicio oral, cometiendo un fraude procesal...» (S. AP Huelva, 17 marzo 1978)[33].

II. *Casación*: De la jurisprudencia del TS se ha venido desprendiendo que:

1) La resolución dictada por mutua conformidad no puede discutirse en casación (STS 23 de junio de 1967 —RA 3407—).

2) Lo anterior no significa que la conformidad sea vinculante para el Tribunal, dado que puede, a pesar de la misma, absolver si estima que los hechos no son delictivos, en cuyo caso cabría recurrirla por las partes acusadoras; y si impone pena superior a la pedida puede ser impugnada por el acusado (ATS 12 de marzo de 1970. Más recientemente recoge esta doctrina la STS de 1 de marzo de 1988 —RA 1511—). Fuera de los casos de desvinculación del órgano jurisdiccional, las sentencias de conformidad son invulnerables e inaccesibles a la casación.

3) El motivo de la no recurribilidad de la resolución dictada de conformidad se basa en:

a) Que hubo consentimiento tanto del procesado como de su defensor (ATS 24 de junio de 1970, STS 23 de octubre de 1975, STS 23 de noviembre de 1984, SAP de Málaga de 5 de diciembre de 1977 y SAP de Huelva de 17 de marzo de 1978).

b) Debe entenderse aplicado también aquí el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos (ATS 12 de marzo de 1970, STS 23 de octubre de 1975, STS 23 de noviembre de 1984, SAP de Huelva de 17 de marzo de 1978).

c) Todo ello supone una renuncia anticipada a la casación, dado que, de admitir la misma, se alteraría la seguridad del tráfico jurídico y se permitiría revocar sin causa lo que se consintió (STS 23 de octubre de 1975).

d) Las cuestiones conformadas equivalen a cuestiones no planteadas por no discutidas (STS 23 de noviembre de 1984).

33. Otro tema sería que no se hubiere prestado una conformidad plena, es decir, que se hubiere prestado conformidad respecto de los hechos (reconocimiento), mas no respecto de la calificación del delito, y si a ello se suma que fue solicitada por el defensor la práctica de prueba en el juicio oral, significa claramente que no estamos ante una conformidad plena, lo que supondría la posibilidad de que prosperase un recurso de apelación. En este sentido vide SAP Las Palmas de 7 noviembre 1977 y la de 23 de noviembre de 1970 AP Oviedo. Podría también entenderse que en el supuesto de prestarse la conformidad ante persona no debida, sería un supuesto de incumplimiento de los presupuestos legales y, por tanto, podría dar lugar también a la interposición de un recurso de apelación (en este sentido vide SAP de Córdoba de 9 de diciembre de 1969).

e) Tan sólo se alude en la STS de 23 de octubre de 1975 a una única excepción en la que sería viable la casación, que es en el supuesto de indudable error, lo que podría llevar a la modificación del consentimiento prestado que desembocó en la sentencia dictada de conformidad.

Si se produce la desvinculación del órgano jurisdiccional respecto de la conformidad, se abriría la posibilidad impugnatoria para ambas partes, en la medida en que aquí no jugarían ya los principios que sujetan a quienes se conformaron con la sentencia dictada en base a dicha conformidad.

III. *Revisión*: Hoy, tras la reforma introducida en la LECrim por el legislador de 1992, el art. 955 LECrim permite la ampliación de la legitimación para interponer la revisión, pudiendo el penado, su cónyuge o quien haya mantenido convivencia con él, descendientes y ascendientes, promover la correspondiente revisión.

Y ello va a favorecer asimismo la posibilidad de la revisión en caso de sentencia dictada de conformidad. Piénsese en el supuesto de que solicite la revisión cualquiera de las personas que legitima el legislador, no el propio condenado, con el fin de rehabilitar la memoria del difunto. Se trata, claro está, de aquellos supuestos en los que se descubre que hubo, por ejemplo, coacciones para alcanzar la conformidad de una persona que nunca cometió el hecho delictivo, o caso de aparecer hechos nuevos que demuestren que el condenado se conformó para evitar una sentencia injusta que le impusiera una condena mayor...

Problema que puede llegar a plantearse, al hilo de lo cuestionado, es el tema de si, pudiendo interponer revisión, tiene, caso de ser estimada la misma, derecho a ser indemnizado. Esto parece más bien ilógico, sobre todo en aquellos supuestos en los que los posibles perjuicios los sufre por su propia culpa. No obstante, podría llegar a plantearse una conformidad injusta en la que aparezca como responsable el abogado de la parte, y contra él podría dirigirse el condenado inocente.

V. A MODO DE REFLEXIÓN

A la vista de todo lo expuesto, nos encontramos ante una institución conocida históricamente, pero a la que se pretende potenciar como mecanismo de consenso, de búsqueda de una solución del conflicto penal suscitado en el proceso penal.

Como apuntábamos al inicio de nuestro trabajo nos hallamos en un momento de búsqueda de alternativas a la vía jurisdiccional para la reso-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

lución de los conflictos jurídicos planteados. Esa búsqueda de alternativas, si bien con mayores dificultades y de forma más limitada, también ha extendido sus mecanismos al orden jurisdiccional penal. Fruto de ello es la potenciación de la conformidad como mecanismo de consenso.

La conformidad es un claro exponente del principio de oportunidad, perfectamente viable en el proceso penal, pero con los límites y connotaciones que marca el principio de legalidad.

La conformidad que regula nuestro legislador en el procedimiento abreviado y en el proceso ante el Tribunal del Jurado responde a la idea de buscar una solución *extra processum* entre el Fiscal y el acusado, con quiebra de algunos de los principios esenciales del proceso penal.

Así, tal cual está regulada la conformidad en el proceso penal supone partir de la consideración de que existe una titularidad de los particulares de la relación material-penal al llegar a un acuerdo, transacción o reconocimiento por parte del acusado, pero, en todo caso, ejerciendo un poder dispositivo en el proceso penal, olvidando el marco genérico de actuación en el proceso penal que viene marcado por el principio de legalidad.

Por todo lo cual entendemos que la conformidad con sus efectos y sus connotaciones es viable en nuestro proceso penal, pero debería, en todo caso, permitir, por respeto al principio de legalidad y necesidad y a todos los que de ellos se derivan, el control del órgano jurisdiccional de la misma y, en su caso, la desvinculación, tanto por arriba como por abajo, cuando considere que no es adecuada la conformidad a la consecuencia jurídico-penal que debe derivarse de la comisión del hecho delictivo.

Si se pretende alcanzar la verdadera tutela judicial efectiva, debería partirse de la posible desvinculación del juez a la conformidad. La vinculación de la conformidad al juez no refleja sino una quiebra de la propia esencia del proceso penal, que nunca puede ser oportuno, so pena de acabar con los monopolios del Estado proclamados por todo estado social y democrático de derecho.

TUTELA EFECTIVA Y ÁMBITO DEL RECURSO DE APELACIÓN PENAL

M.ª PÍA CALDERÓN CUADRADO
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Enumeración legal de motivos y su significado. — III. Extensión de las facultades de las partes. 1. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, fundamento de una petición de nulidad; A. Ausencia de determinación de las infracciones posibles y requisitos exigidos; a) Infracción de una norma o garantía procesal y cita del precepto que se considere vulnerado; b) Producción de indefensión en términos tales que no pueda ser subsanada en segunda instancia; c) Petición de subsanación realizada en tiempo y forma; B. Su concreción por la jurisprudencia. 2. El error en la apreciación de las pruebas y la infracción de precepto constitucional o legal como motivos de fondo de la impugnación; A. Las alegaciones sobre errores en la apreciación de la prueba y vulneración del derecho a la presunción de inocencia; B. Los errores «in iudicando in iure». — IV. Amplitud de los poderes del órgano «Ad quem». 1. Su delimitación a través de la pretensión impugnatoria y la interdicción de la reforma peyorativa. 2. Su reducción práctica, la inmediación y el respeto a los hechos declarados probados.

I. INTRODUCCIÓN

Señalaba el Tribunal Constitucional en sentencia 175/1988, de 3 de octubre —pero es afirmación reiterada de toda su jurisprudencia—, que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«El derecho al recurso ha de ejercitarse en el seno de una actividad judicial cuya configuración no preexiste a la norma, sino que la norma crea, determinando su contenido y alcance; en consecuencia, la tutela judicial ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador —respetando el contenido esencial del artículo 24 de la Constitución— haya querido articular, por lo que sólo en la medida en que se respeten íntegramente aquellos cauces legales darán los jueces cabal cumplimiento a lo que el citado precepto constitucional contiene (STC 116/1986, de 8 de octubre)».

Desde la exigencia que implícitamente se encuentra en la base de este pronunciamiento se inicia el estudio de un tema —el ámbito del recurso de apelación penal— que aparentemente tiene clara solución legal pero que en la práctica ha generado dudas de entidad suficiente como para oscurecer esa claridad inicial. Precisamente por ello, por las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales surgidas al respecto, el Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse sobre presuntas vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva. Parece, pues, necesario precisar los términos legales cuyo acatamiento situará la actuación judicial dentro de los límites del art. 24.1 CE.

II. Enumeración legal de motivos y su significado

Si para delimitar el ámbito del recurso de apelación frente a sentencias establecido en el proceso penal abreviado hubiera de preguntarse «¿qué tipo de ilicitudes pueden denunciarse/corregirse mediante este instituto procesal?» [1] —cuestión ésta formulada en ocasiones por la doctrina al suscitarse el problema de la extensión de los medios de impugnación—, es evidente que tal delimitación no plantearía problema alguno. El art. 795.2 LECrim parece darnos sin dificultad la respuesta. En apelación pueden corregirse infracciones del ordenamiento jurídico cometidas por los Jueces de lo Penal, o en su caso Jueces Centrales de lo Penal, bien sea en su proceder (errores «in procedendo»), bien en la concreta aplicación de la norma al caso concreto (errores «iudicando in iure»), así como también podrá controlarse la fijación de los hechos realizada por el juzgador de instancia (errores en la apreciación de la prueba).

1. Arias Lozano, *El recurso de casación en ejecución de sentencia civil*, Madrid, 1994, pág. 47, a quien seguimos en el planteamiento del problema, aunque debe advertirse que como punto de referencia tiene no un recurso de apelación sino, como el propio nombre de su obra indica, un recurso de naturaleza casacional.

Debe advertirse, no obstante, que, aunque una delimitación similar (no tan amplia obviamente) podría tener como referencia un recurso extraordinario, difícilmente sería aplicable a un medio de impugnación como la apelación, del que se afirma su condición de ordinario y su carácter instrumental respecto al doble grado de jurisdicción.

En este sentido y del mismo modo que la enumeración de motivos que efectúa el art. 795.2 LECrim no puede interpretarse como negación de la condición de ordinario del recurso de apelación allí regulado, tampoco es posible entender que el ámbito de la apelación queda reducido a una revisión de lo hecho por el órgano inferior.

Lo primero porque si bien es cierto que la característica de los recursos extraordinarios es una limitación de las causas posibles de impugnación y, en consecuencia, la existencia de una motivación tasada, también lo es que esa taxatividad de las alegaciones posibles de impugnación y, en consecuencia, existencia de una motivación tasada, también lo es que esa taxatividad de las alegaciones posibles no determina sin más la presencia de un recurso de naturaleza casacional [2].

Lo segundo porque la posibilidad de introducir mediante el recurso de apelación la doble instancia en el proceso implica una repetición, un nuevo juicio, sobre el objeto del mismo. Dejando a un lado peticiones de nulidad, ni el solicitante, pese a la necesidad de poner de manifiesto las infracciones cometidas en el primer grado, pide tan sólo una corrección de los errores del juzgador de instancia, ni el órgano «ad quem» limita su actividad exclusivamente a fiscalizar la operación de juzgar efectuada por el inferior. Antes al contrario, implícita o explícitamente se está solicitando ese segundo enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, enjuiciamiento, por otra parte, que necesariamente habrá de realizar el tribunal superior.

Ahora bien, como señala Gómez Orbaneja [3], «el ámbito del juicio de apelación no coincide estrictamente con el del primer grado, en cuanto que viene determinado no directamente por la demanda y la excepción deducida oportunamente en primera instancia, sino, con relación a ellas, por la pretensión o pretensiones impugnatorias». En efecto, aunque nosotros diríamos por el escrito de acusación y defensa, es lo cierto que su conclusión resulta, pese a que uno y otro se inspiran en principios dis-

2. Véase Calderón Cuadrado, *Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y el criterio de doble grado de jurisdicción*, RDP 1996, pendiente de publicación.

3. Gómez Orbaneja, *Derecho procesal civil*, con Herce, I, Madrid, 1979, págs. 472 y 473.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tintos, perfectamente trasladable al proceso penal. También aquí la apelación no puede extenderse más allá de lo deducido en el juicio oral. Es su límite natural[4]. Pero siempre con este marco como punto de referencia es el recurrente quien determinará su total coincidencia o por el contrario restringirá —que no ampliará— el ámbito de la impugnación y en consecuencia el del propio recurso. La prohibición de la «reformatio in peius», no recogida expresamente en la LEC sí en la LECrim para el recurso de casación, impedirá, como luego veremos, al órgano jurisdiccional ir más allá de los puntos impugnados, perjudicando al recurrente.

Advertida la posible falta de identidad entre el ámbito de la primera instancia y el de la segunda debe señalarse además, y continuamos siguiendo al autor antes mencionado, que, «así como el juez de primera instancia no falla conforme a la situación de hecho contemporánea a la demanda, sino a la sentencia, así no falla el de la segunda conforme a la situación contemporánea a la primera sentencia, sino a la suya». Ciertamente el objeto del proceso sobre el que recaerá, en su totalidad o parcialmente, el nuevo enjuiciamiento del órgano «ad quem» no habrá variado. La inmutabilidad del mismo se predica ya desde el inicio del propio proceso, siendo imposible su cambio (se permitirá, si se dan los requisitos para ello, una acumulación de procesos conexos, o, en su caso, la incoación de un nuevo proceso). Sin embargo, esta exigencia no sólo no es incompatible con la progresiva delimitación del objeto procesal sino que además, como señala DE LA OLIVA[5], ha de armonizarse con ella.

«El objeto del proceso penal, indica este autor, se suele delimitar o perfilar progresivamente conforme éste avanza. Desde la posible querella o desde la denuncia o el atestado, hasta las calificaciones definitivas en la fase de juicio oral, que cierran el proceso inmediatamente antes de la sentencia, la realidad objeto del proceso se va conociendo más y mejor y va poniéndose de relieve con cada vez mayor precisión». Con la única diferencia de ser otro órgano el encargado de enjuiciarlo, la misma situación se produce desde que se emite aquella sentencia y es recurrida hasta el momento en que debe resolverse el segundo grado de jurisdicción. Durante la apelación también pueden aportarse nuevos datos, la actividad probatoria permitida así lo demostraría, lo cual implica que el ámbito de

4. En este sentido la STC 55/1993, de 15 de febrero, BJC 1993-143, señala expresamente que el tribunal «ad quem» está vinculado por los límites subjetivos y objetivos que hayan marcado la acusación y la defensa en ese ulterior grado jurisdiccional.

5. DE LA OLIVA, *Derecho procesal penal*, con ARAGONESES, HINOJOSA, MUERZA, TOMÉ, Madrid, 1993, págs. 190 a 192.

la misma, aun teniendo como referencia el de la primera instancia —limitando, en su caso, a la extensión de la pretensión impugnatoria—, probablemente quede complementada, consiguiéndose así —al menos en teoría, ya veremos si también prácticamente— un conocimiento más perfecto por el órgano jurisdiccional del objeto del proceso.

III. EXTENSIÓN DE LAS FACULTADES DE LAS PARTES

Pese a haber sido afirmada la condición de ordinario del recurso de apelación y su carácter instrumental a la introducción de la segunda instancia en el proceso parece conveniente que el estudio de este apartado tenga como punto de partida esa enumeración de alegaciones posibles efectuada por el art. 795.2 LECrim. Comenzaremos, en consecuencia, con el quebrantamiento de normas y garantías procesales y finalizaremos con el error en la apreciación de la prueba y la infracción de precepto constitucional o legal, pero ello sin olvidar que si bien una y otra fundamentarán respectivamente peticiones de nulidad o de reforma de la resolución impugnada, también permiten, al menos la segunda, un nuevo enjuiciamiento del objeto del proceso.

1. *Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, fundamento de una petición de nulidad*

A. Ausencia de determinación de las infracciones posibles y requisitos exigidos

Mediante la alegación de quebrantamiento de las normas y garantías procesales, la parte puede, en primer lugar, poner de manifiesto, aunque no sólo como veremos a continuación, los tradicionalmente denominados errores «in procedendo». Errores que, cometidos por el órgano jurisdiccional en su proceder, bien durante la tramitación procesal de instancia —juicio oral fundamentalmente[6]— bien en el momento de dictar sentencia, se presentan mayoritariamente como fundamento de una solicitud de «declaración de nulidad del juicio».

No va a efectuar el legislador, ni a título ejemplificativo, una enumeración casuística de las infracciones posibles. A diferencia de los arts.

6. Aunque también pueden tener un origen anterior. En este sentido véase la STC 121/1995, de 18 de julio (BOE n.º 200, de 22 de agosto de 1995).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

850 y 851 LECrim para el recurso de casación, adopta una fórmula general comprensible, parece, de cualquier vulneración de esta naturaleza. Debe advertirse, no obstante, que formulaciones similares no son exclusivas del recurso de apelación, antes al contrario, en la actualidad se vienen utilizando incluso en la delimitación de motivos de ciertos medios de impugnación de naturaleza extraordinaria. En uno y otro caso como consecuencia de la generalidad con que se delimita este tipo de faltas se va a exigir la presencia de determinados requisitos, uno de ellos en clara relación con la producción de indefensión, sin cuya concurrencia no podría, al menos en principio, estimarse la nulidad solicitada.

Concretamente en apelación se establece: «Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuera ya imposible la reclamación».

a) Infracción de una norma o garantía procesal y cita del precepto que se considere vulnerado

Aunque inicialmente al art. 795.2 LECrim se refiere al quebrantamiento de normas «y» garantías procesales, no creemos, como se confirma posteriormente en el apartado tercero del propio precepto, que sea necesario una vulneración conjunta de ambas. Consecuentemente nada impedirá que tan sólo se denuncie la infracción de normas procesal o que únicamente se alegue como infringida una garantía del proceso. Es cierto, no obstante, que la primera posibilidad comportará, en la generalidad de los casos, una violación del proceso debido, pero no lo es tanto en la situación inversa. Es perfectamente posible que la actuación del órgano jurisdiccional se haya acomodado estrictamente a la legalidad y sin embargo se produzca una vulneración de garantías procesales. Si ello es así, y no nos referimos a una hipotética inconstitucionalidad de la norma sino precisamente a su no consecución de efectos[7], debe admitirse la alegación y, concurriendo el resto de requisitos, declararse la nulidad.

7. Véase al respecto, MORRAJO INIESTA, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995, págs. 104 a 106. Por su parte la AP de Sevilla, en Sentencia de 27 de julio de 1993, llega afirmar que la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante dependerá «del efecto que pueda producir un acto u omisión del órgano judicial sobre las pretensiones de las partes en el proceso, impidiendo su correcta articulación».

No ofrece duda, por el contrario, la exigencia de naturaleza procesal —otorgando tal calificación cuando sus consecuencias jurídicas «se proyectan sobre la potestad jurisdiccional, sobre las situaciones jurídicas de los sujetos procesales y sobre los actos que integran el proceso»— en la norma o garantía infringida. Es por ello por lo que deben quedar excluidas de este motivo de impugnación cuando la referencia fuera un precepto de carácter material e incluso aquellos que teniendo naturaleza procesal fueran utilizados como norma de subsunción en la resolución del fallo[8]. Lógicamente su quebrantamiento podrá alegarse, pero la vía correcta será a través de la última motivación posible —«infracción de precepto constitucional o legal»— que, como veremos a continuación, entendemos referida a las normas sustantivas.

Ahora bien, no es suficiente con una alegación de estas características. Es necesario además citar la norma que se considere infringida, norma que podrá ser tanto legal como constitucional, y al respecto tan sólo recordar las garantías que de forma explícita contiene la Constitución en el art. 24.2. Con todo, creemos, cabría alegar también otras infracciones que sin fundamento normativo expreso pueden sin dificultad deducirse del conjunto del ordenamiento jurídico[9]. Pensemos en el principio acusatorio y lo que conlleva, en la prohibición de «reformatio in peius»..., que podrían ponerse de manifiesto citando como vulnerado el precepto constitucional a que antes nos referíamos, tanto por reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho de defensa, incluso el derecho a un proceso con todas las garantías[10].

8. ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, pág. 453, a quien pertenecen los entrecomillados anteriores (*Derecho Jurisdiccional*, I, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, pág. 653).

9. En este sentido véase MONTERO, *Del recurso de suplicación*, en «La nueva Ley de procedimiento laboral», Comentarios a las leyes laborales dirigidos por Borrajo Dacruz, XXIII-2.º, págs. 1347 a 1348, aunque su referencia al litisconsorcio necesario difícilmente será aplicable a un proceso como el penal. Sí lo sería en el proceso civil acumulado al penal.

10. No debe olvidarse la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente sostenida sobre el principio acusatorio y su integración en las garantías sustanciales del proceso penal recogidas por el art. 24 CE. Entre otras SSTC 18/1989, de 30 de enero, y 53/1987, de 7 de mayo, a quienes se remite la SAP Tarragona, de 1 de septiembre de 1993, donde expresamente se recoge esta posibilidad, y recientemente la STC 277/1994, de 17 de octubre, BJC 1994-163, pág. 99.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

b) Producción de indefensión en términos tales que no pueda ser subsanada en segunda instancia

Aunque en principio pudiera parecer que cualquier quebrantamiento de norma o de garantía procesal es denunciable en apelación, la ley establece que tan sólo ocasionará la nulidad del juicio si hubiera causado la indefensión del recurrente. Este requisito, cuyas razones han de ser expresamente formuladas —no basta con la alegación de indefensión sino que debe determinarse en qué consistió específicamente (SAP Sevilla, de 27 de julio de 1993)—, ha sido concretado por el Tribunal Constitucional en un doble sentido:

En primer lugar la indefensión debe implicar «la privación (o disminución indebida [11]) del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado [12]. Privación, por otra parte, a la que solía hacer mención doctrina y jurisprudencia cuando el legislador utilizaba no este concepto sino el carácter esencial de la norma quebrantada, y que normalmente tendrá como referencia limitaciones, de origen diverso, en las posibilidades de alegación y/o prueba de las partes siempre que, lógicamente, lleven aparejadas consecuencias prácticas perjudiciales [13].

En segundo lugar, señala el Constitucional, la indefensión no puede amparar la desidia, errores o inactividad de las partes [14], lo cual implica necesariamente que el defecto procesal sea invocado por quien no lo provocó. Precisamente esta imputabilidad al apelante, bien a su persona bien a quienes le representan o defienden, es la causa más frecuente de desestimación del recurso. Son numerosas las sentencias que contemplan la imposibilidad de apreciar indefensión por la conducta mantenida por la parte y ello a pesar de los problemas que comporta tanto referentes a

11. SSTC 9/1982, de 10 de marzo, BJC 1982-11, pág. 204; 89/1986, de 1 de julio, BJC 1986-63, págs. 925 y 936; y 98/1987 de 10 de junio, BJC 1987-74, pág. 917, entre otras.

12. STC 155/1988, de 22 de julio, en Jurisprudencia Constitucional 1988-XXI, págs. 715 y 716.

13. BORRAJO INIESTA, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho...*, pág. 107. MONTERO, *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Granada, 1996, pág. 95, añade las posibilidades de conocer y rebatir en un proceso concreto.

14. Si la situación creada tuvo como causa determinante la propia conducta procesal del interesado que reclama la indefensión carece de relevancia. En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional es unánime. Puede verse ente otras las sentencias 109/1985, de 8 de octubre, BJC 1985-54/55, pág. 1198; y 129/1988, de 28 de junio, en Jurisprudencia Constitucional 1998-XXI, págs. 432 a 439.

la prueba de esta imputabilidad como a la determinación del grado de diligencia exigible al recurrente [15].

Ahora bien, no es suficiente para el cumplimiento de este requisito con que dicho quebrantamiento de normas o garantías procesales haya causado indefensión. El legislador exige además, no olvidemos que la vía de recurso puede servir para eliminar una anterior causa de nulidad, su imposibilidad de subsanación en segunda instancia. Consecuentemente, no toda alegación de las características descritas se convierte en fundamento de una petición de nulidad. Al contrario, si fuera posible sanar durante la tramitación del recurso de apelación esa privación del derecho de defensa, y ejemplo típico sería el de denegación indebida de diligencias probatorias, la pretensión impugnatoria consistiría en la reforma de la resolución recurrida y nuevo enjuiciamiento del objeto del proceso.

El problema, no obstante, será determinar qué faltas causantes de indefensión pueden ser ulteriormente corregidas. La respuesta no es sencilla desde el momento en que nuestra jurisprudencia, incluyendo el propio Tribunal Constitucional, sigue criterios diversos. Desde aquella interpretación sumamente generosa según la cual «la posibilidad de defenderse en apelación subsana cualquier limitación padecida en la primera instancia (SSTC 31/1989, 113/1993, y 117/1993)», hasta una mucho más restrictiva que tan sólo en función de la infracción cometida podrá determinarse si la indefensión queda o no sanada en el recurso (SSTC 13/1981, 28/1981, 84/1986, 102/1987, 156/1992, 196/1992, 327/1993).

Pese a que, entendemos, la primera línea jurisprudencial no puede ser mantenida, la propia configuración legal del recurso de apelación y su conversión en derecho fundamental integrante del derecho a la tutela judicial efectiva lo impediría, tampoco consideramos posible enumerar los defectos subsanables. La solución, entendemos, deberá concretarse en cada supuesto y, con excepción de las posibilidades de subsanación que el propio legislador prevé en relación a la prueba, tendrá como punto de partida ese derecho al recurso y la amplitud con que el ordenamiento jurídico lo haya regulado. La apelación, recordemos, se construye como instrumento adecuado para introducir la segunda instancia en el proceso, consiguientemente cualquier posibilidad de subsanación debería respetar

15. Así BORRAJO INIESTA, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho...*, págs. 109-110, a quienes pertenecen los entrecomillados siguientes y de quienes recogemos la diversa postura del Tribunal Constitucional sobre la subsanación, ob. cit., págs. 111 a 114.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

esos dos grados de jurisdicción que legalmente se otorgan al litigante y que constitucionalmente se protegen [16].

Dejando a un lado esta última circunstancia parece evidente que cuando la infracción alegada no haya causado indefensión la consecuencia no puede ser otra que entender desestimada la petición realizada. Estaríamos ante simples irregularidades procesales que como tales no tienen acceso a la impugnación (SAP de Sevilla, de 27 de julio de 1993) [17]. Sin embargo, no puede olvidarse, como señala ORTELLS [18], «que el requisito adicional de causación de indefensión no es necesario para todo supuesto de nulidad procesal». Según la Ley Orgánica del Poder Judicial no sólo serán nulos de pleno derecho los actos procesales que comentamos, es decir los que reúnan los requisitos del art. 795.2 LECrim (art. 238.3.º LOPJ), sino también los que se produzcan «con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional» o «se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave» (art. 238.1.º y 2.º), e incluso aquellos que contengan defectos de forma que les impidan alcanzar su fin o infrinjan el requisito de tiempo «si lo impusiese la naturaleza del término o plazo» (arts. 240 y 241 LOPJ).

En todos estos supuestos, e independientemente del control de oficio permitido por el art. 240.2 LOPJ [19], la nulidad puede hacerse valer a través de «los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate». La apelación, obviamente, es uno de ellos. Consecuentemente una denuncia similar, aunque la infracción de la norma procesal no haya causado indefensión, podrá dar lugar a la declaración de nulidad solicitada [20].

16. Véase SAP de Teruel, de 1 de octubre de 1993, donde se advierte que la «subsanación no es raro que entrañe el quebranto de otras garantías constitucionales, cual es el doble grado de jurisdicción en materia penal, establecido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...), en relación, sobre todo, con la exigencia (destacada por el Tribunal Constitucional desde su sentencia 28/1981 hasta por ejemplo la 113/1992) de que los derechos fundamentales resultan respetados en cada instancia; además, porque de otro modo, el derecho a un proceso público y predominantemente oral (art. 24.2 CE en relación con el 120) quedaría, a su vez, vulnerado, puesto que en la apelación «no se ha practicado prueba alguna, sino que todo el material probatorio a examinar sería el practicado ante otro órgano» (SAP de Sevilla, de 20 de octubre de 1992)».

17. Un ejemplo en MONTERO, *Los recursos...*, pág. 95, si la sentencia se dicta fuera de plazo, si en el acta del juicio oral falta la firma de un abogado, si en la sentencia no se hace constar el domicilio del acusado...

18. ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, pág. 446.

19. Expresamente se alude a él en la SAP de Teruel de 1 de octubre de 1993, en relación a los defectos cometidos en el acto de citación de «los presuntos culpables».

c) Petición de subsanación realizada en tiempo y forma

Finalmente el legislador, en el último inciso del art. 795.2.II LECrim, establece, o al menos así se desprende de su tenor literal, un requisito adicional. La existencia de petición de subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, sin que pueda exigirse, no obstante, cuando el quebrantamiento procesal se hubiere producido en momento tal en que se carezca de oportunidad para reclamar.

La razón de su requerimiento parece obvia, sólo puede determinarse que la falta no ha sido consentida si media la oportuna protesta, pero cuando ésta no es procesalmente posible —situación que se producirá básicamente con relación a los defectos de la propia sentencia— debe ceder la exigencia. Fuera, pues, de estos supuestos será necesario, como señala mayoritariamente la jurisprudencia [21], manifestar la disconformidad con la decisión judicial, pues en caso contrario debe entenderse que la parte está conforme con la resolución.

Ahora bien, siendo ésta su justificación parece también que la previsión legal resultará en la mayoría de los supuestos innecesaria. En efecto, si para la declaración de nulidad se requería que la infracción de la norma o garantía procesal hubiera causado indefensión al recurrente, si ésta únicamente se entiende producida cuando la privación del derecho de defensa no es imputable a la parte que lo alega, tan sólo se podrá apreciar la diligencia debida si ha mediado la oportuna protesta. Su necesidad de acreditamiento, salvo en aquellos supuestos en que la indefensión no resultaba exigible (y entonces la nulidad podría producirse de oficio) deriva de la propia indefensión, la previsión legal sólo contribuiría a probar que ésta no le es imputable.

En cualquier caso, se tiene la carga de realizar la petición de subsanación en tiempo y forma. Al respecto y tal y como indica MONTERO [22], «si el quebrantamiento de forma se ha producido en un acto oral, la parte debe protestar, no ya en el mismo acto, sino inmediatamente después de

20. En un sentido similar se pronuncian las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla y Logroño, de 27 de julio de 1993 y 18 de marzo de 1994, respectivamente, y la anteriormente citada.

21. SSTS de 20 y 25 de octubre de 1990 (RA 1990 n.º 8129 y 8240, respectivamente), entre otras.

22. MONTERO, *Los recursos...*, pág. 93.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dictada la resolución oral, pero si el quebrantamiento se ha producido en una resolución escrita no recurrible, la ley no indica plazo para realizar la reclamación u oposición (...), pero la jurisprudencia ha ido entendiendo que ese plazo debe ser el mismo que el señalado para el recurso que quepa contra la sentencia, y así las SSTS de 12 de mayo de 1986 y de 24 de junio de 1992, para la protesta presupuesto del recurso de casación se remiten a los artículos 212 y 856 de la LECrim». Trasladando tal solución al recurso de apelación el plazo sería de diez días (art. 795.1). Su formulación posterior, en consecuencia, al igual que sus defectos formales, aunque aquí cabrían matizaciones, implicará el incumplimiento de este requisito y por tanto la denegación de la nulidad solicitada.

No obstante, y en relación con lo que acabamos de ver, debe recordarse la distinción entre nulidades absolutas y anulabilidades [23], entre presupuestos e impedimentos procesales. Y debe recordarse porque pudiera darse el caso que la falta del primero de ellos, pese a no ser puesta de relieve en el momento oportuno, e incluso pese a no ser alegada en apelación, diese lugar a una declaración de nulidad, ex oficio, de todo lo actuado (arts. 238 a 240 LOPJ). Declaración de oficio que no se producirá tratándose de un impedimento al ser la parte la única que puede ponerlo de manifiesto.

B. *Su concreción por la jurisprudencia*

No es difícil imaginar la variedad de alegaciones que sobre quebrantamiento de normas y garantías procesales se han planteado ante nuestros tribunales y no es difícil tampoco suponer que, pese a esa ausencia de determinación legal, la mayoría de ellas han tenido como referencia los supuestos típicos enumerados para el recurso de casación en los arts. 850 y 851 LECrim que antes comentábamos y a los que expresamente se alude en alguna ocasión.

En este sentido y comenzando por el primero de ellos no hay duda que es la violación del principio de contradicción junto con la vulneración del derecho de prueba, en sus diversas manifestaciones, el motivo de nulidad más frecuentemente alegado. La omisión o defectos en la citación al juicio oral —aunque nada obsta a que la privación del derecho de defensa se hubiere causado con anterioridad y, denunciada en apelación, la nulidad decretada se extendiera a momentos previos al mismo [24]—, la no suspensión del proceso ante la ausencia justificada del acusado, y la alteración de los términos del debate fuera de las posibilidades legalmente establecidas, por un lado, la denegación indebida de pruebas, la inadmisión de cualquier pregunta y la continuación del juicio pese a la incomparecencia de algún testigo, por otro, serían algunos ejemplos de las denuncias formuladas.

23. Sobre ella y entre otros ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, I, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, págs. 574 y 575.

Lógicamente la respuesta jurisdiccional varía en función de la infracción alegada, sin embargo, sí suelen encontrarse líneas comunes de decisión. Así, comprobada la violación del principio de contradicción se va a entender, por regla general, insubsanable accediéndose, en consecuencia, a la nulidad solicitada.

En primer lugar y respecto a los vicios producidos en los actos de comunicación, o a su no producción de efectos, la claridad de doctrina del Tribunal Constitucional no hace sino confirmar esta opinión: «La citación en la medida en que hace posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representa un instrumento ineludible para que la observancia de las garantías constitucionales del proceso resulte asegurada por el órgano jurisdiccional (SSTC 114/1986, 112/1987, 22/1989 y 109/1989, entre otras)» [25]. No obstante lo anterior también existe unanimidad en que la comparecencia a tiempo de la parte corrige la posible falta de requisitos de la citación y que su incomparecencia cuando es «debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, podría justificar, en principio, una resolución «inaudita parte» (STC 78/1992, que antes comentábamos).

En segundo lugar también será motivo de nulidad la celebración del juicio oral sin la presencia del acusado, situación ésta que básicamente se producirá cuando no se dan los requisitos del art. 793.1.II LECrim, pues en el resto de supuestos la suspensión es preceptiva. Pese a la existencia de un medio de impugnación específico, el recurso de anulación,

24. Situación ésta que se contempla en la STC 121/1995, de 18 de julio (BOE n.º 200, de 22 de agosto de 1995), donde se señala «los actos de comunicación procesal tienen la finalidad material de llevar al conocimiento de los afectados las decisiones judiciales con el objeto de que éstos puedan adoptar la postura que estimen pertinente para la defensa de sus intereses».

25. STC 78/1992, de 25 de mayo (BJC 1992-134, pág. 47). Por su parte la STC 105/1993, de 22 de marzo (BJC 1993-144), señala «el acto de comunicación, es decir, la citación, tiene que practicarse en forma legal mediante el cumplimiento de los requisitos procesales cuya finalidad estriba en que, no sólo el acto o resolución llegue a conocimiento de la parte, sino también que el Juzgado tenga la seguridad o certeza del cumplimiento de los requisitos legales en orden a asegurar la recepción de dicha comunicación por su destinatario (SSTC 99/1991 y 141/1991)».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nada impide que se denuncie la infracción cometida a través de la apelación máxime cuando el primero procede frente a sentencias firmes[26]. Y en este sentido la SAP de Sevilla, de 11 de marzo de 1992, declara la nulidad de las actuaciones —«a partir de la celebración del juicio oral a cuyo momento inmediatamente anterior se retrotraerán las actuaciones en lo concerniente al acusado-recurrente, manteniéndose en lo referente al otro acusado»— al resultar justificada su ausencia —situación de internamiento en un centro de rehabilitación del toxicómano— pues la continuación del juicio en estas condiciones «conculca no sólo el derecho de defensa, sino el derecho del acusado a su presencia física en juicio, implícito en el derecho constitucional a un proceso justo con todas las garantías».

Finalmente se ha considerado insubsanable la vulneración del derecho de defensa de los acusados al extender la acusación, «a través de su modificación en el plenario, a hechos que no fueron objeto de la calificación provisional», aun cuando fueran introducidos en el proceso a través de la actividad probatoria (SAP de Toledo de 9 de diciembre de 1993).

Por otra parte, y contrariamente a la violación del principio de contradicción, las faltas cometidas en la actividad probatoria se entienden en su mayoría sanables dadas las posibilidades legales de práctica de prueba en segunda instancia. Sin embargo, pese a que reiteradamente se viene señalando que es indiscutible la existencia de una relación entre denegación inebida de pruebas e indefensión (SSAP de Sevilla y Toledo, de 27 de julio de 1993 y 3 de mayo de 1994, respectivamente), entre la actividad probatoria y el derecho de defensa, gran parte de las alegaciones realizadas van a ser rechazadas y lo van a ser tanto por no apreciarse la indefensión requerida como por no acreditarse la oportuna petición de subsanación. Así en la SAP de Madrid, de 4 de diciembre de 1993, y en la resolución antes citada de la AP de Sevilla se entiende que la inadmisión de la prueba no puede causar indefensión al no hacer referencia alguna a los hechos enjuiciados o al resultar superflua. Del mismo modo son reiterados los pronunciamientos que no acceden a la nulidad solicitada por faltar la correspondiente protesta. «La infracción procesal carece de la entidad propugnada toda vez que sólo al recurrente es imputable el defecto denunciado», «La propia conducta omisiva del apelante que no propuso tal diligencia de prueba ni pidió la suspensión», «La ausencia de los testigos no es causa que provoque la suspensión del juicio, el

26. Así lo mantenemos en *El recurso de anulación...*, págs. 40 a 44.

juez la acuerda sólo a instancia de parte y cuando la estime procedente (arts. 746.3 y 747)», son expresiones frecuentes en nuestros tribunales (entre otras SAP de Toledo de 3 de mayo de 1994).

Y continuando con el art. 851 LECrim, al que expresamente se remiten tanto los escritos de interposición como las propias resoluciones del tribunal de apelación, también infracciones diversas en la sentencia de instancia han dado lugar a petición de nulidad con base en el quebrantamiento de norma o garantía procesal. Falta de motivación, que se considera insubsanable de forma unánime por la jurisprudencia menor[27], defectos por omisiones que se contengan en la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada o finalmente incongruencia omisiva al no pronunciarse la sentencia sobre la totalidad de los aspectos planteados, son las alegaciones que más frecuentemente se realizan.

Si la ausencia de motivación encontraba una respuesta unitaria no ocurre lo mismo con los otros dos supuestos. La AP de Valencia, en Sentencia de 10 de septiembre de 1993, se inclina por su posibilidad de subsanación en segunda instancia denegando así la nulidad solicitada. «Los defectos por omisiones, señala, que se contienen en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia serían subsanados en esta alzada a través de la revisión completa de las actuaciones que permite el recurso de apelación sin otras limitaciones que lo solicitado por las partes y «la reformatio in peius», e igualmente la incongruencia omisiva denunciada al no pronunciarse la sentencia sobre diversos aspectos planteados puede muy bien subsanarse a través de la doctrina jurisprudencial acerca de la incongruencia omisiva tácita o a través de un recurso de aclaración o a través del presente recurso». Contrariamente la SAP de Valladolid, de 8 de octubre de 1993, entiende que estamos ante defectos insubsanables y, por tanto, su presencia exige la correspondiente declaración de nulidad. En nuestra opinión, y como ya apuntamos, es esta última la respuesta legal y constitucionalmente correcta. El criterio del doble grado de jurisdicción utilizado en la configuración del proceso impediría, salvo expresa mención al respecto —inexistente, por otra par-

27. La unanimidad, sin embargo, no se refleja de igual manera en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en alguna resolución, como recoge VEGAS, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, pág. 173, pese a insistir en la necesidad de motivación entiende que su ausencia puede ser reparada por el propio órgano jurisdiccional al conocer del recurso de casación. Entre otras puede verse la STS de 5 de octubre de 1992, RA n.º 7735, donde expresamente se señala «Es cierto que la sentencia recurrida carece de toda motivación (art. 120.3 CE), pero es preciso tener en cuenta también que la misma puede ser suplida por esta Sala, tras el examen detenido de la causa».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

te, en la regulación de la apelación—, su subsanación en la segunda instancia.

2. El error en la apreciación de las pruebas y la infracción de precepto constitucional o legal como motivos de fondo de la impugnación

A. *Las alegaciones sobre errores en la apreciación de la prueba y vulneración del derecho a la presunción de inocencia*

Es posible, en segundo lugar, alegar la existencia de errores de fondo en la resolución impugnada. Errores que, referidos a la actividad probatoria y/o al enjuiciamiento jurídico, accederán así al recurso de apelación fundamentando posibles solicitudes de reforma o revocación de la sentencia impugnada y dando lugar, en su caso, a un nuevo conocimiento del objeto del proceso.

De este modo y por un lado se podrá pedir la modificación de los hechos fijados en la sentencia. Fundamentación adecuada para ello será no sólo un posible «error en la apreciación de las pruebas», incluyéndose aquí la vulneración de la presunción de inocencia (entre otras SAP de Segovia, de 25 de enero de 1994), sino también aquella cuyo punto de partida se encuentre en hechos alegados con anterioridad, tenidos o no probados por el tribunal, respecto a los cuales se puedan aportar nuevas pruebas. En el primer caso la reforma solicitada se basará en una actividad probatoria ya practicada pero incorrectamente apreciada por la sentencia impugnada. La comprobación de dicho error en la declaración de hechos probados exigirá su modificación y por esta vía también la modificación del fallo. En el segundo supuesto será la aportación de nuevas pruebas por el recurrente —que en ningún caso podrán introducir nuevos elementos fácticos— la que conducirá, en su caso, a dicha modificación bien declarando probados hechos que anteriormente no constaban como tales, bien negando tal condición a los que en la sentencia impugnada eran reconocidos como probados.

Si tal como hemos afirmado la doble instancia se introduce en el proceso a través del recurso de apelación, es evidente que las alegaciones referentes a este motivo serán las que den lugar a ese segundo enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, «a ese nuevo juicio, que diría el Tribunal Constitucional, con posibilidad de revisar tanto sus componentes de hecho como los jurídicos» (STC 103/1995, de 3 de julio, BOE n.º 181, de 31 de

julio del mismo año). Precisamente por ello la doctrina, o al menos un sector doctrinal, advierte sobre las consecuencias negativas que se derivarían de una interpretación restrictiva, posible dada la formulación literal, de la necesidad de realizar alegaciones sobre el error en la apreciación de la prueba. Interpretación que se acercaría en realidad a la realizada por el Tribunal Supremo para el recurso de casación y que restringiría enormemente el ámbito de la apelación [28].

La advertencia no es gratuita desde el momento en que el propio órgano competente para la segunda instancia, Audiencia Provincial básicamente, llega a exigir que el error sea en cualquier caso evidente además de trascendente [29], carácter evidente, por otra parte, que desaparecido del actual art. 849.2 LECrim no es exigido para el recurso de casación [30]. En esta línea se llega a afirmar, por ejemplo, que «para que el Tribunal de segunda instancia pueda variar los hechos declarados probados en la primera, se precisa por quien recurre se acredite que así procede por concurrir alguno de los siguientes casos: 1.º Inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba. 2.º Que el relato fáctico sea oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo. 3.º Que haya sido desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia con arreglo a lo dispuesto en la regla 2.ª del citado art. 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» [31].

Sin embargo, la interpretación correcta pasaría por entender, tal y como señala Cortés Domínguez, «que no es necesario que exista realmente una equivocación para permitir una valoración probatoria distinta a la efectuada en primera instancia; y, en consecuencia, que cuando la ley habla de que es necesario expresar las alegaciones sobre ese error, lo que realmente exige es que se expresen las razones concretas por las que es más lógico una valoración probatoria distinta a la efectuada por el juez de instancia».

28. Cortés Domínguez, *El sistema de recursos*, en «El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988», con Almagro, Gimeno, Moreno Catena, Valencia, 1989, pág. 241, a quien pertenecen los entrecomillados siguientes.

29. Así se pronuncia la AP Sevilla, en sentencia de 24 de mayo de 1982, «Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones», 1982, págs. 686 y 687, y, en sentido similar, la SAP de León, de 29 de julio de 1993.

30. La Ley 6/1985, de 27 de marzo, dio una nueva redacción a este precepto suprimiendo no sólo el carácter evidente del error sino la condición de auténtico del documento.

31. En este sentido SAP de Castellón, de 30 de octubre de 1991, en «Sentencias...», 1991, pág. 658, que, aunque referida al anterior recurso de apelación, es perfectamente aplicable al actual.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Aunque minoritaria esta opinión también se encuentra en nuestra jurisprudencia. Así la SAP de Toledo, de 3 de mayo de 1994, pese a desestimar la alegación planteada, señala «La modificación en apelación del criterio reflejado en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida precisa de la aportación por el apelante de circunstancias objetivas de las que pueda inferirse a través de un proceso lógico al error cometido por aquel, y es lo cierto que, cuanto menos en la forma en que el recurrente ha formulado este segundo motivo, su desacuerdo con la resultancia fáctica de la resolución impugnada trae causa de una diversa interpretación del material probatorio fundada en meras suposiciones e inclinada a favorecer la versión exculpatoria del condenado, pero que en cualquier caso carece del imprescindible respaldo probatorio para desvirtuar el criterio del juez «a quo» [32].

Ahora bien, independientemente del sentido de la expresión legal —error en la apreciación de la prueba—, la posibilidad de alegar por este motivo una infracción del derecho a la presunción de inocencia y las diferencias existentes entre ambos exigen, o al menos resulta conveniente, que se realice una doble precisión teniendo en cuenta las opiniones doctrinales y jurisprudenciales mayoritarias al respecto [33].

La primera partiría de indicar que la presunción de inocencia, o mejor el examen de su vulneración, se ha venido situando en un momento anterior a la comprobación de los posibles errores en la apreciación de la prueba. En efecto, si bien de este derecho —reconocido en el art. 24.2 de la Constitución Española, en el 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en el art. 6.2 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y en el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966— se ha dicho que establece la inocencia de toda persona acusada de un delito mientras no se pruebe su culpabilidad en un proceso rodeado, lógicamente, de todas las garantías, y, como otra cara de la misma moneda, que dispone el deber del juzgador de absolver si no tiene

32. También SAP de Zaragoza, de 21 de septiembre de 1994, «pero es indudable que en la sentencia apelada se recoge acertadamente la resultancia de los hechos, haciéndose correcta apreciación de las pruebas practicadas, y debiendo aceptarse dicha apreciación al no haber razones que evidencien que es equivocada».

33. Y nuevamente se hace imprescindible la lectura de VEGAS, *Presunción de inocencia...*, fundamentalmente págs. 40 a 45 y 157 a 213, y la jurisprudencia que allí se recoge. También ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, págs. 343 a 354, y MONTERO, *Los recursos...*, págs. 104 a 111.

esa certeza «sobre los hechos que positivamente condicionan la pena o sobre los que negativamente la excluyen»; también se ha afirmado que, pese a su significado, resulta imposible controlar en la impugnación todas y cada una de las infracciones del mismo [34].

Si la destrucción de la presunción de inocencia sólo puede venir dada por la existencia de una actividad probatoria de cargo practicada conforme a lo dispuesto en la Ley y en la propia Constitución y valorada de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica [35], la alegación de su vulneración únicamente permitiría controlar la presencia de dichos medios de prueba, su lícita admisión y práctica y su carácter incriminatorio. Es por ello por lo que se afirmaba que este control tiene carácter previo a la valoración de la actividad probatoria. Se trataría, pues, en la impugnación de interpretar la prueba, de fijar su contenido, de comprender «aquello que inmediatamente resulta de su práctica», posteriormente sería cuando el órgano jurisdiccional, en aquellos recursos que lo permitieran y, en su caso, mediante petición de parte, entraría a valorarla, a determinar la eficacia de sus resultados.

La segunda precisión no es sino consecuencia de la anterior y viene referida a la imposibilidad de que un recurso de apelación ex art. 795 LECrim basado única y exclusivamente en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia abra una nueva instancia. Es cierto, como recoge ORTELLS, que la jurisprudencia de forma mayoritaria ha entendido que el motivo que estamos comentando es el cauce idóneo para denunciar la infracción de este derecho por ser «el único que permite u ofrece la posibilidad de examinar la resultancia de las actuaciones de la causa considerada en su conjunto, no con la finalidad de discutir y revisar la apreciación probatoria del Tribunal «a quo» (...), sino para señalar o advertir la presencia de elementos de prueba, datos objetivos o cualquier actividad probatoria mínima y eficaz para destruir la presunción de inocencia que favorece a todo ciudadano (STS de 27 de diciembre de 1982)». Pero precisamente por ello su desestimación y evidentemente su estimación no puede dar lugar a un segundo grado, a un segundo enjuiciamiento del objeto litigioso. En el primer caso porque pese a que el órgano «ad quem» entendiera que hubo actividad probatoria legal y de cargo no podría, a diferencia del juez inferior, entrar en el examen de su valoración, para ello necesitaría la existencia de una previa solicitud en

34. ORTELLS, ob. cit. nota anterior, pág. 344, a quien también pertenecen los entrecomillados siguientes, pág. 461.

35. VEGAS, *Presunción de inocencia...*, pág. 45.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tal sentido. En el segundo supuesto porque estimada la infracción la única consecuencia posible, la valoración al carecer de contenido la prueba resulta inútil, es absolver al acusado, condenado que fue en la instancia.

B. *Los errores «in iudicando in iure»*

Por otra parte, y dejando a un lado el error en la apreciación de la prueba y los problemas derivados de la alegación de la presunción de inocencia, se podrá pedir, y ahora sí directamente, una modificación del fallo basándose para ello en una infracción de precepto constitucional o legal. Se partiría entonces de la declaración de hechos probados, que no podrán ser modificados ni adicionados, de la sentencia impugnada, respecto a los cuales se incurrió en un error de calificación jurídica de los hechos, de la determinación de la pena, o de la medida de seguridad, o, en su caso, respecto a los pronunciamientos civiles. Error que, producido en el fallo o parte dispositiva, aunque también podría hallarse en otras partes de la resolución[36], conducirá inevitablemente a su reforma.

Si no ofrecía duda que el motivo anterior permitía introducir un segundo grado en el proceso tampoco debe cuestionarse la imposibilidad de pedir un nuevo enjuiciamiento del objeto procesal a través de una alegación como la que estamos comentando. Mediante este motivo al igual que a través de su equivalente para el recurso de casación, art. 849.1, tan sólo puede solicitarse una revisión del juicio jurídico realizado por el órgano de instancia, nunca de la base fáctica que condujo a la aplicación de la norma. Es un error «in iudicando in iure» lo que se quiere corregir no un nuevo juicio lo que se pretende obtener.

Lógicamente una petición similar debe ir acompañada de la cita del precepto infringido y aunque nada señale el art. 795.2 LECrim, por exclusión, parece que dicha norma habrá de tener carácter sustantivo y sólo excepcionalmente, como veíamos, naturaleza procesal[37]. Siguiendo a ORTELLS[38] revistirían tal caracterización en primer lugar las leyes penales sustantivas. Al respecto recordar la Disposición transitoria novena de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal —que entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado—, donde en su apartado a) se dispone: «Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos del nuevo Código, cuando resulten más favorables al reo».

36. La orientación antiformalista de la jurisprudencia recogida por ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, pág. 458, es la que permite realizar esta afirmación.

37. Advierte MONTERO, *Los recursos...*, pág. 110, que donde no hay duda es en la necesidad de ley en sentido formal «primero porque en materia penal no existen reglamentos y, luego, porque tampoco existe verdadera jurisprudencia (...)».

38. ORTELLS, ob. cit. anteriormente, pág. 460.

Pero también y, en segundo lugar, «las leyes de carácter material no penales que hayan de observarse para aplicar la ley penal o con ocasión de la aplicación de la ley penal, y aquí se incluirían tanto las civiles, en cuanto determinan el juicio sobre la pretensión civil acumulada, como las procesales, a que nos referíamos antes, en cuanto sean infringidas no «in procedendo» sino «in iudicando», es decir, cuando la aplicación de las mismas haya determinado el fallo de la resolución impugnada».

No nos podemos olvidar finalmente de las normas constitucionales cuya infracción expresamente se permite alegar (arts. 795.2 LECrim y 5.4 LOPJ), aunque nuevamente a través de este motivo sólo prosperarán si «su funcionalidad en el juicio jurídico contenido en la sentencia fuera idéntica a las que acabamos de examinar».

IV. AMPLITUD DE LOS PODERES DEL ÓRGANO «AD QUEM»

A la vista de lo que antecede era lógico concluir, como hicimos, que el legislador no hace sino configurar este medio de impugnación como ordinario en tanto en cuanto aún existiendo una enumeración legal de los motivos alegables «es la parte y no la ley la que delimita la posible amplitud del recurso»[39]. Teóricamente, pues, el órgano «ad quem» puede encontrarse también ante el objeto del proceso en la misma posición y con idéntica plenitud de conocimiento que el primer juez[40]. La única limitación derivaría precisamente del necesario respeto a la pretensión impugnatoria del recurrente, la segunda instancia no puede abrirse de oficio, y, en consecuencia, a ese tradicional brocardo latino «tantum devolutum quantum appellatum» que trae consigo la interdicción de la reforma peyorativa[41].

Sin embargo, introducida la segunda instancia en el proceso, la necesidad de que el tribunal de apelación forme su convencimiento con

39. ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, pág. 424.

40. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, I, con HERCE, pág. 472.

41. Véanse, entre otras, las sentencias de la AP de Teruel de 26 y 28 de septiembre de 1992, «Sentencias...» 1992, págs. 846 a 848 y 866 a 867.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

base en unas pruebas practicadas en su mayoría ante el juez «a quo» en un procedimiento regido por la oralidad y la inmediación hace que, en la práctica, surja una segunda limitación. Segunda limitación que se va a traducir en el respeto a los hechos declarados probados en el primer grado y que conduce, en realidad, a una reducción del ámbito de conocimiento del órgano «ad quem».

1. *Su delimitación a través de la pretensión impugnatoria y la interdicción de la reforma peyorativa*

Señala la STC 272/1994, de 17 de octubre —y además lo hace advirtiendo de las muchas veces que ha sido explicado—, que «el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal Superior supraordenado «ad quem» para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un «novum iudicium» [42]. No se duda, pues, del carácter ordinario del recurso que estamos estudiando y de su significado, pero tampoco se cuestiona que los poderes del órgano jurisdiccional encargado de conocer del mismo se extienden única y exclusivamente a las cuestiones planteadas por las partes.

Ya desde 1887 en sentencias diversas del Tribunal Supremo —citadas por AGUILERA DE PAZ [43] al comentar los arts. 900 a 902 LECrim cuando la redacción de este último no era tan explícita como la actual— se afirmaba que la competencia de dicho tribunal estaba limitada «a resolver las cuestiones propuestas por los recurrentes, declarando y subsanando, en su caso, la existencia o inexistencia de errores o infracciones de derecho en las resoluciones judiciales contras las cuales se hubiere interpuesto el recurso de casación en cuanto al fondo, sin poder hacer otras declaraciones que las que quepan dentro de esos determinados límites, por lo que debe concretarse la Sala a resolver las cuestiones que ante ella se planteen en los recursos autorizados (...), sin que sea lícito hacer declaraciones legales que afecten a problemas jurídicos que no es-

42. BJC 1994-163, pág. 80, haciendo referencia además a las SSTC 120/1994, 124/1983, 54/1985, 145/1987, 194/1990 y 21/1993.

43. Las sentencias citadas son las de 30 de noviembre de 1887, 22 de diciembre de 1892 y 4 de noviembre de 1893; véase AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, VI, Madrid, 1916, págs. 253 y 254. La única excepción, como este mismo autor comentaba, era «en las causas en que se hubiera impuesto la pena de muerte, pues en ese caso hallándose admitido de derecho el recurso sin necesidad de su preparación e interposición, facultado se halla el tribunal para la casación del fondo de la causa» (arts. 947 a 953, hoy implícitamente derogados).

tén comprendidos en los términos concretos e infranqueables del precepto legal que se cite en apoyo a fundamento del recurso». Y, aunque sin resoluciones de apoyo, tal era el sentir también en los años siguientes a la promulgación de la LECrim del órgano encargado de conocer la segunda instancia en el juicio de faltas y, en realidad, continúa siendo respecto a los actuales tribunales de apelación en los diversos procesos penales en que está regulado [44].

Esta unanimidad jurisprudencial y también doctrinal, sin embargo, no se va a corresponder con la existencia de una clara justificación al respecto, sí existente, por el contrario, en el proceso civil donde la vigencia del principio dispositivo se convierte en fundamento de los límites mencionados. En este sentido no creemos que sea el principio acusatorio, ni el de contradicción, ni la prohibición de indefensión, ni siquiera la regla «tantum devolutum quantum apellatum» en tanto en cuanto se enmarca dentro de un criterio más general [45], la razón última por la que se limitan los poderes del órgano jurisdiccional a la pretensión impugnatoria de las partes. El principio acusatorio, principio pluricomprensivo y ciertamente complejo [46], funciona o debe funcionar en la primera instan-

44. Y aquí sí puede encontrarse jurisprudencia al respecto, entre otras, SAP de Teruel de 26 de septiembre de 1992, «Sentencias...» 1992, págs. 846 a 848.

45. A este axioma acude junto con el llamado principio de rogación ciertas resoluciones del Tribunal Constitucional. Entre otras STC 54/1985, de 8 de abril, que, sin embargo, no deja de mencionar también el principio acusatorio. La pretensión concreta ejercitada en apelación, señala, delimita la alzada y enmarca y predetermina el alcance «de la decisión del Juez superior, pues éste ha de desenvolver su función dentro de su contenido material, fuera del cual no puede actuar, agravando la situación del apelante, no sólo por la efectividad del principio acusatorio aceptado en el juicio de faltas, sino por la operatividad del axioma que rige la apelación «tantum apellatum quanto devolutum», y que es aceptado por la jurisprudencia y por la doctrina, por ser acorde con la misma naturaleza y contenido del recurso, así como, finalmente, porque el principio de rogación que delimita el mismo se manifiesta en la prohibición de aceptar la «reformatio in peius» que prohíbe el art. 902 de la LECrim para el recurso de casación, como también la propia Constitución en su art. 24 a través de la interdicción de la indefensión y la exigencia de las garantías inherentes a todo proceso enmarcado por las pretensiones de las partes y congruencia en la decisión por lo resuelve...» (BJC 1985-49, págs. 560 a 566).

46. Véase DE LA OLIVA, *Derecho procesal penal*, con ARAGONESES, HINOJOSA, MUERZA, TOMÉ, págs. 41 y 42. No obstante se considera mayoritariamente fundamento de la prohibición de «reformatio in peius», tanto a nivel doctrinal (entre otros, BORRAJO INIESTA, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho...*, pág. 88), como jurisprudencial (STC 15/1987, de 11 de febrero, Jurisprudencia Constitucional 1987-XVII, págs. 136 a 144, y SSTC 242/1988, de 19 de diciembre, BJC 1989-93, y 153/1990, de 15 de octubre, BJC 1990-115).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cia y, como señala ORTELLS[47], en tanto en cuanto delimita «el propio objeto procesal penal y la admisibilidad del proceso respecto a ciertos hechos y contra determinada persona» puede ser utilizado en apelación. Recordemos la idea de GÓMEZ ORBANEJA y el límite natural de la segunda instancia[48]. Pero a partir de ahí es evidente que el legislador configura el nuevo grado bajo criterios distintos, el primero y principal es su oportunidad nunca su necesidad.

Partiendo de ello es lógico que si sólo la parte es quien, con la interposición de recurso, hace realidad esa doble posibilidad de enjuiciamiento de la cuestión litigiosa —posibilidad que, no olvidemos, reconocida por el legislador integra el derecho a la tutela judicial efectiva[49]—, también sea únicamente ella quien delimite el ámbito de conocimiento del tribunal «*ad quem*» respecto al objeto procesal de la instancia. Y aquí sí entraría el tradicional brocardo latino «*tantum devolumtum quantum apellatum*» en virtud del cual el tribunal de apelación debe reducir los límites de su resolución a las únicas cuestiones promovidas en el recurso, estándole prohibida, en consecuencia, incurrir en la llamada «*reformatio in peius*», naturalmente salvo que hayan recurrido las dos partes.

No es por tanto el principio de contradicción ni la prohibición de indefensión el fundamento de la interdicción de la reforma peyorativa. Pese a ser reiterados los pronunciamientos jurisdiccionales en este sentido, incluso del Tribunal Constitucional[50], es evidente la imposibilidad de

47. ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, pág. 428.

48. Límite que expresamente se recoge en la STC 54/1985, de 18 de abril, ya citada, «aunque la apelación se considere como un «novum iudicium», la revisión que supone debe encuadrarse dentro de las pretensiones ejercitadas en ambas instancias, no admitiendo las apreciaciones distintas que las superen, con agravio indudable de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución».

49. En la STC 15/1987, de 11 de febrero, se señala expresamente que la conexión entre la prohibición de la «reformatio in peius» y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución es fácilmente perceptible y en este sentido se hace referencia al art. 24.1 y 10.2 así como el art. 24.2 CE.

50. SSTC 15/1987, de 11 de febrero (BJC 1987-71), 17/1989, de 30 de enero (BJC 1989-94), y 153/1990, de 15 de octubre (BJC 1990-115), entre otras. También SAP de Teruel de 26 de septiembre de 1992, ya citada. En la primera de ellas se afirma que no existirá una violación de la prohibición de la reforma peyorativa si «la sentencia de apelación, aunque pueda considerarse constitutiva de una «reformatio in peius» según un entendimiento muy amplio de esta categoría, se produce al término de un debate en el que frente al apelante se han podido sostener otras pretensiones de las que éste pudo defenderse y que liberan al juez de los límites establecidos por lo ya acordado en primera instancia».

una justificación similar. Como se ha señalado[51], «desde el punto de vista de la prohibición de indefensión, la «reformatio in peius» no sería censurable si se dio a la parte recurrente la posibilidad de defenderse, ni tampoco (...) respecto de todas aquellas cuestiones que un tribunal puede resolver de oficio sin previa contradicción. La prohibición de indefensión —según esto— no proscribiría absolutamente la «reformatio in peius», sino sólo la «reformatio in peius» que se produce sin posibilidad de defensa».

Ahora bien, aunque son aquellas consecuencias fácilmente deducibles de la imposibilidad de abrir de oficio el segundo grado de jurisdicción, sin embargo, se van a entender referidas única y exclusivamente al acusado en cuanto recurrente y no así si son los acusadores quienes interpusieron recurso[52]. En este supuesto se considera admisible la absolución o una condena de menor gravedad, matizándose «en aquellos supuestos en que las normas establecen cierta vinculación del órgano jurisdiccional a admisiones y reconocimiento de hechos por el acusado»[53].

Precisamente esta admisibilidad, que parece incompatible con la configuración legal de la segunda instancia, hace que si bien la «reformatio in peius» se defina en un principio con carácter general, a continuación se limite a la persona del acusado. En este sentido la SAP de Teruel, de 28 de septiembre de 1992, no puede ser más significativa: «es doctrina jurisprudencialmente admitida que el principio procesal que proscribe la «reformatio in peius» impide a los Tribunales que resuelven apelaciones en la segunda instancia modificar los hechos, que vienen fijados como probados en la sentencia recurrida en perjuicio de los acusados, cuando éstos sean los únicos recurrentes»[54].

51. BORRAJO INIESTA, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho...*, pág. 89.

52. Señala la STC 15/1987, de 11 de febrero, que no hay «en la Ley previsión alguna, ni en sentido positivo ni en sentido negativo, respecto de la posibilidad de reformar la posición jurídica del apelante cuando éste no sea precisamente el condenado en la primera instancia» y es cierto. Sin embargo, ello no es óbice para entender la prohibición de «reformatio in peius» como implícita en la propia configuración legal de la apelación. Otra cosa es que el interés público que se debate en el proceso penal exija algunas modificaciones.

53. ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, pág. 429.

54. SSTC 54/1985, de 18 de abril, y 17/1989, de 30 de enero, donde se señala, por ejemplo, en la primera de ellas que «(...) el Tribunal de alzada, de oficio, no puede agravar o empeorar la condición de los derechos del recurrente, apoyándose en una pretensión de signo contrario y beneficiosa, que se transforma en peyorativa al resolverse

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

No existe, sin embargo, un claro apoyo legal a esta postura mayoritariamente sostenida por doctrina y jurisprudencia. No obstante, el art. 902.I LECrim referido al recurso de casación se ha entendido aplicable también a la apelación[55] y en él expresamente se establece «Si la Sala casa la resolución objeto del recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho, sin más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso que se solicitase pena mayor». Pero curiosamente incluso con la redacción originaria —«Si la Sala casa la resolución objeto del recurso, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda, aceptando los fundamentos de hecho y de derechos de la resolución casada que no se refieran a los puntos que hayan sido objeto del recurso (...)»— que, obviamente, es mucho menos explícita, se sostuvo que el tribunal puede apreciar «la existencia de una circunstancia atenuante, no alegada en el recurso si el recurrente estimó el hecho origen de la misma, como constitutivo de una circunstancia eximente, pues en tales condiciones se halla bien requerido el tribunal para hacer la declaración procedente respecto de tal hecho»[56].

La limitación de las facultades del juzgador «ad quem» derivada de la pretensión impugnatoria es, consiguientemente, un hecho que no puede negarse. Sin embargo, los propios intereses en juego en el proceso penal van a impedir que los principios configuradores de la segunda instancia lleguen a sus últimas consecuencias. Regirá el viejo axioma «tantum devolutum quantum apellatum», se prohibirá la «reformatio in peius», pero será posible al margen de ellos que el condenado obtenga en apelación una sentencia favorable aún no siendo él el recurrente. Todo ello con independencia de los poderes oficiales del tribunal que podrán dar lugar, como vimos, a declaraciones de nulidad no pedidas

«extrapetitum», para finalizar aplicando tal doctrina única y exclusivamente al recurrente acusado.

55. Así la STC 15/1987, de 11 de febrero, donde se indica «la consagración legal de la prohibición de la «reformatio in peius», reducida en la LECrim por razones obvias, al supuesto de la casación, pero que por razones no menos obvias ha de entenderse válida también en apelación.

56. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...*, VI, pág. 254, quien señala además que «por el contrario, no puede estimársele facultado para hacer declaraciones que pudieran agravar la situación del recurrente o la pena imponible al mismo, salvo que hubieren recurrido también el fiscal o el acusador privado».

por las partes (entre otras SSTC 15/1987, de 11 de febrero, y 17/1989, de 30 de enero).

2. *Su reducción práctica, la inmediación y el respeto a los hechos declarados probados*

La supresión de la segunda instancia en nuestra LECrim vino justificada fundamentalmente por la nueva estructura del proceso penal de instancia. Conformada ésta bajo el principio acusatorio y «procedimentalmente atendiendo a los principios de oralidad, concentración y publicidad» se hacía teóricamente imposible un segundo grado de jurisdicción donde el órgano «ad quem» tuviera que entrar a decidir sobre los hechos, valorando unos medios de prueba cuya práctica no había presenciado[57].

Esta imposibilidad, que se entendía lógica para ALONSO MARTÍNEZ, fue legalmente superada con el establecimiento del recurso de apelación, previsión que, sin embargo, se realizó no dando solución a aquellas cuestiones, si no todas sí la gran mayoría, que precisamente motivaron su desaparición a fines del siglo pasado. Y ésta y no otra es la razón por la que pese a configurarse este medio de impugnación como recurso ordinario y, por tanto, pese a no existir otra limitación en los poderes del órgano «ad quem» que la derivada de la pretensión impugnatoria, en la práctica sus facultades se hayan visto notablemente reducidas y con ellas el propio ámbito de la apelación.

Es cierto que «a priori» no se reconocen otros límites que los anteriormente descritos, pero esa necesidad de realizar el segundo enjuiciamiento de la cuestión litigiosa con base fundamentalmente en una actividad probatoria ajena al propio órgano jurisdiccional hace que, se quiera o no, deba terminarse por admitir su existencia. En este sentido sea cual sea el órgano jurisdiccional obligado a pronunciarse sobre el recurso de apelación comenzará afirmando, como hace el Tribunal Constitucional, que «Su naturaleza de medio de impugnación ordinario está fuera de debate e implica, con el llamado efecto devolutivo, que el Juez «ad quem» asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez «a quo» no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos

57. Véase MONTERO, *Los recursos...*, págs. 14 a 20.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba» [58].

Ahora bien, cuando es el propio tribunal de apelación el que debe pronunciarse mayoritariamente concluye advirtiendo que «es doctrina reiterada de los Tribunales que conocen de los recursos de apelación que, la valoración de las pruebas corresponde al juez de instancia que, por su posición de inmediación con el material probatorio es quien se encuentra en una situación más favorable a la hora de efectuar una valoración del acervo probatorio practicada en el acto del plenario la que realmente debe tenerse en cuenta a la hora de formar la convicción del juzgador en orden a efectuar o no el correspondiente juicio culpabilístico, sin que pueda modificarse la narración de los hechos probados por él efectuada, salvo que la misma fuera manifiestamente ilógica o incongruente» [59].

Y esta advertencia, este respeto a los hechos declarados probados por el juzgador «a quo», incluso, no pierde su sentido si, en virtud de lo dispuesto en el art. 795.3 LECrim, se ha procedido a practicar prueba en segunda instancia. La permisión legal está sujeta a limitaciones diversas que hacen que el material probatorio tan sólo completamente el anteriormente practicado y nunca constituya una repetición del mismo. La situación aquí, como ya se ha advertido, es si se quiere más confusa. El segundo enjuiciamiento ha de realizarse teniendo en cuenta una prueba en parte, lo cual puede conducir a que, en la práctica, el órgano «ad quem» o bien no dé valor a la actividad probatoria que presenció «por cuanto constituye una pequeña parte de todo el conjunto probatorio», o bien finalice «atendiendo sólo a la prueba antes practicada, con olvido de la realizada en la primera instancia. Las dos situaciones son teóricamente inadmisibles, pero prácticamente inevitables» [60].

Es cierto que en este supuesto, no podría ser de otra manera, la jurisprudencia no es tan categórica. La SAP de Málaga, de 16 de noviembre de 1993, afirma, por ejemplo, que el tribunal de apelación debe remitirse a la valoración del de instancia «salvo que tal valoración probatoria resulte manifiestamente errónea o se dispongan de otros medios de convicción por practicarse prueba en segunda instancia».

Es cierto también que el Tribunal Constitucional sigue defendiendo, e incluso exigiendo, esa amplitud de conocimiento que se deriva de construir un proceso con dos instancias. En la segunda, se indica, «cabe completar los elementos de juicio mediante la admisión, en su caso, de las pruebas propuestas y rechazadas en la primera, así como practicar aquellas que, habiendo sido admitidas, no se llevaron a efecto y, por supuesto, resulta no sólo posible sino inexcusable, la valoración del acervo probatorio con la misma libertad de criterio que en el grado precedente» [61].

Sin embargo, será inevitable —y lo será además en cualquier caso, apelación con prueba o sin ella— que las restricciones del juzgador a la hora de realizar ese nuevo enjuiciamiento característico del doble grado de jurisdicción vayan más allá de las limitaciones impuestas por la pretensión impugnatoria. Lejos del propio significado de la segunda instancia, lejos incluso de las peticiones de las partes, la posición del órgano «ad quem» ante el objeto del proceso difícilmente será la misma. Podrá existir adición del material probatorio, pero la idéntica, o en este caso perfeccionada, plenitud de conocimiento de que hablaba GÓMEZ ORBANEJA respecto al órgano «a quo» no podrá en realidad producirse.

Y en este sentido es curioso como los partidarios de una modificación del actual sistema de recursos sostengan como argumento contrario a la casación que en la misma el tribunal no percibe «con sus sentidos la producción de la prueba, sobre todo la de los testigos y la pericial» y,

58. STC 272/1994, de 17 de octubre, BJC 1994-163, págs. 78 a 81. Muy significativa es también la sentencia 194/1990, de 29 de noviembre, donde se dice «aunque la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba corresponde en principio al Juez de instancia, también el Juez o Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez «a quo», dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal «ad quem» para resolver cuantas cuestiones se le plantean, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un «novum iudicium», como en reiteradas ocasiones ha afirmado este Tribunal (entre otras, y por citar algunas, SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985 y 145/1987)».

59. SAP de Las Palmas, de 20 de septiembre de 1993. Nótese que además se mantiene una postura sumamente restrictiva sobre la interpretación del motivo de error en la apreciación de los hechos. También SSAP de Barcelona, de 1 y 29 de octubre de 1993; de Málaga, de 16 de noviembre de 1993, y de Sevilla, de 24 de mayo de 1982, «Sentencias...», 1982, págs. 686 y 687, donde se señala en el mismo sentido «una constante doctrina jurisdiccional viene determinando que el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces de instrucción en los procesos penales es un recurso amplio y pleno, en cuyo seno el Tribunal «ad quem» puede examinar el objeto del mismo con igual amplitud y potestad con que lo hizo el Juez «a quo», y, por tanto, no está obligado a respetar los hechos declarados probados por éste..., pero... en atención al principio de inmediación que informa el sistema oral en materia penal, ha de respetarse en lo posible la apreciación que de la prueba, en conjunto, haya realizado el juez de instancia, por ser el que aprovecha al máximo en la valoración de los hechos las ventajas de inmediación».

60. MONTERO, *Los recursos...*, págs. 19 y 20.

61. STC 103/1995, de 3 de julio, BOE n.º 181, de 31 de julio de 1995.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en consecuencia, no puede juzgar sobre lo que no ha visto ni oído [62], cuando en realidad ésta es la situación en que se encuentra el propio tribunal de la apelación. No olvidemos que la oralidad de la primera instancia y la inmediación que conlleva se quiebra en la segunda, dominada por la escritura [63]. Precisamente por ello llega a afirmarse que la posibilidad de un doble grado «lejos de constituir un perfeccionamiento del sistema procesal, supone un elemento notablemente perturbador en el seno de dicho sistema» [64].

Con todo seguiría existiendo una diferencia fundamental, el recurso de apelación siempre permitirá, al menos en teoría, una segunda instancia, no así el recurso de casación pese a la cierta aproximación que en la actualidad se está produciendo [65].

62. Por ello cuando no se prevé legalmente un recurso de apelación el mantenimiento de la casación por error de hecho en la apreciación de la prueba... no puede servir de compensación. En este sentido RUIZ VADILLO, *Hacia una nueva casación penal*, BIMJ 1990, n.º 1585, págs. 5660 a 5662, y *Algunas consideraciones generales sobre la valoración de las pruebas en el juicio oral y otros problemas del proceso penal*, BIMJ 1989, n.º 1542, pág. 4219, de donde se han sacado los entrecomillados. Véase también IGARTÚA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1994, págs. 133 a 135.

63. Para MONTERO, *Los recursos...*, pág. 17, a la falta de inmediación del órgano «ad quem» se une «que las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal conteniendo la motivación fáctica precisa para no entender vulnerado el art. 120.3 CE, no son exhaustivas en esa parte de la fundamentación, en cuanto no suelen descender al detalle de poner en relación cada uno de los medios de prueba particulares con el o con los hechos que se estiman probados». La conclusión para este autor no puede ser otra que «la inutilidad de la apelación en sentido estricto», entendiendo además que la utilización, propugnada en ciertos sectores doctrinales, de los medios de reproducción del sonido y de la imagen para que quede constancia de todo lo realizado en el juicio oral no sería, ni teórica ni prácticamente, solución adecuada.

64. VEGAS, *Presunción de inocencia...*, pág. 192, y añade «si el juzgador de primera instancia no puede apoyar su convencimiento, sin vulnerar la presunción de inocencia, en los materiales escritos procedentes de las actuaciones policiales y sumariales, y debe ceñirse a lo actuado en el juicio oral en su presencia, tampoco debería considerarse admisible una condena basada en un convencimiento fundamentado en la documentación del juicio oral». Dos son para este autor las soluciones posibles o suprimir la segunda instancia o generalizarla a las sentencias condenatorias pero «regulando al mismo tiempo la sustanciación de la segunda instancia de manera que permita al órgano de apelación formar su convencimiento en iguales condiciones de inmediación que el juzgador de la primera instancia» (págs. 198 y 199).

65. Sobre todo CLIMENT, *La estructura lógica del razonamiento de los escritos de alegaciones y de las sentencias*, RGD 1991, mayo, págs. 3661 a 3699. También MONTERO, *Los recursos...*, págs. 14 a 20, y VEGAS, ob. cit. anteriormente, págs. 167 a 173.

LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA *

EDUARDO BERMÚDEZ OCHOA
Magistrado
Profesor Asociado de Derecho Procesal
Universidad Pontificia de Comillas, ICADE

SUMARIO:

1. Los conceptos de imparcialidad objetiva y subjetiva; 1.1. Doctrina general; 1.2. Fundamento constitucional del derecho al Juez imparcial; 1.3. Aplicabilidad a todos los órdenes jurisdiccionales; 1.4. Doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. — 2. La sentencia del Tribunal Constitucional 145/88 de 12 de julio. Separación entre el órgano instructor y el de enjuiciamiento; 2.1. La doctrina recaída con anterioridad a la sentencia 145/88; 2.2. La sentencia del TC 145/88, de 12 de julio; 2.3. La actividad instructora contaminante; A) Criterio general; B) Dificultad de concreción casuística; C) Intervención en otra causa relativa al mismo acusado; 2.4. Necesidad de ejercitar la recusación; 2.5. Invocabilidad de la contaminación judicial por la parte acusadora. — 3. Otros supuestos de contaminación del órgano enjuiciador; 3.1. Actuación de las Audiencias Provinciales en el ejercicio de sus competencias; 3.2. Declaración de la nulidad de actuaciones que obliga a repetir el juicio oral; A) Doctrina del Tribunal Supremo; B) Doctrina del Tribunal Constitucional; 3.3. Celebración del juicio para distintos acusados por separado; 3.4. Necesidad de evitar un uso abusivo del concepto de imparcialidad. — Bibliografía.

* Texto revisado y actualizado de la ponencia objeto de exposición en el marco del Plan de Formación del Consejo General del Poder Judicial en abril de 1994.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1. Los conceptos de imparcialidad objetiva y subjetiva

1.1. *Doctrina general*

El punto de partida que es preciso considerar para el debido análisis de la cuestión que nos ocupa estriba en la consideración, verdaderamente elemental, de que el órgano judicial, que constituye uno de los sujetos de la relación jurídica procesal, se diferencia plena y esencialmente de los demás sujetos procesales constituidos por las partes, de manera que la naturaleza misma de la posición jurídica que ocupa el Juez (aquél que aplica la ley al caso concreto en nombre del Estado) frente a las partes (los sujetos jurídicos que pretenden o frente a los que se pretende una tutela jurisdiccional concreta, con las precisiones y matizaciones necesarias en el ámbito procesal penal) descansa en la independencia, en relación a las partes y al objeto mismo del proceso. El órgano jurisdiccional está únicamente condicionado y subordinado a la voluntad de la Ley, y debe resolver sobre el fondo de la cuestión debatida al margen de toda consideración de preferencia personal o de interés propio, porque su función se apoya precisamente en la posición supra partes que ostenta.

La imparcialidad del Juez, como situación de ajeneidad a los intereses en conflicto, tiene una doble vertiente o manifestación en el ámbito procesal penal: la objetiva, que considera su posición respecto al objeto mismo del proceso, y que se deriva de la relación o contacto que el órgano judicial haya podido tener con los hechos y con el imputado con anterioridad a la sustanciación del juicio oral, considerando a dicho imputado como uno de los elementos identificadores de la acción (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1993 y 22 de junio de 1994); y la imparcialidad subjetiva, originada en la relación extraprocesal que el órgano judicial tenga o haya tenido con las partes del proceso.

La imparcialidad objetiva, a que se refiere este trabajo, no se reduce al supuesto de coincidencia entre el Juez instructor y el Juez al que compete fallar la causa, aunque sea uno de los casos que más trascendencia ha tenido en el ámbito de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, con las consecuencias orgánicas y legislativas de todos conocidas. Comprende también otros supuestos en los que puede advertirse el riesgo de una contaminación objetiva (también se ha llamado contaminación inquisitiva) por parte de quién debe dictar sentencia sobre el fondo; así ocurre en los casos en que un órgano jurisdiccional debe resolver un supuesto que cuenta con idénticos medios de prueba a uno anterior contra el mismo acusado que culminó

en sentencia condenatoria; o cuando tras la declaración de nulidad de una resolución en vía de recurso se ordena la retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio oral con subsanación de la falta advertida.

Además de estos casos, es conveniente analizar distintas situaciones procesales que también pueden arrojar dudas sobre la concurrencia de la necesaria imparcialidad objetiva en el órgano que resuelve, y que serán también objeto de estudio.

La necesidad de preservar la imparcialidad del Juez se contempla en el derecho procesal, si bien de manera insuficiente como ya se verá, a través de las causas de abstención y de recusación (art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), que no implican por si la falta de imparcialidad en el juzgador, sino el mero peligro o posibilidad de que se produzca, deducido de la apreciación de unos hechos objetivos y con independencia de la situación personal y concreta del órgano judicial afectado; se trata de eliminar los recelos o sospechas nacidos de la condición humana del Juez y su posible sometimiento a las pasiones e intereses personales, y evitar que el juzgador pueda perder la serenidad de juicio aun involuntaria o inconscientemente (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1980, 22 de abril de 1983, 21 de octubre de 1986 y 24 de septiembre de 1991). En esta materia es preciso atender al interés público, y no sólo de parte, de asegurar la imparcialidad de la resolución y el prestigio de la función.

Ciertamente, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que el análisis de la concurrencia o no de alguna de las causas de abstención y recusación debe realizarse con rigurosa referencia a los supuestos taxativamente enumerados en los preceptos citados (Sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983, 28 de febrero de 1984, 29 de abril de 1985, 21 de octubre de 1986, 15 de junio de 1987, 24 de junio de 1988, 8 y 12 de febrero y 14 de junio de 1991, 14 de mayo y 11 de noviembre de 1992, 6 de noviembre de 1993 y 9 de mayo y 27 de septiembre de 1994; y de la Sala 3.ª de 2 de febrero de 1990 y 13 de julio de 1991), y ello por evidentes razones de seguridad jurídica y de atender a la necesidad de evitar descalificaciones sin fundamento o meros juicios de valor sobre los titulares de los órganos judiciales, así como maniobras abusivas destinadas a remover a ciertos Jueces del conocimiento de un proceso concreto en búsqueda de otros aparentemente más favorables (Sentencia de 24 de marzo de 1977) y de evitar también actuaciones meramente

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dilatorias u obstruccionistas de las partes (Sentencias de 27 de septiembre de 1994 y 30 de marzo de 1995).

Este rigor ha impedido un entendimiento amplio y flexible en los casos en que es el propio órgano judicial el que se abstiene, al que nos referiremos más adelante, y lleva consigo necesariamente una interpretación restrictiva de las causas de abstención y recusación (Sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1984, 29 de abril de 1985, 21 de octubre de 1986, 24 de junio de 1988, 14 de junio de 1991 y 9 de mayo de 1994; y de la Sala 1.ª de 5 de febrero de 1991).

1.2. *Fundamento constitucional del derecho al Juez imparcial*

El art. 24 de la Constitución, que enuncia y detalla un extenso catálogo de derechos fundamentales relacionados con el proceso, no contempla sin embargo expresamente la mención del derecho al Juez imparcial. En una primera postura mantenida por el Tribunal Constitucional en el análisis de la cuestión se vino optando por encuadrar la imparcialidad del Juez en el ámbito del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, recogido en el art. 24.2 citado.

Como ponen de relieve las Sentencias del Tribunal Constitucional 31/83 de 27 de abril, 47/83 de 31 de mayo, 307/93 de 25 de octubre y 44/85 de 22 de marzo, el derecho al Juez predeterminado por la Ley exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por norma jurídica, que esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional y que su titularidad y composición esté determinada legalmente con las debidas garantías de independencia e imparcialidad; la composición del órgano judicial debe venir determinada por la Ley y en cada caso concreto ha de seguirse el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente, porque la finalidad perseguida por el derecho aludido al Juez ordinario y predeterminado legalmente es la de preservar y garantizar la indepedencia e impacialidad del órgano jurisdiccional.

La citada doctrina lleva a la consideración de que entre las normas que conducen a la determinación del juez, entroncadas con el art. 24 de la Constitución, no se encuentran sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales, sino que también están comprendidas las relativas a la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto, entre las que es

preeminente la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad (Sentencia 47/82 de 12 de julio).

Esta doctrina se fue construyendo alrededor y en consideración del derecho a la recusación de los órganos judiciales, estableciendo que cuando concurran las causas tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad el derecho de recusar es una manifestación específica del ejercicio del derecho al Juez predeterminado. Debe citarse también el Auto 799/85 de 13 de noviembre, en el que se dice expresamente que el derecho a recusar al Juez no forma parte de las garantías procesales constitucionalizadas, sino del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, que no fue citado como vulnerado por el solicitante de amparo, invocando a continuación la doctrina de las sentencias 47/82, 47/83 y 44/85, antes mencionadas.

Sin embargo, en posteriores resoluciones en las que vino a cuestionarse directamente la imparcialidad del juzgador y no propiamente el correcto ejercicio del derecho de recusación como instrumento para conseguirla, el intérprete constitucional optó por enmarcarla en el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, recogido también en el art. 24.2 mencionado, entendiendo que se trata de una garantía implícita en su enunciado pese a la ausencia de una mención específica (Sentencias 113/87 de 3 de julio, 145/88 de 3 de julio, 55/90 de 28 de marzo y 32/94 de 31 de enero), y ello sin alusión o mención alguna al concepto de Juez predeterminado por la Ley.

En un paso más incurso en esta corriente interpretativa, a partir de la sentencia 164/88 de 26 de septiembre se afirma expresamente que no está en juego el derecho al Juez predeterminado por la Ley, sino el aludido a un proceso con todas las garantías (así las sentencias 11/89 de 24 de enero, 138/91 de 20 de junio, 151/91 de 8 de julio, 230/92 de 14 de diciembre y 119/93 de 19 de abril). Se razona que el derecho a un Juez imparcial es un elemento organizativo indispensable de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho. Con anterioridad, ya el Auto 111/82 de 10 de marzo había declarado que el Juez predeterminado por la Ley se refiere exclusivamente a la certeza e inamovilidad del Juez legal, que evite designaciones orgánicas capaces de alterar las normas competenciales de conocimiento, y que no acoge en absoluto dentro de su ámbito las abstenciones y recusaciones.

Sin embargo, y a pesar de expresiones categóricas como las mencionadas rechazando la constante invocación de la violación del derecho al Juez predeterminado en los recursos de amparo suscitados, invocación

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sin duda inducida por la posición inicial del Tribunal, se vuelve a rectificar el concreto encuadre de la imparcialidad objetiva fundándola ahora conjuntamente en ambos derechos fundamentales como sucede en las sentencias 106/89 de 8 de junio, 180/91 de 23 de septiembre, 170/93 de 27 de mayo y 234/94 de 20 de julio, en estas dos últimas empleando la expresión «derecho al juez legal imparcial», que en realidad viene a sintetizar y considerar unitariamente los dos aspectos o vertientes en realidad concurrentes. Es de resaltar que, a la vista de las fechas de estas resoluciones, se van alternando con aquéllas que entienden afectado únicamente el derecho a un proceso con todas las garantías, mencionadas en el párrafo anterior. Pero en la reciente sentencia 137/94 de 9 de mayo de nuevo se retoma la referencia al juez legal como fundamento de la imparcialidad, con cita de la anterior 47/82 antes referida, y parece que ignorando la evolución de la doctrina sentada con posterioridad y a la que se ha hecho mención. La conclusión lógica y más prudente es que la parte interesada en sustanciar un recurso de amparo por este motivo deberá citar como infringidos ambos derechos fundamentales.

Conviene también poner de relieve cómo el problema de la imparcialidad del juez es además indisociable del principio acusatorio que rige el proceso penal, a su vez constitutivo de una de las garantías procesales constitucionalmente protegidas (Sentencias 53/87 de 7 de mayo, 17/88 de 16 de febrero, 90/88 de 13 de mayo, 55/90 de 28 de marzo, 83/92 de 28 de mayo y 32/94 de 31 de enero), en cuanto implica la plena distinción de funciones entre un órgano encargado de formular la acusación y otro al que compete la resolución, funciones que resultan confundidas en la medida que venga a coincidir el Juez que instruye y el que falla (Sentencias 54/85 de 18 de abril y 170/93 de 27 de mayo).

Como pone de relieve la sentencia 53/87 de 7 de mayo aludida, en su esencia el sistema acusatorio impone una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas —acusador y acusado— resuelta por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio. De esta manera, la exigencia del ejercicio de la acusación por un tercero ajeno al juez, que conforma la nota más característica del principio mencionado, relaciona también indirectamente la imparcialidad del órgano enjuiciador con el derecho de defensa, que se vería comprometido por la dificultad de rebatir y contradecir sus impresiones personales y prejuicios, incluso inconscientes.

Por su parte, la generalidad de las resoluciones del Tribunal Supremo (así, por ej. el Auto de 8 de febrero de 1993, caso de la presa de Tous, y las sentencias de 19 de noviembre de 1992 y 5 de mayo y 23

de octubre de 1993) enmarcan la cuestión que analizamos en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, y la sentencia de 27 de mayo de 1988 rechaza categóricamente su relación con el derecho al Juez predeterminado por la Ley, argumentando que el Tribunal que acordó el procesamiento y posteriormente juzgó y condenó al recurrente era el juez ordinario y fijado previamente por el ordenamiento jurídico para conocer tales actuaciones, sin que existiera un nombramiento «ad hoc»; sin embargo ya se ha dicho cómo el derecho al Juez predeterminado no comprende únicamente este aspecto, sino que es extensivo también al concepto de idoneidad en relación al caso concreto objeto de enjuiciamiento, y por tanto a las notas de neutralidad y ecuanimidad. Por otra parte, y en el mismo sentido antes aludido, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1992 y 13 de mayo de 1993, resaltan la relación de la cuestión relativa a la imparcialidad del órgano judicial con el principio acusatorio.

Por último, es necesario rechazar las posturas que fundan la imparcialidad del Juez en la prescripción del art. 117.1 de la Constitución (La Justicia se administra... por Jueces y Magistrados independientes...), como ocurre incidentalmente y sin formular razonamiento alguno al respecto con la sentencia del Tribunal Constitucional 54/85 de 18 de abril, y con la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1988. Este precepto contempla un rasgo esencial de todos y cada uno de los miembros del Poder Judicial desde el punto de vista institucional: su independencia de los demás poderes públicos en el marco organizativo del Estado, concepto que debe diferenciarse del de imparcialidad, que se refiere a su neutralidad respecto a la cuestión debatida en un determinado proceso y respecto a las partes que concretamente intervienen en él, y que no puede ser objeto de un análisis en abstracto o *a priori*, sino necesariamente posterior al planteamiento de un específico proceso entre personas también determinadas. Además, obvio es decirlo, el art. 117.1 mencionado no es susceptible de invocación en la vía de amparo, ni confiere derecho subjetivo alguno a los ciudadanos.

1.3. *Aplicabilidad a todos los órdenes jurisdiccionales*

Si bien el objeto de este trabajo se restringe al ámbito procesal penal, conviene dejar sentado que el derecho a un Juez imparcial, efectiva y ampliamente desarrollado en este orden jurisdiccional por razón de la necesidad de distinción de funciones entre el órgano instructor y el encargado de fallar, resulta también aplicable a la totalidad de los órdenes

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

jurisdiccionales. Ello es consecuencia clara de la posición que ocupa el órgano judicial en relación con las partes procesales, aludida al comienzo de la exposición; en toda relación jurídica procesal el Juez es necesariamente ajeno a los intereses de las partes e imparcial en cuanto a sus pretensiones, debiendo acceder al litigio sin ideas preestablecidas o prejuicios psicológicos. Es claro que los motivos de recusación y abstención, y los correlativos mecanismos de sustitución, son de aplicación general en toda clase de procesos, y que la necesidad de preservar las notas de independencia e imparcialidad, en sus dos vertientes subjetiva y objetiva, es igualmente común; no parece lógico restringir la imparcialidad exigible a los órganos judiciales al aspecto meramente subjetivo, postura además contraria a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mencionada más adelante.

Las sentencias del Tribunal Constitucional 31/83 de 27 de abril y 101/84 de 8 de noviembre (con cita la última de diversas resoluciones del TEDH) aplican así las disposiciones del art. 6.1 del Convenio de Roma (Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída... por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal...), del art. 14.1 del Pacto de Nueva York (... Toda persona tendrá derecho a ser oída... por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier actuación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil), y del art. 24.2 de nuestra Constitución, cuya dicción, si bien no es idéntica a las anteriores en cuanto éstas sí mencionan explícitamente el ámbito procesal civil, se refiere sin ninguna duda a unos mismos derechos o garantías de contenido procesal.

La sentencia del TEDH de 24 de mayo de 1989 (caso Hauschildt) expone que «el art. 6.1 del Convenio Europeo exige, entre otros requisitos, que el Tribunal que juzga en un proceso civil o penal sea independiente e imparcial»; a su vez, las sentencias Ringeisen de 16 de julio de 1971, Albert y Le Compte de 10 de febrero de 1983, Sramek de 2 de octubre de 1984 y Langborger de 22 de junio de 1989, resuelven cuestiones de naturaleza civil en las que la parte recurrente niega la imparcialidad del órgano jurisdiccional interviniente.

Ciertamente, el Auto del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1991 pone de relieve que no cabe una extensión mecánica de la doctrina sentada en la sentencia 145/88 de 12 de julio sobre imparcialidad objetiva al ámbito civil, al no existir en este orden precepto alguno equivalente al art. 2, párrafo segundo de la LO 10/80. Pero también es verdad que la redacción actual del art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al igual que la anterior a la modificación operada por la LO 7/88, acoge precisamente un supuesto específico de contaminación objetiva perfectamente aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, dada la generalidad de su redacción (haber resuelto el pleito en anterior instancia). Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de diciembre de 1991 (Sala 1.ª).

Por último, la sentencia del Tribunal Constitucional 230/92 de 14 de diciembre resuelve un supuesto propio del ámbito contencioso-administrativo, sin volver a tratar el problema de la admisibilidad del concepto de imparcialidad objetiva en un orden ajeno al penal, y en el mismo sentido las sentencias 137/94 de 9 de mayo y 299/94 de 14 de noviembre contemplan el caso de que el Magistrado que resolvió en la instancia forma parte después de la Sala que conoce del recurso de suplicación en el ámbito jurisdiccional laboral; es obvia la aplicabilidad de la disposición recogida en el art. 219.10 de la LOPJ en cuanto se trata precisamente del supuesto de hecho que contempla la expresada norma.

Como consecuencia de lo dicho, es claro que la doctrina recaída al resolver supuestos pertenecientes a otros ámbitos procesales es también plenamente traladable e invocable en el ámbito penal a que pertenece este trabajo, con las lógicas salvedades que sean necesarias por razón de la diversa estructura del proceso en cada orden jurisdiccional.

1.4. *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El TEDH (Sentencias Piersack de 1 de octubre de 1982; De Cubber de 26 de octubre de 1984; Ben Yaacoub de 7 de mayo de 1985; Hauschildt de 24 de mayo de 1989; Langborger de 22 de junio de 1989; Kristinsson de 1 de marzo de 1990; Oberschlick de 23 de mayo de 1991; Borgers de 30 de octubre de 1991, Pfeifer y Plankl de 25 de febrero de 1992; Thorgeir Thorgeirson de 25 de junio de 1992) ha definido la imparcialidad con carácter general como la ausencia de prejuicios o parcialidades, distinguiendo después entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, es decir, lo que piensa en su fuero interno, y un aspecto objetivo que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes desde un punto de vista funcional y orgánico para excluir cualquier duda razonable al respecto.

No basta con la efectiva imparcialidad subjetiva o personal del ór-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gano de que se trate, porque en esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia (Sentencias Delcourt de 17 de enero de 1970, Sramek de 2 de octubre de 1984), y lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en el contexto de un sistema democrático. Por tales motivos importa poco si el juez ignoró los hechos de que tenía conocimiento previo (la actitud personal o subjetiva del órgano, en la concepción del TEDH), porque es suficiente constatar que la imparcialidad del Tribunal al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podía ser sometida a duda por razones funcionales u orgánicas.

Precisamente en la totalidad de supuestos resueltos por el TEDH en los que se apreció la violación de la imparcialidad, y por tanto del art. 6.1 del Convenio Europeo, se estimó la concurrencia de elementos objetivos capaces de suscitar dudas razonables en el justiciable sobre la imparcialidad de quién debía intervenir en la resolución de la cuestión de fondo. Además, en muchas ocasiones y al referirse a la imparcialidad subjetiva, es decir, la ausencia de convicciones o intereses personales del juez en relación al proceso de que conoce, el Tribunal se ha cuidado de recordar en todo momento que la imparcialidad personal de los miembros de un tribunal debe presumirse en un principio, salvo prueba en contrario (además de las sentencias ya mencionadas con anterioridad, Le Compte, Van Leuven y De Meyère de 28 de junio de 1981; Albert y Le Compte de 10 de febrero de 1983; Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984 y Barberá, Messegué y Jabardo de 6 de diciembre de 1988). Así, el elemento común que el TEDH resalta en estos supuestos estriba siempre en la mera concurrencia de una apariencia de parcialidad, es decir, en la posibilidad o probabilidad de que el órgano haya adquirido prejuicios o ideas previas sobre la cuestión litigiosa, con independencia de la objetividad real que expresamente se dice concurre en la persona de los juzgadores en todos los supuestos enjuiciados. Este criterio dirigido a preservar las solas apariencias resulta aplicado además en numerosas resoluciones en las que se aborda el derecho a un juicio equitativo y sus diversas manifestaciones, como las sentencias Bönisch de 6 de mayo de 1985, Belilos de 29 de abril de 1988, Demicoli de 27 de agosto de 1991 y Brandstetter de 28 de agosto de 1991.

De lo dicho se desprende que los conceptos de imparcialidad subjetiva y objetiva que se vienen utilizando por la doctrina y la jurisprudencia en nuestro derecho (distinción entre la relación extraprocesal con los demás sujetos del proceso, y con los hechos objeto del mismo) no son estrictamente coincidentes con los expuestos por el TEDH; cierto que

tampoco son incompatibles. En realidad el Tribunal Europeo (así lo dice expresamente en su sentencia de 25 de junio de 1992, caso Thorgeir Thorgeirson) emplea estos términos desde otra perspectiva; con la alusión al aspecto subjetivo y su distinción del objetivo lo que persigue es declarar que, aun salvada y acreditada la efectiva imparcialidad y ausencia de prejuicios subjetivos, el conjunto de datos objetivos que derivan de la relación anterior con los hechos debatidos y los elementos orgánicos pueden conformar un impedimento por sí mismo para entender salvaguardada la necesaria imparcialidad, en cuanto ésta tiene una vertiente importante en relación con la apariencia o imagen de tal (no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace).

En la sentencia De Cubber, el Tribunal Europeo resuelve precisamente el supuesto de ejercicio sucesivo de las funciones de juez de instrucción y de juez sobre el fondo del asunto por un mismo Magistrado en una misma causa. El Gobierno Belga argumentó en el sentido de subrayar la completa independencia de que disfruta en el ordenamiento de su país el juez instructor, que la finalidad de su actuación no se concreta en establecer la culpabilidad del imputado, sino en investigar de manera imparcial los elementos de prueba tanto de cargo como de descargo, manteniendo en todo momento el equilibrio entre la acusación y la defensa y que en los informes objetivos que remite a la Sala de Consejo no expresa su opinión, en el supuesto de que haya formado una propia; además se alegaban las graves consecuencias de una sentencia que afirmase la violación del art. 6.1 del Convenio para los tribunales que contasen con escasos efectivos para desarrollar su labor. Sin embargo el Tribunal Europeo, a la vista de las amplias facultades del juez instructor, del carácter inquisitorial, secreto y no contradictorio de la instrucción preparatoria propios del derecho belga, y atendiendo a que el órgano afectado había decretado la detención preventiva e interrogado en varias ocasiones al acusado, pese a rechazar la animadversión que el recurrente afirma concurría en el magistrado afectado, entiende que su presencia en el órgano enjuiciador podía ofrecer al Sr. De Cubber legítimas preocupaciones. Finalmente, el Tribunal recuerda que incumbe a los estados contratantes ordenar su sistema judicial de manera que le permita responder a las exigencias del art. 6.1 (Sentencia Guincho de 10 de julio de 1984), a la cabeza de las cuales figura la imparcialidad.

Pese al establecimiento inicial de unos principios tan rotundos y claros, en el caso Hauschildt antes mencionado, en el que se impugnaba la presencia de Magistrados en el órgano de instancia y en el de apelación que habían decretado y mantenido la prisión provisional y la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

incomunicación del recurrente, se expone más matizadamente que una situación como la descrita puede suscitar dudas en el acusado sobre la imparcialidad del juez, que son comprensibles, pero esto no significa que deban considerarse como objetivamente justificadas en todos los casos, debiendo atenderse a las concretas circunstancias concurrentes. Se pone de relieve que en el derecho danés el período de investigación anterior al juicio está encomendado a la Policía bajo la dirección del Ministerio Fiscal; las funciones judiciales se limitan a la resolución de determinadas incidencias, pero sin preparar el juicio ni resolver si se ha de juzgar al acusado; las resoluciones relativas a la prisión provisional se adoptaron siempre a instancia de la Policía, pudiendo impugnarlas en todo caso el afectado con la asistencia de su Letrado. Estas razones llevaron al tribunal a diferenciar este supuesto de la situación apreciada en las sentencias Piersack, De Cubber y Ben Yaacoub, atendiendo a la índole de las tareas desempeñadas por los jueces antes de intervenir en el juicio.

A mi juicio es significativa la precisión que se formula en la resolución que venimos mencionando respecto a las funciones atribuidas al juez antes del juicio propiamente dicho, que considera distintas a las cuestiones atinentes al fallo definitivo; así, se dice que cuando el juez se pronuncia sobre la prisión provisional o sobre otros problemas de esta clase en la fase previa, aprecia sumariamente los datos disponibles para determinar si, a primera vista, las sospechas de la Policía tienen algún fundamento; cuando dicta la sentencia al final del juicio, tiene que averiguar si las pruebas practicadas y discutidas en él son suficientes para justificar la condena. Y se concluye que no se pueden equiparar las sospechas con una declaración formal de culpabilidad, de manera que en un sistema como el danés, el hecho de que un juez haya dictado ya resoluciones antes del juicio, especialmente sobre la libertad provisional, no basta para justificar los temores sobre su imparcialidad.

Ciertamente puede apreciarse una diferencia significativa entre los sistemas danés y el vigente en nuestro país (así como en Bélgica): en nuestro caso, el juez instructor está en contacto personal y directo con los hechos, ocupándose de su investigación y averiguación y procurándose con su actividad instructora los elementos de sospecha o indicios que le llevarán a configurar una imputación sólida a los efectos de acordar las medidas cautelares procedentes e incluso dar lugar a la continuación del proceso contra determinada persona. En el derecho danés, en cambio, el juez resuelve y enjuicia contradictoriamente los elementos investigados y proporcionados por otros órganos.

Conviene precisar que el Tribunal Europeo, pese a realizar las precisiones antes aludidas, y afirmar que la resolución de la prisión provisional no es suficiente por sí misma para justificar los temores sobre la imparcialidad, termina declarando la violación del art. 6.1 del Convenio porque el precepto aplicado fue el art. 762.2 de la Ley de la Administración de la Justicia, que condiciona la prisión provisional a la existencia de sospechas fundadas de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, lo que equivale a decir que ha de estar convencido de que es muy clara la culpabilidad; de esta manera, la diferencia entre la cuestión que hay que resolver para aplicar dicho artículo y la que es objeto del juicio propiamente dicho es muy pequeña.

Por último, es necesario concluir que no basta una concreta situación orgánica o funcional de carácter objetivo para entender que se ve afectada la imparcialidad objetiva del Juez, sino que es necesario un análisis pormenorizado y concreto del conjunto de circunstancias concurrentes, lo que ciertamente lleva a considerar como básico el concepto de la «razonabilidad» de la duda abrigada por el interesado, verdadero concepto jurídico indeterminado necesitado de valoración y análisis casuístico; es decir, que el punto de vista o apreciación del acusado, si bien debe ser tenido en cuenta y valorado, no juega un papel determinante por sí mismo porque el elemento decisivo estriba en saber si los recelos del interesado se encuentran objetivamente justificados (Sentencias Hauschildt de 24 de mayo de 1989, Thorgeir Thorgeirson de 25 de junio de 1992, Sainte-Marie de 16 de diciembre de 1992, Fey de 24 de febrero de 1993 y Nortier de 24 de agosto de 1993). Por consiguiente, es preciso realizar lo que podríamos considerar una doble consideración: en primer lugar, determinar si concurre una situación o razón objetiva que pueda llevar a dudar de la imparcialidad del juzgador —y ello con independencia de su actitud u objetividad personal—; y en segundo lugar, si las inquietudes que abriga el acusado al respecto se encuentran objetivamente justificadas, porque es insuficiente su sola consideración personal, y puede darse el caso de que las mismas actuaciones judiciales sean susceptibles de configurar o no una violación del art. 6.1 del Convenio; con este objeto es necesario examinar las específicas circunstancias del supuesto, es decir, si en el caso concreto que se examina el juez afectado realizó una actividad contaminante.

Esta última precisión, como se dijo constitutiva de un concepto indeterminado de difícil precisión, viene a relativizar y en realidad desvirtuar el punto de partida expuesto en todas las resoluciones con carácter general. Así, se afirma que está en juego la confianza que los Tribunales

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de una sociedad democrática deben inspirar al justiciable, hasta el punto de que incluso las apariencias pueden revestir importancia; precisamente por esa razón no es preciso tener en cuenta la disposición interna o subjetiva del órgano judicial, porque aunque haya actuado concretamente con una actitud personal de ecuanimidad, el mero acto de concurrir las circunstancias objetivas o funcionales relevantes excluyen de raíz la noción misma de imparcialidad. Pero a renglón seguido se establece que aun concurriendo circunstancias de naturaleza funcional como las aludidas, sólo será afectada la imparcialidad, y por tanto estimable la inquietud del afectado, cuando las resoluciones que se adopten vengan a coincidir con las que deben estudiarse al resolver sobre el fondo.

De esta manera, si en el caso Hauschildt se declaró con carácter general que la resolución sobre la prisión provisional no es bastante por sí misma para derivar la contaminación objetiva (en nuestra terminología), en ese caso concreto, y habida cuenta del juicio valorativo sobre la culpabilidad exigido por la ley danesa para acordarla, dio lugar a una violación del art. 6.1 del Convenio. Por el contrario, en el caso Nortier, el Tribunal Europeo declara que la adopción por cuatro veces de decisiones relativas a la detención provisional del acusado es un dato que no puede por sí mismo justificar temores en cuanto a su imparcialidad, porque lo que cuenta es el alcance y la naturaleza de las medidas en cuestión; considera que en este supuesto no concurren las circunstancias especiales que justificaron la resolución adoptada en el caso Hauschildt antes mencionado, porque las cuestiones que debía resolver el Juez holandés en el supuesto Nortier al adoptar las decisiones de detención provisional no coincidían con las que debió decidir al pronunciarse sobre el fondo; para comprobar la concurrencia de indicios serios contra el recurrente le bastaba verificar que a primera vista la acusación dirigida por el Ministerio Público se basaba sobre datos válidos; por lo demás el interesado había admitido la acusación y en aquel momento existían ya otros medios de prueba que la corroboraban.

Cabe concluir que en lugar de contraponer a la opinión subjetiva o a las inquietudes que afirma el afectado un juicio valorativo sujeto a criterios de razonabilidad y proporcionalidad desde una perspectiva general y objetiva, y pese al punto de partida eminentemente objetivo de la doctrina establecida por el TEDH, la resolución concreta de los supuestos analizados acaba reconduciendo el problema a una consideración en realidad próxima a la actitud personal del órgano judicial. Así ocurre respecto a la decisión sobre la detención de un sospechoso a quien se conceptúa autor de un hecho delictivo concreto; es claro que tal medida

implica objetivamente a quien la ordena en una actividad netamente instructora que exige una calificación jurídica y un juicio de probabilidad sobre la imputación realizada, y ello aunque el grado de comprobación de los indicios que abonan tal decisión no alcance a constituir verdaderos medios probatorios. Es decir, que pese a la concurrencia de un supuesto de confusión funcional entre las actividades instructora y enjuiciadora que objetivamente compromete la confianza en la institución judicial, se declara que no está afectada la imparcialidad del juez porque sólo considera sospechas y no verdaderas pruebas.

2. La sentencia del Tribunal Constitucional 145/88 de 12 de julio. Separación entre el órgano instructor y el de enjuiciamiento

2.1. *La doctrina recaída con anterioridad a la sentencia 145/88*

El Tribunal Supremo, en el período anterior a la trascendental sentencia del intérprete constitucional aludida, vino manteniendo con carácter general la doctrina relativa a la naturaleza taxativa y de numerus clausus de las causas de recusación y abstención contempladas en el art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, perspectiva compartida a su vez por la doctrina científica tanto en relación al proceso penal como al civil; correlativamente, se sostuvo en todo momento, al igual que ocurre con la jurisprudencia actual, que las normas relativas a esta materia deben interpretarse restrictivamente, y no admiten su extensión analógica, porque lo contrario supondría introducir causas de recusación distintas de las legalmente determinadas. A esta cuestión nos hemos referido en el apartado inicial del trabajo, con cita de las resoluciones más significativas.

Es de resaltar que el cuerpo doctrinal elaborado, como ya se dijo, con referencia a la totalidad de las causas de recusación, ha venido declarando que la finalidad perseguida por dichas normas es la de asegurar la imparcialidad del Juez y salvaguardar el prestigio de la Administración de Justicia, de manera que la ley no excluye al órgano judicial porque sea parcial, sino porque puede temerse que lo sea (iudex suspectus) por razón de unas concretas relaciones extraprocesales con las partes o con la causa penal (Sentencia de 3 de noviembre de 1995). Ante esta situación, es necesario analizar si unos concretos elementos de hecho, valorados, conforme a reglas de experiencia, pueden influir sobre el ánimo

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de «cualquier» juzgador, abstractamente considerado, y por tanto con independencia de que en el caso concreto pudiera superar el riesgo de incurrir en parcialidad en virtud de la fuerza moral que posea. Como no es necesario acreditar la efectiva y real parcialidad del juzgador, sino los hechos objetivos que pudieran llevar a dudar de su ecuanimidad, la regulación legal sobre la materia no implica nunca un juicio moral sobre la persona, y la interpretación restrictiva de las causas legales se dirige a exigir en cada supuesto del art. 54 una prueba cumplida y sólida de la concurrencia de elementos de hecho verdaderamente capaces de provocar una sospecha razonable sobre la neutralidad del órgano.

Como se ve, el planteamiento genérico de la materia es sustancialmente coincidente con el seguido por la jurisprudencia del TEDH, que igualmente prescinde del estado de ánimo personal del juez concretamente afectado y atiende a circunstancias de tipo funcional u organizativo, capaces de alterar en la opinión común de los justiciables, la necesaria imparcialidad. La referencia al prestigio de la Administración de Justicia y la objetivación de los elementos de hecho capaces de determinar la exclusión de un concreto Juez por considerarlo sospechoso, vienen contempladas por el Tribunal Europeo a través del concepto de la apariencia, tantas veces mencionado.

Sin embargo, el carácter cerrado de los supuestos de recusación, y abstención, y su interpretación restrictiva son criterios generales que el Tribunal Supremo aplicó a todos los supuestos contemplados en el art. 54 de la ley procesal penal, por tanto, también al recogido en el número 12, que en su redacción original decía «Haber sido Instructor de la causa». Lógicamente, la redacción del precepto está orientada a la estructura originaria de la ley procesal, que únicamente preveía la distinción entre el procedimiento por delitos y el procedimiento para el juicio de faltas. Así, la cuestión se concretó en determinar el alcance de la expresión actos de instrucción.

Ningún problema hubo cuando concurría la situación típica y más característica a que sin duda se refiere el texto legal, precisamente por la tipología de procedimientos prevista por la ley en su redacción original: la circunstancia de que la persona concreta que intervino en el sumario en calidad de Juez instructor, lo hace luego formando parte de la Sala que conoce del plenario (Auto de 30 de mayo de 1988), supuesto en realidad verdaderamente infrecuente.

Sin embargo, la concepción estricta del art. 54, llevó a rechazar otros supuestos en los que claramente la imparcialidad objetiva del juzgador quedaba afectada, y ello por razón de no encontrar un encaje

exacto y preciso en los términos concisos del art. 54.12 citado, postura que encuentra un refuerzo y apoyo legal en el tenor del art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/85 de 1 de julio, en cuanto dispuso como causa de recusación «Haber sido instructor de la causa *cuando el conocimiento el juicio esté atribuido a otro Tribunal* o haber fallado el pleito o causa en anterior instancia»; esta norma vino a salvar los procedimientos establecidos en la Ley 3/67 de 8 de abril y en la Ley Orgánica 10/80, cuyos arts. 3 y 2 respectivamente excluían la posibilidad de invocar la causa de recusación establecida en el art. 54.12 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del art. 54.12 a que nos venimos refiriendo, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1977, expuso cómo dicho precepto persigue impedir que las dos fases del procedimiento ordinario, sumario y plenario, se conozcan por el mismo órgano jurisdiccional, porque al haber podido prejuzgar el tema el instructor no puede enjuiciar después el caso con la debida ecuanimidad, de donde infiere que cuando se trate de un proceso carente de estas dos fases —inquisitiva una y acusatoria la otra— como ocurre en el procedimiento de urgencia, la causa de recusación denunciada será inaplicable, y ello por la imposibilidad de admitir una interpretación extensiva o analógica. Sin embargo, que el legislador al introducir el procedimiento de urgencia quisiera idealmente prescindir de la fase propiamente instructora, no quiere decir que consiguiera su objetivo desde el punto de vista del texto legal, ni tampoco que la realidad práctica fuera esa.

También la sentencia de 9 de julio de 1983 sostiene como criterio general que el procedimiento de urgencia no implica la acumulación de funciones instructoras y resolutorias, entendiendo que el Juez no anticipa su propio criterio sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, en cuanto no dicta auto de procesamiento, y que tal juicio de valor queda diferido al momento de dictar sentencia; sin embargo, en el supuesto concretamente enjuiciado, el Tribunal si considera infringido el art. 54.12, porque el Juez de Instrucción dictó Auto de procesamiento en el sumario que incoó en su día, si bien la Audiencia Provincial le ordenó seguir el procedimiento de urgencia, de manera que ya había adelantado un juicio de inculpación, resolviendo incluso en su momento el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de procesamiento; en tal supuesto, y a causa exclusivamente del cambio de procedimiento operado, el Tribunal Supremo entendió que no era de aplicación el art. 3 de la Ley 3/67.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Frente a la postura mantenida por ambas resoluciones, la circunstancia de que el Juez no dictara en el procedimiento de urgencia auto de procesamiento en sentido estricto, no significa que no anticipara un juicio sobre la culpabilidad del acusado; lo cierto es que al acceder a la apertura del juicio oral resolvía sobre su procedencia y sobre las medidas cautelares, lo que supone un juicio valorativo y de calificación de la conducta atribuida por las partes acusadoras.

La sentencia de 28 de febrero de 1984 excluye, también con fundamento en el carácter estricto y exhaustivo de las causas de recusación, que no admiten interpretación extensiva so pena de introducir causas distintas de las legalmente determinadas, que los Magistrados que ordenaron al instructor dictar Auto de procesamiento de los inculpados estén impedidos para conocer la causa en la fase de plenario. A este respecto, se indica que no pueden reputarse actos de instrucción los del Tribunal, ya sean anteriores o posteriores a la apertura del juicio oral, de manera que no siendo actos estrictamente instructorios no pueden considerarse incursos en el tenor del art. 54.12. En la misma línea, la sentencia de 27 de mayo de 1988 sostiene que el Auto de procesamiento dictado por el Tribunal sentenciador no es un acto de instrucción sumarial sino una actividad meramente creadora de un presupuesto procesal indispensable para que pueda abrirse el juicio oral, sin prejuzgar la decisión final. Ambas resoluciones serán objeto de análisis detallado en un apartado específico de este trabajo; lo que importa ahora resaltar es el enfoque del problema mayoritariamente seguido en el período de tiempo que examinamos, en el sentido de limitarse a comprobar si los distintos supuestos planteados tenían o no un encaje preciso en el concepto de instrucción que el art. 54.12 de la ley procesal menciona, restrictivamente interpretado, con la limitación que ello supone, y sin consideración a perspectivas de orden constitucional o derivadas de los términos del art. 6.1 del Convenio Europeo de 1950 y de la jurisprudencia que lo interpreta (con la salvedad de la sentencia últimamente citada).

El Tribunal Constitucional, en las primeras resoluciones dictadas a propósito de la imparcialidad de los órganos judiciales, se refirió a supuestos en los que estaba afectado el derecho a recusar como instrumento específico para conseguirla, lógicamente, sin resolver sobre la procedencia o no de las causas concretas alegadas; así, la sentencia 47/82 de 12 de julio contempla un caso en el que la Sala 2.ª del Tribunal Supremo denegó la admisión a trámite del escrito formulando recusación contra varios Magistrados, y establece que los derechos a la utilización de los medios de defensa y a ser juzgado por el Juez predeterminado por la

Ley, comprenden el de recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime concurren las causas tipificadas como circunstancia de privación de idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad, de manera que si bien cabe rechazar de plano la propuesta de recusación en el momento preliminar (cuando se proponga por quien no sea parte, o en el caso de art. 59 de la ley procesal: doctrina aludida en el Auto 261/84 de 2 de mayo) tal resolución debe ser excepcional. También la sentencia 44/85 de 22 de marzo se refiere al derecho a recusar como parte del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, e igualmente el Tribunal declaró perteneciente al ámbito del derecho aludido los supuestos de irregularidades en el nombramiento de los componentes del órgano colegiado (Sentencia 31/83 de 27 de abril) o la materia relativa a la composición del órgano (47/83 de 31 de mayo) y los criterios de delimitación de sus competencias, que deben ser previos y generales (101/84 de 8 de noviembre), criterios generales tratados también en la sentencia 148/87 de 28 de septiembre.

Ahora bien, es en la resolución 54/85 de 18 de abril, que contempla el supuesto de una sentencia dictada por un Juzgado de Instrucción al conocer en vía de apelación sobre la recaída en juicio de faltas seguido ante un Juzgado de Distrito, cuando el máximo intérprete constitucional se refiere a la separación de las funciones de juzgar y la de acusar como manifestación del principio acusatorio y del deber de juzgar con independencia e imparcialidad los conflictos de que conozcan los órganos judiciales, separación de funciones y principio acusatorio que declara debe regir también en el juicio de faltas, y además en el ámbito del recurso de apelación procedente ante el Juez de Instrucción.

Sin embargo, esta resolución contiene, a mi juicio, dos expresiones equívocas; la primera de ellas es la mención, ciertamente incidental, del art. 117.1 y 3 de la Constitución como fundamento del deber de los Jueces y Tribunales de resolver con independencia e imparcialidad los conflictos, que viene a confundir el concepto abstracto e institucional de independencia con el concreto de imparcialidad, como ya se expuso con anterioridad; en sentido estricto, la independencia del órgano judicial no se debe referir a su condición de neutralidad respecto a las partes y al objeto procesal concreto de que conoce. En segundo lugar, afirma que la necesidad de imparcialidad y la de que exista una acusación dentro de nuestro sistema proceso penal, determinan la exigencia derivada de la Constitución de separar, por regla general y salvo circunstancias muy excepcionales, la función de juzgar de la de acusar. Sin embargo, no parece que pueda admitirse supuesto alguno en el que se confundan las fun-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ciones aludidas; lo contrario supondría, además de una violación del principio acusatorio, que forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (Sentencias del Tribunal Constitucional 53/87 de 7 de mayo, 17/88 de 16 de febrero, 90/88 de 13 de mayo y 83/92 de 28 de mayo), una quiebra de la imparcialidad del órgano judicial, que ya se dijo tiene también fundamento en el mencionado principio acusatorio (Sentencias 53/87 de 7 de mayo, 17/88 de 16 de febrero, 90/88 de 13 de mayo y 83/92 de 28 de mayo).

Es en la sentencia 113/87 de 3 de julio cuando el Tribunal aborda por primera vez la cuestión relativa a la acumulación de funciones instructoras y de resolución sobre el fondo en un mismo órgano por aplicación de la Ley Orgánica 10/80, pero sin estimar el amparo en el caso concreto al darse la circunstancia de que el juez que conoció del juicio oral fue distinto al que tuvo a su cargo la instrucción de la causa. El Tribunal no llega a decir expresamente que la acumulación de funciones aludida infringe la Constitución, y se limita a establecer en términos genéricos que la norma suprema reconoce el derecho de todos a ser juzgados por un órgano imparcial, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos; y que el TEDH ha declarado que la acumulación de funciones instructoras y juzgadoras puede tener relevancia para determinar si se ha respetado o no la garantía de imparcialidad del juzgador. Sin embargo, del contenido general de la resolución se desprende la anticipación del criterio que el Tribunal sostendrá más adelante en su sentencia 145/88. Es significativo poner de relieve que el Ministerio Fiscal, al pronunciarse por el rechazo de la demanda, razonó expresamente sobre la constitucionalidad del procedimiento de la Ley 10/80 acogiendo, sin mencionarlo así, el criterio sentado por el Tribunal Supremo y antes analizado en relación al procedimiento de urgencia, afirmando que el Juez competente para el fallo no emite con anterioridad un juicio de valor sobre la culpabilidad y responsabilidad del acusado, al no existir en realidad un período de instrucción como actividad judicial.

2.2. *La sentencia del TC 145/88, de 12 de julio*

En esta importante sentencia dictada por el pleno del Tribunal Constitucional se resolvieron dos cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, formuladas la primera por el Juzgado de Instrucción n.º 9 de Madrid en relación con la Ley Orgánica 10/80 de 11 de noviembre, con especial referencia a su artículo 2, en cuanto norma de atribución de

competencias, así como a los arts. 14.3 y 790 a 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (redactados por la Ley 3/67 de 8 de abril), al art. 3 de dicha ley, y a los arts. 87.1.b) y 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por contrarios al art. 24.2 de la Constitución que reconoce los derechos al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso público con todas las garantías. La segunda cuestión de inconstitucionalidad fue planteada por el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Palma de Mallorca con respecto al art. 2 de la Ley Orgánica 10/80, entendiendo que infringía el derecho de los ciudadanos a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24.2 CE.

Como es sobradamente conocido, el intérprete constitucional declaró la inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/80 (el tenor del art. 2 era el siguiente: «Serán competentes para el conocimiento y fallo de estas causas los Jueces de Instrucción del partido en que el delito se haya cometido. En ningún caso les será de aplicación la causa de recusación prevista en el apartado 12 del art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»), desestimando en los demás aspectos las cuestiones planteadas.

Con aplicación al caso de la doctrina declarada en la sentencia del TEDH De Cubber de 26 de octubre de 1984, y citando además la sentencia Piersack de 1 de octubre de 1982, el TC, sin desconocer que la instrucción en nuestro ordenamiento persigue una investigación objetiva de la verdad, en la que es preciso indagar y consignar tanto las circunstancias adversas como las favorables al imputado (art. 2 de la ley procesal), resalta que la actividad instructora pone inevitablemente en contacto al que la lleva con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsabilidades, lo que puede provocar en su ánimo, incluso a pesar de sus mejores deseos para evitarlo, prejuicios e impresiones favorables o contrarias al acusado, que podrían influir a la hora de resolver sobre el fondo.

En este sentido, como puso de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1984, es indudable la inclinación psicológica de quien realiza actividades de investigación a formular valoraciones anticipadas precisamente como consecuencia del esfuerzo para adquirir la información necesaria, o por el interés puesto en vencer los obstáculos que se oponen al éxito de la indagación, o en suma, a dejarse influir por conocimientos extraprocesales que adquirió durante la instrucción de la causa; tampoco puede desdeñarse el riesgo de sentirse vinculado, incluso inconscientemente, a las calificaciones que necesitó realizar en algunos casos, como ocurre en el momento de decidir sobre la situación del dete-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nido o al acordar determinadas medidas cautelares reales, de manera que se vea impulsado a mantenerla al resolver sobre el fondo pese a los posibles errores cometidos entonces. Se trata, en definitiva, de fenómenos psicológicos y posibles reacciones humanas que la doctrina científica había puesto unánimemente de relieve a raíz de la entrada en vigor de las leyes 3/67 y 10/80, en cuanto vinieron a romper el esquema básico diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El criterio fundamental considerado por la sentencia que comentamos estriba, por consiguiente, en el contacto directo que mantiene el instructor con el acusado y con los hechos sobre los que proyecta su investigación, contacto susceptible de provocar los prejuicios e impresiones a que aludíamos, y que además, da lugar a una prevención razonable en todos los justiciables, y particularmente, en el acusado. Prevención que cobra también importancia ante la necesidad de preservar las apariencias y la imagen de la Administración de Justicia, criterio reiteradamente sostenido por el TEDH, pues lo que está en juego es la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables. Esta prevención, dice el TC, se incrementa al considerar que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produciría así al margen de un «proceso público» que también exige el art. 24.2, y del procedimiento predominantemente oral a que se refiere el art. 120.2, ambos de la CE. Se trata, pues, de evitar que el juicio oral pierda virtualidad, y que se empañe su imagen externa.

Ciertamente, si no existiera una radical separación entre el órgano encargado de la instrucción y el competente para el fallo, indirectamente se vería afectado el valor superior y preeminente del juicio oral, como acto cumbre y fundamental del proceso penal, y en el que tiene lugar la práctica de las pruebas; pero en cambio, no parece adecuada la alusión a la ausencia de contradicción en la fase de instrucción después de la reforma del art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por virtud de la Ley 53/78 de 4 de diciembre, que establece el derecho de defensa en todas las fases del proceso y equipara la posición procesal del imputado con la de la acusación (Sentencia del Tribunal Constitucional 44/85 de 22 de marzo). Esta consideración lleva a rechazar la expresión empleada por la sentencia 164/88 de 26 de septiembre, al referirse a la investigación del instructor como una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria, en cuanto se dirige contra determinada persona. En el régimen actual de la ley procesal debe relativizarse la calificación como inquisitiva de la investigación judicial. Si la redacción original de la ley citada

dotó a la fase de instrucción de ciertos caracteres inquisitivos, sobre todo el inicio de la investigación de oficio, el secreto sumarial y la ausencia de contradicción, esta regulación ha sido notablemente rectificada con el tenor actual del art. 118 aludido y la vigencia del art. 24.2 de la Constitución. Sólo si se admitiera la confusión entre las funciones de instruir y la de juzgar se produciría un efecto cierta y verdaderamente inquisitivo, pues en tal caso la investigación, en lugar de servir de base para la acusación, sería el fundamento de la sentencia.

La doctrina que hemos expuesto hasta el momento, luego reiterada en numerosas resoluciones, es de plena aplicación también a aquellos supuestos en los que la acumulación de funciones se produce respecto del Juez que, siendo instructor de la causa, posteriormente dicta sentencia en resolución del recurso de apelación formulado contra la sentencia recaída en primera instancia. Ni la naturaleza y características del recurso de apelación en el procedimiento abreviado, ni la ratio y finalidad de la doctrina sentada son obstativas a tal conclusión (Sentencia 320/93 de 8 de noviembre).

Una manifestación concreta del criterio establecido en relación a la necesaria separación funcional entre el órgano instructor y el sentenciador es la declaración de inconstitucionalidad recaída también en relación al art. 8.1, segundo de la Ley Orgánica 2/86 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto atribuía la competencia para seguir la instrucción y ordenar, en su caso, el procesamiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones a la Audiencia a la que corresponda fallar la causa.

2.3. *La actividad instructora contaminante*

A) Criterio general

Como hemos visto, la sentencia 145/88 no estimó oportuno declarar la inconstitucionalidad de la LO 10/80 globalmente considerada, como se pedía en una de las cuestiones formuladas, porque no toda intervención del Juez antes de la vista tiene el carácter de instrucción, ni permite recusar por la causa prevista en el art. 54.12. Sólo producen efectos contaminantes aquellos actos que supongan actividad de investigación y de reunión de los materiales necesarios para la celebración del juicio y para que el Tribunal tome las decisiones que le correspondan, o las actividades que impliquen un contacto directo con las fuentes de donde procede

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ese material, porque sólo ellos son susceptibles de producir los prejuicios que se tratan de evitar.

Este criterio general fue ratificado en muchas resoluciones posteriores; la sentencia 164/88 de 26 de septiembre califica como actividad verdaderamente instructora únicamente aquella que suponga una investigación directa de los hechos: es decir, su esclarecimiento, la búsqueda del culpable y el acopio de material probatorio para inculparle. El criterio estriba, pues, en la averiguación, calificación o juicio sobre los hechos, con exclusión de las actividades procesales de mera ordenación formal e impulso procesal, y de los actos de comunicación. A su vez, las sentencias 151/91 de 8 de julio y 372/93 de 13 de diciembre, reiteran las anteriores y mencionan las actividades encaminadas a acreditar la veracidad de las imputaciones.

Este cuerpo doctrinal, que entresaca de entre los actos comprendidos en el ámbito del art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aquellos que tengan verdadera importancia a los efectos de determinar el concreto acontecimiento histórico susceptible de reproche penal, de establecer su responsable y de acopiar los materiales necesarios para formular una acusación, viene en esa misma medida a configurar un concepto de actos de instrucción ajeno a la terminología estrictamente legal, puesto que de acuerdo con la ley procesal son tales todos los comprendidos en el tenor del art. 299 citado (las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos); dicho concepto novedoso podría denominarse «acto contaminante», porque del conjunto de los mencionados en el anterior precepto, únicamente tienen tal virtualidad aquellos que supongan una calificación o valoración material de la conducta del imputado, o el acopio de material de cargo para poder formular la acusación. Así, por ej., la petición de antecedentes penales, y la unión de los autos de la información recibida, sin ninguna duda constituye una actuación practicada para hacer constar circunstancias de influencia en la calificación del hecho investigado, de manera que es un acto instructorio típico y comprendido en el ámbito de la definición descriptiva del art. 299, y sin embargo no tiene virtualidad contaminante, en la medida en que el TC lo considera como mero acto de trámite a estos efectos. Lo mismo ocurre con la acreditación de la sanidad del lesionado, que la sentencia 145/88 no encuadra en el núcleo esencial de la instrucción.

Surge, así, un concepto jurídico indeterminado que deberá perfilarse

en cada caso concreto, pues no siempre es fácil distinguir la precisa naturaleza de algunas actividades practicadas por el Juez de Instrucción desde esta perspectiva, es decir, la de si configuran un acto de investigación directa y esencial, y por tanto contaminante. La indeterminación y relativismo se pone de relieve en la casuística que contemplan las sucesivas resoluciones del TC sobre la materia, que ofrecen no pocas contradicciones al respecto.

Antes de proceder a un análisis específico de los actos más característicos de la instrucción judicial, conviene poner de manifiesto una importante particularidad que ofrecen un cuerpo de sentencias del TC a partir de la dictada el 13 de octubre de 1992 (136/92); esta resolución, y las sentencias 170/93 de 27 de mayo, 320/93 de 8 de noviembre y 372/93 de 13 de diciembre, entienden que no basta apreciar la concurrencia de actos procesales de naturaleza verdaderamente instructora, sino que es preciso acreditar además, siquiera sea indiciariamente, que la actividad instructora pudo provocar prejuicios e impresiones en el ánimo del juzgador.

Se requiere, pues, una alegación concreta y específica relativa a que la actividad investigadora del Juez le ha llevado a formular efectiva y realmente un juicio de valor sobre la culpabilidad del acusado, y además una acreditación de tal alegación, aunque sólo sea indiciaria. No es que se admita una prueba semiplena, o un principio de prueba (como exige el derecho procesal civil en relación a determinados juicios especiales), sino que en realidad se precisa una verdadera prueba, en cuanto al recaer sobre un fenómeno de orden psicológico e interno únicamente podría demostrarse su realidad a través de una prueba indiciaria; lo que significa basada en datos objetivos que permitan colegir la real falta de imparcialidad. No puede entenderse de otra forma la expresión prueba indiciaria, aunque el adverbio «siquiera» encierre un sentido en cierta medida minimizador de su rigor. La prueba indirecta, por indicios o de presunciones, es tan susceptible de valoración y tan eficaz, cuando concurren sus requisitos, como la directa, de manera que no puede concebirse como un medio probatorio de segundo grado o inferior, pese a las cautelas y necesidad de rigor que exija su empleo, al fin y al cabo predicables de todos los medios probatorios admitidos en derecho. No cabe imaginar una prueba por indicios «debilitada», porque entonces no tiene la condición de medio acreditativo sino la de una mera probabilidad o conjetura sin confirmar.

Nada de esto se dijo en su momento (sentencia 145/88), ni tampoco parece fácilmente conciliable con la doctrina sentada por el TEDH, reite-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rada y constante en torno al valor de las meras apariencias. Ya se dijo que el intérprete del Convenio Europeo ha venido declarando constantemente que no basta con la efectiva imparcialidad subjetiva o personal del órgano de que se trate, porque en esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia, y lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en el contexto de un sistema democrático. Por tales motivos importa poco si el juez ignoró los hechos de que tenía conocimiento previo o si, al contrario, se dejó influir por ellos; nunca se ha exigido tal acreditación porque es suficiente constatar que la imparcialidad del órgano al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podía ser sometida a duda por razones funcionales u orgánicas. Por otra parte, la imparcialidad efectiva del juzgador se presume siempre.

Del mismo modo, el fundamento de la recusación estriba, según ha mantenido constantemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina científica, en la sospecha que recae sobre el Juez afectado por determinadas relaciones personales con las partes del proceso, o con el objeto del mismo, y ello con independencia de su actitud y reacción personal frente a tales situaciones. La condición de órgano supra partes exige que resuelva la contienda quien no mantenga determinados puntos de contacto con los sujetos de la relación y con la relación procesal misma, pero no por la efectiva implicación de sus intereses y opiniones, sino por el requisito de alejamiento en sí mismo y objetivamente considerado, consustancial a la función jurisdiccional.

Ciertamente, la mayor permisividad o amplitud de los términos del Convenio Europeo no impiden exigencias más estrictas o rigurosas en nuestro ordenamiento interno. Sin embargo, la necesidad de proceder a tal alegación y prueba, ya se dijo que repetida en sucesivas sentencias del TC, no ha dado lugar al rechazo de ningún recurso de amparo por emisión de estas condiciones, y la lectura del texto de las demandas obrantes en los antecedentes de dichas resoluciones no permiten colegir que los recurrentes cumplieran con tales exigencias. Más bien parece una cláusula de estilo, a no ser que entendamos que la prueba indiciaria a que se refiere el intérprete constitucional se concreta en otro concepto jurídico indeterminado, como lo es el de duda razonable sobre la imparcialidad del órgano a que se refiere el TEDH, que vendría así a coincidir con el sentido de las resoluciones mencionadas de este órgano y del TS.

Este enfoque puede considerarse indirectamente apoyado por el sentido de la sentencia 230/92 de 14 de diciembre; se trataba de un supuesto en el que no fue comunicada al recurrente la composición de la Sala

de lo Contencioso-Administrativo de una Audiencia Territorial, lo que le impidió ejercitar su derecho de recusación; el TC entendió que el afectado se vio privado del ejercicio del derecho a recusar, y por tanto de cuestionar y someter a la consideración o resolución correspondientes la eventual concurrencia de uno de los motivos de recusación legalmente previstos para salvaguardar la garantía de imparcialidad del juzgador. Dice el TC que tales consideraciones no pueden entenderse obstaculizadas por el hecho de que la sentencia de instancia fue dictada por unanimidad, por lo que la hipotética discrepancia de uno de los Magistrados no le hubiera restado eficacia. Es decir, y por lo que ahora interesa, la violación de la garantía de imparcialidad se produjo con independencia del resultado real de la votación habida. Si se aplicara rigurosamente la exigencia de alegación y prueba, siquiera indiciaria, de la concurrencia de efectivos y reales prejuicios, al tratarse de un órgano colegiado parecería lógica la consecuencia de excluir la violación de la imparcialidad toda vez que la voluntad común del órgano no podría considerarse en rigor afectada, en cuanto para su formación lo que importa es el resultado de la votación del colegio, y es distinta de la voluntad personal de cada uno de sus miembros.

Sin embargo, como se sostiene en la sentencia 230/92, se trata de evitar la intervención del magistrado viciado en el proceso, con independencia de la influencia que su voto pueda tener en el resultado final de la votación, por otro lado secreta, porque es precisamente la participación en el conocimiento, deliberación y votación del litigio lo que se quiere excluir. Estas consideraciones conducen el problema al principio de la apariencia, tantas veces aludido, y que subyace en el trasfondo de toda la cuestión. Aunque no puede desconocerse la posibilidad de una influencia en el ánimo de los demás miembros del Tribunal (así lo expresa la sentencia De Cubber), tampoco en el caso de órganos colegiados se pide acreditar dicho influjo, en cuanto lo que se busca es evitar la intervención del Magistrado contaminado, o lo que es lo mismo, que no se dé la ocasión de producirse una hipotética influencia en los demás. Si el Magistrado contaminado participase en la votación, tampoco cabe probar directa o indirectamente la influencia de su criterio, precisamente por el carácter secreto de las deliberaciones.

B) Dificultad de concreción casuística

Ninguna duda ofrece que los actos procesales de mero impulso de oficio del procedimiento destinados a la preparación del juicio y los ac-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tos de comunicación carecen de virtualidad para comprometer la imparcialidad del Juez; así se ha declarado en numerosas resoluciones (también del Tribunal Supremo, por ejemplo, las sentencias de 17 de junio de 1992, 25 de febrero y 13 de mayo de 1993), sin que tal conclusión haya sido objeto de impugnación alguna por la doctrina científica.

Más dificultad ofrecen las actividades instructoras que podemos calificar de menor importancia, porque puedan considerarse de tramitación formal en cuanto no exigen juicio valorativo alguno y el órgano judicial no participa directamente en su realización o confección; la sentencia 145/88 excluyó así la petición e incorporación de antecedentes penales, o la acreditación de la sanidad del lesionado, aunque se trata de elementos importantes en orden al reproche penal de la conducta del imputado, sobre todo en relación a esta última, en la medida que dicha sanidad en cuanto a las condiciones de tratamiento médico o quirúrgico que precisó puede ser determinante del tipo penal. Dentro de esta categoría y por las mismas razones, pueden comprenderse la acreditación de determinadas valoraciones, por ej. de los efectos sustraídos, o de los daños materiales causados, en las que la intervención del Juez es la misma que la que tiene en la emisión de su dictamen por el médico forense; o también el mero ofrecimiento de acciones, o el inicio de unas diligencias previas si no se oyó por el instructor a la presunta inculpada en cuanto se le recibió declaración por vía de auxilio judicial, y otro Juez distinto inició luego el sumario y dictó el procesamiento, porque es claro que falta la relación directa con los hechos y con el imputado (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1991).

En todos estos casos, el órgano instructor mantiene una posición de cierta pasividad, como receptor o espectador, o de mero impulsor del procedimiento, aunque legalmente se practiquen a su presencia. Otra cosa podría concluirse si, por razón de la complejidad de las lesiones, o en caso de dificultades para las valoraciones aludidas, el órgano judicial no se limita a mantenerse como espectador pasivo sino que adopta una postura activa y formula preguntas al médico o al perito.

Pese a lo dicho en relación a la acreditación de la sanidad del lesionado, expresamente mencionada en la sentencia 145/88 como actividad inocua o insuficiente para contaminar al órgano judicial, y como una de las muchas manifestaciones del relativismo e indeterminación de la materia a que hemos hecho referencia, la posterior sentencia 113/92 de 14 de septiembre menciona como actos de verdadera instrucción, además de la toma de declaración a los protagonistas de los hechos, la apreciación de un informe médico sobre las lesiones. Si bien en la sentencia 145/88 la

expresión utilizada es la de «acreditación de la sanidad del lesionado», y la segunda resolución se refiere a «la apreciación de un informe médico sobre las lesiones», de manera que parece añadir una consideración valorativa, lo cierto es que todo dictamen incorporado a la causa es necesariamente valorado, en tanto conocido por el instructor, de manera que es difícil conciliar ambas declaraciones por la vía de entender se refieren a grados distintos de intensidad en la intervención judicial.

La casuística que preside el recurso de amparo dificulta en ocasiones extender los criterios y soluciones concretas a que se llega, salvo en lo que se refiere a formulaciones de carácter general, como ocurre con las alusiones a los actos de mera ordenación procesal. La peculiaridad de muchos de los supuestos les resta valor de precedente ante la dificultad de su repetición; así ocurre con la sentencia 372/93 de 13 de diciembre (confirmando la doctrina seguida por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1992 contra la que se dirigió el recurso de amparo), que excluye la contaminación inquisitiva en un Magistrado que en virtud de una sustitución reglamentaria intervino en la ordenación y práctica de un careo entre el acusado y un testigo, presidiendo la diligencia y poniendo de manifiesto las contradicciones entre los careados; se rechaza el recurso razonando que el Magistrado no realizó actividades de investigación directa de los hechos, y su actuación no requirió una valoración inicial de éstos, ni se tradujo en la adopción de medidas cautelares o en el interrogatorio activo de la parte por el Juez. Como se comprueba, el problema radica en al artificiosidad y relativismo del concepto de actos de instrucción empleado (suele utilizarse la expresión «verdaderos actos de instrucción»), que ya se dijo configura ciertamente una nueva categoría.

Sin embargo, parece claro que la intervención en una diligencia de careo no constituye una mera formalidad, como sostiene el Ministerio Fiscal en el informe pidiendo la desestimación del recurso, en cuanto precisa poner de manifiesto a los careados las contradicciones que ofrezcan sus declaraciones; dicha diligencia no constituye un medio autónomo de prueba sino precisamente una fórmula incidental o medio para confrontar la fiabilidad de otras pruebas, únicamente indicada cuando se estime necesaria para contrastar el contenido de las declaraciones de diferentes testigos con objeto de comprobar la mayor o menor firmeza, consistencia y fiabilidad de alguno de los testimonios contrapuestos (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1988, 6 de noviembre de 1989, 17 de junio de 1990, 14 de septiembre y 18 de noviembre de 1991, 2 de marzo, 26 de mayo, 14 de septiembre, 18 de noviembre y 4 de diciembre de 1992, 14 y 19 de enero y 20 de febrero de 1993), y

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en esa misma medida presupone el conocimiento y valoración de las declaraciones enfrentadas para exponer sus contradicciones; su desarrollo proporciona indudablemente el contacto directo con los hechos investigados, a que se refiere el TC en numerosas resoluciones, que afecta necesariamente a la formación de impresiones personales sobre la credibilidad de la explicación exculpatoria del acusado, precisamente porque ese es el sentido y finalidad del careo, de manera que resulta claramente artificioso y ajeno a la realidad psicológica entender que cabe una intervención meramente pasiva, y afirmar que la intervención en tal acto se trata de una mera formalidad.

Al igual que ocurre en la sentencia 145/88, parece que el intérprete constitucional trata de restringir los supuestos de actos contaminantes, seguramente en el deseo de evitar importantes perturbaciones al funcionamiento orgánico de los Tribunales, lo que resulta verdaderamente comprensible, si bien parece más adecuado a tal fin perfilar y concretar una doctrina general estable y sólida que evite oscilaciones y vaivenes, porque de otra forma se perjudica el principio de seguridad jurídica que es consustancial con el concepto de proceso.

El análisis de las sucesivas declaraciones del intérprete constitucional viene ofreciendo no pocas confusiones, que dificultan notablemente la elaboración de un cuerpo doctrinal estable. Como manifestaciones concretas de lo dicho, a pesar de las declaraciones que viene reiterando el TC en torno a esta materia, algunos de los pronunciamiento recaídos con posterioridad permiten en muchos casos matizar y desvirtuar en parte la amplitud de dichas declaraciones.

Así, se ha afirmado frecuentemente que es la investigación directa la que forma el núcleo esencial de la instrucción; y se expone como el contacto directo del instructor con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsabilidades es lo que puede provocar prejuicios e impresiones a favor o en contra de éste; desde otro punto de vista, la reunión del material necesario para la celebración del juicio o para que el Tribunal tome las decisiones que le correspondan y el contacto con las fuentes de donde procede ese material. Sin embargo, acabamos de ver como no todo contacto o relación con dicho material, aunque sea directo, tiene entidad suficiente para comprometer la imparcialidad del Juez; esta consideración nos obliga a un nuevo análisis restrictivo para dilucidar qué notas o caracteres añadidos deberán tener los actos de investigación, además de significar una relación directa con los materiales investigados y las fuentes de donde proceden.

¿Permite esto concluir que la relación directa con los hechos investigados no basta por sí misma, salvo que el Juez intervenga de forma activa?; o dicho con otras palabras, que a la objetividad de la naturaleza instructora del acto concreto practicado debe añadirse la nota de una participación activa del juez. Así puede desprenderse de la exclusión de virtualidad contaminante en los supuestos de solicitud y unión a la causa de antecedentes penales, de la acreditación de la sanidad, o de la intervención en un careo antes tratada.

Esta consideración viene también abonada por la terminología empleada a menudo por el TC cuando se refiere al interrogatorio activo del juez como acto de verdadera instrucción (Sentencias 106/89 de 8 de junio, 170/93 de 27 de mayo y 372/93 de 13 de diciembre), de donde cabría deducir a contrario sensu que determinados supuestos en los que el Juez ha asistido pasivamente a la declaración del imputado sin formular preguntas e indagaciones concretas no son subsumibles en este concepto; esta fue la postura que mantuvo el Magistrado interviniente en un careo antes aludido, que fue considerada como meramente formal («se limitó... a citar a las partes para una diligencia de careo y a presidir la misma poniendo de manifiesto las contradicciones entre los careados»). Así lo dice además expresamente la sentencia 106/89 antes mencionada, al declarar que no todo interrogatorio judicial ha de originar necesariamente la presunción de pérdida de imparcialidad, como ocurre con la declaración del imputado «para ser oído» de los arts. 486 y 488 de la Ley procesal, en la que el Juez ha de limitarse a escuchar la declaración del imputado sobre los cargos con carácter previo a adoptar en su caso el procesamiento; mientras que la pérdida de la imparcialidad objetiva si concurriría en el interrogatorio del detenido que dispone el art. 386 de la ley citada, en el que las preguntas del Juez han de ser directas y dirigirse a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del procesado (art. 389), de manera que el Juez podría formarse una determinada convicción acerca de su participación en el hecho punible.

Entiendo, sin embargo, que esta precisión relativa al interrogatorio al imputado en virtud de la mera citación como carente de eficacia contaminante de la imparcialidad, no se ajusta a las declaraciones de orden general que el TC ha venido formulando; la citación a declarar, aunque mínima, es ya una medida cautelar, en cuanto constituye una constricción a la libertad personal del inculpado, y su objeto estriba en oír sus explicaciones para apreciar la solidez o no de los cargos imputados, evitando así los perjuicios que la detención llevaría consigo; la citación constituye una orden de comparecencia, es decir, tiene carácter conmina-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tivo, y la ley prevé una posible sanción a su incumplimiento, en cuanto el Juez está facultado (si bien no obligado) a convertirla en orden de detención si resulta desobediencia; es claro que tal medida cautelar sólo deberá dirigirse a quien aparece como imputado, según dispone el art. 486, lo que exige un doble juicio valorativo por parte del Juez Instructor: en primer lugar, en relación a los presupuestos necesarios para acordarla, habrá entendido que los hechos denunciados revisten caracteres de infracción penal, y que determinada persona aparece como probable autor o responsable; y en segundo lugar, y tras la declaración prestada, necesariamente valorará la solidez de la imputación, y acordará lo procedente en relación a la continuación de la instrucción y al procedimiento adecuado, pudiendo incluso proceder al archivo de las actuaciones de estimar que los hechos no son constitutivos de infracción alguna, o que el inicialmente imputado no tuvo participación en los hechos. En este contexto, el elemento de menor importancia estriba en si el Juez Instructor se limitó o no a escuchar la declaración del imputado, actitud que además no pertenece a la esencia del acto, como parece entender el TC, pues el hecho de que se la cite para ser oído no impide al Juez formular preguntas y agotar la indagación sobre el hecho y la participación que haya podido tener el imputado; la distinción verdaderamente formal y artificiosa que hace el TC en la resolución comentada entre las declaraciones del imputado no detenido y el ya detenido, que parece reducida en realidad a si el Juez indaga activamente o escucha pasivamente, contradice la doctrina general antes establecida y relativa al contacto directo con los hechos y su presunto responsable, y con la valoración y acreditación de la veracidad de las imputaciones. Además es difícil concluir que el Instructor no se forma prejuicios o impresiones a favor o en contra del imputado al que oyó tras su sola citación, y ello por el solo hecho de no estar detenido o de no haber formulado ninguna pregunta, lo que por otra parte resulta imposible, porque al menos el instructor habrá manifestado y dado conocimiento al imputado de los hechos comprendidos en la denuncia para oír luego la explicación que quiera dar éste, de manera que una actitud verdaderamente pasiva en un interrogatorio (acto de dirigir preguntas a quien debe o puede contestarlas) es una contradicción en los términos.

En el sentido aquí defendido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1992 entendió que haber recibido declaración al denunciante y al acusado (que no estaba detenido, según se desprende del contexto de la resolución, y por tanto fue citado para oír sus explicaciones

de conformidad con lo dispuesto en el art. 486 mencionado) conculca el principio de separación entre las funciones de instrucción y decisión.

En segundo lugar, también ha manifestado con carácter general el TC que no afectan a la imparcialidad los actos de instrucción consistentes en la mera ordenación procesal, o los de simple preparación del juicio oral (así, sentencia 11/89 de 24 de enero). Sin embargo, se hace necesario distinguir la actividad ordenadora del proceso meramente formal, que se refiere a su trámite o procedimiento, de los actos procesales materiales que realiza el Juez cuando opta entre las diversas alternativas que le ofrece el ordenamiento; estos últimos implican una valoración y calificación, que son el presupuesto de las distintas resoluciones procesales materiales competencia del instructor, es decir, aquellas relativas a la adopción de medidas cautelares reales o personales o las resoluciones que implican una decisión entre las varias opciones que se le ofrecen para continuar el curso de la causa por un concreto procedimiento, su remisión a un orden jurisdiccional distinto o incluso su archivo por estimar que los hechos no son constitutivos de infracción delictiva alguna, o la decisión alternativa a las anteriores de acordar la apertura de juicio oral en el procedimiento abreviado.

Parece claro que la adopción de medidas cautelares, que se apoya cuando menos en la probable responsabilidad penal del imputado y en la apreciación de la necesidad de protección de intereses patrimoniales ajenos o de efectividad del propio proceso, constituyen verdaderos actos de instrucción con eficacia contaminante, tanto si se adoptan como contenido del Auto de procesamiento en el procedimiento ordinario, del Auto de apertura del juicio oral en el abreviado, o con anterioridad a dichos momentos procesales.

La sentencia del TC 170/93 de 27 de mayo declara así que el Auto de apertura del juicio oral en cuanto concluye las diligencias preparatorias y adopta una serie de medidas cautelares, tiene como base una imputación penal, y es patente que no se trata de un acto de mera ordenación formal del proceso, sino que por el contrario contiene una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos a que se refiere, afectando así a la apariencia de neutralidad que debe caracterizar a un juez sentenciador. Este criterio, reiterado en la sentencia 320/93 de 8 de noviembre, no ofrece lugar a dudas, y rompe así una línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo, y seguida por una parte de la doctrina científica, que venía entendiendo que el Auto de procesamiento carece de virtualidad contaminante al considerarlo como una simple medida de carácter provisional tendente a lograr que se pueda proce-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

der a la apertura del juicio oral y a que las acusaciones tengan la oportunidad de ver satisfecho su derecho constitucional a obtener la tutela judicial efectiva mediante una sentencia que dé respuesta a los temas planteados (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1988, 25 de junio de 1990 y 13 de noviembre de 1992 con cita del Auto del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1989). También la sentencia del TC 55/90 de 28 de marzo, que declaró la inconstitucionalidad del art. 8.1, segundo de la Ley Orgánica 2/86 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pone de relieve cómo aplicar el art. 384 de la LECr. el órgano judicial debe asegurarse de la existencia de «algún indicio racional de criminalidad», es decir, de sospechas racionales de que el imputado ha podido cometer el delito del que se le acusa; ello significa una inicial valoración de culpabilidad, por lo que la diferencia entre la cuestión a decidir en el procesamiento y el problema a resolver a la finalización del proceso deviene así ínfima.

Esta posición inicial de determinadas resoluciones del Tribunal Supremo fue ya superada en el Auto de 8 de febrero de 1993 (caso de la presa de Tous), aunque relativo al supuesto concreto de haber dictado el Auto de procesamiento un Magistrado que componía la Sala que lo acordó, problema en realidad ajeno al texto original de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que se suscita a partir de la entrada en vigor del procedimiento de urgencia. Sin embargo, la doctrina establecida tiene carácter general sobre la naturaleza de dicho Auto; el órgano que lo pronuncia, tras un juicio anticipado de culpabilidad, y apoyado en sospechas fundadas sobre ella, imputa a una persona concreta la ejecución de unos hechos que en principio constituyen una infracción delictiva, lo que dota a dicha resolución de unas características predeterminantes el fallo, por muy provisionales que se entiendan.

Por las mismas razones, la resolución sobre las medidas cautelares que deben adoptarse tienen su apoyo en idéntico juicio anticipado sobre la culpabilidad, juicio que lleva a la necesidad de garantizar la efectividad del proceso; su adopción tiene como punto de partida la calificación y valoración de la conducta del procesado y proporcionan necesariamente una idea preestablecida sobre su probable responsabilidad, y ello con independencia de que se adopten de oficio o a petición de una parte acusadora, porque el Juez no viene obligado a adoptarlas a consecuencia de su sola solicitud por la acusación, sino en el supuesto de que entienda concurren sus presupuestos y requisitos materiales y procesales, juicio valorativo y ponderativo que le inhabilita para conocer luego de la causa en la fase de enjuiciamiento.

Sin embargo, y pese a lo dicho, la sentencia del Tribunal Constitucional 106/89 de 8 de junio afirma que la adopción de la prisión provisional no tiene por qué erigirse en causa de abstención y recusación, en cuanto la pérdida de la imparcialidad sólo podrá estimarse que concurre cuando el Juez de Instrucción la adopte de oficio sin la previa instauración del contradictorio. Esta declaración entiendo ha sido superada por la doctrina posterior de las sentencias 170/93 y 320/93 antes citadas, que cualifican la virtualidad contaminante del Auto de apertura del juicio oral precisamente por la adopción de medidas cautelares reales y personales que implica dicha resolución, sin distingo ni referencia alguna a la existencia o no de peticiones en tal sentido por las partes acusadoras.

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1991 afirma que afecta a la imparcialidad del órgano judicial haber dictado Auto de detención y tras el interrogatorio, Auto de prisión provisional, en cuanto estas resoluciones implican en sí mismas la valoración de la conducta como razonablemente induciaria de la comisión delictiva, sin consideración alguna a la concurrencia o no de petición por la parte acusadora (el mismo criterio sigue la sentencia de 13 de junio de 1992).

Con anterioridad se expuso cómo la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1991 consideró que la mera resolución iniciando unas diigencias previas no dio lugar a contaminación inquisitiva (en este caso no se tomó declaración personalmente a la imputada, sino por vía de auxilio judicial); cierto que el inicio de las diligencias implica un mínimo e inicial juicio valorativo sobre el carácter de infracción penal de los hechos denunciados y sobre la competencia del instructor, como ocurre con el Auto admitiendo una querella, pero en ambos supuestos el Instructor no entra en contacto con ningún medio de prueba ni diligencia de investigación, pues para comprobar si el hecho afirmado puede ser delictivo ha de estarse a las alegaciones y relato de los hechos que se formulan, sin proceder a comprobación de ninguna clase, de manera que ni siquiera es necesario examinar los posibles documentos aportados en el caso de una querella, salvo el poder del Procurador, y ello para verificar si se cumplen los requisitos meramente formales de los art. 270 y ss. de la ley procesal. Un contacto tan superficial con el procedimiento, limitado al mero impulso procesal, obviamente carece de virtualidad contaminante (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1993 y 10 de octubre de 1995).

En cambio merece el rechazo la doctrina sentada en la sentencia de 16 de diciembre de 1994: el TS aprecia que no existió contaminación

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

objetiva en el caso del Presidente de una Sala que conoce del juicio oral y había previamente autorizado la entrada y registro en diligencias indeterminadas para remitir después las actuaciones al Juez instructor competente, afirmando que tal intervención no tiene entidad suficiente para influir en su ánimo, máxime teniendo en cuenta que la Sala prescindió de la valoración de dicha diligencia al estar viciada por la ausencia del fedatario judicial. En mi opinión, es clara la eficacia contaminante de tal autorización, en la que el instructor debe ponderar la gravedad del delito imputado y la probabilidad de la participación en el mismo del titular del derecho fundamental afectado; los criterios de proporcionalidad en la medida así lo exigen; y la circunstancia de su no valoración en el caso concreto como medio probatorio de cargo ninguna influencia tiene en el problema de la necesidad de salvaguardar las apariencias, pues, ya se ha dicho en varias ocasiones, la imparcialidad subjetiva se presume.

Por último, conviene aludir al supuesto concreto de un Magistrado que realiza actividades instructoras en relación a acusados respecto de los cuales no se celebró después el juicio, y por consiguiente respecto de los cuales no recayó sentencia condenatoria, contemplado en las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1992 y 25 de febrero de 1993, que consideran no se produjo violación del derecho al Juez imparcial.

C) Intervención en otra causa relativa al mismo acusado

La circunstancia de haber intervenido un órgano judicial en la investigación e instrucción de una causa distinta de la que ha de conocer en la fase de enjuiciamiento, pero relativa al mismo acusado, no configura un supuesto de contaminación objetiva porque falta el supuesto de hecho propio y adecuado para la afectación de dicha imparcialidad, en cuanto deriva de la relación con el objeto del proceso y no con la persona protagonista del mismo. Podría argumentarse que el haber mantenido un contacto con el acusado en la investigación de otra causa, o incluso, el haber emitido ya una sentencia condenatoria contra dicho acusado puede proporcionar también prejuicios y prevenciones sobre su probable responsabilidad en el juicio del que se conoce actualmente; sin embargo no concurre el fenómeno de un contacto directo con los elementos de hecho y con las fuentes de prueba, ni tampoco se han adoptado resoluciones que impliquen calificación o valoración de los hechos, de manera que el solo conocimiento de que tal persona fue ya investigada o sancionada en otro proceso resulta del todo insuficiente para afectar, sin más, a la imparcialidad del juzgador.

En todo caso, un contacto reiterado con la misma persona acusada podría servir para cuestionar la posibilidad de que concurriera la enemistad manifiesta a que se refieren los arts. 54.11 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 219.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si es que excepcionalmente se estima que la reiteración de resoluciones adversas revelan dicha enemistad (Sentencia de 28 de junio de 1982), cuestión como se ha dicho difícil en cuanto constantemente se ha interpretado que la enemistad no puede derivarse de la existencia de resoluciones contrarias al interés del recusante, sino que debe proceder de relaciones extraprocesales (Sentencias de 21 de diciembre de 1984, 29 de abril de 1985, 21 de octubre de 1986, 24 de junio de 1988 y 8 de febrero de 1991). Se trata, por tanto, de un problema relativo a las relaciones personales entre el juzgador y una parte del proceso, que configuraría una modalidad específica de falta de imparcialidad subjetiva.

Así lo entendió el Auto del Tribunal Constitucional 111/82 de 10 de marzo, afirmando que las causas fijadas en numerus clausus en el art. 54 de la LECr. no son ampliables, y que el hecho de haber sido condenado en anterior proceso no está comprendido en ninguna de dichas causas, como tampoco el hecho de haber recurrido en amparo la anterior sentencia, en cuanto el ejercicio de tal recurso no supone denuncia de delito o falta, ni engendra por sí solo enemistad manifiesta, ni determina interés personal en la resolución.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991 contempla un caso en el que se había incorporado al sumario un testimonio de unas declaraciones obrantes en causa distinta en la que tuvo intervención como Juez un magistrado integrante del tribunal que juzga, refiriéndose a la necesidad de proceder a una interpretación restrictiva de las causas de recusación, de manera que rechaza la aplicabilidad de la previsión del art. 54.12 de la ley procesal en cuanto se refiere a haber sido instructor de la causa que motiva y da lugar al juicio oral presidido por el tribunal del que forma parte el que en su momento intervino en la instrucción; y por último la sentencia de 9 de mayo de 1994 contempla un caso en el que el Magistrado cuya recusación se ejercita en un proceso penal había resuelto anteriormente un litigio civil entre las mismas partes.

Por su parte, la sentencia del TS de 4 de abril de 1991, incide desde otra perspectiva en este problema, viniendo a confirmar también el criterio expuesto. Esta resolución estima la alegación que hace la parte recurrente al negar la imparcialidad del órgano sentenciador, por cuanto

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

los mismos magistrados habían precedentemente dictado una sentencia condenatoria contra los procesados con base en idéntica prueba a la tomada en cuenta para emitir el fallo impugnado, de manera que el juicio oral quedó reducido a un mero trámite carente de contenido; el Tribunal Supremo da la razón a los recurrentes, y declara que efectivamente concurre una posible prefiguración del fallo cuanto la prueba practicada no se diferencia en nada de la verificada en un proceso precedente contra los mismos procesados y en el que idéntico Tribunal dictó fallo condenatorio. Como se ve, no resulta afectada la garantía de la imparcialidad por el hecho de haber dictado sentencia anterior contra los mismos procesados, sino por el dato de haberlo hecho con base en idéntica prueba; es decir, que el Tribunal ya realizó una valoración de los medios probatorios y de su fuerza de convicción para derivar la culpabilidad de los procesados, en cuanto son exactamente los mismos que los aportados al proceso posterior, por esta razón no cabe duda de que puede razonablemente pensarse que el nuevo juicio viene ya predeterminado por el precedente.

2.4. *Necesidad de ejercitar la recusación*

Con carácter general cabe comenzar por establecer que tanto las normas relativas al recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juez de lo Penal (art. 795.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), al de casación ejercitable frente a la sentencia de la Audiencia Provincial (art. 855.III del texto citado) y las atinentes al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 44 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/79 de 3 de octubre) permiten concluir la necesidad de que conste en autos la reclamación practicada para subsanar lo que se reputa contrario a las garantías jurisdiccionales o la invocación expresa del derecho fundamental vulnerado, tan pronto como conocida la violación hubiere lugar a ello, con la consiguiente protesta formal en el supuesto de que no se produzca la subsanación pedida (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1992, 17 de septiembre de 1993, 8 de junio, 18 de julio, 14 de septiembre, 31 de octubre y 15 de noviembre de 1994, 18, 23 y 30 de enero, 7 de febrero, 4 de marzo y 19 de abril de 1995).

Del principio de que las infracciones que se produzcan en el curso de un procedimiento han de ser denunciadas en el momento en que tengan lugar, deben exceptuarse aquellos casos en los que, como ocurre con la denegación de prueba, la presunta lesión no produce un efecto inme-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diato sino que el que pueda nacer de ella sólo se pondrá de manifiesto a través de la sentencia. Si no es así, la lesión se agota en sí misma y el recurso procedente habrá de interponerse en el momento en que se produzca, y en todos los casos, deberá formularse la consiguiente protesta. De otro modo, la pasividad de la parte excluye la posibilidad de achacar o imputar la infracción al órgano judicial de modo inmediato y directo, al haberse aquietado y admitido la situación producida.

Así ocurre con el derecho al Juez imparcial, pues la infracción de este derecho hace sentir sus efectos de inmediato —en todos y cada uno de los actos que lleve a cabo el Juez— y por ello ha de ser denunciada cuando se produce y no cuando recae la resolución que pone fin al proceso, sea cual sea ésta. Se trata, en definitiva, de distinguir entre supuestas infracciones que atentan por sí mismas contra principios constitucionales del proceso y aquellas otras cuyo efecto sobre el círculo jurídicamente protegido de intereses de la parte sólo se pondrá de manifiesto con la sentencia, porque en el momento en que se producen no alteran por sí mismas las posiciones jurídicas de las partes.

De no ser así, la impugnación podría hacerse depender por la parte interesada del resultado final del proceso, con evidente perjuicio para los demás intereses en juego (Sentencia del Tribunal Constitucional 30/86 de 20 de febrero).

La sentencia 384/93 de 21 de diciembre insiste en la necesidad de evitar un indebido uso alternativo por las partes del derecho a la recusación, al no derivarse consecuencia alguna negativa para ellas de la consciente falta de interposición del correspondiente incidente que obedece a una expectativa razonable de obtener un fallo absolutorio.

Como consecuencia del principio de subsidiariedad que rige el recurso de amparo, el TC ha declarado ya en varias ocasiones que la falta de recusación en el momento oportuno del o de los Magistrados que se considera incurren en ausencia de imparcialidad por su especial relación con las partes o con el proceso impide la concesión del amparo por falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial, pues si la recusación no es un recurso en su acepción estricta, sí constituye un remedio dispuesto por la ley para desplazar a aquellos Magistrados que susciten recelos en cuanto a su neutralidad (Sentencias 138/91 de 20 de junio, 180/91 de 23 de septiembre, 85/92 de 8 de junio, 136/92 de 13 de octubre, 170/93 de 27 de mayo y 384/93 de 21 de diciembre; Autos 111/82 de 10 de marzo, 261/94 de 28 de febrero). El hecho de que el Juez afectado por la causa de recusación no se haya abstenido de conocer en el proceso, como le exige la ley, no supone excusa alguna para la

omisión del incidente de recusación a cargo de la parte interesada, porque la propia ley ha contado con la posibilidad de que el órgano judicial no se abstenga de oficio, y precisamente por ello ha instrumentado un procedimiento de recusación que otorga a la parte el derecho a reclamar dicha abstención (Sentencia 384/93 citada).

La doctrina anteriormente expuesta no es más que una aplicación concreta o manifestación de la establecida con carácter general en relación a los conceptos de infracciones procesales con efectos materiales o meramente formales, y desarrollada con reiteración en torno al concepto de indefensión. Viene así declarando el TC que no existe indefensión con relevancia constitucional cuando, aun concurriendo alguna irregularidad procesal, no se llega a producir un real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada (Sentencias del Tribunal Constitucional 116/83 de 7 de diciembre, 48/86 de 23 de abril, 149/87 de 30 de septiembre, 194/87 de 9 de diciembre, 246/88 de 19 de diciembre, 35/89 de 14 de febrero, 43/89 de 20 de febrero, 52/89 de 22 de febrero, 158/89 de 5 de octubre, 145/90 de 1 de octubre, 163/90 de 22 de octubre, 8/91 de 17 de enero, 33/92 de 18 de marzo, 127/92 de 28 de septiembre, 199/92 de 19 de noviembre, 63/93 de 1 de marzo, 106/93 de 22 de marzo, 290/93 de 4 de octubre, 298/93 de 18 de octubre, 366/93 de 13 de diciembre, 181/94 de 20 de junio, 246/94 de 19 de septiembre, 270/94 de 17 de octubre, 314 y 316/94 de 28 de noviembre, 11/95 de 16 de enero, 15/95 de 24 de enero y 1/96 de 15 de enero). Dicha doctrina puede trasladarse al supuesto que examinamos en cuanto la parte que conocía la concurrencia de una causa de recusación no hizo valer su derecho, sin duda por estimar dicha cuestión irrelevante para sus intereses; es decir, que la violación formal de la norma procesal carece de perjucios materiales para quien se declina voluntariamente la oportunidad de enmendarla.

Los mismo puede decirse cuando se alega la inadvertencia de la parte que, sin embargo, pudo y debió conocer la violación aludida; y ello porque ni la ley, ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco la negligencia o impericia de una parte. La violación de una norma procesal a la que colabora también la actuación negligente y desatenta de la parte afectada no puede encontrar protección cuando quien pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que le ofrece el ordenamiento jurídico no usó de ellos en el momento oportuno, o cuando la parte que invoca la infracción coopera con su conducta a su producción (Sentencias del Tribunal Constitucional 41/88 de 16 de febrero, 138/88 de 8 de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

julio, 159/88 de 19 de septiembre, 167/88 de 27 de septiembre, 216/88 de 14 de septiembre, 101/89 de 5 de junio, 166/89 de 16 de octubre, 211/89 de 19 de diciembre, 8/91 de 17 de enero, 50/91, 64/92 de 29 de abril, 141/92 de 13 de octubre, 68/93 de 1 de marzo, 364 y 373/93 de 13 de diciembre, 86/94 de 17 de marzo, 91/94 de 21 de marzo, 139/94 de 9 de mayo, 155/94 de 23 de mayo, 250/94 de 19 de septiembre, 11/95 de 16 de enero, 80/95 de 5 de junio, 109/95 de 4 de julio, 159/95 de 6 de noviembre y 3/96 de 15 de enero).

En el ámbito de un proceso penal crecientemente dirigido a reforzar los principios de contradicción y de igualdad de armas, como consecuencia de un renovado impulso al principio acusatorio, frente a los cuales el órgano judicial adopta una función cada vez más pasiva, es indudable que la parte interesada está gravada con la carga de formular las alegaciones que convengan a su derecho, y precisamente en el momento procesal oportuno, sin que pueda reservarlas para otro posterior a su conveniencia, porque ello supondría una quiebra del debate igual y contradictorio. Por esta razón, quien pudo protestar y combatir una irregularidad procesal suscitada en un momento determinado y no lo hizo, no puede pedir extemporáneamente la subsanación de una situación que contribuyó a crear y que no es, por consiguiente, directamente imputable al órgano judicial; lo contrario supondría además permitir la sustanciación de cuestiones nuevas y que no se sometieron a debate en su momento precisamente a causa de una omisión de la parte interesada.

En este contexto, la necesidad de suscitar el incidente de recusación, como paso previo a la posibilidad de hacer valer la violación del derecho fundamental, exige con carácter instrumental que el órgano judicial colegiado dé a conocer a las partes la concreta composición de la Sección de la Sala que va a juzgar la causa, lógicamente cuando dé el supuesto del art. 202 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para así hacer posible el ejercicio de su derecho a recusar en tiempo y forma a los miembros que puedan incurrir en causa para ello, y así agotar los recursos utilizables en la vía judicial (Sentencias 180/91 de 23 de septiembre, 230/92 de 14 de diciembre, 384/93 de 21 de diciembre, 137/94 de 9 de mayo y 299/94 de 14 de noviembre), si bien la omisión de dicha comunicación no configura una violación trascendente más que en el caso de que concurra efectivamente una concreta causa de recusación y exista la afectación efectiva y material de los intereses de la parte a que antes se hizo referencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1994, de la Sala 1.ª, y de 16 de mayo y 27 de septiembre de 1994, 10

de febrero, 31 de enero, 6 y 18 de abril y 3 de noviembre de 1995, de la Sala 2.ª).

Las anteriores consideraciones, reiteradamente establecidas en las resoluciones a que se hace referencia, no ofrecen sin embargo una construcción verdaderamente sólida e inequívoca; se encuentran también importantes contradicciones que relativizan y desvirtúan la claridad inicial con que se presentan.

Así, en primer lugar, la exigencia de haber ejercitado la recusación del órgano judicial, si bien frecuentemente exigida, no lo ha sido en todos los casos; en la sentencia 113/92 de 14 de septiembre no se ejercitó la recusación, como se comprueba con la lectura de la descripción del trámite que recogen los antecedentes de la resolución, y sin embargo el TC entra a resolver el fondo y concede el amparo sin hacer alusión alguna a su doctrina ya iniciada en el año anterior. Lo mismo sucede con la sentencia 320/93 de 8 de noviembre; en este caso, el Ministerio Fiscal formuló recurso de amparo contra una sentencia ya firme en beneficio del reo, pero ni el condenado hizo valer el incidente de recusación en su día, ni el Ministerio Fiscal formuló alegación o petición que cuestionara la imparcialidad del miembro del Tribunal hasta que la sentencia alcanzó firmeza, momento obviamente extemporáneo.

Por otra parte, la obligación de poner en conocimiento de las partes la concreta composición de la Sala, como se ha visto, presupuesto necesario para el adecuado ejercicio del derecho de recusación, aparece debilitada en la sentencia 119/93 de 19 de abril, que viene a establecer una doctrina ya anticipada por el Auto 112/91 de 11 de abril: si bien no se practicó la aludida notificación, se aprecia pasividad en la parte, en cuanto pese a ignorar la composición del Tribunal que iba a conocer la causa, no instó al órgano judicial para que le notificara dicha composición, ni formuló protesta formal alguna que le permitiese adoptar las medidas necesarias para remediar la infracción, lo que se considera contrario a las exigencias de un actuar diligente. Ciertamente, el Magistrado Carles Viver i Pi-Sunyer formuló un voto particular sosteniendo que el criterio de la mayoría de exigir que el recurrente requiera a la Sala la notificación de su composición para poder, en su caso, ejercer el derecho de recusación, supone transformar un deber de los Tribunales en una carga procesal del justiciable. Es significativo señalar que este mismo Magistrado actuó como ponente de la posterior sentencia 282/93 de 27 de septiembre, en la que sin aludir a su precedente, y pese a insistir en la necesidad de diligencia de la parte, se rectifica la doctrina que sentó en cuanto de hecho se concede el amparo.

En segundo lugar, también ofrece cierta confusión el momento en que debe ejercitarse la recusación. Las sentencias 138/91 y 384/93 indican que es precisamente tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en la que se funde, como dispone el art. 223.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y nunca después de iniciado el juicio oral, salvo que el motivo sobreviniere con posterioridad, según previene a su vez el art. 56 de la LECr.; criterio que reitera la sentencia 206/94 de 11 de julio. Estas declaraciones son congruentes con el fundamento y razón de ser de la exigencia de agotar los recursos en vía judicial: la parte no dispone de su alegación en el momento que quiera, porque ello sería contradictorio con los principios de preclusión, los de buena fe y lealtad procesal y el de igualdad de armas que rigen el proceso, y además incompatible con la necesidad de imputar directa e inmediatamente la lesión a la actuación del órgano judicial. Siendo esto así, es claro que la infracción del derecho a la imparcialidad del juzgador se produce en el momento mismo en que se constituye el Tribunal con la persona afectada de parcialidad, de manera que todos y cada uno de los actos realizados están viciados desde el inicio mismo del juicio oral, como ya se dijo con anterioridad, de manera que la denuncia de la infracción cuando ya recayó sentencia es extemporánea e inadmisible.

Pese a ello, las sentencias 136/92 de 13 de octubre y 170/93 de 27 de mayo, admitieron la denuncia de la quiebra de la imparcialidad después de recaer sentencia en la instancia y al formular el recurso de apelación, afirmando incomprensiblemente que la lesión sólo tiene lugar tras el fallo de la causa por el órgano de instancia; en el mismo sentido se pronunciaron los Autos 917, 918 y 920/93 de 1 de julio y fundaron en esta consideración la inadmisión de los recursos de amparo formulados contra el Auto del TS de 8 de febrero de 1993 (caso de Tous).

La intervención en el juicio de un Juez carente de imparcialidad objetiva infringe el derecho fundamental con anterioridad a la sentencia que dicte, desde el momento en que comenzó el juicio oral. En otro apartado se puso de relieve cómo la parcialidad del órgano judicial es una consideración ajena al resultado concreto de su intervención, pues es precisamente la participación y el conocimiento del proceso lo que se trata de evitar (Sentencia 239/92 de 14 de diciembre); permitir la recusación posterior a la sentencia es tanto como conferir a la parte la posibilidad de hacerla valer según el sentido de ésta, que es precisamente el uso alternativo que debe evitarse, y supone una infracción de normas de derecho necesario como son las contenidas en el art. 56 de la LECr. y 223.1 de la LOPJ antes mencionados.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Tampoco la jurisprudencia del Tribunal Supremo ofrece la claridad y reiteración en sus resoluciones que sería de desear. Una mayoría de sentencias rechazan la alegación de falta de imparcialidad objetiva cuando no se intentó previamente la recusación del Magistrado afectado (así, sentencias de 27 de mayo de 1988, 25 de junio de 1990, 8 de marzo, 14 de junio y 1 de julio de 1991, 23 de abril, 13 de junio y 28 de septiembre de 1992 y 25 de febrero de 1993, 11 y 16 de mayo y 27 de septiembre de 1994, 15 de febrero de 1995). Por su parte, la sentencia de 19 de noviembre de 1992 considera extemporáneo el ejercicio del derecho de recusación una vez comenzado el juicio oral (con cita de la sentencia del TC 138/91).

Sin embargo, la de 25 de enero de 1991 afirma expresamente que la preservación del derecho al juez imparcial no periclita porque el juzgador no haya sido recusado, considerando tan enérgica la doctrina constitucional que no es posible desatenderla con subterfugios destinados a consolidar una situación viciada en su origen de modo irreparable, dada su estricta observancia y el orden público al que pertenecen los preceptos que la respaldan.

Otras sentencias simplemente no exigen el ejercicio de la recusación previa para apreciar la violación del derecho fundamental, como ocurre con la de 27 de enero de 1992; tras apreciar la concurrencia de una causa que debió dar lugar a la abstención del Magistrado desde el primer momento en que actuó como miembro del Tribunal que había de sentenciar, y pudo fundar la correspondiente recusación de cualquiera de las partes, y después de conceder audiencia a dichas partes, declara la nulidad de actuaciones por aplicación de lo dispuesto en el art. 240 de la LOPJ. Además, los Autos de 1 y de 18 de octubre de 1990, aprecian de oficio dicha circunstancia en relación esta vez a Magistrados del propio Tribunal Supremo sin alegación alguna por las partes.

Como se comprueba, tampoco el Tribunal Supremo aporta un criterio suficientemente estable sobre el punto que examinamos, si bien la mayor parte de las resoluciones se orientan en el sentido aludido de precisar inexcusablemente la denuncia de la violación por la parte interesada en el momento en que se advierta, como requisito necesario para su alegación posterior en el trámite del recurso.

Sin embargo, es preciso introducir un matiz de interés, a la vista del carácter estricto con que las causas de abstención y recusación se vienen interpretando unánimemente; y es el de que la denuncia por la parte sólo sería lógicamente exigible cuando se incurra en uno de los supuestos expresamente recogidos en el art. 219.10 de la LOPJ, que no agota todos

los posibles casos de afectación a la imparcialidad del juzgador, como se expondrá en otro apartado de este trabajo.

Es conocido cómo algunos autores han criticado la exigencia de la recusación para acceder a la estimación de pérdida de imparcialidad que venimos comentando, entendiendo que desnaturaliza la eficacia del derecho fundamental al convertirlo en derecho sujeto a la rogación de la parte.

Sin embargo, desde mi punto de vista y como ya se expuso con anterioridad, la necesidad de alegar las violaciones de las normas procesales en el mismo momento en que se producen, incluso las que afectan a derechos fundamentales, sin que la parte interesada pueda reservar su queja para el momento que prefiera, es coherente con el carácter subsidiario que preside el recurso de amparo, en primer lugar, y también con la naturaleza de las normas procesales y de los principios rectores de dicha institución, sobre todo los aludidos de lealtad procesal, buena fe e igualdad de partes, que impiden el uso alternativo de la alegación según los intereses concretos del afectado, y exigen la preclusión de las alegaciones en tal sentido. Quien actúa en el proceso reservando y condicionando sus pretensiones en función del resultado que obtenga sobre el fondo, excluye la noción de violación del derecho por el órgano jurisdiccional en cuanto no pide su preservación, de manera que ya no cabe considerar que la infracción ocurrida sea imputable directamente al órgano citado.

2.5. *Invocabilidad de la contaminación judicial por la parte acusadora*

La doctrina inicialmente sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 145/88 se refiere a la necesidad de evitar prejuicios o prevenciones del juzgador tanto a favor como en contra del imputado. Los juicios o valoraciones anticipadas que pueda realizar el órgano judicial comprometen su función y le impiden acceder al acto del juicio oral con las necesarias condiciones de neutralidad. Es coherente con estas afirmaciones concluir que la imparcialidad del juzgador se proyecta por igual en ambos sentidos, es decir, tanto si las opiniones preestablecidas son contrarias al acusado por considerarlo probablemente culpable, como si son favorables por acceder al plenario convencido de su inocencia. Esta doble perspectiva deriva además de la configuración del proceso penal como un debate plenamente contradictorio y sometido al principio de igualdad de armas, en el que las partes enfrentadas gozan de iguales derechos y garantías (con la matización que significa el derecho a la pre-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sunción de inocencia), que el órgano jurisdiccional debe presidir con absoluta imparcialidad.

Desde estas consideraciones no se encuentra ningún motivo para impedir la alegación de parcialidad que pueda interesar a la parte acusadora. Sin embargo, la sentencia del TC 136/92 de 13 de octubre declara expresamente que las exigencias derivadas del derecho a un juez imparcial no son extensibles sin más a la parte acusadora, en cuanto la propia naturaleza y finalidad de la instrucción impide el nacimiento de prejuicios en el Juez sentenciador por el solo hecho de haber instruido la causa; concluye que la imparcialidad objetiva sólo puede hacerla valer el acusado, al contrario de lo que ocurre con la imparcialidad subjetiva. La exigencia constitucional de la separación de funciones instructoras y enjuiciadoras se dice que únicamente ha sido afirmada por el TC en relación al acusado, por ser dicha exigencia una derivación del principio acusatorio.

Ya se expuso al inicio de este trabajo cómo la imparcialidad del juzgador está directamente relacionada con el aludido principio acusatorio, en cuanto exige la distinción entre los órganos encargados de ejercitar la acusación y aquellos a los que corresponde el enjuiciamiento. Pero ello no significa que éste sea el único fundamento del derecho al Juez imparcial, porque la condición de ajeneidad al objeto del proceso y a las partes constituye una nota esencial del concepto del mismo de la jurisdicción; y dicha ajeneidad se proyecta por igual en relación a todas las partes, a quienes cabe reconocer un legítimo interés en su salvaguardia.

Además, dejando al margen el problema de la titularidad de derechos fundamentales en relación al Ministerio Fiscal, no puede negarse que el acusador particular que ya pudo advertir en el Juez instructor determinadas calificaciones orientadas a la exoneración de responsabilidad del imputado, albergue dudas razonables sobre su neutralidad si después interviene en el juicio oral, y considere afectada y comprometida en tal supuesto la garantía procesal a un juicio justo, que también ostenta. No parece lógico negarle entonces el acceso a la causa de recusación contemplada en el art. 219.10 de la LOPJ, como sería consecuencia necesaria de la doctrina sentada en la sentencia 136/92, entre otras razones por que dicho precepto no realiza distingo alguno en relación a la parte que pueda invocarlo.

3. Otros supuestos de contaminación del órgano enjuiciador

3.1. *Actuación de las Audiencias Provinciales en el ejercicio de sus competencias*

Un problema de la mayor trascendencia y que, sin duda, provocará futuros pronunciamientos del Tribunal Constitucional es el que plantea la actuación de las Audiencias Provinciales cuando conocen de materias propias de la fase de instrucción por el cauce de los recursos contra las resoluciones del Juez instructor, incluso ordenando el procesamiento de un acusado concreto, o cuando deciden en la fase intermedia sobre la correcta conclusión sumarial, y después deben resolver en la fase de enjuiciamiento de dicha causa.

Es preciso distinguir dos supuestos diferentes: en primer lugar, las intervenciones del Tribunal previas al juicio oral por la vía del conocimiento del recurso de apelación contra las principales resoluciones que dicta el Juez de Instrucción durante la tramitación del sumario, como son las recaídas en relación a la prisión o libertad del encausado (art. 518 de la LECr.), o la denegación de diligencias pedidas por el Ministerio Fiscal o la partes personadas (art. 311, II), la desestimación de la querella (art. 313, II), y sobre todo, en relación al Auto de procesamiento o su denegación (art. 384, V, VI y VII); en segundo lugar, las actuaciones atribuidas al Tribunal en relación a la valoración de la conclusión del sumario en la fase intermedia.

La sentencia del TC 145/88, tantas veces citada, se refiere incidentalmente a esos supuestos en su fundamento séptimo; tras establecer que es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le correspondan y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios, y concluir que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción, ni permite recusar por la causa prevista en el art. 54.12 de la LECr., expone como manifestación y como ejemplo de lo dicho la intervención de las Audiencias Provinciales en cuanto conocen en apelación de los Autos dictados por el Juez Instructor e incluso decretan de oficio la práctica de nuevas diligencias al conocer el Auto de conclusión del sumario, considerando que estas actividades procesales no constituyen una investigación directa.

El mismo criterio aparece expuesto en la sentencia 85/92 de 8 de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

junio, en la que se trata expresamente de estos supuestos; la Audiencia que conoce en recurso de apelación contra la sentencia de instancia, había revocado la decisión del instructor de sobreseer la causa y luego la conclusión del sumario, ordenando aportar una prueba documental para acreditar la cualidad de funcionario del acusado, lo que incidió en la calificación penal de los hechos. El intérprete constitucional entendió que no hubo contacto directo con el acusado ni con las pruebas, y que los Magistrados se limitaron a ejercer, conforme a la ley, la competencia que ostenta para conocer y decidir recursos de apelación, y lo han hecho al margen de toda actividad material de instrucción, habiéndose limitado a adoptar medidas de estricta ordenación del proceso que no pueden comportar efectos o riesgos de contaminación inquisitiva.

También la orientación del Tribunal Supremo ha venido siguiendo dicho criterio, al menos hace algún tiempo, si bien haciendo hincapié en el carácter estricto que preside el régimen de las causas de recusación (Sentencia de 28 de febrero de 1984). La sentencia de 24 de septiembre de 1991 pone de relieve cómo no pueden calificarse como actos de instrucción llevados a cabo por el Tribunal el hecho de haber conocido de los recursos interpuestos contra las resoluciones del instructor, porque al conocer el Tribunal en una sola instancia no se quebranta el principio que pretende eliminar la posibilidad de que se pueda intervenir en dos diferentes. Este argumento, en mi criterio, no es en realidad el decisivo; no es lo importante reducir el tema a la falta del conocimiento sobre el fondo en instancias sucesivas, pues ciertamente dicha resolución sobre el fondo se produce en el procedimiento ordinario, al que se refiere la citada doctrina, en única instancia (al margen de la problemática de si el recurso extraordinario de casación salva la exigencia del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos tan insatisfactoriamente resuelta por el TC); lo relevante es si ante la existencia de dos fases diferenciadas de una misma instancia, la de instrucción y la del plenario que resuelve sobre el fondo, en cuyo desarrollo procesal aparece la intervención del órgano colegiado competente para el enjuiciamiento en vía de apelación frente a determinadas resoluciones del instructor, y para valorar la suficiencia de su actividad investigadora, dicho órgano colegiado puede concebir prejuicios o prevenciones sobre la culpabilidad del imputado que puedan pesar en su imparcialidad al llegar al conocimiento en el juicio oral.

Ciertamente, la actividad procesal de la AP resolviendo sobre los recursos contra las resoluciones del Instructor no puede calificarse como constitutiva de actos directos de investigación o averiguación de los he-

chos y de la persona del responsable, ni puede comprenderse en la definición de la instrucción que proporciona el art. 299 de la LECr.; además tampoco proporciona un contacto directo con las fuentes de la prueba. Pero es claro que la resolución de los recursos sobre la adopción de medidas cautelares, o el ejercicio de las competencias de la Audiencia al ordenar la práctica de diligencias de investigación si considera indebidamente concluido el sumario, aunque no las lleve a cabo materialmente dicho órgano, son actos procesales que presuponen un conocimiento acabado de los resultados que ofrece la investigación materialmente desarrollada por el instructor y su ponderación y valoración, para poder corregir y confirmar las resoluciones que éste haya dictado. Se trata de un contacto indirecto, en cuanto se lleva a cabo a través de la documentación de la actividad investigadora material, pero no por ello sustraído a la virtualidad contaminativa que supone como actividad previa al juicio oral.

Si se tiente en cuenta la importancia de las apariencias, tantas veces aludida por el TEDH y por el propio TC, es claro que el acusado que vio como la AP revocaba el sobreseimiento de la causa y luego ordenaba la práctica de diligencias atinentes a la tipificación de los hechos, podía pensar razonablemente que los componentes de dicho órgano tenían una idea preconcebida, siquiera insconsciente, sobre su culpabilidad. En el caso Hauschildt (sentencia de 24 de mayo de 1989), se resuelve en tal sentido un supuesto similar, en cuanto el Tribunal enjuiciador del proceso había adoptado sucesivas resoluciones relativas a la prisión provisional del acusado en el ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas, hasta el punto de que la ley danesa no permitía la recusación del magistrado por las resoluciones preparatorias que había tomado.

No es, pues, lo importante que la estrechez de la redacción de las causas de abstención y recusación y su interpretación estricta constituyan un obstáculo a su invocación en el caso concreto, pues ciertamente, los componentes del Tribunal colegiado ni han practicado actos de instrucción ni tampoco intervinieron en instancia anterior. Ni tampoco es bastante con conseguir mantener el principio de separación entre los órganos instructor y enjuiciador al que responde efectivamente el diseño originario de la LECr., consideración que llevó a la jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo a negar que los actos atribuidos por la ley a la AP puedan considerarse como de instrucción, tanto si son anteriores o posteriores a la apertura del juicio oral, y al Tribunal Constitucional a sostener que sólo la coincidencia entre el instructor directo y el enjuiciador produce la quiebra de la imparcialidad objetiva, y que el perjuicio

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en sentido no peyorativo que haya adquirido el Tribunal no es contaminante en la medida que deriva de lo inquirido directamente por otro órgano judicial.

Lo trascendente es que el art. 6.1 del Convenio Europeo, y el art. 24.2 de la Constitución Española son preceptos de aplicación directa por los órganos judiciales; que su contenido normativo en relación a la garantía de imparcialidad y neutralidad que debe acompañar al órgano enjuiciador no está restringida a la sola salvaguarda del principio de separación entre el instructor y enjuiciador, por mucho que se trate del supuesto más característico y paradigmático, y, por tanto, el de mayor importancia, sino que se extiende a todos los casos en los que resulta razonable dudar de la neutralidad de quien resuelve como consecuencia del contacto anterior con los hechos y persona del encausado, como se evidencia en la sentencia del caso Hauschildt mencionada. Y en buena parte de las intervenciones de la AP previas al juicio oral, el órgano colegiado que resuelve los recursos u ordena el procesamiento ha necesitado realizar un análisis acabado de los elementos de incriminación que ofrece la causa para así determinar la naturaleza delictiva de los hechos, la concurrencia de indicios de suficiente entidad para fundar la imputación a persona concreta y para permitir la adopción de medidas cautelares, o incluso para ordenar su procesamiento.

En esta situación, la circunstancia de que los componentes de la AP no hayan intervenido directamente en la realización de las diligencias investigatorias no es bastante para entender que son ajenos a cualquier prejuicio sobre la responsabilidad del imputado. Las prevenciones pueden derivarse, sin duda, del esfuerzo investigador para vencer los obstáculos, pero también e incluso con más razón, de la valoración de sus resultados, que realizada con anterioridad al inicio del juicio puede influir en el ánimo e imparcialidad de los juzgadores. Así lo pone en realidad de manifiesto en TC al analizar la virtualidad contaminadora del Auto de procesamiento en su sentencia 55/90: la inicial valoración de culpabilidad que éste supone, aunque sea provisional, le lleva a decir que «la diferencia entre la cuestión a decidir en el procesamiento y el problema a resolver a la finalización del proceso deviene así ínfima», con cita de la sentencia del caso Hauschildt.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1984 sostiene que en modo alguno puede entenderse que acordar el procesamiento implique prejuzgar, ya que para que proceda acordarlo basta con la existencia de indicios racionales, mientras que para dictar una sentencia condenatoria son necesarias pruebas concluyentes; sin embargo, no se com-

prende por qué si el Auto de procesamiento dictado por el Instructor en el procedimiento ordinario, o el Auto de apertura del juicio oral en el abreviado, dan lugar a la contaminación del Juez Instructor (Sentencias del TC 136/92 y 170/93 citadas), no ocurre lo mismo cuando es la Audiencia quien lo ordena; la contaminación no sólo puede establecerse en relación al contacto directo con las fuentes de prueba, sino que se revela también por la valoración judicial que se haga de los hechos derivados de tales fuentes, objetivada en determinadas resoluciones que impliquen su calificación.

No cabe ninguna duda de que el Juez de Instrucción que se hiciera cargo de un sumario ya iniciado por su antecesor, de manera que se limitara a dictar el Auto de procesamiento, o a acordar la incoación del procedimiento abreviado entre las distintas posibilidades que le ofrece el art. 789.5 de la LECr. quedaría imposibilitado para una posterior intervención en el enjuiciamiento de dicha causa, en cuanto ha practicado actividad de instrucción que implica valoración y calificación de los hechos y de los indicios de criminalidad concurrentes. No se comprende, entonces, por qué razón no ocurre lo mismo con los miembros del órgano colegiado que ordenan el procesamiento y adelantan así su criterio, aunque sea provisionalmente.

El proceso lógico que realiza el órgano colegiado cuando valora la trascendencia penal de los hechos que ofrece la fase de investigación, su imputación a una persona concreta y por tanto el que realiza cuando entiende que procede acordar su procesamiento, en realidad sólo se distingue del seguido para dictar la sentencia en el carácter provisional del juicio a que se llega con carácter anticipado en el procesamiento; provisionalidad que efectivamente no exige se encuentre fundado en la práctica de verdaderas pruebas, reservadas al juicio oral, pero que atribuye a quien lo realiza un indudable efecto predeterminante del futuro fallo.

Ciertamente, no todas las actuaciones del Tribunal sentenciador previas al juicio son susceptibles de quebrar su neutralidad; lo serán todas aquellas que practicadas por el Juez instructor le impedirían su posterior intervención en la fase de enjuiciamiento, es decir todas aquellas que supongan una valoración o calificación de las actividades investigadoras, porque en el criterio aquí defendido, lo decisivo no es si el contacto con los hechos y las fuentes de prueba es directo, sino si como consecuencia del tal contacto, directo o indireto, se ha realizado una valoración o calificación de la conducta del acusado capaz de generar prevenciones aun inconscientes. De esta manera, si el rechazo del escrito de querella no constituye una actividad instructora capaz de afectar a la imparcialidad

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

del instructor, en cuanto la comprobación del carácter delictivo del hecho afirmado debe hacerse en función de las alegaciones y relato de los hechos que se formulan, sin proceder a comprobación de ninguna clase, tampoco la admisión de la querella ordenada al conocer del recurso de apelación puede tener efecto contaminante, porque no se valora investigación alguna.

El sentido de las distintas resoluciones del TC antes citadas que niegan la pérdida de la imparcialidad objetiva de las AP cuando ejercen las competencias legalmente atribuidas, parece dirigirse a evitar una nueva reestructuración de carácter orgánico en el ámbito de la Administración de Justicia de nuestro país, similar a la que provocó la sentencia 145/88. Sin embargo, en mi opinión, siguiendo también el criterio de la doctrina consultada sobre estos extremos, tal reestructuración es en definitiva inevitable si se quiere ajustar el proceso penal a los principios de imparcialidad en el órgano enjuiciador que tienen una indudable fuerza expansiva. En su sentencia De Cubber, el Tribunal Europeo recuerda que incumbe a los estados contratantes ordenar su sistema judicial de manera que le permita responder a las exigencias del art. 6.1 (también, Sentencia Guincho de 10 de julio de 1984), a la cabeza de las cuales figura la imparcialidad, como ya se dijo.

Con anterioridad a la sentencia 145/88, el TC ya había llamado la atención sobre la indebida acumulación funcional de competencias instructoras y decisoras en relación a la LO 10/80 en su sentencia 113/87, aunque en aquel supuesto concreto no apreció el amparo al no haber coincidido de hecho ambas funciones en la misma persona (por razón de un cambio en la titularidad del órgano); también la doctrina científica mayoritaria venía tratando esta cuestión con insistencia, y sin embargo el legislador no tomó las decisiones oportunas hasta verse obligado a hacerlo tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 2, párrafo segundo de la ley citada.

Este proceso encuentra cierto paralelismo con la materia ahora tratada, a pesar de que el TC no ha proporcionado todavía una doctrina que permita colegir o atisbar un fallo futuro en el sentido aquí defendido, sino que ciertamente se viene orientando en el sentido contrario. Sin embargo, tanto la doctrina científica como parte de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se orientan en tal sentido.

Así, el Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1993 (caso de Tous) resulta particularmente significativo al respecto, precisamente porque la recusación intentada en su día contra quien desempeñaba la función de presidente de la Sala en base a haber dictado un Auto de

procesamiento contra el recurrente, denegada por el Pleno de la Audiencia Territorial de Valencia, fue luego recurrida en amparo, recurso que fue inadmitido a trámite por el Auto del TC de 27 de abril de 1989. El TC, tras afirmar que indudablemente el procesamiento constituye un acto instructorio de índole inquisitiva, es decir, de investigación directa, sin embargo sus efectos contaminantes sólo se producen cuando el investigador directo y el enjuiciador coinciden personalmente, y no cuando quien dictó el procesamiento no estuvo en contacto inmediato con las fuentes de donde procede el material probatorio, en cuanto esa inmediatez priva a lo actuado de las garantías de publicidad, defensa y contradicción propias del juicio oral, y el órgano colegiado emite el procesamiento en atención a lo inquirido por otro órgano judicial distinto.

Pese a la inadmisión del recurso de amparo al no entender afectada la imparcialidad del juzgador, es sabido que el TS declaró, además de la nulidad del Auto de procesamiento, en lo que aquí interesa, la nulidad del juicio oral por concurrir en uno de los integrantes de la Sala la circunstancia de falta de imparcialidad objetiva, con su secuela de nueva celebración del juicio ante Sala no constituida por Magistrados que hayan intervenido con anterioridad en la sustanciación de las actuaciones. Es uno de los supuestos en los que el TS mantiene una posición divergente con la interpretación del TC. Ciertamente, en el Auto examinado se alude al pronunciamiento anterior del intérprete constitucional, manteniendo que no puede enervar la declaración de nulidad «en cuanto que no tuvo a su disposición, dicho Tribunal, la totalidad de la causa de que dimana esta resolución, teniendo que limitarse a reproducir su doctrina general».

Al margen de que me parece más correcto el criterio seguido por el TS, al igual que sucede en otros supuestos en los que se aprecia una diferente postura respecto a la mantenida por el TC y a los que me referiré más adelante, lo cierto es que el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ordena a todos los Jueces y Tribunales interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos; el Auto inadmitiendo el recurso de amparo y declarando que no se infringió el derecho fundamental al juez imparcial no parece que pueda soslayarse precisamente en el mismo proceso en el que se dictó, como lo hizo el TS y con el solo razonamiento de que el TC no dispuso de la totalidad de la causa y se limitó a reproducir su doctrina general, precisamente porque esa doctrina general era vinculante en virtud del precepto de la LOPJ ci-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tado. Pese a ello, cuando el TC conoció de los tres recursos de amparo suscitados frente al Auto de 8 de febrero de 1993, resolvió inadmitiéndolos a trámite por entender que no existía coincidencia entre el objeto material de las resoluciones impugnadas y el propio del Auto del TC 220/89 de 27 de abril (Autos del TC 917, 918 y 920/93, todos ellos de 1 de julio); a este punto nos referiremos más adelante.

El criterio apuntado por el Auto del Tribunal Supremo antedicho ha sido también recogido en la sentencia de 8 de noviembre de 1993; el Presidente de la Sala de instancia y ponente de la sentencia recurrida había sido con anterioridad también Presidente de la Sala que dictó el Auto de procesamiento del acusado. En este caso, el TS distingue dos supuestos que considera diferentes, y que dan lugar a distintas consecuencias; cuando la AP resuelve un recurso interlocutorio contra el procesamiento acordado por el Juez Instructor para confirmarlo, no ve afectada su imparcialidad objetiva, a diferencia de lo que si ocurre dicta el procesamiento ex novo y en base a imputaciones no formuladas por aquél. Como se comprueba, esta resolución acoge una posición plenamente diferenciada de la sostenida por el TC, en cuanto éste excluye en todo caso la pérdida de imparcialidad por faltar el contacto directo con las fuentes de la prueba; sin embargo, al rechazar el TS la contaminación cuando la AP se limita a confirmar el procesamiento dictado por el Instructor, sin que se nos oculte que dicha decisión ciertamente supone un grado de intervención de inferior intensidad, lo cierto es que necesariamente deberá comprobar el Tribunal la efectiva concurrencia de los indicios racionales de criminalidad y la corrección de la calificación recogida en el Auto recurrido.

Las últimas y más recientes decisiones del Tribunal Supremo, sin embargo, vienen razonando la falta de virtualidad contaminadora de las actuaciones realizadas por la Audiencia Provincial en el ámbito de sus competencias en base a que no exigen un juicio definitivo sobre el material probatorio acumulado, y tan sólo es preciso atender a la concurrencia o no de los presupuestos procesales de la decisión, invocando la doctrina del caso Hauschildt, tantas veces citado, aunque precisamente dicha resolución del TEDH estimó la violación del derecho a la imparcialidad del Juez (así, el auto de 19 de octubre de 1994, que contempla la resolución de un recurso contra el auto denegatorio de libertad provisional; y las sentencias de 23 de noviembre de 1994, relativa también a la resolución de un recurso de queja contra la denegación de libertad; de 30 de marzo de 1995, en un supuesto de prórroga de la prisión preventiva; de 27 de octubre de 1995, en un caso en el que se decide si el procedi-

miento se debía dirigir contra la administración del Estado; y de 3 de noviembre de 1995, manteniendo y reiterando que las resoluciones sobre peticiones de libertad o de los recursos no configuran actos de instrucción).

Sería deseable una evolución de la doctrina constitucional dirigida a lograr un cada vez mayor respeto al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en su vertiente de la imparcialidad objetiva; pero es claro que mientras no se produzca tal evolución es preciso atenerse a los términos concretos en que aparece formulada. De acuerdo con la orientación doctrinal mayoritaria, serían también deseables las reformas legislativas necesarias para evitar que pueda producirse una repercusión de naturaleza orgánica de tanta trascendencia como la que provocó la sentencia 145/88 en su día, en cuanto parece obvio que los criterios de sustitución reglamentariamente establecidos serían insuficientes para resolver dicho problema si el TC extrajera las últimas consecuencias de la doctrina hasta ahora sólo iniciada. Así, se ha sugerido como opción concreta el establecimiento de una sala especial de instrucción análoga a la francesa, que se ocupase de resolver las distintas incidencias derivadas de la instrucción, permitiendo acceder al conocimiento del juicio oral a Magistrados que ningún contacto anterior tuvieron con el concreto proceso.

3.2. *Declaración de la nulidad de actuaciones que obliga a repetir el juicio oral*

Ya se han examinado y puesto de relieve distintos supuestos que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo resuelven con un criterio diferente sobre la extensión y alcance del derecho fundamental que examinamos. Con carácter general cabe apreciar que el intérprete constitucional viene siendo más restrictivo en esta materia. En el análisis de este apartado se suscita una vez más una importante contradicción y discrepancia entre los dos órganos, también en el sentido apuntado, es decir, el de una consideración más restrictiva por parte del TC. Se trata de analizar si el hecho de haber dictado una sentencia condenatoria que después es objeto de una declaración de nulidad por el órgano superior al conocer del recurso y que obliga a la repetición del juicio oral afecta a la neutralidad e imparcialidad del juzgador (unipersonal o colegiado), y ello ante la consideración de que ya valoró verdaderas pruebas materiales sobre la responsabilidad del acusado, ejercicio jurisdiccional de mucho mayor alcance que la mera consideración de indicios racionales de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

carácter provisional, y que en atención a dichas pruebas dictó una sentencia condenatoria de éste.

Se trata de un supuesto que no aparece contemplado expresamente en la dicción del art. 219.10 de la LOPJ, porque es claro que el órgano judicial unipersonal, o los miembros del colegiado, no actuaron como instructores de la causa ni tampoco resolvieron ya en anterior instancia, sino que por virtud de la nulidad del juicio oral se ven obligados a repetirlo precisamente en la misma instancia. Si tomamos como punto de partida la interpretación estricta de las causas de abstención y recusación en nuestro derecho, principio que está fuera de toda duda, una situación como la descrita no permite, en principio, su invocación por el órgano judicial a título de abstención, ni tampoco, consiguientemente, la denuncia por la parte que pueda dudar sobre su imparcialidad. Sin embargo, me parece obvio que si se considera que el solo contacto con los hechos objetos de investigación, con el imputado y con las fuentes de la mencionada investigación que mantiene el instructor de la causa le inhabilitan para su posterior enjuiciamiento porque dichas circunstancias pueden provocar en él prejuicios y prevenciones, aún inconscientes, es claro que en los supuestos en que se pronunció un juicio sobre la culpabilidad del acusado tras la práctica de las pruebas en el juicio oral y con intención de que fuera definitivo (aunque no alcance dicha condición en virtud de su anulación), y por tanto, el o los Magistrados se pronunciaron motivadamente sobre tales extremos, no deben volver a conocer de nuevo el mismo asunto, precisamente porque, en un grado más, no es que exista la posibilidad razonable de prevenciones inconscientes, sino que se evidencia la realidad de convicciones ya expresadas. Es obvio que el acusado sujeto a nuevo enjuiciamiento por la misma o las mismas personas que ya le condenaron con anterioridad, con toda razón albergará dudas más que razonables sobre su imparcialidad.

Al examinar la contaminación objetiva que concurre en el Juez Instructor, se puso de relieve cómo es necesario evitar las impresiones subjetivas que necesariamente se derivan del esfuerzo investigatorio y de la necesidad de superar los obstáculos que se oponen a la averiguación de la verdad; en el desarrollo de esa dialéctica inquisitiva, el Juez ha de calificar la naturaleza de los hechos y debe, además, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su debido enjuiciamiento y preservar cautelarmente los intereses patrimoniales afectados. Este esfuerzo personal del instructor, si conociera luego sobre el fondo, le podría impulsar inconscientemente a mantener las calificaciones que hizo provisionalmente y a justificar las medidas cautelares personales o reales adoptadas. Es decir,

que la influencia negativa que es necesario salvaguardar se proyecta en un doble sentido: el de evitar el peso adquirido y derivado de juicios anticipados que la investigación de los hechos exige, y el de evitar también los «intereses» personales que el instructor pueda inadvertidamente albergar y que le lleven a considerarse vinculado por sus actuaciones anteriores.

Este segundo sentido concurre sin ninguna duda en el supuesto que analizamos; es claro que el órgano jurisdiccional tendrá una lógica inclinación a mantener su primera valoración de los hechos y de la responsabilidad del acusado, porque ya la declaró moralmente convencido de su realidad, y por tanto considerando que se habían practicado todos los medios probatorios necesarios y adecuados para fundar tal declaración.

Además de lo dicho, me parece que el criterio de las apariencias, tantas veces aludido, debe desplegar toda su eficacia en este supuesto, y exige que el conocimiento del nuevo juicio, cuando se subsane la infracción advertida que motivó la nulidad del anterior, debe atribuirse a otros Magistrados que no hayan intervenido en la vista precedente, por razón de la inevitable contaminación inquisitva que ésta produjo.

A) Doctrina del Tribunal Supremo

Un abundantísimo número de resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo vienen estableciéndolo así en los casos en que declaran la nulidad de las actuaciones y la necesidad de repetición del juicio oral después de subsanar el defecto apreciado; en ellas expresamente se indica que debe formarse la nueva Sala con Magistrados que no hayan tenido participación en el juicio anulado. La relación de sentencias con tal indicación es muy extensa: así, las de 4 y 30 de abril y 24 de junio de 1991; 24 y 27 de enero, 8 de abril, 5 de mayo, 9 y 15 de septiembre y 2 de diciembre de 1992; 4 y 26 de febrero, 8 de marzo, 5 de mayo, 2 y 11 de junio, 28 de septiembre —dos sentencias—, 2, 19, 23 y 30 de octubre, 8, 26 y 30 de noviembre de 1993; 14, 18 y 22 de marzo, 17 de junio, 22 de septiembre, 22 y 31 de octubre, 11, 21 y 29 de noviembre, 9 y 29 de diciembre de 1994; 25 y 26 de enero, 15 de febrero, 6, 15 y 21 de marzo, 2 y 12 de junio, 7, 10 y 18 de julio, 5, 9, 17, 18 y 31 de octubre, 13 y 15 de noviembre de 1995). También el Auto de 8 de febrero de 1993 (caso de Tous) ya comentado, al ordenar la repetición del juicio se preocupa de formular dicha salvedad.

De entre las resoluciones citadas es conveniente resaltar las de 30 de abril y 24 de junio de 1991 y la de 5 de mayo de 1993; todas ellas,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sin limitarse a ordenar la nueva composición de la Sala, desarrollan extensamente la doctrina sobre este supuesto, con apoyo y tomando como punto de partida el sentido atribuido por el TEDH a sus resoluciones, sobradamente conocidas ya, y también la interpretación constitucional recaída con carácter general en torno a esta materia; se concluye que «cuando la convicción no es ya potencial, sino real y efectiva, la solución no puede ser otra que la adoptada por esta Sala cuando una de sus sentencias ha sido declarada nula por el Tribunal Constitucional».

Sólo la sentencia de 11 de noviembre de 1992 adopta un criterio aparentemente contrario al expuesto; el recurrente alega que tras la casación de una sentencia precedente por quebrantamiento de forma al no resolver sobre una cuestión jurídica, los mismos Magistrados dictaron la segunda sentencia. El TS razona la inadmisibilidad de la alegación de una causa de recusación análoga a la comprendida en los arts. 219.10 de la LOPJ y 54.12 de la LECr., que pugna con el criterio interpretativo estricto de dicho concepto, tantas veces aludido. Sin embargo, este supuesto no es exactamente coincidente con el que ahora examinamos, porque no se declaró la nulidad del juicio oral, con la consiguiente necesidad de repetición, sino tan sólo la nulidad de la sentencia dictada al haber omitido un pronunciamiento sobre uno de los puntos sometidos a debate, es decir, se trata de un supuesto de incongruencia omisiva que, por tanto, exige retrotraer únicamente las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia, dejando incólume el juicio oral (supuesto de igual fundamento al contemplado en la sentencia de 9 de diciembre de 1994, en cuanto la nulidad precedente obedecía a la falta de motivación).

Las consecuencias prácticas de la necesidad de recomponer la constitución de la Sala no ofrecen dificultades especiales en relación a aquellas Audiencias Provinciales que constan de dos o más secciones, es decir, en la mayor parte de los casos, pero supone lógicas complicaciones en los demás supuestos, que sin embargo es preciso asumir y comprender porque se trata de salvaguardar el respeto a un derecho fundamental.

En relación a los Juzgados de lo Penal se plantean, sin embargo, algunas cuestiones que es preciso considerar desde el punto de vista de la realidad práctica. Si bien las sentencias del Tribunal Supremo que declaran la nulidad de la dictada por una Audiencia Provincial por quebrantamiento de forma se preocupan de disponer expresamente la necesidd de constituir la Sala que conozca del nuevo juicio con magistrados que no hayan participado en la anterior vista, por lo general no viene ocurriendo lo mismo con las sentencias que dictan las Audiencias Provinciales al

conocer del recurso de apelación contra las dictadas por los Juzgados de lo Penal; todavía no se han hecho eco las Audiencias de una doctrina tan reiterada y constante del Tribunal Supremo, que reúne sobradamente las condiciones necesarias para su consideración como fuente complementaria de derecho (art. 1.6 del Código Civil).

Ante esta situación, el titular de un Juzgado Penal que ve declarada la nulidad de las actuaciones con obligación de repetir el juicio oral tras subsanar la infracción en que haya incurrido, carece de un cauce concreto para evitar tener que conocer de nuevo el mismo juicio, con la patente violación del derecho del acusado a la imparcialidad objetiva del juzgador. De acudir a la abstención, necesariamente habrá de invocar como causa la prevista en el art. 219.10 de la LOPJ analógicamente considerada, y ello en cuanto ya se puso de manifiesto que desde un punto de vista estricto, su redacción no comprende el supuesto a que nos referimos; sin embargo, la abstención basada en una causa por analogía choca con la dificultad que supone el principio de su consideración e interpretación estricta.

Ya se ha dicho que las causas de abstención y recusación contempladas en la ley no implican por si la falta de imparcialidad en el juzgador, sino el mero peligro o posibilidad de que se produzca, deducido de la apreciación de unos hechos objetivos, y con independencia de la actitud personal y concreta del órgano judicial afectado. Se trata de atender al interés público, y no sólo de parte, de asegurar la imparcialidad de la resolución y el prestigio de la función. Ciertamente, en este contexto, el análisis de la concurrencia o no de alguna de las causas de recusación debe realizarse con rigurosa referencia a los supuestos taxativamente enumerados en el art. 219 de la LOPJ, cuya interpretación debe ser estricta, como ya se tuvo oportunidad de exponer; sin embargo, esta doctrina, que resulta congruente con la afirmación que realiza una de las partes de concurrir uno de los hechos objetivos a los que la ley anuda el peligro de falta de imparcialidad, actuación en ocasiones susceptible de un uso dilatorio e inmoderado, o incluso fraudulento, no debe impedir la necesaria y razonable flexibilidad cuando se trate de un supuesto de abstención, en el que es precisamente el mismo órgano judicial quien, en un paso más, comunica la causa que efectivamente dificulta y obstaculiza su propia imparcialidad, aunque no resulte exactamente encuadrable en la estricta literalidad de los supuestos enumerados por la ley; en estos casos debe prevalecer una interpretación favorable al derecho fundamental que está en juego (Sentencias del Tribunal Constitucional 34/83 de 6 de mayo, 67/84 de 7 de junio, 17/85 de 9 de febrero, 57/85 de 29 de abril,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

32/87 de 12 de marzo, 117/87 de 8 de julio, 71/88 de 19 de abril, 195/88 de 20 de octubre, 254/88 de 21 de diciembre, 1/89 de 16 de enero y 186/90 de 15 de noviembre, que imponen la interpretación de las normas más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales). Si la posibilidad o la apariencia de la posible falta de neutralidad justifica el apartamiento de un concreto juzgador, o si ciertos datos objetivos permiten deducir tal riesgo o eventualidad, con mayor razón deberá actuarse cuando existe la certeza de la ausencia de imparcialidad porque así lo afirma y explica el afectado. Se trata de la misma relación dialéctica que se da entre lo presumido y lo directamente probado.

Por otra parte, si bien es cierto que el tenor literal del art. 219.10 mencionado no comprende el supuesto que consideramos, de manera que en una interpretación rigurosa y reducida al texto de la norma podría impedir su inclusión, también es verdad que la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que ha sido citada y que reúne la condición de fuente del derecho, ha venido a crear y recoger una faceta concreta y específica del derecho fundamental a la imparcialidad del juzgador, si se quiere extralegal, que ha quedado ya integrada en el ordenamiento procesal. No se desconoce la dificultad dogmática de esta consideración en cuanto el art. 3.1 del Código Civil sólo es aplicable a las leyes extrapenales, y las normas penales y las procesales están sujetas al principio de legalidad (Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1993), y teniendo además en cuenta el carácter de orden público de las normas procesales que impide su desconocimiento; pero pese a ello, en aspectos muy concretos, la doctrina jurisprudencial no ha dudado en configurar determinadas instituciones de naturaleza procesal que carecen en cambio de título legal concreto, como ocurre en el ámbito del proceso civil con la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Expuesto con otras palabras, en mi criterio, la doctrina del Tribunal Supremo permite una consideración de la causa de abstención y recusación contemplada en el art. 219.10 de la LOPJ que comprenda en su ámbito el supuesto de la necesidad de repetir el juicio oral por razón de una infracción procesal, de manera que el órgano judicial podría abstenerse con invocación de dicho precepto, integrado en su contenido por la doctrina legal establecida por el Alto Tribunal sobre la materia.

De no compartirse esta postura, es indudable que cuando menos, el órgano judicial afectado (nos referimos al Juzgado de lo Penal), por lo menos mientras las Audiencias Provinciales no dispongan la necesidad de que conozca otro Magistrado distinto del nuevo juicio cuando declaren su nulidad, deberá poner en conocimiento de la Sala de Gobierno del

Tribunal Supremo de Justicia la circunstancia de la necesidad de repetir el juicio oral al objeto de que adopte la resolución procedente para proveer a su sustitución, y ello con apoyo en la doctrina del Tribunal Supemo al efecto, que reúne, ya se ha dicho, la condición de fuente del derecho.

En las ciudades en las que exista más de un Juzgado de lo Penal el problema podría resolverse con toda facilidad por el cauce de contemplar estos casos en las correspondientes normas de reparto, de manera que la cuestión sólo subsistiría en las localidades donde exista un único Juzgado, o en aquellas que aún habiendo más de uno, no contemplen expresamene este supuesto en su normativa sobre el reparto.

B) Doctrina del Tribunal Constitucional

Al comienzo de este epígrafe se puso de relieve como se trata de uno de los casos en que concurre una postura del Tribunal Constitucional discrepante con la seguida por el Tribunal Supremo; y esta discrepancia se concreta en una posición del intérprete constitucional notablemente más restrictiva que la seguida por el órgano últimamente citado, y a la que nos hemos referido hasta este momento.

En dos ocasiones ha estudiado esta materia el TC. La primera de ellas en la sentencia 157/93, de 6 de mayo que contempla un supuesto exactamente coincidente con el anteriormente analizado en relación a la problemática surgida en torno a la actuación de un Juzgado de lo Penal. Dictada una sentencia condenatoria por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Alicante que fue luego anulada por la Audiencia Provincial al constatar determinadas irregularidades en el juicio oral que obligaban a su repetición, el Magistrado titular del mismo acordó abstenerse de su conocimiento mediante Auto remitido a la correspondiente Sala de Gobierno del TSJ, que no admitió la abstención al no aparecer comprendida la causa alegada en el tenor del art. 219.10 de la LOPJ. En esta situación, el Magistrado decidió plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con este último precepto como vulnerador del art. 24.2 de la CE al no prever ni permitir la abstención del Juez que habiendo sentenciado ya la causa tenga que volver a juzgarla por nulidad declarada de su primera sentencia.

Ciertamente, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad con eficacia integrativa del texto legal cuestionado no parece adecuado; pero lo que aquí importa es la respuesta proporcionada por el TC. Dicho órgano concluye que el legislador puede modificar las causas

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de abstención y recusación, y puede asimismo, si lo llegara a considerar procedente, incluir entre ellas la hipótesis examinada, pero en modo alguno cabe sostener que tal acto positivo de legislación sea un imperativo constitucional.

De esta declaración sin duda se deriva que la repetición del juicio por el o por los Magistrados que resolvieron con anterioridad la misma causa no afecta a su imparcialidad objetiva. El TC razona que el justiciable, ya condenado en la misma instancia, únicamente tiene derecho a la reparación de los vicios advertidos, mediante la retroacción de lo actuado, y a que el juzgador aprecie y pondere la incidencia y repercusión de las nuevas actuaciones sobre la resolución de la causa, y en esa actividad no queda perjudicada la imparcialidad del órgano judicial, pues lo que el ordenamiento exige al Juez es que, una vez reparados los vicios determinantes de la nulidad, pondere después la trascendencia de lo nuevamente actuado sobre la sentencia dictada en su día.

Sin embargo, cabe considerar que cuando un acto se declara nulo de pleno derecho, no produce efecto de ninguna clase, de manera que las actuaciones anuladas deben repetirse porque carecen por completo de eficacia. Si el acto nulo lo es el juicio oral, ninguna de las actuaciones comprendidas en la vista celebrada en su día tiene valor alguno. En mi opinión, no se trata, por consiguiente, de que el Juez repare las infracciones en que incurrió y luego analice su incidencia en las conclusiones a que había llegado con anterioridad («que pondere, después, la trascendencia de lo nuevamente actuado sobre la sentencia en su día dictada, modificando incluso, si preciso fuera, la apreciación expuesta entonces sobre la responsabilidad del acusado», dice la sentencia comentada), sino de presidir un juicio íntegramente nuevo, y considerar después la convicción a que haya llegado tras su desarrollo, en cuya valoración no debe tomar en cuenta ninguna de las conclusiones precedentes sobre la culpabilidad del acusado. Es obvio que en esta situación, como ya razonamos antes, difícilmente podrá desprenderse de las apreciaciones, meditadas y ponderadas, a las que llegó en su día sobre el mismo objeto procesal.

Llama también la atención una última consideración que formula la sentencia 157/93. Expresa que los razonamientos desarrollados sólo podrían cuestionarse si la reparación de los vicios del procedimiento por el propio Juez que ya sentenció pudieran engendrar en el justiciable —y en la comunidad en general— un recelo de parcialidad, o por mejor decir, un temor racional a que lo nuevamente actuado no fuera en absoluto tenido en cuenta a la hora de dictar la nueva resolución; y se refiere a continuación a la doctrina de las apariencias y de la confianza en los

Tribunales desarrollada por el TEDH, que entiende inaplicable a este supuesto en virtud del sencillo argumento de que «el legislador —que es a quien, en primer lugar, compete tal apreciación— no lo ha estimado así».

El problema debatido no me parece adecuadamente enfocado. En primer lugar, porque no se trata de salvaguardar o de conseguir que el Juez tenga efectivamente en cuenta lo nuevamente actuado y que había sido omitido en su día, sino de que realice la ponderación de todos los elementos probatorios sin prevención psicológica alguna, es decir, que efectivamente esté en condiciones de valorar lo nuevamente actuado, pero sin traba alguna derivada de las anteriores intervenciones que le empujen inconscientemente hacia la resolución que entonces dictó. Se aprecia en el desarrollo argumental de esta resolución una tendencia reduccionista del derecho del acusado, en cuanto restringe su contenido a la mera reconsideración de lo anteriormente actuado a la luz de lo indebidamente omitido, admitiendo implícitamente una convicción prefigurada, cuando la realización implica propiamente la indeseada contaminación, porque quien ha de juzgar sobre la realidad del delito y la culpabilidad del acusado, debe estar libre de criterios preconcebidos y nada debe considerar que no derive del propio juicio oral. Si las valoraciones previas derivadas del anterior juicio carecen de eficacia, en realidad el derecho del acusado sometido a un nuevo juicio es el de que en éste se considere por un Juez imparcial y neutral la totalidad de la prueba de cargo, y no sólo la repercusión de elementos probatorios de descargo indebidamente omitidos en el desarrollo de la anterior vista.

En segundo lugar, tampoco me parece adecuado el análisis relativo a la desconfianza que la situación analizada puede suscitar en el encausado y en la comunidad en general; es claro que la repetición del juicio ante el mismo órgano jurisdiccional necesariamente intranquilizará a quien está sometido al mismo, que verá dicho acto como una mera formalidad carente de contenido real, y desde luego al sentimiento social, en cuanto cualquier persona con una cultura media que medite sobre esta cuestión comprenderá la inclinación inconsciente de quien ya estuvo convencido en conciencia sobre la culpabilidad del acusado y estimó innecesario practicar un medio probatorio de descargo precisamente al entender que cualquiera que fuera su resultado no sería susceptible de afectar a la convicción ya alcanzada.

El razonamiento esgrimido en relación a que el legislador no estimó que pudiera afectarse a la confianza en los Tribunales no atiende al fondo de la cuestión debatida, sino que resulta meramente descriptivo de la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

realidad vigente en el derecho positivo; no se comprende por que, en cambio, sí apreció relevante esta consideración la sentencia 145/88 respecto a la contaminación del Juez instructor, que en realidad se limita a la búsqueda de indicios provisionales de criminalidad, y no practica verdaderas pruebas sino diligencias investigatorias; también entonces se pudo argüir que el legislador no consideraba que la acumulación de funciones instructoras y decisoras afectara a la confianza en las instituciones.

Nuevamente se refiere a esta cuestión el TC en su sentencia 316/93, de 25 de octubre, en la que si bien se concede el amparo ante la falta de citación para la vista de un recurso de apelación que sufrió el recurrente, sin embargo se rechaza su pretensión de que la segunda instancia sea conocida por una Sala cuya composición sea distinta de la que dictó la sentencia recurrida en amparo y declarada nula. Se expresa que la determinación de la composición del Tribunal queda sujeta a las reglas ordinarias sobre reparto, funcionamiento y composición de los Tribunales, sin que sea una exigencia legal ni constitucional derivada del derecho al Juez imparcial ni del principio de imparcialidad objetiva que, cuando se decrete una nulidad de actuaciones fundada en un vicio esencial de procedimiento, el órgano que deba conocer de nuevo el proceso o recurso tenga que ser otro distinto del que conoció anteriormente el asunto, citando la sentencia 157/93.

No se trata de que el órgano sea distinto, ni de inaplicar la normativa de reparto vigente, sino de que lo sean los componentes concretos de la Sala o el titular del órgano unipersonal, como ocurre en los supuestos de abstención o recusación legalmente contemplados, que no afectan en modo alguno a las normas de competencia ni tampoco a las de reparto. Ya dijimos cómo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que reúne la condición de fuente del derecho, ha configurado y dado lugar a la necesidad de proceder a la sustitución de los Magistrados cuando es necesario repetir el juicio oral, sustitución que habrá de llevarse a cabo precisamente con sujeción a las reglas ordinarias sobre funcionamiento y composición de los Tribunales.

La interpretación del TC sobre la materia analizada se considera restrictiva e insuficiente. También sobre esta cuestión, pese a enunciar ciertos principios generales de indudable trascendencia, se niega su aplicación a supuestos claros en los que sin duda concurre una plena identidad de razón, como se aprecia en la sólida construcción del Tribunal Supremo, y en las opiniones hasta ahora expresadas por la doctrina científica.

La situación suscitada por los distintos criterios seguidos por el TS y por el TC no deja de suscitar una notable perplejidad, y sin duda, inseguridad jurídica. Como ya se expuso con anterioridad, el art. 5.1 de la LOPJ somete la interpretación de las leyes y los reglamentos a los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. Es claro que igual alcance vinculante tienen las resoluciones que delimitan el contenido de un derecho fundamental desde el punto de vista positivo como las que lo hacen negativamente, es decir, expresando que determinados supuestos no están comprendidos en su ámbito. Siendo esto así, debería concluirse que la doctrina elaborada por el TS y que sustenta en el derecho fundamental al juez imparcial, como integrante del derecho a un proceso con todas las garantías, resulta en realidad ajena a dicho derecho fundamental.

3.3. *Celebración del juicio para distintos acusados por separado*

La disposición del art. 746.6.º.II de la LECr. para el procedimiento ordinario y la del actual art. 793.1.º relativa al procedimiento abreviado que permiten la celebración del juicio por separado por los distintos acusados cuando alguno de ellos deje de comparecer sin motivo legítimo apreciado por el Juez o Tribunal, y previa audiencia a las partes (al igual que ocurría con el art. 801 en relación al procedimiento de urgencia, aplicable también al procedimiento de la LO 10/80), plantea el problema de las convicciones adquiridas por el órgano judicial como consecuencia de la práctica de la prueba en el juicio oral ya celebrado, en cuanto dicha prueba en la mayor parte de los casos será idéntica a la que se lleve a cabo en el segundo juicio, con la única salvedad de la declaración del propio acusado inicialmente incomparecido.

La situación descrita es evidentemente insatisfactoria, de manera que sólo en casos excepcionales conviene acceder a la celebración del juicio por separado, porque supone la ruptura o fraccionamiento de lo que constituye un hecho único desde el punto de vista tanto fenomenológico como jurídico-penal; por esta razón, en principio es necesario evitar en el relato de hechos de la sentencia cualquier mención relativa a las personas que no son enjuiciadas, en cuanto ello supondría el establecimiento de conclusiones fácticas posiblemente perjudiciales a quien no fue oído en el juicio oral y público y careció de la posibilidad de defenderse frente a ellas.

Por tales motivos, en el juicio posterior que tenga lugar en relación

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

al o a los coacusados inicialmente ausentes, nada puede darse por adquirido si no fue objeto de la correspondiente prueba en el plenario.

La jurisprudencia pone de relieve que en tales casos no se ve afectado el derecho a un Juez imparcial, porque el juicio de culpabilidad siempre y necesariamente individual y personal (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1991, 9 de junio de 1993 y 7 de abril de 1994). Pero esta apreciación puede considerarse insuficiente, porque al juicio sobre la culpabilidad personal debe preceder la valoración de las pruebas practicadas para determinar la realización o no del hecho delictivo en primer lugar, y si el acusado participó en su comisión.

Es cierto que, con carácter general, los hechos declarados probados en una resolución dictada por un juez distinto, pertenezca o no al mismo orden jurisdiccional, carecen de valor de cosa juzgada y no vinculan al que conoce actualmente si no concurre la identidad entre los elementos identificadores de la acción (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero y 30 de mayo de 1987, 6 de marzo de 1989, 16 de julio de 1990, 12 de marzo de 1991, 20 y 29 de octubre, 3 de noviembre y 18 de diciembre de 1993); consiguientemente, lo mismo sucede cuando los hechos se hayan declarado probados por el mismo órgano respecto a otro coacusado enjuiciado con anterioridad, porque faltará la identidad subjetiva que permitiría apreciar la cosa juzgada. Es cierto, también, que en algunas ocasiones el Juez que condenó al acusado anteriormente juzgado, absuelve al enjuiciado con posterioridad, y ello porque quizá no se consiga una prueba testifical suficientemente sólida, o porque se aporten por la defensa nuevos medios de prueba de descargo. Pero también es frecuente que en muchos supuestos los medios de prueba propuestos en su día y efectivamente practicados son exactamente los mismos (con la salvedad aludida de la declaración del mismo acusado, que normalmente es previsible al constar ya su versión exculpatoria o su coartada en las manifestaciones prestadas ante el Juez de Instrucción); y que también en muchos casos el único debate estriba en la autoría del hecho (sin perjuicio de la determinación de la culpabilidad en atención a las circunstancias personales concurrentes), de manera que el órgano judicial que concedió credibilidad a las manifestaciones, por ejemplo, de la víctima de un robo con intimidación que ratifica la diligencia de reconocimiento en rueda practicada en su día y relata la dinámica comisiva del hecho, rechazando la versión exculpatoria del acusado ya juzgado, que puede incluso coincidir con la proporcionada por el que posteriormente hallado, ciertamente que llegará al nuevo juicio con una valoración anticipada de

la culpabilidad del entonces enjuiciado que legítimamente hará dudar a éste sobre la neutralidad del órgano judicial.

En mi opinión, la contaminación del Juez es clara en la mayor parte de los supuestos; a este respecto conviene recordar que el análisis de dicha contaminación debe realizarse en atención al contacto con el objeto del proceso, con completa independencia de la actitud personal y subjetiva del juzgador y de su capacidad personal para abstraerse de los criterios y valoraciones anteriores. Podrían exceptuarse aquellos casos en que las alegaciones exculpatorias o de descargo de unos y otros acusados fueran diversas, así como los medios de prueba propuestos. O cuando el acusado inicialmente juzgado se conformó con la calificación y la pena pedida por la acusación, y en este caso porque el instituto de la conformidad significa la introducción de un cierto principio dispositivo en el ámbito del proceso penal, y ante ella el Juez debe limitarse a corroborar las condiciones de libertad en el consentimiento prestado por el acusado y controlar que los hechos admitidos resulten adecuadamente calificados, de manera que no se entra en el juicio oral y ninguna contaminación se adquiere precisamente porque no se practica ni se valora la prueba.

Se sostiene que la celebración del juicio posterior por un Juez diferente conllevaría el riesgo de un pronunciamiento completamente distinto e incluso contradictorio con el anteriormente recaído. Pero precisamente esa posibilidad real sería la manifestación palmaria y patente de que en ambos juicios conoció y resolvió en conciencia un órgano judicial sin ninguna clase de condicionante anterior. Por otra parte, en todo caso rige la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en el sentido de que el derecho de los ciudadanos a no ser sancionados sino en las condiciones establecidas por el art. 25.1 de la Constitución (principios de legalidad y tipicidad) implica también que los mismos hechos enjuiciados por distintos órganos del Estado no pueden existir y dejar de existir al mismo tiempo, pues a ello se oponen no sólo elementales exigencias lógicas sino también el principio general de seguridad jurídica que el art. 9.3 de la Constitución consagra (Sentencias del Tribunal Constitucional 47/81 de 30 de enero, 50/83 de 14 de abril, 77/83 de 3 de octubre, 24/84 de 23 de febrero, 62 y 63/84 de 21 de mayo, 159/85 de 27 de noviembre y 107/89 de 8 de junio).

Consecuencia de lo dicho es lógicamente una cierta limitación en la apreciación valorativa del segundo Juez, en cuanto no puede mantener un relato de hechos atentatorio al principio ontológico de no contradicción que la doctrina del TC sostiene; lo mismo que, en todo caso, ocurriría si resolviera de nuevo el órgano que lo hizo con anterioridad. En

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

definitiva, los inconvenientes a que se está haciendo mención derivan de la posibilidad admitida en la LECr. respecto a la celebración del juicio por separado en sí misma considerada, y no de la circunstancia de cuál haya de ser el órgano que conozca del segundo o de los posteriores juicios. Por tales razones se comenzó por indicar el uso excepcional y restrictivo que conviene hacer de la facultad reconocida en los arts. 746.6.º.II y 793.1 aludidos; en cambio, no habrá más remedio que admitir la celebración por separado sin ninguna restricción cuando alguno o varios de los coacusados se encuentren en rebeldía, porque de otro modo padecería el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que ostentan los acusados presentes.

En todos estos casos en que se llegue a la celebración separada para diversos acusados, en mi opinión es preferible que no conozca del segundo plenario quien intervino en el anterior, lo que fácilmente se puede resolver en muchos casos por los mecanismos de reparto.

3.4. *Necesidad de evitar un uso abusivo del concepto de imparcialidad*

A lo largo de este trabajo se ha aludido a la inseguridad y falta de estabilidad que se aprecia en la casuística ofrecida por los recursos de amparo sobre los que el TC ha construido la que se considera todavía como vacilante e insuficiente doctrina sobre el derecho a un Juez imparcial; inseguridad acrecentada por la disparidad de criterios entre el intérprete constitucional y el Tribunal Supremo en importantes elementos propios de dicho concepto. Si a todo ello se une la novedad de la materia, es previsible, sin duda, una inflación de alegaciones relativas a este derecho, como es frecuente que ocurra en una perspectiva de estrategia defensiva. Precisamente la consolidación de un cuerpo doctrinal sólido y a la vez generoso, acompañado de las necesarias reformas legislativas, salvarían los vaivenes que son de esperar en relación al derecho fundamental examinado.

En todo caso, conviene concluir citando algunas recientes resoluciones que resultan significativas como ejemplos característicos de la inflación aludida, y cuyo sentido desestimatorio no precisa de comentario alguno.

Así, y en relación al Tribunal Supremo, la sentencia de 25 de octubre de 1993 rechaza la denuncia relativa a la pertenencia de un Magistrado tachado de imparcialidad a la misma Sala que resolvió en contra de los intereses del recurrente, porque precisamente dicho Magistrado no participó en el juicio oral; la sentencia de 6 de noviembre de 1993 de-

sestima también la alegación de parcialidad en cuanto a dos Magistrados que fueron recusados sin éxito: el recurrente entendía que por el solo hecho de la recusación se veía comprometida su serenidad de ánimo; frente a tal pretensión, el TS declara que ello significaría tanto como reconocer a las defensas un derecho de recusación sin causa con el efecto de apartamiento del Tribunal o Juez recusado; en sentido parecido, la sentencia de 30 de marzo de 1995 trata un caso de recusación abusiva dirigida a apartar del conocimiento de la causa a ciertos Magistrados con finalidad retardatoria del proceso para conseguir el vencimiento de los plazos legales de prisión preventiva: el fraude a la ley no puede ser el fundamento de derecho procesal alguno; en este caso también se rechazan las alegaciones difusas relativas a una pretendida parcialidad derivada del clima social existente. La sentencia de 28 de febrero de 1994 argumenta que entre las causas de recusación y abstención no se encuentra, como resulta evidente, la de haberse entrevistado un Magistrado componente del Tribunal con uno de los testigos con anterioridad al plenario, hablando de la obligación del segundo de comparecer a declarar al acto de la vista. La sentencia de 26 de diciembre de 1994 pone de relieve que la circunstancia de coincidir la estructura narrativa de los hechos probados de una segunda sentencia dictada, tras la nulidad de la primera, por Magistrados distintos no vulnera derecho fundamental alguno.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su resolución 32/94 de 31 de enero desestima la alegación de falta de imparcialidad relativa al Juez de Instrucción y durante dicha fase de investigación; y en la sentencia 138/94 de 9 de mayo se excluye lógicamente la posibilidad de invocar la garantía de la imparcialidad respecto de hechos simplemente similares, o incluso idénticos, de los que se conoció en otra causa distinta, en cuanto despliega su eficacia sobre el específico objeto del proceso sin que pueda extenderse al resultado del contraste entre dicho objeto y el de cualesquiera otros procesos de los que haya podido conocer el juzgador.

BIBLIOGRAFÍA

J. LORCA GARCÍA, «Estudio de la Ley Orgánica de enjuiciamiento oral de los delitos dolosos menos graves perseguibles de oficio».

J. LLOBEL MUEDRA, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. N.º 1. 1981, «El proceso por delitos dolosos, menos graves y flagrantes regulado por la Ley Orgánica 10/80 de 11 de noviembre».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Revista La Ley. 1981, «Las líneas inspiradoras de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Revista Poder Judicial, 1.ª Epoca. N.º 4. Septiembre, 1982, «El principio 'el que instruye no debe juzgar' desde un punto de vista axiológico».

ORTELLS RAMOS, Revista Poder Judicial, 1.ª Época. N.º 4. Septiembre, 1981. «El proceso penal de la Ley Orgánica 10/80 de 11 de noviembre».

MARIANO MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Revista Justicia 84. N.º IV, «Notas sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1984 («De Cubber»)».

JOAQUÍN SALVADOR RUIZ PÉREZ, Revista Poder Judicial, 2.ª Época. N.º 4. Diciembre, 1986, «El Juez protagonista: imparcialidad e independencia».

F. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Revista La Ley, 1986. N.º 1.556. «El procedimiento para el enjuiciamiento de delitos menos graves en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

V. MORENO CATENA, Revista Justicia N.º I. 1986, «El enjuiciamiento de delitos menos graves. Apunte sobre la imparcialidad del juzgador».

LUIS ALFREDO DE DIEGO DÍEZ, Boletín de Información del Ministerio de Justicia n.º 1.468. 25 de septiembre de 1987. «El principio 'el que instruye no debe juzgar' como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal».

FERNANDO LORENTE HURTADO, Revista Poder Judicial, 2.ª Época. N.º 8. Diciembre, 1987, «Apuntes críticos sobre la sentencia constitucional núm. 145/88, de 12 de julio».

CARMEN CALVO SÁNCHEZ, Revista Poder Judicial, 2.ª Época. N.º 11. Septiembre 1988. «La recusación de Jueces y Magistrados».

FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZÁLEZ, Revista Universitaria de Derecho Procesal. N.º 1 y (continuación) n.º 2. «Notas sobre la instrucción y el fallo en el enjuiciamiento penal».

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, Revista La Ley. 1988. N.º 2.071. «La imparcialidad judicial. Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 145/88 de 12 de julio y 164/88 de 26 de septiembre».

CARMEN CALVO SÁNCHEZ, Revista La Ley, 1988-4, N.º 89, «Reflexiones sobre la causa novena del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: 'tener interés directo o indirecto en el pleito o causa'».

CARMEN CALVO SÁNCHEZ, Revista Poder Judicial, 2.ª Época. N.º 13. Marzo, 1989, «El derecho al Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes».

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, Revista La Ley, 1989-4, 995, «Inconstitucionalidad de la nueva normativa sobre recusación de jueces: parcialidad del que juzga la parcialidad de otro juez».

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS y JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Revista Actualidad Penal, 1989. N.º 677, «El derecho a un Juez imparcial como derecho rogado».

JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO, Revista Actualidad Aranzadi. N.º 16. 19 de julio de 1991, «Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal».

JAVIER ORAA GONZÁLEZ Y PILAR ORAA GONZÁLEZ, Editorial Estudios Trivium. Madrid, 1991, «El procedimiento penal ordinario por delito y la garantía de imparcialidad judicial».

JAVIER ORAA GONZÁLEZ Y PILAR ORAA GONZÁLEZ, Revista La Ley. N.º 2.981. 14 de abril de 1992. «El derecho a un Juez imparcial y la jurisprudencia constitucional. Un decepcionante paso atrás».

FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO, Revista Actualidad Penal. 1992. N.º 40, 8 de noviembre de 1992, «El Juez de Instrucción puede fallar».

MANUEL GALINDO LÓPEZ, Revista Actualidad Aranzadi. N.º 76. 12 de noviembre de 1992, «La imparcialidad objetiva de Jueces y Tribunales».

MANUEL GALINDO LÓPEZ, Revista Actualidad Aranzadi. N.º 121. 21 de octubre de 1993, «Más sobre imparcialidad objetiva».

MANUEL GALINDO LÓPEZ, Revista Actualidad Aranzadi. N.º 122. 28 de octubre de 1993.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL A JUECES Y MAGISTRADOS: EL ANTEJUICIO Y SU SUPRESIÓN*

FRANCISCO ORTEGO PÉREZ
Profesor Titular Interino de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Concepto. — III. Requisitos. — IV. El antejuicio como juicio de acusación. — V. El enjuiciamiento de los funcionarios del Ministerio Fiscal. — VI. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Al hacer referencia a los principios básicos sobre los que gravita el correcto funcionamiento del Poder Judicial, la Constitución Española (C.E.) de 1978 establece en su art. 117.1 que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y

---

* El presente trabajo obtuvo el PREMIO «IURIS» de investigación, de 1995, otorgado por el *Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada* de la Generalitat de Catalunya.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sometidos únicamente al imperio de la ley». Independencia y responsabilidad guardan así una estrecha correlación, pues como en alguna ocasión se ha afirmado, «sin independencia no se podrá exigir responsabilidad y el Juez que es independiente es, por serlo, precisamente responsable. Un Juez independiente y a la vez irresponsable sería el peor y más arbitrario tirano» [1].

Con estas premisas se pone de relieve la importancia que adquiere la exigencia de la responsabilidad judicial. Ahora bien, de la lectura del precepto constitucional citado puede observarse cómo nuestra Norma Fundamental omite toda referencia a cuáles sean las formas de responsabilidad exigibles. No obstante, tanto de la propia tradición jurídica como de los Capítulos I, II y III del Título III de la L.O.P.J. se deduce que dichas formas de responsabilidad son la penal, civil y disciplinaria.

Una vez delimitados estos ámbitos de responsabilidad judicial, y centrándonos ahora única y exclusivamente en el primero de ellos, el objeto de nuestro estudio aparece circunscrito a la especialidad procedimental del antejuicio al efecto de analizar su funcionalidad en el marco del proceso penal cuando el sujeto pasivo del mismo es un encargado de ejercer la función jurisdiccional. Por otra parte, el tema recobra un especial interés si se tiene en cuenta que dicha institución procesal ha sido recientemente suprimida por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

La derogación del antejuicio de la escena procesal española es fruto de una corriente crítica que se había venido manifestando en el seno de la doctrina científica, siendo el prof. ALMAGRO NOSETE un fiel exponente de aquéllos que abogaban por su supresión al considerar que, sociológicamente, su valor es el de dar a entender que no es fácil exigir responsabilidad criminal a un juez [2]. Por este motivo, a la par que se alzaban voces críticas en contra del antejuicio se venía propugnando la idea de atribuir la competencia para el conocimiento de este tipo de causas criminales al Tribunal del Jurado, legalmente reconocido en el art. 125 C.E. aunque carente en ese momento temporal de desarrollo práctico a pesar de su regulación normativa [3].

1. Vid. JAURALDE MORGADO, E., «La responsabilidad del Juez», en Poder Judicial, núm. 3, junio 1982, pág. 15.

2. Cfr. ALMAGRO NOSETE, J., «El sistema español de responsabilidad judicial», Justicia, 1982, núm. IV, pág. 85.

3. En la misma línea, el Magistrado D. Vicente GIMENO SENDRA, en el voto particular que formula a la STC 156/1989, de 5 de octubre, se muestra favorable a la intervención del Jurado. Así, señala que «...siempre desde un punto de vista constitucional,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Entre los argumentos esgrimidos en favor del Jurado para exigir la responsabilidad criminal de Jueces y Magistrados, destaca la afirmación de que «si la *justicia emana del pueblo* (art. 117.1) deben ser los ciudadanos quienes determinen la responsabilidad penal de quienes la administran», según la opinión discrepante emitida por el Magistrado D. Vicente GIMENO SENDRA en el voto particular formulado a la STC 156/1989, de 5 de octubre.

Con estos precedentes no resulta extraño que la promulgación de la L.O. 5/1995 del Tribunal del Jurado haya traído consigo la derogación de aquéllos preceptos que, tanto en la LECrim. como en la L.O.P.J. contemplaban la regulación del antejuicio. Ahora bien, como acertadamemte se ha puesto de relieve, la participación del ciudadano a través del Jurado en el enjuiciamiento de las causas criminales incoadas contra Jueces y Magistrados es un tema que requiere ser tratado con extremo cuidado [4]. Quizás sea ésta la razón por la cual la propia Exposición de Motivos de la L.O. 5/1995 afirma que el legislador ha querido sustituir el antejuicio en las causas por delitos cometidos por Jueces, Magistrados o Fiscales, atribuidas al conocimiento del Jurado, «por una especialidad que faculta al Juez de Instrucción para practicar las actuaciones de comprobación necesarias y resolver sobre la improcedencia de la imputación».

En definitiva, no pretendemos efectuar una valoración sobre si ha sido acertada o no la desaparición del antejuicio de nuestras leyes procesales, pues una vez confirmada ésta, el único interés que nos guía reside en intentar demostrar la verdadera función que este intituto procesal venía cumpliendo en el marco de la exigencia de la responsabilidad penal judicial.

II. CONCEPTO

Atendiendo a la cualidad del imputado, la LECrim. establecía un procedimiento para depurar las posibles responsabilidades penales de

no me satisface la regulación actual del procedimiento penal para exigir la responsabilidad penal de Jueces y Magistrados, sistema de «aforamientos» incluido [...], por lo que me parecería aconsejable una nueva regulación de este procedimiento, en el que sin perjuicio de manifestar debidamente la independencia judicial, se confiera la fase del juicio oral al Jurado...».

4. Vid. ZARZALEJOS NIETO, J., «El proceso penal contra Jueces y Magistrados (La especialidad del antejuicio)», Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pág. 30.

aquéllos que desempeñaban la función jurisdiccional. A tal efecto, y bajo la rúbrica *del antejuicio necesario para exigir la responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados*, aparecía regulado en la Ley procesal penal uno de los denominados *procedimientos especiales*[5-6]. Sin embargo, la LECrim. incurría aquí en un error de técnica legislativa, puesto que en dicho pasaje —comprensivo de los arts. 757 a 778—, no se regulaba, en rigor, un procedimiento especial, aunque si un trámite peculiar.

Si observamos la dicción literal del art. 757 LECrim., comprobaremos como dicho precepto decía que «todo español que no esté incapacitado para el ejercicio de la acción penal podrá promover el antejuicio necesario para exigir la responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones». No se aludía, por tanto, a ningún cauce procedimental específico, sino que en el caso de admitirse la querella promovida contra un miembro de la Carrera Judicial, se seguía contra el mismo el procedimiento penal oportuno, a tenor de la gravedad del delito que se le imputase. De ahí que la *especialidad*, en sí misma considerada, radicaba en constituir un presupuesto de admisibilidad de la solicitud de incoación de un sumario en el que no se puede entrar sin haberse celebrado previamente el **antejuicio**[7]. Por este motivo se ha señalado que se trataba de un **reforzamiento de garantías procesales**, pues no es desacertado afirmar que en estos casos, a las garantías consustanciales al proceso penal ordinario han de sumarse las del antejuicio[8]. En consecuencia, la *especialidad* que la Ley atribuye a un determinado procedimiento, no se encuentra ni en el sumario ni tan siquiera en el plenario, que como acertadamente pone de relieve DE MIGUEL Y ALONSO, deben amoldarse a las reglas generales, sino a ciertos

5. No obstante, la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, ha venido a incidir notablemente en esta materia, por cuanto su Disposición Adicional Primera deroga los arts. 410 de la L.O.P.J. y el Título II, Libro IV de la LECrim., referentes al antejuicio.

6. Con la supresión del antejuicio, la L.O. 5/1995, del Tribunal del Jurado ha culminado una aspiración de gran parte de la doctrina procesal española, que como ALMAGRO NOSETE o RUIZ VADILLO, veían en este mecanismo procesal una institución innecesaria y nada favorable a la conciencia social. Al respecto vid. ZARZALEJOS NIETO, J., «El proceso penal contra Jueces y Magistrados (La especialidad del antejuicio)», ob. cit., págs. 317-318.

7. En este sentido, vid. HERCE QUEMADA, V., (con GÓMEZ ORBANEJA, E.), «Derecho procesal penal», 10? ed., ob. cit., pág. 330.

8. PRIETO CASTRO, L., (con G. de CABIEDES), «Derecho procesal penal», ob. cit., pág. 374. También FENECH se refiere al antejuicio como un procedimiento con garantía reforzada. Vid. FENECH NAVARRO, M., «El proceso penal», ob. cit., págs. 233 y ss.

actos procesales que se desarrollan con carácter previo a la incoación de la causa, y que reciben el nombre de antejuicio[9].

¿Qué era en realidad el **antejuicio**? Para responder a esta pregunta la doctrina procesal ha acuñado diversas definiciones de esta institución, del estudio de las cuales se deduce la falta de unanimidad en torno a la misma[10]. No obstante, creemos que lo más clarificador al respecto consiste en intentar ofrecer una definición *aséptica* de dicho trámite, en lo que se ha calificado como «neutralidad descriptiva»[11], eludiendo por ahora el problema relativo a su verdadera naturaleza procesal. Por este motivo, siguiendo a MORENO CATENA, puede definirse el antejuicio como «el conjunto de actuaciones que la Ley exige promover ante el Tribunal competente cuando un particular dirige la acción penal contra un Juez o Magistrado por un delito cometido en el ejercicio de sus funciones, con objeto de examinar la seriedad del contenido de la querella presentada y determinar, conforme al resultado que ofrezcan las pruebas que se practiquen, si existen motivos bastantes para admitirla, o declarar,

9. Vid. DE MIGUEL Y ALONSO, C., voz «Antejuicio», en N.E.J., Seix, Barcelona, t. II, 1950, pág. 692.

10. Ya AGUILERA DE PAZ se refería al antejuicio como «el conjunto de diligencias que deben promoverse ante el Tribunal competente por aquel que trate de exigir responsabilidad penal a algún Juez o Magistrado por delito cometido en el desempeño de su cargo, a fin de que, conforme al resultado que ofrezcan las pruebas que se practiquen, se decida por el referido Tribunal si ha lugar o no a abrir el proceso contra el inculpado». AGUILERA DE PAZ, E., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», ob. cit., t. V, 1924, pág. 647; Por su parte, señala VIADA que la expresión «antejuicio» hace pensar en «una **fase preprocesal**, como requisito o presupuesto de admisibilidad del posterior juicio». VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C., «Curso de Derecho procesal penal», ob. cit., t. III, Madrid, 1964, págs. 226 y ss.; De especie de **preproceso** hablan PRIETO CASTRO, L., (con G. de CABIEDES), «Derecho procesal penal», ob. cit., pág. 374, y FENECH NAVARRO, M., «El proceso penal», ob. cit., pág. 234. Para HERCE QUEMADA se trata de «un **procedimiento previo**, que tiene por objeto examinar el contenido de la querella presentada por un particular contra un Juez o Magistrado por hechos delictivos cometidos en el ejercicio de sus funciones, para determinar si existen motivos bastantes para admitirla, o declarar, por el contrario, que carece de fundamento , y que, en consecuencia, es improcedente su admisión». HERCE QUEMADA, V., (con GÓMEZ ORBANEJA, E.), «Derecho procesal penal», 10.ª ed., ob. cit., pág. 330. En cambio, DE MIGUEL Y ALONSO lo concibe como «la serie de actos procesales que deben practicarse ante el órgano jurisdiccional competente por aquella persona que, intentando iniciar un proceso penal contra un Juez o Magistrado, por delito cometido precisamente en el desempeño de su cargo, aporta unas pruebas que tienen como consecuencia el que por el Tribunal se decida si procede o no abrir el sumario que intenta el presunto agraviado». Vid. DE MIGUEL Y ALONSO, C., voz «Antejuicio», en N.E.J. Seix, t. II, Barcelona, 1950, pág. 692.

11. Vid. ZARZALEJOS NIETO, J., «Aspectos constitucionales y procesales del antejuicio», en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, (B.I.C.A.M.), 1987, núm. 4, págs. 63-64.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

por el contrario, que carece de fundamento, y que, en consecuencia, es improcedente su admisión» [12].

En definitiva, el antejuicio regulado en el Título II del Libro IV de la LECrim. era un trámite procedimental que se convierte en el **juicio de acusación específico** cuando aparece como imputado un miembro de la Carrera Judicial con motivo de hechos delictivos cometidos en el ejercicio de su cargo.

III. Requisitos

De la anterior definición pueden deducirse los requisitos básicos del antejuicio, que son los siguientes [13]:

a) que aparezca como imputado un Juez o Magistrado en virtud de un hecho delictivo cometido en el ejercicio de las funciones que les son propias.

b) que la acción penal se promueva por algún particular.

— En relación al primero de los requisitos citados, se observa el fundamento de dicha institución, que no es otro que la protección de la función jurisdiccional. Por este motivo se ha señalado que la augusta misión que desempeñan Jueces y Magistrados, justifica de manera sobrada que la Ley exija mayores garantías procesales para impedir los efectos de una persecución injusta, además de para lograr, en su caso, un medio adecuado para que el funcionario que se aparte del deber pueda ser acusado y condenado en proporción a su delito [14]. Ahora bien, no se trata de un privilegio personal del que gocen Jueces y Magistrados individualmente, sino de una institución protectora de la función jurisdiccional, tal

12. Moreno Catena, V., en A.A.V.V., «Derecho procesal. Proceso penal», ob. cit., pág. 582.

13. Vid. Aguilera de Paz, E., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», ob. cit., t. V, págs. 648-649; De Miguel y Alonso, C., voz «Antejuicio», ob. cit., pág. 693.

14. Vid. Fenech Navarro, M., «El proceso penal», ob. cit., pág. 234; en idéntico sentido, Herce Quemada, V., (con Gómez Orbaneja, E.), «Derecho procesal penal», ob. cit., pág. 331.

como ha señalado la STC 61/1982 [15]. Por este motivo, debemos señalar que, tal como ha manifestado el ATS de 21 de enero de 1992, [R.A. 288], «la finalidad del antejuicio no es conceder privilegio alguno a los Jueces y Magistrados, pues en ese caso sería inconstitucional, conforme al art. 14 de la Ley Fundamental, sino evitar, según se dice, la interposición de querellas maliciosas propiciadas por el ánimo de venganza o con el fín práctico de preparar una causa de recusación».

Para que procediese el antejuicio, se precisaba por tanto, que un presunto hecho delictivo fuese imputado a un miembro de la Carrera Judicial, siendo la segunda parte de esta premisa que dicho hecho hubiese sido realizado como consecuencia del desarrollo de su actividad jurisdiccional. Consecuentemente, y en la línea de lo que señala la jurisprudencia tanto del T.C. como del T.S., este reforzamiento de garantías procesales que supone dicha institución no alcanza a cualquier hecho delictivo. Por ello, debe diferenciarse entre el Juez como simple ciudadano, que puede incurrir en una conducta criminosa, y el Juez, cuando actúa en calidad de órgano estatal en el cumplimiento de la función jurisdiccional. Es decir, el antejuicio —como señala De Miguel y Alonso—, obedece a la doble condición que posee el Juez de forma que si éste comete una infracción delictiva como individuo de la sociedad, contra él se ejercitará el poder punitivo del Estado de manera ordinaria; por el contrario, si infringe las leyes que precisamente por su cargo debe respetar en el ejercicio de su augusta misión, se impone este antejuicio como mecanismo necesario para saber si debe o no abrirse un sumario contra su persona [16].

Ahora bien, aunque creemos acertada la escisión de la persona Juez, en su doble cualidad de simple ciudadano y de órgano jurisdiccional, no estamos de acuerdo con De Miguel y Alonso cuando éste se refiere al antejuicio como una garantía que evite el ejercicio del poder punitivo estatal de forma ordinaria. La razón estriba en que el antejuicio, como ins-

15. En su Fundamento Jurídico 5, la STC 61/1982, de 13 de octubre afirma que «la legitimidad de una institución destinada a garantizar la independencia y la dignidad de quienes ejercen la función jurisdiccional no puede ser negada en la medida en que su estructura la haga adecuada a este objetivo, sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convertirla en origen de privilegio». Asimismo, la STC 156/1989, de 5 de octubre, se refiere al antejuicio como «una garantía institucional de la jurisdicción contenida en la legislación procesal penal anterior a la Constitución y no contraria a ésta» [F.J.2]. Y del mismo modo, el Tribunal Supremo, en un Auto de 13 de febrero de 1985, señala que «el antejuicio no es un privilegio de los jueces, sino garantía —se ha dicho—, de la augusta función judicial».

16. Vid. De Miguel y Alonso, C., voz «Antejuicio», ob. cit., pág. 692.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

titución procesal, estaba pensado para examinar si sería o no posible ejercitar el derecho de acción penal contra un Juez o Magistrado; o en otras palabras, el antejuicio no era una garantía en torno al *ius puniendi*, sino en torno al *ius persequendi*, o derecho de acusar que se pretendía ejercitar contra ese funcionario.

En definitiva, y como tendremos ocasión de comprobar más adelante, esta institución funciona a modo de **juicio sobre la acusación** previo a la iniciación del proceso previsto por la Ley contra Jueces y Magistrados.

Esta especial consideración en torno a la responsabilidad penal de quienes desempeñan la función judicial, hace que el antejuicio se circunscriba única y exclusivamente a los delitos cometidos en el desarrollo de la misma. A tal efecto, el articulado de la LECrim. establecía el antejuicio para los delitos de prevaricación relativos a sentencias injustas (art. 758), delitos referentes al retardo malicioso en la administración de justicia, o a la negativa a juzgar por alguno de los pretextos especificados en el Código Penal (art. 759), así como a cualquier otro delito cometido por un Juez o Magistrado en el ejercicio de sus funciones (art. 760 LECrim.).

La competencia para celebrar el antejuicio correspondía al mismo Tribunal que en su caso, debiera conocer de la causa (art. 410.2 L.O.P.J.). Ahora bien, en estos supuestos, se preveía una situación de aforamiento, pues los arts. 57, 61 y 73 de la L.O.P.J. establecen reglas especiales de determinación de la competencia objetiva *ratione personae*, en atención a la categoría del Juez o Magistrado que haya cometido el delito o falta [17]. No obstante, si bien los arts. 61.4 y 73.3.b) de la L.O.P.J. instituyen esta prerrogativa de fuero en función de los delitos cometidos en el desempeño de su cargo [18], el art. 57 de dicho Cuerpo legal establece una situación de aforamiento absoluto, en virtud de la cual la Sala de lo Penal del T.S. es competente «para conocer de los procesos incoados con ocasión de cualquier infracción penal (delito o falta) cometida por el Magistrado en el ejercicio de sus funciones o fuera de las mismas» [19].

— El segundo requisito para que proceda el antejuicio hacía referencia a la legitimación activa.

La STC 61/1982, de 13 de octubre, señala en su Fundamento Jurídico 4 que, «la Ley de Enjuiciamiento Criminal no define el antejuicio, si bien exige que se *promueva en forma de querella* (art. 764) y parece identificarlo con ésta, cuando habla de *escrito de querella* (art. 768) y cuando alude a la conclusión del trámite por admisión o no admisión de la misma (arts. 775 y 776)». Esto significa que se produce un ejercicio de la acción penal contra un Juez o Magistrado, razón por la cual la Ley establece este mecanismo a modo de garantía reforzada sobre la acusación. Pero debe ponerse de relieve que no todo intento de acusación producida contra un funcionario jurisdiccional, exigía la celebración de un antejuicio, sino que éste se precisaba sólo en aquellos supuestos en que la acción penal era ejercida por un particular [20], que el art. 757 LECrim. limita a «todo español que no esté incapacitado para el ejercicio de la acción penal» [21]. Consecuentemente, no era necesario el antejuicio cuando la responsabilidad penal de tales imputados sea solicitada por el Ministerio Fiscal (STS de 12 de diciembre de 1884), pues para el legislador es

17. Vid. MORENO CATENA, V., en A.A.V.V., «Derecho procesal. proceso penal», ob. cit., págs. 579-580; asimismo, vid. SOTO NIETO, F., «La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados», La Ley, 1987, núm. 1, pág. 931.

18. Aunque el art. 60.4 de la L.O.P.J. establece que la Sala Especial del T.S. será competente para la instrucción y el enjuiciamiento de las causas contra los Presidentes de Sala o contra los Magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen, parece evidente que se está refiriendo a hechos delictivos relacionados con el ejercicio de la función jurisdiccional. Además, como señala SOTO NIETO, «esta Sala viene a sustituir al Pleno del Tribunal Supremo, constituido en Sala de justicia, al que el art. 284 de la Ley Orgánica de 1870 atribuía el conocimiento en única instancia y en juicio oral y público de las causas *contra los Magistrados de una Audiencia o del Tribunal Supremo, cuando sean juzgados todos, o al menos la mayoría de los que constituyeren una Sala de justicia, por* **actos judiciales en que hayan tenido participación**». Vid. SOTO NIETO, F., «La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados», ob. cit., págs. 931-932.

19. MORENO CATENA, V., «Derecho procesal. Proceso penal», (con AA.VV.), ob. cit., pág. 580. En el mismo sentido, advierte SOTO NIETO que la reserva del indicado fuero especial, alcanza a todas las infracciones penales (delitos o faltas), cometidas en el ejercicio de las funciones del cargo, o a cualesquiera otras infracciones ajenas a aquél cometido. Cfr. SOTO NIETO, F., «La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados», ob. cit., pág. 931.

20. Según dispone el art. 406 de la L.O.P.J., «el juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados podrá incoarse por providencia del tribunal competente o en virtud de querella del Ministerio Fiscal, o del perjudicado u ofendido, o mediante el ejercicio de la acción popular». Ahora bien, el antejuicio se exige legalmente sólo en el caso del acusador particular.

21. En este sentido, la STC 61/1982, [F.J.4], se refiere al antejuicio como el «procedimiento ineludible para el ciudadano que intente exigir responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados». Y en idénticos términos se manifiesta la STC 156/1989, en su [F.J.2].

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

impensable que éste obre animado por motivos torpes o con ánimo de venganza[22].

Esta diferencia de tratamiento según fuese un ciudadano quien intentase exigir responsabilidad penal a Jueces y Magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, o bien, el Ministerio Público, ha llevado a algún autor ha denunciar la inconstitucionalidad del antejuicio, por vulneración del art. 14 de nuestra Carta Magna, que predica la igualdad de todos los españoles ante la Ley[23]. Así, SÁNCHEZ SÁNCHEZ, ya se mostraba partidario de la supresión de esta institución procesal, señalando que con el antejuicio no se produce indefensión, pero si que se quebranta el principio general de igualdad ante la Ley, al resultar beneficiados sólo los Jueces y Magistrados, gozando así de unas garantías que no poseen el resto de ciudadanos[24].

Sin embargo, nótese que el antejuicio no lo concebía la Ley como un privilegio para determinadas personas, sino como una garantía de protección de la función jurisdiccional. Por este motivo, el T.C. ha manifestado en su Sentencia 61/1982, que este procedimiento «no puede considerarse atentatorio al principio de igualdad, porque en ningún caso permite cerrar el paso a la **acción penal** en atención a motivos personales concurrentes en los querellados, sino valorar la procedencia o no de admitir la querella» [F.J. 4].

Ahora bien, los arts. 761 y 762 de la LECrim. también reconocen un diverso tratamiento procesal según se trate del ofendido por el delito[25], a quien no le será exigible la prestación de una fianza, o por el contrario, si se ejercita la acción popular, para cuyo ejercicio habrá de prestarse la fianza que determine el Tribunal que haya de conocer de la causa. No obstante, esto obedece a las disposiciones generales que sobre la querella se contienen en la LECrim. (arts. 270 a 281).

En definitiva, al no tener la consideración de privilegio individual para determinadas personas, que actuara con un efecto claramente «bloqueador» del sometimiento de las mismas al proceso, el antejuicio no vulneraba el principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la C.E.,

22. En este sentido, vid. también ZARZALEJOS NIETO, J., «El proceso penal contra Jueces y Magistrados (La especialidad del antejuicio)», ob. cit., pág. 105.

23. En este sentido, vid. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R., «Notas sobre el antejuicio para exigir responsabilidad penal a los Jueces y Magistrados», La Ley, 1983, núm. 1, págs. 30-32.

24. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R., «Notas sobre el antejuicio...», ob. cit., pág. 32.

25. El párrafo II del art. 761 establece que «se entiende por **ofendido** aquel a quien directamente dañe o perjudique el delito».

pues no era más que un verdadero examen sobre si existían o no motivos para acusar cuando aparecía en calidad de imputado un Juez o Magistrado[26].

IV. EL ANTEJUICIO COMO JUICIO DE ACUSACIÓN

Ya al definir el antejuicio, mostrabamos la falta de acuerdo doctrinal sobre lo que éste constituía, señalando entonces que dicha institución había sido contemplada como una **fase preprocesal**[27], especie de **preproceso**[28], o **procedimiento previo** tendente a examinar el contenido de la querella presentada por un particular contra un Juez o Magistrado por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo[29]. Pero, si bien entonces optábamos por una cierta *neutralidad* a la hora de definir dicha institución, es en el examen de su función cuando puede comprobarse lo que realmente era el antejuicio.

Sin duda, estamos ante un **verdadero juicio de acusación**, con la peculiaridad propia que presenta el enjuiciamiento previsto por la Ley para Jueces y Magistrados. Así, la finalidad del antejuicio radicaba en servir de «filtro» o tamiz[30] a las acciones penales ejercitadas contra es-

26. En este idéntico sentido se manifiesta SOTO NIETO, quien, siguiendo la línea marcada por la STC 61/1982, de 13 de octubre señala que el antejuicio no atenta contra el principio de igualdad del art. 14 puesto que en ningún caso permite cerrar el paso a la acción penal en atención a motivos personales concurrentes en los querellados, sino que tiende a valorar la procedencia o no de admitir la querella, con mayores formalidades que las previstas en los arts. 312 y 313 de la LECrim. Por ello, como el antejuicio se limita al **derecho a mantener una acusación** y a la incoación de un sumario y celebración de un juicio, si la querella es inadmitida, estimando el querellante infundada la resolución del Tribunal, «el recurso de amparo siempre estará abierto ante una supuesta vulneración del derecho a la obtención de la tutela judicial». SOTO NIETO, F., «La responsabilidad penal de ...», ob. cit., pág. 937.

27. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C., «Curso de Derecho procesal penal», t. III, ob. cit., pág. 226.

28. PRIETO CASTRO, L., (con G. de CABIEDES), «Derecho procesal penal», ob. cit., pág. 374; FENECH NAVARRO, M., «El proceso penal», ob. cit., pág. 234.

29. HERCE QUEMADA, V., (con GÓMEZ ORBANEJA, E.), «Derecho procesal penal», 10? ed., ob. cit., pág. 33.

30. El antejuicio ha sido visto como **«filtro» o tamiz** para evitar procesos innecesarios, entre otros, por los siguientes autores de nuestra doctrina: FENECH NAVARRO, M., «El proceso penal», ob. cit., pág. 234; HERCE QUEMADA, V., (con GÓMEZ ORBANEJA, E.), «Derecho procesal penal», 10.ª ed., ob. cit., págs. 330-331; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R., «Notas sobre el antejuicio...», ob. cit., pág. 30; SOTO NIETO, F., «La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados», ob. cit., pág. 936; ZARZALEJOS NIETO, J., «Aspectos constitucionales y procesales del antejuicio», ob. cit., pág. 64; «El proceso penal contra

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tos imputados y en virtud de los delitos que la LECrim. menciona a tal efecto (arts. 758 a 760). La razón no era otra que evitar la interposición de querellas maliciosas, de quienes movidos por un ánimo de despecho o malquerencia al sentirse agraviados por una resolución judicial, persiguieran únicamente propósitos de venganza, cediendo —como apunta AGUILERA DE PAZ—, «a torcidos estímulos de la pasión u otros fines malévolos y reprobables»[31]. Por ello, acertadamente señala el ATS de 21 de enero de 1992 que «no puede olvidarse que el automatismo en la admisión (*de las querellas*), generaría por lo pronto, la obligación de abstención del Juez o Magistrado como consecuencia de la recusación implícita en la querella».

Esta verdadera función del antejuicio fue sagazmente observada por el Ministerio Público, en el trámite de alegaciones a las partes que recoge el Antecedente 7 de la famosa STC 61/1982. Su elevado interés nos mueve a reproducir un párrafo del mencionado Antecedente donde el Fiscal apunta que:

> «el procedimiento de **«antejuicio»** no equivale a un privilegio a la persona de los Jueces, sino que se funda en razones objetivas que no afectan al principio constitucional de generalidad; **se trata de un tamiz** de las acciones ejercitadas por los particulares, en relación con delitos cometidos por los Jueces en el ejercicio de sus cargos, a fin de acomodar el **derecho de acción**, reconocido a los particulares a las peculiaridades del enjuiciamiento, pues lo importante es racionalizar el derecho de defensa, conectándolo con el interés social de que la imagen pública del órgano judicial no se deteriore por efecto de actuaciones que no vengan, al menos, avaladas por la aperiencia de legitimidad».

Ciertamente, el antejuicio era un trámite garantista donde se sometía al examen del órgano jurisdiccional competente «la procedencia o no de admitir la querella»[32], con lo que no deben suscitarse dudas respecto a «su misión de evitar el trámite definitivo de las querellas infundadas con sus gravosas consecuencias»[33]. En dicha institución, por tanto, se obser-

Jueces y Magistrados (La especialidad del antejuicio)», ob. cit., pág. 99; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Problemàtica de les causes penals contra magistrats, jutges i fiscals davant dels tribunals superioros de justícia*, en «Les Sales civils i penals dels Tribunals Superiors de Justícia», C.G.P.J., Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació especialitzada, Barcelona, 1994, pág. 123.

31. Vid. AGUILERA DE PAZ, E., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», ob. cit., t. V, pág. 648; en parecidos términos se expresa HERCE QUEMADA, V., (con GÓMEZ ORBANEJA, E.), 10.ª ed., ob. cit., pág. 331.

32. STC 61/1982, [F.J.3].

33. STC 61/1982, [F.J.5].

va con nitidez la separación entre la decisión sobre la acción penal, entendida como derecho a la acusación y al juicio, y la decisión sobre el *ius puniendi* del Estado[34].

Por otra parte, resalta su carácter de juicio sobre el derecho de acción penal, un dato sumamente revelador, como es que el examen que suponía el antejuicio no prejuzgaba en absoluto el resultado de la causa, pues su finalidad se restringía a determinar sobre la procedencia de la apertura del proceso contra el Juez o Magistrado[35]. Es decir, no suponía pronunciamiento alguno sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, sino únicamente, resolución en torno al derecho de acusar, resolviendo sobre la *datio* o *denegatio actionis*. Así, acertadamente manifiesta VÁZQUEZ SOTELO que la naturaleza jurídica del antejuicio ha de construirse como un *juicio previo sobre la acción penal*[36]

La jurisprudencia que ha elaborado el T.C., en las escasas resoluciones en las que se ha pronunciado sobre el antejuicio, deja claro que se trataba de un juicio de acusación, que tenía por objeto la acción penal ejercitada en la querella por un particular contra un miembro de la Carrerra Judicial, en cuanto tiene por misión evitar las acusaciones infundadas contra quienes llevan a cabo tan importante función estatal. Ahora bien, si su función no ofrece por tanto ninguna duda, si que surgen problemas en torno a la concepción que el Alto Tribunal tiene del antejuicio, puesto que ha señalado que este trámite, «como **proceso penal** que se ha de llevar a cabo antes de pasar a un proceso definitivo, sirve para decidir acerca del derecho a la acción penal y no sobre la pretensión punitiva, atribuyendo al órgano judicial competente un amplio poder en la determinación de la existencia del hecho típico delictivo objeto de su contenido» (STC 61/1982, [F.J. 5])[37].

Sin embargo, nosotros consideramos errónea en este punto la postu-

34. Vid. en este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción penal como derecho al proceso», ob. cit., pág. 95 y «Comentarios...», t. II, ob. cit., pág. 204.

35. Cfr. DE MIGUEL Y ALONSO, C., voz «Antejuicio», ob. cit., pág. 695; SOTO NIETO, F., «La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados», ob. cit., pág. 941; ZARZALEJOS NIETO, J., «Aspectos constitucionales y procesales del antejuicio», ob. cit., pág. 69; MORENO CATENA, V., en A.A.V.V., «Derecho procesal. Proceso penal», ob. cit., pág. 582.

36. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Problemàtica de les causes penals contra magistrats, jutges i fiscals davant dels Tribunals Superiors de Justícia*, en «Les Sales Civils i Penals del Tribunals Superiors de Justícia», ob. cit., pág. 130.

37. También el ATC 369/1984, de 20 de junio, otorga en su Fundamento Jurídico 2?, caracter de **verdadero proceso** al antejuicio cuando señala que dicha institución está «dirigida a contrastar las querellas como fundadas o infundadas, a través de un **proceso previo** [...] para abrir o no otro posterior proceso».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ra adoptada por el T.C., puesto que parece difícilmente concebible un verdadero proceso penal donde no se entrase a valorar la culpabilidad o inocencia del acusado. Además, nos parece que el equívoco de dicha construcción se agrava al concebir el antejuicio como un *proceso penal previo a otro proceso definitivo*, según manifiesta el Alto Tribunal.

El antejuicio, consecuentemente, y como bien ha advertido SOTO NIETO, «se halla revestido de extremada delicadeza» precisamente por tratar de preservar a los Jueces de persecuciones infundadas, aspirando a precaver que tome cuerpo una grave acusación cuando ésta carezca del fundamento mínimo para justificar la apertura de un proceso, razón por la que para dicho autor aparece como una fase preprocesal[38].

Por otra parte, ZARZALEJOS NIETO no tiene dudas sobre su función, si bien se interroga acerca de la estructura de esta institución, en la teoría y en la práctica, cuestionándose si estamos ante un verdadero proceso penal presentado de manera «encubierta», o bien, ante un trámite de admisión de querella cualificado, en el que se deciden extremos sustantivos impropios de esta actividad procesal[39].

No debe olvidarse que, en cuanto serie de actos procesales, el antejuicio es un procedimiento donde, la importancia de la función jurisdiccional lleva a examinar la admisión o inadmisión de la querella presentada, en una «vista», con la intervención del Ministerio Fiscal, del letrado del querellante (art. 773 LECrim.), y en la que actualmente cabe entender, tras la reforma del art. 118 LECrim. por la Ley 53/1978, que podrá también personarse el Juez o Magistrado querellado[40-41]. Sin embargo,

38. Cfr. SOTO NIETO, F., «La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados», ob. cit., pág. 936.

39. En cuanto a sus fines, manifiesta que es precisamente en ese aspecto donde resalta el aspecto constitucional del antejuicio, en cuanto a la especial protección que se dispensa al Juez o Magistrado querellado, en atención a la dignidad de su función. Sin embargo, en cuanto a la articulación de los actos procesales en que se proyecta el antejuicio, se trata de averiguar si nos encontramos ante un verdadero proceso penal en el que se valora no sólo la fundamentación de la querella y la responsabilidad criminal del querellado, o si más bien es un trámite de admisión de querella, en el que, de acuerdo con lo establecido en el art. 313 de la LECrim., no cabe otra valoración que la relativa a la tipicidad de los hechos objeto de la misma. Vid. ZARZALEJOS NIETO, J., «Aspectos constitucionales y procesales del antejuicio», ob. cit., págs. 64 y 69.

40. Vid. SOTO NIETO, F., «La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados», ob. cit., págs. 941 y ss.; y en idéntico sentido, en cuanto al derecho de defensa de los Jueces y Magistrados en el antejuicio, vid. el Voto particular formulado por el Magistrado don Vicente GIMENO SENDRA a la STC 156/1989, de 5 de octubre.

41. En relación a la intervención del querellado y su conexión con el art. 118 LECrim., el prof. VÁZQUEZ SOTELO apunta dos interesantes problemas que pueden suscitarse: 1) En primer término, puede reconocerse la existencia de un argumento técnico en

nos atrevemos a afirmar que tanto la jurisprudencia del T.S. como la del T.C. han desvirtuado la institución del antejuicio, quedando relegado a un segundo plano.

Al respecto, el Alto Tribunal ha considerado que la peculiaridad del escrito en que se propone el antejuicio «**no consiste en ser algo distinto a una querella**, sino en ser una querella interpuesta contra Jueces y Magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. **Por ser una querella le son exigibles los requisitos formales de cualquier querella** (art. 764) y, si los cumple, vale como tal y como tal puede ser admitida (art. 775), sin que la admisión del «escrito» dé lugar a la ulterior formulación de una «verdadera» querella, como sería lógico si el escrito inicial no lo fuera» (STC 156/1989, [F.J.3]).

Luego, podemos observar, cómo el T.C. había restado virtualidad al antejuicio, posibilitando el recurso a las normas generales de admisión o inadmisión de la querella contenidas en los arts. 312 y 313 LECrim.[42]. En consecuencia, se impone por tanto, el examen de la tipicidad[43], razón por la cual estima el T.C. que cuando se ejercite la acción penal contra un funcionario judicial por algunos de los delitos señalados en los arts. 758 a 760 LECrim., la querella podrá ser rechazada *a limine*, cuando los

contra, pues si bien es cierto que el nuevo art. 118 hace nacer el derecho de defensa desde la admisión de la denuncia o de la querella, y también desde cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, no debe olvidarse que el antejuicio se celebra precisamente para decidir si la querella ha de ser admitida. Además, las actuaciones del antejuicio no suponen una «imputación judicial» de hechos delictivos al Juez o Magistrado, sino que lo único existente es la «imputación de parte» contenida en el escrito de querella. 2) En segundo lugar, el reconocimiento del derecho del querellado a intervenir en el antejuicio introduce una nueva dificultad, pues si éste es contradictorio, puede llegar a convertirse en un avance de aquéllo que debería ser el juicio definitivo o principal. Vid. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Problemàtica de les causes penals contra magistrats...*, ob. cit., pág. 118.

42. La STC 156/1989, manifiesta en su Fundamento Jurídico 4 que «la apreciación de la inadmisibilidad *a limine*, conforme a la regla común del art. 313 LECrim., **ha de considerarse inobjetable** también desde la persepectiva de la indefensión, no por razones de economía procesal [...] sino **porque en tales supuestos no es posible apreciar en el** *ius ut procedatur* o en el derecho a la acción penal, que este Tribunal ha entendido inherente al derecho fundamental proclamado en el art. 24.1 C.E., un contenido mayor o un alcance más intenso cuando se ejercita para exigir resposabilidad penal a Jueces y Magistrados por actuaciones propias de sus cargos que cuando se ejercita en los restantes supuestos».

43. La falta de tipicidad es fundamento en cualquier caso de la ***denegatio actionis***, pero también de la propia razón instauradora de la singularidad del antejuicio para la incoación de las causas penales de que se trata, según manifiesta la STC 156/1989, [F.J.4].

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

hechos en que se funde no constituyan delito, o bien, cuando el órgano judicial no se considere competente[44].

En definitiva, lo que la Ley procesal penal preveía como un mecanismo específico de protección contra Jueces y Magistrados, o un procedimiento con garantía reforzada, con la interpretación del T.C. queda reducido a un trámite superfluo, al posibilitar el examen de la tipicidad no en sede del antejuicio, como legalmente se impone en virtud de los arts. 757 LECrim. y 410 de la L.O.P.J., sino en sede de admisión o inadmisión de querella. Lógicamente, pudiera pensarse que, si la tipicidad puede examinarse ya en virtud de los arts. 312 y 313 LECrim., estaría de más la institución del antejuicio, en cuanto a su prácticamente nula utilización. Sin embargo, estamos de acuerdo con lo manifestado por el Magistrado don V. GIMENO SENDRA en el Voto particular que formula a la Sentencia 156/1989 de este Tribunal, donde pone de relieve que, en la práctica, la interpretación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la mantenida en la referida STC «viene a establecer un **doble filtro** para la admisión de una querella contra un Juez o Magistrado: el Auto de inadmisión del art. 313 que, arbitrado para un procedimiento ordinario se transplanta analógicamente a un procedimiento especial, permitiendo rechazar *a limine* la querella, y el Auto de inadmisión de los arts. 774 y 776 que, tras la celebración del antejuicio facultan también a la Sala a inadmitir la querella»[45].

Ante esta situación jurisprudencial, ZARZALEJOS NIETO termina por considerar a dicha institución como un proceso penal contradictorio, el que se ventila la admisión o inadmisión de una querella interpuesta contra un funcionario judicial por presunto delito cometido en el ejercicio de su función, y donde el fallo puede basarse no sólo en consideraciones

44. La STC 156/1989, [F.J.3], con esta interpretación entiende que es un error de los recurrentes «creer que su derecho a la tutela judicial les da, por decirlo así, derecho al antejuicio siempre que se querellen contra Jueces o Magistrados por los delitos a que alude el art. 757 LECrim.»

Por su parte, el ATS de 24 de septiembre de 1986 señala que «de lo dispuesto en los arts. 312 y 313 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta que el órgano jurisdiccional ante el que se interponga una querella, para evitar que se consuma estérilmente la actividad procesal, ha de proceder *ab initio*, a verificar una calificación de los hechos a fin de determinar si procede admitir a trámite la querella, o, por el contrario, declarar su inadmisibilidad, resolución esta última que tan sólo será procedente cuando dicho órgano se considere incompetente o cuando los hechos, aun siendo ciertos, no sean constitutivos de delito».

45. En dicho Voto particular concluye diciendo que, este notable incremento de las facultades de inadmisión de las querellas contra Jueces y Magistrados, llevarán a la inviabilidad práctica de la institución del antejuicio.

de tipicidad, sino también en atención a la antijuricidad[46]. No obstante, nosotros creemos que se trataba de un procedimiento previo establecido para decidir sobre el fundamento del derecho de acción penal, y consecuentemente, admitir o inadmitir la querella presentada, dando o cerrando así el paso a la incoación de un verdadero proceso. Ahora bien, en cuanto garantía reforzada, en la «vista» donde debía resolverse sobre la acción penal ejercitada, creemos que no sólamente había que entrar en el análisis de la tipicidad sino también en el de la antijuricidad, pues como señala GIMENO SENDRA en el mencionado Voto particular a la STC 156/1989, la finalidad del antejuicio —como mecanismo protector de la función jurisdiccional—, se realiza, a diferencia de la fase de admisión de cualquier otra querella, mediante la instauración del contradictorio[47]. Así, no parece lógico pensar que el fundamento del derecho de acusar se decida únicamente en atención a la tipicidad de los hechos, en una «vista» donde se prevé la presencia del Ministerio Fiscal y del letrado del querellante, así como el querellado, e incluso la declaración de testigos si ello fuere preciso, según establece el art. 772 LECrim.

V. EL ENJUICIAMIENTO DE LOS FUNCIONARIOS DEL MINISTERIO FISCAL

La LECrim. al referirse al antejuicio lo hacía pensando en la exigencia de responsabilidad penal a los Jueces y Magistrados. No obstante, señala HERCE QUEMADA que, por razones históricas no se hace referencia expresa a los miembros del Ministerio Fiscal, puesto que al tiempo de publicación de la Ley procesal penal no existía Carrera Fiscal separada de la judicial[48]. Se plantea, por tanto, si el procedimiento regulado en los arts. 757 a 778 de la LECrim. era extensible a los funcionarios del Ministerio Público.

Como hemos tenido ocasión de comprobar, el antejuicio era un procedimiento en el que se llevaba a cabo un **enjuiciamiento sobre la acusación**, pero cuyo fundamento se basaba en proteger la función jurisdic-

46. Vid. ZARZALEJOS NIETO, J., «Aspectos constitucionales y procesales del antejuicio», ob. cit., págs. 74-75.

47. Señala GIMENO SENDRA que, «en tanto que la admisión de cualquier querella se realiza *inaudita parte* (art. 312), la que atribuye la comisión de un hecho punible a un miembro del Poder Judicial exige la celebración de una *vista*».

48. HERCE QUEMADA, V., (con GÓMEZ ORBANEJA, E.), «Derecho procesal penal», 10.ª ed., ob. cit., pág. 334.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cional. Obviamente, los Fiscales no ejercitan dicha función[49], en los términos en que se comprende ésta en base al art. 117.3 de la C.E.. Pero, en cuanto que órgano estatal que ejercita un importante cometido en el proceso, no parece existir obstáculo alguno para que les fuese de aplicación el antejuicio, en aquellos hechos delictivos cometidos en el ejercicio de su cargo. Del mismo modo, tanto el Título VI de la C.E. referente al Poder Judicial, como el Libro V de la L.O.P.J. hacen referencias expresas al Ministerio Fiscal. Por este motivo, aunque no forme parte de este poder estatal nada impedía que en estos supuestos la responsabilidad penal de sus miembros se exigiese mediante el correspondiente antejuicio.

Por otra parte, el argumento legal viene establecido en el art. 60 del E.O.M.F. de 30 de diciembre de 1981, donde de forma taxativa se reconoce que la responsabilidad de los funcionarios del M.F. «se regirá en cuanto le sean de aplicación por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados».

VI. Consideraciones finales

1) Tras el somero examen que hemos realizado de esta recientemente suprimida institución, creemos, siguiendo lo manifestado por Zarzalejos Nieto, que resulta conveniente la existencia de una serie de normas orgánicas y procesales que hagan referencia a la exigencia de responsabilidad penal judicial. Ahora bien, no debe caer en el olvido que el antejuicio, en líneas generales, era un instrumento perfectamente válido para la protección de la función jurisdiccional frente a la venganza, temeridad o despecho de los particulares.

2) En base a lo anteriormente dicho, la funcionalidad del antejuicio se ponía de manifiesto en tanto en cuanto constituía una verdadera garantía de la función jurisdiccional. De este modo, en cuanto trámite garantista creemos que se trataba de una institución acorde con las exigencias del proceso penal moderno, al establecer ese «filtro» contra las acusaciones infundadas contra Jueces, Magistrados y Fiscales por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

49. Viada entiende que el antejuicio procede contra los funcionarios judiciales, entre los que incluye a los fiscales, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Vid. Viada López-Puigcerver, C., «Curso de Derecho procesal penal», t. III, ob. cit., págs. 226 y 228.

3) En cuanto a su naturaleza jurídica, y en relación con su función garantista, el antejuicio era un verdadero juicio de acusación, por cuanto tenía por objeto un enjuiciamiento previo sobre la acción penal ejercitada contra el Juez o Magistrado (o Fiscal). En resumen, se trataba de un juicio previo sobre la verosimilitud y fundamento de la imputación contenida en la querella, al efecto de cerrar el paso a las acusaciones carentes de fundamento.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

BREVES NOTAS EN TORNO A LA PRISIÓN PROVISIONAL: LA «AUDIENCIA» DEL ART. 504 bis 2 LECRIM

FRANCISCO ORTEGO PÉREZ
Profesor Titular Interino de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Concepto y justificación. — III. Las últimas reformas sobre la prisión provisional. — IV. La «audiencia» del nuevo art. 504 bis 2 de la LECrim. — V. 1. Principios inspiradores; 2. Plazo para la celebración de la audiencia; 3. Partes necesarias; 4. Práctica de prueba en la audiencia; 5. No celebración de la audiencia y «riesgo de fuga».

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 reconoce en su art. 17.1 el derecho de toda persona a la libertad sin que nadie pueda ser privado de ella más que «en los casos y en la forma previstos en la ley».

Uno de los supuestos más problemáticos de restricción del derecho fundamental a la libertad personal es, sin duda alguna, el de la adopción de determinadas medidas cautelares de carácter personal en el proceso penal, siendo el ejemplo paradigmático el de la prisión provisional. Se

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

trata de una de las instituciones procesales penales que más han sensibilizado a la sociedad y al legislador[1].

Ante la frecuencia con la que se acuerda esta medida en la práctica procesal, ha llegado a ser calificada como un «mal necesario» en todos los ordenamientos jurídicos, dado que representa la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera del individuo, sin que haya recaído una sentencia firme de condena que la justifique[2].

Ya GOLDSCHMIDT señalaba que el símbolo de la Justicia no es sólo la balanza, sino también la espada, por lo que tras la sentencia condenatoria firme el derecho de penar se convierte en derecho de ejecución de la pena[3]. Pero la tremenda contradicción de la prisión provisional se encuentra, precisamente, en la restricción del derecho a la libertad que sufre una persona que aún no ha sido todavía declarada culpable por sentencia condenatoria[4].

En fechas todavía recientes podía leerse en *El Periódico de Catalunya* (de 27 de febrero de 1996) la situación actual que sufre la carcel «Modelo» de Barcelona donde en tono de denuncia se aludía a la gran masificación de este centro penitenciario, que acoge en la actualidad a 859 penados y 737 preventivos.

Sin entrar a analizar la frialdad de las estadísticas, lo cierto es que el número de preventivos en las cárceles españolas y, consecuentemente, la adopción de la prisión provisional, se han convertido en uno de los quebraderos de cabeza de nuestra Administración de Justicia. Por este motivo dedicaremos nuestra atención, aunque de forma somera, a la última reforma procesal operada en torno a tan importante medida cautelar en virtud de la L.O. 5/1995 del Tribunal del Jurado, centrando nuestro estudio en la «audiencia» del nuevo art. 504 bis 2 de la LECrim.

1. Señala MONTORO PUERTO que el polémico y siempre actual tema de la prisión provisional, «...en cuya esencia anida una confrontación entre el derecho a la libertad y el deber que pesa sobre los órganos judiciales de garantizar la efectividad de un proceso penal, apunta, al propio tiempo, en otra dirección cual es el impacto social que la permanencia en prisión o la inmediata pronta puesta en libertad de un presunto autor o partícipe en una acción delictiva trae consigo». Cfr. MONTORO PUERTO, M., «Problemas constitucionales de la prisión provisional», Economist & Jurist, núm. 17, enero-febrero 1996, pág. 35.

2. Vid. MORENO CATENA, V., (con A.A.V.V.), «Derecho Procesal. Proceso Penal», Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 367.

3. GOLDSCHMIDT, J., «Problemas jurídicos y políticos del proceso penal», Ed. Bosch, Barcelona, 1935, págs. 25 y 26.

4. Vid. ASENCIO MELLADO, J.M?, «La prisión provisional», Ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 29.

II. CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN

La prisión preventiva o provisional es aquella medida cautelar consistente en la total privación al imputado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal[5].

En definitiva, se trata de asegurar la presencia del imputado durante la celebración del proceso penal, por lo que tiende a evitar el riesgo de fuga[6]. Consecuentemente, el Estado, en su papel de garante de los derechos y libertades públicas se encuentra ante la doble tesitura de garantizar tanto la libertad de sus ciudadanos como una efectiva persecución de los delitos[7]. Ahora bien, el **carácter restrictivo**[8] con el que debe con-

5. MORENO CATENA, V., (con A.A.V.V.) «Derecho Procesal. Proceso Penal», Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 368.

6. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 40/1987, de 3 de abril [F.J. 2] señala que en referencia a la potestad jurisdiccional para acordar las situaciones de libertad o prisión preventiva deben tenerse en cuenta «... las circunstancias subjetivas y objetivas que concurran en el caso, tales la naturaleza del delito, la gravedad mayor o menor de la posible pena pedida o que pueda pedirse, las características del hecho y de su posible prueba en la fase sumarial con la presencia obligada del inculpado, la posibilidad de huida de éste, etc».

Y la STC 128/1995, de 26 de julio afirma en su Fundamento Jurídico 3 que entre las finalidades de la prisión provisional se encuentran las de «... conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva».

Para ASENCIO MELLADO las **funciones** de la prisión provisional pueden reconducirse a cuatro; a saber: 1) evitar la frustración del proceso imposibilitando la fuga del reo; 2) asegurar el éxito de la instrucción y la ocultación de futuros medios de prueba; 3) impedir la reiteración delictiva; y 4) satisfacer las demandas sociales de seguridad en los casos en los que el delito haya causado alarma. «La prisión provisional», ob. cit., pág. 33. Por su parte, apunta FERNÁNDEZ ENTRALGO que esta privación cautelar de libertad ha sido puesta al servicio de otros fines tales como la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «El sentido de la prisión provisional y la Ley Orgánica 10/1983 de 26 de diciembre», La Ley, 1985 - III, pág. 1074.

7. En este sentido puede verse la STC 41/1982, de 2 de julio [F.J. 2].

8. Segun establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, [F.J. 3] en atención a la prisión provisional debe tenerse en consideración, por un lado, que «... su caracter restrictivo [...] la emparenta directamente con las penas privativas de libertad, con cuyo contenido material coincide básicamente (STC 32/1987, fundamento jurídico 3)». Ahora bien, como acertadamente continúa diciendo la mencionada STC 128/1995 «...en divergencia con la pena, en que el sujeto que sufre la medida no ha sido declarado culpable de la realización de un hecho delictivo, goza, en consecuencia, de la presunción de de inocencia».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

templarse esta medida implica que sólo se encuentre justificada cuando resulte absolutamente imprescindible para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales y siempre que no puedan encontrarse otros mecanismos menos traumáticos que la privación de libertad que lleva aparejada[9]. Es decir, según manifiesta la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio, la prisión provisional es una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcional a la consecución de los fines que le son propios[10]. Por ello, en base al principio de **excepcionalidad** que debe regir en esta privación de libertad se ha afirmado que la prisión provisional ha de contemplarse como la excepción a la regla general de la libertad del individuo proclamada en nuestra Carta Magna[11].

III. Las últimas reformas sobre la prisión provisional

La regulación que hace la LECrim. sobre la prisión provisional ha sufrido en los últimos tiempos varias e importantes modificaciones. Los numerosos cambios que esta institución ha provocado en nuestra legislación la han hecho merecedora del calificativo de «*Guadiana* de nuestro ordenamiento jurídico»[12], aunque destacan sobremanera las reformas

9. En idéntico sentido, Moreno Catena, ob. cit., pág. 368. Vid. también Ortells Ramos, M., con A.A.V.V., «Derecho Jurisdiccional», t. III, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 563.

10. Establece la mencionada STC 128/1995 que «...la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y como objeto, que se la conciba tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcional a la consecución de los fines antedichos» [F.J. 3].

11. Vid. Pérez Gordo, A., «Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la LECR. y en los Textos legales y jurisprudenciales», Justicia, 1984, núm. I, pág. 31. Asencio Mellado, J. M., «La prisión provisional», ob. cit., pág, 31. Y también alude a este principio de excepcionalidad la STC 41/1982, de 2 de julio [F.J. 2].

12. En opinión de Pérez Gordo «... hablamos de la prisión provisional como del **'Guadiana'** de nuestro ordenamiento jurídico, que ahora sale a la luz, luego sigue su cauce bajo tierra, para después buscar de nuevo la superficie, para ofrecérsenos como un signo de esperanza o de desazón, según que esa alarma se adueñe de la sociedad en que conviven los hombres libres, o se traslade, en las épocas de rigor, a nuestras cárceles, haciendo de ellas establecimientos que en vez de servir para la regeneración del delincuente, se han convertido, cual dijera Carrara, en *escuelas del mal*». «Libertad provisional y prisión provisional en la Constitución...», ob. cit., pág. 13.

acaecidas con posterioridad a la entrada en vigor del Texto Constitucional.

Durante el Gobierno de la U.C.D. se promulga la L.O. 16/1980, de 22 de abril, por la que se modificaban los arts. 503, 504 y 505, en materia de prisión provisional. En orden a los presupuestos para poder acordarla se establece en dicha reforma que el Juez instructor podrá acordar la prisión preventiva cuando se hubiera cometido un hecho delictivo castigado con pena privatida de libertad superior a arresto mayor (superior a 6 meses), siempre que se apreciasen «motivos bastantes» para creer responsable criminalmente del mismo a una determinada persona. Ahora bien, como señala Serrano Butragueño, la carencia de antecedentes penales del imputado, así como la creencia por parte del Juez de que no fuera a sustraerse a la acción de la Justicia podían hacer que se acordase su libertad provisional, con o sin fianza, siempre y cuando el delito no hubiera producido alarma social ni fuera de los que se perpetraban con frecuencia[13].

Con posterioridad, la llegada del PSOE al Gobierno deparó en esta materia una nueva modificación de los arts. 503 y 504 de la LECrim. mediante la promulgación de la L.O. 7/1983, de 23 de abril, que constituyó lo que vino a calificarse como la «Reforma Ledesma». La mencionada *Reforma* pretendía regularizar la situación de la Justicia penal en nuestro país mediante la reducción del número de presos preventivos y la consiguiente agilización en la celebración de los juicios[14]. Sin embargo, en la realidad la situación fue otra bien distinta dado que el gran número de excarcelaciones de presos preventivos que motivó la denominada «Reforma Ledesma» supuso el efecto contrario al inicialmente pretendido; es decir, un aumento de la delincuencia y de la inseguridad ciudadana que no tardaron en volver a elevar de nuevo el número de preventivos así como el de juicios penales pendientes[15].

13. Serrano Butragueño, I., *La reforma de la prisión preventiva*, en «Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva», (A.A.V.V.), Ed. Comares, Instituto de Estudios Penales Marques de Beccaria, Granada, 1996.

14. Entre otras medidas que supuso la reforma, se elevó a más de seis años la penalidad correspondiente al delito cometido para poder acordar la situación de prisión provisional, salvo que el imputado incurriese sin justificación alguna en la obligación de comparecer al llamamiento judicial. Vid. Serrano Butragueño, I., ob. cit., pág. 465.

15. Al respecto advierte Pérez Gordo que el legislador español, a la hora de regular esta institución muestra su innegable deseo de evitar, en la medida de lo posible la prisión provisional, lo que en ocasiones ha desembocado en un «incremento de la inseguridad ciudadana y en una vuelta a la situación de alarma social». «Libertad provisional y prisión provisional...», ob. cit., págs. 9 y 10.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Ante esta situación de inseguridad ciudadana, consecuencia directa del fracaso práctico de la reforma, se procedió a una nueva modificación de los arts. 503 y 504 de la LECrim. De este modo, la L.O. 10/1984, de 26 de diciembre, conocida como la «Contrarreforma Ledesma» facultaba al Juez de Instrucción para dictar el auto de prisión provisional cuando el hecho delictivo tuviese señalada una pena superior a la de prisión menor, o que incluso siendo inferior a ésta considerase necesaria tal medida en atención a los antecedentes del imputado, la alarma social que su comisión hubiera podido causar, o la frecuencia con la que se cometiesen hechos análogos [16].

También la L.O. 4/1988, de 25 de mayo incidió nuevamente sobre la prisión provisional al introducir en la LECrim. los arts. 504 bis y 520 bis, relativos a personas imputadas por delitos de terrorismo o pertenencia o colaboración con bandas armadas [17].

Recientemente se ha producido una nueva reforma sobre esta importante medida cautelar, destacando sobremanera el hecho de que el legislador haya aprovechado la promulgación de la Ley del Jurado para volver a incidir en la prisión provisional. Así, en virtud de la L.O. 5/1995, de 22 de mayo (reformada a su vez con posterioridad por la L.O. 8/1995, de 16 de noviembre).

La Disposición Final Segunda, núms. 5, 6 y 7 de la L.O. 5/1995, del Tribunal del Jurado, modifica la regulación de la Ley procesal penal española en materia de prisión preventiva por cuanto introduce un nuevo precepto —el **art. 504 bis.2**—, deja sin contenido el **art. 516**, y le confiere una nueva redacción al **art. 539**. No obstante, conviene destacar,

16. Los **presupuestos** para poder dictar un auto de prisión provisional se establecen en los arts. 503 y 504.I de la LECrim. El **art. 503** de nuestra Ley procesal penal señala que para que el Juez pueda acordar tal medida deberan concurrir las siguientes circunstancias:

1. Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2. Que lleve aparejada pena superior a la de prisión menor, o bien que, aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos.

3. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

Por su parte, el **art. 504 LECrim**. dispone en su párrafo I que también procederá la prisión provisional cuando concurriendo la primera y la tercera circunstancia del artículo anterior el inculpado no hubiere comparecido al primer llamamiento del Juez o Tribunal.

17. No obstante, el art. 504 bis fue declarado inconstitucional por la Sentencia 71/1994, de 3 de marzo, del Tribunal Constitucional.

tal como recuerda la Circular 2/1995 de la F.G.E. [18] que las modificaciones en el régimen de la prisión preventiva no guardan relación con la introducción del Jurado sino que se implantan para todos los procesos penales [19].

IV. La «AUDIENCIA» del nuevo art. 504 bis 2 de la LECrim

Contemplada desde la óptica de las medidas cautelares de privación o restricción de la libertad, manifiesta la Exposición de Motivos de la L.O. 5/1995 que la introducción en la LECrim. del novedoso art. 504 bis 2 supone la incorporación de una «audiencia» a las partes acusadoras y al imputado asistido de su Letrado para adoptar la decisión jurisdiccional sobre la situación personal del detenido. En este sentido, la redacción del mencionado precepto (tras la reforma por la L.O. 8/1995) queda como sigue:

> **art. 504 bis 2 LECrim.:** Desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que se decrete su libertad provisional sin fianza, convocará a audiencia, dentro de las setenta y dos horas siguientes, al Ministerio Fiscal, demás partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de Letrado por él elegido o designado de oficio. El Ministerio Fiscal y el imputado asistido de su Letrado, tendrán obligación de comparecer.
>
> En dicha audiencia podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes, sin rebasar en ningún caso las setenta y dos horas antes indicadas.
>
> Si en tal audiencia alguna parte lo interesase, oídas las alegaciones de todas las que concurrieren, el Juez resolverá sobre la procedencia o no de la prisión o libertad provisionales. Si ninguna de las partes lo instase, el Juez necesariamente acordará la cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del imputado.
>
> Si por cualquier razón la comparecencia no pudiere celebrarse, el Juez acordará la prisión o libertad provisional, si concurrieren los presupuestos y estimase riesgo de fuga; pero deberá convocarla nuevamente dentro de las siguietes setenta y dos horas, adoptando las medidas disciplinarias a

18. Circular 2/1995 de la Fiscalía General del Estado, sobre el nuevo régimen procesal de la prisión preventiva.

19. Para la mencionada Circular 2/1995 de la F.G.E. parece encontrarse justificada la nueva reforma de esta medida cautelar mediante la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado cuando afirma que «el legislador ha estimado conveniente no esperar a la reforma procesal global que anuncia la Disposición Final cuarta de la Ley y adelantar ya ese aspecto relativo a una materia como la prisión provisional que por afectar al derecho fundamental a la libertad reviste tanta trascendencia».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que hubiere lugar en relación con la causa de no celebración de la comparecencia.

Contra las resoluciones que se dicten sobre la procedencia o no de la libertad provisional cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

VI. 1. *Principios inspiradores*

La idea principal sobre la cual gira la reforma es que tanto la prisión provisional como la libertad bajo fianza del detenido han de ser acordadas por el Juez de Instrucción a solicitud de parte acusadora. De este modo, los principios insipiradores de la reforma son, por un lado, el **principio acusatorio** y, por otro lado, el **principio de contradicción**[20].

En este sentido la manifestación del principio acusatorio supone que la adopción del auto de prisión provisional por parte del Juez o Tribunal no se deja ya a su propia iniciativa, sino que es preciso que dicha medida sea instada por alguno de los acusadores personados. De lo contrario, el precepto es tajante al afirmar que la ausencia de tal petición por parte de las acusaciones obliga al Juez a acordar la «cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del imputado» (párrafo III). Esta situación ha llevado a algún autor a manifestar muy gráficamente que la operación de abrir o cerrar la puerta de la prisión provisional le sigue realizando el Juez, aunque para que en la actualidad éste pueda *abrir la puerta de la cárcel, la llave* se la tiene que facilitar el Fiscal o alguna de las acusaciones personadas[21].

Junto a esta solicitud por parte de las acusaciones, la prisión preventiva debe solicitarse en una «audiencia» regulada *ex novo*, de forma tal que la propia Exposición de Motivos de la L.O. 5/1995 señala que «la limitación de la iniciativa judicial se equilibra con la instauración de los beneficios del contradictorio». El principio de contradicción se sintetiza en la convocatoria a las partes para la celebración de una audiencia en la que debe decidirse sobre la prisión preventiva o la libertad provisional bajo fianza del detenido. Consecuentemente, la comparecencia no es preceptiva cuando el Juez o Tribunal ha cuya disposición ha sido puesto el detenido acuerde su libertad provisional sin fianza[22]. Parece

20. Veáse la Exposición de Motivos de la L.O. 5/1995 y la Circular 2/1995 de la Fiscalía General del Estado.

21. Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., ob. cit., pág. 474.

22. Circular 2/1995 de la F.G.E.

desprenderse de la L.O. 5/1995 que al legislador le ha parecido favorable, en aras a potenciar el principio de contradicción, este sistema de las *comparecencias* dado que la introducción de esta audiencia contradictoria en el proceso penal español recuerda a la «audiencia preliminar» de los arts. 30 a 35 de la Ley del Jurado donde tiene lugar la fase intermedia del nuevo procedimiento penal ante dicho Tribunal.

IV. 2. *Plazo para la celebración de la audiencia*

Dispone el art. 504 bis 2 en su primer párrafo que la comparecencia deberá celebrarse en el plazo de 72 horas, a contar desde la puesta a disposición judicial del detenido. No obstante, a la luz del art. 17.2 de la C.E. que fija la duración máxima de la detención preventiva en 72 horas —al transcurso de las cuales el detenido debe ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial—, parecería más plausible proceder a la celebración de dicha audiencia precisamente en las primeras 72 horas a contar desde el momento mismo de la detención. La Circular 2/1995 señala al respecto que no conviene apurar el plazo sino que precisamente en ese período habrá de legalizarse la situación (art. 497 LECrim.) «lo que significa que la audiencia habrá de estar concluida antes de que transcurra ese plazo».

IV. 3. *Partes necesarias*

Aunque según establece el precepto analizado el órgano jurisdiccional deberá conovocar a la comparecencia al Fiscal, demás partes personadas y al imputado asistido de su Letrado, sólo se contempla la obligación de comparecer para el Ministerio Público y el sujeto pasivo del proceso acompañado por su Abogado. Como acertadamente recuerda la Circular 2/1995 de la F.G.E. «en el supuesto que ahora se examina no es imaginable la ausencia del imputado pues estará **detenido**».

La incomparecencia de alguna de las partes necesarias provocará la suspensión de la audiencia. Ahora bien, la citada Circular de la F.G.E. dispone que a pesar de que han de ser citadas también las demás partes personadas, la incomparecencia de éstas no determinará la suspensión de la audiencia. No parece justificado que cuando la situación de prisión provisional haya sido solicitada por la acusación particular —en su que-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rella o al personarse en las actuaciones—, la audiencia se celebre sin su asistencia y que se desestime su pretensión en caso de no comparecer[23].

IV. 4. *Práctica de prueba en la audiencia*

En la audiencia podrán las partes proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes sin que en ningún caso pueda rebasarse el plazo de las 72 horas. Pero téngase en cuenta que no se trata aquí de una verdadera actividad probatoria puesto que ésta, exceptuando los supuestos de prueba anticipada[24], sólo tiene lugar en el juicio oral según establece una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional[25]. En definitiva, se trata de la proposición y práctica de determinadas diligencias probatorias (entendido el término en sentido amplio) que únicamente tienen por finalidad poder adoptar una decisión sobre la situación personal del imputado, de ahí que la Circular 2/1995 advierte que el Ministerio Fiscal se opondrá a todo intento de convertir esa posibilidad de practicar prueba en una instrucción completa y acelerada.

IV. 5. *No celebración de la audiencia y «riesgo de fuga»*

El párrafo IV del art. 504 bis 2 contempla la posibilidad de que si no pudiera celebrarse la comparecencia por cualquier motivo, el Juez deberá acordar la prisión o libertad provisional si concurriesen los presupuestos y estimase riesgo de fuga. Nuevamente puede apreciarse como el peligro de sustracción del imputado a la acción de la Justicia se convierte en uno de los fundamentos de la prisión preventiva tal como establece la STC 128/1995 [F.J. 3]. Ya SENTÍS MELENDO recordaba que, cuando se puede confiar en que el imputado estará en todo momento a disposición de la Justicia no haría falta acordar tal medida. Lo que sucede es que ante la imputación de determinados delitos graves las legislaciones imponen la prisión porque entienden que el imputado ha de sentirse impulsado a eludir la acción de la Justicia[26].

Asimismo, dispone el mencionado precepto que si dicha comparecencia no pudiera celebrarse en el plazo de 72 horas a contar desde la puesta a disposición judicial del detenido, deberá convocarse una nueva audiencia dentro del plazo de las 72 horas siguientes.

23. En este sentido SERRANO BUTRAGUEÑO, I., ob. cit., pág. 472.

24. ASENCIO MELLADO, J. M., «Prueba prohibida y prueba preconstituida», Ed. Trivium, Madrid, 1989, págs. 159 y ss.; DÍAZ CABIALE, J. A., *Prueba documental y documentación de actividades en el procedimiento abreviado*, en «El juicio oral en el proceso penal. (Con especial referencia al procedimiento abreviado9», con A.A.V.V., Ed. Comares, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Granada, 1995, págs. 321 y 324.

25. Vid. entre otras las SSTC 59/1991, de 14 de marzo, [F.J.A]; 80/1991, de 15 de abril, [F.J. 1 y 2]; 118/1991, de 23 de mayo [F.J. 2]; 140/1991, de 20 de junio, [F.J.2]; y 10/1992, de 16 de enero, [F.J.3].

26. Vid. SENTÍS MELENDO, S., «In dubio pro reo», en R.D.Proc.Iberoam., 1971, núms. 2-3, pág. 509.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EL JUEZ DE PAZ EN ESPAÑA *

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

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Ámbito territorial en que radican los Juzgados de Paz. — III. Competencias de los Juzgados de Paz. — IV. Requisitos e incompatibilidades para el cargo de Juez de Paz. — V. Elección y nombramiento de los Jueces de Paz. — VI. Derechos y deberes del cargo. — VII. Cesación del cargo. — VIII. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

En la base de la estructura judicial del Estado español se encuentran los Juzgados de Paz. Respecto de ellos la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (L.O.P.J.) ha establecido una peculiar configuración que, como tendremos ocasión de analizar, ha merecido una ardua crítica, especialmente por lo que hace referencia a los requisitos que debe reunir la persona titular de dicho órgano jurisdiccional, a su modo de elección y a las competencias que tiene atribuidas. Su regulación ha sido desarro-

* Ponencia presentada en el Congreso «Il giudice di pace italiano nella realtá europea» que, dirigido por el Prof. Francesco Paolo Luiso, se celebró en la Universidad de Pisa, los días 31 de mayo y 1 de junio de 1996.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

llada en el reciente Reglamento de los Jueces de Paz (R.J.P.) de 7 de junio de 1995[1].

En el estudio de este peculiar órgano jurisdiccional vamos a tener ocasión de analizar si su titular reúne las condiciones constitucionales exigibles a todos los Jueces y Magistrados establecidos en el art. 117.1 C.E., según el cual:

> «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

II. Ámbito territorial en que radican los Juzgados de Paz

Los Juzgados de Paz se encuentran en aquellos municipios donde no existen Juzgados de Primera Instancia e Instrucción (arts. 99 L.O.P.J. y 2 R.J.P). En consecuencia, únicamente se encuentran en núcleos de baja densidad demográfica, esto es, en aquellas poblaciones donde no existen los mencionados Tribunales unipersonales[2].

A pesar de que estos Juzgados tienen un reducido ámbito de competencias, como seguidamente expondremos, ello no evita el trato desigual que se dispensa a los justiciables de pequeños municipios si tenemos en cuenta el carácter lego del Juez de Paz frente al técnico de los de Primera Instancia e Instrucción. Como ha destacado el Tribunal Constitucional, el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el art. 14 C.E., constituye un límite al propio legislador que no puede establecer desigualdades cuando la diferencia de trato carezca de una justificación objetiva y razonada[3], calificativos ambos que dificilmente pueden predicarse de la organización judicial instaurada respecto al Juez de Paz en la L.O.P.J.[4].

1. Publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 166, de 13 de julio de 1995.
2. En 1993 existían en España 7.654 Juzgados de paz (cfr. *Estadísticas Judiciales de España*, «Instituto Nacional de Estadística», Madrid, 1995, pág. 16).
3. Así, por ejemplo, vid. las SSTC 59/1982, de 28 de julio; 148/1990, de 1 de octubre; y 114/1992, de 14 de septiembre, entre otras.
4. Por ello, Damián Moreno (*Los Jueces de Paz*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1987, págs. 238-239) cuestiona la constitucionalidad del art. 99 L.O.P.J. acudiendo a la discriminación que se produce al haberse establecido una primera instancia judicial «bicéfala», esto es, atribuida a dos órganos jurisdiccionales radical y esencialmente diferentes, unos servidos por *jueces legos* y otros servidos por *jueces técnicos*. La desigualdad de trato se produce en favor de aquellos justiciables que tienen la «fortuna» de estar residiendo en grandes poblaciones en detrimento de aquellos

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Este problema se hubiera resuelto preveyendo la existencia de los Jueces de Paz en todas las poblaciones, asignándoles el conocimiento de los conflictos de escasa entidad.

III. Competencia de los Juzgados de Paz

Los Juzgados de Paz tienen competencias en materias civil y penal. En concreto, en el orden civil conocen:

a) De los actos de conciliación con independencia de la cuantía[5]; y su posterior ejecución siempre que lo conciliado no supere las 8.000 pesetas[6]. Este parece ser el cometido principal de estos Juzgados, al menos si atendemos al nombre que reciben («de Paz»), por lo que la función pacificadora, armonizadora o conciliadora, atribuida a una persona respetada por el colectivo social en el que se encuentra dicho Juez, se perfila como básica de este tipo de órgano jurisdiccional. Además, si analizamos datos estadísticos comprobamos como esta función se realiza de manera muy eficaz: en el año 1992 se celebraron 10.228 actos de conciliación, de los cuales 5.999 tuvieron efecto, esto es, el 58%[7].

b) De las demandas judiciales de cuantía inferior a 8.000 pesetas, que se tramitan a través del juicio verbal[8]. Esta exigua cantidad conduce inexorablemente a que la litigiosidad sea en la práctica muy reducida, pues la reclamación judicial no resulta rentable[9]: así, en 1992, tan sólo se incoaron 1.893 juicios verbales[10].

c) En materia de Registro Civil, por delegación de los Juzgados de Primera Instancia, verdaderos encargados del Registro (art. 86 L.O.P.J.),

que hayan tenido la «desgracia» de vivir en un municipio donde únicamente radique un Juez de Paz, lo cual no tiene una justificación ni objetiva ni razonable. De igual modo, vid. Movilla Álvarez, C. (con Andrés Ibáñez, P.): *El Poder Judicial*, Edit. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 233-234; y de Lamo Rubio, J.: *Los Juzgados de Paz: Problemática actual*, «La Ley», I/1990, pág. 1135.
5. Art. 463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.).
6. Art. 476 L.E.C.
7. Cfr. *Estadísticas Judiciales de España*, ob. cit., pág. 101.
8. Art. 715 L.E.C.
9. Al respecto vid. Ramos Méndez, F.: *El umbral económico de la litigiosidad*, «Justicia», I/1996, págs. 16-17.
10. Cfr. *Estadísticas Judiciales de España*, ob. cit., pág. 101.

tienen competencia para practicar asientos registrales[11], instruir y resolver determinados expedientes y expedir ciertas certificaciones[12].

Sin embargo, la función primordial a la que se dedican en la práctica los Jueces de Paz es, sin ninguna duda, la de auxiliar a los Juzgados y Tribunales que recurren a ellos solicitando la «cooperación jurisdiccional» prevista en los arts. 273 y ss. L.O.P.J.: según estadísticas de 1992, en dicho año los Juzgados de Paz despacharon 1.059.273 de exhortos y «cartas-órdenes»[13]. Ello comporta una carga de trabajo desproporcionada en muchas ocasiones con la infraestructura mínima y limitados medios que caracterizan a estos sencillos órganos judiciales[14].

En el orden penal conocen en primera instancia de la sustanciación y ejecución de algunos procesos por faltas que se hayan cometido dentro de su término municipal[15-16]. La doctrina ha puesto suficientemente de relieve la precaria base jurídica e inadecuación de medios para sustanciar, celebrar y ejecutar los juicios sobre faltas[17], que se agrava por el pleno desconocimiento que de la realidad normativa tienen los Jueces de Paz. En la actualidad, la única respuesta válida a este problema sólo puede pasar por la exigencia de una plena formación jurídica de dichos Jueces o por la supresión de esta competencia penal. Afortunadamente, en la práctica cotidiana se efectúan pocos juicios de faltas: así, en el año 1992, tan sólo se dictaron 1.467 sentencias[18].

11. Así, por ejemplo, los Jueces de Paz puede practicar las inscripciones de nacimientos de hijos matrimoniales; de defunción; de matrimonio civil que por delegación se celebren ante él; de matrimonio canónico mediante la presentación de la certificación canónica correspondiente; etc. (cfr. art. 46.1 y 2 del Reglamento del Registro Civil).

12. Respecto de las competencias registrales de los Jueces de Paz, vid. RODRÍGUEZ CASTRO, J.: *Los Jueces de Paz: sus funciones en el Registro Civil*, «Actualidad Civil», II/1989, págs. 1753 y ss.; y MURO BAQUERO, F.: *El Registro Civil en los Juzgados de Paz*, «Revista General del Derecho», n.º 609, junio, 1995, págs. 6405 y ss..

13. Cfr. *Estadísticas Judiciales de España*, ob. cit., pág. 101.

14. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, J.: *Problemática de los Juzgados de Paz*, «Poder Judicial», n.º. 33, 1994, pág. 183.

15. Así, por ejemplo, la gran mayoría de las faltas contra el orden público y contra los intereses generales y régimen de las poblaciones; las faltas de lesiones que no exijan asistencia médica; y ciertas faltas contra la propiedad (art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [L.E.Crim.]).

16. En el resto de faltas y en los delitos, el Juez de Paz se limita a formar un atestado que posteriormente debe entregar al Juez de Instrucción (art. 4 de la Ley de 8 de abril de 1967).

17. Vid. por todos RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, J.: ob. cit., págs. 184-185.

18. Cfr. *Estadísticas Judiciales de España*, ob. cit., pág. 21. Se trata de un número reducido de sentencias si atendemos al dato, anteriormente apuntado, de que existen en España cerca de 8.000 Juzgados de Paz (vid. nota 3).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

De igual modo, este órgano jurisdiccional interviene en actuaciones penales de prevención[19] o por delegación[20] (art. 100.2 L.O.P.J.).

También en materia penal, la función auxiliadora o de cooperación jurisdiccional con el resto de Juzgados y Tribunales penales se configura como básica en el quehacer diario de los Jueces de Paz.

Finalmente, tanto en materia civil como en la penal, los Jueces de Paz pueden tener todas aquellas competencias que la ley les atribuya (art. 100 L.O.P.J.). Esta norma en blanco ha sido sumamente criticada por la doctrina pues, al margen de su vaguedad e imprecisión, no podemos olvidar que el aumento de competencias tendría lugar respecto de un tipo de juez cuya independencia, como tendremos ocasión de analizar, puede seriamente ponerse en duda[21].

IV. REQUISITOS E INCOMPATIBILIDADES PARA EL CARGO DE JUEZ DE PAZ

Pueden ser nombrados Jueces de Paz quienes, aún no siendo licenciados en Derecho, reúnan los requisitos establecidos en la L.O.P.J. para el ingreso en la Carrera Judicial, y no estén incursos en ninguna de las causas de incapacidad o de incompatibilidad previstas para el desempeño de las funciones judiciales, a excepción del ejercicio de actividades profesionales o mercantiles (arts. 102 L.O.P.J. y 13 R.J.P.).

En consecuencia, los Jueces de Paz deben reunir los siguientes tres requisitos: a) ser español; b) mayor de edad[22]; y c) no estar incurso en

19. Así, por ejemplo, pueden ordenar las actuaciones judiciales urgentes hasta tanto no intervenga el correspondiente Juez de Instrucción (art. 307 L.E.Crim.).

20. Así, por delegación del Juez de Instrucción, suele ser frecuente que los Juzgados de Paz atiendan no sólo notificaciones, citaciones o emplazamientos, sino además declaraciones, inspecciones oculares, tasaciones, informes periciales, etc. Para un análisis crítico de esta realidad, vid. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, J.: ob. cit., págs. 186 a 188.

21. Cfr. DAMIÁN MORENO, J.: ob. cit., pág. 216; COBOS GAVALA, R.: *El Juez de Paz en la Ordenación Jurisdiccional Española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 211; y DE LA OLIVA, A.: *La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial: Análisis jurídico general y constitucional*, Revista de Derecho Procesal, I/1987, pág. 28.

22. Al Juez de Paz no le es de aplicación la previsión normativa que establece la jubilación de los Jueces de Carrera a los 70 años (art. 386 L.O.P.J.). Así, los acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (C.G.P.J.), máximo órgano de gobierno de jueces y magistrados, de 14 de junio de 1989 y 25 de julio de 1989 sientan que no existe límite alguno de edad para ser Juez de Paz, salvo el que suponga impedimento físico o psíquico, como causa de incapacidad.

alguna de las causas de incapacidad que establece la Ley (art. 1.2 R.J.P.)[23].

La no exigencia de ser licenciado en Derecho constituye una de las peculiaridades más destacables del Juez de Paz español. Ello rompe con la tradición del ordenamiento jurídico español que siempre, al regular la Justicia Municipal, ha optado por la preferencia de letrados para dichos cargos[24]. En nuestra opinión, esta opción legislativa debe ser duramente criticada, sobre todo por la dificultad que para todo *juez lego* supone aplicar la ley y fallar según derecho cuando, en principio, desconoce su contenido y alcance. Ello es especialmente criticable por cuanto desde 1992 ha desaparecido la posibilidad de recurrir en apelación las sentencias dictadas por los Jueces de Paz en los juicios civiles verbales[25], lo que impide su revisión por un órgano jurisdiccional técnico superior (art. 732.I L.E.C.)[26].

Otra característica singular del Juez de Paz es la posibilidad de compatibilizar su cargo con cualquier actividad mercantil o empresarial, a cuenta propia o ajena, siempre que no implique asesoramiento jurídico de ningún tipo y que por su naturaleza no sea susceptible de impedir o menoscabar su imparcialidad o independencia ni pueda interferir en el estricto cumplimiento de sus deberes judiciales (art. 14 R.J.P.). En consecuencia, los abogados y los procuradores no pueden ser Jueces de Paz; así como tampoco pueden éstos tener otro cargo judicial o cargo de elección popular o designación política de un órgano público, ni efectuar actividades retribuidas por la Administración Pública[27].

23. Están incapacitados para el ingreso en la Carrera Judicial los impedidos física o psíquicamente para la función judicial; los condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación; los procesados o inculpados por delito doloso en tanto no sean absueltos o se dicte auto de sobreseimiento; y los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 303 L.O.P.J.).

24. Al respecto, vid. el estudio histórico de COBOS GAVALA, R.: ob. cit., pág. 227 (nota 94).

25. El nuevo art. 732 L.E.C. establece que las sentencias dictadas en los juicios verbales «no serán susceptibles de recurso de apelación cuando hayan resuelto sobre acciones personales basadas en derechos de crédito».

26. Tan sólo procederá, cuando haya existido una infracción de algún derecho fundamental, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

27. La compatibilización de la docencia por parte de los jueces y magistrados de la Carrera Judicial (vid. PICÓ I JUNOY, J.: *Límites a la actividad docente de Jueces y Magistrados*, «Poder Judicial», n.º. 38, 1995, págs. 241 y ss.) aconseja que puedan compatibilizar el cargo de Juez de Paz los profesores dedicados a la enseñanza primaria o secundaria en centros públicos. En este sentido, los acuerdos del Pleno del C.G.P.J. de 25 de julio de 1989 y 4 de diciembre de 1991, destacan que dada la singularidad de la profesión docente, puede entenderse que no constituye causa de incompatibilidad el ejercicio de la docencia en sus distintos niveles. Por su parte, el Acuerdo del Pleno del C.G.P.J. de 22 de septiembre de 1993, mantiene que el ejercicio de una profesión docente al servicio de cualquiera de las Administraciones públicas u organismos de ellas dependientes no es causa de incompatibilidad con el desempeño del cargo de juez de Paz.

En este orden de ideas, el nuevo art. 14. R.J.P. establece: «En todo caso tendrán compatibilidad para el ejercicio de las siguientes actividades: a) La dedicación a la docencia o a la investigación jurídica». No obstante, el Juez de Paz deberá pedir la necesaria autorización de compatibilidad de cargos al C.G.P.J. en la forma prevista en el art. 16 R.J.P.

28. Así se han pronunciado los Acuerdos del Pleno del C.G.P.J. de 4 de diciembre de 1991 y 22 de septiembre de 1993, según los cuales la prohibición de militar en partidos políticos se extiende también a los Jueces de Paz. Sin embargo, con anterioridad, el acuerdo del Pleno del C.G.P.J. de 25 de julio de 1989, mantuvo que no parece aplicable a los Jueces de Paz la prohibición de afiliación política o sindical, toda vez que el art. 127.1 de la C.E., donde se recoge dicha prohibición, refería aquélla a los Jueces y Magistrados «mientras se hallen en activo», expresión ésta alusiva a los jueces de carrera, sin que en materia de construcción de derechos fundamentales pudiese sustentarse una interpretación extensiva o amplia que llevese la interdicción a personas no contempladas en la Norma Fundamental.

29. Excepcionalmente, para cuando el Ayuntamiento no efectúe propuesta alguna o cuando la persona propuesta no reúna la condiciones legales, la designación la realiza directamente la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (arts. 101.4 L.O.P.J. y 9 R.J.P.).

Respecto de la intervención de control y designación directa por parte de la citada Sala de gobierno de la persona que deberá ejercer el cargo de Juez de Paz, vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1993 (Ar. 6540).

Finalmente, debemos destacar que el cargo de Juez de Paz, al igual que sucede con los Jueces y Magistrados de la Carrera Judicial, es incompatible con la afiliación política y sindical, pues este prohibición constituye una garantía de la independencia judicial, que afecta tanto a los Jueces profesionales como a los que no lo son[28]. De manera concluyente, el nuevo art. 24 R.J.P. establece: «No podrán los Jueces de Paz pertenecer a partidos políticos o sindicatos, o tener empleo al servicio de los mismos, y les estarán prohibidas las actividades comprendidas en el art. 395 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

V. ELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES DE PAZ

Los Jueces de Paz son elegidos por el Pleno del Ayuntamiento, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, entre las personas que, reuniendo las condiciones legales, así lo soliciten; y si no hay solicitante, el Pleno elige libremente. A continuación, los elegidos deben ser nombrados por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente (arts. 101 L.O.P.J. y 4 R.J.P.)[29]. Una vez nombrados, para adquirir la condición de Juez de Paz

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

aún se requiere tomar posesión de su respectivo cargo, previo juramento o promesa ante el Juez de Primera Instancia e Instrucción del Partido Judicial donde se encuentre el Juzgado de Paz, o ante el Decano si existen varios (arts. 101.5 L.O.P.J. y 20.1 R.J.P.)[30].

Los Jueces de Paz son nombrados por un período de cuatro años (arts. 101.1 L.O.P.J. y 4 R.J.P.), siendo posible su reelección pues la ley no impide lo contrario (*ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*)[31].

El sistema de elección de estos Jueces a través de los representantes de la sociedad ha merecido opiniones encontradas en la doctrina. Así, si bien algunos autores se muestran partidarios de esta vía de participación democrática de los ciudadanos[32], otros lo consideran disconforme con la Constitución, que no prevé el origen municipal de ningún titular del Poder Jurisdiccional[33]. A nuestro entender, esta opción legislativa es válida en la medida en que la propia Constitución (art. 122.1) se remite a una Ley Orgánica posterior para determinar, de entre otras materias, la constitución de los Juzgados y Tribunales, y es precisamente la L.O.P.J. la que, atendiendo al mandato constitucional, regula esta cuestión en la forma indicada, motivo por lo el cual resulta difícil mantener que esta ley sea, en este punto, inconstitucional[34].

Se discute en la doctrina si este forma de elección puede comprometer la debida independencia judicial *ex.* art. 117.1 C.E.[35]. Reconociendo con LOEWENSTEIN que en ocasiones el detentador de un cargo permanece psicológicamente obligado a la persona responsable de su nombramiento y que el favorecido por consideraciones políticas está expuesto a la tentación humana de pagar su deuda desempeñando su cargo de forma condescendiente[36], en nuestra opinión, este sistema de elección no puede, apriorísticamente, tacharse de contrario a la independencia judicial; mantener lo contrario —como apunta parte de la doctrina— sin base empírica alguna supondría efectuar tan sólo un juicio subjetivo falto de todo rigor científico y no basado en la experiencia histórica[37]. En cualquier caso, y al objeto de proteger los intereses del justiciable, cuando éste entienda que, en un caso concreto, el buen hacer judicial se encuentra comprometido por haber una relación subjetiva u objetiva del Juez con la parte contraria o con lo discutido en el proceso, respectivamente, siempre tiene el mecanismo de la recusación para apartar al Juez de Paz del conocimiento de la causa (arts. 217 a 228 L.O.P.J.).

30. Si la persona nombrada para ejercer como Juez de Paz se niega a prestar juramento o promesa, o deja de tomar posesión sin justa causa, se entenderá que renuncia al cargo (art. 21.1 R.J.P.). No obstante, se dispensa del deber de prestar juramento o promesa quienes ya lo hayan prestado con anterioridad como Jueces de Paz (art. 21.2 R.J.P.).

31. El nuevo art. 21.2 R.J.P. establece, de forma indirecta, la posibilidad de prorrogar el cargo cuando afirma la no necesidad de prestar juramento o promesa a quienes *ya lo hubieran prestado con anterioridad como Jueces de Paz.*

32. En este sentido, vid. MORENO CATENA, V.: *Las innovaciones en la organización de los Tribunales españoles en el Proyecto de L.O.P.J.*, «Documentación Jurídica», n.º 42/44, 1984, págs. 27 y ss.; MOVILLA ÁLVAREZ, C. (con ANDRÉS IBÁÑEZ): ob. cit., pág. 321; y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, J.: ob. cit., págs. 178 y 193.

33. Vid. PRIETO CASTRO, L.: *Derecho de Tribunales*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 254; y DE LA OLIVA SANTOS, A.: *La nueva ...*, ob. cit., pág. 27.

34. En similares términos, vid. ALZAGA, O.: *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, pág. 713; MORENO CATENA, V.: ob. cit., pág. 27; CARMONA RUANO, M.: *Seleccción y formación del Juez profesional*, «Documentación Jurídica», 42/44, 1984, pág. 99; DAMIÁN MORENO, J.: ob. cit., pág. 233; y COBOS GAVALA, R.: ob. cit., págs. 220-221.

35. En contra se pronuncian MORENO CATENA, V.: ob. cit., pág. 28; MOVILLA ÁLVAREZ, C. (con ANDRÉS IBÁÑEZ, P.): ob. cit., pág. 321; y COBOS GAVALA, R.: ob. cit., pág. 248. Sin embargo, para DAMIÁN MORENO (ob. cit., pág. 234) el sistema electivo es, sobre todo en los pueblos pequeños, poco adecuado para garantizar la independencia del Juez de Paz.

36. LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, Edit. Ariel, Barcelona, 1979, pág. 297.

37. Así, MOVILLA ÁLVAREZ, C. (con ANDRÉS IBÁÑEZ, P.): ob. cit., págs. 317 a 319; y COBOS GAVALA, R.: ob. cit., pág. 248.

VI. DERECHOS Y DEBERES DEL CARGO

Todo cargo lleva aparejado una serie de derechos y deberes.

De entre los derechos, debemos destacar que los Jueces de Paz son retribuidos «simbólicamente», son inamovibles en el tiempo dentro del cual ejercen su función, pueden asociarse y tienen el tratamiento que se reconoce a los Jueces de Primera Instancia e Instrucción (art. 103.1 L.O.P.J.).

Respecto de la retribución, el art. 49 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, de 22 de diciembre de 1988 (L.D.P.J.), establece que los Jueces de Paz percibirán una retribución con arreglo a los módulos que se fijen en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función del número de habitantes de la localidad donde desempeñan su cargo. En la práctica esta cantidad es muy reducida, por lo que suele afirmarse que el cargo de Juez de Paz es honorífico. Consciente de ello, se permite la compatibilización de esta retribución con las percepciones económicas

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

obtenidas por el Juez de Paz en el ejercicio de actividades profesionales o mercantiles[38].

Los Jueces de Paz, al igual que todos los Jueces y Magistrados de Carrera, gozan del derecho a la inamovilidad. De manera concluyente el nuevo art. 19 R.J.P. establece: «Los Jueces de Paz durante el tiempo de su mandato gozarán de inamovibilidad». De igual modo, el art. 378 L.O.P.J. indica: «Los [Jueces y Magistrados] que hayan sido nombrados por plazo determinado gozarán de inamovilidad sólo por ese tiempo». En consecuencia, el cambio de composición de los miembros del Ayuntamiento no puede comportar la sustitución del Juez de Paz.

Por otro lado los Jueces de Paz, de acuerdo con lo establecido en el art. 22 C.E., tienen derecho a la libre asociación, si bien no pueden formar parte de Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados debido a la falta del carácter profesional de éstos[39].

Finalmente, otro derecho inherente al cargo hace referencia a los honores que debe recibir el Juez de Paz, a saber, el propio de «Señoría» (art. 324 L.O.P.J.). Además, tal y como permite el C.G.P.J., pueden utilizar los distintivos propios del cargo judicial pues el dato que debe tomarse en consideración para ello no es el de la condición de persona versada en Leyes sino la dignidad de la función que desempeñan[40-41].

38. En concreto, en el año 1993, los Jueces de Paz venían obteniendo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32 del Real Decreto 122/1989, de 3 de febrero, y posteriores aumentos fijados en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, las siguientes cantidades: menos de 2.000 habitantes: 122.412 pesetas/año (10.201 pesetas/mes); de 2.000 a 5.000 habitantes: 183.616 pesetas/año (15.301 pesetas/mes); de 5.001 a 7.000 habitantes: 244.822 pesetas/año (20.401 pesetas/mes); y más de 7.000 habitantes: 367.231 pesetas/año (30.602 pesetas/mes) [cfr. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, J.: ob. cit., pág. 190].

39. El derecho de asociación de los Jueces y Magistrados *profesionales*, esto es, pertenecientes a la Carrera Judicial, se reconoce en los arts. 127 C.E. («La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación *profesional* de los Jueces, Magistrados y Fiscales») y 401 L.O.P.J. («De acuerdo con lo establecido en el artículo 127 de la Constitución, se reconoce el derecho de libre asociación *profesional* de Jueces y Magistrados [...]»).

40. Así, por ejemplo, pueden utilizar toga, pues el art. 187.1 L.O.P.J., al referirse a su uso, no distingue entre jueces pertenecientes a la Carrera Judicial y Jueces de Paz (cfr. *Boletín de Información del C.G.P.J.*, n.º 60, julio de 1987, Madrid, pág. 34).

41. Para el cumplimiento de su función se atribuye a los Juzgados de Paz de poblaciones con más de 7.000 habitantes (o en aquellos en los que la carga de trabajo así lo justifique) una Secretaría asistida por un Oficial al servicio de la Administración de Justicia, y prestan su servicio funcionarios de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia. En los demás Juzgados de Paz, es el Ayuntamiento quien nombra una persona idónea para el desempeño de la Secretaría así como prestan su servicio personal dependiente del Ayuntamiento (cfr. arts. 50 y 51 L.D.P.J.). Respecto de las instalaciones y medios instrumentales del Juzgado de Paz, éstos están a cargo del Ayuntamiento respectivo, salvo que se considere conveniente su gestión total o parcial por el Ministerio de Justicia o la Comunidad Autónoma (art. 51.3 L.D.P.J.).

Los principales deberes que debe cumplir el Juez de Paz son tres: el deber de resolver toda cuestión litigiosa planteada; el de guardar secreto de los datos obtenidos en el ejercicio de sus funciones; y el deber de residencia.

Cualquier Juez o Magistrado, y por supuesto un Juez de Paz, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva reconocido a toda persona en el art. 24 C.E., tiene el deber de resolver siempre sobre las pretensiones que se le formulen, no pudiendo desestimarlas por defectos formales salvo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane por el procedimiento legal establecido (art. 11.3 L.O.P.J.). Por otro lado, esta prohibición del *non liquet*, se encuentra tipificada penalmente como un delito de prevaricación según el art. 448 del nuevo Código Penal de 1995[42].

Sin embargo, no es suficiente la resolución del fondo de la cuestión litigiosa, sino que además esta resolución debe efectuarse bajo el escrupuloso respeto al principio de sumisión a la ley (art. 117.1 C.E), atendiéndose para ello al sistema de fuentes establecido, en el que, por otro lado, no se prevé la equidad como forma para resolver los conflictos (art. 1.7 del Código Civil)[43]. El problema radica, como hemos tenido ocasión de apuntar, en el posible carácter lego del Juez de Paz y su deber de enjuiciar de acuerdo al ordenamiento jurídico que él desconoce, hecho que compromete seriamente el sometimiento de todo juez al imperio de la ley recogido en el art. 117. C.E. para todos los jueces del Estado[44]. En nuestra opinión, aquí radica una de las graves insuficiencias de la configuración legal del Juez de Paz, especialmente trascendental por cuanto la sumisión de los jueces al imperio de la ley es la que posibilita

42. Art. 448 del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre: «El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años».

43. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones judiciales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita (art. 3.2 del Código Civil), excepción ésta no prevista para las resoluciones del Juez de Paz.

44. Respecto de la necesidad de poseer un «saber jurídico» como condición para «administrar justicia», vid. UGALDE GONZÁLEZ, J. I.: *Saber Jurídico y Administración de Justicia; Derecho español y comparado. Los jueces de Paz*, en «IV Jornadas sobre la Administración de Justicia en Andalucía», Sevilla, febrero, 1995 (utilizo el ejemplar amablemente facilitado por el autor).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

y fundamenta la independencia de todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales[45-46]. En consecuencia, la independencia de tales Jueces puede ponerse en entredicho por cuanto al poder desconocer la legalidad difícilmente podrán someterse a la misma. Esta objeción se puede fácilmente solventar exigiendo a los Jueces de Paz una formación jurídica, esto es, requiriendo la licenciatura en Derecho.

De igual modo, el Juez de Paz tiene el deber de no revelar los hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones (arts. 396 L.O.P.J. y 24 R.J.P.).

Finalmente, los Jueces de Paz tienen el deber de residir en la población donde tenga su sede el Juzgado de Paz (arts. 370.1 L.O.P.J. y 17.1 R.J.P.). Sin embargo, el cumplimiento de este deber puede dispensarse cuando, a juicio de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, concurran causas justificadas para residir en lugar distinto (arts. 370.2 L.O.P.J. y 17.2 R.J.P.).

El incumplimiento de sus deberes o el quebrantamiento de sus prohibiciones, puede comportar unas responsabilidades de diversa gravedad: penal, civil y disciplinaria.

La responsabilidad penal tiene lugar cuando el Juez de Paz comete delitos o faltas en el ejercicio de las funciones de su cargo, y debe exigirse conforme con lo dispuesto en los arts. 405 a 410 L.O.P.J. (art. 30 R.J.P.).

La responsabilidad civil se deriva de los daños y perjuicios causados por el Juez de Paz cuando en el desempeño de sus funciones incurra en dolo o culpa, de conformidad con lo dispuesto en los art. 411 a 413 L.O.P.J. (art. 31 R.J.P.). La culpa suele asimilarse a un actuar con ignorancia inexcusable, por lo que el supuesto de un Juez de Paz, lego, que actuando en el ejercicio de su función jurisdiccional no puede aplicar el derecho que desconoce, no es evidentemente un caso de ignorancia inexcusable, pues su carácter de profano en materia jurídica, admitido por la

45. BERZOSA FRANCOS, M. V.: *Poder Judicial*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», Edit. Seix, T. XIX, Barcelona, 1989, pág. 876. En este orden de ideas GIMENO SENDRA, V.: *Fundamentos del Derecho Procesal*, Edit. Civitas, Madrid, 1981, pág. 40, destaca como el sometimiento del juez a la Ley e independencia vienen a ser dos caras de una misma garantía de la que depende, en definitiva, el acierto del juicio jurisdiccional.

46. La principal fuente legitimadora de la Jurisdicción —como destaca GIMENO SENDRA— cabe buscarla en su «independencia y sumisión a la ley», por lo que el principio del Juez lego no puede entrar en colisión con él (GIMENO SENDRA, V.: *La participación popular en la Administración de Justicia*, «Poder Judicial», vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 1415).

propia ley, convierte su desconocimiento de las leyes en ignorancia excusable[47].

Por último, se prevé la responsabilidad disciplinaria del Juez de Paz en los casos y con las garantías establecidas en la L.O.P.J. (art. 32 R.J.P.). El ejercicio de una función jurisdiccional garantizado por el derecho a la inamovilidad comporta que el juez no pueda sustraerse a la responsabilidad exigible al resto de los miembros del Poder Judicial. El Juez de Paz, como cualquier otro funcionario público, se encuentra sometido a la responsabilidad disciplinaria recogida en los arts. 414 a 427 L.O.P.J.

VII. CESACIÓN DEL CARGO

Los Jueces de Paz cesan en su cargo por las siguientes causas:

a) Por el transcurso de su mandato, esto es, tras los cuatro años desde su nombramiento. No obstante, una vez transcurrido dicho plazo y hasta tanto se proceda a efectuar nuevo nombramiento, la Sala de Gobierno correspondiente puede prorrogar su mandato hasta la toma de posesión del nuevo Juez de Paz.

b) Por renuncia aceptada por la Sala de Gobierno que los nombró.

c) Por incurrir en causa de incapacidad o incompatibilidad, y por las mismas causas que los Jueces de carrera en cuanto les sean de aplicación (art. 28.1 R.J.P.).

De igual modo, los Jueces de Paz puede cesar en su cargo por pérdida de la nacionalidad española, en caso de sanción disciplinaria o condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso (art. 28.2 R.J.P.)[48].

VIII. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este estudio hemos apuntado los problemas que plantea la figura de Juez de Paz en España. Ello es debido a la deficiente regulación normativa que el legislador le ha dispensado, a lo que hay que añadir las múltiples deficiencias y carencias que de orden personal y ma-

47. Cfr. COBOS GAVALA, R.: ob. cit., págs. 258-259.

48. En todos estos casos, el cese debe ser acordado por el Pleno del C.G.P.J. (art. 28.2 *in fine* R.J.P.).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

terial tienen los Juzgados de Paz, lo que ha conducido a algunos autores a defender la desaparición de este órgano jurisdiccional. Por nuestra parte, en un intento de mejorar su regulación y evitar las críticas aquí analizadas, entendemos necesario realizar ciertas modificaciones legales dirigidas a lograr un doble objetivo: en primer lugar, hacer desaparecer cualquier atisbo de su inconstitucionalidad; y en segundo lugar, aumentar la eficacia del resto de los órganos jurisdiccionales.

Para alcanzar el primer objetivo entendemos oportuno afrontar un modificación en la figura del Juez de Paz, introduciendo un cuarto requisito, consistente en exigirle la licenciatura en Derecho; únicamente así podrá garantizarse el escrupuloso respecto al principio constitucional del sometimiento de los Jueces y Magistrados al imperio de la ley.

Para lograr el segundo objetivo se hace menester efectuar, en líneas generales, dos importantes modificaciones, consistentes en establecer los Juzgados de Paz en todos los municipios y ampliarles sus competencias en materia civil. Con ello se logra que en las poblaciones con mayor población se reduzca el volumen de trabajo de los Juzgados de Primera Instancia ya existentes, pues parte de sus competencias serían asumidas por los Juzgados de Paz de dicha población. De hecho, en la actualidad se está discutiendo la necesidad de crear un nuevo órgano jurisdiccional (los denominados «Jueces de barrio o de distrito») en las poblaciones más habitadas, y al cual se le conferiría el conocimiento de cuestiones de escasa entidad.

Si atendemos al derecho comparado, comprobaremos como la configuración legal que aquí se propone del Juez de Paz es similar a la prevista para el nuevo *Giudice di Pace* italiano, creado mediante la *Legge 21 novembre 1991, n. 374*, y que no ha entrado en vigor por distintos motivos hasta 1995[49]. Así, se trata de un órgano jurisdiccional con competencias en materia civil y penal (art. 1), con sede en las demarcaciones judiciales donde existen órganos jurisdiccionales de primera instancia (arts. 2 y 3), cuyo titular es una persona licenciada en Derecho (art. 5.g), y que ejerce su cargo durante un período de tiempo limitado a cuatro años, prorrogable por otros cuatro más (art. 7).

49. Ya en un anterior trabajo expusimos las dificultades de organización, de selección de los jueces y presupuestarias que, en definitiva, han postergado en más de tres años la entrada en escena del *Giudice di Pace* (cfr. PICÓ I JUNOY, J. y MORA CAPITÁN, B.: *El nuevo proceso civil italiano*, «Documentación Jurídica», monográfico n.º. 75, 1992, pág. 45 [especialmente nota 12]).

REFLEXIONES SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DEL JUEZ TOGADO. INDEPENDENCIA, AUTOGOBIERNO Y PRESENCIA DEL EJECUTIVO EN LA JURISDICCIÓN MILITAR

PEDRO ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN
Profesor Ayudante del Área de Derecho Procesal
Universidad de León

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La necesidad de afrontar una reforma radical de la organización y aun de la misma concepción de la Jurisdicción Militar fue una consecuencia más del nuevo sistema instaurado por la Constitución Española de 1978. Bastaría para ilustrar esta necesidad prestar atención a declaraciones como la del primer apartado del art. 117 de la Norma Fundamental, donde tras afirmar que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, se establecen para éstos los principios de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento al imperio de la Ley. Pero es que además, en la misma Constitución se prestó una especial atención a la Jurisdicción Militar, pues tras proclamar el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, quedó encomendada a la legislación ordinaria la regulación del ejercicio de la jurisdicción militar, limitándose ésta al ámbito estrictamente cas-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

trense y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

Como es sabido, la adecuación de la organización judicial a los principios constitucionales se articuló con la promulgación de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1985, la cual debía constituir el antecedente inmediato previo a la inaplazable reforma de la organización de la Jurisdicción Militar que finalmente afrontó el legislador con la aprobación de la L.O. 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante, L.O.C.O.J.M). Esta norma, nació con el propósito de realizar la difícil función de armonizar las especialidadades de la Jurisdicción Militar con los principios y criterios de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la que pretendió hacer una «efectiva aproximación» [1]. Se materializó especialmente esta deseada asimilación de la L.O. 4/1987 a la Ley Orgánica del Poder Judicial en los once primeros artículos correspondientes al Título Preliminar de la Ley reguladora de la Jurisdicción Militar.

Los problemas, de todos modos, no han tardado en surgir, ya que el paralelismo de principios sobre el estatuto del Juez entre las dos regulaciones orgánicas no ha encontrado su reflejo en las disposiciones relativas al gobierno judicial, solución que según algunas opiniones sería la correcta. Efectivamente, aunque el ejercicio de la potestad jurisdiccional queda excluido de los órganos militares de mando no parece estar tan claro que, a efectos orgánicos, quienes ejercen funciones judiciales en el ámbito de la Jurisdicción Militar estén el margen de la potestad de dichos órganos militares, quedando en entredicho la separación del Poder Judicial y la independencia del Juez Togado Militar.

2. Sobre la fundamentación de la S.T.C. 204/1994, de 11 de julio

No tardó en ser cuestionado el estatuto jurídico del Juez militar, siendo trasladado ante el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo. Dicho Tribunal, mediante la Sentencia 204/94, de 11 de julio, tuvo ocasión de pronunciarse respecto a una serie de resoluciones adoptadas por diversos órganos integrantes de la Jurisdicción Militar, dictadas todas ellas en la tramitación de unos procesos por presunto delito de deserción.

1. Vid. Preámbulo de la L.O. 4/1987, de 15 de julio de 1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

Quizá lo primero que haya que tener en cuenta de esta sentencia es el voto particular que la acompaña [2]. En éste, aduciendo fundamentalmente razones de oportunidad, se critica que la resolución del recurso de amparo precediera al pronunciamiento acerca de unas cuestiones de inconstitucionalidad que habían sido planteadas en el año 1989 contra diversos preceptos de la Ley Procesal Militar, aprobada por L.O. 2/1989, de 13 de abril [3]. Como se afirma en el referido voto particular, en ambos procesos constitucionales (el de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad) de lo que se trata es de examinar si los Juzgados y Tribunales militares poseen el grado de independencia, frente al Ejecutivo, necesario para ser configurados como órganos jurisdiccionales ordinarios a efectos de poder conocer de lesiones de derechos fundamentales o simplemente de un proceso penal en el que siempre está comprometido el derecho a la libertad. De esta manera se creaba el riesgo de que la doctrina de la Sentencia dictada por la Sala Primera pudiera resultar contradictoria con la de la sentencia que dictara el Pleno. Las referidas cuestiones de inconstitucionalidad fueron resueltas —como más adelante veremos— por la S.T.C. 113/1995, de 6 de julio.

Por otro lado, el conocimiento que de la cuestión relativa al estatuto jurídico del Juez Militar Togado se hace en la Sentencia a la que hemos aludido, no deja de ser limitado, ya que por su propia configuración, el recurso de amparo debe ceñirse a unas determinadas actuaciones, sin que —salvo elevación de la cuestión al pleno— sea posible extender su análisis a la constitucionalidad de la ley aplicada, que es el verdadero problema subyacente en el recurso interpuesto.

Efectivamente, lo que se pretende atacar mediante el repetido recurso de amparo es el mismo *status* del Juez Togado Militar, entendiendo que no es el propio de la carrera judicial, afirmando que el Juez Militar no es independiente ni inamovible, y que la organización de la justicia militar es contraria al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías. Pero, como decíamos, el conocimiento del Tribunal en el recurso de amparo no debía ir más allá de buscar indicios de inconstitucionalidad en las resoluciones que se impugnan, y no en la regulación orgánica de la Jurisdicción Militar (cfr., p. e., F.J. 9 y 10). Estamos, por tanto, como declara el mismo Tribunal, ante

2. Voto particular que formulan los Magistrados don Carlos de la Vega Benayas y don Vicente Gimeno Sendra a la Sentencia dictada en los R.A. acumulados núms. 1949/1991 y 548/1992.

3. Se trata de los arts. 453.3 y 518 de la Ley Procesal Militar, relativos al denominado procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la invocación de unas hipotéticas actuaciones desviadas de unas determinadas normas «como supuesto, en suma de uso torticero del Derecho, lo que en modo alguno puede erigirse como reproche capaz de fundamentar la ilegitimidad constitucional de la norma»[4]. Pero fue este asunto precisamente —la legitimidad constitucional de unas normas— el que tuvo que conocer el Tribunal Constitucional mediante la oportuna vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

3. La independencia del juez togado en la S.T.C. 113/1995, de 6 de julio

Esta Sentencia fue dictada con motivo de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 1.650/1989, 2.049/1989, 2.117/1989 y 2.224/1989, planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en relación con los arts. 518 y 453 apartado tercero, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Dichos artículos contenían la regulación del denominado recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. Este recurso, como se deduce de su misma denominación, pretende dar respuesta a la previsión del art. 53.2 de la Constitución, por lo que respecta al procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad para la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, del cual —y aquí hay que poner el acento— deben conocer los Tribunales ordinarios.

La S.T.C. 113/95, de 6 de julio desestimó la cuestión planteada, analizándola desde dos puntos de vista: el competencial y el orgánico. Por lo que respecta al primero de ellos, la resolución se ampara, básicamente, en que el art. 117.5 de la Constitución, junto al principio de la unidad jurisdiccional, prevé la jurisdicción militar, cuyo ejercicio queda circunscrito al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución. Esta declaración constitucional se traslada a la protección de las libertades y derechos fundamentales, por lo que la competencia de los Tribunales militares, según el criterio definido por el art. 117.5, sí comprendería la especial tutela de los derechos fundamentales cuando su presunta vulneración hubiese sido «en el ámbito estrictamente castrense». Más aún: ante este supuesto, los Tribunales ordinarios a los que hace referencia el art. 53.2 de la Constitución no podrían ser otros que los Tribunales pertenecientes a la jurisdicción militar.

El segundo punto de vista sobre el que se sustenta la Sentencia referida, sería el orgánico y haría referencia a la calificación de los Tribunales militares como Tribunales ordinarios. Se remonta la fundamentación en este sentido a la S.T.C. 60/1991 en la que se hace referencia a la nueva configuración de la jurisdicción militar resultante del art. 117.5 de la Constitución, que «impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa». Más adelante encuentra la argumentación un precedente en el que apoyarse en la S.T.C. 204/1994, a la que acabamos de referirnos. No deja de ser llamativo que se insistiera en aquella Sentencia de 1994 en su limitado alcance al tratarse de un recurso de amparo —que no podía entrar a conocer de la ilegitimidad constitucional de una norma— y que posteriormente, la Sentencia 113/95 dictada con motivo de unas cuestiones de inconstitucionalidad, y que por tanto debe centrar su análisis sobre el contenido constitucional de la norma, descubra como mejor fundamentación la contenida en la Sentencia 204/1994. Lo cierto es que la S.T.C. 113/1995 de la que venimos hablando hace propia «la conclusión» de la S.T.C. 204/1994, por la que la L.O. 4/1987 «proclama inequívocamente el carácter independiente e inamovible de los Jueces Togados Militares, como parte que son de la jurisdicción militar».

Frente a esta parca fundamentación en favor de la constitucionalidad del estatuto jurídico del Juez Togado Militar, llama la atención la detallada argumentación en su contra que se contiene en el voto particular formulado por el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra (tres votos particulares acompañaron a esta Sentencia) en el que (esta vez sí) entrando a conocer de la concreta regulación del referido estatuto jurídico, queda más que cuestionada la presencia en el mismo de las garantías constitucionales.

4. También se recoge esta idea en las alegaciones del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado: en la pretensión de amparo se discute la imparcialidad del Juez militar, no del concreto titular del órgano judicial (cfr. Antecedentes de la sentencia, núms. 5 y 6).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4. Independencia e inamovilidad del juez togado militar

No hace falta poner de relieve la íntima relación entre inamovilidad e independencia judicial. En palabras de Moreno Catena[5], la inamovilidad es una garantía más de la independencia judicial, consistente en la imposibilidad de que los jueces y magistrados sean separados, suspendidos, trasladados ni jubilados si no es por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley (art. 117.2 CE). Tomando este punto de partida se comprenderá fácilmente el alcance que tenía la alegación presentada ante el Tribunal Constitucional consistente en negar que el Juez Togado gozara de inamovilidad plena puesto que la Administración militar conserva dispositivos para hacerla ineficaz, y en particular el ascenso que comporta la pérdida de destino.

Contrariamente, la S.T.C. 204/1994 (F.J. 10) insiste en afirmar que no se puede hablar de falta de inamovilidad en estos casos, argumentando que incluso en la jurisdicción ordinaria hay también supuestos de ascenso que comportan igualmente cambio de destino, citando al respecto el art. 311 L.O.P.J. Abundando en la materia, la Sentencia continúa afirmando que «inamovilidad significa, con arreglo a su acepción general, que, nombrado o designado un Juez o Magistrado conforme a su estatuto legal no puede ser removido del cargo sino en virtud de causas razonables tasadas o limitadas y previamente determinadas».

En este punto de la Sentencia se lleva a cabo una equiparación que quizá requeriría ser matizada. El argumento del T.C. se fundamenta en que la exigencia relativa a la inamovilidad, como requisito derivado del art. 24 de la Constitución, no debe necesariamente corresponderse con el régimen de los Jueces y Magistrados de la jurisdicción ordinaria. Es concebible la existencia de otros regímenes que, atendiendo a especialidades como las que pueden concurrir en la Jurisdicción Militar, garanticen igualmente la inamovilidad de los Jueces, y por tanto su independencia y el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley. Aceptando la hipotética existencia de este tipo de regímenes, queremos detenernos brevemente en la solución concreta que la normativa vigente contempla para la Jurisdicción Militar.

5. Moreno Catena. Introducción al Derecho Procesal (con Cortés Domínguez y Gimeno Sendra). Valencia, 1995. Pag. 85.

5. Sobre la inamovilidad de jueces togados y la organización de la justicia militar

a) *Vinculaciones entre estatuto de los jueces y gobierno de la Justicia*

El art. 8.1 de la L.O.C.O.J.M. contiene el principio por el cual, en el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley. Llama la atención cómo, por lo que se refiere a declaraciones programáticas, el texto del artículo citado podría identificarse con los preceptos contenidos en los arts. 12 y 15 de la L.O.P.J., entre otros.

Pero más allá de las declaraciones sobre el estatuto jurídico de los Jueces militares, deberíamos prestar atención a su reflejo en los criterios de organización y competencias que garantizan dicho estatuto. En este sentido constituye un pilar básico el principio de autogobierno del Poder Judicial. Como se ha señalado por la doctrina[6], «a medida que sean órganos propios del Poder Judicial los que tengan encomendado el gobierno del mismo, desposeyendo al ejecutivo de esta labor que asumía tradicionalmente, se podrá sostener un mayor grado de independencia, ya que habrá de desaparecer entonces toda posible influencia o presión sobre el Poder Judicial». Queda así de manifiesto la relación existente entre los criterios organizativos y de gobierno de la justicia, y el estatuto que se dé a los Jueces y Magistrados.

Esta relación encuentra su fundamento constitucional en el art. 122.2 de la Carta Magna, en el que se aporta una solución a favor del principio de autogobierno, en el sentido de que es el Consejo General del Poder Judicial el órgano de gobierno de tal Poder, encomendándose a las leyes el establecimiento del régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspecciones y régimen disciplinario. Esta declaración constitucional ha tenido su posterior reflejo en el art. 107 L.O.P.J., en el que, dentro de las competencias reconocidas al Consejo General del Poder Judicial se incluyen las arriba citadas, no dejando lugar a dudas en torno a la naturaleza del órgano de gobierno de los Jueces y Magistrados, al menos en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Habíamos señalado más arriba cómo el art. 8 L.O.C.O.J.M. concibe el estatuto de los miembros de los órganos judiciales militares con las

6. Moreno Catena, op. cit., pag. 155.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mismas garantías que el correspondiente a Jueces y Magistrados de la jurisdicción ordinaria[7]. Incluso, dicho estatuto jurídico parece verse reforzado por declaraciones como la del art. 9.1 L.O.C.O.J.M., por la cual, los miembros de los órganos judiciales militares que se consideren perturbados en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central[8]. Y en el párrafo tercero se añade que el Ministerio Fiscal y en particular la Fiscalía Jurídico-Militar, por sí o a petición de aquellos, promoverá las acciones pertinentes o instará, según los casos, lo que proceda en defensa de la independencia de los órganos judiciales militares.

Sin embargo no se puede encontrar, por lo que respecta al gobierno de la justicia, los mismos criterios de organización y competencia que garanticen el autogobierno en la Jurisdicción Militar y por tanto la efectiva independencia de los Jueces militares. A este respecto no puede perderse de vista la apreciación contenida en el voto particular formulado por el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra a la S.T.C. 113/1995 en el que, sin cuestionarse la independencia como nota subjetiva de los integrantes de la jurisdicción castrense, no duda en añadir que éstos «no poseen el mismo grado de independencia judicial que sus colegas del Poder Judicial, los cuales gozan de un nuevo grado de independencia judicial, instaurado precisamente por la vigente Constitución de 1978: la independencia colectiva de la magistratura o sistema de «autogobierno» del Poder Judicial, que la preserva frente a posibles injerencias de otros Poderes del Estado y de modo especial, del Poder Ejecutivo».

La importancia de esta independencia objetiva que se traduce en el régimen de autogobierno, tal como se indica en el citado voto particular, responde a una razón elemental: «tratándose de una vulneración cometida por la Administración militar o Poder Ejecutivo, no puede encomendarse su defensa a Jueces que son nombrados, promovidos o sancionados por dicho Poder Ejecutivo».

Pensamos, por tanto, que aquellas medidas previstas en la

7. Incluso, en el Preámbulo de dicha Ley se llega a afirmar que «la máxima garantía de una recta administración de justicia se centra en la independencia de los órganos judiciales y, en el seno de la jurisdicción castrense, la presente Ley se orienta en esa línea consagrando la inamovilidad, la responsabilidad y la sumisión exclusiva al imperio de la Ley de quienes desempeñan esta función, haciéndose un verdadero esfuerzo para lograr la definición positiva de esa independencia para los órganos judiciales militares».

8. Similar previsión se puede encontrar en el art. 14.1 L.O.P.J.

L.O.C.O.J.M., orientadas a garantizar la independencia de los Jueces militares, a pesar, incluso, de la referencia que se hace al Consejo General del Poder Judicial, distan mucho de configurar una estructura y organización de la Jurisdicción Militar que respondan al principio de autogobierno. La solución de la cuestión orgánica y competencial sobre el estatuto de los Jueces Togados queda sustraída de la declaración de principios contenida en el Título Preliminar de la L.O.C.O.J.M. Y es que, ya el art. 8.2 de dicha Ley declara, en relación con los miembros de los órganos judiciales militares, que su nombramiento, designación y cese se hará en la forma prevista en la L.O.C.O.J.M. y no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los casos y con las garantías establecidas en las Leyes. De esta manera, las declaraciones del art. 122 de la Constitución en relación con el gobierno de la Justicia, a las que nos referíamos anteriormente, parece que podrían encontrar un punto de fisura.

b) *La independencia del Juez Togado frente al gobierno de la Jurisdicción Militar. Régimen de nombramientos*

Antes de entrar en algunas consideraciones concretas sobre la realidad de la organización y competencias de la Jurisdicción Militar, pensamos que, en un plano teórico y partiendo de los principios que inspiran el autogobierno, podrían plantearse dos soluciones. Por un lado, la existencia de un órgano que ocupara la cúspide de la organización de la Jurisdicción Militar, órgano que debería caracterizarse por la total separación del mando o autoridad administrativa militar. De esta manera sí se garantizaría orgánicamente la independencia de la jurisdicción militar, aunque quizá no se pudiera decir lo mismo del principio de unidad jurisdiccional, ya que resultaría poco acorde con el esquema de poderes previsto en la Constitución la existencia, junto al Consejo General del Poder Judicial, de otro órgano de gobierno distinto y competente sobre la Jurisdicción Militar. Otra solución, quizá más conforme con los arts. 117.1 y 5 y art. 122 de la Constitución sería extender las competencias del Consejo General del Poder Judicial al ámbito de la Jurisdicción Militar[9], que constituiría una jurisdicción especializada[10].

9. En cualquier caso, previamente habría que proceder a la partición en escalas, respectivamente relativas a la titularidad de la función jurisdiccional, de fiscalía y de asesoría jurídica, de los miembros del actualmente denominado Cuerpo Jurídico Militar. Vid. RAMÍREZ SINEIRO. «La estructura orgánica de la Jurisdicción militar: consideracio-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En la normativa vigente no se contempla ninguna de estas dos posibilidades, aunque sí se pueden apreciar tímidas aproximaciones. Así, la D.A. Primera de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial introduce en su apartado primero la siguiente novedad: la responsabilidad disciplinaria de quienes, conforme a la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, ejerzan cargos judiciales, fiscales y Secretarías Relatorías, será exigida con arreglo a lo dispuesto al efecto para Jueces y Magistrados en el capítulo III y del Título III del Libro IV de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [11]. Pero estos preceptos sobre la potestad disciplinaria no deben distraernos de otra cuestión de suma importancia, vinculada al gobierno de la justicia, que es la relativa a nombramientos de los miembros de los Juzgados Togados Militares, Tribunales Militares Territoriales y Tribunal Militar Central [12].

Por lo que se refiere a nombramientos, y empezando por el Tribunal Militar Central, hay que decir que éste está compuesto por un Auditor Presidente y cuatro Vocales Togados. El primero es nombrado por Real Decreto refrendado por el Ministro de Defensa, al igual que los Vocales Togados, que deben estar propuestos en terna por la Sala de Gobierno del mismo Tribunal Militar Central [13] entre Generales Auditores y Coroneles Auditores con aptitud para el ascenso (arts. 36 y 37 L.O.C.O.J.M.). Por otro lado, el art. 54.2 de la L.O.C.O.J.M. establece que el nombramiento de los Jueces Togados Militares se efectuará por el Ministerio de

nes acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Poder Judicial*, número 33. Marzo, 1994.

10. De esta manera se harían innecesarias otras soluciones aportadas por distintas opiniones doctrinales, como introducir una representación de forma expresa de la Justicia Militar en el Consejo General del Poder Judicial. Cfr. en este sentido FERNÁNDEZ BENITO. «La determinación del estatuto personal de Vocales y Jueces Togados: un imperativo constitucional», en *La Jurisdicción Militar*. Madrid, 1992. Pag. 168.

11. La S.T.C. 204/94, de 11 de julio (F.J. 9), ponía de relieve que la responsabilidad disciplinaria derivada del ejercicio de funciones jurisdiccionales solamente puede ser exigida por la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, cuando se trate de faltas leves o graves, y por el Consejo General del Poder Judicial si la sanción a imponer comporta el apartamiento del destino o de la propia función judicial (art. 138 L.O. 4/1987)». Este artículo fue dejado sin contenido por el apartado 17 de la D.A. primera de la L.O. 16/1994 a la que nos hemos referido.

12. No nos detendremos en analizar el nombramiento de los miembros de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.

13. La Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central estará integrada por el Auditor Presidente y la totalidad de sus Vocales Togados, sin que quepa la sustitución de éstos últimos (cfdo. art. 42 L.O.C.O.J.M.).

Defensa, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, en los términos que se determinen reglamentariamente [14].

Previamente a conocer sobre la significación que pueda tener esta remisión a disposiciones de rango reglamentario, es necesario recordar que en la Jurisdicción Militar van parejos el desempeño de funciones judiciales con el empleo militar que se disfruta. Así, por ejemplo, los Juzgados Togados Militares Territoriales serán desempeñados indistintamente por Tenientes Coroneles Auditores, Comandantes Auditores o Capitanes Auditores. Por lo que respecta al Tribunal Militar Central: en este órgano, el Auditor Presidente será Consejero o Ministro Togado —que se corresponde con el empleo de General de División— y los cuatro Vocales Togados deben ser Generales Auditores, equivalente al empleo de General de Brigada.

No cabe la menor duda, por tanto, sobre este específico requisito —haber alcanzado determinado empleo militar— que los miembros de la Jurisdicción Militar deben cumplir de cara a ser nombrados para determinadas funciones. Por este motivo, debemos interesarnos en la reglamentación relativa al ascenso a determinados empleos, reglamentación que determinará el régimen de nombramientos dentro de la Jurisdicción Militar.

Aparecen en este punto las denominadas Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas. Estas son mencionadas en la Ley 17/1989, de 19 de julio, del Régimen del Personal Militar Profesional y en el Reglamento General de Evaluaciones, Clasificaciones y Ascensos del Personal Militar Profesional, aprobado por Real Decreto 1622/1990, de 14 de diciembre. Pero la regulación de estas Juntas tuvo lugar a través del Real Decreto 832/1991, de 17 de mayo, por el que se constituyen las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas y los órganos de evaluación correspondiente. En el art. 2.º se determina la composición de las Juntas Superiores, siendo la correspondiente al Cuerpo Jurídico Militar la siguiente: Presidente, el Secretario de Estado de Administración Militar; Vocales natos: el Asesor Jurídico General de la Defensa, el Auditor Presidente del Tribunal Militar Central, el Fiscal Togado y los Asesores Jurídicos de los Cuarteles Generales del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

14. Igual criterio se sigue para el nombramiento de los miembros de los Tribunales Militares Territoriales. El art. 47 establece para los Tribunales Militares Territoriales que el Auditor Presidente y los Vocales Togados serán nombrados por el Ministro de Defensa, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, en los términos que se determinen reglamentariamente.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La composición es excesivamente heterogénea como para que pueda garantizar el autogobierno de los miembros de la Jurisdicción Militar. Desde su Presidente, que es un cargo de la Administración, y supone la vinculación de la Junta al Poder Ejecutivo, la desvinculación de la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar con la Jurisdicción Militar es casi total; con la única excepción el Auditor Presidente del Tribunal Militar Central, aunque hay que recordar que este cargo es nombrado mediante Real Decreto refrendado por el Ministro de Defensa.

La importancia de la composición de la mencionada Junta Superior, queda de relieve prestando atención a las competencias que dicha Junta tiene (art. 5 R.D. 832/1991). Entre éstas, cabe destacar las evaluaciones para el ascenso al empleo de General de Brigada (empleo que se debe ocupar para desempeñar la función jurisdiccional como General Auditor caso de los cuatro vocales miembros del Tribunal Militar Central), o que afecten a Oficiales Generales (que sería el caso del ascenso a General de División, empleo que debe ocupar el Auditor Presidente del Tribunal Militar Central). Asimismo, es competente para informar al Secretario de Estado de Administración Militar sobre la propuesta para el ascenso por selección, sistema éste para ascender de Teniente Coronel a Coronel [15].

En resumidas cuentas, podemos afirmar con GIMENO SENDRA [16] que tanto los magistrados de los Tribunales Militares Centrales, como los de los Tribunales Militares Territoriales y los titulares de los Juzgados Togados militares son todos ellos nombrados por el Ministro de Defensa, estando, en particular, excluidos del régimen de «autogobierno».

6. CONCLUSIONES

Después de todos los preceptos citados parece inevitable hablar de una Jurisdicción Militar excesivamente administrativizada [17], donde está patente la «huella del Poder Ejecutivo» [18], en la que los criterios de organización y competencia no garantizan las declaraciones sobre la independencia de los Jueces Militares. Como hemos podido analizar, es un órgano administrativo el que en último extremo condiciona la composición

15. Y por tanto, causa para tener que cesar en el destino de miembro de un Juzgado Togado Militar Territorial (cfr. art. 62 L.O.C.O.J.M.).

16. GIMENO SENDRA. Introducción al Derecho Procesal (con MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), cit. Pag. 66.

17. Cfr., en este sentido RAMÍREZ SINEIRO, op. cit., Pags. 151 y ss.

18. Cfdo. GIMENO SENDRA, Introducción al Derecho Procesal..., cit., pag. 67.

del Tribunal Militar Central, cuyos miembros serán nombrados por Real Decreto; a su vez, la Sala de Gobierno de dicho Tribunal es competente para proponer el nombramiento de los miembros de los Juzgados Togados Militares y de los Tribunales Militares Territoriales.

No puede perderse de vista además las repercusiones que el ascenso en el empleo militar tiene sobre el ejercicio de la función jurisdiccional en el ámbito militar. Como se señala en el art. 66 L.O.C.O.J.M., los Auditores Presidentes y Vocales Togados de los Tribunales Militares, así como los Jueces Togados Militares, sólo cesarán en sus destinos o cargos por unas causas tasadas, entre las que se encuentra el ascenso, si conforme a la referida Ley no corresponde al nuevo empleo el destino judicial que ocupan. En relación con este peculiar régimen se recoge en la S.T.C. 204/1994, de 11 de julio (F.J. 10), entre las alegaciones de los demandantes de amparo la consideración de que el Juez Togado Militar tampoco tiene inamovilidad comparable al Juez civil, pues el Ministerio de Defensa conserva unos dispositivos a su alcance para hacerla ineficaz que si se pusiesen en manos del Ministerio de Justicia respecto de los Jueces civiles, nadie pondría en duda que representaría un ataque a la independencia judicial del poder ejecutivo.

Pero las posibles intromisiones de la autoridad administrativa en la Jurisdicción Militar pueden ir aún más lejos. Hay que tener en cuenta que el ascenso de empleo podrá suponer cambio de destino, pero además, el nuevo destino no tiene que ser obligatoriamente de carácter jurisdiccional. El miembro de los órganos de la jurisdicción militar una vez ascendido estará a expensas de las vacantes que en ese momento haya, siendo posible que su nuevo destino sea una fiscalía militar o alguna tarea de asesoría jurídica [19]. Aplicando el régimen de la jurisdicción civil este supuesto descrito también constituiría un atentado a la inamovilidad del Juez, pero no ya por razón de su traslado sino como auténtico supuesto de suspensión del Juez o Magistrado en sus funciones, medida que en la legislación civil se reserva para situaciones realmente graves (cfr. art. 383 L.O.P.J.) que poco tiene que ver con un ascenso decretado por la autoridad administrativa militar.

Parece incuestionable, en resumen, que el gobierno y organización de la Jurisdicción Militar no garantiza suficientemente el principio de la

19. Sería ésta una consecuencia de que los miembros del denominado Cuerpo Jurídico Militar no están llamados únicamente a desempeñar funciones jurisdiccionales, por lo que el ascenso puede llevar aparejado el cambio de la función jurisdiccional por otra distinta. Cfr. en este sentido JIMÉNEZ VILLAREJO. Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional. Madrid, 1991. Pag. 60.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

independencia de sus miembros, ya que, como afirma RAMÍREZ SINEIRO [20], dicha cualidad atribuible al órgano jurisdiccional es el producto normal a obtener de la estructura orgánica que sustenta la función judicial, y no el hipotético resultado de determinadas actitudes personales de los titulares de aquellos órganos jurisdiccionales que rocen el altruismo, en cuanto obligarían a su desempeño sin tomar en consideración las particulares perspectivas de promoción profesional.

20. RAMÍREZ SINEIRO, op. cit., pag. 160.

LA TUTELA CAUTELAR EN LOS PROCESOS DE CONDENA A LA ENTREGA DE BIENES PRODUCTIVOS (COMPARACIÓN DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL CON LAS SOLUCIONES DE OTROS SISTEMAS EUROPEOS)

JUAN CÁMARA RUIZ
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Las medidas cautelares en el proceso civil italiano: A) Introducción; B) El *sequestro giudiziario*: a) Presupuestos para su adopción; b) Objeto del *sequestro giudiziario*; c) Cláusula abierta o *numerus clausus*; d) Fianza; e) Efectos: a') Designación del interventor y del *custode*; b') Facultades del *custode* y del interventor; C) *I provvedimenti d'urgenza*: a) Subsidiariedad de estas resoluciones; b) Conclusiones. — III. Las medidas cautelares en el proceso civil alemán: A) Introducción. Las medidas provisionales seguridad; B) Secuestro; C) La medida provisional del §935 ZPO; D) Relación entre los §§935 y 940 ZPO. — IV. Las medidas cautelares en el proceso civil francés: A) Introducción; B) *Référes*; C) *Les ordonnances sur requête*; D) Medidas cautelares que pueden adoptarse a través *des référes*: a) Artículo 808 NCPC; b) Artículo 809.I NCPC; c) Secuestro. Facultades del administrador-depositario; E) Medidas que se pueden adoptar mediante *requête*.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. Introducción

La intervención judicial es una medida cautelar que se adopta durante la sutanciación de un proceso declarativo de condena a la entrega de bienes inmuebles productivos. Los efectos de esta medida cautelar se concretan principalmente en la fiscalización por un tercero de la administración de los bienes litigiosos que lleva a cabo el demandado[1]. De este modo se propicia que la ejecución en forma específica pueda realizarse en condiciones de máxima utilidad[2].

Destaca en esta medida, de una parte, la actividad que tiene que desarrollar el interventor judicial que es nombrado por el juez a propuesta de las partes, y que consite en controlar la administración de los bienes litigiosos que lleva a cabo el demandado. De otra, la prohibición impuesta al demandado, una vez ha sido adoptada la medidad cautelar, de realizar acto alguno de explotación si no hay previo conocimiento del interventor (art. 1421 LEC).

Por tanto la función del interventor judicial no es la de administrar unos bienes sino la de fiscalizar la administración que de los mismos lleva a cabo el demandado. En cambio, el demandado sí que administra los bienes litigiosos pues no se le priva de la posesión de los mismos, pero debe informar al interventor judicial de cualquier acto de explotación que desee realizar. En el supuesto de que desobedezca este mandato recogido no sólo en la ley (art. 1421 LEC) sino también en la resolución por la que se decreta la medida cautelar incurrirá en responsabilidad penal y la correspondiente civil.

En la legislación extranjera —italiana, francesa y alemana— no hemos encontrado ninguna medida cautelar similar a la intervención judicial. Y en relación con ésta hemos comprobado que en todas estas regulaciones se repite el mismo fenómeno. Existe en todas ellas una medida típica o nominada como es el secuestro (*sequestro giudiziario* en Italia, *Sequestration* en Alemania y *séquestre* en Francia) que tutela cautelarmente frente al peligro de devastación en situaciones litigiosas similares a la que presupone una intervención judicial.

Junto a estas medidas, se regula un poder cautelar general (en Italia se concreta con los *provvedimenti d'urgenza*, en Francia a través de un procedimiento de *référé* art. 808 NCPC, y en Alemania mediante el & 935 ZPO). Estas normas pemiten configurar medidas específicas con efectos parecidos a los que supone una intervención judicial.

1. Guasp, J., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1977, Tomo II, pág. 700.
2. Ortells Ramos, M., con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo, *Derecho Jurisdiccional,* Barcelona, 1993, Tomo II, Vol. 2.º, págs. 285 y 312.

II. Las medidas cautelares en el proceso civil italiano

A) *Introducción*

Si bien entre todas las medidas cautelares reguladas en Derecho italiano no existe una medida similar a la intervención judicial, interesan a nuestro estudio *I provvedimenti d'urgenza*, arts. 700 a 702 CPC e *Il sequestro giudiziario*, arts. 670 y ss. CPC, por la afinidad con la intervención judicial de bienes litigiosos, ya que pueden servirnos de gran ayuda a la hora de suplir lagunas, y aportar soluciones que no estén previstas ni en nuestras leyes, ni por nuestra doctrina o jurisprudencia[3].

B) *El* sequestro giudiziario

El *sequestro giudiziario* —secuestro judicial— regulado en los arts. 670.1 y ss. del CPC es una medida cautelar que el Juez puede autorizar cuando se litigue sobre la propiedad o posesión de bienes muebles o inmuebles, empresas, u otras universalidades de bienes. Puede comprobarse la gran similitud que existe en cuanto al objeto material de esta medida cautelar con la intervención judicial, en la que el objeto de la misma viene referido a las minas, montes, plantaciones, establecimientos industriales o fabriles, pero siempre y cuando se discuta sobre la propiedad de estas cosas.

En los dos artículos, 1419 LEC y 670.1 CPC, se recoge una enumeración de los bienes que pueden ser objeto de estas medidas cautelares, y que suscita la cuestión de si esta enumeración supone un numerus clausus o si por el contrario nos presenta el principio de una sucesión abierta susceptible de ser completada sujetándose a la ratio que la sustenta.

En cuanto a la clase o naturaleza de los bienes para los que están previstas estas medidas existe una diferencia, y así, mientras que en el

3. En el Libro *Quarto del Codice di procedura civile* se recogen *Dei procedimenti speciali* y en concreto, en el Capítulo III *Dei procedimenti cautelari.* La Sección I de este capítulo fue introducida por el art. 74 de la L. 26 noviembre 1990 y entró en vigor el 1 de enero de 1993.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sequestro giudiziario se incluyen los bienes muebles, en la intervención judicial no cabe esa posibilidad.

Es interesante comprobar, pues así se establece expresamente, cómo en el proceso italiano se puede conceder esta medida cuando se discuta solamente la posesión (art. 670.1 CPC)[4]. En cambio, en el proceso español —aunque no es opinión unánime— el tenor legal recoge la expresión «demandar en juicio la propiedad» (art. 1419 LEC).

Cabe advertir que, hasta el momento, nos venimos refiriendo a la primera de las posibilidades para las cuales está previsto el art. 670 CPC, pues consideramos que la segunda hipótesis que contempla el art. 670 CPC, por tratarse de supuestos tan distintos al previsto en la intervención judicial del art. 1419 LEC[5], no debe ocupar nuestro estudio pues se refiere al secuestro de libros, registros, documentos, modelos, muestras y cualquiera otra cosa que puedan servir como elemento de prueba, cuando se discuta el derecho a la exhibición o a la comunicación, y sea conveniente una tutela temporal (art. 670.2 CPC)[6].

a) Presupuestos para su adopción

El *sequestro giudiziario* puede concederse, por tanto, cuando se den las siguientes condiciones:

1.ª. Que exista un proceso sobre la propiedad o sobre la posesión (art. 670.1 CPC).

2.ª. Conveniencia de conceder la custodia o la gestión temporal de los bienes que motivan la adopción del *sequestro giudiziario*. No es suficiente pues, que se discuta sobre la propiedad o sobre la posesión, sino que es necesario que concurran determinados motivos que justifiquen o hagan necesaria la adopción del mencionado secuestro «quando è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea» (art.670.1 *in fine* CPC).

Cuando se solicita un *sequestro giudiziario* si no concurren ciertas circunstancias o motivos que justifiquen la adopción del mismo, no podrá concederse y si se hubiera concedido, podrá pedirse la revocación

4. CHIOVENDA, G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pág. 224. VERDE, F., *Il sequestro nella Giurisprudenza*, Padova, 1975, pág. 12. SATTA, S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1987, pág. 790.

5. PROTETTI, E., op. cit., pág. 15.

6. CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, Roma, 1956, Traducción Sentís Melendo, Buenos Aires, 1959, pág. 221.

del mismo[7]. Estas circunstancias no necesariamente han de poner de manifiesto la existencia de un *periculum* actual y real, sino que es suficiente que sean indicativas de una situación posible de peligro de sustracción, alteración o deterioro de los bienes sobre los que se discute[8].

Tal y como señala REDENTI la concesión del secuestro puede estar justificada para conseguir una administración imparcial y bien controlada de la cosa, no tanto por garantizar la custodia y conservación de la cosa en sentido estricto, sino mas bien por cuidar que la producción normal no se vea afectada por la posible conducta del demandado, que habitualmente consistiría en negligencia, abandono, etc.[9].

b) Objeto del sequestro giudiziario

Pueden ser objeto de *sequestro giudiziario* los siguientes grupos de bienes: 1) bienes muebles, 2) bienes inmuebles, 3) las *aziende* —empresas, haciendas, administración de negocios o compañías—, 4) otras universalidades de bienes (art. 670.1 CPC). Si establecemos un parangón con los grupos de bienes a que se refiere el art. 1419 LEC, comprobamos al comparar ambos listados que existe una gran coincidencia a excepción de la referencia a los bienes muebles en el CPC, pues en los dos artículos se enumeran una serie de bienes inmuebles con un denominador común, que es la capacidad de todos ellos de generar riqueza; el uso que se haga de la misma, es lo que se intenta salvaguardar mediante la adopción de estas medidas cautelares.

c) Cláusula abierta o numerus clausus

Volviendo sobre la cuestión que antes apuntábamos relativa a la posibilidad de aplicar el *sequestro giudiziario* a otros supuestos no previstos expresamente en el art. 670.1 CPC podemos señalar con ROCCO la existencia de una tendencia generalizada, en la doctrina y en la jurisprudencia, a admitir otros casos además de aquellos expresamente recogidos en el art. 670.1 CPC[10]. Así por ejemplo, en relación con una herencia aún indivisa, según las cuotas, uno de los herederos que discuta la parte de otro, puede pedir y obtener el secuestro de la totalidad de la heren-

7. PROTETTI, E., *Il sequestro civile*, Napoli, 1982, pág. 16.

8. PROTETTI, E., op. cit., pág. 16.

9. REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, Tomo III, pág. 55.

10. ROCCO, U., *Trattato di Diritto processuale civile*, Torino, 1960, Tomo V, pág. 209.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cia[11]; o la afirmación de la admisibilidad del *sequestro dell'azienda sociale*, cuando uno de los socios reclame por el hecho de habersele excluido de la intervención en la actividad de la sociedad[12].

Y no solamente debemos fijarnos en estos ejemplos que vienen a ser una concreción de lo dispuesto en la ley, sino sobre todo en el supuesto de hecho que supone el último grupo de bienes a que se refiere el art. 670.1 CPC (*altre universalità di beni*) que implica la posibilidad de incluir en este supuesto aquellas realidades económicas cuyo sustento consista en bienes, que por sus características requieran el *sequestro* como la medida idónea para su tutela y vayan surgiendo en el devenir de la actividad económica.

Esta situación no coincide con lo dispuesto en la LEC, pues en ésta observamos una mayor rigidez en la enumeración de los bienes sobre los que cabría adoptar la intervención judicial. La doctrina, no obstante, se inclina por desechar la idea de que el art. 1419 LEC sea un *numerus clausus* a pesar de la literalidad del mismo.

d) Fianza

Al referirnos a este presupuesto comprobamos, de nuevo, la falta del mismo en la regulación de la intervención, ausencia que queda en evidencia también, al comparar esta medida con el embargo preventivo (art. 1405 LEC) o con lo dispuesto para las medidas indeterminadas en el art. 1428 LEC. Por el contrario en el régimen del *sequestro* en el art. 669-*undecies* CPC se recoge la obligación de prestar la fianza, cuando el juez así lo disponga, que de no ser cumplida dejaría sin efecto lo previsto en la resolución estimatoria de la solicitud de *sequestro*; y tiene como finalidad el posible resarcimiento tanto de daños, así como de costas.

Por tanto la prestación de fianza no viene impuesta necesariamente en todos lo casos, sino que depende de la discrecionalidad del Juez[13]; lo que lleva a preguntarnos qué elementos requiere el juez para decretar o no la necesidad de fianza. PROTETTI señala que el Juez impondrá la fianza en los casos donde existan dudas, que puedan deducirse del comportamiento del acreedor, tanto objetiva como subjetivamente, bien de la efectividad del crédito, bien de la fundamentación de la medida cautelar,

11. PROTETTI, E., *Il sequestro civile*, Napoli, 1982, pág. 14.
12. VERDE, F., *Il sequestro nella giurisprudenza*, Padova, 1975, pág. 58.
13. SATTA, S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1987, pág. 796.

y cuya intensidad —de las dudas— no alcance a provocar la denegación de la misma[14].

e) Efectos

Si de lo expuesto hemos podido comprobar la similitud entre la intervención y el *sequestro*, principalmente en todo lo que hace referencia a supuestos sobre los que cabe solicitar este tipo de medidas, ahora nos centraremos en los efectos —dirigidos a alcanzar el fin específico de éstas— y en primer lugar, el relativo a uno de los elementos personales de estas medidas cautelares, indispensable para poder llevar a cabo la ejecución de las citadas medidas.

Nos referimos a los auxiliares del órgano jurisdiccional, que en la intervención se denominan interventores judiciales y que en el *sequestro* reciben el nombre de *custodes*. Lo que resulte de un estudio comparado de los mismos, servirá para que vayan decantándose tanto las diferencias como las semejanzas y, por ende, que la postura que mantenemos de similitud entre ambas medidas cautelares se vea avalada por la intranscendencia de las primeras o por la importancia de las segundas.

El *sequestro* se ejecuta, mediante el auxilio de un tercero, que es designado por el juez y que custodia la cosa, administrándola, durante la pendencia del proceso. Este desapoderamiento de los bienes del demandado, en manos de un tercero, llamado *custode*, tiene una excepción, pues este cargo en ocasiones, podrá desempeñarlo uno de los litigantes.

La intervención judicial se desarrolla acudiendo al auxilio de un tercero —interventor judicial, que siempre es persona distinta a los litigantes— para que fiscalice y controle los actos de disposición y administración del demandado, por lo que en este caso nunca se produce la desposesión de los bienes del demandado.

a') *Designación del interventor y del* custode

En la intervención siempre será un tercero quien desempeñe el cargo de interventor, de modo que ninguna de las partes podrá ser designada para desempeñar tal cargo; sin embargo esto mismo no sucede con el *sequestro*, ya que en este caso la ley prevé la posibilidad que el juez de-

14. PROTETTI, E., *Il sequestro civile*, Napoli, 1982, pág. 96.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

signe como *custode*, o a un tercero, o a una de las partes —la que ofrezca mayores garantías y preste fianza— (art. 676 párrafo 2.º CPC) [15].

Consideramos que ésta sería una de las diferencias que viene a romper el paralelismo expuesto hasta ahora entre las dos medidas, ya que al establecer el CPC la posibilidad de constituir en *custode* a una de las partes, choca con lo dispuesto en la LEC para la intervención judicial, pues en ésta únicamente puede ser interventor un tercero y por tanto, distinto de los contendientes.

Esta diferencia con relación al sujeto nominado como *custode*, puede aumentarse o reducirse como consecuencia de las distintas concreciones de facultades que se concedan a los *custodes*.

b') *Facultades del* custode *y del interventor*

El juez en la misma resolución en la que nombra al *custode*, establece los criterios y los límites de la administración de las cosas secuestradas y las particulares cautelas idóneas para hacer más segura su custodia [16].

Y ya no solamente para la simple custodia, sino también por asegurar un desarrollo normal de la producción [17]. Además por su condición de auxiliar del juez y por tanto, de no representante de las partes, debe considerársele como un gestor que administra en interés de la parte cuya pretensión resulte estimada en el proceso [18], que será en definitiva el titular de los bienes [19].

En cuanto al modo de llevar a cabo tal conservación, la ley le ofrece un criterio general, al disponer que éste debe actuar con la diligencia de un buen padre de familia [20] y tratándose de inmuebles, su actividad deberá revestir los caracteres de una verdadera administración [21]. El *custode* tiene las obligaciones y los derechos previstos en los artículos 521, 522, y 560 CPC [22].

15. EVANGELISTA, S., e IANELLI, D., *Manuale di procedure civile*, Roma, 1988, pág. 308.
16. CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, Roma, 1956, Traducción SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1959, pág. 230.
17. REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, pág. 55.
18. GIAMBI, F., «I sequestri», *Rivista di diritto e procedure civile*, 1955, pág. 583. ROCCO, V., *Tratatto di diritto processuale civile*, Torino 1960, tomo V, pág. 214.
19. DORONZO, A., «Nullità del sequestro e contratto di locazione stipulato dal custode», *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1981, pág. 561.
20. SCAGLIONI, A., *Il sequestro nel processo civile*, Milán, 1969, pág. 230.
21. SCAGLIONI, A., op. cit., pág. 233.

Asimismo puede afirmarse, siguiendo a la jurisprudencia, el criterio de que el *custode-sequestratario* puede realizar todos aquellos actos referentes a la conservación y mantenimiento del patrimonio; y en el supuesto de que los actos excedan de este ámbito, deberán ser autorizados por el juez [23]. Asimismo, el *custode*, en el desarrollo de su gestión, queda sometido a la vigilancia del juez que ha concedido la medida cautelar [24].

Es el momento de recordar la premisa que adelantamos en el punto anterior: la posibilidad de abundar o no en la semejanza entre la intervención y el *sequestro*, dependiendo del modo en que se hubiesen fijado los límites y criterios de la administración al *custode*.

Partíamos de las consideraciones siguientes: el interventor judicial es un tercero nombrado por el juez a propuesta de las partes, y su misión consiste esencialmente en fiscalizar la gestión del demandado, pues en su poder permanecen los bienes litigiosos, de manera que éste debe abstenerse de ejecutar acto alguno de explotación de la finca sin previo conocimiento del interventor (art. 1419 LEC).

El *custode*, en cambio, aun siendo normalmente un tercero, es quien gestiona directamente los bienes litigiosos. Y es al juez a quien corresponde vigilar la actuación de éste (del *custode*), sin perjuicio de que las partes pongan de manifiesto ante el juez cualquier abuso cometido —al excederse en el ejercicio de las facultades que le están atribuidas— [25].

1.º. Cuando el *custode* es un tercero.

Este es el supuesto general previsto en el artículo 676 párrafo primero CPC, y señalábamos en el punto anterior que era el juez quien lo nombraba de oficio, sin dejar por tanto la iniciativa de proposición a las partes.

En estos casos la situación que inmediatamente se produce al adop-

22. EVANGELISTA, S., e IANELLI, D., *Manuale di procedura civile*, Roma, 1988, pág. 308.
23. PROTTETI, E., *Il sequestro civile*, Nápoles, 1982, pág. 112. DORONZO, A., «Nullità del sequestro e contrato di locazione stipulato dal custode», *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1981, pág. 564.
24. GIAMBI, F., «I sequestri», *Rivista di diritto e procedure civile*, 1955, —Parte seconda—, pág. 584.
25. El interventor judicial siempre es un tercero y nunca gestiona directamente la explotación. Su misión es vigilar la administración que lleva a cabo el demandado, a quien no se le priva de la posesión de los bienes litigiosos.
El *custode* normalmente es un tercero, pero no siempre, que sí gestiona directamente los bienes, y la administración que lleva a cabo es controlada por el juez.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tarse el *sequestro* es el desapoderamiento que sufre el demandado para que el *custode* pueda desempeñar su cometido.

Esta situación conlleva, normalmente, una serie de perjuicios, por el hecho de que la administración de la finca la realiza un tercero ajeno a la explotación, y así lo demuestra la experiencia, que al término de una administración judicial, la explotación ha sufrido una merma considerable, pues el *custode* como tercero, sin un interés directo ni personal como lo tenga el demandado, se limita a desempeñar un encargo dispuesto por el juez, a petición de las partes, como si fuera un gestor o mandatario.

Por lo que, en primer lugar, se estaría ocasionando un perjuicio al tener que ceder a un tercero la custodia de los bienes. Estamos ante uno de los inconvenientes típicos en la adopción de las medidas cautelares, pues sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, supone, no obstante, una injerencia en la esfera económico-jurídica del demandado, que dependiendo de la medida de que se trate es mayor o menor —en esta modalidad de secuestro es considerable—, y que el demandado debe soportar cuando la posición del demandante reúna los requisitos o presupuestos exigidos por el legislador.

En segundo lugar, la gestión de ese tercero —*custode*— en lo referente a actos de conservación o mantenimiento de la explotación, siempre sería menos eficiente y por tanto nunca equiparable a la del titular de los bienes, traduciéndose en un perjuicio económico, que es consecuencia del menoscabo ocasionado en éstos.

En tercer lugar, la imposibilidad del demandado de acometer nuevas inversiones, por no poder realizar actos de disposición sobre la explotación, y puesto que tampoco el *custode* las emprendería por no estar prevista esta facultad en lo que sea su cometido, comportaría unas pérdidas económicas que pueden ser importantes, y que se ocasionan inevitablemente.

De lo expuesto queda patente la diferencia tan esencial que existe entre esta modalidad de *sequestro* previsto, de forma genérica, en el párrafo segundo del artículo 676 CPC —cuando el *custode* es un tercero— y la intervención judicial, medida que se caracteriza precisamente, por querer obviar los inconvenientes que acabamos de apuntar, y que fueron los que motivaron su creación e inclusión en la LEC de 1881.

2.º. Cuando el *custode* es uno de los litigantes.

Esta es la segunda posibilidad prevista en el párrafo segundo del artículo 676 CPC y que rompe con la regla general, que supondría que

únicamente podrían ser *custodi* los terceros, y por tanto personas distintas de las partes.

Según este artículo, el juez podrá designar como *custode* a una de las partes, pero sujeta el nombramiento a la condición legal de ser ese litigante el que ofrezca mayores garantías y preste fianza.

En el supuesto que el juez denomine *custode* al demandante, la situación respecto del demandado, sería equiparable a la ya estudiada para el caso de que fuera designado *custode* un tercero, porque entonces ese estado le acarrearía los mismos perjuicios, o tal vez peores, que los ya considerados en el apartado anterior.

Por tanto tenemos que desechar igualmente la idea de asimilar esta modalidad de secuestro con la intervención judicial, justificando esta afirmación con las mismas razones que expresamos en el apartado anterior.

La única posibilidad que resta por comentar, consiste en que el juez designe, para desempeñar el cargo de *custode* al propio demandado (art. 676.II CPC), donde se recoge además que debe prestar fianza.

En estos supuestos los perjuicios o inconvenientes que se le irrogarían al demandado, consistirían por una parte, en la necesidad de prestar fianza y de otra, las limitaciones que se le imponen al *custode* en cuanto a la administración de los bienes secuestrados. Pero las ventajas los superan al permitir que el demandado pueda continuar en la posesión de los bienes, administrándolos. Esta es la circunstancia más beneficiosa para el demandado, pues es evidente que éste pondrá todo su esfuerzo para evitar cualquier menoscabo o para mantener un nivel adecuado de producción.

Una situación muy parecida es la que tiene lugar cuando se adopta una intervención judicial, pues al demandado no se le priva de la posesión de los bienes y tampoco de la administración, pero con la diferencia del nombramiento de un interventor que controla esa administración. Por lo que en la intervención el demandado tiene que ir dando cuenta al interventor de los actos de explotación mientras dure la medida cautelar. No así en el secuestro, en que el demandado rendirá cuentas al finalizar su encargo como secuestratario.

Según estas consideraciones, podemos concluir —aunque teniendo presente que se trata de dos medidas distintas en cuanto a sus efectos— la semejanza entre ambas medidas cautelares previstas para responder a las mismas necesidades e, incluso, en determinados supuestos, los efectos de la adopción de estas medidas cautelares tienen unas consecuencias finales casi idénticas, consistentes en que se mantiene en la posesión de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

los bienes litigiosos al demandado, con todas la ventajas que lleva consigo.

C) *I provvedimenti d'urgenza*

Adelantamos en la introducción de este apartado que ocuparía nuestro estudio no sólo el *sequestro giudiziario* sino también los *provvedimenti d'urgenza*. Una vez comprobada la afinidad entre el *sequestro giudiziario* y la intervención judicial, trataremos de profundizar en la relación que existe entre la intervención judicial y los *provvedimenti d'urgenza* partiendo de las situaciones para las que están previstas estas medidas y el desarrollo de las mismas.

Como punto de partida tomamos la premisa de que en el proceso civil italiano podría tutelarse la situación jurídica y el peligro que presupone la intervención judicial, en España, a través de estas medidas que tienden a asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia. De modo que las pueden solicitar las partes que vean amenazado su derecho durante la pendencia del proceso, por un perjuicio inminente e irreparable.

Según dispone el art. 700 CPC, «quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, se halle éste amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir ... las medidas de urgencia que según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia sobre el fondo». Apreciándose con claridad de este último inciso que las resoluciones así previstas tienen carácter instrumental respecto del proceso [26].

Los presupuestos que se exigen para poder adoptar las medidas del 700 CPC, en cuanto formulados de modo abstracto, engloban una gran variedad de supuestos. En concreto, en la regulación del 700 CPC se requiere que:

1.º. Se trate de una caso no regulado en las secciones anteriores del capítulo de los procedimientos cautelares.

2.º. Que el demandante mantenga fundado motivo para temer un perjuicio durante el tiempo que transcurre hasta que se dicte sentencia.

3.º. Que el derecho se vea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable.

26. CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, Roma, 1956, Traducción de SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1959, pág. 250.

4.º. Que sea necesaria la adopción urgente de una medida [27].

a) Subsidiariedad de estas resoluciones

Hay una premisa que no podemos obviar, ante la posibilidad apuntada de recurrir a estas medidas para obtener una tutela similar a la que proporciona la intervención judicial, y es que todos los autores insisten en la subsidiariedad de tales medidas. De modo que puede invocarse solamente el art. 700 CPC cuando en la ley no esté prevista una medida cautelar típica, en relación con una determinada situación de hecho [28]. Por lo que se podrán pedir al juez aquellas medidas cautelares más idóneas, según las circunstancias del caso, para asegurar los efectos de la sentencia, solamente cuando la ley no recoja expresamente una medida cautelar [29].

Al referirnos más arriba a los presupuestos que deben concurrir para poder adoptar los *provvedimenti d'urgenza*, aludimos al que se enuncia con la expresión *fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni*, el cual no ofrece una interpretación pacífica, pero que es la que nos abre la puerta para poder determinar el ámbito de aplicación del art. 700 CPC.

Las opiniones al respecto, suelen agruparse en dos corrientes: Una de ellas propugna una aplicación restrictiva de los *provvedimenti d'urgenza* mientras que la otra es partidaria de reconocer un mayor ámbito de aplicación al art. 700 CPC. Pues si bien todos están de acuerdo con la subsidiariedad de los *provvedimenti d'urgenza* con relación a las medidas nominadas, la discrepancia surge a la hora de determinar si podemos acudir a los *provvedimenti d'urgenza*, en los casos en los que, por faltar alguno de los presupuestos que deben concurrir para poder adoptar una medida cautelar típica, ésta no se concede.

Tampoco hay acuerdo sobre la posibilidad de aplicar los *provvedimenti d'urgenza* a situaciones jurídicas cautelables por las medidas cautelares típicas cuando hay que garantizar frente a *pericula* distintos a los tutelados por éstas.

Hay autores partidarios del principio general de aplicar los *provvedimenti* del 700 CPC, en aquellos casos en los que no se pueda aplicar las medidas cautelares típicas —del secuestro, de la denuncia de obra nueva

27. DINI, M., *La denunzia di nuova opera*, Milano, 1985, pág. 96. SATTA, S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1987, págs. 809-810.

28. DINI, M., op. cit., págs. 228 y 96.

29. COSTA, S., *Manuale di diritto processuale*, Torino, 1980, 5.ª Edic., pág. 55. VERDE, G., *Profili del Processo civile*, Napoli, 1986, pág. 168.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

o de daño temido, o de la instrucción preventiva— ante la ausencia de alguno de los presupuestos que se supone deben concurrir. Pero debe darse además, el temor de un perjuicio inminente e irreparable durante la pendencia del proceso[30].

En esta línea se alude por los autores a la existencia de un poder cautelar general que constituye una norma en blanco frente a las medidas cautelares típicas, sobre las que decide el juez en atención a una cognición sumaria[31].

En contra de esta postura SAPIENZA señala que, los *provvedimenti d'urgenza*, no son invocables por quien reclame en juicio una de las situaciones cautelables mediante otras medidas cautelares.

Sigue argumentando que es preciso tener en cuenta la circunstancia de que el legislador, si no hubiere considerado necesario e indispensable subordinar la adopción de medidas cautelares determinadas a la concurrencia de condiciones particulares, perfectamente lo hubiera podido hacer, en vez de regularlas, contentándose con disponer solamente la norma general contenida en el 700 CPC.

Tampoco le parece justo a este autor creer que pueda recurrirse al 700 CPC, cuando siendo admisible acudir a una medida cautelar típica, parezca más eficaz el *provvedimento d'urgenza.* Y no es que el *provvedimento d'urgenza* sea admisible solamente en aquellos casos en que no parezcan suficientemente eficaces las otras medidas, específicamente nominadas y reguladas en la ley, sino que el *provvedimento d'urgenza* es admisible sólo en aquellos casos en que la situación concreta no pueda encuadrarse o subsumirse en una de las situaciones abstractas previstas por el legislador.

Y concluye que, es incompatible recurrir a los *provvedimenti d'urgenza* en sustitución de la medidas cautelares nominadas en el caso en que faltase alguna de las condiciones exigidas para la adopción de éstas[32].

Sin embargo PROTO PISANI apoyando la postura mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia —de aplicar los *provvedimenti d'urgenza* aún tratándose de derechos cautelables por medidas típicas, pero siempre y cuando se trate de un *periculum* distinto al que se procura conjurar con estas medidas—, da como razones:

30. ROCCO, V., *Trattato di Diritto processuale civile*, Torino, 1960, Tom. V, pág. 421.

31. DINI, M., *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile*, Milano, 1961, pág. 150.

32. SAPIENZA, C., *I provvedimenti d'urgenza*, Milán, 1957, págs. 112-113.

1.ª. La atipicidad de las medidas del 700 CPC, que se basa en la ausencia de predeterminación tanto de los derechos cautelables como de los *pericula* (si bien no ocurre esto con el requisito de la inminencia e irreparabilidad, que sí que viene exigido) así como del contenido de la medida.

2.ª. El valor de la previsión de esta medida cautelar atípica, como corolario en garantía de la efectividad de la tutela jurisdiccional.

3.ª. El hecho de que una medida cautelar típica se individualiza no sólo por el derecho que tutela, sino además por el peligro en la demora que pretende neutralizar, puesto que un mismo derecho, dependiendo de las circunstancias, necesitará ser tutelado contra distintos peligros[33].

En el mismo sentido ARIETA y FRISINA, afirman que los *provvedimenti d'urgenza* se aplicarán siempre, y en toda situación que no concurran todos los presupuestos necesarios para adoptar una medida cautelar típica en relación al *periculum* deducido del derecho cautelado[34].

Y esto significa, en líneas generales, que donde vengan a consideración peligros o situaciones perjudiciales distintas de las consideradas en las medidas cautelares típicas, la aplicación del 700 CPC no puede ser excluida[35].

También en esta línea, y matizando la referencia a los *pericula*, al constatar que las formas nominadas de cautela no son adecuadas para conseguir bienes no susceptibles de aprehensión material, queda abierta la vía de utilización de la tutela innominada, que podrá ser concedida solamente cuando subsistan *pericula* distintos o más graves que aquellos previstos para la concesión de un *sequestro giudiziario*[36].

b) Conclusiones

De lo expuesto, y relacionando los *provvedimenti d'urgenza* con las otras dos medidas estudiadas, —*sequestro giudiziario* e intervención judicial— concluimos lo siguiente:

1.º. Que en el derecho italiano la medida cautelar más afín a la intervención judicial es el *sequestro giudiziario*, porque comparando los presupuestos, tanto la situación jurídica cautelable, como el *periculum in*

33. PROTO PISANI, A., «I provvedimenti d'urgenza, ex art. 700 cpc.», en *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, págs. 365-366.

34. FRISINA, P., «La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie» en *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pág. 976.

35. ARIETA, G., *I provvedimenti d'urgenza* , Padova, 1985, pág. 80.

36. TOMMASEO, F., *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, pág. 189.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mora, son prácticamente idénticos en ambas medidas. Diferenciándose, de un modo mayor, en lo referente a los efectos.

2.º. La relación entre los *provvedimenti d'urgenza* y el *sequestro giudiziario* es fundamentalmente de subsidiariedad, no solo de forma teórica, por venir establecida de este modo en la ley, sino también real. Y esto se debe en primer lugar, a que en lo relativo a la situación cautelable, el ámbito de aplicación del *sequestro giudiziario*, es muy amplio (incluye los supuestos en que se discute la posesión y la propiedad) y la enumeración de bienes cautelables, no es un *numerus clausus*, sino una enumeración abierta.

En segundo lugar, porque consideramos que en lo referente al *periculum*, la aplicación del *sequestro* tal y como viene regulado puede contrarrestar los *pericula* más diversos. Por lo que será muy difícil que ante una situación jurídica cautelable mediante un *sequestro*, podamos obtener un *provvedimento d'urgenza*, en atención a que el *periculum* que se persigue conjurar no pueda ser evitado con un *sequestro giudiziario*.

3.º. La finalidad que se persigue alcanzar mediante la intervención judicial, tendría en el derecho italiano un cauce análogo o parecido a través de un *sequestro giudiziario* y no mediante un *provvedimento d'urgenza*. La tutela que supone un *sequestro giudiziario* impediría la posibilidad de adoptar un *provvedimento d'urgenza*, que es, según lo dispuesto en el art. 700 CPC, medida cautelar subsidiaria de las reguladas en las secciones que la preceden.

III. Las medidas cautelares en el proceso civil alemán

A) *Introducción. Las medidas provisionales de seguridad*

La ZPO regula las medidas provisionales —*eintsweilige Verfügungen*— en los parágrafos 935 a 944 ZPO, que son las medidas cautelares que presentan una mayor afinidad con la intervención judicial de bienes litigiosos. Como derechos alegables para decretar estas medidas sólo pueden tenerse en consideración los que versen sobre prestaciones concretas con exclusión de los créditos dinerarios, para cuyo aseguramiento existe el *Arrest* (§§ 916 y ss. ZPO) parecido al embargo preventivo en Derecho español. Dentro de este grupo de medidas cautelares distinguimos:

Primero, las del § 935 ZPO, *Sicherungsverfügung*, que están previs-

tas «cuando se teme que por una modificación del estado actual de dicho objeto, se podría frustrar o dificultar notablemente la efectividad del derecho de una parte».

Segundo, las del § 940 ZPO, llamadas *Regelungsverfügung* que introducen en el derecho alemán un poder cautelar que tiene la ventaja de estar formulado en términos genéricos, al conceder al juez un amplio margen, sin necesidad de atenerse a normas taxativas, siempre casuísticas, que no pueden prever, a veces, determinadas circunstancias y necesidades. También suponen, en parte, esta ventaja las medidas del § 935 ZPO.

Tercero, el secuestro *ex* § 938.II ZPO, que es un ejemplo de una *Verfügung*, dispuesto en la ley.

B) *Secuestro*

Entre estas medidas cautelares previstas en el derecho alemán, examinamos en primer lugar el secuestro —*Sequestration*— del § 938.II ZPO, por los siguientes motivos:

Primero, por su proximidad y relación con la intervención judicial, circunstancia que hemos tenido ocasión de comprobar en la parte de los «Antecedentes históricos». Vimos como la intervención surgía para superar, en determinados supuestos, los efectos perjudiciales del secuestro. Medida que durante siglos había sido la tutela idónea para asegurar las resultas del juicio en esos casos.

Segundo, porque el secuestro presupone un supuesto en el que se discute sobre la propiedad de bienes muebles o inmuebles, que es también lo que ocurre en la intervención judicial, en la que se demanda en juicio la propiedad de una serie de bienes inmuebles.

Tercero, porque al mencionar el secuestro expresamente, rompe en cierta medida, la tendencia del legislador alemán a exponer, sin llegar a describir ninguna medida cautelar en concreto, un poder cautelar general para el Tribunal (véase en los §§ 935 y 940 ZPO).

Esta medida prevista en la ZPO se lleva a cabo del mismo modo que en derecho español. De ahí que también se diferencia, por tanto, con lo que ocurre en la intervención judicial, pues supone la entrega de objetos del patrimonio del demandado a un depositario —*Sequester*— por tal de asegurar una futura realización del derecho[37].

37. Grunsky, W., en Stein-Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 1988, IV/2, § 938, pág. 156.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Es en el § 938.II donde se establece que la medida provisional puede consistir en un secuestro —*Sequestration*—: «La disposición provisional también puede consistir en un secuestro,... (así como en mandarle o prohibirle un acto a la contraparte)». Y es, tal vez, el secuestro del bien al que se refiere la pretensión, una de las medidas que más claramente apunta a la finalidad de aseguramiento, al consistir la medida en la custodia y la administración de objetos muebles o inmuebles por una persona de confianza.

El depositario —*Sequester*— es nombrado por el tribunal del litigio[38], que debe determinarle detalladamente el campo de funciones para el caso concreto. Ocurre del mismo modo en el *sequestro giudiziario*[39], mientras que en España al depositario de los bienes secuestrados no se le establece la amplitud de las funciones sino que la única previsión legal afecta al modo de cumplirlas, quedando obligado a cumplir respecto de ellas todas las obligaciones de un buen padre de familia (art. 1788 CC). Dentro de este campo de funciones, el depositario desempeña su cometido de modo independiente, ni es encargado del tribunal, ni de una de las partes.

Los efectos del secuestro —desposesión de los bienes del demandado y nombramiento como depositario a un tercero— no suelen satisfacer totalmente a las partes, sobre todo, a una de ellas, al demandado. Y fue precisamente esta circunstancia —evitar los perjuicios del secuestro— la que llevó al legislador español de 1881 a buscar una nueva fórmula para tutelar la situación jurídica litigiosa, que finalmente concretó en la intervención judicial del 1419 LEC. En ese sentido y con esa finalidad, dirigiremos nuestro estudio hacia otras medidas provisionales, que supongan con sus efectos, unas ventajas y garantías asimilables a las de la intervención judicial.

Este objetivo podrían cubrirlo las medidas provisionales del § 935 ZPO, previstas para garantizar prestaciones no dinerarias; mediante estas medidas se podría llegar a resultados similares a los de la intervención judicial, resultados tendentes a evitar los perjuicios que ocasiona poner los bienes a disposición de un tercero, que los administra. Estos perjuicios se traducen en cuantiosas pérdidas, que se evitarían designando a un tercero con la función de fiscalizar la administración de los bienes litigiosos, que lleva a cabo el mismo demandado, a quien no se le ha privado de la posesión de los mismos.

38. GRUNSKY, W., en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 1988, IV/2, § 938, pág. 156.

Así ocurre también, en la intervención judicial, si bien la propuesta inicial depende de las partes en primer lugar, y a falta de acuerdo es el juez quien realiza la designación, atendiendo a quien pague mayor cuota de contribución territorial (art. 1420 LEC).

39. «Il giudice stabilisce i criteri e i limiti dell'amministrazione delle cose sequestrate» (art. 676 CPC).

C) *La medida provisional del § 935*

Las medidas provisionales del § 935, «son admisibles, en relación con el objeto litigioso, si hay que temer que, por una modificación de la situación existente, podría ser frustrada o dificultada considerablemente la realización del derecho de una parte». Son las llamadas disposiciones de aseguramiento, *Sicherungsverfügung*, que tutelan la futura realización de pretensiones de objeto no pecuniario.

La disposición de aseguramiento presupone, de manera análoga al embargo, un fundamento de la disposición: el peligro de que por un cambio del estado existente podría ser frustrada o dificultada considerablemente la realización del derecho de una parte (§ 935 ZPO). Como por ejemplo, la destrucción, privación o enajenación inminente de una cosa que el acreedor exige[40]. Las medidas que pueden adoptarse al amparo del § 935 ZPO, vienen determinadas de una parte por la finalidad de la disposición y de otra por lo dispuesto en el § 938.I ZPO. Pues según este parágrafo, el Tribunal establecerá según su poder discrecional, qué disposiciones son las adecuadas para lograr la finalidad pretendida.

El *periculum* que tratan de contrarrestar estas medidas, por su descripción y regulación de forma genérica, engloba el *periculum* que representan los supuestos tutelados mediante una intervención judicial. Pues, en estos casos, determinadas conductas del demandado conseguirían frustrar o dificultar la realización del derecho del demandante, desde el momento en que por una explotación abusiva de los bienes o por negligencia en el mantenimiento de los mismos, se desvirtuara la riqueza de éstos.

Esto nos lleva a afirmar en primer lugar, teniendo presente que el legislador alemán ha optado por una regulación no de medidas específicas sino de carácter genérico, con relación al presupuesto del *periculum* que, en derecho alemán, se podría contrarrestar el peligro que presupone la intervención judicial a través de las medidas del § 935 ZPO; máxime cuando la concreción de la medida, esto es, el tipo de disposición a

40. JAUERNIG, O., *Zwangvollstreckungs— und Konkursrecht*, München, 1990, pág. 158.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

adoptar, viene determinado por la finalidad a conseguir. Entre otras, en el § 938.II ZPO, se citan una serie de medidas, de las cuales hemos analizado el secuestro, comprobando algunas de las deficiencias de éste.

Por otra parte, el Tribunal cuando establece una medida puede tener en cuenta no sólo el *periculum in mora* sino también la situación jurídica cautelable, y por lo tanto adaptándose a estos presupuestos, pretende alcanzar para el demandante la mejor tutela posible; y al mismo tiempo, procura causar el menor perjuicio posible al demandado.

Consideramos por lo expuesto, a modo de conclusión, que nada obstaría a que el tribunal concediera una medida del § 935 ZPO que conllevara los mismos efectos que supone una intervención judicial, después de comprobar, que efectivamente concurrían los presupuestos exigidos, y que establece el § 935 ZPO. Si bien, el Tribunal podría acordar discrecionalmente la prestación de una fianza.

Por tanto, apuntada la posibilidad de conseguir parecidos resultados a los de una intervención judicial, mediante las medidas provisionales del § 935, y comparándola con un secuestro *ex* § 938.II, que supone, necesariamente, el efecto de designar un depositario, consideramos más apropiado en algunos casos, acudir a una medida del § 935, pues ofrece las ventajas derivadas de que el Tribunal pueda acomodar y concretar los efectos de ésta; y que podrían traducirse, incluso, en el nombramiento de un tercero, que fiscalizara la actividad del demandado, pero sin tener que llegar a desposeerlo de los bienes litigiosos, lo cual le evitaría innumerables perjuicios a éste.

D) *Relación entre los §§ 935 y 940 ZPO*

Finalmente nos referiremos a la conexión entre el § 935 y el § 940 ZPO por el hecho de que ambos preceptos posibilitan la adopción de las mismas medidas, si bien los presupuestos para adoptarlas —atendida la ley— difieren. En el § 940 ZPO se tutela una relación jurídica controvertida y en el § 935 ZPO se trata de un derecho o pretensión singulares. También en los efectos de estos grupos de medidas hay distinciones. En el § 940 ZPO los efectos se concretan en la regulación de una relación de hecho provisional, mientras que por el § 935 ZPO el Tribunal determina como debe concretarse la medida adecuada según la finalidad que se desee alcanzar.

Más arriba, hemos señalado que en derecho alemán las medidas que contrarresten el peligro que presupone la intervención judicial deberían solicitarse a través del § 935 ZPO. Lo que plantea la duda si se denegaría este tipo de tutela cautelar cuando la solicitud se realizara por medio del § 940 en lugar de emplear el § 935 ZPO. Esta cuestión queda resuelta por la conexión existente entre los §§ 935 y 940 ZPO, de modo que —y así se constata en la práctica habitual de los tribunales— en aquellos casos en que el demandante solicitara alguna medida *ex* § 940 para hacer frente a *pericula* amparados en el § 935 también se le concedería la medida solicitada. Es interesante por tanto la alusión a esta conexión entre ambos preceptos por la posibilidad que ofrecen de alcanzar los mismos efectos no obstante haber solicitado una determinada medida a través de un precepto que no es el previsto *a priori*.

Siguiendo SCHILKEN[41], podemos señalar la diferenciación que supone el que las medidas del § 935 ZPO vayan dirigidas a asegurar prestaciones que no son en metálico, respecto de las medidas del § 940 ZPO cuyo fin es la regulación de una relación jurídica controvertida.

En la práctica no se distingue rigurosamente entre §§ 935 y 940 ZPO. En la mayoría de las veces son nombradas conjuntamente ambas disposiciones, y si el solicitante ha apoyado su petición en una de las dos prescripciones, nada impide al tribunal admitirla según la otra disposición[42]. No es necesario, por tanto, delimitar rigurosamente el campo de aplicación de ambas prescripciones teniendo en cuenta el tenor muy amplio, especialmente del § 940; de modo que, si se dicta la disposición provisional solicitada es irrelevante si el tribunal se ha basado en el § 935 o en el § 940 ZPO, o en ambas prescripciones[43]. Esta falta de precisión está basada en la idea de que disposiciones de aseguramiento y de regulación tienen la misma finalidad, esto es, el aseguramiento del derecho del demandante[44].

A primera vista, puede parecer que hay una gran diferencia entre el § 935 y el § 940, como si éste último tuviera especialmente la función de proteger más la paz jurídica y menos el derecho de las partes. Mientras el § 935 ZPO se refiere más a una pretensión individualizada, el § 940 ZPO se refiere en primer lugar a relaciones jurídicas con una continuidad, de las cuales pueden surgir numerosas pretensiones. Esta diferen-

41. SCHILKEN en ROSENBERG, L., GAUL, H. F., SCHILKEN, E. *Zwangvollstreckungsrecht*, München, 1987, págs. 781 y ss.

42. GRUNSKY, W., en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 1988, IV/2, pág. 122.

43. GRUNSKY, W., «Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes», en *Juristische Schulung*, 1976, pág. 279.

44. JAUERNIG, O., «Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen» en *Zeitschrift für Zivilprocess*, 1966, pág. 324.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cia no tiene significación práctica cuando se aplican, pues no se atiende a la delimitación del § 935 frente al § 940 ZPO sino que en la mayoría de las decisiones ambas disposiciones, conjuntamente, son dadas como fundamento para la medida adoptada[45]. Ambas disposiciones quieren proteger al acreedor ante un perjuicio de su derecho, y se complementan formando una cláusula general amplia, que otorga al acreedor una protección jurídica provisional[46]. Por tanto, en derecho alemán las medidas que contrarresten el peligro que presupone la intervención judicial podrían otorgarse bien se hubieran solicitado a través del § 935 ZPO o mediante el § 940 ZPO.

IV. Las medidas cautelares en el proceso civil francés

A) *Introducción*

En la legislación francesa, al igual que ocurre en España, no hay un regulación sistemática de las medidas cautelares, sino que por el contrario se encuentran dispersas por las distintas leyes.

Ni tan siquiera encontramos en el derecho positivo francés, de forma expresa, el término «cautelar», tal y como ocurre, por ejemplo en el *codice di procedura* italiano, en la rúbrica de «*I procedimenti cautelari*» del Libro 4.º, Titulo I, capítulo III.

Sí que aparece por el contrario, en la regulación procesal de Francia, el concepto medidas provisionales —*mesures provisoires*— en el *Nouveau Code de Procédure civile* (NCPC), artículos 1117-1119. Si bien no como epígrafe y con carácter general, sino referidas a una materia concreta, como es el procedimiento de divorcio y separación (cap. V, Tit. I, Lib. III).

Sin embargo la expresión medidas provisionales, en su acepción genérica, es utilizada por la doctrina[47], acentuando el carácter de la provisionalidad, esto es, que no se trata de medidas definitivas. Precisamente por esta razón se trata de una característica que se da en otras instituciones procesales y que carecen de naturaleza cautelar, v. gr., la ejecución provisional de sentencias.

Y cuando la doctrina emplea esta expresión, no lo hace refiriéndose únicamente al caso que hemos señalado más arriba, regulado en el *Nouveau Code de Procédure civile*, sino que se piensa, en general, en una serie de medidas como el secuestro, el pago de una pensión de alimentos, medidas de salvaguarda, el nombramiento de un administrador provisional, etc., todas ellas con una característica común, y es que son provisionales, lo cual no implica que se pueda afirmar que todas estas medidas además de provisionales sean cautelares, pues como ya explicaba Calamandrei, las medidas cautelares respecto de las provisionales son como la especie respecto del género.

La vía para acercarnos a las medidas cautelares en derecho francés afines a la intervención judicial, es la regulación de medidas conservativas —*mesures conservatoires*— que si bien es cierto que en el proceso civil francés sirven para asegurar las resultas del juicio, tanto en el proceso de ejecución como en el de declaración, no obstante de entre todas, las hay con naturaleza cautelar y no ejecutiva. Y pueden adoptarse a través de *référés* o de *requête*. Procedimientos a los que nos referiremos brevemente antes de comparar algunas medidas cautelares con la intervención judicial.

B) *Référés*

Este procedimiento —arts. 484-492, cap. II, tit. XIV, Lib. I, NCPC— se ha definido como un procedimiento rápido que en la primera instancia tiene lugar ante un juez único a quien se puede acudir directamente para que pronuncie inmediatamente una resolución de carácter provisional.

En el Libro I del NCPC, se recogen los arts. 484 a 492 CPC, que definen la *ordonnance de référé* y establecen las normas del procedimiento. Luego en el Libro II, arts. 808 a 811 NCPC se disponen las facultades en *référé* del Presidente del Tribunal de gran instancia; del Juez del Tribunal de instancia en los arts. 848-850; del Presidente del Tribunal de comercio en los arts. 872-3, etc.

Los *référé* nacen de la necesidad de obtener, en caso de urgencia, una solución provisional, y paliar la lentitud inherente al proceso ordinario y las medidas que pueden adoptarse. Además, persiguen prevenir un daño inminente o que cese un perjuicio manifiestamente ilícito, y siempre van precedidas por una comparecencia que posibilita la contradic-

45. Grunsky, W., *Grundzüge des Zwangsvollstreckungs und Konkursrechts*, Tubingen, 1983, pág. 138.

46. Leipold, D., *Grundlagen des einstveiligen Rechtsschutzes*, München, 1971, págs. 101 y ss.

47. Las *mesures provisoires*, son medidas que se caracterizan por que producen efectos temporales y salvaguardan el resultado final (Perrot, R., «Les mesures provisoires en droit français», en *Les mesures provisoires en procedure civile*, Milano, 1985, pág. 150).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción[48]. El que pide la medida emplaza al demandado ante el Presidente, y éste puede adoptarla el mismo día.

Como hemos señalado más arriba, este procedimiento, sólo es aplicable en los casos previstos en la ley, por ejemplo, cuando se trata de evitar un perjuicio inminente, o cuando se pretende poner fin a una situación manifiestamente ilícita[49].

Exigiéndose como presupuestos el de la «urgencia», que consiste en que una de las partes está expuesta a un perjuicio difícilmente reparable, o a un peligro inminente, por ejemplo, un edificio que amenaza ruina y puede desplomarse sobre la casa vecina (esto daría lugar en España, a un interdicto)[50]. Vendría a representar un *periculum in mora*, en el sentido de que las circunstancias que amenazan —perjuicio irreparable y peligro inminente— están en relación directa con el transcurso del tiempo. Por tanto, si no se adopta una medida de forma inmediata, las consecuencias pueden ser irreparables o muy gravosas.

Otro presupuesto es el de «la excepción de *contestation serieuse*», esta excepción hay que entenderla en el sentido de no provocar que el juez tenga que decidir sobre el fondo del asunto principal, y esto podría ocurrir si para justificar la medida que le es solicitada, tuviera que resolver una cuestión de fondo. Lo que supondría en ocasiones dejar entrever las posibilidades que el demandante tiene de vencer o no en el pleito al habersele concedido o denegado la medida solicitada por *référé*.

Este aspecto, se pone de manifiesto expresamente en el art. 1420 LEC, referido a la intervención judicial, cuando se señala que «las partes absteniéndose de alegar acerca de los derechos que puedan asistirles en el pleito...», de lo que se deduce, la intención del legislador de que no se entre a conocer del fondo del asunto. Este objetivo trata de alcanzarlo el legislador no mediante un mandato directo al Juez, en el sentido de no entrar a conocer del fondo del asunto, sino prohibiendo a las partes que aleguen sobre los derechos que puedan asistirles en el pleito. Así se evita de forma preventiva, el riesgo que supone que el juzgador disponiendo de información sobre los derechos de las partes pudiera prejuzgar. Por lo tanto, si el juzgador hace valer esta prohibición dirigida a las partes, podrá concentrar toda su atención para comprobar si concurren

48. CROZE, H., y MOREL, CH., *Procedure civile*, París, 1988, págs. 290-291.
49. PERROT, R., « Les mesures provisoires en droit français», en *Les mesures provisoires en procedure civile*, Milano, 1985, pág. 158.
50. MARTÍNEZ RUIZ, L. F., «El procedimiento francés de 'référé' y su posible adaptación al enjuiciamiento civil español», en *R.G. de Legislación*, Madrid, Abril 1964, pág. 7.

los presupuestos, que posibilitan la adopción de la intervención judicial. En el art. 808 NCPC se recoge expresamente que se podrán adoptar todas las medidas *qui ne se heurten à aucune contestation serieuse*.

Estas medidas no gozan de la autoridad de cosa juzgada[51] y pueden ser modificadas por el juez que las adoptó, si aparece un hecho nuevo (art. 488.2 NCPC).

Otra característica de las ordenanzas de *référé* es que se obtienen de forma contradictoria, característica que las distingue de las medidas *sur requête*. Cabe resaltar que debido a la simplicidad y a la rapidez que caracterizan este procedimiento, no se requiere ningún escrito y los debates son orales.

Además, en el art. 489 NCPC, se recoge que puede subordinarse la ejecución provisional de la medida de *référé* a la constitución de una fianza.

C) *Les ordonnances sur requête*

El Tribunal de gran instancia, a través de este procedimiento, mediante *requête*, arts. 493-498 NCPC, Sec. II, Cap. II, Tit. XIV, Lib. I, puede ordenar todas las medidas urgentes que por sus circunstancias no exijan audiencia previa contradictoria[52].

Es frecuente que se adopten medidas provisionales por medio de este procedimiento —al igual que mediante *référés*— cuando una situación se convierte en conflictiva; y tiene su causa en un acto unilateral del demandante, con la circunstancia de que el adversario no es citado[53].

La competencia no solamente corresponde al Presidente del Tribunal de gran instancia, sino que también otros jueces por delegación, pueden adoptar medidas provisionales.

D) *Medidas cautelares que pueden adoptarse mediante* référe

Tal y como hemos adelantado, a través de estos procedimientos pueden adoptarse toda una serie de medidas cuya característica común es la provisionalidad, entre las que se encuentran algunas de naturaleza cautelar.

51. GIVERDON, C., *JURIS CLASSEUR*, Fascículo 232, 6, 1988, pág. 3.
52. CROZE, H., y MOREL, CH., *Procedure civile*, París, 1988, pág. 294.
53. PERROT, R., «Les mesures provisoires en droit français», en *Les mesures provisoires en procedure civile*, Milano, 1985, pág. 158.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

a) Artículo 808 NCPC

A través del art. 808 NCPC el Presidente del Tribunal de gran instancia, puede adoptar todo tipo de medidas, con la excepción de aquéllas que su concesión implicara tener que entrar en el fondo del asunto; situación que se plantearía cuando de la contestación que formulara el demandado no se distinguiera entre la oposición al derecho y la oposición a la medida por ser todo una misma cosa[54]. Además deberá concurrir el presupuesto de la urgencia (*periculum in mora*).

De este modo, a través del art. 808 NCPC, el Presidente del Tribunal de gran instancia podría adoptar medidas cautelares que supongan los mismos efectos que una intervención judicial.

b) Artículo 809.I NCPC

En este caso la ley, enumera una serie de supuestos que se consideran contraexcepciones a lo establecido en el 808 NCPC. De modo que se podrán adoptar una serie de medidas —no obstante la existencia de una contestación que implique tener que entrar en el fondo del asunto para poder otorgar la medida provisional— en aquellas situaciones en las que se tenga que prevenir un daño inminente o deba conseguirse que cese una perturbación manifiestamente ilícita. En estos casos la ley concreta además, qué tipo de medidas pueden adoptarse, señalando que podrán ser o conservatorias o reintegratorias, atendidas las circunstancias del caso.

Observamos cómo también a través de esta vía del art. 809.I NCPC, podríamos pedir una medida que tuviera naturaleza cautelar, y con los efectos de una intervención judicial, pero en estos casos, además del presupuesto de la urgencia debería concurrir necesariamente la circunstancia de un daño inminente o la existencia de una perturbación ilícita.

c) Secuestro. Facultades del administrador-depositario

Esta medida cautelar en el Derecho francés supone la posibilidad de obtener una cautela para pretensiones, que en España son tuteladas por la intervención judicial.

El secuestro, en Francia, es una medida puramente conservatoria,

54. COUCHEZ, G., *Procedure civile*, París, 1981, pág. 37.

pero la jurisprudencia la ha ampliado considerablemente, de manera que para conseguir un fin concreto se han ampliado sus consecuencias[55].

La regulación del secuestro —al igual que en España— no tiene su sede en la ley procesal, sino en el Código civil. El secuestro se dirige a la administración provisional de la cosa, sin hacer nada que comprometa el estado o el valor, con tal de poder devolverla al final de su mandato, a quien tenga derecho.

El artículo 1961 *Code civil* establece los casos en los que cabe el nombramiento de un depositario, y así, «la Justicia puede ordenar el secuestro de un inmueble o de una cosa mueble, de las que la propiedad o posesión es litigiosa entre dos o más personas».

El modo de concretarse esta medida cautelar evidencia la inadecuación del secuestro como medida cautelar en determinados casos, en tanto que implica una injerencia en los derechos del demandado, pues la adopción del secuestro, supone la desposesión de los bienes del demandado y desde ese momento los administra un tercero.

La jurisprudencia ha reconocido al juez de *référé* el poder de nombrar un administrador-secuestrador para inmuebles, empresas, herencias en caso de testamento litigioso, etc.

Paralelamente a esta jurisprudencia, diversos textos legislativos han confiado al Presidente del Tribunal, la misión de adoptar un secuestro en muchas hipótesis, interviniendo este magistrado por vía de *référé* o *requête*[56].

El depositario es nombrado para la guarda y administración de cosas sobre las que se discute en litigio, ya sea desde el punto de vista de la posesión o de la propiedad. Es el encargado de conservar los muebles o inmuebles litigiosos.

Se precisa que el juez de *référé* tiene un poder soberano de apreciación, y no tiene que limitarse a los casos en los que el art. 1961 del *Code civil* prevé esta designación[57]. Pero es necesario que exista un litigio principal. Esta es la condición que se ha procurado plasmar en el art. 808 NCPC, cuando se refiere a la existencia de un proceso; y el hecho de que los bienes confiados a un administrador hubieran perdido su

55. SEIGNOLLE, J., «Des référés», en CEZAR, B., HEBRAUD, P., SEIGNOLLE, J., *Juridiction du Président du Tribunal*, París, 1957, Tomo I, pág. 241.

56. SEIGNOLLE, J., «Des référés», op. cit., págs. 242 y 246.

57. *JURIS CLASSEUR PENAL*: 65, II, 14443, note R. L. —p. 48— en GIVERDON, C., JURIS CLASSEUR, Fascículo 234, 9, 1989, pág. 10.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

caracter litigioso, justifica que la decisión, nombrándolo, sea anulada, revisada [58].

Las facultades que le son confiadas al secuestrador deben quedar limitadas a las que son estrictamente necesarias para la conservación de los bienes litigiosos y de los intereses en litigio [59].

Son competentes no solamente los jueces ante quienes pendan los procesos, sino también los jueces de *référé* cuando hay urgencia [60].

E) *Medidas que se pueden adoptar mediante* requête

Al igual que ocurría con el procedimiento de *référé*, a través de este procedimiento se pueden adoptar innumerables medidas provisionales pero que siempre son de escasa incidencia. Incluso en muchas ocasiones se tratará de adoptar vía *requête* medidas complementarias de las adoptadas a través de *référé* por ejemplo: nombramiento de un secuestrador o administrador judicial, y remplazamiento de otro, impedido o difunto. En este caso no es que una de las partes pida al juez que ordene un secuestro vía *requête*, sino que se tratará de aquellos casos en los que pendiente un secuestro, y con su correspondiente administrador, debido a alguna circunstancia, como el fallecimiento de éste, tuviera que nombrarse a otro. En este caso el remplazamiento del administrador difunto puede realizarse vía *requête*. De lo que se constata, que las medidas provisionales vía *requête* normalmente no presuponen una situación conflictiva de tanta importancia como las que dan lugar a las medidas vía *référé*. Sin embargo ello no impide la multitud y variedad de los supuestos en los que se acude al procedimiento de *requête*.

En consecuencia no se podría solicitar por esta vía una medida cautelar que supusiera efectos parecidos a los de una intervención judicial. En cambio sí que sería de mucha utilidad para resolver toda una serie de incidencias que pueden surgir en el desarrollo de la medida adoptada.

Como conclusión, después de examinar las medidas provisionales, con atención a las medidas cautelares y sobre todo de aquéllas que por sus efectos representan mayor afinidad con la intervención judicial podemos afirmar:

1.º. Que cabe adoptar tanto medidas ejecutivas como medidas preparatorias de un juicio. También ejecuciones provisionales y medidas que garanticen los efectos que se derivan de sentencias constitutivas (en procesos de separación y divorcio). Asimismo medidas cautelares.

2.º. La legislación francesa recoge una enumeración exhaustiva de medidas provisionales que representa un elenco prácticamente completo de medidas típicas o nominadas. Consecuentemente si se tuviera que cautelar la situación jurídica y el peligro que presupone una intervención judicial en España habría que solicitar un secuestro —como medida típica, que cabe adoptar a través de un procedimiento de *référé*— medida prevista en la ley.

No obstante, también podría intentarse la adopción de una medida innominada que comportara los efectos normales de una intervención judicial, presupuesta una situación jurídica cautelable concreta.

Ahora bien, esta segunda posibilidad plantea la cuestión de la subsidiariedad entre las medidas que el Presidente del Tribunal de gran instancia, puede ordenar en *référé* y que posibilitan los arts. 808 a 811 de NCPC respecto de las medidas provisionales previstas en la ley.

58. GIVERDON, C., *JURIS CLASSEUR*, Fascículo 234, 9, 1989, pág. 10.
59. GIVERDON, C., op. cit., pág. 10.
60. SEIGNOLLE, J., «Des référés», en CEZAR, B., HEBRAUD, P., SEIGNOLLE, J., *Jurisdiction du Président du Tribunal*, París, 1957, Tomo I, pág. 241.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA ADMISIÓN Y EFECTIVA APLICACIÓN DE LA LITISPENDENCIA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES. LA REGULACIÓN COMUNITARIA

ELENA CANO BAZAGA
Profesora Asociada de Derecho internacional privado
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

I. Introducción. — II. La litispendencia interna: noción, fundamento y condiciones de aplicación. — III. La admisión de la litispendencia en las relaciones internacionales: 1. La incidencia de la litispendencia en la determinación de la competencia judicial internacional y en el sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras; 2. La Jurisprudencia como fuente de admisión de la litispendencia internacional: A) La pretendida inexistencia de la litispendencia en las relaciones internacionales; B) Las dificultades de aplicación de los mecanismos reguladores de la litispendencia en las relaciones internacionales. — IV. La efectiva aplicación de la litispendencia. Las relaciones intracomunitarias: 1. El Derecho convencional como fuente de aplicación de la litispendencia en las relaciones internacionales; 2. La litispendencia comunitaria: principales particularidades de su regulación: A) Condiciones para su existencia: 1. La concepción amplia y autónoma de la triple identidad; 2. La irrelevancia del origen de la competencia; B) Los mecanismos de solución: 1. El carácter imperativo y la aplicación de oficio; 2. El funcionamiento automático.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. Introducción

El tema de la litispendencia internacional, en general, puede considerarse interesante por su actualidad (su incorporación a este ámbito es relativamente reciente); por su carácter práctico (es aplicada por los tribunales de un número de Estados cada vez mayor); por su incidencia en los dos sectores del Derecho procesal internacional relativos a la determinación de la competencia judicial internacional directa y al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras; o también, desde otro enfoque, porque su análisis pone de manifiesto las diferentes concepciones jurídicas que sobre el márgen de actuación de jueces y tribunales tienen los sistemas continental y anglosajón.

Todas estas razones adquieren un interés particular cuando el estudio se circunscribe al juego de esta figura en el ámbito de las relaciones intracomunitarias, y más si dicho estudio se realiza desde la perspectiva del sistema de Derecho internacional privado español. La litispendencia comunitaria, regulada en el artículo 21 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, es una muestra, una de las manifestaciones, de la internacionalización (en este caso por vía convencional) de nuestro Derecho procesal internacional.

La entrada en vigor, el 1 de febrero de 1991, del Convenio de Adhesión de España y Portugal al Convenio de Bruselas[1] ha supuesto, para nuestro ordenamiento jurídico, asumir una regulación de la litispendencia completamente innovadora. La nueva regulación contrasta, no sólo con la tradicional inadmisión de esta institución, con el silencio de la LOPJ y con la interpretación negativa (con algunas vacilaciones) que de este silencio continúan realizando los tribunales españoles, sino también con la regulación de la litispendencia internacional prevista en nuestro sistema convencional.

1. Vid. artículo 3, apartado 2.º del Acta de Madrid de 12 de junio de 1985, relativa a las condiciones de adhesión de nuestro país a las Comunidades Europeas y a las adaptaciones de los Tratados (BOE de 1 de enero de 1986). El Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la Adhesión de España y Portugal al Convenio de Bruselas con sus sucesivas adaptaciones, fue firmado en Madrid el 29 de octubre de 1990 y publicado en el BOE núm. 24, de 28 de enero de 1991 (Corr. de err. en BOE núm. 103, de 30 de abril de 1991). Hasta la fecha, el Convenio de Adhesión de España y Portugal al Convenio de Bruselas, ha entrado en vigor, además de en nuestro país, Francia y Holanda (1 de febrero de 1991), en el Reino Unido (1 de diciembre de 1991); Luxemburgo (1 de febrero de 1992); Italia (1 de mayo de 1992); en Portugal y Grecia (1 de julio de 1992); Irlanda (1 de diciembre de 1993); Alemania (1 de diciembre de 1994); y Dinamarca (1 de marzo de 1996), encontrándose pendiente la ratificación de Bélgica.

La disciplina de la litispendencia *comunitaria*, en su doble concepción (como situación jurídica de concurrencia de competencias y como mecanismo de solución de dicha situación), no sólo merece dicho calificativo por implicar a distintos tribunales de diferentes Estados Parte en el Convenio sino, sobre todo, por presentar unos rasgos peculiares que la diferencian tanto de la litispendencia interna como de la tradicional excepción de litispendencia internacional.

La originalidad de su configuración y de su funcionamiento es el obligado reflejo del, también, original sistema procesal en el que el artículo 21 opera. Como es sabido, en el espacio judicial europeo, desde el principio de confianza entre las respectivas administraciones de justicia, ha sido posible uniformar los criterios de competencia judicial internacional y asumir, como regla general, la automaticidad de los efectos de las decisiones dictadas por los Estados Parte, pasos imprescindibles hacia la total libertad de circulación de las sentencias. En este contexto, no debe sorprender que, por ejemplo, para la constitución de la situación de litispendencia, sea suficiente la existencia de una sustancial analogía en la configuración de la relación jurídica que fundamenta las demandas, sin requerirse la clásica triple identidad formal, o que el segundo tribunal que conoce del litigio deba imperativamente inhibirse, sin condicionar su conducta a las probabilidades de reconocimiento de la futura decisión del primer tribunal en el foro, o al resultado de la verificación que él realice sobre la competencia judicial internacional del primero.

En definitiva, el marco convencional europeo permite que la litispendencia en él regulada supere la mayoría de los inconvenientes derivados de la falta de analogía entre la litispendencia interna y la internacional.

II. La litispendencia interna: Noción, fundamento y condiciones de aplicación

Una primera aproximación a los estudios doctrinales realizados en torno a la figura de la litispendencia en el proceso interno, pone de manifiesto que de la misma puede hablarse en dos sentidos, uno *in genere*, para indicar el estado de pendencia que el nacimiento del proceso origina, y otro más específico, para subrayar lo que representa un efecto, esto

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

es, para indicar el problema que surge cuando la misma causa se propone sucesivamente ante tribunales diversos [2].

Desde esta segunda acepción, con el término litispendencia se hace referencia al mecanismo procesal concreto que trata de evitar, mediante la aplicación del principio *prior in tempore potior in iure*, que una pluralidad de tribunales puedan conocer del mismo asunto. Dicho principio finalmente llevaría al segundo tribunal a inhibirse a favor del primero, y ello con el objetivo principal de evitar la existencia de fallos contradictorios.

El fundamento de esta figura procesal sería doble: por una parte, propiciar la economía procesal, pues «no resulta lógico exigir a los tribunales de justicia que se pongan en marcha por segunda vez para resolver sobre el mismo tema», y por otra, agotar en el primer proceso la necesidad de protección jurídica de las partes litigantes, ya que «no puede obligarse al demandado a que se someta a las molestias de dos procesos distintos en los que se ventila la misma cuestión» [3].

Esta doble fundamentación de la litispendencia concuerda con los intereses públicos y privados que subyacen en la concepción del proceso que muestran los distintos ordenamientos jurídicos. Así, la concepción privatista del mismo que impregnó el derecho procesal clásico, llevó a su regulación como excepción en sentido estricto, dirigiéndose primordialmente a proteger el legítimo interés de las partes a no verse sometidas dos veces al mismo proceso, mientras que la evolución posterior de esta rama jurídica desembocó en una concepción publicista del mismo, centrándose la necesidad de la institución en un interés más amplio, el de una buena administración de justicia que desde el principio de seguridad jurídica exigiría evitar decisiones contradictorias y, desde el de economía procesal, impondría la eliminación de una actividad procesal doble [4].

2. V. COLESSANTI, *La litispendenza*, Novissimo Digesto Italiano IX, 1963, págs. 973 y ss.; G. CHIOVENDA, *Relación Jurídica Procesal y Litispendencia*, Ensayos de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1949, pág. 165; J. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1945, II, 1.º, págs. 252 y ss.; E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La litis pendencia*, RDP, 1969, págs. 605-652, esp. pág. 606; M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Litispendencia*, RDP, 1969, págs. 653-681, esp. págs. 654-655; L. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil I*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1985, págs. 825-845; J. B. ACOSTA ESTÉVEZ, *Pretensión Procesal Administrativa, Ejecución de sentencias y Construcción Jurisprudencial de la Litispendencia en lo contencioso administrativo*, PPU, 1.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 79; M. A. FERNÁNDEZ-J. M.ª RIFA-J. F. VALLS, *Derecho procesal Práctico*, Tomo III, Formularios y Jurisprudencia sobre el Proceso civil, ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, págs. 264-300, esp. págs. 264-265.

3. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Lecciones de Derecho Procesal*, Barcelona, 1982, pág. 61.

En un plano general, a la litispendencia se la coordina con la excepción de cosa juzgada, pues ambas se dirigen al mismo fin, evitar sentencias contradictorias [5], pero mientras la segunda excepción se pone en funcionamiento cuando culmina la actividad jurisdiccional, la primera actuaría en la fase inicial del proceso para, evitando la actual duplicación de la actividad procesal, soslayar la probabilidad futura de decisiones contradictorias. El distinto momento de actuación de las dos figuras y la participación en el mismo fin, llevó a la doctrina clásica a señalar que la litispendencia supone la puesta en práctica anticipada de la excepción de cosa juzgada [6]. Se trataría de un mecanismo preventivo que por definición ha de actuar desde el inicio de la situación de riesgo que hipotéticamente puede derivar en decisiones contradictorias.

Dada la asimilación de la litispendencia con la cosa juzgada, no puede extrañarnos que para la aplicación de la primera hayan sido requeridas las mismas condiciones exigidas para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio; esto es, tomando como ejemplo el Derecho español, «...la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron» (artículo 1252.1.ºCC) [7].

4. W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía de Derecho Internacional Privado*. Tomo III, 2.ª ed., Buenos Aires, 1954, pág. 252; E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Litis pendencia*, cit., pág. 617.

5. Siguiendo a L. PALSSON, *The Institute of lis pendens in International Civil Procedure*. Scandinavian Studies in Law, 1970, págs. 59-108, esp. pág. 68, «La excepción de litispendencia y la de cosa juzgada son los instrumentos necesarios para realizar el principio del *ne bis in idem*».

6. Así lo indican, entre otros, V. COLESSANTI, *Litispendenza*, cit., pág. 976; E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Litis pendencia*, cit., pág. 616; G. MORELLI, *Diritto Processuale Civile Internazionale*, Padova, 1954, pág. 168; G. CAMPEIS-A. DE PAULI, *Il Processo civile italiano e lo straniero. Lineamenti di Diritto Processuale Civile internationale*, Giuffrè, Milano, 1986, pág. 112.; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil Internacional (Ordenamiento español)*, Madrid, 1981, pág. 253; M. SERRA DOMÍNGUEZ, *La Litispendencia*, cit., pág. 656.

7. V. FAIRÉN GUILLÉN, *La Transformación de la Demanda en el Proceso Civil*, 1941, pág. 41; P. ARAGONESES ALONSO, *Excepciones dilatorias y acumulación de acciones*, RDP, 1952, pág. 476; E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La litis pendencia*, cit., págs. 627-630; L. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, cit., págs. 832-833; M. SERRA DOMÍNGUEZ, *La Litispendencia*, cit., pág. 674.

Nuestro Tribunal Supremo exige la concurrencia de las tres identidades para la admisibilidad de la litispendencia en multitud de sentencias, sirvan como muestra las de 17 de marzo de 1930 (CJC, 1930, núm. 60, págs. 356-360), 27 de junio de 1944 (CJC, núm. 38, 1944, págs. 322-323), 7 de febrero de 1950 (RAJ 200), 19 de octubre de 1954

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Junto a la triple identidad entre los dos procesos, se exige, como consustancial a la litispendencia, que éstos se encuentren pendientes, ya que si no fuera así, la que entraría en juego sería la excepción de cosa juzgada.

Además, y como presupuesto del juego de dicho mecanismo procesal, es necesario que los asuntos hayan sido planteados ante tribunales competentes [8].

Partiendo de esa competencia, lo que habrá que verificar es si se dan las condiciones de pendencia e identidad entre ambas demandas para que el segundo tribunal decida aplazar su decisión o inhibirse a favor del primero. No se trata aquí de una excepción de incompetencia del primer tribunal que conoce ni tampoco del que lo hizo después, puesto que si alguno fuera verdaderamente incompetente la situación de litispendencia no llegaría a plantearse.

De lo que a amplios rasgos ha sido expuesto en cuanto a su configuración en el derecho interno, podemos concluir que la litispendencia existe cuando dos o más jueces dotados de competencia, están conociendo de demandas subjetiva, objetiva y causalmente idénticas. Esta concurrencia de procesos legitimará al demandado en el segundo proceso —si en ese ordenamiento se configura como excepción— para alegarla y el tribunal podrá o deberá aplazar su decisión o inhibirse, según los casos, a favor del primero. De manera que el riesgo de decisiones contradictorias, bajo el principio del *ne bis in idem*, desaparezca desde su inicio y se evite, conforme al de economía procesal, la inútil duplicidad de la actividad procesal de los tribunales nacionales [9].

(CJC, 1954, págs. 168 y ss.); 10 de enero de 1958 (CJC, núm. 9, 1958, pág. 85), 22 de enero de 1958 (CJC, núm. 33, 1958, págs. 324-325), 29 de mayo de 1963 (RAJ 2416), 13 de mayo de 1964 (RAJ R.13), 13 de diciembre de 1967 (Dic.ind.J.C., T. II, núm. 6635, 1973), 10 de mayo de 1971 (RAJ 2775), 31 de enero de 1974 (RAJ 352), 17 de mayo de 1975 (RAJ 2186), 24 de marzo de 1981 (La Ley, 1981, T. II, 914-R, págs. 714-715), 5 de diciembre de 1981 (RAJ 5048), 25 de mayo de 1982 (La Ley, núm. 506, septiembre 1982, págs. 1-4), 19 de diciembre 1985 (La Ley, núm. 1457, mayo 1986, págs. 1-5), 7 de marzo de 1990 (La Ley, núm. 2715, abril 1991, págs. 5 y ss.), 30 de abril de 1990 (La Ley, núm. 2579, septiembre 1990, págs. 6 y ss), 18 de junio de 1990 (RAJ 4764), 12 de noviembre de 1990 (La Ley, núm. 2730, abril 1991, págs. 5 y ss), 7 de noviembre de 1992 (RAJ 9097); 30 de octubre de 1993 (RAJ 8169).

8. L. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, cit., pág. 833; P. MAYER, *Droit International Privé*, 4.ª ed., Prècis-Domat, París, 1991, pág. 277; G. A. L. DROZ, *Cours Général de Droit International Privé*. Académie de Droit International. Recueil des Cours. Collected Courses, 1991-IV, págs. 63 y ss.; D. HOLLEAUX-J. FOYER-G. DE LA PRADELLE, *Droit International Privé*, Col. Droit-Sciencies Économiques, París, 1987, pág. 368.

9. M. A. VIEIRA, *La Litispendencia en el derecho internacional privado*, REDI,

III. La admisión de la litispendencia en las relaciones internacionales

1. *La incidencia de la litispendencia en la determinación de la competencia judicial internacional y en el sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras*

El doble presupuesto que la constitución de la situación de litispendencia requiere —la competencia de los tribunales implicados y la creación de una situación de riesgo de resoluciones contradictorias— determina que en el ámbito del Derecho procesal internacional y para cada ordenamiento jurídico, su problemática se conecte, de una parte, con el sistema de determinación de la competencia judicial internacional directa, y de otra, con aquel que hace referencia al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.

Incide en el ámbito de la competencia directa en la medida en que supone la puesta en práctica de una excepción que paralizará, provisional o definitivamente, la actividad jurisdiccional nacional, en favor de otra, extranjera. Como es sabido, las leyes propias de cada Estado son las encargadas de determinar los supuestos incluídos o excluídos de dicha competencia, con la consiguiente posibilidad de conflictos positivos o negativos al respecto.

Se conecta asimismo con el sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras de cada ordenamiento jurídico por su propia finalidad, —evitar que se produzcan varias decisiones a propósito de un mismo asunto—, decisiones que podrían resultar contradictorias [10].

vol. XXV, 1972, pág. 395; L. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, cit. pág. 832; G. A. L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Bibliothèque de Droit International Privé, vol. XIII, París, 1972, n.º 289, pág. 180; M. DESANTES REAL, *La Litispendencia internacional. Consideraciones sobre su regulación y futura aplicación en España*, Justicia, 1983-IV, págs. 845-846.

10. F. PONTONIO, *Problemi di competenza e di litispendenza nel diritto processuale internazionale con riferimento alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, Resp. civ. prev., 1978, págs. 816-817; T. PERASSI, *Il Regolamento della litispendenza in alcune convenzioni internazionali*, RDI, 1953, págs. 359 y ss.; G. A. L. DROZ, *Compétence Judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, cit., págs. 178 y ss.; E. PECOURT GARCIA, *Las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español*, AIHLADI, 1963, págs. 200 y ss.; A. MIAJA DE LA MUELA, *Competencia de los tribunales internos en litigios con elementos internacionales*, RJC, año LXXX, núm. 3 (julio/septiembre) 1981, pág. 624; *idem*, en *Derecho Internacional Privado*, II, Parte Especial, 10.ª ed. revisada por J. L. IGLESIAS BUHIGUES, Madrid, 1987, págs. 703-704.; A.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Para el exequátur de las resoluciones extranjeras, la competencia del juez de origen ha sido un requisito constante para el derecho interno de los Estados. En la valoración sobre su cumplimiento o no, el juez requerido también acudirá a las reglas de competencia judicial dictadas por su propio legislador.

El hecho de que cada Estado formule unilateralmente —ante la inexistencia de un legislador internacional— las reglas de competencia internacional de sus tribunales, multiplica el riesgo de procedimientos concurrentes en el contexto internacional, riesgo agravado, además, por el principio de independencia de los ordenes jurídicos, que no favorece la toma en consideración por los tribunales de un país dado de un proceso que se desarrolla en otro [11].

No llama la atención, teniendo en cuenta estos datos, que la cierta uniformidad que caracteriza a los distintos sistemas de derecho procesal interno en cuanto a la existencia y efectos de esta institución, comience a resquebrajarse cuando de lo que se trata es de admitir su virtualidad en las relaciones internacionales.

En este plano, —circunscribiéndonos a los sistemas continentales [12]—, el derecho comparado nos ofrece una gama de soluciones que

L. MALATESTA, *Litispendenza e Riconoscibilità di sentenze nella convenzione di Bruxelles del 1968*, RDIPP, 1994, n.º 3, págs. 511-538, pág. 515: «Tale istituto costituisce infatti una sorta di tramite logico, a mezza via fra le due distinte fasi della competence diretta e dell'attribuzione di efficacia alla sentenza straniera. Da una parte infatti essa influisce sulla competenza, seppur solo in senso negativo, nel senso che l'accoglimento dell'eccezione spoglia del potere di giudicare un tribunale altrimenti competente; dall'altra essa è strettamente legata alla materia del riconoscimento e dell'esecuzione a causa della finalità stessa dell'istituto, generalmente indicata nell'esigenza di evitare il sorgere di una situazione che impedisca od ostacoli l'attribuzione di efficacia alla sentenza cui darà luogo il processo precedentemente instaurato all'estero (c.d. conflitto di decisioni) o anche piú semplicemente una duplicazione ed un'inutile dispersione di attività processuale».

11. B. AUDIT, *Droit International Privé, Coll. Droit Civil*, 1991, págs. 319-320; B. GOLDMAN, *Un Traité fédérateur: La Convention entre les Etats membres de la CEE sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, RTDE, 1971, pág. 29; J. M. ESPINAR VICENTE, *Derecho procesal civil internacional*, La Ley, Guías de Estudio, Madrid, 1988, pág. 68 y 69; F. RAMOS MÉNDEZ, *Competencia de los tribunales españoles y litispendencia internacional*. Arbitraje y Proceso Internacional, Bosch, 1987, págs. 29-51, pág. 32; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho Internacional Privado español, Nacionalidad, Extranjería y Derecho Procesal Civil Internacional*. Parte especial I, 7.ª ed., Granada, 1989, pág. 291; E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, 4.ª ed., UTET, 1991, pág. 22.

12. Las diferencias estructurales de los sistemas de *common law* no permiten hablar de *litispendencia* tal y como ésta es concebida por los derechos continentales. Las amplísimas competencias de las jurisdicciones inglesas, en particular cuando el demandado está presente en Inglaterra, se atempera a través del poder discrecional del juez para aplazar su decisión o inhibirse, este poder es una condición inherente a la función jurisdiccional y se manifiesta en el ámbito de la competencia judicial internacional, por tres vías: el *forum non conveniens*, el *forum conveniens* y el foro de la necesidad. En el Reino Unido, los Estados de la Commonwealth de Australia, Canadá, Nueva Zelanda e Israel, la *lis pendens* no es una doctrina por sí misma, sino una de las facetas, de las más importantes, de la doctrina del *forum non conveniens; Declining Jurisdiction in Private International Law*. Reports to the XIV th. Congress of the International Academy of Comparative Law, Athens, August, 1994, ed. J. J. FAWCETT, Clarendon Press., Oxford, 1995, esp. págs. 29-31; *Droit Anglais*, dir. J. A. JOLOWICZ, trad. COLLIER, 2.ª ed., Dalloz, París, 1992, págs. 454-455; C. DOUBLER, *Les clauses d'exception en Droit International Privé*, Tesis, Université Genéve, 1983, págs. 192-199; A. V. DICEY & J. H. C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, Vol. I, 11.ª ed., Londres, 1987, págs. 389 y ss.; K. D. KERAMEUS, *Problemi attuali de la litispendenza internazionale nel processo civile*, RDIPP, 1990, n.º 4, pág. 1009; G. A. L. DROZ, *Cours Géneral*, cit., pág. 64; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionelle en matière civile et commerciale: Forum non conveniens. Lis pendens*, RIDC, 1994, n.º 2, págs. 423-435, esp. pág. 427; J. M.ª ESPINAR VICENTE, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993, pág. 20; A. DI BLASE, *Conessione e Litispendenza nella Convenzione di Bruxelles*, Studi e Publicazioni, RDIPP, CEDAM, 1993, pág. 78; *Hawke bay Shipping Co. Ltd. c. The first National Bank of Chicago (The Efthimis)*, Lloyd's L. R., 1986, 1, pág. 244.

van desde la inadmisibilidad hasta la regulación detallada, pasando por numerosos silencios legislativos que, desde una perspectiva histórica, evidencian en un primer momento la escasa preocupación por esta materia y en la actualidad, quizás, una falta de iniciativa por parte del legislador estatal.

Sin embargo, pese a la diversidad en las soluciones, sí se constatan, desde esta perspectiva, dos hechos importantes: el primero, la relevancia de la Jurisprudencia como verdadera fuente de admisión de la litispendencia internacional en algunos de los sistemas caracterizados por la ausencia de disposiciones particulares en cuanto a los posibles efectos de un proceso pendiente en el extranjero sobre otro más o menos idéntico que se desarrolla ante los tribunales internos; el segundo, la proliferación de Convenios internacionales sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales que incorporan disposiciones sobre litispendencia y conexidad.

2. *La Jurisprudencia como fuente de admisión de la litispendencia internacional*

Por lo que se refiere a la Jurisprudencia como fuente de admisión de la litispendencia en las relaciones internacionales, hay que decir — al igual, por otro lado, que las escasas cristalizaciones legislativas —, que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ha sido fruto a su vez, de la tendencia favorable de una doctrina internacional privatista cada vez más numerosa [13]. En este sentido, podemos afimar que llevaba razón SACERDOTI cuando, a finales del siglo pasado, observando los apoyos todavía marginales, jurisprudenciales y doctrinales, auguró que en un tema impregnado de un excesivo sentimiento de soberanía nacional «on peut prévoir que la minorité d'aujourd'hui sera demain très probablement la majorité» [14].

En un primer período, jurisprudencia y doctrina se cuestionan la propia existencia de la litispendencia en las relaciones internacionales —posibilidad de que una acción que tiene el mismo objeto y causa y que se refiere a las mismas partes, se plantee sucesivamente ante los tribunales de diferentes Estados competentes para conocer de la misma—.

Una vez superados los inconvenientes planteados en esta fase, la preocupación se centra en los problemas que surgen a la hora de poner en práctica la litispendencia, de admitir sus efectos en este ámbito; teniendo presente la finalidad perseguida —evitar el riesgo de decisiones

13. Serían los casos de Alemania, Austria, Francia, Bélgica o Grecia.

En derecho alemán, la excepción de litispendencia internacional, al no estar regulada por el legislador, fue acogida por la Jurisprudencia (sentencia de 13 de abril de 1901 del Reichsgericht), interpretando de manera extensiva la norma que sí la regulaba en las relaciones entre jueces nacionales. El tribunal alemán ante quien se presenta la demanda en segundo lugar, no la admitirá si la decisión a dictar en el extranjero es susceptible de reconocimiento en Alemania. Si dicho tribunal conoce de la situación de litispendencia internacional una vez admitida la demanda, debe inhibirse de oficio, si considera que la futura decisión va a ser suceptible de reconocimiento y ejecución en Alemania; vid., H. SCHACK, *Informe sobre el Derecho Internacional privado alemán, Declining Jurisdiction in Private International Law*, cit. págs. 196-199; G. A. L. DROZ, *Compétence*, cit., pág. 181; K. D. KERAMEUS, *Problemi attuali*, cit., págs. 1016-1017.

En Grecia, durante la vigencia del Código de procedimiento civil de 1834 (de 1835 a 1968), tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria, denegaron efectos a la litispendencia internacional señalando que, debido a la independencia entre los sistemas legales nacionales, no existía una autoridad superior competente para resolver los conflictos de jurisdicciones. En el actual Código de procedimiento civil, de influencia alemana y austriaca, únicamente se regula la litispendencia interna (artículo 222). No obstante, la doctrina dominante aboga por su admisión en el ámbito internacional si existe un pronóstico favorable sobre el reconocimiento de la futura sentencia extranjera. La Jurisprudencia, aunque rompió con la tradicional postura de rechazo en la sentencia del Tribunal de Apelación de Atenas 13671/1988 (Elliniki DiKariossini, 1989, pág. 358-369) se encuentra actualmente dividida, *vid.* P. KARGADOS-E. MOUSTAIRA, *Informe sobre el Derecho internacional privado griego, Declining Jurisdiction in Private International Law*, cit., págs. 247-253, esp. págs. 247-248.

14. *De la Litispendance dans les rapports entre jurisdictions d'Etats différents*, (Rapport et projet de conclusions présentés au nom de la commission par SACERDOTI, rapporteur, d'accord avec LYON-CAEN, coraporteur), Institut de Droit International. Sixième Commission. Session de Venise, AIDI, v. XV, 1895, pág. 87.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

contradictorias a raíz del conocimiento sucesivo de un tribunal extranjero y otro nacional— ¿era realmente necesario que el tribunal nacional se inhibiera a favor del extranjero para evitar dicho riesgo?

Finalmente, los sistemas que por vía jurisprudencial o positivamente acogen la figura, subordinan la aplicación de sus mecanismos de solución a la condición general de que el proceso seguido en el extranjero pueda desembocar en una decisión suceptible de reconocimiento en el Estado del juez que posteriormente conoce del litigio, o más específicamente, hacen depender la inhibición directa o diferida del tribunal nacional del resultado de la verificación que éste realizara —a la luz de su derecho común, o en su caso, de las normas de competencia judicial internacional de su sistema convencional— sobre la competencia del primero [15].

A) La pretendida inexistencia de la litispendencia en las relaciones internacionales

El primer argumento negativo en cuanto a la inadmisión de la litispendencia internacional, se basó en la naturaleza de orden público de las normas reguladoras de la competencia en los distintos ordenamientos jurídicos. La litispendencia presupone para esta jurisprudencia y doctrina, que podríamos denominar tradicional, que los dos tribunales que conocen del mismo asunto pertenecen a la jurisdicción interna. La excepción no debía jugar en las relaciones internacionales porque las normas de competencia son ante todo normas de orden público internacional y si esas reglas otorgan competencia a un determinado tribunal nacional, éste no puede renunciar a conocer en favor de un tribunal extranjero, pues haciéndolo contravendría sus propias normas de orden público internacional.

Desde esta concepción la excepción de litispendencia internacional no presenta analogías con la litispendencia que se conoce en derecho interno; ésta conduce a un tribunal a inhibirse a favor de otro perteneciente al mismo orden que conoció con anterioridad, con lo que la misma justicia se dictará en nombre de la misma soberanía. La situación era radicalmente diferente en caso de litispendencia internacional; si la juris-

15. F. POCAR, *Codice delle convenzioni sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze straniera nelle C.E.E.*, Giuffrè, Milán, 1980, pág. 533; G. A. L. DROZ, *Compétence judiciaire*, cit., págs. 187-188; A. L. MALATESTA, *Litispendenza e Riconoscibilità di sentenza nella Convenzione di Bruxelles*, cit., págs. 515 y ss.

dicción nacional se inhibe, la justicia se dictará en nombre de una soberanía extranjera aun cuando, por hipótesis, los tribunales nacionales eran competentes [16].

En esta línea es clásica la sentencia del TS español (sala 1.ª) de 31 de enero de 1921 [17]:

> «los preceptos legales que definen, regulan y fijan la competencia de la jurisdicción ordinaria... se refieren y son aplicables, exclusivamente, a los tribunales españoles, sin que en defecto de Tratado, pueda estimarse cuando se aleguen en relación a tribunales extranjeros, ya que la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, atribuida a los jueces y tribunales por el artículo 76 de la Constitución, determina una delegación de jurisdicción de la soberanía nacional, de la cual no pueden desprenderse ni les es dable declinar en favor de otra soberanía, sin un previo Tratado que lo permita».

Argumentación que se mantendrá constante en la jurisprudencia anterior a la vigente LOPJ, período en el que destaca la todavía más explícita sentencia de la AT de Barcelona (sala de lo civil) de 30 de octubre de 1974 [18]:

> «la definitiva paralización del pleito que se tramita en nuestro territorio por el seguido en Italia, mediante la excepción de litispendencia, lo vedan los artículos 267 de la Ley Orgánica, reproducido con mayor rigor por el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil... el estimar dicha excepción implica, como consecuencia directa y necesaria, el rechazo de la propia jurisdicción y competencia de los Tribunales españoles en favor de los extranjeros, en abierta vulneración del derecho que a tenor de los citados preceptos, asiste a la sociedad española que promovió la demanda de que su pleito sea tramitado y decidido, y no paralizado por el órgano jurisdiccional patrio... de donde se llega a la indeclinable conclusión, que la litispendencia sólo puede nacer de un pleito que se tramita en España, respecto de otro que se ventila dentro de nuestro territorio,..., pues de un pleito regido por la ley extranjera, no puede nacer la litispendencia, puesto que únicamente es aplicable cuando el pleito que la origine y aquél en que se invoca, se sustancian en territorio español por las leyes procesales

16. El argumento había sido expuesto por WEISS con ocasión de los debates llevados a cabo para la aprobación del Informe y Proyecto presentado por la 6.ª Comisión de trabajo del IDI dedicada a la cuestión, cit. pág. 90: «...j'estime que les lois de compétence sont avant tout des lois d'ordre public international, et que le juge, tenu de les appliquer, ne saurait abdiquer, devant une juridiction étrangère, le droit de juger dont elles l'ont investi».

17. CJC, T-152/1921, núm. 31, págs. 240 y ss. La doctrina que sienta ya había sido apuntada en la STS de 12 de mayo de 1886, CJC, 59/1886, págs. 893-902.

18. RJC, 1974, pág. 635.

> patrias, salvo que expresamente establezcan la excepción concretada a este especial caso, bien de manera directa en la propia ley, o a través de los Tratados internacionales...».

La superación de este inconveniente —la naturaleza de orden público de las normas que determinan la competencia judicial internacional—, únicamente se lograría si existiese un legislador internacional que *repartiese* la competencia entre los diferentes Estados, dado el carácter unilateral de la misma; en el orden interno cuando surge el conflicto positivo de competencia, es el superior común de ambos quien lo resuelve [19]. Ante la inexistencia de ese superior común en el orden internacional habría que asumir la concurrencia del proceso extranjero con el nacional.

El remedio para evitar la contradicción entre sentencias, una vez que han sido dictadas por los respectivos tribunales, se ejercerá en la fase de reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera a través de la denegación de efectos a la misma, dada su contradicción con la del foro o por la pendencia en el foro de un asunto idéntico.

Ante la ausencia de textos positivos consagrados a la litispendencia en el ámbito internacional, en consonancia con el argumento de la naturaleza de orden público de las normas reguladoras de la competencia judicial internacional y con esta concepción dogmática de la soberanía nacional, se desarrollaron interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de los textos legales dedicados al juego de la figura entre los propios tribunales, en las que se negaba la existencia del presupuesto esencial para admitirla respecto a los tribunales extranjeros: el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional extranjero que conoció primero de la controversia. Negando dicha competencia se eliminaba la posibilidad de competencias concurrentes en las relaciones internacionales y en consecuencia la existencia misma de la propia litispendencia.

En nuestro país, por ejemplo, el Tribunal Supremo entendió que el artículo 533.5.º LEC únicamente podía referirse a tribunales españoles, partiendo para ello de una concepción errónea de los artículos 51 y 70

19. Este argumento fue utilizado durante un siglo y medio por la jurisprudencia francesa para rechazar el juego de la excepción. La decisión sobre la excepción de litispendencia requiere, según los textos internos franceses, un proceso de «réglement de juges», al término del cual el Tribunal de Apelación o el de Casación, según los casos, designará a uno de los tribunales debiendo el otro inhibirse. Este procedimiento es imposible en materia internacional puesto que el tribunal de Apelación o Casación sólo tiene autoridad sobre el tribunal francés pero no sobre el extranjero que está conociendo de la misma controversia; vid. D. HOLLEAUX-J. FOYER-G. DE LA PRADELLE, *Droit International Privé*, cit., pág. 771; B. AUDIT, *Droit International Privé*, cit., pág. 320; P. MAYER, *Droit International Privé*, cit., págs. 277 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

del mismo cuerpo legal. El primero de ellos, —«La jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros»—, se interpretó como una regla de atribución de competencia prácticamente universal ya que ésta sólo podía limitarse «con arreglo a las Leyes del Reino o a los Tratados con otras Potencias», según lo establecido en el artículo 70 LEC[20]. El carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción española determinaba la incompetencia de cualquier tribunal extranjero, además la competencia universal no podía ser declinada fuera de nuestras fronteras porque, como hemos visto, ello supondría una cesión de soberanía.

Esta concepción de los principios fundamentadores de la jurisdicción, totalmente incompatible con una posible virtualidad de la litispendencia internacional, que llevaba a los tribunales españoles a declararse competentes en casi todos los casos, condujo a un cierto sector doctrinal a denunciar el «imperialismo jurisdiccional»[21] en el que incurría nuestro sistema judicial.

Despreciando el principio de unilateralidad en la reglamentación de la competencia judicial internacional, nuestro ordenamiento imponía reglas de competencia a los tribunales extranjeros, sometidos a otra jurisdicción[22].

20. Vid., A. MIAJA DE LA MUELA, *El «imperialismo jurisdiccional» español y el Derecho Internacional*, Miscellany in Honor of Ch. N. Fragistas, vol. XII, parte III, Tesalónica, 1968, págs. 89-124.

La concepción de los artículos 51 y 70 de la LEC como fundamentadores de la pretendida competencia universal de los tribunales españoles queda perfectamente recogida en la doctrina sentada por el TS con ocasión de la sentencia de 31 de enero de 1921 ya citada: «...considerando que el artículo 51 de la LEC al definir la soberanía de los tribunales, estableció como principio y fundamento que la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros; y no existiendo Ley del Reino que impida a la jurisdicción española conocer de este litigio, promovido entre dos súbditos ingleses, ni Tratado sobre estas cuestiones con Inglaterra, es visto, que de acuerdo con la disposición legal anteriormente citada, y el artículo 70 de la misma Ley, las reglas sobre competencia establecidas en la Sección 1.ª y 2.ª del Título II de la Ley Rituaria, alcanzan a los extranjeros, ora comparezcan como demandantes, ora como demandados ante los tribunales españoles...».

21. Esta expresión original de QUADRI, se recoge por la doctrina española, primero por el profesor E. PECOURT GARCÍA en *La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional*, REDI, 1964, págs. 539 y ss., y se desarrolla posteriormente por A. MIAJA DE LA MUELA, *El «Imperialismo Jurisdiccional» español,* cit., págs. 89 y ss.

22. La inconsistencia jurídica de los argumentos jurisprudenciales y legales que dieron lugar a esta calificación de nuestro sistema competencial, fue puesta de manifiesto por varios autores internacionalprivatistas, entre ellos A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de Sentencias Extranjeras en España y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 1974, esp. págs. 21 y ss., 195 y ss., y págs. 258.; M. DESANTES REAL, *La litispendencia Internacional. Consideraciones,* cit., págs. 861 y ss.; J. MARINA MARTÍNEZ PARDO, *Comentario a la sentencia del T.S. (Sala 1.ª) de 19 de diciembre de 1985*, La Ley, mayo 1986, núm. 1457, págs. 1-5, en el que señala que el TS, al interpretar el artículo 51, ignora que su origen «tiene su causa en el Decreto de Unificación de Fueros (1868), supresión de jurisdicciones especiales (incluso el Fuero de Extranjería de la Ley de 1851) y potenciación de la jurisdicción ordinaria...»; M. AMORES CONRADI, *Nota a la sent. AT de Oviedo (Sala de lo civil), de 6 de julio de 1988*, REDI, vol. XLI, 1989, págs. 287-290, para quien no se puede fundamentar el planteamiento favorable a la inadmisión de la litispendencia en una «supuesta incompetencia de los tribunales extranjeros paralela a la ilimitada competencia de nuestros tribunales»; y P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Nota a la sent. AP de Valencia (Sala de lo civil) de 16 de mayo de 1989*, REDI, vol. XLII (1990) 1, págs. 235-238, quien pone de manifiesto que el artículo 51 de la LEC «simplemente señala la idoneidad de la jurisdicción ordinaria española, aún en los procesos con elementos extranjeros, pues la expresión «negocios civiles» se refiere a las relaciones jurídico-procesales, es decir a los procesos que se suscitan en España... aún cuando los hechos y procesos se desarrollen bajo la vigencia del artículo 51, éste no puede ser invocado para proponer la competencia, pues si este precepto nunca fue una norma de competencia, en la actualidad lo es menos que nunca debido a la promulgación de la LOPJ...».

Sobre el verdadero alcance del artículo 51 LEC descubierto, como hemos visto, unos años antes por la doctrina, se pronunció el TS (sala 13.ª) en la sentencia de 10 de noviembre de 1993 (REDI, vol. XLVI (1994), 1, págs. 388-393, esp. pág. 388, *Nota* de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ).

Así, en la sentencia de 30 de Mayo de 1961[23], el Tribunal Supremo establecía que:

> «Es principio inconcuso derivado de la soberanía inherente a cada Estado, el de su absoluta e indiscutible competencia en los negocios que se susciten en su territorio, cualquiera que sea la naturaleza de éstos, lo mismo entre nacionales que entre extranjeros, como recoge el artículo 51 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil».

Esta línea se va a mantener inalterada hasta la promulgación de la LOPJ actualmente vigente, en la que, pese a su silencio en cuanto a una regulación expresa sobre la litispendencia internacional, se incorporaban importantes novedades en la reglamentación por los artículos 21 y 22 de la competencia en materia civil. Además de quedar claro que era a este cuerpo legal, como «Ley del Reino», al que había que acudir para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, se admitía el juego de la autonomía de la voluntad y, lo que es más importante, salvo las materias para las que está prevista la competencia ex-

23. Sentencia recogida como *botón de muestra* de dicho «imperialismo jurisdiccional» en la obra de A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, cit., págs. 707-708.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

clusiva de nuestros tribunales, se admitía la competencia concurrente de los tribunales extranjeros.

A pesar de que el argumento tradicional de «plenitud jurisdiccional» como fundamento del rechazo a la admisibilidad de la litispendencia internacional se hacía insostenible, ante el vacío legal, siguió reiterándose en decisiones posteriores. No obstante, empezó a percibirse un lento aunque progresivo abandono de esos argumentos dogmáticos y una búsqueda de las circunstancias técnico-procesales que verdaderamente impedían en nuestro sistema la admisión de la figura.

También la Jurisprudencia francesa, al no existir derecho positivo sobre la materia, interpretó que —dada la posibilidad ofrecida a las partes de recomenzar el proceso en Francia, aunque el seguido en el extranjero se estuviera desarrollando con regularidad, y el carácter exclusivo de la competencia del juez francés si el demandante o el demandado eran franceses y reclamaban la aplicación de los artículos 14 y 15 del Código Civil— era del todo improbable una concurrencia de competencias en el ámbito internacional que propiciara el acogimiento de la litispendencia[24]. El derecho belga y el luxemburgués se situaron en la misma línea[25].

24. Como es sabido, en Francia el sistema de competencia judicial internacional tiene su origen histórico en los artículos 14 y 15 del Código civil de 1804, que fundamentan la competencia de los tribunales franceses en la presencia en el proceso de un nacional francés como demandante o como demandado. Durante un siglo y medio la Cour de Cassation adoptó una postura de rechazo a la litispendencia internacional (sent. Cour.cass. de 1 de diciembre de 1969 (JDI, 1970, págs. 707 y ss., *Obs.* A. HUET; RC, 1972, págs. 84 y ss., *Nota* H. J. LUCAS). Dicha postura cambia, después de algunas vacilaciones, con la sentencia Cour.Cass. de 26 de noviembre de 1974, *(Soc. Miniera c. Cie. européenne d'equipement industriel*, JDI, 1975, págs. 108 y ss., *Nota* A. PONSARD; RC, 1975, págs. 491 y ss., *Nota* D. HOLLEAUX), en la que se enuncia de manera positiva el principio de la admisibilidad de la excepción de litispendencia planteada con tribunal extranjero, con la condición, añadida a las clásicas, de que la futura sentencia extranjera pueda ser reconocida en Francia. La admisión teórica de la operatividad de la excepción no significa que en la práctica judicial se acoja con frecuencia por los tribunales, de hecho éstos van a analizar meticulosamente las condiciones de competencia del tribunal extranjero y la de triple identidad entre los litigios planteados ante el juez francés y el extranjero; vid., H. BATIFFOL-P. LAGARDE, *Droit International Privé*, Tomo II, 7.ª ed., 1983, pág. 469; D. HOLLEAUX-J. FOYER-G. DE LA PRADELLE, *Droit International Privé*, cit., pág. 368; J. VINCENT-S. GUINCHARD, *Procedure Civile*, 21 ed., 1987, págs. 338-339; P. MAYER, *Droit International Privé*, cit., pág. 433.

25 Vid., sentencia del Tribunal de Bruselas de 19 de marzo de 1928 (G. A. L. DROZ, *Compétence Judiciaire*, cit., pág. 183); Cour d'Appel de Lieja, sent. de 20 de junio de 1973 (JDI, 1975, pág. 364), y sent. de 2 de febrero de 1984 (JDI, 1989, págs. 1083-1084): «à défaut de disposition expresse d'un Traité, il n'y a jamais de litispendance entre une action intentée en Belgique et une action intentée à l'étranger». Hoy, la ley y la jurisprudencia belga mantienen la inadmisión de la excepción en ausencia de Tratado internacional, vid. M. FALLON, *Informe sobre el Derecho internacional privado belga, Declining Jurisdiction*, cit., págs. 99-120, esp. págs. 107-109 y 115-116.

En Luxemburgo, el 22 de noviembre de 1966 el Tribunal Superior de Justicia (vid. G. A. L. DROZ, *Compétence*, cit., pág. 183) sentenciaba: «L'exception de litispendance ne peut être opposée en raison d'une instance identique précédemment engagée devant une juridiction étrangère».

La competencia de los tribunales franceses en virtud de los artículos citados implicaba la correlativa incompetencia de los tribunales extranjeros siempre que un francés estuviera en la causa. La competencia judicial internacional fundada en estos textos aparece, por tanto, como exclusiva[26]. No obstante, la solución jurisprudencial tradicional se matizó al admitirse la posibilidad de renunciar al privilegio de jurisdicción consagrado en dichos artículos.

La jurisprudencia francesa razonaba de la siguiente manera: en los litigios en los que están implicados nacionales franceses o bien el nacional francés renunció a la jurisdicción francesa y en ese caso es la competencia del juez francés la que falta, o bien no ha renunciado a ella y es el juez extranjero quien está desprovisto de la misma, debido al carácter exclusivo y excluyente de la competencia de los tribunales franceses. «Los principios quedaban a salvo: era a causa de incompetencia y no por causa de litispendencia por lo que el juez francés se inhibía en consideración a un proceso extranjero pendiente»[27].

La idea de la incompetencia del juez francés debido a la renuncia a la jurisdicción francesa se deducía del conocimiento de la controversia por parte del juez extranjero a instancia del litigante francés. La incompetencia francesa y la pérdida definitiva para dicho litigante de la posibilidad de acudir a los tribunales franceses orientó a la jurisprudencia hacia criterios rigoristas a la hora de admitir la realidad de una verdadera renuncia a la jurisdicción nacional y de interpretar otras condiciones como la identidad entre los litigios[28].

26. B. AUDIT, *Droit International Privé*, cit., págs. 320-322; A. PONSARD, *Le côntrole de la compétence des jurisdictions étrangères*, Droit International privé, 1985-86, ed. C.N.R.S., París, 1988, págs. 50 y ss.; vid., sentencias Cour cass. de 9 de diciembre de 1964 (JDI, 1965, págs. 418 y ss.); 31 de enero de 1968, (Gaz. Pal., 1968, I, págs. 318 y ss.); 25 de junio de 1974 (JDI, 1975, *Obs.* A. HUET, págs. 102 y ss.); y 17 de julio de 1980 (JDI, 1981, págs. 75 y ss.). La sentencia de la Cour d'Appel de París de 16 de noviembre de 1989 (JDI, 1990, *Obs.* A. HUET, págs. 127-134), admite, por primera vez, la inhibición de un tribunal francés a favor de un tribunal extranjero ostentando una de las partes la nacionalidad francesa.

27. D. HOLLEAUX, *La litispendance,* Communication, TCFDIP, 1971-1973, sesión de 23 de mayo de 1973, pág. 206.

28. A. PONSARD, *Le côntrole de la compétence*, cit., págs. 51 y ss.; sent. Cour

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Como vemos, estos planteamientos también ignoraban la unilateralidad de las reglas que fijan en cada Estado la competencia judicial internacional de sus tribunales; se atribuía a las reglas francesas una función de reparto de la competencia entre Francia y el exterior: las reglas francesas, al designar al juez francés como competente, privaban de competencia al juez extranjero y, eliminando dicho presupuesto, eliminaban la posible existencia de litispendencia. La situación de riesgo de conflicto entre el proceso nacional y el extranjero no llegaba a crearse, ya que el extranjero era nulo al desarrollarse ante un tribunal incompetente.

El simple hecho de que los tribunales implicados se reconozcan competentes conforme a sus normas procesales crea la litispendencia internacional y hace a la excepción admisible. La competencia del juez extranjero únicamente debe intervenir a nivel de las condiciones de acogida de la excepción.

Es decir, para que se trate de una verdadera litispendencia internacional es necesario que las dos jurisdicciones, una extranjera y la otra nacional, hayan conocido del mismo litigio, que se refiera a las mismas partes, y que ambos tribunales sean igualmente competentes desde sus reglas respectivas de competencia directa. Con ello asumimos el planteamiento de la doctrina francesa que, siguiendo a HOLLEAUX[29], distingue entre la admisibilidad de la litispendencia —*recevabilité*— y su acogida o puesta en práctica por los tribunales —*accueil*—; la excepción es admisible desde que nos encontramos ante una verdadera situación de litispendencia internacional, en el caso francés, desde que el juez francés, competente según la ley francesa, conoce en segundo lugar mientras que una instancia entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa está pendiente ante un juez extranjero, competente según su propia ley de competencia directa.

Tratándose de la admisibilidad, es la competencia directa del juez extranjero la que se corrobora y no su competencia indirecta, que sólo intervendrá en la fase de acogimiento de la excepción. Desde que el juez

cass. de 16 de junio de 1981 (RC, 1981, págs. 721 y ss., *Nota* de H. GAUDEMET-TALLON).

29. Así, D. HOLLEAUX, *La Litispendenza*...cit., pág. 211; *idem, Nota a la sent. Cour cass. de 26 de noviembre de 1974*, cit., pág. 496; J. P. BERAUDO, *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence. Règles de procédure ayant une incidence sur la compétence,* cit., pág. 8; P. MAYER, *Droit International Privé*, cit., págs. 277 y ss.; D. HOLLEAUX-J. FOYER-G. DE LA PRADELLE, *Droit International Privé*, cit., pág. 369; H. GAUDEMET-TALLON, *La Litispendance Internationale dans la Jurisprudence française*, ed. Litec, París, 1990. págs. 122 y ss.

extranjero se declara competente existe la situación de litispendencia internacional.

Por su parte, el ordenamiento italiano no atribuía relevancia al hecho de que la misma cuestión estuviera pendiente ante un juez extranjero. Conforme al anterior Código de procedimiento civil, la litispendencia constituía un límite a la competencia interna pero no a la competencia internacional de los tribunales italianos[30]. De manera similar al ordenamiento francés, el artículo 6 CPC enunciaba la prohibición de renunciar a la jurisdicción internacional de los tribunales italianos; sin embargo, a diferencia de dicho ordenamiento o del español, el italiano recogía de manera expresa en el artículo 3 de ese cuerpo legal la irrelevancia de una situación de litispendencia internacional en los siguientes términos: «La giurisdizione italiana no è esclusa dalla pendenza devanti ad un giudice straniero della medesima causa o di altra con questa connessa». En estas condiciones el juez italiano ignoraba la situación de litispendencia internacional aplicando simplemente este artículo sin relación necesaria con el principio de irrenunciabilidad a la jurisdicción italiana.

La relación entre los dos artículos (3 y 6 del CPC) era convincente en los supuestos en que la parte que hubiera iniciado el procedimiento extranjero estuviera sometida a la jurisdicción internacional italiana, puesto que la prohibición de renunciar únicamente podía dirigirse a las personas sometidas a la jurisdicción nacional; pero cuando la iniciativa del proceso extranjero se tomara por una parte que no tenía ningún vínculo esencial con la jurisdicción italiana, era más dudosa la relación interna entre estos dos artículos. Además, a pesar de lo riguroso del artículo 3 y de su relación en determinados casos con el artículo 6, los tribunales italianos sí tomaban en consideración el arbitraje que se desarrolla en el extranjero y que tiene el mismo objeto que el proceso desarrollado en Italia[31].

La actitud de la jurisprudencia denotaba una desconfianza sin funda-

30. E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, cit., pág. 22; COLESSANTI, *Novissimo Digesto*, cit., págs. 976 y 984; S. CARBONE, *Il Regime della litispendenza nelle Convenzioni dell'Aja e di Bruxelles, RDIPP, 1969,* pág. 8; R. SCARPA, *Diritto Processuale interno e Convenzione di Bruxelles. Instaurazione della litispendenza,* G.civ., 1985, pág. 5; N. TROCKER, *Informe sobre el Derecho Internacional privado italiano, Declining Jurisdiction*, cit., págs. 279-302, esp. págs. 284-286; G. CAMPEIS-A. DE PAULI, *Il Processo civile italiano*, cit., pág. 110; sent. Trib. cas. italiano de 29 de enero de 1982, G.civ., 1982, núm. 574; sentencias de la Corte di cassazione de 4 de marzo de 1978, RDIPP, 1978, pág. 711 y de 20 de diciembre de 1978, RDIPP, 1980, pág. 64; sent. del Trib. de Génova de 23 de julio de 1983, RDIPP, 1985, pág. 421.

31. K. D. KERAMEUS, *Problemi attuali della litispendenza*, cit., págs. 1004-1005.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mento hacia cualquier sistema extranjero y contribuía a afianzar el aislamiento jurídico entre los distintos sistemas[32]. El orden público no se vería atacado si la misma ley del Estado sancionara la litispendencia internacional y el principio de soberanía de cada Estado no se lesiona por reconocerle efectos si no se ve afectado en otros supuestos de reconocimiento de la competencia judicial internacional extranjera.

Así lo demuestra la Ley n. 218 de 31 de mayo de 1995 de Reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado[33] con la que se abandona «la netta preferenza acordata alla propria giurisdizione, e ciò sia sul fronte della valenza ora attribuita alla litispendenza straniera (anche ai fini delibativi) sia per l'accordato rilievo alla volontà delle parti in punto giurisdizione». Cambiando radicalmente de dirección, la nueva ley admite y resuelve las situaciones de concurrencia de jurisdicciones conforme al principio de prioridad cronológica. En el artículo 7 se establece que la previa pendencia de la misma causa (debiendo existir identidad de sujetos, objeto y título) en un proceso extranjero, comporta la necesidad de que el juez italiano valore las posibilidades de su idoneidad para producir efectos en el foro. Si el juicio es positivo, el procedimiento italiano posterior debe suspenderse.

32. M. DESANTES REAL, *La litispendencia internacional. Consideraciones,* cit., pág. 849 y ss., señala como causa de inadmisión de este presupuesto la desconfianza de los Estados hacia todo lo que provenga del exterior, derivada de la falta de comunicación entre los respectivos tribunales y el consiguiente desconocimiento del derecho extranjero; correlativamente, como señala K. D. KERAMEUS, *Problemi attuali*, cit., pág. 1003, el mayor conocimiento sobre ese derecho y sobre las garantías del proceso extranjero, producto del vínculo internacional entre tribunales y de la movilidad de sus miembros, facilitará la penetración de mecanismos prácticos de cooperación que, como la litispendencia, redundan en la calidad de la administración de la justicia; vid. H. BATIFFOL, *Nota a la sent. Cour. cass. de 5 de mayo de 1962*, RC, 1963, pág. 99; I. FADLALLAH, *Nota a la sent. Trib. Gr. inst. de París (aff. matr.) de 7 julio 1976, Hernod-Jonson c. Hernod*, RC, 1977, págs. 725 a 736; I. FADLALLAH, *Nota a la sent. Cour d'Appel de París de 24 nov. 1977*, RC 1978, págs. 527-531.

33. G. CAMPEIS-A. DE PAULI, *Prime riflessioni sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (e processuale) (L. 31 Maggio 1995)*, G.civ., 1995, n.º 11, nov., págs. 495-509, esp. pág. 499; R. LUZZATTO, *Articoli 3-12, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario*, RDIPP, oct-dic., 1995, págs. 905-1265, págs. 944-948; V. STARACE, *Le champ de la juridiction selon la loi de réforme du système italien de droit international privé, La réforme du droit international privé italien*, RC, n.º 1, 1996, págs. 1-242, págs. 67-82.

B) Las dificultades de aplicación de los mecanismos reguladores de la litispendencia en las relaciones internacionales

Una vez admitida la existencia de la litispendencia en las relaciones internacionales, los argumentos invocados para corroborar su falta de efectos en este ámbito se centraron en las dificultades de su puesta en práctica dado que en la mayoría de los sistemas jurídicos la sentencia extranjera no produce efectos inmediatos; la admisibilidad de la litispendencia suponía otorgar ciertos efectos a un proceso extranjero inacabado, lo que no era conciliable con la ausencia de efectos en el foro antes del exequátur de procedimientos extranjeros concluídos por una decisión[34].

Si la litispendencia, como ya se ha dicho, supone la anticipación en sus efectos de la excepción de cosa juzgada, estaba claro que la validez de la primera, por definición cuando el proceso extranjero está todavía pendiente, dependerá de la circunstancia de si se reconoce a la sentencia extranjera fuerza de cosa juzgada en el foro. Si la respuesta es negativa no habría riesgo de decisiones contradictorias, desapareciendo la finalidad de la figura.

No obstante, aún respondiendo afirmativamente, el reconocimiento de efectos a la litispendencia extranjera estaría en contradicción con las distintas legislaciones sobre ejecución de decisiones extranjeras. Estas reglas presuponen que la decisión extranjera ha sido ya pronunciada y, además, que se han cumplido las formalidades necesarias para obtener el exequátur. Al ser éste necesario para que la decisión extranjera tenga fuerza de cosa juzgada, se interpretó en principio que cuando el exequátur se refiera a una decisión extranjera idéntica a una nacional o a un litigio pendiente en el foro, el juez lo denegaría, eliminándose en esta fase la posibilidad de sentencias contradictorias.

Como es notorio, con estos planteamientos se ignoraba que con la litispendencia se trata de proteger al demandado ante la concurrencia de

34. Respecto a España, vid. E. PECOURT, *La voluntad de las partes y su posible virtualidad*, cit, págs. 541 y ss.; M. DE LA PLAZA, *Excepciones procesales con carácter internacional*, RDP, 1945, pág. 673; E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La Litis pendencia*, cit., pág. 643; F. RAMOS MÉNDEZ, *Competencia de los tribunales españoles*, cit., pág. 32; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 253: «No cabe en el campo internacional la llamada excepción de litispendencia, porque conforme a nuestro derecho la sentencia extranjera es por esencia ineficaz y no cabe la contradicción jurídica entre ella y una sentencia española. Sólo en el supuesto de una sentencia extranjera directamente eficaz con fuerza de cosa juzgada, cabría hablar de litispendencia...Esta conclusión es válida sin necesidad de que exista una norma procesal expresa que así lo diga (como la del artículo 3 del Código procesal civil italiano); es simplemente la conclusión obligada de la interpretación correcta de nuestro ordenamiento procesal...».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

procesos, de evitar la duplicación inútil de la actividad procesal y sobre todo que, como tal, debe actuar en un momento anterior al de la cosa juzgada; «se trata de evitar desde que nace la posibilidad futura de que esta última excepción llegue a alegarse» [35]. De manera que incluso en los sistemas en los que en caso de incompatibilidad entre la sentencia extranjera y la sentencia interna o el proceso pendiente interno se dá preferencia a estos últimos, la admisibilidad de la litispendencia internacional tendría sentido. Las reglas sobre el predominio en todo caso del proceso interno solucionan el conflicto de sentencias contradictorias una vez que este conflicto ya ha surgido (ignorándose los principios de economía y de protección de las partes en el proceso); en cambio, admitiendo la litispendencia se trata de bloquear las condiciones que desembocan en la creación de la situación de conficto, impidiendo que el segundo juez entre a conocer del fondo de la controversia.

Indiscutiblemente, la admisión de los efectos de la litispendencia internacional está ligada a la configuración del sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras de los ordenamiento jurídicos respectivos. Como señala MORELLI [36], si la sentencia extranjera no pudiera obtener ningún reconocimiento en el foro, la litispendencia extranjera no tendría conceptualmente el más mínimo relieve, en cuanto que, en tal caso, el proceso extranjero se habría dirigido a un fin imposible, el de producir en el foro los efectos de cosa juzgada. En esta hipótesis, la sentencia que en su día dicte el juez extranjero no va a ser reconocida en el foro, carecería de sentido la inhibición del juez nacional a favor de aquél.

Esta situación fue la que caracterizó al sistema procesal holandés, en el que no se reconocen las sentencias extranjeras en ausencia de un convenio internacional; el derecho positivo regula la litispendencia inter-

35. A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de Sentencias Extranjeras en España*, cit., págs. 255-256; R. ARENAS GARCÍA, *Nota a la sent. de la AP de Oviedo de 17 de diciembre de 1991*, REDI, 1992, págs. 634-639, propone, en cuanto a la concepción del sistema español, en lugar de *entender que el proceso iniciado en España impide en cualquier circunstancia el reconocimiento de la decisión extranjera, interpretar que sólo se produce ese resultado en el caso de que el proceso español se haya iniciado con anterioridad al litigio en el extranjero*, con lo que además de cobrar sentido la admisión de la litispendencia en las relaciones internacionales, *se evitaría que se produjesen maniobras dilatorias por parte de aquél que, habiendo sido demandado en el extranjero, demanda a su vez en el Estado en el que quiere evitar el reconocimiento para así impedir la ejecución de la decisión foránea*; vid. sobre este último riesgo, L. PALSSON, *The institute of lis pendens*, cit., pág. 107.

36. *Diritto Processuale civile internacionale*, cit., pág. 168.

na en el artículo 158 del Código Procesal Civil, pero guarda silencio sobre la litispendencia internacional. La Jurisprudencia, apoyándose en el artículo 431 del mismo cuerpo legal, —que además de prohibir la ejecución de sentencias extranjeras, prevé que los litigios iniciados ante un juez extranjero comiencen de nuevo ante un juez holandés—, no podía acoger la excepción si quería evitar una denegación de justicia; había que permitir al juez local conocer, ya que la instancia seguida en el extranjero no llegaría nunca a una decisión suceptible de reconocimiento y ejecución en Holanda [37]. Pero, como señaló la doctrina, las decisiones de estado constitutivas de derecho no entraban en el ámbito de ese artículo y por lo tanto sí eran suceptibles de reconocimiento. Con relación a ellas debía plantearse el acogimiento de la litispendencia. La actitud de la jurisprudencia evolucionó en esa dirección a raiz de la Sentencia del Tribunal de Breda de 23 de octubre de 1956, en la que con fundamento en el principio del *ne bis in idem*, se considera que «generalmente hablando, es incompatible con un buen procedimiento, que una misma demanda, habiendo sido objeto de un fallo que no ha adquirido aún autoridad de cosa juzgada, sea nuevamente iniciada entre las mismas partes» [38].

Si ocurriese lo contrario, tratándose de un ordenamiento que reconociese indiscriminadamente plena y completa eficacia a cualquier sentencia extranjera, de ello derivaría, consecuentemente, la plena relevancia de la litispendencia extranjera.

Pero, como es sabido, la mayoría de los sistemas procesales, incluído el nuestro, son sistemas intermedios en el sentido de permitir de forma mediata el ingreso del producto final extranjero; siguiendo a COLESSANTI, la eficacia en el ordenamiento del foro del pronunciamiento emanado del proceso extranjero es meramente eventual e hipotética, al estar condicionada a la concurrencia de más o menos requisitos a resol-

37. M. VIEIRA, *La litispendencia en derecho internacional privado*, cit. pág. 399; G. A. L. DROZ, *Compétence*, cit., pág. 64; sentencia del Tribunal de La Haya de 28 de mayo de 1914 (Ned.Jur., 1914, pág. 106); sentencia del Tribunal de Amsterdam de 18 de octubre de 1918 (Ned.Jur., 1918 pág. 55).

38. Ned.Jur., 1957, n.º 375, pág. 116. A partir de esta decisión el derecho común holandés comienza a admitir la litispendencia en materia de estado, por ejemplo cuando un proceso de divorcio se insta en el extranjero ante un juez competente y un proceso idéntico es seguidamente planteado ante un juez holandés; J. VOSKUIL, *La Litispendance en droit international privé neerlandais*. De conflictu legum, Mélanges offerts à Kollewijn et Offerhaus, NILR, vol. IX, 1962, pág. 508; G. A. L. DROZ, *Cours général*, cit., pág. 64; M. FREUDENTHAL-F. VAN DER VELDEN, *Informe sobre el Derecho Internacional privado holandés*, Declining Jurisdiction... cit., págs. 336-337; sent. Hoge Raad de 22 de diciembre de 1989 (Rechts blad van de week, 190, pág. 16).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ver en el proceso mismo de reconocimiento, lo que llevó a considerar que la imposibilidad de señalar en el momento de la litispendencia que concurrían las condiciones para el reconocimiento futuro de la sentencia extranjera, en contradicción con las normas reguladoras del procedimiento de exequátur, era la principal razón para privar de efectos a la litispendencia internacional[39].

Desde esta visión —precisamente el que la decisión extranjera esté desprovista de autoridad hasta el exequátur permite que demandante o demandado promuevan en el foro un proceso sobre lo mismo—, no puede extrañar que la actitud de la jurisprudencia hacia el juego de la figura en el ámbito internacional haya ido evolucionando a medida que se liberalizaba el sistema de reconocimiento de decisiones extranjeras, de manera que los ordenamientos que la acogen empezaron por incorporar como condición suplementaria para su puesta en práctica el que el proceso que se sigue en el extranjero —y que es anterior al que se entabló en el país donde la excepción es invocada—, sea suceptible de finalizar con una decisión que pueda reconocerse y ejecutarse en el país del foro[40] para terminar flexibilizando la verificación de las condiciones de reconocimiento[41].

En Francia, por ejemplo, la flexibilización del control de la competencia internacional indirecta del juez extranjero va a permitir a partir del asunto *Fairhurst c. Simitch* de 6 de febrero de 1985[42] que el juez francés acoja la excepción con más frecuencia inhibiéndose a favor del extranjero.

39. Sobre la incerteza en que se encuentra envuelto el pronóstico sobre el reconocimiento, vid. V. COLESSANTI, *La litispendenza*, cit., págs. 984 y ss.; G. CAMPEIS-A. DE PAULI, *Il processo civile* cit., pág. 111; W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía*, cit., pág. 253; E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale*, cit., pág. 22; N. TROCKER, *Informe sobre el Derecho internacional privado italiano, Declining Jurisdiction*, cit., pág. 286; argumento que fue rebatido por la doctrina que señaló su inconsistencia respecto a las decisiones extranjeras que producen efectos sin necesidad de exequátur, especialmente las declarativas y constitutivas de estado y capacidad; vid. B. AUDIT, *Droit international privé*, cit., pág. 320; D. HOLLEAUX-J. FOYER-G. DE LA PRADELLE, *Droit International*, cit., pág. 457.

40. G. A. L. DROZ, *Cours général*, cit., pág. 65.

41. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Una actitud crecientemente internacionalista en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*, RCEA, 1992, págs. 93-116, esp. págs. 111 y ss.

42. Sent. Cour cass. 6 de febrero de 1985, RC, 1985 pág. 369, *Nota* FRANCESCAKIS; A. PONSARD, *Le contrôle de la compétence des juridictions étrangères*, cit., esp. págs. 59-65; H. GAUDEMET-TALLON, *La litispendance internationale dans la Jurisprudence française*, cit., esp. págs. 127-134.

La jurisprudencia francesa, desde 1974[43], se había incorporado a la tendencia marcada por Alemania, Austria y Suiza: se trata de afirmar *a priori* que la decisión futura cumplirá las condiciones de regularidad internacional exigidas por el derecho del foro para que las decisiones extranjeras produzcan efectos en el mismo, entre ellas la competencia indirecta del tribunal extranjero. Esta competencia es la condición fundamental para el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en derecho común y en derecho convencional.

Esta condición sí es verificable en el momento en el que se decide sobre la litispendencia, pero no ocurre lo mismo con otras, como la de conformidad con el orden público del foro que atañe a la decisión misma, que todavía no son conocidas. La incertidumbre sobre el cumplimiento futuro de éstas —el control al que puede proceder el juez en este estadio es necesariamente incompleto y se basa en un pronóstico—, aconseja que la solución general a la situación de litispendencia sea el aplazamiento y no la inhibición[44]. El juez, constatando que el procedimiento extranjero es actualmente regular y tiene muchas posibilidades de seguir así, debería aplazar su decisión hasta que la decisión extranjera se produzca. Una vez que esto sucede y si se confirma la regularidad, el juez se inhibirá definitivamente, sustituyéndose la excepción de litispendencia por la de cosa juzgada.

Sea cual sea la solución, la doctrina moderna se inclina por partir

43. G. A. L. DROZ, *Cours général*, cit., pág. 66. La jurisprudencia francesa, en la sentencia *Munzer* de la Cour de cassation de 7 de enero de 1964 (RC, 1964, pág. 344, *Nota* H. BATIFFOL) había enunciado cinco condiciones para el reconocimiento de efectos a las decisiones extranjeras, entre las que se encontraba la competencia indirecta. El Tribunal de casación, haciéndose eco de la propuesta de D. HOLLEAUX, *Nota a la sent. Cour.cass. de 26 de noviembre de 1974*, cit., pág. 501, a partir de esta decisión establece: «L'exception de litispendance peut être reçue devant le juge français, en vertu du droit commun français, en raison d'une instance engagée devant un tribunal étranger également compétent, mais ne saurait être accueillie lorsque la décision à intervenir à l'étranger n'est pas susceptible d'être reconnue en France».

44. En esencia la suspensión del segundo proceso parece más adaptable a las necesidades de la litispendencia en el ámbito internacional; vid., B. GOLDMAN, *Un Traité Fédérateur*, cit., pág. 278; B. AUDIT, *Droit International Privé*, cit., pág. 321; H. SCHACK, *Informe sobre el derecho internacional privado alemán*, Declining Jurisdiction, cit., pág. 197; K. D. KERAMEUS, *Problemi*, cit. pág. 1014; H. LINKE, *Algunas cuestiones*, cit., págs. 186 y ss. La jurisprudencia francesa se inclinó, ante el pronóstico favorable acerca del futuro reconocimiento de la decisión extranjera, por el carácter facultativo para el juez de la inhibición; vid. P. GOTHOT-D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence Judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Júpiter, 1985, esp. pág. 125; P. LAGARDE, *«Perpetuatio fori» et litispendance en matière internationale*. Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, ed. Litec, París, 1990, pág. 245; D. HOLLEAUX-J. FOYER-G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, cit. pág. 369.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la presunción de regularidad de la futura decisión; si la admisión de los primeros actos en el proceso extranjero ha sido regular y se verifica la competencia del juez extranjero para conocer del litigio, lo normal será la continuación en el mismo sentido, «las causas del rechazo al reconocimiento deben considerarse como excepcionales, sobre las que es difícil apoyar todo un sistema de rechazo a la toma en consideración del proceso extranjero en curso» [45].

Los sistemas que seguían considerando el pronóstico demasiado aleatorio, continuaron rechazando el juego de la litispendencia en el ámbito internacional.

Así, volviendo al sistema español, en el auto del Juzgado de 1.ª Instancia de Amurrio de 17 de enero de 1984 y, en apelación, en la sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 22 de noviembre de 1985 [46], nuestros tribunales insistían en el argumento de que en nuestro ordenamiento la litispendencia interna no presenta analogías con la internacional, ante la necesidad de exequátur para el reconocimiento de efectos a una sentencia extranjera:

> «...porque teniendo la litispendencia como misión específica la de evitar la posibilidad de que se den sentencias contradictorias en un mismo asunto jurídico, debe partirse del principio de que ni el proceso ni la sentencia del juzgado o tribunal extranjero tiene eficacia alguna en un proceso español, por lo que no cabría hablar de contradicción legal entre sentencias».

Posteriormente, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en sentencia de 19 de diciembre de 1985, a pesar de no admitir la viabilidad de la excepción, señala como fundamento de su postura la falta de las identidades básicas entre los dos litigios y de pendencia del primer pleito [47].

Aunque esta decisión fue acogida con optimismo por un determinado sector doctrinal, augurando un cambio de rumbo en la linea jurisprudencial clásica, pronto se puso de manifiesto que de aceptarse el criterio

45. D. HOLLEAUX, *La Litispendance*, cit., pág. 215; G. A. L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets*, cit., pág. 186. Se suma a esta corriente doctrinal, para el caso español, R. ARENAS GARCÍA, *Nota a la sent. AP de Oviedo de 17 de diciembre de 1991*, cit., pág. 639: «el razonamiento debe ser el inverso al hasta la fecha utilizado: no se trata de predicar la admisión de la excepción tan sólo en aquellos supuestos en los que pueda preverse el reconocimiento de la decisión extranjera, sino siempre que no pueda presumirse fehacientemente el no reconocimiento».

46. RCEA, 1988-89, págs. 297-300 y 301-303, respectivamente.

47. La Ley, 21 de mayo de 1986, págs. 1-5, con *Comentario* de J. MARINA MARTÍNEZ-PARDO.

favorable a plantear en nuestro sistema la litispendencia internacional, basado en la interpretación a *sensu contrario* de lo establecido por el Tribunal, habría que considerar obviada la necesidad del trámite del exequátur; la línea jurisprudencial seguía su curso, nuestros tribunales continuaban rechazando la admisibilidad de la litispendencia internacional en ausencia de tratado [48].

En la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 6 de julio de 1988 se insistió en los desfasados fundamentos de rechazo a la figura:

> «...no cabe litispendencia salvo que medie Tratado, dado que la jurisdicción es manifestación indeclinable de la soberanía: el T.S. rozó la cuestión en la Sentencia de 31 de enero de 1921. Consecuentemente, ante la inexistencia de tratado internacional que regule o vincule dicha materia, la excepción alegada carece de toda eficacia o soporte jurídico».

La Audiencia llega incluso a afirmar:

> «La vigente L.O.P.J., no ha supuesto alteración de esta normativa..., fuera de los supuestos de competencia exclusiva de los tribunales españoles, establecidos en el artículo 22.1.º, que no concurren en el caso de autos, rige la normativa general del artículo precedente, que sustancialmente reproduce el contenido del artículo 51 de la vieja LEC, con una referencia adicional a la propia L.O.P.J., y a los Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte».

Afirmación que provocó la reacción de la doctrina que abordó el tema del poder modificativo de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre

48. No obstante las divergencias interpretativas sobre la sentencia de diciembre de 1985 (vid. F. RAMOS MÉNDEZ, *Competencia de los tribunales españoles y Litispendencia internacional*, cit., pág. 33), lo que sí es cierto es que en ésta el TS no fundamentó su postura en la vulneración de los tradicionales principios dogmáticos de vinculación de la jurisdicción a la soberanía del Estado o el carácter absoluto de la competencia de nuestros tribunales, sino únicamente, en razones técnico-procesales. De acuerdo con P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Nota a la sent. AP de Valencia de 16 de mayo de 1989*, REDI, vol. XLII, 1990-1, págs. 235-236, «...debe reconocerse a la decisión de 1985 el no haber traído a colación, y más si cabe, el haber erradicado el fundamento impeditivo de la litispendencia relacionado con el criterio de soberanía estatal y correlativa exclusividad en la competencia de los tribunales españoles». Sin embargo, pese a que dicho argumento «había sido erradicado», no sólo en términos generales —nueva LOPJ— sino también, parecía, en relación directa con el planteamiento de la litispendencia —sentencia del 85— en decisiones posteriores (Sent. del Juzgado de 1.ª Instancia de Avilés de 26 de septiembre de 1987 y en la correspondiente en apelación, Sent. AT de Oviedo de 6 de julio de 1988, REDI, vol. XLI, 1989-1, págs. 287-290).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la jurisprudencia posterior a ella, en materia de litispendencia internacional[49].

Como ya ha sido expuesto, la jurisprudencia y algun sector de la doctrina interpretaban que mientras se mantuviese la necesidad del exequátur para reconocer eficacia —y dentro de ésta, fuerza de cosa juzgada— a las decisiones extranjeras, no se podía dar la situación procesal caracterizadora de la litispendencia internacional, es decir, que el juez, comprobando la pendencia de la litis, deje de conocer en beneficio de otro órgano jurisdiccional. Para ello «...debería darse la posibilidad de que existiesen dos sentencias directamente eficaces en el foro, circunstancia que no concurre cuando se precisa de previa homologación de la decisión extranjera por leve que sea»[50].

Sin embargo, ya hemos visto que este argumento tampoco es absolutamente decisivo. La doctrina española también señala, por una parte, que la litispendencia puede tener un efecto meramente suspensivo, tendente simplemente a eliminar a través del aplazamiento el inconveniente práctico de que conozcan a un tiempo distintos tribunales competentes y, por otra, que la exigencia del exequátur no solamente impide sino que también genera una serie de efectos y es desde esta segunda perspectiva como hay que interpretarlo: «el exequátur puede ser entendido como la habilitación para lograr la ejecución...no tanto como un obstáculo del efecto suspensivo de la litispendencia, sino como un criterio instrumental a favor de ésta cuando exista una base legal y suficiente para prever un resultado positivo de reconocimiento. De este modo, el dato decisivo, no es la exigencia o no de exequátur, sino que éste habilite los efectos de una sentencia extranjera en el foro, y con ello, la duplicidad de decisiones sobre un mismo asunto, caso de que se desconozca la excepción de litispendencia»[51].

49. Vid. M. AMORES CONRADI, *Comentario*, cit., pág. 290; J. M. SANTOS VIJANDE, *A propósito de la litispendencia internacional en ausencia de regulación convencional*, La Ley, núm. 2253, 1989, pág. 3. Como se ha indicado, el sistema instaurado a raíz de la promulgación de la LOPJ de 1985 admite la competencia concurrente de los tribunales extranjeros en las materias no afectadas por una competencia exclusiva de los tribunales españoles. El legislador fija una serie de puntos de conexión que facultan a nuestros tribunales para conocer de la mayoría de los procesos con elementos extranjeros, si para algunos de ellos se establece su carácter exclusivo, es porque en los demás supuestos, no se vulneraría ninguna norma imperativa por incoar la litis ante los tribunales de otro Estado concurrentemente competente.

50. J. M. SANTOS VIJANDE, *A propósito de la litispendencia internacional...* cit, pág. 4.

51. P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Nota a la sent. AP de Valencia,* cit., pág. 237; M. AMORES CONRADI, *Nota a la sent. AT de Oviedo*, cit., págs. 287-290.

La Audiencia Provincial de Valencia (sala de lo civil), en su sentencia de 16 de mayo de 1989, va a admitir, de forma clara y expresa, la conveniencia de esta excepción en el ámbito internacional, incorporándose a la tendencia de la jurisprudencia europea de flexibilizar los criterios de reconocimiento y ejecución de sentencias[52]:

> «...el tema hay que reconducirlo a si la sentencia que pueda recaer en el proceso extranjero, concretamente en Holanda, sería o no suceptible de reconocimiento y ejecución en España a través del exequátur, pues, de serlo, tendría fuerza de cosa juzgada y por tanto, su procedimiento eficacia en orden a la apreciación de la litispendencia, ya que ambos institutos responden al mismo fin de evitar fallos contradictorios...resulta procedente la estimación de la tan repetida excepción, pues las sentencias dictadas por los tribunales holandeses son suceptibles de ejecución en España. A no otra conclusión puede llegarse si se tiene en cuenta lo siguiente: primero porque, si bien la sentencia del año 21 establecía que la mencionada excepción no podía darse en el caso de referirse a tribunales de nacionalidad extranjera con la que no haya tratado, también aludía al principio de reciprocidad, habiendo además negado la excepción por no darse en dicho país cumplimiento a las ejecutorias de los tribunales españoles, situación que ha variado notablemente; segundo, porque confirmación de esta nueva orientación es la sentencia del T.S. de 19 de diciembre de 1985...; tercero, porque no habiendo tratado con Holanda, habría que estar, conforme al artículo 952 de la de la ley rituaria, al principio de reciprocidad, y éste aunque no probado debe darse por existente, pues en el Auto del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1986, se accedió al exequátur de una sentencia de divorcio de un tribunal holandés, en base al precepto citado, y tal antecedente constituye acreditación suficiente de la reciprocidad con Holanda...; cuarto, porque en una reciente y paulatina orientación jurisprudencial, ya no se exige que se pruebe la reciprocidad a los efectos del 952 LEC, y basta para acceder al exequátur que no conste que en el país extranjero no se ejecutan las resoluciones de los tribunales españoles...; quinto, porque la sentencia a dictar en Holanda, sería en todo caso ejecutable en España con arreglo al artículo 954 LEC, siempre que se cumplieren los requisitos formales de su número cuarto, pues los tres primeros se pueden dar a priori, como concurrentes...».

El juicio previo sobre el reconocimiento de la futura decisión extranjera, es el que debe determinar la viabilidad o no de la litispendencia internacional: si éste fuera positivo, iniciar un nuevo proceso en España, conllevaría la duplicidad inútil de procesos y el riesgo de sentencias contradictorias entrando en juego la excepción.

Por su parte, el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de junio de

52. REDI, vol. XLII, 1990-1, págs. 235-238, con *Nota* de P. RODRÍGUEZ MATEOS.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1990, sólo niega la excepción de litispendencia internacional, en ausencia de Tratado, por no haberse probado suficientemente que existía un proceso abierto en el Reino Unido[53]. Aunque, al igual que ocurrió en el 85, cabría interpretar, a *sensu contrario*, que de haberse probado la pendencia el Supremo habría admitido la excepción, emprendiendo definitivamente un nuevo camino, lo cierto es que su postura se debió a una «economía de razonamientos, denegando la litispendencia por el camino más fácil»[54].

En definitiva, habría que resaltar de lo hasta ahora expuesto, que como expresión de la cooperación internacional y con fundamento en los principios de armonía internacional y de economía procesal, la admisión de la litispendencia en el proceso internacional ha sido defendida por la doctrina sin haber encontrado, aún, un eco definitivo en el campo de nuestro derecho autónomo.

Esta realidad contrasta con la panorámica ofrecida por el derecho comparado que, en la actualidad, —aunque presidido por la diversidad en las soluciones concretas—, viene caracterizado por una corriente jurisprudencial partidaria de la admisión y puesta en práctica de la litispendencia, como lo muestra, además de la existencia de sistemas tradicionalmente favorables, —como el alemán, el austríaco o, en general, los

53. CCJC, n.º 24, 1990, págs. 845-861, *Comentario* de M. AMORES CONRADI; REDI, vol. XLIII (1991) 1, págs. 192-194, *Nota* de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS.

54. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional privado. Parte especial*. Volumen II: Derecho Civil internacional, 3.ª ed. revisada y ampliada, 1990, pág. 340; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS-S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 2.ª ed., civitas, 1993, págs. 340-345. Interpretación que se confirma en la sentencia de la AP de Oviedo de 17 de diciembre de 1991, en la que el tribunal niega la litispendencia internacional por considerar utópico un juicio de recognoscibilidad sobre la decisión extranjera que ha de recaer no sólo sobre la competencia del tribunal de origen sino también sobre otros extremos, como los derechos fundamentales de defensa de las partes, «de muy difícil valoración sin haber concluido el procedimiento, y de los que depende también el reconocimiento y el eventual efecto de cosa juzgada de una decisión extranjera»; vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS-S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso*, cit., pág. 345; R. ARENAS GARCIA, *Nota*, cit. pág. 637.

Hasta la fecha, la Jurisprudencia de nuestro TS sigue siendo contraria a la admisión de la litispendencia internacional en ausencia de Tratado, vid. M. A. FERNÁNDEZ-J. M.ª RIFA-J. F. VALLS, *Derecho Procesal Práctico*, Tomo III, cit., pág. 282 y ss. Aunque «La Jurisprudencia,... ha experimentado a partir de la entrada en vigor de la LOPJ algunos signos de vacilación, que permiten albergar la esperanza de una próxima renovación de unas posiciones que ya no aparecen tan firme y monolíticamente asentadas», M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *La Cooperación internacional en Derecho internacional privado*, en La Cooperación Internacional, XIV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Vitoria-Gasteiz, septiembre 1991, Serv.Publicaciones Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993.

de *Common Law*—, su incorporación y real aplicación en Suiza, Francia, Holanda, Grecia y, recientemente, en Italia.

IV. La efectiva aplicación de la litispendencia. Las relaciones intracomunitarias

1. *El Derecho convencional como fuente de aplicación de la litispendencia en las relaciones internacionales*

En cuanto al derecho convencional, se puede decir que la mayoría de los Estados, intentando superar los inconvenientes derivados del principio de independencia de los ordenamientos jurídicos respectivos, han concluído convenios, casi siempre de carácter bilateral, en los que la litispendencia, cuando se regula, se subordina a la recognoscibilidad de la sentencia a dictar en el extranjero, circunstancia que conforme a las normas de dichos convenios se verifica en presencia de determinadas condiciones, en particular la competencia del juez extranjero[55]. Dado el carácter simple de los mismos, la prevalencia del proceso iniciado en el exterior sólo se asegura de modo limitado.

55. En esta línea, pueden citarse los convenios concertados por España con países europeos, de los que sólo los firmados con Francia (*Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y títulos ejecutivos de 28 de mayo de 1969*, BOE 14 de marzo de 1970, artículo 10.1; completado por el Canje de notas de 25 de febrero y de 1 de abril de 1974, BOE 20 de abril 1974) Alemania (*Convenio entre España y la R.F.A. sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983*, artículo 21) y Austria (*Convenio entre España y Austria sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, de 17 de febrero de 1984*, BOE 29 agosto 1985, artículo 18.1), regulan la litispendencia. En dichos convenios, vid., M. DESANTES REAL, *La litispendencia Internacional*, cit. págs. 854-855, el reconocimiento de la futura decisión se subordina a la realización de una doble hipótesis: «competencia del tribunal de origen e inimpugnabilidad o firmeza de la sentencia definitiva de fondo. Sólo la primera de ellas, evidentemente, puede afectar al órgano jurisdiccional suceptible de inhibición, puesto que en tal fase del procedimiento es de suponer que todavía no ha habido sentencia ni, por tanto, se ha producido el efecto de cosa juzgada material. La revisión de la competencia del tribunal de origen conforme a lo dispuesto en cada uno de los Convenios aparece de este modo como un *prius* para que la excepción de litispendencia pueda ser estimada». En el Convenio hispano-italiano (*Convenio entre España e Italia de 22 de mayo de 1973, sobre Asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil— ratificado el 11 de octubre de 1977, BOE, 15 noviembre 1977*) el problema se traslada al reconocimiento de sentencias extranjeras.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La incorporación y real aplicación de la litispendencia, ha sido posible en textos convencionales dotados de la peculiaridad de constituir una respuesta a un interés de integración; éste fue el caso del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas de 27 de septiembre de 1968[56], que, como instrumento de integración de los ordenamientos jurídicos de los Estados comunitarios, trata de uniformar el derecho procesal civil internacional, en cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 220.4 del Tratado de Roma, constitutivo de la CEE, de lograr «la simplificación de las formalidades a las que se hallan subordinados el reconocimiento y la ejecución recíprocos de decisiones judiciales...», siendo su fin último lograr la libre circulación de las mismas en el espacio europeo[57].

El grado de confianza entre las distintas administraciones de justicia que la consecución de este fin requería, permitió y al mismo tiempo exigió, la incorporación al cuerpo normativo del Convenio de determinadas disposiciones que, coordinando el ejercicio de la actividad jurisdiccional y minimizando el riesgo de resoluciones contradictorias entre cuestiones idénticas o conexas, se dirigieran a mejorar dicha administración de justicia, solucionando en la medida de lo posible los conflictos ocasionados por el funcionamiento de las reglas de competencia en el espacio judicial uniforme que se pretendía para Europa[58].

56. El Convenio de 27 de septiembre de 1968, negociado entre los seis miembros originarios de la CEE (JOCE, L-299, de 31 de diciembre de 1972), ha sido modificado en tres ocasiones a raíz de la integración progresiva de nuevos Estados en la Comunidad; el 9 de octubre de 1978 tuvo lugar en Luxemburgo, la firma del Convenio de Adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (JOCE, L-304, de 30 de octubre de 1978); el Convenio de Adhesión de Grecia se firmó en Luxemburgo el 25 de octubre de 1982 (JOCE L-388, de 31 de diciembre de 1982); finalmente, el 26 de mayo de 1989 en San Sebastián, se firmaba el Convenio relativo a la Adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales, en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la Adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica (DOCE, L-285 de 3 de octubre de 1989).

57. G. GAJA, *Sui rapporti fra la Convenzione di Bruxelles e le altre norme concernenti la giurisdizione ed il riconoscimento di sentenze*, RDIPP, 1991, págs. 259 y ss.; A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza,* cit. pág. 142; H. DUINTJER TEBBENS, *Los Convenios de Bruselas y de Lugano relativos a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, B.Inf.M.J.I., 15 de abril de 1995, n.º 1740, págs. 119-145, pág. 120.

58. J. L. IGLESIAS BUHIGUES-M. DESANTES REAL, *Competencia Judicial y ejecución de sentencias en Europa*, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 1098. La trascendencia de estos fines fue puesta de manifiesto por el TJCE en la sentencia de 30 de noviembre de 1976 (asunto 42/76, DE WOLF/H. COX. B. V., Rec. 1976, págs. 1759-1775).

En el sistema comunitario el riesgo de decisiones contradictorias surge debido a la pluralidad de criterios de competencia que el propio Convenio incorpora; así, al foro general del domicilio del demandado (artículo 2) —eje central del Convenio— y a los criterios de competencia exclusiva previstos en el artículo 16, se añaden otros con distinto fundamento: los establecidos en relación a la materia sobre la que versa la controversia en el artículo 5, permiten al actor citar al demandado ante tribunales distintos a los de su domicilio; igualmente, en las Secciones 3.ª y 4.ª, dedicadas a la competencia en materia de seguros y de contratos concluidos por los consumidores, se establecen criterios de competencia especiales en razón de la protección que merece la parte considerada más débil. Finalmente, los artículos 17 y 18, dedicados a la prórroga de competencia, también permiten que conozcan de la controversia tribunales distintos al del domicilio del demandado, el acordado por las partes o aquél ante el que comparezca éste, respectivamente.

El juego de estas disposiciones habilita el que pueda producirse una concurrencia de procesos, debido a que resulten competentes los tribunales de distintos Estados contratantes para conocer de una misma causa o de causas estrechamente vinculadas entre sí. Con el objetivo mediato de impedir las contradicciones o las incompatibilidades entre decisiones que de esta situación pudieran surgir, y el inmediato, de concentrar los procedimientos pendientes ante un único foro competente, se consagran en la Sección 8.ª del Convenio (artículos 21, 22 y 23), con fundamento en el principio de prioridad cronológica[59], dos mecanismos procesales como criterios negativos de competencia: la litispendencia y la conexidad. El concurso de procedimientos idénticos o conexos estaría en abierta contradicción con uno de los fines perseguidos por el sistema y enunciado en el Prámbulo del Convenio, «potenciar en la Comunidad la tutela jurídica de las personas establecidas en su territorio». Esta finalidad se vería comprometida si los procesos pudieran multiplicarse sin limitaciones, obligándose al demandado a organizar su defensa ante jueces diversos.

El acuerdo alcanzado acerca de los criterios de competencia y el es-

59. E. VITTA, *Corso*, cit., pág. 95; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence international, Reconnaisance et exécution des jugements en Europe*, Droit des Affaires, París, 1993, pág. 199; M. DESANTES REAL, *La Litispendencia internacional: consideraciones*, cit., págs. 859-860; A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza*, cit., pág. 106; Oberlandesgericht de Coblenza, sentencia de 30 de noviembre de 1990, EurZWR, 1991/5, págs. 158 ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tablecimiento en el Título III del Convenio de un régimen simplificado para el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales emanadas de los tribunales de los países contratantes han sido determinantes a la hora de fijar la conducta a seguir en materia de litispendencia, superándose en buena medida los inconvenientes derivados de la falta de analogía entre la litispendencia interna e internacional. Y ello porque, desde el principio de confianza entre las respectivas administraciones de justicia, regulando de manera uniforme los títulos de competencia, incluyéndose disposiciones que tienden a garantizar que sea el tribunal con competencia exclusiva quien finalmente conozca del litigio y asumiendo con carácter general la automaticidad de los efectos de las sentencias dictadas por los Estados parte, el texto comunitario permite considerar la función jurisdiccional desarrollada en cada uno de dichos Estados como equivalente.

En este contexto, ya no sería necesario condicionar la eficacia de la litispendencia a la comprobación de la recognoscibilidad de la sentencia futura extranjera ni subordinar esta comprobación a la verificación de la competencia del juez de origen.

Pero, aunque en el sistema de Bruselas las disposiciones de los artículos 21 a 23 y las relativas al régimen simplificado de reconocimiento constituyan, sin duda alguna, expresiones de la denominada «unión judicial», la equivalencia entre las funciones jurisdiccionales de los distintos Estados no es perfecta[60], aún no se ha logrado un sistema procesal uniforme.

Así, al ámbito de aplicación limitado del Convenio y a la falta de armonización entre los ordenamientos de los Estados contratantes en la materia objeto del mismo, hay que añadir la relevancia de las normas nacionales que regulan algunos aspectos del proceso, la vigencia de las disposiciones nacionales sobre competencia judicial en las relaciones con demandados en terceros Estados y la posible diversidad en las normas sustanciales aplicables en los distintos Estados comunitarios. Si además tenemos presente que en el propio Convenio abundan los conceptos sin

60. T. BALLARINO-L. MARI, *Codice della Convenzione di Bruxelles e di Lugano. Giurisdizione ed esecuzione delle sentenze straniere*, Pirola, Milán, 1992, pág. 13. La no perfecta equivalencia entre el ejercicio de la función jurisdiccional en uno y otro Estado contratante hace que la regla de la litispendencia del artículo 21 no pueda únicamente fundamentarse en el principio *ne bis in idem*, entendido como exigencia de asegurar la economía procesal, el cual se reclama por la doctrina como fundamento de la litispendencia en las relaciones entre jueces del mismo ordenamiento jurídico; vid. A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza nella Convenzione di Bruxelles*, cit. págs. 80-81.

definir y no queda establecido de forma general si para su interpretación hay que acudir al ordenamiento de cada Estado contratante o ésta debe hacerse de manera autónoma e independiente, puede confirmarse que la contribución del Tribunal de Justicia de las Comunidades resulta imprescindible para lograr la efectividad del Convenio como instrumento de reglamentación uniforme del derecho procesal civil[61].

2. *La litispendencia comunitaria: rasgos particulares de su regulación*

Dentro del engranaje convencional, dirigido a propiciar la libre circulación de las decisiones judiciales, el artículo 21 es una pieza más. Con el objetivo directo de individualizar un único foro competente y el indirecto de evitar la inconciliabilidad entre las decisiones que de la existencia de procesos paralelos pudiera derivarse, el artículo 21 sólo actúa en la fase de determinación de la competencia directa y únicamente se refiere a las demandas originarias pendientes. Ambos objetivos presiden la interpretación que de los términos empleados por dicho artículo[62]

61. De la propia Jurisprudencia del TJCE se deduce que la interpretación autónoma debe ser la regla general, vid., la sentencia de 13 de julio de 1993 (C-125/92, MULOX ICB/GEELS, Rec., I-4025). El Tribunal de Luxemburgo limita sus funciones a la interpretación del Convenio, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional juzgar el litigio y aplicar el Convenio al caso concreto. La relación entre los tribunales nacionales y el Tribunal comunitario no es de jerarquía sino de cooperación, aunque por vez primera se ha otorgado potestad jurisdiccional a un tribunal internacional para interpretar un Convenio de derecho internacional privado con carácter vinculante para los tribunales nacionales. Sin embargo, el incumplimiento del juez nacional «...no es suceptible de control por parte del TJCE, ya que no es posible interponer ante éste recurso contra las resoluciones de los tribunales nacionales», vid. G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*. Dir. G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. LIÑÁN NOGUERAS, ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 386-387; H. DUINTJER TEBBENS, *Los Convenios de Bruselas y de Lugano relativos a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, cit., págs. 122 y ss.

La importancia de la labor desarrollada por el TJCE se refuerza aún más a partir de la firma del Convenio de Lugano que reproduciendo, con algunas modificaciones, el Texto de Bruselas, está destinado a hacerlo operativo en un espacio judicial más amplio que el comunitario; vid. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *La Cooperación en Derecho Internacional Privado, La Cooperación Internacional*, XIV Jornadas de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales, Vitoria-Gasteiz, septiembre 1991, serv.publ. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993, cit., págs. 228 y ss.

62. La versión de 1968 del artículo 21 dispone:

«Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante Tribunales de Estados contratantes distintos, el Tribunal ante el que se formulare la segunda demanda deberá, incluso de oficio, inhibirse en favor del Tribunal ante el que se interpuso la primera.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

—para describir, primero, la situación de litispendencia comunitaria (apartado 1.º), y para señalar, después, las soluciones (apartado 1.º, *in fine*, y apartado 2.º)—, viene efectuando el TJCE[63]. Como consecuencias generales de la interpretación finalista, el ámbito de aplicación de la disposición es lo más amplio posible y los remedios señalados, excluyéndose en orden a su aplicación por el segundo tribunal cualquier margen de valoración, los más drásticos.

A) Condiciones para su existencia

La situación de litispendencia se constituye cuando tribunales de distintos Estados contratantes[64], igualmente competentes, conocen sucesivamente de demandas originarias[65] sobre lo mismo, encontrándose dichos procesos pendientes[66] y siendo indiferente el origen de dicha competencia.

El Tribunal que debería inhibirse podrá suspender el procedimiento si fuere impugnada la competencia del otro tribunal».

63. El TJCE se ha pronunciado, sobre los términos empleados en el artículo 21, en cinco ocasiones: sentencia de 7 de junio de 1984, asunto 129/83, ZELGER/SALINITRI, Rec. 1984, pág. 2397; sentencia de 8 de diciembre de 1987, asunto 144/86, GUBISCH MASCHINENFABRIK/PALUMBO, Rec. 1987, pág. 4861; sentencia de 27 de junio de 1991, asunto 351/89, OVERSEAS UNION INSURANCE/NEW HAMPSHIRE INSURANCE, Rec. 1991, pág. 3347; sentencia de 20 de enero de 1994, asunto 129/92, OWENS BANK LTD/FULVIO BRACCO Y BRACCO INDUSTRIA CHIMICA SPA., Rec. 1994, pág. I-9; sentencia de 6 de diciembre de 1994, asunto 409/92, THE OWNERS OF THE CARGO LATELY LADEN BOARD THE SHIP TATRY/THE OWNERS OF THE SHIP MACIEJ RATAJ, La Ley/CEE, 17 de marzo de 1995, págs. 1-5.

64. La situación de litispendencia descrita en las primeras lineas del artículo 21 se refiere al orden internacional y dentro de éste a las relaciones intracomunitarias; vid. M. DESANTES REAL, *La litispendencia internacional*, cit., pág. 861; Y. LOUSSOUARN, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements face au système juridique français*. Actas del Coloquio celebrado en París el 5 y 6 de abril de 1990, Fundación Calouste Gulbenkian, París, 1991, págs. 153-154; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, cit., pág. 197.

65. La situación de litispendencia comunitaria no se constituye y, en consecuencia, las soluciones del artículo 21 no se aplican, cuando la concurrencia se produce entre procedimientos dirigidos al reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales abiertos en distintos Estados contratantes, independientemente de que dichas decisiones provengan de Estados Parte en el Convenio o de terceros Estados conforme a la STJCE de 20 de enero de 1994 (asunto OWENS BANK/BRACCO); vid. *Notas* H. GAUDEMET-TALLON, RC, 1994, págs. 382-387, A. HUET, JDI, 1994, 2, págs. 546-550; P. ABARCA JUNCO, G.J. de la CEE, serie B, n.º 93, abril, 1994, pág. 15-20; H. TAGARAS, CDE, núm. 1-2, 1995, págs. 195-199; A. BORRAS, *Nota*, RJC, 1995, n.º 1, págs. 278-280.

66. Vid. sentencia del Tribunal de Grande Instance de Dunkerque de 18 de abril de 1984, Rep. Sèrie D I-21, B-8, *Obs*. A. HUET, JDI, 1985, págs. 946 y ss.; sentencia de la Corte di Cassazione de 28 de abril de 1993, RDIPP, 1994, 2, págs. 375-381.

Una vez verificada dicha situación de concurrencia de compeencias, el tribunal que conozca en segundo lugar debe acomodar su actuación a lo prescrito en el artículo 21[67].

1. La concepción amplia y autónoma de la triple identidad

Aunque en un principio, y de forma mayoritaria, los tribunales de los Estados contratantes interpretaron restrictivamente, conforme a la tradición procesal preexistente, la exigencia de la triple identidad entre las demandas[68], el TJCE se decantó por una concepción no sólo autónoma sino también amplia de dicho requisito en la sentencia de 8 de diciembre de 1987 (asunto GUBISCH/PALUMBO)[69], concepción que se confirma en la

67. El TJCE en la sentencia de 7 de junio de 1984 (asunto ZELGER/SALINITRI) decidió que la cuestión de saber cual es el momento en el que se reúnen las condiciones de un conocimiento definitivo en el sentido del artículo 21, lo que permite determinar el orden de conocimiento entre las demandas, debe ser apreciada y resuelta por cada jurisdicción según las reglas de su propio derecho nacional; vid. *Notas* de A. E. ANTON, SLT, 1984, part. 45, pág. 21; P. R. BEAUMONT, SLT, 1984, part. 39, pág. 3; H. LINKE, RIW, 1984, págs. 739-740; TH. RAUSCHER, Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts, 1985, pág. 217-321; T. BALLARINO, For. pad., 1985, I, pág. 145-150; D. HOLLEAUX, RC, 1985, págs. 378-384; T. HARTLEY, ELR, 1985, págs. 56-59; B. AUDIT, Rec.D-S., 1985 IR, pág. 177; A. HUET, JDI, 1985, págs. 165-173; R. SCARPA, Gius. civ., 1985, I, págs. 5-7; H. VERHEUL, NILR, 1987, págs. 107-108.

68. En Holanda, vid. Hoge Raad sent. de 12 de enero de 1973, NILR, 1975, pág. 75; Arrondissementsrechtbank de Bois-le-Duc, sent. de 10 de febrero de 1978, Rép. Sèrie D I-21, B2. En Francia, vid. Cour d'Appel de Dijon, sent. de 29 de enero de 1975, JDI, 1976, *Nota* D. HOLLEAUX, págs. 150 y ss.; Cour de Cassation, sent. de 3 de abril de 1978, RTDE, 1978, *Obs*. Y. LOSSOUARN-J. BOUREL. En Alemania, vid. Landesgericht de Colonia, sent. de 28 de julio de 1978, Rép. Série D, I-21, B3; Oberlandesgericht de Frankfurt, sent. de 23 de septiembre de 1980 (Rép. Sèrie D, I-21, B6: Oberlandesgericht de Hamburgo, sent. de 25 de septiembre de 1985, Rép. Série D, I-21, B 11. En Italia, vid. Tribunal de Bassano del Grappa, sent. de 13 de febrero de 1976, Rép. Série D I-21, BI; Pretura de Parma, sent. de 17 de junio de 1980, RDIPP, 1982, pág. 86; Corte di cassazione, sent. de 17 de marzo de 1983, RDIPP, 1984, pág. 345; Corte di cassazione, sent. de 23 de marzo de 1983, RDIPP, 1984, pág. 331.

69. Vid. *Notas* de V. BROGGI, G.civ., 1988,I, pág. 2166 y ss.; H. GAUDEMET-TALLON, RC, 1988, págs. 374-378; A. HUET, JDI, 1988, págs. 537-544; J. MAURO, Gaz. Pal., 1988, II, págs. 265-266; H. VERHEUL, NILR, 1988, págs. 81-82; T. HARTLEY, ELR, 1988, págs. 216-217; H. LINKE, RIW/AWD, 1988, págs. 822-826; P. VLAS, TVVS ondernemingsrecht en rechtspersonen, 1989, pág. 207; H. SCHACK, Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts, 1989, págs. 139-142; M. EKELMANS, RDCB, 1989, págs. 358-363; J. C. SCHULTSZ, Ned. Jur., 1989, n.º 420; P. RODRÍGUEZ MATEOS, La Ley/CEE, sup., n.º 31, enero 1988, págs. 1-4; M. A. ASÍN CABRERA, Noticias/CEE, 1989, págs. 127-131.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sentencia de 27 de junio de 1991 (asunto OVERSEAS/NEW HAMPSHIRE)[70] y se consolida en la sentencia de 6 de diciembre de 1994 (asunto TATRY/MACIEJ RATAJ[71]: existe litispendencia comunitaria si el vínculo entre las demandas es de tal grado que da lugar al riesgo de que se dicten decisiones que pudieran resultar inconciliables entre sí, con independencia de la reglamentación que la relación entre las demandas reciba en los respectivos ordenamientos nacionales implicados.

Con el objetivo prioritario de atajar en lo posible el riesgo de inconciabilidad entre las decisiones, la concepción amplia de los elementos constitutivos de la litispendencia comunitaria[72], aunque restringe el ámbito de aplicación del artículo 22[73], asegura en gran medida, y esa es su

70. Vid. *Notas* de H. GAUDEMET-TALLON, RC, 1991, oct./dic., págs. 772 y ss.; A. HUET, JDI, 1992, 2, págs. 494 y ss.; P. VLAS, NILR, 1992, págs. 407 y ss.; R. ARENAS GARCÍA, *La Litispendencia internacional. El artículo 21 del Convenio de Bruselas de 1968 y el control de la competencia del tribunal de origen (Comentario a la STJCE de 27 de junio de 1991)*, Noticias/CEE, agosto/septiembre, 1992, núm. 91-92, págs. 103-109; F. GARCIMARTÍN ALFEREZ, *La Litispendencia en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: dos conclusiones. Comentario a la STJCE de 27 de junio de 1991*, La Ley/CEE, n.º 72, febrero, 1992, págs. 1-5; A. BRIGGS, Yb.E.L., 1991, págs. 521-527.

71. Vid. *Notas* de R. ARROYO MONTERO, *Interpretación del Convenio de Bruselas a partir de sus objetivos: avances en materia de litispendencia y conexidad, (Comentario a la STJCE de 6 de diciembre de 1994)*, La Ley/CEE, 17 de marzo de 1995, págs. 1-5; A. HUET, *Obs. a la STJCE de 6 de diciembre de 1994*, JDI, 1995, 2, pág. 469; A. BORRÁS, Nota a la *STJCE de 6 de diciembre de 1994*, RJC, 1995, 3, págs. 827-831.

72. Defendida por P. RODRÍGUEZ MATEOS, *La litispendencia internacional: una interpretación autónoma*, cit., pág. 2; M. A. ASÍN CABRERA, *Interpretación del artículo 21 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968.— Noción de litispendencia*, cit., pág. 131; F. POCAR, *La Convenzione*, cit., pág. 310; A. L. MALATESTA, *Litispendenza e Riconoscibilitá di sentenze*, cit., págs. 511-538, entre otros. Considerándose excesivamente amplia por H. GAUDEMET-TALLON, *Nota a la sentencia Gubisch*, págs. 370 y 374; A. HUET, *Nota*, pág. 537; H. VERHEUL, *Nota*, NILR, 1988, pág. 80; V. BROGGI, *Nota*, G.civ., 1988, págs. 2166-2167; H. LINKE, *Algunas cuestiones*, cit., págs. 182-183; F. SCHOCKWEILLER, *Litispendencia y Conexidad, Competencia Judicial y Ejecución de sentencias en Europa*, cit., pág. 169; J. KROPHOLLER, *Europäisches* Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVU, Verlag Recht und Wirtschaft Gmbh, Heidelberg, 2.ª ed., 1987, pág. 234; P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement* of foreign Judgements; *The Application in England and Wales of the Brussels Convention of 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in civil and commercial matters under the Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982*, Professional books Ltd., Abingdon, 1987, pág. 1486; J. P. BERAUDO, *La Convention de Bruxelles*, cit., pág. 2; A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza*, cit., pág. 100, entre otros.

73. El artículo 22 dispone:

«Cuando se presentaren demandas conexas ante tribunales de Estados contratantes diferentes y estuvieren pendientes en primera instancia, el Tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda posterior podrá suspender el procedimiento.

Este Tribunal podrá de igual modo inhibirse, a instancia de una de las partes, a condición de que su ley permita la acumulación de asuntos conexos y de que el Tribunal

principal ventaja, que no llegue a producirse la situación descrita en el artículo 27.3[74]. Y es que, aunque tanto con la regulación de la litispendencia como de la conexidad se persiga impedir que lleguen a dictarse decisiones inconciliables, el artículo 21 incorpora mecanismos imperativos, mientras que los contemplados en el artículo 22 son de carácter dispositivo, diferencia que explica la aplicación residual de este último artículo respecto al 21; sólo aquellos supuestos no reconducibles a la situación de litispendencia comunitaria, son supuestos de conexidad a efectos del artículo 22.

Pero, la noción extensiva de la litispendencia consagrada por el TJCE, agrava los inconvenientes del artículo 21, revelándose como inoperante el criterio único de la anticipación; al no estar previsto en el Convenio un mecanismo automático de reunión de procedimientos, en estos supuestos, —cuando la relación entre las demandas es reconducible a la prejudicialidad y el primer juez es quien conoce de la demanda prejudicial o cuando ante el segundo juez se propone la demanda de contenido más amplio—, la protección de los derechos de la contraparte exige que una vez declinada la competencia por el segundo juez, sea posible ampliar el objeto del primer proceso a través de una nueva demanda o utilizando los medios de defensa en los límites consentidos por las normas del ordenamiento en el que se desarrolla el proceso iniciado en primer lugar[75]. Si esto no fuera posible, el juez que conoce con posterioridad debe declinar su competencia por la parte del *petitum* que considera incluido en la demanda propuesta con anterioridad, mientras que suspenderá el juicio por la parte restante en aplicación del artículo 22.1 del Convenio[76].

ante el que se hubiere presentado la demanda fuere competente para conocer de ambas demandas.

Se considerarán conexas, a efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente».

74. El artículo 27 dispone:

«Las resoluciones no se reconocerán:

3. Si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido».

75. Vid. R. GEIMER, *El derecho de acceso a los tribunales con arreglo al Convenio de Bruselas, Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, cit., pág. 52; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, cit., pág. 190.

76. De acuerdo con A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza*, cit., págs. 93-94.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2. La irrelevancia del origen de la competencia

La litispendencia comunitaria no es un criterio de competencia, sino que —como situación jurídica— presupone la competencia de los distintos tribunales (al igual que la litispendencia interna o la internacional) y —concebida como mecanismo de solución de concurrencia de competencias— limita el ejercicio de la función jurisdiccional, obligando al segundo tribunal, dotado de competencia de acuerdo con el Convenio, a inhibirse[77].

Se trata de una regla de organización procedimental (como todas las de la Sección 8.ª) dirigida directamente a individualizar un único foro de los posibles competentes, e indirectamente, a paliar posibles situaciones de inconciliabilidad entre decisiones. Esta última función preventiva, impone una sincronización de las condiciones de aplicación del artículo 21 y las que se requieren para que el reconocimiento y la ejecución de la decisión se lleve a cabo conforme a las disposiciones del Título III del Convenio[78]. Si éste se aplica siempre que el Estado de origen y el Estado requerido sean Partes en el Convenio de Bruselas, independientemente de que el tribunal de origen haya determinado su competencia conforme a los criterios de los artículos 2 y 3 o los derivados del artículo 4[79], la situación de litispendencia comunitaria se constituye, igualmente, si las dos instancias sobre lo *mismo* pertenecen al ámbito de aplicación material del Convenio y están pendientes ante jurisdicciones de Estados contratantes diferentes, independientemente de que los tribunales implicados tengan competencia conforme a las disposiciones de los artículos 2 y 3 o, también, del artículo 4[80].

En consecuencia, el artículo 21 es aplicable, no solamente cuando el demandado en el segundo proceso está domiciliado fuera del territorio de los Estados contratantes, sino también si ninguna de las partes en los dos procesos tiene su domicilio en la Comunidad y así lo corroboró el TJCE en su sentencia de 27 de junio de 1991, sobre el asunto OVERSEAS/NEW HAMPSHIRE[81], subrayando la ausencia en el texto de este artículo de una condición semejante o de cualquier distinción entre el artículo 4 y los otros criterios de competencia previstos en el Título II del Convenio.

En otras palabras, la aplicación del artículo 4 excluye únicamente a las disposiciones del Título II que determinan de manera directa la com-

77. Las reglas de la Sección 8.ª, «Litispendencia y Conexidad», presuponen y al mismo tiempo completan la distribución de la competencia entre las respectivas jurisdicciones de Estados contratantes; vid. J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Competencia Judicial*, cit., pág. 84; J. P. BERAUDO, *Convention de Bruxelles*, cit., pág. 10; T. BALLARINO-L. MARI, *Codice della Convenzione de Bruxelles e di Lugano*, cit., págs. 13-14; A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza*, cit., pág. 127; P. KAYE, *Civil Jurisdiction*, cit., págs. 1216-1217; S. O'MALLEY-A. LAYTON, *European Civil Practice*, Sweet & Maxwell, Londres, 1989, pág. 373.; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, cit., pág. 197; Arrondissementsrechtsbank de Amsterdam, sent. 15 de junio de 1977, NILR, 1978, pág. 86; STJCE de 24 de junio de 1981, (asunto ELEFANTEN SCHUH/JACQMAIN), Rec. 1981, pág. 1671. Otra cosa es que en el artículo 6 del Convenio se incorporen criterios de competencia directa que se refieren a materias derivadas de la noción de conexidad; vid., A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Eurolex, Madrid, 1996, págs. 72-76; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *La pluralidad de demandados en Derecho internacional privado*, Justicia, 1992, II, págs. 299-336.

78. «La Convention vise essentiellement à favoriser la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en dehors de l'Etat dans lequel elles ont été rendues, et que, à cet effet, il est indispensable de limiter les risques d'inconciliabilité de décisions, motif de refus de reconnaisance ou d'exequatur selon l'article 27, point 3, de la Convention», STJCE de 11 de enero de 1990, asunto DUMEZ FRANCE Y TRACOBA/HESSISCHE LANDESBANK, Rec., 1990, págs. 1-49; vid. *Notas* A. HUET, JDI, 1990, págs. 497-503; H. GAUDEMET-TALLON, RC, 1990, págs. 360-379; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, RJC, 1990, págs. 1135-1137; H. TAGARAS, CDE, 1990, págs. 693-696; T. HARTLEY, ELR, 1991, págs. 71-73; F. SCHOCKWEILER, *Litispendencia y Conexidad*, cit., pág. 167; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Competencia judicial y ejecución de decisiones en la Comunidad Económica Europea. Iniciación al Estudio del Derecho Comunitario*, Madrid, 1984, pág. 149: «Si el artículo 27.3 se aplica es que no ha funcionado la litispendencia (artículo 21) o la conexidad (artículo 22)».

79. G. A. L. DROZ, *Compétence Judiciaire*, cit., págs. 269 y ss.; P. GOTHTOT-D. HOLLEAUX, *La Convención de Bruselas*, cit., págs. 146-147; M. DESANTES REAL, *El Convenio de Bruselas (Competencia Judicial y Reconocimiento y Ejecución de resoluciones judiciales) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: criterios de interpretación y orientaciones metodológicas*, La Ley, 29 de abril de 1988, supl. n.º 34, págs. 7 y ss.; R. ARENAS GARCÍA, *La Litispendencia Internacional*, cit., pág. 105.

80. La irrelevancia del origen de la competencia para la constitución de la situación de litispendencia comunitaria, se había expresado por P. JENARD, *Informe sobre el Convenio*, cit., pág. 141; G. A. L. DROZ, *Compétence Judiciaire*, págs. 269-270; P. GOTHTOT-D. HOLLEAUX, *La Convention entre les Etats membres*, JDI, 1971, págs. 747 y ss.; idem, *La Convención de Bruselas*, cit., págs. 146-147; J. P. BERAUDO, *La Convention de Bruxelles*, cit., núms. 14 y 22; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Competencia Judicial, Reconocimiento y ejecución*, cit., págs. 80 y ss.; S. CARBONE, *Il Regime*; P. KAYE, *Civil Jurisdiction*, cit., págs. 1120 y ss.; J. KROPHOLLER, *Europäisches*, cit., pág. 232.

81. Contando la sentencia con el beneplácito general de la doctrina: vid., J. C. FERNÁNDEZ ROZAS-S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso*, cit., pág. 303; J. L. IGLESIAS BUHIGUES-M. DESANTES REAL, *Competencia Judicial y Ejecución de sentencias en Europa*, cit., pág. 1099; A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza*, cit., pág. 127; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, cit., págs. 197-199, A. L. CALVO CARAVACA, *Litispendencia y Conexidad, Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, ed. A. L. CALVO CARAVACA, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1994, pág. 404.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

petencia judicial internacional del tribunal (a excepción de las contempladas en el artículo 16) entre las que no se encuentra el artículo 21.

El que el ámbito de aplicación del artículo 21 pueda resultar excesivo y correlativamente el de la litispendencia internacional, previsto en el derecho común de los Estados contratantes, singularmente restringido, es un argumento suplementario para apreciar de manera más estricta de lo que viene haciendo el TJCE la condición de identidad entre las demandas [82].

B) Los mecanismos de solución

En líneas generales, ciñéndonos a los sistemas de *civil law*, las consecuencias jurídicas que se establecen para solucionar una situación de litispendencia giran, con fundamento en el principio *prior tempore potior iure*, en torno a la inhibición directa o al aplazamiento y, en su caso, posterior inhibición, del tribunal que conoce en segundo lugar de la controversia, así como sobre la disyuntiva entre otorgarles carácter obligatorio o facultativo. Respecto al márgen de iniciativa del segundo tribunal, los distintos ordenamiento jurídicos se han planteado la posibilidad de una actuación de oficio o únicamente a instancia de parte.

La mayoría de los sistemas autónomos que reconocen efectos a la litispendencia extranjera, se han inclinado por el aplazamiento como regla general. Esta solución menos drástica, se adapta mejor que la inhibición directa a la incerteza en que se ve envuelta la competencia judicial internacional del tribunal que primero conoció del asunto. Como se ha visto, la admisión de la litispendencia internacional, dada la disparidad de concepciones sobre la competencia que caracteriza a los derechos comunes, conlleva siempre el riesgo de que la previsión sobre la competencia del primer tribunal devenga con el tiempo inexacta; si el segundo tribunal estima, de acuerdo con sus reglas, que el primero es competente, su inhibición directa e irreversible podría dar lugar a una situación de denegación de justicia si éste, después, se considera, de acuerdo con las suyas, incompetente. Con el aplazamiento del proceso interno, se salva en parte este riesgo, pues hasta que el segundo tribunal no esté seguro de la competencia del primero, no decidirá inhibirse a su favor.

Los negociadores del Convenio de Bruselas de 1968, estableciendo un sistema unificado de reglas de competencia directa, mitigaron ampliamente el riesgo de divergencias en la valoración de la competencia del

82. A. HUET, *Nota*, cit., pág. 495; H. GAUDEMET-TALLON, *Nota*, cit., pág. 774.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

primer tribunal a efectos de litispendencia [83]. Esta realidad y la confianza en que el propio Convenio contenía garantías suficientes para que no se produjeran situaciones de conflictos negativos de competencia, les llevó a incorporar como mecanismos automáticos de solución de una situación de litispendencia comunitaria la inhibición directa, incluso de oficio, como regla general y el aplazamiento como simple excepción.

No obstante, la utilización de uno u otro remedio por el tribunal ante quien se formula posteriormente la demanda, no se hizo depender del grado de incerteza que según éste envolviese a la competencia del primero, sino de la impugnación formal por el demandado de la competencia del mencionado tribunal. En ausencia de este requisito, el segundo tribunal tenía que inhibirse directamente, con lo que, en estos supuestos, subsistía el peligro de denegación de justicia.

Conscientes de la inseguridad jurídica que tal regulación contribuía a crear, los negociadores del Convenio de Lugano, en armonía con la solución mayoritaria que los derechos comunes de los Estados contratantes incorporaban, establecen la regla sin excepciones del aplazamiento directo del segundo proceso, hasta que el primer tribunal se pronuncie sobre su competencia, independientemente de que ésta haya sido o no impugnada a instancia de parte.

El perfeccionamiento del mecanismo de solución conseguido en el texto de Lugano [84], se introduce en el sistema de Bruselas con ocasión del Convenio de Adhesión de España y Portugal en 1989 [85].

En ambas versiones destaca el carácter imperativo de la actuación judicial, con la consecuencia de quedar exluida del ámbito de la litispen-

83. INFORME JENARD, págs. 128-129; M. WESER, *Les conflicts de juridiction dans le cadre du Marché commun*, RC, 1960, pág. 161; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, cit., pág. 260.

84. Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988, DOCE, L-319, 25 de noviembre de 1988, págs. 9 y ss. Este Convenio va a aplicarse por los jueces de los Estados miembros de la CEE cuando las demandas se presenten ante la jurisdicción de un Estado de la AELC y ante la de un Estado de la CEE.

85. El nuevo artículo 21 dispone:

«Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante Tribunales de Estados contratantes distintos, el Tribunal ante el que se formulare la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el Tribunal ante el que se interpuso la primera.

Cuando el Tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se declare competente, el Tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquél».

dencia comunitaria la doctrina del *forum non conveniens*[86], y el progresivo acentuamiento del papel protagonista de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de los mecanismos de solución; el impulso procesal de las partes en el desarrollo del procedimiento pasa a un segundo plano.

1. El carácter imperativo y la aplicación de oficio

El segundo párrafo del artículo 21.1 originario impone al segundo tribunal el deber de inhibirse, *incluso de oficio*, directamente como regla general. La suspensión del proceso únicamente es factible si se hubiera cuestionado formalmente la competencia del primero. Con la incorporación de esta única excepción a la regla general de la inhibición directa, se intentó evitar la situación de denegación de justicia provocada por la inhibición del segundo juez seguida de la declaración de incompetencia del primero.

Los dos rasgos que caracterizan a la regla general de la inhibición directa, por su contraste respecto a los distintos regímenes que admiten la situación de litispendencia internacional, son el carácter obligatorio[87] —el tratamiento de la inhibición como facultad, no como obligación, no garantizaba la imposibilidad de situaciones de conflictos positivos de competencia, ni por lo tanto, la imposibilidad de que llegaran a dictarse sentencias inconciliables[88]—, y la posibilidad de que se produzca no sólo a instancia de parte, sino también de oficio.

86. E. BLACKBURN, *Lis alibi pendens and forum non conveniens in collision actions after the Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982*, LMCLQ, 1988, págs. 91-102; H. SCHACK, *Die Versagung der deutschen internationalen Zuständigkeit wegen forum non conveniens und lis alibi pendens*, RabelsZ, 1994, 1, págs. 40-58; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale: forum non conveniens, Lis pendens*, RIDC, 1994, 2, págs. 423 y ss.; S. O'MALLEY-A. LAYTON, *European Civil Practice*, cit., págs. 636-637; A. V. DICEY-J. H. C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, Vol. I, 11.ª ed., London, 1987, págs. 413-419; P. BEAUMONT, *Informe sobre el Derecho Internacional Privado del Reino Unido, Declining*, cit, pág. 221; G. HOGAN, *The Brussels Convention, Forum non conveniens and the Connecting Factors Problems*, ELR, 1995, 5, págs. 471-493.

87. M. DESANTES REAL, *La litispendencia internacional*, cit., págs. 861-862; P. GOTHOT-D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles*, cit., pág. 125; B. AUDIT, *Droit international privé*, cit., pág. 448; G. A. L. DROZ, *Compétence et Effets*, cit., págs. 190-191.

88. Vid., S. CARBONE, *Il Regime*, cit., págs. 9 y ss.; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras*, cit., pág. 260; M. DESANTES REAL, *La Litispendencia internacional*, cit., pág. 862; G. A. L. DROZ, *Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de Droit international privé*, RC, 1969, págs. 381-424; *idem*, *Compétence et Effets*, cit., pág. 180.

Mientras que las disposiciones que normalmente se dedican a esta materia en los sistemas convencional o autónomo subordinan al impulso procesal de las partes la aplicación de los mecanismos de solución de una situación de litispendencia, en el texto del 68 la declinación o inhibición del segundo tribunal puede producirse tanto *a instancia de parte* como, *incluso, de oficio*. Es decir, la obligación de inhibirse para este tribunal subsiste incluso si la parte interesada no propone la excepción de litispendencia, convirtiéndose el Convenio en el primer texto convencional en el que se legitimaba al juez para actuar en un sentido u otro[89].

Al recogerse las dos posibilidades, se trataba de garantizar que, dentro de la Comunidad, el riesgo de decisiones contradictorias fuese el mínimo, pues el tribunal de un Estado contratante ante el que se presenta una demanda cualquiera deberá inhibirse, no sólo cuando conozca de la existencia de otra demanda sobre lo mismo pendiente ante el tribunal de otro Estado contratante a través de la alegación de la excepción de litispendencia por el demandado, sino también cuando él por sus propios medios tenga noticias de ese dato.

La principal ventaja de esta regulación respecto a los sistemas clásicos radica en el desplazamiento de la gravosa carga de la prueba de la existencia de los requisitos exigidos para la configuración de la situación de litispendencia desde el interesado al tribunal. En el sistema de Bruselas, la obligación del tribunal de aplicar, en general, las disposiciones del Convenio, y en particular, la de aplicar el artículo 21, se traduce en que la comprobación de las identidades y de la pendencia ante otro tribunal de un Estado contratante se mantenga aún cuando la parte perjudicada no lo haya pedido formalmente; se impone al juez la vigilancia de oficio de la existencia o inexistencia de litispendencia[90]. Lo que no significa que la alegación a instancia de parte deje de ser lo más habitual en la práctica. Lo novedoso es que la inhibición deba producirse al márgen del

89. Vid., P. LAGARDE, *Nota a la sentencia de 16 de junio de 1976*, RC, 1978, pág. 374; P. GOTHOT-D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles*, cit., pág. 125; M. DESANTES REAL, *La Litispendencia internacional*, cit., pág. 864; S. CARBONE, *Il Regime*, cit., pág. 11; G. A. L. DROZ, *Compétence*, cit., pág. 190; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Competencia Judicial*, cit., pág. 80.

90. INFORME JENARD, pág. 130; M. WESER, *La libre circulation des jugements dans le Marché commun*, TCFDIP, págs. 358-359; M. DESANTES REAL, *La litispendencia internacional*, cit., pág. 865; J. M. ESPINAR VICENTE, *Derecho procesal civil internacional*, cit., pág. 143; J. P. BERAUDO, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988*, J.-Cl. D. int., 1991, fasc. 635-3, pág. 16; idem., *Convention de Saint-Sebastién du 26 mai 1989: Adhèsion de l'Espagne et du Portugal à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, pág. 8.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cumplimiento estricto de formalidades procesales, esto es, que no se precise la alegación formal de la excepción de litispendencia por el demandado.

En definitiva, la preocupación por evitar la existencia de procesos paralelos y el consiguiente riesgo de inconciliabilidad de las futuras decisiones lleva a introducir una regulación que facilite por todos los medios estos fines. Está claro que, junto a la obligatoriedad de la inhibición, a ello contribuye la irrelevancia de los cauces jurídicos a través de los cuales llegue a conocimiento del segundo tribunal la existencia de litispendencia.

Respecto a la suspensión, prevista como excepción a la regla en el régimen originario, es necesario el dato objetivo de la formulación por el demandado en el primer proceso de la excepción de incompetencia[91] para que el Convenio otorgue cierto grado de incerteza a la competencia de este tribunal y consecuentemente ofrezca al segundo la posibilidad de suspender el procedimiento. En otro caso, y al márgen de la valoración que a éste le cupiese de la competencia del primero, opera la regla general de la inhibición directa y obligatoria, *incluso* de oficio.

Impugnada la competencia del primer tribunal, la elección se circunscribe a la inhibición directa o a la suspensión; «En el marco de la relación regla-excepción que entrañan los párrafos 1 y 2 del artículo 21 sólo hay dos posibilidades y el poder discrecional de la segunda jurisdicción se circunscribe a estas dos alternativas cuando se ha impugnado la competencia del primer tribunal»[92]. Al segundo tribunal no se le ofrece la posibilidad de una tercera vía en el sentido de, ignorando la constitución de la situación de litispendencia comunitaria, continuar con el proceso que se desarrolla ante él, pues seguir tal camino podría consolidar la situación de concurrencia de competencias y la infracción del principio de economía procesal, además de poder desembocar en dos decisiones sobre lo mismo si finalmente el primer tribunal resuelve en sentido negativo la excepción de incompetencia y entra a conocer del fondo. Esta Interpretación se ha visto confirmada por el TJCE en la sentencia

91. G. A. L. DROZ, *Compétence et Effets*, cit., pág. 191; H. LINKE, *Algunas cuestiones*, cit., pág. 186; S. O'MALLEY-A. LAYTON, *European civil*, cit., págs. 636-637; J. KROPHOLLER, Eur. ZPR, cit., págs. 247-248; H. GAUDEMET-TALLON, *Nota a la sent. de la Cour de cass. de 10 de enero de 1990*, RC, págs. 562-563.

92. Oberlandesgericht de Colonia, sent. de 13 de diciembre de 1990, IPRax, 1992, pág. 89, *Nota* S. ISENBURGEPPLE.

de 27 de junio de 1991, sobre el asunto OVERSEAS UNION/NEW HAMPSHIRE[93].

La suspensión es siempre temporal, pues o bien resurgirá para el segundo juez el deber de inhibirse —si el primero se declara competente— o bien —si el primero se declara incompetente— se reactivará el procedimiento aplazado.

A pesar de la novedad en la configuración de ambos mecanismos, la necesidad de impugnación de la competencia del primer juez como condición insoslayable para que el segundo pueda no inhibirse directamente, permite la subsistencia del riesgo de situación de vacío jurídico, pues se produzca o no tal impugnación, éste puede o debe inhibirse directamente y el primero puede, a su vez, resultar después incompetente[94]. El riesgo se acrecienta debido a la supresión de la verificación de la competencia del primer tribunal por el segundo.

Con el texto introducido a raiz de la adhesión de Portugal y nuestro país en 1989, se consigue evitar dicho riesgo imponiendo al segundo tribunal el deber de suspender de oficio el conocimiento del litigio, se haya o no impugnado la competencia, hasta que el primer tribunal se declare competente. Acomodándose —literalmente— el nuevo artículo 21 del Convenio de Bruselas al artículo 21 del Convenio de Lugano[95], se perfecciona el mecanismo de solución de concurrencia de competencias sobre lo mismo en el espacio judicial europeo sustituyendo la inhibición directa, como regla general, por la inhibición diferida, como regla sin

93. Rec., cit., pág. 3317: «...cuando medie oposición a la competencia del tribunal ante el que se formuló la primera demanda, el tribunal ante quien se formuló la segunda demanda, en el caso de que no decline su competencia, solamente podrá suspender el procedimiento...».

94. El riesgo subsiste al margen de la impugnación de la competencia a instancia de parte, puesto que el artículo 19 y el artículo 20.1 prevén la verificación de oficio de la propia competencia por los tribunales de los Estados contratantes; vid., P. GOTHOT-D. HOLLEAUX, *La Convention*, cit., pág. 125; G. A. L. DROZ, *Compétence*, cit., pág. 191.

95. Vid., las consideraciones expuestas en el INFORME JENARD/MOLLER sobre el Convenio de Lugano, pág. 78, y su transcripción literal en el comentario al artículo 21 del INFORME ALMEIDA CRUZ/DESANTES REAL/JENARD, sobre el Convenio de San Sebastián, pág. 48; J. P. BERAUDO, *La Convention de Lugano*, cit., pág. 16; G. A. L. DROZ, *La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernnant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, RC, 1989, 1, pág. 30; S. BARIATTI, *Prime considerazioni sulla Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 sulla giuridizione e l'esecuzione delle sentenze*, RDIPP, 1989, n.º 3, pág. 537.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

excepciones. La inhibición diferida se sujeta siempre a la condición de la confirmación de la propia competencia por el primer tribunal[96].

Son tres los rasgos que caracterizan la nueva modalidad de suspensión instaurada con el Convenio de San Sebastián; se trata de una suspensión obligatoria, no condicionada a la impugnación de la competencia del primer tribunal y que debe producirse de oficio. Los tres rasgos son un exponente del papel protagonista de los tribunales en la aplicación del Convenio.

A diferencia de la anterior versión, para la suspensión temporal del segundo proceso no se precisa la impugnación de la competencia del primer tribunal; ahora, el Convenio considera incierta la competencia de éste hasta que él mismo se pronuncie sobre su existencia o inexistencia. Consecuentemente, no le ofrece al segundo una elección, sino que le obliga a aplazar el procedimiento en tanto no se confirme ese dato. El carácter imperativo de la suspensión contrasta con la regulación de este mecanismo en los sistemas autónomos y convencionales clásicos en los que lo habitual es establecerla facultativamente, dejando un márgen de apreciación al segundo tribunal para su utilización o no[97].

La suspensión del segundo proceso, además de ser obligatoria y no condicionarse a la interposición de una excepción de incompetencia ante el primer tribunal, se produce de oficio. Al igual que en la versión anterior, la solución del conflicto positivo de competencias no está subordinada a la interposición de la excepción de litispendencia ante el segundo tribunal[98]; éste suspenderá el procedimiento cuando tenga conocimiento —y cualquier medio es válido— de la existencia del otro proceso pendiente sobre lo mismo.

Aunque la doctrina se ha mostrado unánime a la hora de señalar las ventajas de la nueva regulación respecto a la anterior, también ha apuntado algún inconveniente. Y es que, de la interpretación literal de los términos empleados en el apartado 2.º del artículo 21, cabría deducir que el aplazamiento debe mantenerse mientras no haya una declaración de la propia competencia por parte del primer tribunal, lo que hace surgir la

96. Vid., G. A. L. DROZ, *La Convention de S. Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano*, RC, 1990, 1, págs. 1-21.

97. Vid., J. M. ESPINAR VICENTE, *Derecho procesal civil internacional*, cit., pág. 143; H. LINKE, *Algunas cuestiones*, cit., pág. 186.

98. J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *El espacio judicial integrado en Europa Occidental. Convenio de Bruselas y Convenio de Lugano*, G. J. de la CEE, 1989, D-11, págs. 11 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA, *Litispendencia y Conexidad, Comentario*, cit., pág. 408.; J. M. ESPINAR VICENTE, *Derecho Procesal Civil Internacional*, cit., págs. 142-143.

cuestión del cuándo se declara competente el primer tribunal a efectos del Convenio[99].

En los ordenamientos procesales de los Estados contratantes es normal que el tribunal no se declare competente hasta que se pronuncie en cuanto al fondo, incluso aún cuando el demandado haya presentado una excepción de incompetencia. La duración del aplazamiento sería entonces excesiva[100], corriéndose el riesgo de que la litispendencia se convierta en cosa juzgada.

Más correcto es interpretar que, aún siendo el segundo tribunal el principal protagonista de la correcta aplicación del artículo 21, un reparto equilibrado de la responsabilidad judicial en el buen funcionamiento de la disposición, demandaría del primero su colaboración activa, que puede manifestarse en un pronunciamiento, a la mayor brevedad posible, a instancia de parte o incluso de oficio, sobre su propia competencia[101].

No obstante, si la competencia del primer tribunal no se ha impugnado y éste no se ha declarado de oficio incompetente (conforme al artículo 19 o al artículo 20.1), cabría entender que el demandado se ha sometido ex. artículo 18 y que, por tanto, se ha confirmado tácita, pero claramente, la competencia del primer tribunal, por lo que el segundo debe, sin más dilaciones, inhibirse a su favor.

2. El funcionamiento automático de los mecanismos de solución

En el sistema de Bruselas, el ejercicio de la función jurisdiccional por las respectivas administraciones de justicia debe considerarse equiva-

99. J. P. BERAUDO, *La Convention de Lugano*, cit., n.º 60; id., *La Convention de Saint Sebastién*, cit., pág. 8; M. SANTA-CROCE, *Nota a la sentencia Cour de cass. de 9 de octubre de 1990*, Rec. Dalloz, 1991, págs. 571-574; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, cit., pág. 201; H. LINKE, *Algunas cuestiones*, cit., pág. 186.

100. En supuestos de litispendencia internacional, la excesiva duración del primer proceso constituye un límite a la inhibición del tribunal nacional, vid., ad ex. H. SCHACK, *Informe sobre el derecho internacional privado alemán, Declining*, cit., págs. 197 y ss.; sentencias del BGH de 26 de enero de 1983 (IPrax, 1984, págs. 152-154) y de 10 de octubre de 1985 (NJW, 1986, págs. 2195-2196); sentencias del OLG de Munich de 31 de octubre de 1984 (RIW, 1986, págs. 815-816) y de Frankfurt-Main de 15 de junio de 1989 (IPRspr, n.º 210 b, 1989).

101. El pronunciamiento está expresamente previsto por el Convenio cuando la competencia se ha impugnado, cuando existe otro tribunal con competencia exclusiva ex artículo 19 y en el caso de incomparecencia del demandado cuando está domiciliado en un Estado contratante, conforme al artículo 20.1. La efectividad del artículo 21 exigiría del primer tribunal que la declaración se produzca a la mayor brevedad.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

lente como regla general. En este contexto cabría interpretar el silencio del Convenio acerca de las condiciones de aplicación de los mecanismos de solución de la litispendencia como inexistencia de las mismas. Esto es, la inhibición directa o diferida del segundo tribunal por causa de litispendencia no se condicionaría, globalmente, a la comprobación de la recognoscibilidad de la sentencia futura extranjera ni, en particular, a la verificación de la competencia del primer tribunal. La correlación «régimen de litispendencia-régimen de reconocimiento», llevaría a afirmar que al reconocimiento automático le ha precedido la aplicación automática de la litispendencia [102].

Esta afirmación no tendría discusión posible si el principio general del reconocimiento automático, al que responde el Título III del Convenio, no tuviera excepciones pero, como es sabido, no se ha logrado suprimir en su totalidad las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución de decisiones en el denominado espacio judicial europeo. La presunción favorable al reconocimiento puede destruirse ante la existencia de uno de los motivos de denegación previstos por el propio sistema. En este sentido los artículos 27 y 28 del Convenio pueden considerarse una muestra de la inexistencia de una completa equivalencia entre el ejercicio de la función jurisdiccional por los distintos Estados contratantes.

Basándose en la concepción clásica de la correlación litispendencia-reconocimiento, la persistencia de filtros que puedan llegar a impedir el reconocimiento automático, ha llevado a un sector doctrinal minoritario a interpretar que los mecanismos de solución de la litispendencia comunitaria deben subordinarse a la comprobación de la no concurrencia de los motivos de denegación que pueden ser objeto de una valoración anticipada. Para esta doctrina, en el sistema de Bruselas, el riesgo de vacío jurídico provocado por la declinación de la competencia propia por causa de litispendencia seguida del no reconocimiento de la decisión extranjera, puede y debe evitarse en la fase de determinación de la competencia directa.

Pero, el régimen de solución de la situación de litispendencia comunitaria se desmarca de lo consagrado para la litispendencia internacional tanto en los sistemas autónomos de los Estados contratantes como en los

102. Vid., M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Una actitud crecientemente internacionalista en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*, págs. 93-116; F. GARAU SOBRINO, *Comentario al artículo 26, Comentario al Convenio de Bruselas*, cit., págs. 469-470.

Convenios bilaterales o multilaterales que, en diversas materias o de manera general, regulan sus relaciones; de acuerdo con la letra del artículo 21, ni la inhibición directa o, en su caso, el aplazamiento previsto en la versión originaria, ni la suspensión directa en la nueva versión, se subordinan, en general, al pronóstico favorable que el segundo tribunal realice sobre el reconocimiento en el foro de la decisión a dictar por la primera jurisdicción. También coinciden ambos regímenes en la exclusión de la posibilidad de que el segundo tribunal condicione la aplicación del artículo 21 a la verificación que él mismo realice de la competencia del primero [103]; a cada juez le corresponde la tarea de confirmar su propia competencia de acuerdo con las reglas que directa o indirectamente (conforme a su lex fori en aplicación del artículo 4) establece el Convenio.

Con otras palabras, en sede de litispendencia el segundo tribunal no debe proceder a examinar la concurrencia o no de los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución que el Convenio incorpora en los artículos 27 y 28 para actuar en consecuencia.

La ausencia de pronóstico, en general, y de verificación de la competencia del primer tribunal por el segundo, en particular, se deriva de la presunción del buen funcionamiento y correcta aplicación de las disposiciones del Convenio por los tribunales implicados en la situación de litispendencia. Desde esta perspectiva el propio Convenio contiene garantías suficientes para que la ausencia de verificación de la competencia sea una regla sin excepciones en la fase inicial de su determinación en sede de litispendencia y para que el reconocimiento de las decisiones en el espacio europeo sea automático como regla general, sin que sea necesario ni conveniente que las excepciones a dicha regla se trasladen del Título III (artículos 27 y 28) al Título II, en el que se encuentra integrado el artículo 21.

Esta postura, evidentemente, favorece el interés general de propiciar la libre circulación de las decisiones en el espacio comunitario, pues el riesgo de inconciliabilidad entre las mismas queda atajado desde su inicio. Lo que no queda tan patente es si tal modelo responde de manera

103. P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement*, cit., págs. 1232-1233; H. LINKE, *Algunas cuestiones*, cit., págs. 178-179; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, cit., pág. 202; G. A. L. DROZ, *Compétence Judiciaire*, cit., pág. 189; P. GOTHOT-D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles*, cit., págs. 124-125; A. HUET, JDI, 1988, pág. 138; J. M. BISCHOFF, RC, 1975, pág. 678; parcialmente en contra de la opinión mayoritaria, vid., A. L. MALATESTA, *Litispendenza e Riconoscibilità*, cit., pág. 518; A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza*, cit., págs. 118 y ss.; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *La Litispendencia internacional: una interpretación autónoma*, cit., pág. 3.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

igualmente satisfactoria al interés de las partes de ver satisfecho su derecho a la tutela jurisdiccional [104]. Para averiguarlo cabe plantear no sólo si, dada la configuración de las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución, subsiste el riesgo de situaciones que quepa definir de denegación de justicia, sino también si dichas situaciones pueden evitarse permitiendo que el segundo tribunal condicione la aplicación del artículo 21 a las probabilidades de reconocimiento que la futura decisión tenga en el foro.

Se trata de graduar los intereses en presencia. Por un lado, la salvaguarda a cualquier precio del interés de propiciar la libre circulación de las decisiones, obligando al segundo tribunal a inhibirse automáticamente, ¿debe incluir el sacrificio total o parcial del interés particular de las partes a la tutela judicial?; pero, por otro lado, permitir al segundo tribunal cierta valoración sobre las probabilidades de éxito del primer proceso para inhibirse o no ¿no supondría introducir un elemento de inseguridad en las relaciones intracomunitarias?, puesto que, multiplicándose las probabilidades de que ambos tribunales continúen conociendo del mismo asunto, se multiplica también el riesgo de decisiones inconciliables. Para el conjunto del sistema ¿qué intereses son prioritarios? Como veremos, la balanza se inclina hacia el interés público y general de propiciar la libre circulación de decisiones, excluyéndose del sistema aquellos elementos que pueden menoscabar dicho objetivo.

Respecto a las causas de denegación del reconocimiento previstas en el artículo 27 como excepciones a la regla del reconocimiento automático, deben descartarse, a los fines del artículo 21, aquéllas que presuponen la conclusión de la actividad jurisdiccional, puesto que la valoración anticipada de la relevancia de tales causas por parte del segundo tribunal antes de que se produzca la sentencia extranjera supondría una injerencia en el desarrollo de la actividad jurisdiccional reservada al primer tribunal, no tendría un grado razonable de certeza y podría no ser compartida por otros jueces de Estados miembros, lo que pudiera desembocar en un conflicto de decisiones, en contradicción con uno de los objetivos del artículo 21 [105].

Desde esta perspectiva, al márgen de la verificación de la incompatibilidad entre las sentencias prevista en el artículo 27.3 y 27.5 —cuya

104. Vid., S. CARBONE, *Il Regime*, cit., pág. 115; B. AUDIT, *Droit international privé*, cit., pág. 448; A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza*, cit., págs. 118 y ss.; A. L. MALATESTA, *Litispendenza e Riconoscibilità*, cit., págs. 519 y ss.

105. H. LINKE, *Litispendencia y Reconocimiento*, cit., pág. 184; A. L. MALATESTA, *Litispendenza e Riconoscibilità*, cit., pág. 523.

valoración anticipada resulta del todo imposible—, estando ambos procesos pendientes el segundo tribunal tampoco podría examinar, para aplicar o no los mecanismos de solución de la litispendencia, la no conformidad del pronunciamiento extranjera sobre una cuestión incidental (en materia de estado, capacidad, régimen patrimonial entre cónyuges, testamentos y sucesiones) con el derecho internacional privado del Estado requerido, enunciado en el artículo 27.4, ni la existencia o no de contradicción del pronunciamiento futuro extranjero con el orden público del Estado requerido, ex. artículo 27.1 pues, dada la noción de orden público imperante, a tal valoración también le es consustancial el conocimiento del contenido de la sentencia extranjera [106].

Partiendo de la concepción de la doctrina clásica basada en la correlación litispendencia-reconocimiento (el juez que conoce en segundo lugar sólo aplazará su decisión o se inhibirá a favor del primero cuando estime que la decisión que éste en su día dicte va a poder reconocerse) las únicas causas de denegación que podrían ser *a priori* relevantes, serían la prevista en el artículo 27.2 y el control restringido de la competencia directa admitido en el artículo 28 pues ninguna de las dos precisa, en abstracto, que la actividad jurisdiccional del primer tribunal haya concluido.

Así, sería valorable por el segundo tribunal, en sede de litispendencia, la falta de notificación o comunicación de la demanda al demandado rebelde, de manera regular y en tiempo útil para su defensa (artículo 27.2), para justificar la continuación o no del proceso que se desarrolla ante él. Igualmente, podría ser objeto de verificación, por parte de dicho tribunal, la competencia del primero, en los supuestos comprendidos en el artículo 28.

Pero todo el engranaje del sistema de competencia y de reconocimiento que el Convenio de Bruselas instaura se fundamenta en el principio de confianza de los Estados contratantes, principio que no sólo fué el punto de partida de la negociación y articulación de las distintas disposiciones del Convenio —haciendo realidad la posibilidad de llegar a asoluciones modernas, tanto en el ámbito de la competencia directa como del reconocimiento de decisiones—, sino que también se manifiesta en la aplicación efectiva de los logros obtenidos. Desde este segundo nivel, los tribunales de los Estados miembros confían mutuamente en el

106. Vid. STJCE de 16 de junio de 1981 (asunto 166/80, FLOMPS/MICHEL) Rec., 1981, págs. 1593 y ss.; STJCE de 22 de octubre de 1981 (asunto 27/81, RHOR/OSSBERGER), Rec., 1981, pág. 2431.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

buen funcionamiento de sus respectivas organizaciones judiciales; los tribunales nacionales saben aplicar correctamente las reglas de competencia del Convenio.

En consecuencia, no se consiente al juez que conoce con posterioridad fiscalizar la regularidad del procedimiento extranjero o la competencia del primer juez en sede de litispendencia, porque se confía en la correcta aplicación de las reglas de competencia establecidas en el Convenio, es decir en el buen funcionamiento de su Título II; es el juez implicado quien se encarga de verificar que su propia competencia se adecúa a las disposiciones del Título II y de cumplir las exigencias que el Título III establece para que su sentencia pueda circular por el especio comunitario.

Como indica el INFORME JENARD[107], por un lado, las reglas, muy estrictas, de competencia que se formulan en el Título II, y por otro, las garantías que se conceden al demandado en el artículo 20, así como la oportuna aplicación del artículo 19, permiten no tener que exigir al juez, en la fase de reconocimiento y ejecución, el control de la competencia del juez de origen como regla general.

Desde este nivel, y en sede de litispendencia, el juego de los artículos 19 y 20 del Convenio mitiga la necesidad de verificar la regularidad del proceso extranjero o la competencia del primer tribunal para que el segundo se inhiba.

El Convenio prevé que el juez deba declararse de oficio incompetente en dos casos: cuando conoció a título principal de un litigio para el que una jurisdicción de otro Estado contratante es exclusivamente competente en virtud del artículo 16 (artículo 19) y cuando el demandado domiciliado en un Estado contratante es atraído ante la jurisdicción de otro Estado contratante y no comparece, si la competencia del juez no está fundamentada en los términos del Convenio (artículo 20).

Estas disposiciones aseguran que, en determinadas circunstancias, el problema de la regularidad del emplazamiento y de la competencia venga resuelto por el juez que primero conoce del asunto. Si este último incumpliese las prescripciones convencionales del Título II, la sanción —denegación del reconocimiento— sólo puede venir dada en la fase de reconocimiento y ejecución conforme a los artículo 27 y 28 y no adelantarse a la fase de determinación de la competencia directa ex artículo 21.

En dicha fase, no es el segundo tribunal quien debe vigilar la regularidad del primer proceso o la competencia del tribunal que conoció primero, sino que el sistema del Convenio se articula de manera que sea el propio tribunal implicado quien realice tales comprobaciones, a través de la aplicación de los artículos 19 y 20.

107. Cit., pág. 163.

En cambio, los sistemas autónomos o convencionales clásicos que regulan la litispendencia internacional, al no existir reglas uniformes que, en sus relaciones recíprocas, garanticen el respeto de los derechos de defensa del demandado en el primer proceso o la competencia del tribunal extranjero, se ven obligados —en mayor o menor medida— a mantener la verificación de dichos requisitos, sin cuya concurrencia no se justifica el límite al ejercicio de la función jurisdiccional nacional que la puesta en práctica de la litispendencia internacional supone.

En el sistema de Bruselas, en base al artículo 19, los jueces de los Estados contratantes están obligados a declararse incompetentes cuando exista, en el asunto planteado, una competencia exclusiva de las previstas en el artículo 16 a favor del órgano jurisdiccional de otro Estado contratante.

Por otra parte, sabemos que si el demandado comparece ante el tribunal que primero conoce, éste adquiere automáticamente competencia según las reglas del Convenio; si se trata de un demandado domiciliado en un Estado contratante y no comparece, el tribunal estaría obligado de oficio, a verificar su competencia conforme al artículo 20.1: «Cuando el demandado que estuviera domiciliado en el territorio de un Estado contratante fuese llevado ante una jurisdicción de otro Estado contratante y no compareciese, el juez se declarará de oficio incompetente si su competencia no está fundada con arreglo al presente Convenio».

Puede decirse, entonces, que el artículo 20 protege al demandado rebelde en el proceso de origen, mientras que el 27.2 cumple la misma misión una vez que se ha dictado sentencia.

Esta regla, protectora de los intereses del demandado que no comparece, se complementa, en el segundo párrafo de dicho artículo, con la obligación para el juez de suspender el procedimiento hasta que se compruebe que el demandado ha recibido la demanda en tiempo útil para defenderse o que se han hecho todas las diligencias pertinentes con este fin. El artículo 20, aplicado por el tribunal que primero conoce de la demanda e implicado en la situación de litispendencia, neutraliza, en gran medida, el riesgo de una posterior denegación del reconocimiento conforme al artículo 27.2[108].

108. No obstante, el artículo 27.2 tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que el artículo 20, pues mientras que este último sólo se refiere al demandado do-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En cuanto al requisito de la confirmación de la competencia del primer tribunal, el régimen de la litispendencia comunitaria vuelve a presentarse sensiblemente distinto a las soluciones que para resolver la situación de litispendencia internacional habilitan los distintos sistemas. En este punto, y a grandes rasgos, las principales diferencias entre los regímenes autónomos y convencionales clásicos respecto al sistema comunitario, se centran en el *cuándo* y *por quién* se realiza dicha confirmación.

Tratándose de la litispendencia internacional, la confirmación de la competencia del primer tribunal es siempre un requisito para que el segundo tribunal se inhiba o aplace el conocimiento del litigio. Además, esta confirmación suele obtenerse a través de la verificación que el segundo tribunal realiza sobre la competencia del primero[109]. En la litispendencia comunitaria, la versión originaria del artículo 21 difiere ampliamente de este esquema, en tanto que, en el artículo 21 introducido a raíz del Convenio de Adhesión de 1989, la diferencia es sólo parcial:

— respecto al *cuándo*, del texto del primitivo artículo 21, implícitamente se deduce que la confirmación de la competencia del primer tribunal sólo se requiere para que, una vez que el segundo tribunal excepcional y temporalmente ha suspendido el proceso, se inhiba o entre a conocer del fondo. Este requisito no es exigible, por el contrario, para la inhibición directa, que es la regla general. Del texto del nuevo artículo 21, explícitamente se deduce que la confirmación de la competencia del primer tribunal es siempre un requisito para que el segundo se inhiba;

— respecto a *por quién* se realiza la comprobación que permite obtener la confirmación de la competencia del primer tribunal, coinciden ambos textos en excluir que el segundo en conocer sea quien realice la indagación sobre la competencia del primero. Es éste quien debe pronunciarse sobre su propia competencia. El tenor del nuevo artículo 21 es inequívoco, pues el segundo tribunal suspenderá de oficio el procedi-

miciliado en un Estado contratante, el artículo 27.2 engloba también los casos en los que el demandado rebelde está domiciliado en un tercer Estado. La protección que el Convenio otorga al demandado que no comparece se refuerza doblemente para los supuestos de demandados domiciliados en territorio comunitario.

109. Vid., T. PERASSI, *Il Regolamento della litispendenza in alcune convenzioni internazionali*, RDIPP, 1953, págs. 357 y ss.; S. CARBONE, *Il Regime*, cit., págs. 12 y ss.; G. A. L. DROZ, *Compétence Judiciaire*, cit., pág. 180 y ss.; M. VIEIRA, *La Litispendencia en el Derecho internacional privado*, cit., pág. 411; M. DESANTES REAL, *La Litispendencia internacional*, cit., págs. 850-855; G. CAMPEIS-A. DE PAULI, *Il Processo Civile Italiano e lo straniero*, cit., pág. 113; E. VITTA, *Corso di Diritto Internazionale*, cit., pág. 23; A. L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del tribunal de origen*, Tecnos, Madrid, 1986, esp. pág. 4.

miento en tanto no se declare competente el primero. Las dudas que del silencio del texto originario hubieran podido surgir, se disiparon a partir de la sentencia de 27 de junio de 1991 sobre el asunto OVERSEAS UNION/NEW HAMPSHIRE, en la que el TJCE —excluyendo en sede de aplicación del artículo 21 la verificación de la competencia del primer tribunal por parte del segundo[110]—, confirma la concepción de la litispendencia como mecanismo automático individualizador de un único foro competente, desvinculándola de la condición del futuro reconocimiento en el foro de la decisión a dictar por el primer tribunal.

Como consecuencia de esta desvinculación, el juego de la verificación de la competencia del primer tribunal por parte del segundo se configura de manera parcialmente distinta en ambas fases del procedimiento[111].

En la fase de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, conforme al artículo 27 del Convenio, la incompetencia del juez de origen no es una causa de denegación de dicho reconocimiento o ejecución, a no ser, de acuerdo con el artículo 28, que este juez haya infringido las diposiciones de las Secciones 3.ª,4.ª y 5.ª del Título II, así como el caso previsto en el artículo 59. Versando el litigio sobre alguna de las materias contempladas, el juez requerido controlará la competencia del juez de origen, aunque se trata de una indagación limitada puesto que la autoridad requerida estará vinculada por las constataciones de hecho sobre las que hubiera basado su competencia la jurisdicción del Estado de origen (artículo 28.2).

En la fase de determinación de la competencia directa, planteada la situación de concurrencia de competencias sobre lo mismo ex artículo 21, el TJCE excluye la verificación en todos los casos[112]:

— porque el texto del artículo 21 impone una actuación al segundo

110. Rec., 1991, cit., pág. 3342: «constituiría una ilícita intromisión del segundo juez en la esfera reservada al primero decidir de otro modo».

111. Vid., G. A. L. DROZ, *Compétence Judiciaire*, cit., pág. 189; P. GOTHOT-D. HOLLEAUX, *La Convention*, pág. 770; M. DESANTES REAL, *La Litispendencia internacional*, cit., págs. 845 y ss.; J. KROPHOLLER, *Europäisches*, cit., pág. 236; S. O'MALLEY-A. LAYTON, *European Civil*, cit., pág. 635.

112. La verificación de la competencia del primer tribunal por parte del segundo podría introducirse indirectamente en el ámbito de la litispendencia comunitaria, si la relación entre los tribunales de Estados contratantes distintos se regula a través de un Convenio particular de los previstos en el artículo 57 que sí contemple este tipo de control, vid. INFORME SCHLOSSER, cit., págs. 246.247, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La Litispendencia en el Convenio de Bruselas*, cit., pág. 5; S. O'MALLLEY-A. LAYTON, *European Civil*, cit., págs. 262-263.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tribunal sin condiciones: la inhibición directa o la suspensión en el texto originario y la suspensión directa en el texto del 89. Ninguna de las dos versiones da pie a interpretar que existe un paso intermedio, la comprobación de la competencia de un tribunal por el otro, para adoptar una conducta u otra, sino que de ambos se desprende que el segundo tribunal debe aplazar su conocimiento del fondo del litigio, no hasta que él mismo se pronuncie sobre la competencia del primer tribunal sino hasta que éste lo haga;

— porque el objetivo perseguido por el artículo 21.2 —evitar conflictos negativos de jurisdicción— se consigue sin necesidad de que el segundo juez ejerza un control sobre la competencia del primero;

— porque el segundo tribunal no está en ningún caso mejor situado que el primero para pronunciarse sobre la competencia de éste: si su competencia deriva directamente del Título II del Convenio «se trata de reglas comunes a los dos jueces, que pueden ser interpretadas y aplicadas con la misma autoridad por cada uno de ellos»; si se fundamenta en sus reglas nacionales, a través del artículo 4, «estará indudablemente mejor situado para pronunciarse sobre su propia competencia»;

— porque las excepciones a la regla general de la exclusión del control de la competencia de un juez por parte de otro en el sistema convencional comunitario (artículo 28 y artículo 34), únicamente se refieren a la fase de reconocimiento y ejecución; tratándose de reglas de competencia especial o exclusiva que tienen carácter imperativo o de orden público, no es posible el otorgamiento al segundo tribunal del derecho a verificar la competencia del primero, en los mismos casos, en el ámbito de la competencia directa.

En resumen, como el propio TJCE reconoce, en tanto que la regla general —exclusión de la comprobación de la competencia de un tribunal por otro— es predicable para ambas fases del proceso, las excepciones (control en materia de consumidores, seguros, competencias exclusivas y artículo 59) sólo se refieren al estadio del reconocimiento y ejecución de decisiones[113].

En consecuencia, el TJCE declaró: «Salvo el supuesto en el que el segundo tribunal tiene una competencia exclusiva prevista por el Convenio, y especialmente por su artículo 16, el artículo 21 se interpreta en el

113. vid., en este sentido, A. HUET, *Observaciones a la sentencia Overseas*, cit., pág. 498; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La Litispendencia en el Convenio de Bruselas*, cit., pág. 12; sentencia de la Cour d'appel de Douai de 9 de febrero de 1989, JDI, 1991, pág. 160-162; sentencia del tribunal de Versalles de 21 de junio de 1990, JDI, 1992, pág. 200.

sentido de que, cuando la competencia del primer tribunal se impugna, el segundo tribunal sólo puede aplazar su conocimiento, sin poder examinar por sí mismo, la competencia del juez que conoció primero».

Dado que el nuevo artículo 21 será el que rija todas las relaciones entre los Estados contratantes del Convenio de Bruselas (y de éstos con los tribunales de los Estados AELC, a través del artículo 21 del Convenio de Lugano), pierde relevancia la cuestión de la verificación de la competencia del primer tribunal por parte del segundo como condición para que éste elija, cuando media impugnación, entre la inhibición y el aplazamiento, y adquiere protagonismo el estudio de la proyección de la concepción automática de la litispendencia comunitaria, defendida por el TJCE y por un amplio sector doctrinal, sobre el funcionamiento del sistema instaurado en 1989, en su conjunto.

En este sentido, cabe señalar que la aplicación correcta de los artículos 19, 20 y 23[114] y la inaplicación del principio *prior tempore potior iure* cuando sólo el segundo tribunal tiene competencia exclusiva en sentido amplio, garantizan que sea un único tribunal competente quien conozca del litigio, sin que sea necesaria la verificación de la competencia[115], respondiéndose adecuadamente a la finalidad de propiciar la libre circulación de las decisiones:

— En cuanto a la incidencia de las competencias exclusivas del artículo 16[116], la situación en la que únicamente el segundo tribunal tie-

114. El artículo 23 dispone: «Cuando en demandas sobre un mismo asunto los Tribunales de varios Estados contratantes se declaren exclusivamente competentes, el desistimiento se llevará a cabo en favor del tribunal ante el que se hubiere presentado la primera demanda».

115. Vid., G. A. L. DROZ, *Compétence Judiciaire*, cit., pág. 192; J. P. BERAUDO, Juris-cl., fasc. 3030, n.º 24; M. DESANTES REAL, *La Litispendencia internacional*, cit., págs. 867-868; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Competencia judicial*, cit., págs. 83-84; H. GAUDEMET-TALLON, *Nota a la sentencia Overseas*, cit., pág. 776; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, cit., pág. 202; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La Litispendencia en el Convenio de Bruselas*, cit., pág. 5; R. ARENAS GARCÍA, *La litispendencia internacional y la competencia del juez de origen*, cit., pág. 104.

116. La exclusividad puede resultar del artículo 16 o de una cláusula atributiva de jurisdicción conforme al artículo 17; vid. INFORME JENARD, pág. 155; H. GAUDEMET-TALLON, *Nota a la sentencia Overseas*, cit., pág. 776; F. GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, *La Litispendencia en el Convenio de Bruselas*, cit., esp. pág. 5; T. HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Sweet & Maxwell, Londres, 1984, pág. 69; A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial*, cit., págs. 431-435; S. O'MALLEY-A. LAYTON, *European Civil Practice*, cit., págs. 580-581; STJCE de 24 de junio de 1981 (asunto 150/80, ELEFANTEN SCHUH GMBH/P. JACQMAIN, Rec., 1981, págs. 1671 y ss.; sentencia del Rechtbank van Koophandel de Bruges de 26 de mayo de 1988 (Rép. Série D, I-22, B-8), en la que, aunque referida a un supuesto de conexidad, el tribunal afirma

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ne una competencia de esta naturaleza, único supuesto *a priori* problemático, (si únicamente la primera jurisdicción tiene competencia exclusiva, el segundo tribunal aplazará directamente su conocimiento hasta que la primera jurisdicción lo confirme, momento en que se inhibirá; si ambos tienen competencia exclusiva, se aplica el artículo 23, que a igualdad de competencias, obliga al segundo a inhibirse a favor del primero, apreciando y declarando cada cual su propia competencia exclusiva), no se soluciona incorporando una excepción a la regla de la exclusión de la verificación de la competencia del primer tribunal por parte del segundo, sino impidiendo que el principio *prior tempore potior iure* opere.

Una vez constatada su propia competencia exclusiva, si la primera jurisdicción no ha confirmado aún su competencia, el segundo tribunal suspenderá el proceso en espera de que el primero se pronuncie sobre la suya. El segundo tribunal no debe entrar a conocer directamente (única posibilidad permitida por la anterior versión) sino aplicar el artículo 21 por si el primero se declara exclusivamente competente, supuesto en el que sí opera el principio de prioridad temporal conforme al artículo 23. Si la primera jurisdicción se declara incompetente, la segunda, en lugar de inhibirse (puesto que sabe, sin necesidad de que ella misma lo compruebe, que falla uno de los presupuestos para la constitución de la situación de litispendencia), entrará a conocer del fondo del litigio.

Si el primer tribunal se declara competente, lo hará incumpliendo el artículo 19, desconociendo el especial régimen de las competencias exclusivas; el segundo está legimitado por su competencia exclusiva para entrar a conocer del fondo del litigio. Además, la decisión a dictar por el primer tribunal no podrá ser reconocida en los demás Estados contratantes, pero este efecto (producto del control que sí cabe ejercer en la fase de reconocimiento y ejecución) no es la causa de la inhibición del segundo tribunal, sino que ésta se basa en la distinta naturaleza de la competencia de los tribunales implicados; en el conflicto entre una competencia exclusiva y otra que no lo es debe prevalecer la primera, conforme al artículo 23 [117].

su competencia exclusiva en virtud de la cláusula atributiva de jurisdicción que figura en el contrato concluido entre las partes.

117. El artículo 23 obliga al segundo tribunal con competencia exclusiva a inhibirse sólo cuando el primero también goza de una competencia de igual naturaleza, luego en el supuesto de que únicamente el segundo la tenga no juega el principio de prioridad temporal; vid., G. A. L. DROZ, *Compétence Judiciaire*, cit., pág. 192; J. P. BERAUDO, Juris-cl., fasc. 3030, n.º 24; M. DESANTES REAL, *La Litispendencia internacional*, cit., págs. 867-868; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Competencia judicial*, cit., págs. 83-84; H.

— Si se concibe la excepción a la aplicación automática del artículo 21 constituida por la competencia exclusiva del segundo tribunal en sentido estricto, ésta sólo comprendería las competencias previstas en el artículo 16. Por lo tanto, en caso de que únicamente el segundo tribunal tenga una competencia especial en materia de seguros o de contratos celebrados por los consumidores (conforme al artículo 11 o al artículo 14.1), debería aplazar su conocimiento e inhibirse, desatendiéndose el principio de protección de la parte más débil de la relación a la que estos foros de competencia imperativa responden.

Si se defiende una concepción amplia de las competencias exclusivas, estaríamos de nuevo ante supuestos en los que la especial naturaleza de la competencia del segundo tribunal justifica, no la inclusión de la verificación de la competencia del primer tribunal por parte del segundo, sino la derogación del *principio prior tempore potior iure*.

Creemos que es ésta la opción que mejor se adapta al espíritu del Convenio, pues si bien es cierto que la letra del artículo 19 únicamente prescribe la declaración de incompetencia de oficio del primer tribunal cuando exista otro con una competencia exclusiva de las previstas en el artículo 16, también lo es que el TJCE, en la parte dispositiva de la sentencia sobre el asunto OVERSEAS, se refiere a las competencias exclusivas del artículo 16 sólo a título ejemplificativo [118].

Esta excepción no se fundamenta en la denegación posterior del reconocimiento de la sentencia que el primer tribunal dicte sino en el carácter especial de este tipo de competencias que, en sede del artículo 21, «impediría a quien la ostenta su declinación» [119].

— La obligación de verificar la propia competencia *ex.* art. 20.1 no subsiste en el caso de que el demandado que no comparece esté domiciliado en el Estado en el que se ha iniciado el proceso o esté domiciliado en un Estado no contratante [120].

GAUDEMET-TALLON, *Nota a la sentencia Overseas*, cit., pág. 776; en contra, P. GOTHOT-D. HOLLEAUX, *La Convention*, cit., págs. 220-221.

118. Cit., Rec., pág. 3339; vid., D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, cit., págs. 34-35; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La Litispendencia en el Convenio de Bruselas*, cit., pág. 5; R. ARENAS GARCÍA, *La litispendencia internacional, el artículo 21 del Convenio de Bruselas*, cit., pág. 107; A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza*, cit., págs. 134 y ss.

119. R. ARENAS GARCÍA, *La litispendencia internacional*, cit., pág. 107; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La Litispendencia en el Convenio de Bruselas,* cit., pág. 5.

120. No hay sentencias del TJCE específicamente dedicadas al artículo 20.1. De la jurisprudencia de los Estados contratantes no resulta que el juez tenga el deber de examinar su propia competencia fuera de los límites del artículo 20.1. Con ocasión de la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En el primer caso, queda garantizada la existencia del criterio general de la competencia del domicilio del demandado, respecto al que los otros criterios se añaden o se aplican en vía de excepción.

En cuanto al supuesto en el que el demandado está domiciliado en un tercer Estado, el tribunal aplicará los criterios de competencia judicial internacional resultantes del derecho procesal civil nacional, en base al artículo 4 del Convenio, entre los que pueden existir foros exorbitantes [121]. Puede afirmarse, entonces, que las garantías que el artículo 20 incorpora para el correcto funcionamiento del Convenio, protegen sólo a los demandados con domicilio comunitario.

En el caso de demandado con domicilio extracomunitario, dada la disposición sobre la litispendencia, queda excluída la posibilidad de plantear una nueva acción idéntica ante otra jurisdicción. Además, aunque el demandado en el primer proceso intentase el experimento de un nuevo proceso en otro Estado contratante, no podría en el curso de este último provocar la indagación sobre la competencia del juez que primero conoció [122], puesto que la protección de los intereses del demandado domiciliado en un tercer Estado frente a las competencias exorbitantes, sólo está prevista en la fase de reconocimiento y ejecución a través del artículo 59 [123]. *Es decir, el artículo 59 protege el patrimonio de los domiciliados fuera del territorio comunitario, frente a la ejecución de ese tipo de decisiones, pero no les protege en la búsqueda de un foro más adecuado* [124].

En este caso, la aplicación automática del artículo 21 evita la existencia de procesos paralelos y el consiguiente riesgo de contradicción de

sentencia de 3 de julio de 1975, el Arrondissementsrechtbank de Arnhem, NILR, 1976, pág. 361 y ss., se procedió a un examen de la propia competencia con referencia a uno de los demandados no domiciliado en los Países Bajos.

121. Vid. A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza*, cit., pág. 129; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La litispendencia en el Convenio de Bruselas*, cit., pág. 5.

122. Vid., A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza*, cit., págs. 129-130; sent. del Arrondissementsrechtbank de Amsterdam de 15 de junio de 1977, NILR, 1978, pág. 86 y ss. *(Nota* de VERHEUL); sentencia del Tribunal de commerce de Bruselas de 27 de marzo de 1975, *(Sa Fonior c. Soc. Loewe Opta GmbH)* JCB., 1977, IV, pág. 134.

123. El artículo 59 establece «El presente Convenio no impedirá que un Estado contratante se comprometa con un Estado tercero, en virtud de un Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, a no reconocer las resoluciones adoptadas en otro Estado contratante, contra un demandado que tenga su domicilio o su residencia habitual en el Estado tercero cuando, en los casos previstos en el artículo 4, la resolución sólo se hubiera podido basar en una competencia prevista en el segundo párrafo del artículo 3»; vid., INFORME JENARD, cit., págs. 247-248.

124. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La litispendencia en el Convenio de Bruselas*, cit., pág. 5.

decisiones ya que sólo la sentencia que en su día dicte el primer tribunal circulará en el espacio comunitario.

Si, conforme al artículo 28, no se tuvo en cuenta el caso previsto en el artículo 59, se denegará el reconocimiento, con lo que se produce un retraso en la administración de la justicia pero se evita la posibilidad de decisiones contradictorias.

En cambio, la aplicación incorrecta de las disposiciones del Convenio por alguno de los tribunales implicados en la situación de litispendencia, puede dar lugar a situaciones conflictivas:

— En estos otros casos, la existencia de excepciones a la regla de la exclusión del control sólo en la fase de reconocimiento y ejecución de decisiones y, en general, la ausencia del requisito del reconocimiento de la decisión futura para que el artículo 21 se aplique, puede dar lugar a distorsiones. Así, aún cuando el tribunal ante quien se formuló la primera demanda resulte incompetente (por haber infringido las competencias exclusivas, por haber vulnerado la competencia en materia de seguros o en materia de contratos concluidos por los consumidores o por no haberse declarado de oficio incompetente, ante la incomparecencia del demandado, por ejemplo) o cuando existan otros motivos de no reconocimiento de la decisión futura apreciables ya, como el defecto de la citación en el extranjero [125], si el segundo tribunal no tiene competencia exclusiva *en el sentido del Convenio*, debe aplicar automáticamente el artículo 21.

Es decir, por una parte, la ausencia de verificación de la competencia en el supuesto de una situación de litispendencia comunitaria, provocaría el aplazamiento y posterior inhibición del segundo tribunal, y, por otra, conforme al artículo 27 ó 28, la sentencia que en su día se dicte por el tribunal que primero conoció, no podrá reconocerse en los demás Estados contratantes [126].

En estos casos, es evidente que la suspensión y posterior inhibición del segundo juez evita, conforme al principio de economía procesal al que responde el artículo 21, la existencia de procesos paralelos en la Comunidad y el consiguiente riesgo de decisiones inconciliables. Peligro

125. B. AUDIT, *Droit international privé*, cit., pág. 448.

126. G. A. L. DROZ, *Compétence Judiciaire*, cit., n.º 341; P. LAGARDE, *Nota a la sentencia de la Cour d'appel de París de 16 de junio de 1976*, RC, 1978, 2, págs. 374-377; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *La litispendencia internacional. Una interpretación autónoma*, cit., pág. 3; M. DESANTES REAL, *La litispendencia internacional: consideraciones*, cit., pág. 856; P. GOTHOT-D. HOLLEAUX, *La Convention entre les Etats membres*, cit., JDI, págs. 771-772, estimaron que este riesgo fue asumido conscientemente por los Estados contratantes.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que no estaría totalmente excluido en el supuesto de que se hubiese admitido la verificación [127].

Pero, en contrapartida, se producirá un retraso en la administración de justicia, puesto que la imposibilidad de reconocer la sentencia del primer tribunal ante los demás Estados contratantes, puede llevar al litigante vencedor a replantear desde su inicio el litigio [128]. La ausencia de verificación de la competencia del primer tribunal por el segundo, contribuye decisivamente a eliminar cualquier riesgo de que se produzcan decisiones inconciliables, pero conlleva el peligro de provocar retrasos en la administración de justicia.

En el difícil equilibrio entre intereses públicos y privados, el sistema del artículo 21 tiende a favorecer a los primeros.

127. *Si el segundo juez pudiera verificar la competencia del primero podrá denegar la excepción cuando se infrinja alguna competencia exclusiva (no necesariamente propia) o la competencia en materia de consumidores o seguros; una vez denegada la excepción puede llegarse a una sentencia en el segundo tribunal que conoce. En este caso existirían dos sentencias comunitarias sobre la misma materia y suceptibles de circular libremente por la Comunidad. En el caso de que el tribunal primero haya desconocido efectivamente alguna de las competencias señaladas en el artículo 28 del Convenio, solamente podrá circular la sentencia emanada del segundo tribunal, con lo cual ningún daño se habrá producido a la fluidez de las decisiones. Por el contrario, si el primer tribunal no ha infringido ninguna de las competencias señaladas y sea el segundo tribunal el que se haya equivocado, sin a su vez infringir las competencias del artículo 28, nos encontramos con dos sentencias que pueden circular en el ámbito comunitario*; *vid.*, R. ARENAS GARCÍA, *La litispendencia internacional*, cit., pág. 109

En este supuesto se mantiene que tendrá preferencia la sentencia pronunciada en primer lugar, *vid.*, G. A. L. DROZ, *Compétence Judiciaire et effets des jugements*, cit., pág. 331; P. GOTHOT-D. HOLLEAUX, *La Convention entre les Estats membres*, JDI, cit., pág. 177.

128. Al margen de las particularidades procesales de los derechos nacionales, si después de la inhibición ex artículo 21, no es posible en el segundo Estado reconocer la sentencia del primero, debería consentirse promover en dicho Estado un nuevo proceso; vid. A. DI BLASE, *Connessione e Litispendenza*, cit., pág. 149; R. GEIMER-R. A. SCHUTZE, *The European Law of Civil Procedure under the Brussels Convention*, Festschrift für EC Stiefel, Munich, 1987, pág. 236.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA REFORMULACIÓN FRENTE A LA NEGATIVA A RESPONDER LAS CUESTIONES PREJUDICIALES DEL ARTÍCULO 177 DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

MANUEL CIENFUEGOS MATEO
Profesor de Derecho Comunitario
Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO:

Introducción. — I. El control de la regularidad formal de la decisión de remisión (condiciones procesales de la cuestión prejudicial): A) Jurisdicción de un Estado miembro: 1. Concepto; 2. Límites; B) Litigio real pendiente de fallo: 1. Litigio no finalizado; 2. Litigio no ficticio. — II. El control del fondo de la decisión de remisión (condiciones materiales de la cuestión prejudicial): A) Reformulación de las cuestiones prejudiciales: 1. Supuestos; 2. Limitaciones a su ejercicio; 3. Valoración; B) Negativa a responder a las cuestiones prejudiciales: 1. Cuestiones sin relación con el objeto del litigio; 2. Cuestiones no justiciables; 3. Otros supuestos; 4. Valoración; C) Actitud del Tribunal de Justicia ante las cuestiones prejudiciales planteadas por las jurisdicciones españolas: 1. Reformulación; 2. Negativa a responder. — Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El funcionamiento del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea (C.E.) responde a un esquema simple bien conocido: correspon-

de al juez interno, en cuanto asumirá la responsabilidad de la solución del litigio interno en cuyo seno se suscita una cuestión relativa al Derecho comunitario, apreciar la oportunidad de la remisión, determinar el contenido de las cuestiones prejudiciales y escoger el momento procesal para su envío al Tribunal de Justicia. A su vez, a éste le compete pronunciarse, a título prejudicial, sobre las cuestiones relativas a la interpretación o la validez del Derecho comunitario. La competencia del Tribunal de Justicia para resolver el problema jurídico deferido a su conocimiento depende, por tanto, del cumplimiento de una serie de requisitos, cuales son que una cuestión prejudicial de interpretación o de validez de una norma comunitaria haya sido planteada por una jurisdicción nacional en el marco de un proceso pendiente ante ella y necesite la respuesta del juez comunitario para resolverlo.

Sólo cuando todos estos criterios están presentes el Tribunal de Justicia puede pronunciarse sobre el fondo de la demanda prejudicial [1], lo que da razón de por qué lleva a cabo de oficio un doble control, tanto de la regularidad de la decisión de remisión como del fondo de la cuestión prejudicial planteada, al objeto de preservar la naturaleza misma del proceso prejudicial y la eficacia de su jurisdicción [2].

Al control del fondo o, si se prefiere, de las condiciones materiales de la cuestión prejudicial, se dedica esencialmente este estudio, analizando la posición primigenia del Tribunal de Justicia en la materia, los supuestos en que opera la reformulación y sus límites, y las principales hipótesis de rechazo del pronunciamiento prejudicial cuando aquélla no tiene cabida. Tras esta exposición se comentará la actitud del Tribunal de Justicia en relación con las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces y magistrados españoles en la década transcurrida desde nuestra adhesión.

Para tener una visión global del poder de apreciación del juez comunitario en el marco del incidente prejudicial se ha considerado oportuno dedicar el primer apartado al control de la regularidad formal de la decisión de remisión (condiciones procesales de la cuestión prejudicial).

1. El Tribunal de Justicia lo pone de relieve cuando, en jurisprudencia constante, señala que sólo puede responder a la demanda prejudicial si verifica que se trata de una jurisdicción nacional, que conoce de un litigio real pendiente de fallo ante ella, en el que se plantea una duda sobre el significado o la validez de de una disposición comunitaria que puede ser aplicable al caso (vid. especialmente STJCE de 16 de diciembre de 1981, asunto *Foglia c./ Novello*, n.º 244/80, *rec.* 1981, pp. 3062-3064).

2. Miembros del Tribunal de Justicia han dejado entender que el esfuerzo de esta institución para delimitar el ámbito de su competencia y, por ende, del artículo 177, responde también a su sobrecarga de trabajo (JOLIET, R., «Coopération entre la CJCE et les juridictions nationales», *Journal des Tribunaux*, 1993-1, p. 2).

I. El control de la regularidad formal de la decisión de remisión (condiciones procesales de la cuestión prejudicial)

Conforme al artículo 177 del Tratado C.E., un órgano judicial de un Estado miembro debe suscitar una cuestión prejudicial cuando esté conociendo de un litigio en el que se suscite una cuestión relativa a la interpretación o la validez del Derecho comunitario y de su respuesta pueda depender el fallo del proceso nacional. Es por ello que el Tribunal de Justicia verifica *motu propio* la regularidad formal de la decisión de remisión prejudicial, examinando si la cuestión prejudicial ha sido planteada por un juez nacional en el marco de un litigio real pendiente de fallo [3].

A) *Jurisdicción de un Estado miembro*

Antes de contestar a una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia controla si el órgano *a quo* es una jurisdicción de uno de los Estados miembros, dado que esta exigencia está consagrada expresamente por el artículo 177.

1. Concepto

La expresión *jurisdicción nacional* empleada por el artículo 177 del Tratado C.E. fue manifiestamente utilizada por oposición a la noción de órgano administrativo. Aun así, delimitar su significado es tarea ardua,

3. El Tribunal de Justicia se refería expresamente a este examen en sus primeras sentencias cuando utilizaba la fórmula «la demanda (...) no da lugar a ninguna crítica de oficio» (STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*, n.º 26/62, *rec.* 1963, p. 21), pero hoy en día su jurisprudencia no contiene esta indicación, sobreentendiéndose.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

puesto que la noción de *auctoritas iurisdictionis* es compleja[4], como evidencia el estudio de los Derechos internos de los Estados miembros, en los que existe una pluralidad de criterios para calificar a un órgano como jurisdiccional, así como una profusa diversidad de soluciones jurídicas consagradas[5], y lo pone de relieve asimismo el análisis del Derecho español[6].

Con todo, esta noción no puede quedar abandonada completamente al albur del Derecho interno de cada uno de los países que integran la Comunidad, pues se correría el riesgo de que sectores completos de la vida económica y social pudieran escapar, por voluntad de los Estados miembros, al control del Tribunal de Justicia, comprometiéndose así la eficacia del proceso prejudicial y, por ende, del Derecho comunitario. Ello explica que el Tribunal de Justicia, aunque acepta la calificación

4. Para convencerse es bastante con leer, respecto al Derecho interno de los Estados miembros, ARENDT, E., «La procédure selon l'article 177 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne (Rapport général)», *Sociaal Economische Wetgeving*, 1965, n.º 7/8, pp. 396 ss; BARAV, A., *La fonction communautaire du juge nationale*, Tesis doctoral inédita, Estrasburgo: Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université des sciences juridiques, politiques, sociales et de technologie de Strasbourg, 1983, pp. 542 ss; CHAPUS, R., Qu'est-ce qu'une juridiction?. La réponse de la juridiction administrative», en *Mélanges offerts à Charles EISENMANN*, París: Ed. Cujas, 1975, pp. 265 ss; LUCHAIRE, F., «Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction?», *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1979-1, pp. 27 ss. La dificultad se reproduce en el Derecho internacional: vid. CAVARE, L., «La notion de juridiction internationale», *Annuaire Français de Droit International*, 1956, pp. 496 ss; EL OUALI, A., *Effets juridiques de la sentence internationale. Contribution à l'étude de l'exécution des normes internationales*, París: L.G.D.J., 1984, pp. 9 ss.

5. Basta, a tal efecto, recordar que un informe de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo («Informe Merchiers»), al analizar los problemas que planteaba la aplicación del artículo 177 del Tratado C.E., afirmaba que uno de los más graves era la noción de jurisdicción, en cuanto este término «engloba realidades muy diferentes y susceptibles de variar de un Estado a otro. Al lado de las autoridades consideradas unánimemente como jurisdicciones, existen igualmente, en el seno o en el exterior de la administración, numerosos organismos jurisdiccionales. Se pueden así desglosar más de 60 regímenes diferentes en los Estados miembros» (MERCHIERS, «Rapport fait au nom de la Commission juridique [del Parlamento Europeo] sur les problèmes posés par l'application de l'article 177 du traité C.E.E.», *Doc. de séance*, 1969-1970, 15 de septiembre de 1969, p. 10). Si ésta era la situación con seis Estados miembros, la complejidad ha aumentado considerablemente con la evolución jurídica en los Estados originarios y, sobre todo, a raíz de las sucesivas adhesiones.

6. Vid., en general, sobre los distintos significados del término jurisdicción, RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, Barcelona: Ed. Bosch, 1978, pp. 145 ss; y para un análisis global de la organización judicial española, vid. DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid: Ed. CEURA, 1990, pp. 35 ss; DE LA OLIVA, A., *Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*, Madrid: Ed. CEURA, 1992.

dada al órgano por el ordenamiento nacional (*teoría del reenvío*), haya ido progresivamente ampliando la definición de jurisdicción nacional a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales para acoger a órganos no jurisdiccionales, elaborando un concepto autónomo de jurisdicción nacional dotado de contenido específicamente comunitario (*teoría de la recepción*): a los efectos del artículo 177 no importa tanto la denominación que tenga el órgano de que se trate en su respectivo ordenamiento jurídico como la función y la situación legal que ocupe en el sistema de protección jurisdiccional al que pertenezca[7].

Por consiguiente, son jurisdicciones nacionales los órganos judiciales sitos en el territorio europeo de los Estados miembros[8] y, por extensión, las jurisdicciones de sus países y territorios de ultramar (artículos 136 y 227 Tratado C.E.), como ha sido reconocido respecto al Tribunal Administratif de Papeete[9] y la Deputy Bayliff's Court de Douglas (Isla de Man)[10].

Se consideran asimismo jurisdicciones a los efectos del artículo 177, aunque no lo sean en su respectivo ordenamiento jurídico, a cuantos órganos cumplan ambos criterios orgánico y funcional, como ha sucedido con el Scheindsgerencht —Tribunal arbitral de la caja de empleados de

7. Para el Tribunal de Justicia, lo importante es que en el órgano de que se trate concurran dos órdenes de cualidades: por un lado, el oficio de juzgar, es decir, la obligación de fallar los litigios sometidos aplicando reglas jurídicas y no la equidad conforme a un procedimiento generalmente contradictorio, y siendo la resolución motivada y vinculante; por otro, la situación estatutaria, constitutiva de un vínculo orgánico con el Estado que garantice la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de la misión. Vid. en general sobre esta noción, ALEXANDER, W. y GRABANT, E., «National Courts Entitled to Ask Preliminary Rulings under Article 177 of the EEC Treaty: The Case-Law of the Court of Justice», *C.M.L.Rev.*, 1982, pp. 413 ss; ARMENGOL FERRER, F., «Organos judiciales legitimados para plantear cuestiones prejudiciales en aplicación del artículo 177 del Tratado constitutivo de la CEE», *R.J.C.*, 1988, pp. 153 ss; RUIZ COLOMER, M. A., «La cuestión prejudicial: algunas reflexiones generales en relación al derecho español», *La Ley*, 30 de noviembre de 1988, pp. 1 ss; RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid: Ed. Civitas, 1993, pp. 71 ss; SILVA DE LAPUERTA, R., «Organos jurisdiccionales que pueden interponer recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias CEE*, n.º 4, 1985, pp. 19 ss. Vid. asimismo las conclusiones generales de LENZ en el asunto *Handels*, n.º 109/88, *rec.* 1989, pp. 3209-3211.

8. Para una visión general, vid. el estudio aclaratorio del Tribunal de Justicia, detallando por países las principales jurisdicciones nacionales, *Institutions judiciaires des Etats membres*, 2.ª ed., Luxemburgo: Division Bibliothèque, 1987.

9. STJCE de 12 de diciembre de 1990, asunto *Kaefer y Procacci*, n.º C-100 y 101/89, *rec.* 1990, p. I/4670.

10. STJCE de 3 de julio de 1991, asunto *Barr and Montrose*, n.º C-355/89, *rec.* 1991, pp. I/3500-3501.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la industria minera— holandés [11], la Commission de réclamation en matière d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité belga [12], la Commission de première instance du contentieux de la sécurité sociale et de la mutualité sociale agricole francesa [13], el Raad van State —Consejo de Estado— de los Países Bajos [14], el Ufficio di Conciliazione italiano [15], la National Insurance Commissioner británica [16], la Commissie van Beroep Huisartsgeneeskunde —Comisión de recursos en materia de medicina general— holandesa [17] y el Faglige Volgiftsret —Tribunal arbitral de derecho público— danés [18]. En el caso español, la aplicación de la noción comunitaria ha supuesto que el Tribunal de Defensa de la Competencia [19] y el Tribunal Económico-Administrativo Central [20] se reputen jurisdicciones a los efectos del artículo 177, lo que era razonablemente previsible, a pesar de cierta doctrina [21].

11. STJCE de 30 de junio de 1966, asunto *Vaassen Gobbels*, n.º 61/65, *rec.* 1966, pp. 394-395.

12. STJCE de 1 de diciembre de 1970, asunto *Union Nationale des Mutalités Socialistes*, n.º 32/70, *rec.* 1970, p. 992.

13. STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto *Manpower*, n.º 35/70, *rec.* 1970, pp. 1255-1256.

14. STJCE 27 de noviembre de 1973, asunto *Nederlandsee Spoorvegen*, n.º 36/73, *rec.* 1973, pp. 1309 y 1318-1321.

15. STJCE de 7 de julio de 1976, asunto *IRCA*, n.º 7/76, *rec.* 1977, p. 1233.

16. STJCE de 29 de septiembre de 1976, asunto *Brack*, n.º 17/76, *rec.* 1976, pp. 1448-1449.

17. STJCE de 6 de octubre de 1981, asunto *Broekmeulen*, n.º 246/80, *rec.* 1981, pp. 2324-2328.

18. STJCE de 17 de octubre de 1989, asunto *Handels*, n.º 109/88, *rec.* 1989, pp. 3224-3425.

19. STJCE de 16 de julio de 1992, asunto *Asociación Española de Banca Privada*, n.º C-67/90, *rec.* 1992, pp. I/4785 ss.

20. STJCE de 1 de marzo de 1993, asuntos *Diversinte e Iberlacta*, n.º C-260 y 261/91, *rec.* 1993, pp. I/1885 ss. Planteándose a sí mismo si los tribunales económico-administrativos ostentaban competencia en orden a lo que disponía el artículo 177, el Tribunal Económico-Administrativo Central señaló que «este Tribunal Central ha llegado ya a la conclusión —recogida en su resolución de 29 de marzo de 1990, expediente RG n.º 2242-1-87— de que, a la vista de la jurisprudencia del citado Tribunal de Justicia y teniendo presente los requisitos que cumplen los tribunales económico-administrativos de: 1.º origen legal; 2.ª permanencia; 3.ª jurisdicción obligatoria; 4.ª procedimiento contradictorio; 5.ª decisión en derecho, los tribunales económico-administrativos constituyen, a los efectos del tan repetido artículo 177 del Tratado de Roma, órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, son competentes para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» (autos de 2 de octubre de 1991, asunto *Diversinte, Noticias CEE*, n.º 87, 1992, pp. 93 ss; y 2 de octubre de 1991, asunto *Iberlacta, texto inédito*).

21. Aunque hay autores que han criticado al Tribunal de Justicia por no haber evocado para nada la cualidad jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado C.E.

A contrario, si no se cumplen ambos criterios, el Tribunal de Justicia se niega a responder a las cuestiones prejudiciales, como ha ocurrido respecto a los arbitrajes privados [22], le Conseil de l'Ordre des Avocats de París [23], la Commissione Consultiva per le Infrazione Valutaria italiana [24] y el Directeur des Contributions luxemburgués [25].

Asimismo, serían inadmisibles las cuestiones prejudiciales que suscitasen las jurisdicciones de terceros Estados, las jurisdicciones internacionales como el Tribunal Internacional de Justicia o el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, y las jurisdicciones comunes a varios Estados miembros como el Tribunal de Justicia Benelux [26]. Lógicamente, al exigirse que sea un órgano judicial que conozca de un litigio está excluido *per se* que autoridades nacionales de carácter legislativo, ejecutivo o consultivo puedan someter una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia [27]. En acuerdos internacionales suscritos por la Comunidad se han establecido excepciones a estas reglas [28], pero en estos casos no se trata del

de estos dos órganos, a pesar de que el tema era discutido en la doctrina española (vid. especialmente RUIZ-JARABO COLOMER, D., El juez nacional como juez comunitario, *op. cit.*, pp. 80-82), su actitud puede entenderse porque el Tribunal Económico-Administrativo Central había señalado con bastante precisión los criterios característicos de su jurisdicción para considerarse incluido en el ámbito de aplicación del precepto comunitario en su auto de remisión (vid. *ibid*), y en sus conclusiones generales JACOBS había efectuado un análisis concienzudo de los requisitos para que el Tribunal de Defensa de la Competencia pudiera ser calificado como órgano judicial (vid. en general sobre el tema, CIENFUEGOS MATEO, M., *Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y su aplicación judicial en los Estados miembros*, Tesis doctoral inédita, Barcelona: Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, 1995, pp. 577 ss).

22. Por ejemplo, STJCE de 23 de marzo de 1982, asunto *Nordsee*, n.º 102/81, *rec.* 1982, pp. 1110-1111.

23. ATJCE de 18 de junio de 1980, asunto *Borker*, n.º 138/80, *rec.* 1980, pp. 1976-1977.

24. ATJCE de 5 de marzo de 1986, asunto *Greis Unterweger*, n.º 318/85, *rec.* 1986, pp. 957-958.

25. STJCE de 30 de marzo de 1993, asunto *Corbiau*, n.º C-24/92, *rec.* 1993, pp. I/1302-1304.

26. Vid. en este sentido, JOLIET, R., *Droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Lieja: Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales de Liège, 1981, p. 174; VANDERSANDEN, G. y BARAV, A., *Contentieux communautaire*, Bruselas: Ed. Bruylant, 1977, p. 277.

27. Vid., en este sentido, ISAAC, G., *Droit communautaire général*, 3.ª ed., París: Ed. Masson, 1990, p. 290; SCHERMERS, H. G. y WAELBROECK, D., *Judicial Protection in the European Communities*, 4.ª ed., Deventer: Ed. Kluwer, 1987, pp. 365-366.

28. Así, en el Acuerdo relativo al espacio económico europeo, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 entre las Comunidades Europeas y los Estados miembros, por una parte, y por otra los países de la Asociación Europea de Libre Cambio (*D.O.C.E.* n.º L

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

incidente prejudicial previsto por el artículo 177 del Tratado C.E., sino de un instituto procesal homólogo.

2. *Límites*

El control que lleva a cabo el Tribunal de Justicia sobre la naturaleza judicial del órgano *a quo* no es absoluto, sino que presenta los siguientes límites. En primer lugar, no fiscaliza si la jurisdicción nacional que le somete la cuestión tiene competencia según el ordenamiento interno para hacer uso del artículo 177 del Tratado C.E. o aplicar sus disposiciones tal como hayan sido interpretadas en contra de una normativa nacional, toda vez que cabe la aplicación de este precepto si se plantea una cuestión de interpretación del Derecho comunitario, a pesar de cualquier ley nacional contraria que estuviere obligado a aplicar, por mor de su preeminencia[29]. *A fortiori*, no examina si corresponde a la jurisdicción *a quo* conocer el litigio en cuyo marco surgió la cuestión, de acuerdo con el reparto de competencias que opera su ordenamiento jurídico interno o el régimen convencional (esto es, de acuerdo con los criterios de competencia internacional, de jurisdicción por razón del objeto, y de competencia objetiva, territorial y funcional)[30].

En segundo lugar, no puede controlar si se han cumplido las pres-

1/94, de 3 de enero, pp. 3 ss), se ha previsto la posibilidad de que los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio autoricen a sus jurisdicciones el planteamiento de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia sobre disposiciones de la convención idénticas en substancia al Derecho comunitario (artículo 107 en relación con el Protocolo n.º 34); y, además, que las Partes Contratantes, cuando exista una diferencia relativa a la interpretación de disposiciones de esta convención que sean idénticas a las del Derecho comunitario que no sea resuelta por su Comité mixto de Arbitraje, puedan ponerse de acuerdo y someterla al Tribunal de Justicia (artículo 111.3).

29. STJCE de 15 de julio de 1964, asunto *Costa c. E.N.E.L.*, n.º 6/64, *rec.* 1964, pp. 1121-1122. Vid. también las conclusiones generales de LAGRANGE en este asunto (p. 1182) y la STJCE de 27 de junio de 1991, asunto *Mecanarte*, n.º 348/1989, *rec.* 1991, pp. I/3312-3313.

30. Así, en el asunto *De Cicco*, la parte demandada cuestionaba la admisibilidad de la cuestión prejudicial en razón de una pretendida incompetencia internacional de la jurisdicción de remisión. El Tribunal de Justicia estimó, sin embargo, que esta objección era inadmisible, pues concerniendo exclusivamente a la competencia de la jurisdicción *a quo*, su resolución correspondía con exclusividad a las jurisdicciones internas; y concluyó que «el Tribunal está válidamente recurrido y obligado a pronunciarse cuando una jurisdicción nacional le solicita que falle a título prejudicial sobre una de las cuestiones indicadas en el artículo 177 del Tratado, si esta jurisdicción estima que una decisión sobre ese punto es necesaria para emitir su fallo» (STJCE de 19 de diciembre de 1968, n.º 19/68, *rec.* 1968, p. 698). Vid. también STJCE de 3 de marzo de 1994, asunto *Eurico*, n.º C-332, 333 y 335/92, *rec.* 1994, p. I/733.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cripciones internas respecto al funcionamiento de los órganos jurisdiccionales[31], ni fiscalizar si el juez *a quo* puede aplicar la interpretación del Derecho comunitario en el asunto nacional, toda vez que ello supondría admitir que puede censurar el carácter prematuro de la decisión prejudicial, y ha rechazado que tenga competencia al respecto[32].

En tercer lugar, no puede fiscalizar los efectos de un eventual recurso contra la decisión de remisión, dado que ésta no tiene que haber adquirido fuerza de cosa juzgada para que el Tribunal de Justicia pueda responder[33].

En cuarto lugar, no puede controlar en qué fase del proceso nacional se planteó la cuestión prejudicial, puesto que corresponde al juez nacional tomar una decisión al respecto[34], ni tampoco si en el proceso se dio ocasión a las partes para pronunciarse sobre la conveniencia de una

31. En el asunto *Reina*, el demandado cuestionaba la admisibilidad de la demanda prejudicial por el motivo que la decisión de remisión no había sido dictada por el Verwaltungsgericht de Sttütgart en su composición correcta, pues el Derecho procesal alemán exigía la participación de dos jueces no profesionales y el auto de remisión se había dictado por el Tribunal administrativo en formación de tres jueces de carrera. El Tribunal de Justicia declaró que le «corresponde examinar, en virtud del artículo 177, si ha sido deferida la cuestión por una jurisdicción de un Estado miembro, pero no le compete verificar si la decisión por la que ha planteado la cuestión ha sido adoptada conforme a las reglas de organización y de procedimiento jurisdiccionales del Derecho nacional» (STJCE de 14 de enero de 1982, n.º 65/81, *rec.* 1982, pp. 42-43). Vid. también STJCE de 20 de octubre de 1993, asunto *Balocchi*, n.º C-10/92, *rec.* 1993, pp. I/5137-5138.

32. STJCE de 11 de junio de 1987, asunto *Pretore di Salò*, n.º 14/86, *rec.* 1987, pp. 2567-2568 (y conclusiones generales de MANCINI: pp. 2560-2561). A mayor abundamiento, en multitud de sentencias el Tribunal de Justicia ha tenido el cuidado de precisar que corresponde al juez *a quo* decidir si la disposición comunitaria, tal como ha sido interpretada, se aplica o no al caso de autos (por ejemplo, STJCE de 9 de julio de 1969, asunto *Portelange*, n.º 10/69, *rec.* 1969, p. 315; 27 de marzo de 1990, asunto *Bagli*, n.º C-315/88, *rec.* 1990, p. I/1338). Vid. también *infra* apartado II.B.1.

33. STJCE de 6 de abril de 1962, asunto *Bosch*, n.º 13/61, *rec.* 1962, pp. 101-102. Ello explica que declare que es competente para pronunciarse en tanto no sea revocada la resolución nacional por el órgano jurisdiccional superior tras recurso (STJCE de 30 de enero de 1974, asunto *B.T.R. c./ Sabam*, n.º 127/73, *rec.* 1974, p. 61), así como que «el artículo 177 no se opone a que las decisiones de una tal jurisdicción acudiendo al Tribunal de Justicia a título prejudicial queden sometidas a las vías de recurso normales previstas por el derecho nacional» (STJCE de 12 de febrero de 1974, asunto *Rheinmuhlen*, n.º 146/73, *rec.* 1974, p. 147), sin perjuicio de que si la jurisdicción nacional le comunica la interposición del recurso aplace el fallo hasta su resolución (ATJCE de 3 de junio de 1969, asunto *Chanel*, n.º 31/68, *rec.* 1969, p. 404).

34. Por ejemplo, STJCE de 14 de diciembre de 1971, asunto *Politi*, n.º 43/71, *rec.* 1971, p. 1048; 27 de junio de 1991, asunto *Mecanarte*, n.º C-348/89, *rec.* 1991, p. I/3314; 3 de marzo de 1994, asunto *Eurico*, n.º C-332, 333 y 335/92, *rec.* 1994, pp. I/732-733.

decisión prejudicial, puesto que se pueden plantear cuestiones prejudiciales en procesos sin partes conocidas o con una sola parte[35] y el juez nacional puede promoverlas por iniciativa propia y aun contra la voluntad de las partes[36].

Finalmente, por carecer de relevancia a los efectos del artículo 177, el Tribunal de Justicia no entra a examinar si las cuestiones prejudiciales han sido promovidas por un órgano judicial unipersonal o colegiado, sea en este caso una sección, una sala o el pleno[37]; ni su rango[38]; ni si se suscitaron en un procedimiento sumario o plenario[39]; ni si ha alcanzado o no la fase contradictoria[40]; ni la naturaleza civil, penal, fiscal, contencioso-administrativo o laboral del proceso. Así, han acudido a él jurisdicciones fiscales (como la Tariefcommissie de Amsterdam —Tribunal Fiscal holandés—)[41], contencioso-administrativas (como el Verwaltungs-

35. Por ejemplo, STJCE de 28 de junio de 1978, asunto *Simmenthal*, n.º 70/77, *rec.* 1978, pp. 1467-1468; 5 de mayo de 1977, asunto *Pretore di Cento*, n.º 110/76, *rec.* 1977. p. 855; 11 de junio de 1987, asunto *Pretore di Salò*, n.º 14/86, *rec.* 1987, pp. 2567-2568.

36. Por ejemplo, STJCE de 16 de enero de 1974, asunto *Rheinmuhlen*, n.º 166/73, *rec.* 1974, p. 38; 11 de julio de 1991, asunto *Verholen*, n.º C-87 a 89/90, *rec.* 1991, p. I/3788; 16 de julio de 1992, asunto *Lourenço Dias*, n.º C-343/90, *rec.* 1992, pp. 4706-4707.

37. Sería un ejercicio de puro voluntarismo pretender que las secciones y las salas de los tribunales no son órganos jurisdiccionales (vid., para su demostración, CALOGEROPOULOS, A., «Les sections et chambres des cours et tribunaux nationaux sont-elles des juridictions au sens de l'article 177 du T. CEE», *R.T.D.E.*, 1987-1, pp. 35 ss), y el Tribunal de Justicia lo corrobora en la medida en que responde a las cuestiones prejudiciales suscitadas por salas y secciones de los tribunales nacionales (por ejemplo, de la Sala Primera —civil— del Tribunal Supremo francés: STJCE de 9 de febrero de 1984, asunto *Bureau Central français*, n.º 64/83, *rec.* 1984, pp. 689 ss), e inclusive de órganos que no eran calificados como judiciales según su Derecho nacional (por ejemplo, la Sección de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado holandés: STJCE de 27 de noviembre de 1973, asunto *Nederlandsee Spoorwergen*, n.º 36/73, *rec.* 1973, pp. 1299 ss).

38. Algunas de las jurisdicciones estaban situadas en lo más bajo del escalafón judicial (como el Giudice Conciliatore de Milán: STJCE de 15 de julio de 1964, asunto *Costa c./ E.N.E.L.*, n.º 6/64, *rec.* 1964, pp. 1141 ss) y tampoco faltan casos de jurisdicciones ubicadas en la cúspide de la jerarquía judicial interna (como la Corte di Cassazione italiana: STJCE de 27 de marzo de 1980, asunto *Salumi*, n.º 66, 127 y 128/79, *rec.* 1980, pp. 1237 ss).

39. Vid., por ejemplo, en relación con procesos de urgencia (*référé*), STJCE de 24 de mayo de 1977, asunto *Hoffmann-La Roche*, n.º 107/76, *rec.* 1977, p. 972; 27 de octubre de 1982, asunto *Morson*, n.º 35 y 36/81, *rec.* 1982, pp. 3734-3735.

40. Vid., por ejemplo, en relación con el procedimiento *d'ingiunzione* italiano, STJCE de 21 de febrero de 1974, asunto *Birra Dreher*, n.º 162/73, *rec.* 1974, p. 212; 28 de junio de 1978, asunto *Simmenthal*, n.º 70/77, *rec.* 1978, p. 1468.

41. Por ejemplo, STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*, n.º 26/62, *rec.* 1963, pp. 9 ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gericht de Frankfurt del Main —Tribunal administrativo alemán—)[42], económicas (como el College van Beroep voor het bedrijfsleven —Tribunal de Apelación de Economía holandés—)[43], laborales (como el Arbeidshof —Cour du Travail— de Bruselas)[44] y penales (como la Section Correctionnel del Tribunal d'arrondissement de Luxemburgo)[45].

La práctica judicial española conforta este análisis, puesto que han planteado cuestiones prejudiciales desde Juzgados de Primera Instancia[46] y de Instrucción[47] hasta Salas de los Tribunales Superiores de Justicia[48], la Audiencia Provincial en pleno[49] o los Juzgados de la Audiencia Nacional[50], pasando por el Tribunal Supremo[51] y las desaparecidas Magistraturas de Trabajo[52], el Tribunal Central de Trabajo[53] y las Audiencias Territoriales[54].

No se ha planteado cuestión prejudicial en el marco de procesos ante las jurisdicciones constitucionales, sea la española o las de otros Estados miembros, seguramente por su resistencia a considerarse como órganos judiciales a los efectos del artículo 177 del Tratado C.E.[55], pero ningún obstáculo jurídico hay para que en el futuro lleguen a formular-

42. Por ejemplo, STJCE de 8 de julio de 1965, asunto *Waldemar Deutschmann*, n.º 10/65, *rec.* 1965, pp. 602 ss.

43. Por ejemplo, STJCE de 18 de febrero de 1964, asunto *Internationale Crediet*, n.º 73 y 74/63, *rec.* 1964, pp. 1 ss.

44. Por ejemplo, STJCE de 8 de abril de 1976, asunto *Defrenne*, n.º 43/75, *rec.* 1976, pp. 455 ss.

45. Por ejemplo, STJCE de 12 de mayo de 1964, asunto *Krier*, n.º 101/63, *rec.* 1964, pp. 386 ss.

46. Por ejemplo, auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Oviedo de 13 de marzo de 1989, asunto *Marleasing*, *texto inédito*.

47. Por ejemplo, auto del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Alicante de 11 de octubre de 1990, asunto *López Brea*, *texto inédito*.

48. Por ejemplo, auto de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 1989, asunto *Aragonesas de Publicidad*, *texto inédito*.

49. Auto de la AP de Sevilla de 4 de abril de 1994, asunto *Cobertura de seguro obligatorio*, *Actualidad Aranzadi*, n.º 152, 2 de junio de 1994, pp. 9 ss.

50. Por ejemplo, auto del Juzgado Central de lo Penal de la AN de 19 de junio de 1993, asunto *Aldo Bordessa*, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 113, 1994, pp. 137 ss.

51. Auto del TS de 12 de diciembre de 1991, asunto *Federación de distribuidores cinematográficos*, *Aranzadi* 1991, n.º 6974.

52. Por ejemplo, auto de la Magistratura de Trabajo n.º 19 de Barcelona de 1 de septiembre de 1987, asunto *Abarca Formiga, texto inédito*.

53. Auto del TCT de 21 de marzo de 1986, asunto *Giménez Zaera, Actualidad Laboral*, 1986, pp. 939 ss.

54. Por ejemplo, auto de la AT de Sevilla de 8 de mayo de 1989, asunto *Farmaindustria, texto inédito*.

55. Vid. especialmente STC n.º 28/1991, de 14 de febrero, *B.J.C.* n.º 119, p. 23.

las, como ya han puesto de manifiesto a nivel puramente teórico los Tribunales Constitucionales italiano, alemán y portugués[56].

A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia no fiscaliza si en el caso concreto de autos el juez nacional falla ejerciendo funciones auténticamente jurisdiccionales[57] o simplemente como amigable componedor[58].

En síntesis, corresponde a cada Estado miembro determinar quién tiene jurisdicción para resolver los litigios en que pueda ser aplicable el Derecho comunitario, sin que el Tribunal de Luxemburgo esté habilitado para resolver las cuestiones de competencia que surjan dentro del sistema judicial interno en relación con la definición de situaciones jurídicas basadas en el Derecho comunitario[59]. Ahora bien, debe hacerse la reserva siguiente: que no se pronuncie sobre cuál es la jurisdicción nacional competente no significa que no pueda indicar los elementos de Derecho comunitario susceptibles de ayudar en la resolución del problema interno de jurisdicción[60]. Hay que tener en cuenta, por otra parte, las excepciones a la regla general que se comentan a continuación.

B) *Litigio real pendiente de fallo*

El Tribunal de Luxemburgo ha declarado su competencia para fiscalizar si el órgano nacional está llamado a resolver un *litigio* en el sentido propio del término cuando le plantea la cuestión prejudicial, si este proceso sigue pendiente de solución ante el juez *a quo* antes de resolverla y si existe efectivamente en su seno un contencioso a dirimir.

La primera situación no ha planteado nunca problemas de entidad, porque del contexto normativo (el artículo 177 alude a la existencia de un *recurso judicial* y exige que la cuestión sea planteada por una *jurisdicción* nacional cuando lo considere necesario para emitir *su fallo*) se colige sin dificultad que el procedimiento instaurado está vinculado a la existencia de un litigio. Esta exigencia había sido puesta de relieve en

56. Vid. en general, CIENFUEGOS MATEO, M., Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y su aplicación judicial en los Estados miembros, *op. cit.*, pp. 582 ss.

57. STJCE de 12 de noviembre de 1974, asunto *Haaga*, n.º 32/74, *rec.* 1974, pp. 1205-1207.

58. STJCE de 27 de abril de 1994, asunto *Gemeentee Almelo*, n.º C-393/92, *rec.* 1994, p. I/1515.

59. STJCE de 19 de diciembre de 1968, asunto *Salgoil*, n.º 13/68, *rec.* 1968, p. 698.

60. STJCE de 9 de julio de 1985, asunto *Bozzetti*, n.º 179/84, *rec.* 1985, pp. 2317-2318.

numerosas ocasiones por la doctrina[61] y los abogados generales[62], hasta que finalmente intervino el propio Tribunal de Justicia en el asunto *Borker*, denegando al Consejo del Orden de la Abogacía de París la cualidad judicial porque no estaba conociendo de un litigio que tuviere legalmente la misión de resolver, sino de una simple demanda tendente a obtener una declaración relativa a una diferencia que oponía a un miembro del Colegio con las jurisdicciones de otro Estado miembro. Precisó además que el artículo 177 del Tratado C.E. concierne a las jurisdicciones nacionales en la medida en que están llamadas a adoptar decisiones de carácter jurisdiccional[63]. Ha confirmado ulteriormente este planteamiento al indicar que «la Commissione Consultiva no es competente para resolver litigios, sino para evacuar dictámenes en el marco de un procedimiento administrativo»[64].

Importan mucho más los otros dos casos, la existencia de un litigio pendiente y la realidad del litigio, porque cuando la decisión prejudicial no puede ayudar a resolver el proceso nacional, sea porque éste ya ha finalizado, sea porque no existe ni existía controversia alguna, contestar la demanda prejudicial supondría una grave desviación del incidente prejudicial, lo que debe evitarse para salvaguardar su especificidad, cual es la colaboración entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia[65].

1. Litigio no finalizado

El imperativo de que el litigio siga pendiente fue consagrado por el Tribunal de Justicia en el asunto *Fratelli Pardini*, en el que afirmó categóricamente que «los órganos jurisdiccionales nacionales sólo están habilitados para plantear cuestiones prejudiciales a este Tribunal en la medida en que ante ellos *penda* un litigio en el que proceda adoptar una decisión que deba tener en cuenta la sentencia prejudicial. Por el contrario, este Tribunal no es competente para conocer de una cuestión preju-

61. Vid., por todos, DE RICHEMONT, J., *L'intégration du droit communautaire dans l'ordre juridique interne: article 177 du traité CEE*, París: L.G.D.J., p. 78.

62. Vid., por todos, las conclusiones generales de LAGRANGE en los asuntos *Bosch*, n.º 13/61, *rec.* 1962, p. 121; *Da Costa en Schaake*, n.º 28 a 30/62, *rec.* 1963, pp. 83-84 y 88; y *Costa c./ E.N.E.L.*, n.º 6/64, *rec.* 1964, p. 1173.

63. ATJCE de 18 de junio de 1980, asunto *Borker*, n.º 138/80, *rec.* 1980, p. 1977.

64. ATJCE de 5 de marzo de 1986, asunto *Greis Unterweger*, n.º 318/85, *rec.* 1986, p. 957.

65. En palabras del Tribunal de Justicia, se trata de «evitar la utilización del procedimiento del artículo 177 para fines otros que los que le son propios» (sentencia de 16 de diciembre de 1981, asunto *Foglia c. Novello*, n.º 244/80, *rec.* 1981, p. 3063).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dicial cuando, en el momento en que se dicte la correspondiente resolución de remisión, ya haya concluido el proceso ante el juez nacional» [66]. Esta posición, confirmada expresamente después [67], incluso tras una demanda prejudicial formulada por la Judicatura española [68], está plenamente justificada [69].

Por un lado, porque esta sentencia no es sino la consecuencia estricta de una interpretación literal y sistemática del artículo 177 del Tratado C.E.: refiriéndose a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones son susceptibles de recursos internos, lo único que hace el Tribunal de Justicia es afirmar expresamente que dicho órgano puede formular una petición de decisión prejudicial en la medida en que sea necesaria para emitir *su* fallo.

Por otro lado, porque esta exigencia es el corolario del principio más amplio de autonomía reconocido en la jurisprudencia comunitaria al órgano jurisdiccional nacional en todo lo relativo a las cuestiones prejudiciales. De todas las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia, la que posiblemente ilustra mejor este margen discrecional es la dictada en el asunto *Rheinmuhlen*, en el que señaló que los órganos jurisdiccionales «disfrutan de la más amplia facultad para acudir al Tribunal si estiman que un *asunto pendiente* ante ellos suscita cuestiones que exigen una interpretación o de validez de disposiciones de Derecho comunitario y necesitan una decisión de dicho Tribunal» [70].

En suma, que el litigio esté aún pendiente es un presupuesto inherente a la misma existencia de las cuestiones prejudiciales: ¿cómo, si no, podría influenciar su solución el fallo del proceso principal? [71].

66. STJCE de 21 de abril de 1988, asunto *Fratelli Pardini*, n.º 338/85, *rec.* 1988, pp. 2074-2075.

67. STJCE de 4 de octubre de 1991, asunto *Grogan*, n.º C-159/90, *rec.* 1991, pp. I/4737-4738.

68. STJCE de 15 de junio de 1995, asunto *Teresa Zabala*, n.º C-422 a 424/93, *rec.* 1995, pp. I/1585-1586.

69. En contra, vid. las críticas de HATZOUPOULOS, V., «De l'arrêt Foglia-Novello à l'arrêt TWD Textilwerke. La jurisprudence de la Cour de justice relative à la recevabilité des renvois préjudiciels», *Revue du Marché Unique Européen*, 1994-3, pp. 199-200.

70. STJCE de 16 de enero de 1974, asunto *Rheinmuhlen*, n.º 166/73, *rec.* 1974, p. 38. A esta sentencia, pero sin citarla, se refería tácitamente el Tribunal de Justicia cuando afirmaba en el asunto *Fratelli Pardini* que «los órganos jurisdiccionales nacionales disfrutan de la más amplia facultad discrecional para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales, siempre que consideren que un asunto pendiente ante ellos suscita determinadas cuestiones de Derecho comunitario» (STJCE de 21 de abril de 1988, n.º 338/85, *rec.* 1988, p. 2074).

71. Decía D. GRANJON con carácter general que «no hay cuestión prejudicial (...) más que cuando existe una instancia judicial pendiente» («Questions préjudicielles», *Droit Administratif*, 1968, p. 87).

Al amparo de esta interpretación del artículo, se puede afirmar que sólo es competente para plantear cuestiones prejudiciales el juez concreto que tenga que resolver el litigio interno pendiente en cuyo marco surge la duda sobre el Derecho comunitario aplicable, ya que sólo en este caso la decisión prejudicial podrá ser necesaria para emitir su fallo. De donde resulta que tanto si el proceso ha finalizado como si, estando aún pendiente, no correspondiera al autor de la cuestión prejudicial resolverlo, el Tribunal de Justicia sería incompetente para pronunciarse, pues carecería de un título jurídico regular al respecto. Algunos abogados generales lo sostienen [72], así como la doctrina, especialmente CALEGEROPOULOS, que había señalado en un estudio publicado el año anterior a la sentencia *Fratelli Pardini*, que «el juez competente para apreciar si un reenvío prejudicial ante el Tribunal es necesario y para proceder facultativa u obligatoriamente a este reenvío es (...) el órgano determinado, orgánica y temporalmente, que cumple simultáneamente las condiciones enumeradas en el texto del artículo 177 (...). Por consiguiente, se excluye la hipótesis según la cual una cuestión prejudicial podría ser planteada por *una unidad orgánica distinta de aquélla ante la que se ha planteado la cuestión*; que es, en consecuencia, a la unidad orgánica a quien compete emitir su fallo en el asunto en cuyo marco se planteó la cuestión». Y añadía que «una cuestión prejudicial concerniente a (...) una regla de Derecho comunitario no puede ser planteada ante un organismo jurisdiccional *si no hay asunto pendiente ante este organismo* (...); a falta de un asunto pendiente ante este organismo jurisdiccional no puede haber litigio a resolver por un fallo cuyo sentido podría depender de la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia» [73]. Ambas hipótesis están, por lo demás, avaladas por la sentencia *Fratelli Pardini* [74].

72. Así, DARMON en cuanto señala, en sus conclusiones generales en el asunto *Fratelli Pardini*, que «el único juez competente para dirigirse al Tribunal de Justicia es (...) el juez llamado a dirimir el litigio» (n.º 338/85, *rec.* 1988, p. 2057).

73. CALOGEROPOULOS, A., «Les sections et chambres...», *op. cit.*, p. 44. El autor ilustra su posición refiriéndose a la situación particular del Consejo de Estado griego: las salas no pueden plantear directamente cuestiones prejudiciales, sino que tienen que remitir el tema al pleno para que decida si es procedente hacerlo y, en su caso, la remite directamente, y el pleno no está habilitado por la legislación griega para fallar el litigio interno en el que se suscitó la cuestión, dado que la sala retiene esta facultad. Para salvar esta aporía, propugna que las salas planteen cuestiones prejudiciales, y que las que suscite el pleno sean declaradas inadmisibles. El Tribunal de Justicia parece darle la razón, toda vez que ha contestado a las cuestiones prejudiciales de la Sala Cuarta del Consejo de Estado griego (STJCE de 30 de mayo de 1991, asunto *Marina Karella*, n.º C-19

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Cabe presumir, por añadidura, que planteada la cuestión prejudicial en el marco de un litigio pendiente de resolución que, antes del fallo prejudicial, termina por cualquier motivo distinto de por sentencia o auto (como la renuncia y el desistimiento del actor, el allanamiento del demandado, la transacción judicial y extrajudicial, la caducidad o la estimación de un recurso contra la decisión de remisión), como también si el juez nacional decide retirar las cuestiones prejudiciales por considerarlas irrelevantes[75], si el Tribunal de Justicia toma conocimiento de este hecho deberá archivar el asunto prejudicial por falta de objeto[76]. Y aunque no puede archivarlo por su propia iniciativa[77], presumiblemente se considerará legitimado para no responder a las cuestiones prejudiciales, ya que la cuestión prejudicial no será necesaria para que el juez nacional falle el caso[78].

y 20/90, *rec.* 1991, pp. I/2697-2698 y 2712-2720). Cabe añadir, por nuestra parte, que no parece que sea el caso de nuestros jueces de instrucción, pues aunque no les compete decidir sobre el fondo del proceso penal, están encargados por ley de instruirlo y decidir sobre la apertura del juicio oral y, en caso de resultado negativo, dictar auto auto de sobreseimiento (artículos 634 y siguientes de la L.E.Cr.).

74. Vid. especialmente los fundamentos 9 a 11.

75. Vid. para ejemplos de archivo de cuestiones prejudiciales españolas por tales motivos: ATJCE de 16 de diciembre de 1987 (*D.O.C.E.* n.º C 111, de 28 de abril de 1987, p. 6), en relación con el auto de la Magistratura de Trabajo de Barcelona n.º 19, de 1 de septiembre de 1987, asunto *Abarca Formiga*; ATJCE de 18 de octubre de 1989 (*D.O.C.E.* n.º C 301, de 30 de noviembre de 1989, p. 7), respecto al auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la AT de Sevilla de 8 de mayo de 1989, asunto *Farmaindustria*; ATJCE de 16 de octubre de 1992 (*D.O.C.E.* n.º C 306, de 24 de noviembre de 1992, p. 10), en relación con el auto de la Sala de lo Contencioso del TSJ del País Vasco de 2 de junio de 1992, asunto *Doman* ATJCE de 13 de marzo de 1996 (*D.O.C.E.* n.º C 180 de 22 de junio de 1996, p. 26), respecto al auto del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Lérida de 17 de mayo de 1994, asunto *Alonso Rubio*.

76. Vid. en una posición similar las conclusiones generales de WARNER en el asunto *Rheinmuhlen*, n.º 166/73, *rec.* 1974, pp. 46-47.

77. De acuerdo con la jurisprudencia comuntitaria, el juez nacional tiene que comunicar al Tribunal de Justicia que retira la petición prejudicial (STJCE de 14 de diciembre de 1971, asunto *Politi*, n.º 43/71, *rec.* 1971, p. 1048). Sin perjuicio de que lo suelen hacer de oficio (vid. los ejemplos expuestos *supra* en relación con cuestiones prejudiciales españolas), cuando el Tribunal de Justicia toma conocimiento de estos eventos por otras vías (por ejemplo, las observaciones de los intervinientes), es corriente que se dirija a la jurisdicción *a quo* para preguntarle si procede el archivo del asunto (por ejemplo, STJCE de 15 de junio de 1995, asunto *Zabala Erasun*, n.º C-422 a 424/93, *rec.* 1995, p. I/1582).

78. Vid. en la misma posición, ANDERSON, D., *References to the European Court*, Londres: Ed. Sweet and Maxwell, 1995, p. 105.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2) Litigio no ficticio

A diferencia del supuesto anterior, la excepción relativa al control de la realidad del litigio en el que la cuestión fue planteada no está tan bien fundamentada. Sus contornos fueron dibujados en los asuntos *Foglia*, en los que el Tribunal de Justicia se declaró incompetente para pronunciarse acerca de cuestiones planteadas con ocasión de un litigio artificialmente construido con el fin de obtener una declaración de incompatibilidad con el Tratado C.E. de la legislación de un Estado miembro ante cuyos tribunales los recursos existentes no habían sido ejercitados.

En concreto, en el primer asunto *Foglia* alegó que «las partes del proceso principal tienden a obtener una condena del régimen fiscal francés de los vinos de licor por el cauce de un procedimiento ante una jurisdicción italiana entre dos partes privadas que están de acuerdo sobre el resultado a obtener y que han insertado una cláusula en su contrato para obligar a la jurisdicción italiana a pronunciarse sobre este punto. El *carácter artificial de esta construcción* es tanto más manifiesto cuanto que las vías de recurso abiertas por el Derecho francés contra la imposición de derechos de consumo no han sido utilizadas por la empresa Danzas, que tenía, sin embargo, interés en hacerlo, dada la cláusula contractual por la cual está también vinculada, y que por lo demás Foglia ha pagado la nota de esta empresa que englobaba un montante pagado en concepto de esta tasa sin protestar». Y añadió a renglón seguido que «la función confiada al Tribunal por el artículo 177 del Tratado consiste en suministrar a toda jurisdicción de la Comunidad los elementos de interpretación del Derecho comunitario que le son necesarios para la solución de *litigios reales* que se le someten. Si por la vía de arreglos del género de los anteriormente descritos el Tribunal estuviera obligado a resolver, se atentaría al sistema del conjunto de vías de recurso jurisdiccionales de que disponen los particulares para protegerse contra la aplicación de leyes fiscales que fuesen contrarias a las disposiciones del Tratado»[79].

Y en el segundo asunto *Foglia* precisó que el artículo 177 «da misión al Tribunal no de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o puramente hipotéticas sino de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros. No es, por tanto, competente para responder a cuestiones de interpretación que le sean planteadas en el

79. STJCE de 11 de marzo de 1980, asunto *Foglia c./ Novello*, n.º 104/79, *rec.* 1980, pp. 759-760.

marco de construcciones procesales arregladas entre las partes con vistas a conducir al Tribunal a tomar posición sobre ciertos problemas de Derecho comunitario que no responden a una *necesidad objetiva inherente para la solución de un contencioso*. Una declaración de incompetencia en una tal hipótesis no afecta nada a las prerrogativas del juez nacional y permite evitar la utilización del procedimiento del artículo 177 para fines distintos de los que le son propios» [80].

Estas sentencias despertaron rápidamente el más vivo interés en la dogmática comunitaria, que se dividió hasta el punto de dar dos lecturas antagónicas. Para unos, la valoración es positiva, porque su intención era luchar contra «las avenencias entre las partes que tenían el carácter de manipulación, que eran contrarias al espíritu y a la finalidad de la competencia judicial prevista por el Tratado; convenía, por tanto, desmontar tales acuerdos, para impedir que el incidente prejudicial se convirtiera en un proceso subyacente y disfrazado, en perjuicio del Tratado. Por tanto, sería erróneo deducir de estas sentencias una tendencia restrictiva del Tribunal de Justicia respecto de los incidentes prejudiciales o incluso un paso atrás en su jurisprudencia» [81].

Sin embargo, el sector doctrinal mayoritario les dedicó abundantes críticas en el número y muy afiladas en el fondo, hasta el punto de afirmar que estas sentencias «constituyen sucesos dramáticos que perturban la placidez de la operación prejudicial (...). Se trata de una apostasia y de una política jurisprudencial nueva (...), de una ablación, al menos parcial, de la jurisprudencia en materia prejudicial», pudiendo lamentarse «la poca destreza con que han sido formuladas» [82]; e incluso que crean «un embrollo de procedimiento contrario a una buena administración de justicia (...). Cabe esperar que las sentencias Foglia no sienten jurisprudencia. Si no es así, el Tribunal de Justicia destruiría lo que tan paciente

80. STJCE de 16 de diciembre de 1981, asunto *Foglia c./ Novello*, n.º 244/80, *rec.* 1981, pp. 3062-3063.

81. DAUSES, M., «Algunos aspectos del incidente prejudicial previsto en el artículo 177 TCEE», *G.J.C.E.E.*, 1987, D-6, p. 229. Vid. en esta línea, COLLINS, L., *European Community Law in the United Kingdom*, 3.ª ed., Londres: Ed. Butterworths, 1984, p. 130; LENAERTS, K., «Observations sous la Cour de justice, 6 octobre 1982», *C.D.E.*, 1983-4, pp. 477-478; LIPSTEIN, K., «Foglia v. Novello. Somme Unexplored Aspects», en *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden: Ed. Nomos Verlagsgessellschaft, 1987, pp. 383-384; PESCATORE, P., «Article 177», en CONSTANTINESCO, V., JACQUE, J.-P., KOVAR, R. y SIMON, D., *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, París: Ed. Economica, 1992, pp. 1099-1100.

82. BARAV, A., «L'imbroglio préjudicial: à propos des arrêts de la cour de justice dans l'affaire Foglia c. Novello», *R.T.D.E.*, 1982, pp. 431-432 y 480.

y eficazmente había realizado hasta ahora (...). Descorazonaría a las jurisdicciones nacionales, a las que hasta el presente no había prodigado sino cumplidos. Estas dudarían en plantear cuestiones prejudiciales en la incertidumbre de si el Tribunal aceptaría responder (...). Se encontraría reforzado el sentimiento que los particulares pueden tener de la insuficiencia de su protección jurisdiccional (...). Sería infinitamente lamentable que el Tribunal contribuya (...) a desmembrar la confianza que un número creciente de justiciables europeos ponen en el proceso prejudicial» [83].

Es exagerado este planteamiento dogmático porque la idea de la que partió el Tribunal de Justicia era correcta [84], sin perjuicio de que probablemente no debiera haberla aplicado al caso de autos, ya que los factores que tomó en consideración habían dado lugar, más que a una certeza, al nacimiento de una presunción de litigio artificial [85]. Habría sido preferible, por consiguiente, que hubiera dado la interpretación solicitada —reformulando las cuestiones prejudiciales en caso de estimarlo necesario— y prevenido al juez nacional sobre la posibilidad de un abuso de procedimiento para que éste adoptara las medidas oportunas [86].

83. GOFFIN, L., «Heur et malheur de la procédure préjudicielle (Article 177 du Traité C.E.E.)», *Journal des Tribunaux*, 1982, p. 254. Vid. también las críticas de G. BEBR («The Existence of a Denuine Dispute: An Indispensable Precondition for the Jurisdiction of the Court under Article 177 EEC Treaty?», *C.M.L.Rev.*, 1980, pp. 525 ss; «The Possible Implications of Foglia v. Novello II», *C.M.L.Rev.*, 1982, pp. 421 ss) y A. TIZZANO («Litiges fictifs et compétence préjudicielle de la Cour de justice européenne», *Revue Générale de Droit International Public*, 1981, pp. 514 ss).

84. El artículo 177 del Tratado C.E. no da como misión al Tribunal de Justicia pronunciar dictámenes puramente consultivos sobre cuestiones generales o hipotéticas, dada su naturaleza judicial y el carácter jurisdiccional del proceso prejudicial, de manera que había que poner un freno a las tentativas de desnaturalizar este mecanismo procesal.

85. Basta tener en cuenta que el Pretore de Bra, considerando que había podido surgir un malentendido de la formulación de su primera decisión de remisión prejudicial, insistió particularmente en la segunda remisión sobre un elemento que no aparecía claramente en la primera, a saber, que Novello no se había limitado desde la primera audiencia de comparecencia a rechazar pura y llanamente la demanda del actor, sino que había presentado una demanda —autonóma en ciertos puntos, *ergo*, reconvencional— para obtener una sentencia declaratoria de la situación jurídica objetiva y subjetiva, mientras que Foglia lo que instaba era una sentencia condenatoria al reembolso de las cantidades fiscales litigiosas. Véanse adicionalmente los distintos argumentos señalados por los críticos a esta sentencia.

86. De este modo el Tribunal de Justicia se habría evitado no sólo las críticas doctrinales, sino que se habría ahorrado contestar a diversas cuestiones prejudiciales planteadas por las jurisdicciones nacionales en el marco de procesos parecidos (vid. *infra*) y, sobre todo, que se produjera uno incumplimiento flagrante de la sentencia prejudicial: el Pretore de Bra, decepcionado con las respuestas prejudiciales, interpretó directamente el Derecho comunitario y concluyó que no existía incompatibilidad entre la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Haciendo abstracción de estas reacciones, el Tribunal de Luxemburgo ha apelado más de una vez a la posibilidad de no pronunciarse cuando el proceso no sea real[87], pero sin que se haya materializado nunca más. Entre ambas sentencias *Foglia*, descartó la existencia de un litigio ficticio[88], como también a los pocos meses de la segunda[89] y en diferentes asuntos ulteriores en que se ha evocado el tema[90].

II. El control del fondo de la decisión de remisión (condiciones materiales de la cuestion prejudicial)

El planteamiento de una cuestión prejudicial es necesario, de acuerdo con el artículo 177 del Tratado C.E., cuando el Derecho comunitario puede *a priori* ser aplicable al caso de autos, hay una duda razonable sobre su significado o legalidad y existe un vínculo entre su resolución y la suerte del litigio nacional, de modo que dada la respuesta prejudicial el juez nacional se hallará en disposición de fallarlo, aplicando o no el Derecho comunitario según el sentido de la sentencia del Tribunal de Justicia.

Presumiendo que la remisión de la cuestión prejudicial responde a estas circunstancias, el Tribunal de Justicia no se considera *en principio*

legislación francesa en cuestión y el Tratado (sentencia de 30 de septiembre de 1982, *Foro it.*, 1983, I, col. 1782; *C.M.L.Rep.*, 1982, pp. 585 ss).

87. STJCE de 16 de junio de 1981, asunto *Salonia*, n.º 126/80, *rec.* 1981, pp. 1576-1577; 8 de noviembre de 1990, asunto *Krystyna Gmurzynska*, n.º C-231/89, *rec.* 1990, p. I/4018; 11 de julio de 1991, asunto *Crispoltoni*, n.º C-368/89, *rec.* 1991, pp. I/3718-3719; 28 de noviembre de 1991, asunto *Durighello*, n.º C-186/90, *rec.* 1991, p. I/5795; 16 de julio de 1992, asunto *Lourenço Dias*, n.º C-343/90, *rec.* 1992, p. I/4709; asunto *Wienand Meilicke*, n.º C-83/91, *rec.* 1992, p. I/4933.

88. STJCE de 14 de enero de 1981, asunto *Chemial Farmaceuti*, n.º 140/79, *rec.* 1981, p. 13; asunto *Vinal*, n.º 46/80, *rec.* 1981, p. 91; 16 de junio de 1981, asunto *Salonia*, n.º 126/80, *rec.* 1981, pp. 1576-1577; 11 de noviembre de 1981, asunto *Casati*, n.º 203/80, *rec.* 1981, p. 2611. Mientras en los dos primeros reveló sus dudas respecto a la existencia de un litigio real, en los dos últimos eludió abordar esta cuestión.

89. STJCE de 10 de noviembre de 1982, asunto *Rau c./ De Smedt*, n.º 261/81, *rec.* 1981, p. 3971.

90. Por ejemplo, STJCE de 12 de junio de 1986, asunto *Bertini*, n.º 98/85, *rec.* 1986, pp. 1896-1897; 11 de junio de 1987, asunto *Pretore di Salò*, n.º 12/86, *rec.* 1987, pp. 2257-2258; 21 de septiembre de 1988, asunto *Pascual Van Eycke*, n.º 267/86, *rec.* 1988, p. 4790; 23 de noviembre de 1989, asunto *Provide*, n.º 150/88, *rec.* 1989, p. 3913; 13 de diciembre de 1994, asunto *Winzersekt*, n.º C-306/93, *rec.* 1994, pp. I/5578-5580; 15 de diciembre de 1995, asunto *Bosman*, n.º C 415/93, *rec.* 1995, pp. I/5058-5060.

habilitado para censurar su necesidad[91]. En efecto, una jurisprudencia constante, que se remonta a los años sesenta, afirma que «las consideraciones que hayan podido guiar a un órgano jurisdiccional nacional en la elección de sus cuestiones, así como la pertinencia que entienda atribuirles en el marco de un litigio sometido a su conocimiento, quedan sustraídas a la apreciación del Tribunal»[92]. Sentencias ulteriores confirman que *a priori* se considera obligado a pronunciarse desde el momento en que una jurisdicción nacional le solicita que se pronuncie a título prejudicial sobre una de las disposiciones comunitarias indicadas en el artículo 177 del Tratado C.E. por estimarlo necesario para emitir su fallo[93], puesto que «en el marco del reparto de funciones jurisdiccionales entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal operado por el artículo 177 del Tratado, el juez nacional, que es el único en tener un conocimiento directo de los hechos del asunto, así como de los argumentos avanzados por las partes, y que deberá asumir la responsabilidad de la decisión a adoptar, está mejor situado para apreciar con pleno conocimiento de causa la pertinencia de las cuestiones de derecho planteadas por el litigio de que conoce y la necesidad de una decisión prejudicial para poder emitir su fallo»[94].

El *leif motif* de este posicionamiento jurisprudencial es el respeto de la letra y del espíritu del artículo 177, cual es la aspiración de establecer

91. A diferencia de lo que sucede con el Tribunal Constitucional en el marco de las cuestiones de constitucionalidad, ya que su doctrina reiterada señala que a él le corresponde el *juicio de relevancia*, a saber, enjuiciar «el esquema argumental del que resulte que el fallo que haya de dictarse en el proceso *a quo* depende de la validez o falta de validez de la norma cuestionada» (STC n.º 17/1981, de 29 de abril, *B.J.C.* n.º 2, p. 109). No obstante, ulteriormente ha dulcificado este rigor, llegando a señalar que no le incumbe el juicio de relevancia, «a salvo el supuesto de que el criterio que así se exponga [por el juez *a quo*] resulte con toda evidencia errado» (STC n.º 188/1988, de 17 de octubre, *B.J.C.* n.º 91, pp. 1214-1215), con lo que, a la postre, si bien con puntos de partida diferentes, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia vienen a coincidir en sus resultados, como se verá en la exposición.

92. STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*, n.º 26/62, *rec.* 1963, p. 22.

93. Por ejemplo, STJCE de 19 de diciembre de 1968, asunto *De Cicco*, n.º 19/68, *rec.* 1968, p. 698; 18 de octubre de 1990, asunto *Dzodzi*, n.º C-297/88 y C-197/89, *rec.* 1990, p. I/3793; 3 de marzo de 1994, asunto *Eurico*, n.º C-332, 333 y 335/92, *rec.* 1994, pp. I/734-735; 13 de diciembre de 1994, asunto *Winzersekt*, n.º C-306/93, *rec.* 1994, pp. I/5579-5580.

94. STJCE de 29 de noviembre de 1978, asunto *Pigs Marketing Board*, n.º 83/78, *rec.* 1978, p. 2368; 28 de noviembre de 1991, asunto *Durighello*, n.º C-186/90, *rec.* 1991, p. I/5795; 16 de julio de 1992, asunto *Lourenço Dias*, n.º C-343/90, *rec.* 1992, pp. I/4708-4709; 15 de diciembre de 1995, asunto *Bosman*, n.º C 415/93, *rec.* 1995, p. I/5059.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

una cooperación entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales en el respeto mutuo de sus competencias respectivas, razón por la que lo avalan la doctrina[95] y los abogados generales[96].

En cualquier caso, que el Tribunal de Justicia rechace por principio controlar la pertinencia de la cuestión a los fines de la solución del litigio principal, así como su oportunidad, no significa que esté estrictamente vinculado por la manera en que haya sido formulada[97], toda vez que tiene que verificar las condiciones materiales de la cuestión prejudicial, tanto para evitar responder a cuestiones que excederían su ámbito competencial propio como para atribuir a su respuesta la utilidad y eficacia que necesita el juez nacional para solucionar la diferencia interna[98]. Su corolario es que existen casos en los que se reserva el poder de replantear los términos en los que las cuestiones prejudiciales han sido redactadas, mientras que en otros se ve abocado a no pronunciarse sobre el fondo de la demanda prejudicial.

Aunque esta actitud no era desconocida en el pasado, se ha generalizado a partir de los años noventa, con la particularidad además de que el Tribunal de Justicia ha pasado de una fase de generosa comprensión a otra de mayor rigor respecto a las cuestiones prejudiciales. De hecho, hoy en día, es frecuente que reformule las cuestiones prejudiciales con *largos añadidos* para controlar su necesidad, y no es inusual tampoco que opte por declararlas manifiestamente inadmisibles[99].

95. Por ejemplo, A. DONNER cuando señala que «una sóla máxima parece dominar la actitud del Tribunal en el ámbito prejudicial: ejercer su tarea coordinadora en el respeto de las competencias y de la libertad que el artículo 177 deja a las jurisdicciones nacionales» («Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions nationales», *Rec. des c.*, 1965-II, p. 25).

96. Así, LAGRANGE ha afirmado que «el Tribunal no tiene que hacerse juez de las consideraciones por las que un juez nacional ha estimado deber someterle una cuestión. Basta con que constate que se trata realmente de una cuestión que depende del artículo 177, es decir, que se refiera a la interpretación del Tratado (...) o de un reglamento comunitario, para lo cual el artículo 177 atribuye competencia al Tribunal» (conclusiones generales en el asunto *Costa c. E.N.E.L.*, n.º 6/64, *rec.* 1964, p. 1174).

97. Tampoco está vinculado por las sugerencias de respuesta a las cuestiones prejudiciales que ciertas jurisdicciones nacionales acompañan a sus decisiones de remisión, como en los asuntos *Lorenz* (STJCE de 11 de diciembre de 1973, n.º 120/73, *rec.* 1973, p. 1474), *Markmann* (STJCE de 11 de diciembre de 1973, n.º 121/73, *rec.* 1973, pp. 1498-1499) y *Zucker* (STJCE de 30 de enero de 1974, n.º 159/73, *rec.* 1974, p. 124).

98. En el mismo sentido, V. HATZOPOULOS señala que «se justifica en gran parte que el Tribunal se comporte como tutor de las jurisdicciones nacionales porque tiene un conocimiento más profundo de las reglas de juego del artículo 177 y es responsable, a título principal, de asegurar su buen desarrollo, preservando sus propias competencias» («De l'arrêt Foglia-Novello à l'arrêt TWD Textilwerke», *op. cit.*, p. 212).

99. La liberalidad con que el Tribunal de Justicia contesta a las cuestiones prejudiciales incorrectas demuestra, por añadidura, que en el marco del artículo 177 no rige completamente el principio de la congruencia (vid. *infra*).

A) *Reformulación de las cuestiones prejudiciales*

Cuando el juez nacional ejercita su competencia para plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia debe tener presente el orden de responsabilidades recíproco en aras a respetar tanto la especificidad del proceso prejudicial[100] como la cooperación jurisdiccional que lo impregna[101]. Como quiera que estas exigencias no siempre son respetadas, el Tribunal de Justicia se enfrenta a una difícil situación cada vez que la formulación de la cuestión prejudicial, por diferentes causas[102], no permite dictar una respuesta eficaz, casa mal con el carácter abstracto que debe dar a la sentencia prejudicial o es incoherente[103]: responder a las cuestiones prejudiciales en su redacción inicial le llevaría a superar el rol que le atribuye el artículo 177 del Tratado C.E., con lo que vulneraría el sistema de este precepto, pero declararlas inadmisibles tendría únicamente como resultado impedir la colaboración eficaz con los órdenes

100. Dada la autonomía de los procesos instituidos por los Tratados, la especificidad del incidente prejudicial impide al Tribunal de Justicia que en su marco se pronuncie directamente sobre los incumplimientos estatales y la responsabilidad de la Comunidad, o que declare nulo un acto institucional (por ejemplo, ATJCE de 23 de marzo de 1995, asunto *Mostafa Saddik*, n.º C-458/93, *rec.* 1995, p. I/515).

101. El respeto de la cooperación jurisdiccional que instaura el artículo 177 implica que depende de la competencia del juez nacional la interpretación de las reglas del Derecho interno y del Derecho internacional, y la resolución del proceso nacional, y del Tribunal de Justicia la interpretación y la apreciación de validez del Derecho comunitario, debiendo ambos respetar su ámbito competencial (por ejemplo, STJCE de 22 de octubre de 1974, asunto *Demag*, n.º 27/74, *rec.* 1974, p. 1047).

102. Cabe destacar el hecho de que los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, el Estatuto del Tribunal de Justicia en cada una de las Comunidades y su Reglamento de procedimiento no digan prácticamente nada acerca del modo de plantear las cuestiones prejudiciales; la existencia de mecanismos procesales semejantes en algunos Estados miembros, como las cuestiones incidentales y de constitucionalidad, y su empleo por analogía a la hora de plantear las cuestiones prejudiciales a falta de una reglamentación nacional propia al respecto; y las dificultades que entraña el conocimiento y aplicación del Derecho comunitario. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que la distinción entre lo que puede hacer y lo que no debe hacer el Tribunal de Justicia en el marco del artículo 177 es, en teoría, sencilla, pero en la práctica hay bastantes casos en que es difícil, cuando no prácticamente imposible, marcar la frontera respectiva, como sucede cuando las cuestiones prejudiciales se refieren a situaciones económicas complejas o muy técnicas (lo que explica que en esta hipótesis el juez comunitario exija al juez nacional que le proporcione indicaciones sobre el marco fáctico y jurídico del litigio: vid. *infra*).

103. Vid., en este sentido, CHEVALLIER, R. M. y MAIDANI, D., *Guide pratique Article 177 C.E.E.*, Luxemburgo: O.P.O.C.E., 1981, p. 82.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

judiciales internos, que es precisamente lo que se pretende con el mismo [104].

En esta tesitura, la técnica de la reformulación ofrece el único punto posible de equilibrio para corregir la ocasional inexperiencia o falta de pericia del juez nacional al remitir las cuestiones prejudiciales, sin dejar por ello de prestarle una ayuda eficaz, facilitando de este modo el ejercicio de la cooperación judicial que postula el artículo 177. Sin perjuicio de que, en ocasiones, la reformulación sea mal aceptada por las jurisdicciones nacionales, que tienen la impresión de que la jurisdicción de Luxemburgo se entromete en sus prerrogativas [105], mediante la reformulación el juez comunitario no hace sino interpretar la decisión de remisión [106], lo que lejos de significar, salvo excepción, que sustituye su apreciación, le permite no eludir su propia responsabilidad en el marco del proceso prejudicial. El respeto de los límites de este proceso y la realización plena de su espíritu de colaboración se configuran así como las coordinadas constantes que explican la reformulación [107].

El Tribunal de Justicia intenta respetar siempre estas coordinadas, puesto que se reserva periódicamente la prerrogativa de la reformulación [108], muy frecuentemente con arreglo a la siguiente fórmula: «ante cuestiones formuladas impropiamente o que desbordan el marco de funciones que le confía el artículo 177, [el Tribunal] tiene la facultad de extraer del conjunto de elementos aportados por el órgano jurisdiccional nacional, y especialmente de la motivación del acto de remisión, los elementos de Derecho comunitario que requieren una interpretación (...), teniendo en cuenta el objeto del litigio» [109]. Y justifica su uso de muy diversas maneras, por ejemplo, insistiendo en «la necesidad de llegar a una interpretación útil de los textos litigiosos» [110] y recordando que «es competente para interpretar las disposiciones del Tratado a fin de poner a la jurisdicción nacional en situación de aplicar correctamente la regla del Derecho comunitario» [111].

104. Vid., en este sentido, PEPY, A., «Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'application de l'article 177 du traité de Rome», *C.D.E.*, 1966-5, p. 471.

105. Vid., en este sentido, BERGÈS, M.-Ch., «La reformulation des questions préjudicielles en interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes», *Dalloz*, 1985, chron. XXVII, pp. 155-156.

106. En palabras de LAGRANGE, cuando de la redacción de una cuestión se revela la incompetencia del Tribunal de Justicia, «la cuestión que se le plantea es ver si no conviene hacer un esfuerzo de interpretación concerniente a la sentencia de remisión y extraer de la misma lo que dependa de vuestra competencia, es decir, las dificultades abstractas de interpretación del Tratado que plantea el litigio y que subyacen en la demanda. Pensamos que un tal esfuerzo puede y debe ser hecho» (conclusiones generales en el asunto *Bosch*, n.º 13/61, *rec.* 1962, p. 126).

107. Vid., en este sentido, KOVAR, R., «Recours préjudiciel», *Jurisclasseur de Droit International*, fasc. 361, p. 8.

108. Por ejemplo, STJCE de 13 de marzo de 1979, asunto *Peureux*, n.º 119/78, *rec.* 1979, pp. 984-985; 4 de diciembre de 1980, asunto *Wilner*, n.º 54/80, *rec.* 1980, p. 3681; 3 de julio de 1991, asunto *Barr*, n.º 355/89, *rec.* 1991, p. I/3501. También fue el caso de la primera cuestión prejudicial española (STJCE de 29 de septiembre de 1987, asunto *Giménez Zaera*, n.º 20/87, *rec.* 1987, p. 3715).

109. Por ejemplo, STJCE de 29 de noviembre de 1978, asunto *Pigs Marketing Board*, n.º 83/78, *rec.* 1978, p. 2368.

110. STJCE de 30 de junio de 1966, asunto *Société Technique Minière*, n.º 56/65, *rec.* 1966, p. 357.

111. STJCE de 22 de octubre de 1974, asunto *Demag*, n.º 27/74, *rec.* 1974, p. 1047. Vid., en esta línea STJCE de 5 de marzo de 1996, asuntos *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, n.º C 46 y 48/93, *rec.* 1996, p. I/1155.

112. Nos hemos inspirado para establecer esta clasificación en J. BOULOUIS cuando señala que el Tribunal de Justicia «no se considera vinculado ni por la formulación de las cuestiones, ni por su contenido (...), ni por su objeto (...), ni por su orden» (*Droit institutionnel des Communautés européennes*, 3.ª ed., París: Editions Montchréstien, 1991, p. 275).

113. Por ejemplo, STJCE de 6 de abril de 1962, asunto *Bosch*, n.º 13/61, *rec.* 1962, p. 97; 16 de diciembre de 1976, asunto *Inzirillo*, n.º 63/76, *rec.* 1976, p. 2059; 13 de febrero de 1980, asunto *Damas*, n.º 77/79, *rec.* 1980, p. 251; 8 de febrero de 1990, asunto *Staatssecretaris van Financien*, n.º C-320/88, *rec.* 1980, p. I/304.

114. Por ejemplo, STJCE de 4 de febrero de 1965, asunto *Albatros*, n.º 20/64, *rec.* 1965, XI-3, p. 8; 17 de diciembre de 1981, asunto *Frans-Nederlandse*, n.º 272/80, *rec.* 1981, p. 3281; 13 de diciembre de 1990, asunto *Bellon*, n.º C-42/90, *rec.* 1990, p. I/4886; 18 de junio de 1991, asunto *Piageme*, n.º C-369/89, *rec.* 1991, p. I/2983; 17 de octubre de 1995, asunto *Kalanke*, n.º C 450/93, *rec.* 1995, pp. I/3075-3076.

1. *Supuestos*

Los supuestos en que el Tribunal de Justicia ha reformulado las cuestiones prejudiciales para extraer los elementos que dependen de su competencia pueden, *grosso modo*, reagruparse en tres categorías, según que tienda a modificar el contenido de la cuestión, cambiar su objeto o variar el orden en que fueron planteadas [112].

1.1. *Modificación del contenido de la cuestión prejudicial*

Esta hipótesis opera principalmente en caso de cuestiones formuladas en términos tan concretos que la respuesta prejudicial, lejos de ser abstracta, constituiría la solución del litigio principal, ora porque supondría prácticamente aplicar el Derecho comunitario a los hechos del caso [113], ora porque declararía de hecho explícitamente el incumplimiento de un Estado miembro de sus obligaciones [114], desbordando de este modo

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

su competencia prejudicial. Por razones lógicas, el Tribunal de Justicia reformula también las cuestiones que entran en detalles inútiles [115].

Desde el ángulo inverso, la modificación se produce asimismo cuando las cuestiones prejudiciales han sido planteadas en términos tan confusos o generales que no permiten dar una respuesta clara que ayude al juez nacional a resolver los problemas que se le suscitan [116]. Aunque su importancia es decreciente, pues cada vez son más raros los casos de cuestiones excesivamente generales [117], sigue habiendo ejemplos de reformulación de cuestiones prejudiciales de este tipo [118].

Estos supuestos no son excluyentes, pues en ocasiones los defectos aparecen reunidos en una misma decisión de remisión. Poniendo un ejemplo, en su sentencia de 20 de marzo de 1986, el Tribunal de Grande Instance de Libourne le había preguntado «si existe una regulación comunitaria relativa al concepto y definición del medicamento; si el producto específico calificado como reactivo fabricado y comercializado por el doctor Tissier puede corresponder a esta definición». El Tribunal de Justicia estimó que «en el caso que nos ocupa, el examen del expediente, especialmente de los considerandos de la resolución de remisión, permite extraer los elementos que pertenecen a la interpretación del Derecho comunitario, pudiendo entenderse las cuestiones formuladas en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional quiere saber si una sustancia que sirve para establecer un diagnóstico médico y está destinada a ser administrada a un ser humano o un animal, no en el estado en que se presenta originariamente sino después de mezclarse con otras sustancias, puede calificarse como medicamento en el sentido de la definición que da el Derecho comunitario de este concepto» [119].

Es difícil aprehender el proceso intelectual que sigue el juez comunitario para modificar el contenido de la cuestión y centrarla exclusivamente en la interpretación o la apreciación de validez del Derecho comu-

115. Por ejemplo, STJCE de 2 de mayo de 1990, asunto *Hakvoort*, n.º C-348/88, *rec.* 1990, pp. I/1665-1667; 17 de octubre de 1995, asunto *Kalanke*, n.º C 450/93, *rec.* 1995, pp. I/3075-3076.

116. Por ejemplo, STJCE de 6 de mayo de 1971, asunto *Cadillon*, n.º 1/71, *rec.* 1971, p. 353; 14 de julio de 1971, asunto *Muller*, n.º 10/71, *rec.* 1971, pp. 725-726; 15 de diciembre de 1971, asunto *International Fruit Company*, n.º 51 a 54/71, *rec.* 1971, pp. 1110-1111.

117. Seguramente porque el Derecho comunitario se conoce cada vez más y mejor.

118. Por ejemplo, STJCE de 27 de junio de 1990, asunto *Alfons Berkenheide*, n.º C-67/89, *rec.* 1990, pp. I/2632-2633.

119. STJCE de 20 de marzo de 1986, asunto *Tissier*, n.º 35/85, *rec.* 1986, pp. 1212-1213.

nitario, pues si bien en ocasiones explicita las diversas etapas de su razonamiento, normalmente se limita a constatar que la cuestión planteada «se reduce esencialmente a» o que el juez nacional «quiere saber si» [120]. Sin perjuicio de ello, se comparte la opinión doctrinal que señala que la casi totalidad de hipótesis son reconducibles a dos categorías, complementarias entre sí: la referencia comunitaria y la abstracción comunitaria. La referencia comunitaria es el paso por el que desprende del tenor de una cuestión y de los datos expuestos por el juez nacional los elementos de Derecho comunitario necesarios para que éste pueda resolver, conforme a este ordenamiento jurídico, el problema jurídico suscitado. La abstracción comunitaria trata de desprender de la formulación concreta del juez nacional los elementos teóricos que son susceptibles de encuadrarse en las categorías y conceptos comunitarios, permitiendo al Tribunal de Justicia esta abstracción inicial interpretar el Derecho comunitario en un segundo momento. Mientras la primera categoría suele ser utilizada ante cuestiones excesivamente generales y cuestiones no justiciables, que revelan un cierto desconocimiento del juez nacional del Derecho comunitario aplicable o de su *ratio legis*, la segunda es típicamente utilizada para cuestiones tan concretas que su contestación implicaría resolver el caso de autos [121].

1.2. Cambio del objeto de la cuestión prejudicial

Esta actividad supone la conversión de cuestiones prejudiciales de apreciación de validez en cuestiones interpretativas, lo que en ocasiones obedece a que el verdadero objeto de la cuestión de validez planteada es la interpretación de la disposición cuestionada [122], y otras veces a que la interpretación correcta de la disposición comunitaria cuestionada puede privar de objeto el examen de la validez, revelándose entonces necesario determinar su sentido y alcance antes de librarse al control de legalidad [123]. La conversión también puede suceder a la inversa, si el Tribunal

120. Por ejemplo, STJCE de 8 de junio de 1971, asunto *Deutsche Gramophon*, n.º 78/70, *rec.* 1970, p. 498 (primer supuesto) y de 20 de marzo de 1986, asunto *Tissier*, n.º 35/85, *rec.* 1096, p. 1213 (segundo supuesto).

121. Vid. para mayores detalles, BERGRÈS, M.-Ch., «La reformulation des questions préjudicielles...», *op. cit.*, pp. 157-158.

122. Por ejemplo, STJCE de 12 de noviembre de 1969, asunto *Stauder*, n.º 29/69, *rec.* 1969, pp. 424-425.

123. Por ejemplo, STJCE de 17 de junio de 1971, asunto *Gebruder Bagusat*, n.º 3/71, *rec.* 1971, pp. 586-589; 5 de mayo de 1982, asunto *Schul*, n.º 15/82, *rec.* 1982, p. 1434; 17 de noviembre de 1983, asunto *Merck*, n.º 292/82, *rec.* 1983, p. 3794; 4 de julio de 1990, asunto *Roermond*, n.º C-354 a 356/88, *rec.* 1990, pp. I/2776-2778.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de Justicia estima que bajo la cubierta de la cuestión prejudicial de interpretación de la norma comunitaria el juez nacional, en realidad, suscitaba su validez [124] y, llegado el caso, que la declare de oficio inválida pese a que sólo se había solicitado su interpretación [125]. La justificación de estos casos es evitar formalismos puramente dilatorios en cuanto son incompatibles con la naturaleza del incidente prejudicial y la competencia híbrida, para interpretar y apreciar la validez, que otorga el artículo 177 al Tribunal de Justicia [126].

1.3. Cambio del orden de las cuestiones prejudiciales

Casi nunca son planteadas las cuestiones prejudiciales con un objeto único, y lo más frecuente es que tomen la forma de interrogaciones sucesivas que derivan de un problema inicial, siguiendo el modelo clásico del razonamiento silogístico [127]. En consecuencia, la modificación de las premisas sobre las que se fueron asentando unas sobre otras puede trastornar la lógica global de la decisión de remisión y provocar una inversión del orden de las cuestiones planteadas [128] o su fusión para responder globalmente a las cuestiones que dependen de su competencia [129]. Asimismo, puede desembocar en la abstención de responder a una cuestión prejudicial cuando quedan desprovistas de objeto a la luz de la respuesta a una cuestión previa o de la jurisprudencia existente [130].

Este fenómeno sucede con relativa frecuencia, puesto que el Tribunal de Justicia sólo sigue el orden adoptado en la medida en que coinci-

124. Por ejemplo, STJCE de 31 de enero de 1978, asunto *Zerbone*, n.º 94/77, *rec.* 1978, p. 113; 13 de diciembre de 1979, asunto *Liselotte Hauer*, n.º 44/79, *rec.* 1979, p. 3745; 3 de junio de 1980, asunto *Gedelfi*, n.º 135/79, *rec.* 1980, pp. 1729-1730.

125. Por ejemplo, STJCE de 3 de febrero de 1977, asunto *Strehl*, n.º 62/76, *rec.* 1977, p. 218.

126. STJCE de 1 de diciembre de 1965, asunto *Schwarze*, n.º 16/65, *rec.* 1965, pp. 1094-1095.

127. Vid., en este sentido, BERGRÈS, M.-Ch., «La reformulation des questions préjudicielles...», *op. cit.*, p. 158.

128. Por ejemplo, STJCE de 1 de febrero de 1977, asunto *De Clerq*, n.º 47/76, *rec.* 1977, p. 91; 14 de diciembre de 1977, asunto *De Bloos*, n.º 59/77, *rec.* 1977, p. 2369; 16 de marzo de 1978, asunto *Laumann*, n.º 115/77, *rec.* 1978, p. 815; 2 de mayo de 1990, asunto *Hakvoort*, n.º C-348/88, *rec.* 1990, pp. I/1666-1667.

129. Por ejemplo, STJCE de 4 de febrero de 1965, asunto *Albatros*, n.º 20/64, *rec.* 1965, XI-3, p. 9; 26 de febrero de 1976, asunto *Tasca*, n.º 65/75, *rec.* 1976, p. 305; 22 de marzo de 1977, asunto *Iannelli*, n.º 74/76, *rec.* 1977, p. 574; 16 de marzo de 1978, asunto *Pierik*, n.º 117/77, *rec.* 1978, p. 835.

130. Por ejemplo, STJCE de 16 de junio de 1966, asunto *Lutticke*, n.º 57/65, *rec.* 1966, p. 303. Vid. *infra* para otros ejemplos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de «con el grado de importancia de las cuestiones a resolver para el proceso nacional y si las cuestiones planteadas están, según el sistema del Derecho comunitario, en una relación material lógica que permita respetar el orden elegido» [131].

2. Limitaciones a su ejercicio

La prerrogativa de la reformulación lleva aparejada algunos límites en cuanto a su ejercicio. En primer lugar, de plantearse la cuestión prejudicial en forma correcta, el Tribunal de Justicia no podrá apartarse de la misma [132], de modo que si, por ejemplo, la cuestión tiene un ámbito general, responderá en términos generales [133]. En segundo lugar, sólo puede reformular las cuestiones si lo considera necesario para ayudar al juez nacional, lo que significa que sus poderes están enmarcados por la petición prejudicial y, por ende, por el contenido y redacción dados a la cuestión por el juez nacional [134]. De este principio se deriva que el juez comunitario no puede responder a cuestiones que el juez nacional no haya suscitado, ni puede pronunciarse sobre disposiciones comunitarias respecto a las que el juez nacional haya rechazado plantear una cuestión prejudicial, ni cabe tampoco que reformule las cuestiones en otros casos.

2.1. No dar respuesta a cuestiones que el juez nacional no haya suscitado

El Tribunal de Justicia no puede responder a cuestiones de interpretación o validez que, en lugar del juez *a quo*, hayan suscitado las partes

131. Conclusiones generales de ROEMER en el asunto *Van Gend en Loos*, n.º 29/62, *rec.* 1963, p. 35.

132. Implícitamente se deduce de la jurisprudencia comunitaria sobre su falta de competencia *a priori* para censurar la pertinencia de la cuestión prejudicial, y especialmente de los asuntos ya citados *Van Gend en Loos, De Cicco, Politi y Salgoil*. Pero sobre todo de la sentencia del asunto *Pigs Marketing Board*, en cuanto el Tribunal de Justicia recalca que sólo tiene competencia para reformular las cuestiones cuando eventualmente hayan sido planteadas en términos impropios o excediendo el marco funcional que le atribuye el artículo 177 del Tratado C.E. (STJCE de 29 de marzo de 1978, n.º 83/78, *rec.* 1978, p. 2368). Cabe por ello insistir en la necesidad de que los jueces nacionales redacten sus cuestiones de tal modo que ellos mismos y el Tribunal de Justicia puedan cumplir las funciones respectivamente atribuidas por este precepto, como recuerda el mismo juez comunitario (vid. especialmente STJCE de 21 de diciembre de 1965, asunto *Schwarze*, n.º 16/65, *rec.* 1966, pp. 1094-1095; 16 de diciembre de 1981, asunto *Foglia c./ Novello*, n.º 244/80, *rec.* 1981, p. 3063).

133. Por ejemplo, STJCE de 7 de julio de 1976, asunto *Watson*, n.º 118/75, *rec.* 1976, pp. 1187-1188 (cuestión prejudicial) y 1200 (fallo del asunto).

134. Vid., en este sentido, ARENDT, E., «La procédure selon l'article 177 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne (Rapport général)», *op. cit.*, p. 415.

del litigio interno o los otros intervinientes en el procedimiento prejudicial, aunque le parezca que debieron ser planteadas [135]. Si lo hiciera atentaría al carácter de diálogo de juez a juez del artículo 177 [136]. Es así que habiendo preguntado el juez nacional qué efectos jurídicos tenía un dictamen emitido por un veterinario especialista, se ha negado a pronunciarse sobre el fondo del dictamen pese a las peticiones en este sentido del Gobierno griego y de las partes [137].

El Tribunal de Justicia tampoco puede contestar a cuestiones que el juez nacional no haya deferido a su pretorio, sino que descubre por sí mismo, ni siquiera cuando llegue *motu propio* al convencimiento de que su solución es indispensable para resolver el litigio principal, so pena de censurarle y de este modo poner gravemente en entredicho el respeto de la cooperación judicial, base del funcionamiento del incidente prejudicial [138]. Dicho de otro modo, la reformulación por el Tribunal de Justicia presupone la existencia de una cuestión formulada por el juez nacional, entrañando subsiguientemente una base respecto a la que pronunciarse [139].

No se trata de un límite absoluto. Aunque la jurisdicción nacional no haya planteado expresamente una cuestión de interpretación sobre un aspecto que al Tribunal de Justicia le parezca relevante, suele responder si de la motivación de la resolución de remisión se deduce que quisiera también ser aclarado sobre el mismo [140]. Sucede así seguramente porque

135. Por ejemplo, STJCE de 9 de diciembre de 1965, asunto *Hessische Knappschaft*, n.º 44/65, *rec.* 1965, pp. 1198-1199; 9 de enero de 1990, asunto *Fattoria*, n.º C-337/88, *rec.* 1990, p. I/20.

136. Decía, en este sentido, WARNER que «cada vez que el juez nacional se aparta de la formulación [de la cuestión prejudicial], se ha tratado de casos en que ha estimado que esta formulación era inapropiada en algún aspecto (...). Lo que el Tribunal de Justicia no puede hacer es apartarse completamente del marco de la cuestión o de las cuestiones que le han sido sometidas por la jurisdicción nacional. El artículo 177 del Tratado C.E.E. no confiere al Tribunal la competencia para juzgar cuestiones que no le han sido deferidas» (conclusiones generales del asunto *Greenwich Film*, n.º 22/79, *rec.* 1979, p. 3295).

137. STJCE de 22 de mayo de 1990, asunto *Alimenta*, n.º C-332/88, *rec.* 1990, p. I/2097.

138. Como señala tanto la doctrina (así, COUZINET, J.-F., «Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des Communautés européennes», *R.T.D.E.*, 1976, p. 656.) y la jurisprudencia (por ejemplo, STJCE de 24 de marzo de 1992, asunto *Syndesmos*, n.º C-381/92, *rec.* 1992, p. I/2141).

139. No obstante, hay en un caso en que el Tribunal de Justicia aceptó responder a una decisión de remisión que no formulaba ninguna cuestión prejudicial (STJCE de 19 de marzo de 1964, asunto *Unger*, n.º 75/63, *rec.* 1964, p. 361).

140. Así ha pasado en fechas relativamente recientes en el asunto *Marshall* (II). Pese a que no había sido suscitado específicamente por el juez nacional si un «Industrial Tribunal» podría o tendría la obligación de sobrepasar los límites impuestos por el legis-

«la frontera que separa la interpretación de una cuestión obscura planteada por el juez nacional del descubrimiento de nuevas cuestiones [por el Tribunal de Justicia] es a veces extremadamente tenue» [141]. Cabe tener en cuenta asimismo casos en los que, habiendo planteado el juez *a quo* la cuestión en términos muy generales, ha tomado en consideración los argumentos invocados por las partes del litigio para precisar el objeto de su examen [142]. Finalmente, el Tribunal de Justicia goza de amplia discrecionalidad para examinar la validez de una disposición comunitaria, aun cuando el juez nacional no le haya planteado esta cuestión [143].

2.2. *No pronunciarse sobre disposiciones comunitarias que el juez nacional haya rechazado plantearle*

El Tribunal de Justicia no puede interpretar o apreciar la validez de disposiciones comunitarias respecto a las que el juez nacional haya rechazado, expresa o implícitamente, plantear una cuestión prejudicial, debiendo pedirle que precise o amplíe el objeto de su remisión en caso de considerarlo necesario para ayudarle [144]. Este tema se planteó por vez primera en el asunto *Internationale Crediet*, dado que la Comisión solicitaba la interpretación del artículo 12 del Tratado C.E., que no había sido pedida por el juez nacional. El Tribunal de Justicia, siguiendo a su abo-

lador nacional a su competencia para indemnizar por despidos ilegales a fin de adecuarse a las exigencias del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia consideró que del auto de remisión se deducía que el litigio concernía el límite de la indemnización, por lo que ninguna razón se oponía a que se pronunciara al respecto (STJCE de 2 de agosto de 1993, n.º C-271/91, *rec.* 1993, pp. I/4405-4406). Vid. otros ejemplos en STJCE de 26 de febrero de 1986, asunto *Marshall*, n.º 152/84, *rec.* 1986, pp. 743 y 745; 13 de enero de 1994, asunto *Cartier*, n.º C-376/92, *rec.* 1994, p. I/39.

141. BERGRÈS, M.-Ch., «La reformulation des questions préjudicielles...», *op. cit.*, p. 156.

142. Por ejemplo, STJCE de 3 de julio de 1991, asunto *Barr y Montrose*, n.º C-355/89, *rec.* 1991, pp. I/3501-3503; 26 de enero de 1993, asunto *Telemarsicabruzzo*, n.º 320 a 322/90, *rec.* 1993, pp. I/426-427 y 468. Puede también ocurrir que declare sin interés una cuestión prejudicial a la vista de las observaciones de las partes (por ejemplo, STJCE de 16 de julio de 1992, asunto *Lourenço Dias*, n.º C-343/90, *rec.* 1992, p. I/4712) y al revés, que den lugar a que estime de oficio cuestiones no suscitadas expresamente por el juez nacional (por ejemplo, STJCE de 13 de marzo de 1968, asunto *Beus*, n.º 5/67, *rec.* 1968, p. 144), de manera que es prudente que, por lo que pueda pasar, susciten interrogantes adicionales.

143. Vid. *supra* los ejemplos de cambio del objeto de la cuestión prejudicial.

144. Vid., en este sentido, JUILLARD, P., «Procédure des questions préjudicielles et renforcement du lien communautaire», *R.T.D.E.*, 1968, p. 307.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gado general [145], estimó que no había lugar para examinar el antedicho precepto [146]. Al margen de otros casos [147], esta limitación está especialmente bien expuesta en el asunto *Alsatel*, en el que el Tribunal de Justicia manifestó que no podía examinar las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal nacional desde la perspectiva del artículo 85 porque se había referido exclusivamente al artículo 86 del Tratado C.E. [148].

Ahora bien, cuando no se desprenda del dispositivo o de la motivación del acto de remisión, o del expediente transmitido, la negativa del juez nacional, el Tribunal de Justicia se considera habilitado para pronunciarse acerca de otras disposiciones comunitarias. Así sucede cuando el órgano jurisdiccional interno, solicitando la interpretación de ciertas disposiciones concretas, alude también a «cualquier texto de tal naturaleza a permitir la resolución de la cuestión litigiosa» [149]. Suele ocurrir también cuando el juez *a quo* ha omitido referirse a una disposición comunitaria manifiestamente aplicable a los hechos del proceso, o ha solicitado la interpretación de una disposición comunitaria equivocada, estimando en este caso conveniente interpretar la norma comunitaria que sea relevante a fin de ponerlo en situación de fallar con pleno conocimiento de causa sobre el derecho aplicable [150]. Y ha llegado a sostener que «con el fin de dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional que le ha sometido una cuestión prejudicial, el Tribunal puede verse *obligado* a tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que no se

145. ROEMER sostuvo que el Tribunal «no puede dar una interpretación de ciertos artículos del Tratado que no le ha sido pedida, explícita o implícitamente, por un tribunal nacional, ni siquiera si esta interpretación debiera jugar un rol en el proceso nacional» (conclusiones generales del asunto *Internationale Crediet*, n.º 73-74/63, *rec.* 1964, p. 38).

146. STJCE de 18 de febrero de 1964, asunto *Internationale Crediet*, n.º 73 y 74/63, *rec.* 1964, p. 25.

147. Por ejemplo, STJCE de 22 de junio de 1976, asunto *Terrapin*, n.º 119/75, *rec.* 1976, p. 1061.

148. En concreto, el Tribunal de Justicia falló que no podía seguir la sugerencia de las partes porque «se deduce del expediente que, en este caso, el órgano jurisdiccional nacional (...) ha rehusado *implícitamente*, al no contemplar su cuestión más que el artículo 86, interrogar al Tribunal de Justicia respecto a la interpretación del artículo 85 del Tratado, a pesar de la expresa solicitud presentada en dicho sentido por la demandada en el curso del litigio interno» (sentencia de 5 de octubre de 1988, asunto *Alsatel*, n.º 247/86, *rec.* 1988, p. 6007).

149. Por ejemplo, STJCE de 12 de mayo de 1964, asunto *Krier*, n.º 101/63, *rec.* 164, p. 395.

150. Por ejemplo, STJCE de 11 de abril de 1973, asunto *Michel*, n.º 76/72, *rec.* 1973, pp. 463-464; 31 de mayo de 1979, asunto *Even*, n.º 207/78, *rec.* 1979, p. 2033; 28 de febrero de 1984, asunto *Einberger*, n.º 294/82, *rec.* 1984, pp. 1185-1186.

haya referido el juez nacional en el enunciado de su cuestión», si bien matiza —para conjugar la necesidad de dar una respuesta útil con el respeto de las competencias propias de las jurisdicciones internas— que «incumbe al órgano jurisdiccional nacional decidir si la norma comunitaria, tal como la haya interpretado el Tribunal en virtud del artículo 177, se aplica o no al caso que se somete a su apreciación» [151].

Sin ánimo de exhaustividad, esta actitud de ayuda al juez nacional ha conducido al Tribunal de Justicia a interpretar los Tratados cuando las cuestiones se referían exclusivamente a los actos institucionales [152] y, a la inversa, un reglamento cuando sólo se invocaba el Tratado C.E. [153]; declarar el significado de directivas cuando únicamente se preguntaba el sentido y alcance de un reglamento [154]; dar la interpretación de recomendaciones que no se mencionaban en la decisión de remisión [155]; pronunciarse sobre un reglamento que no era el que motivó la cuestión prejudicial [156]; o elucidar preceptos de una norma comunitaria sobre los que no recaía la cuestión, sea de un reglamento [157] o del Tratado C.E. [158]. Este comportamiento se produce con mayor facilidad en el ámbito prejudicial de validez, pudiendo el Tribunal de Justicia pronunciarse con bastante libertad sobre la legalidad de actos comunitarios no contemplados en la decisión de remisión, haya sido invocada o no por los intervinientes [159].

No obstante, hay que subrayar que en asuntos análogos el Tribunal de Justicia ha adoptado una posición diferente, ciñendo su pronuncia-

151. STJCE de 20 de marzo de 1986, asunto *Tissier*, n.º 35/85, *rec.* 1986, p. 1212. En otros asuntos precisa que puede verse *obligado* a deducir del conjunto de elementos suministrados por el juez nacional qué extremos de Derecho comunitario deben ser interpretados, habida cuenta del objeto del litigio (STJCE de 20 de abril de 1988, asunto *Guy Bekaert*, n.º 204/87, *rec.* 1988, p. 2038).

152. Por ejemplo, STJCE de 18 de enero de 1979, asunto *Wesemael*, n.º 110 y 111/78, *rec.* 1979, p. 51.

153. Por ejemplo, STJCE de 6 de mayo de 1971, asunto *Cadillon*, n.º 1/71, *rec.* 1971, pp. 356-357.

154. Por ejemplo, STJCE de 12 de julio de 1979, asunto *Union Laitière Normande*, n.º 244/78, *rec.* 1979, p. 2682.

155. Por ejemplo, STJCE de 13 de diciembre de 1989, asunto *Grimaldi*, n.º C-322/89, *rec.* 1989, p. I/4419.

156. Por ejemplo, STJCE de 16 de julio de 1992, asunto *Belovo*, n.º C-187/91, *rec.* 1992, pp. I/4396-4397.

157. Por ejemplo, STJCE de 27 de junio de 1990, asunto *Alfons Berkenheide*, n.º C-67/89, *rec.* 1990, pp. I/2632-2633.

158. Por ejemplo, STJCE de 18 de junio de 1991, asunto *E.R.T.*, n.º C-260/89, *rec.* 1991, p. I/2956.

159. Por ejemplo, STJCE de 13 de marzo de 1968, asunto *Beus*, n.º 5/67, *rec.* 1968, pp. 139-140.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

miento estrictamente a las disposiciones indicadas por el juez nacional en su decisión de remisión. Así, en la sentencia de 13 de julio de 1989 señaló que no procedía la interpretación del artículo 30 del Tratado C.E. porque el órgano jurisdiccional nacional no le había planteado ninguna pregunta relativa a ese artículo, pese a que una de las partes del asunto interno había alegado que el bando del Alcalde de Cisinello Balsamo lo infringía [160].

2.3. Otros límites

El Tribunal de Justicia no puede reformular las cuestiones prejudiciales que se susciten en el marco de litigios ficticios o ya finalizados, ni tampoco las remitidas por órganos que no puedan ser calificados como judiciales a los efectos del artículo 177 del Tratado C.E., porque la respuesta prejudicial debe obedecer a una necesidad objetiva inherente a la solución de un contencioso interno, y no a problemas generales o hipotéticos sobre el Derecho comunitario [161]. Por parecidos motivos, el Tribunal de Justicia no está habilitado para reformular las cuestiones no justiciables [162], y en algunos casos decide no hacerlo respecto a las que no guardan relación con el objeto del litigio [163]. Los tres primeros supuestos fueron expuestos anteriormente con detalle, por lo que nos remitimos a tal sede. Las dos últimas hipótesis serán objeto de análisis específico en el último apartado.

3. Valoración

La reformulación de las cuestiones prejudiciales no es merecedora, desde una perspectiva objetiva, de reproches, cuanto menos con carácter

160. STJCE de 13 de julio de 1989, asunto *Cisinello Balsamo*, n.º 380/87, *rec.* 1989, pp. 2515-2517. En su sentencia de 10 de diciembre de 1991, que concernía los derechos exclusivos en materia de servicios portuarios, limitó su análisis a los artículos 85 y 30 del Tratado C.E., únicos sobre los que la jurisdicción nacional había planteado cuestión, cuando la apreciación de los artículos sobre la libre prestación de servicios habría podido ser de utilidad (asunto *Gabrielli*, n.º C-179/90, *rec.* 1991, pp. I/5926-5927).

161. Por ejemplo, STJCE de 16 de diciembre de 1981, asunto *Foglia c./ Novello*, n.º 244/80, *rec.* 1981, pp. 3063-3064.

162. Por ejemplo, STJCE de 26 de enero de 1990, asunto *Falciola*, n.º C-286/88, *rec.* 1990, p. I/195.

163. Por ejemplo, STJCE de 16 de junio de 1981, asunto *Salonia*, n.º 126/80, *rec.* 1981, p. 672.

general [164], en cuanto es el complemento indispensable para el funcionamiento eficaz del proceso prejudicial cada vez que aparecen insuficiencias en la construcción jurídica del juez nacional [165]. Subsanar las imperfecciones de la decisión de remisión para ayudarle a fallar el caso, primando la voluntad de responder útilmente sobre la formulación poco satisfactoria, constituye sin duda el fundamento principal de esta prerrogativa [166]. Es por ello natural que el Tribunal de Justicia la detente, a pesar de que no ha sido consagrada por escrito en ningún texto comunitario, si se quiere evitar que el formalismo impida la realización de la *ratio legis* del artículo 177.

Lo anterior no quiere decir que esta prerrogativa no conozca limitaciones, puesto que éstas existen y deben ser respetadas, pero de hecho su valor es contingente, dada la liberalidad con que se emplea. Es particularmente ilustrativo que el Tribunal de Justicia no haya dejado nunca de responder a una cuestión prejudicial por el simple motivo de que las cuestiones le condujeran a pronunciarse sobre la aplicación del Derecho comunitario al caso de autos o la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario, habiendo intentado siempre deducir los aspectos que dependían del ordenamiento comunitario para pronunciarse sobre su interpretación o validez [167].

Sin perjuicio de sus ventajas para eludir un rigor formalista excesivo, no hay que olvidar que la práctica de la reformulación puede paralelamente originar riesgos y ser causa de inconvenientes.

Sucede ocasionalmente que, después de la reformulación, el juez nacional tenga, considerando el tenor de sus cuestiones, auténticas dificul-

164. En el mismo sentido, A. PEPY se refire a «la audacia y, a la vez, sabiduría [con que] el Tribunal de Justicia, guardándose de responder a cuestiones que el juez nacional no le ha planteado, extrae de las fórmulas más o menos afortunadas empleadas el verdadero problema que quería someterle. En realidad, se limita a deducir de la expresión imperfecta que le ha dado la intención más profunda del juez interno» («Le rôle de la Cour de justice...», *op. cit.*, p. 472).

165. Vid. en esta posición, BERGRÈS, M.-Ch., «La reformulation des questions préjudicielles...», *op. cit.*, p. 162.

166. Se trata de la aplicación en este punto concreto de la jurisprudencia general del Tribunal de Justicia en relación con el incidente prejudicial, según la que el rigor formalista «sólo es concebible en procesos contenciosos», pero no en el marco del artículo 177 (STJCE de 1 de diciembre de 1965, asunto *Schwarze*, n.º 16/65, *rec.* 1965, pp. 1094-1095).

167. Esta tónica se asentó ya en los prolegómenos de la aplicación de este instrumento procesal, sin que haya sido modificada desde entonces: por ejemplo, STJCE de 6 de abril de 1962, asunto *Bosch*, n.º 13/61, *rec.* 1962, p. 102; 27 de marzo de 1963, asunto *Da costa en Schaake*, n.º 28 a 30/62, *rec.* 1963, p. 76; 30 de junio de 1966, asunto *Société Technique Minière*, n.º 56/65, *rec.* 1966, p. 357.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tades para reconocer en la sentencia prejudicial la respuesta a lo que preguntó [168], lo que puede generar una situación de incertidumbre e inseguridad en cuanto a la utilización del incidente prejudicial, máxime si se tiene en cuenta que suele ser bastante difícil prever la respuesta que el Tribunal de Justicia dará a la demanda prejudicial tras reformularla. Ello puede conducir a que los jueces nacionales limiten la información que deben acompañar a su decisión de remisión al objeto de reducir las posibilidades de que se reformulen las cuestiones prejudiciales [169], con el riesgo añadido de que, ante esta reacción, el Tribunal de Justicia rechace pronunciarse [170].

168. Por ejemplo, la STJCE de 14 de diciembre de 1977: respondió a la cuarta cuestión en primer lugar, declarando a continuación que la primera y segunda no precisaban respuesta dado lo decidido en la cuarta, para por fin contestar que la tercera estaba desprovista de objeto por las razones indicadas respecto de la primera y segunda (asunto *De Bloos*, n.º 59/77, *rec.* 1977, pp. 2369-2371). En el caso español sería típico la STJCE de 29 de septiembre de 1987: las cinco cuestiones fueron reformuladas y contestadas como una sola (asunto *Giménez Zaera*, n.º 20/1987, *rec.* 1987, pp. 3715-3717).

169. Como señala J. BOULOUIS, Droit institutionnel des Communautés européennes, *op. cit.*, pp. 275-276.

170. Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia comunitaria estima «indispensable que las jurisdicciones nacionales expliquen, cuando estas razones no resultan sin equívocos del expediente transmitido, las razones por las que consideran que una respuesta a sus cuestiones es necesaria para la solución del litigio», y justifica esta obligación de motivación tanto en permitir al Tribunal de Justicia cumplir su misión (por ejemplo, STJCE de 12 de junio de 1986, asunto *Bertini*, n.º 98, 162 y 258/85, *rec.* 1986, p. 1896) como en la posibilidad de que los Estados miembros y las partes interesadas puedan ejercitar con garantías de efectividad su derecho a presentar observaciones (por ejemplo, STJCE de 1 de abril de 1982, asunto *Holdijk*, n.º 141 a 143/81, *rec.* 1982, pp. 1311-1312). Y otra línea jurisprudencial exige al juez nacional, para que la respuesta prejudicial pueda serle útil, que defina el contexto jurídico en el que la respuesta debe situarse (por ejemplo, STJCE de 12 de julio de 1979, asunto *Union Laitière Normande*, n.º 244/78, *rec.* 1979, p. 2681), así como que explique el marco fáctico y las hipótesis de hecho en que se fundan las cuestiones, remarcando que estas exigencias valen particularmente en ciertos ámbitos, como el de la competencia, caracterizados por situaciones de hecho y de derecho complejas (por ejemplo, STJCE de 26 de enero de 1993, asunto *Telemarsicabruzzo*, n.º C-320 a 322/90, *rec.* 1993, p. I/426). En fin, una tercera línea jurisprudencial recuerda la conveniencia de que las cuestiones fácticas y de puro derecho nacional estén resueltas (por ejemplo, STJCE de 10 de marzo de 1981, asunto *Irish Creamery Milk*, n.º 36 y 71/80, *rec.* 1981, p. 748).

Cuando la jurisdicción nacional no sigue estas indicaciones, el Tribunal de Justicia puede considerarse legitimado para no pronunciarse (por ejemplo, STJCE de 3 de febrero de 1977, asunto *Benedetti*, n.º 52/76, *rec.* 1977, pp. 179-181; ATJCE de 19 de marzo de 1993, asunto *Pretore di Genova*, n.º C-157/92, *rec.* 1993, pp. I/1090-1091; 26 de abril de 1993, asunto *Monin Automobiles*, n.º C-386/92, *rec.* 1993, pp. I/2053-2054; 9 de agosto de 1994, asunto *SARL La Pyramide*, n.º C-378/93, *rec.* 1994, pp. I/4007-4009), si bien siempre intenta evitar llegar a este extremo, infiriendo, si es el caso, de las circunstancias fácticas y de los motivos de la decisión de remisión, así como del expediente co-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Más graves son los supuestos en que la respuesta prejudicial no parece que pueda encuadrarse dentro de las cuestiones planteadas y, por lo tanto, en el respeto de las competencias de las jurisdicciones nacionales [171], con la consecuencia de que éstas discrepan e incluso han llegado a rebelarse ante las sentencias prejudiciales que consideran han ido más allá de lo que fue preguntado, por lo que serían *ultra vires* [172]. En nuestra opinión, sería un error pensar, aunque podría parecerlo *prima facie*, que con su actitud el Tribunal de Justicia no es congruente con la petición de los jueces nacionales, dado que en el proceso prejudicial no existen partes procesales propiamente dichas, sino simplemente intervinientes [173], y las jurisdicciones nacionales tampoco pueden ser así consideradas en el marco de un mecanismo directo de colaboración de juez a juez en cuyo seno se intenta únicamente resolver las dudas relativas al Derecho comunitario del juez *a quo* para ayudarle a fallar el proceso nacional [174]. Por consiguiente, en el marco del artículo 177 no existen ac-

municado (por ejemplo, STJCE de 12 de junio de 1986, asunto *Bertini*, n.º 98, 162 y 258/85, *rec.* 1986, pp. 1896-1897), o de las observaciones orales y escritas de los intervinientes (STJCE de 17 de mayo de 1994, asunto *Corsica Ferries*, n.º C-18/93, *rec.* 1994, p. I/1818) los puntos jurídicos sobre los que estaba llamado a pronunciarse, normalmente previa reformulación para restituir a la cuestión su verdadero alcance en el sistema del Derecho comunitario. Además, hay asuntos en los que la exigencia de que sea definido el marco fáctico y jurídico en que se plantea la cuestión prejudicial ha sido entendida con gran flexibilidad (por ejemplo, STJCE de 3 de marzo de 1994, asunto *Le Foyer*, n.º C-316/93, *rec.* 1994, pp. I/781 y 783-784), llegando inclusive a suponer dicho contexto (por ejemplo, STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto *Matteucci*, n.º 235/87, *rec.* 1988, pp. 5608-5609).

171. Por ejemplo, STJCE de 8 de febrero de 1968, asunto *Van Leeuwen*, n.º 32/67, *rec.* 1968, pp. 71-72; 29 de noviembre de 1978, asunto *Delkvist*, n.º 21/78, *rec.* 1978, pp. 2338-2341; 25 de julio de 1991, asunto *Theresa Emmott*, n.º C-208/90, *rec.* 1991, p. I/4299.

172. Ha ocurrido especialmente cuando el Tribunal de Justicia ha precisado *motu propio* los efectos en el tiempo de las sentencias prejudiciales de invalidez (por ejemplo, STJCE de 15 de octubre de 1980, asunto *Roquette*, n.º 145/79, *rec.* 1980, pp. 2917 ss; 27 de febrero de 1985, asunto *Société des produits de maïs*, n.º 112/83, *rec.* 1985, pp. 719 ss), y de modo muy notable por parte de las jurisdicciones francesas (vid. para su comentario CIENFUEGOS MATEO, M., Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y su aplicación judicial en los Estados miembros, *op. cit.*, pp. 399 ss).

173. Por ejemplo, STJCE de 9 de diciembre de 1965, asunto *Hessische Knappschaft*, n.º 44/65, *rec.* 1965, pp. 1198-1199; 5 de mayo de 1977, asunto *Pretore di Cento*, n.º 110/76, *rec.* 1977, p. 855; 11 de junio de 1987, asunto *Pretore di Salò*, n.º 14/76, *rec.* 1987, pp. 2568-2569.

174. Por ejemplo, STJCE de 16 de enero de 1974, asunto *Rheinmuhlen*, n.º 166/73, *rec.* 1974, p. 28; 6 de octubre de 1982, asunto *C.I.L.F.I.T.*, n.º 283/81, *rec.* 1982, p. 3428; 25 de junio de 1992, asunto *Ferrer Laderer*, n.º C-147/91, *rec.* 1992, p. I/4115.

ciones ni, por ende, pretensiones o demandas en el sentido procesal genuino de estos términos [175], de tal suerte que no rige ningún principio de congruencia que obligue al Tribunal de Justicia a pronunciarse única y exclusivamente sobre el objeto de la cuestión prejudicial, tal y como fue formulada, siempre que caiga dentro de sus competencias, y a rechazar el pronunciamiento prejudicial si no fuera el caso [176].

Para evitar este tipo de situaciones no estaría de más que el Tribunal de Justicia extremara la prudencia en el manejo de la reformulación.

B) *Negativa a responder a las cuestiones prejudiciales*

Sin perjuicio de supuestos marginales, el Tribunal de Justicia está legitimado para negarse a contestar a las cuestiones prejudiciales que no guarden relación con el objeto del proceso nacional, que no sean justiciables o que no se promuevan por una jurisdicción nacional en el marco de un litigio real pendiente de fallo [177].

Dado que los supuestos de la tercera categoría fueron examinados

175. Vid. sobre estos conceptos, DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M. A., Derecho procesal civil, *op. cit.*, tomo II, pp. 21 y 40-41; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, vol. 1, 8.ª ed., Madrid: Ed. Artes Gráficas y Ediciones, 1979, pp. 225 ss; GUASP, J., *La pretensión procesal*, 2.ª ed., Madrid: Ed. Civitas, 1985, pp. 47 ss; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, tomo I, 5.º ed., Barcelona: Ed. Bosch, 1992, pp. 206 ss.

176. Además, la práctica de la reformulación no es ignorada en los Derechos procesales internos de los Estados miembros, en los que existen supuestos de corrección —dentro de ciertos límites— por parte de los jueces y tribunales de errores de las partes y/o de otras jurisdicciones. Basta pensar que, en España, el artículo 39.2 de la L.O.T.C. autoriza al Tribunal Constitucional, cuando falla en el marco de una cuestión de constitucionalidad, a «fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el curso del proceso», y en su apartado 1 le obliga a declarar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados y «de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia».

177. Estas tres categorías, como en general toda la jurisprudencia sobre esta materia, han sido excelentemente recogidas y explicadas en la STJCE de 16 de julio de 1992 (asunto *Lourenço Dias*, n.º C-343/90, *rec.* 1992, pp. I/4708-4710 y 4714) y en los ATJCE de 9 de agosto de 1994 (asunto *SARL La Pyramide*, n.º C-378/93, *rec.* 1994, pp. I/4007-4008) y 23 de marzo de 1995 (asunto *Mostafa Saddik*, n.º C-458/93, *rec.* 1995, pp. I/517-518), así como en las conclusiones generales de VAN GERVEN en el asunto *Corsica Ferries*, n.º C-18/93, *rec.* 1994, pp. I/1789-1792, y de LENZ en el asunto *Bosman*, n.º C-415/93, *rec.* 1995, pp. I/4953-4954.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

con anterioridad [178], el rechazo a responder a la petición del juez nacional, sea declinando su jurisdicción o declarando inadmisibles las cuestiones prejudiciales [179], se plantea ahora fundamentalmente respecto a las cuestiones que no guardan relación con el objeto del litigio y las cuestiones no justiciables. Ambas categorías están interrelacionadas en muchos aspectos, pues responden a la consideración de su misión de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros, y no de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o puramente hipotéticas [180]. Esta circunstancia puede explicar que a veces se confundan [181], pero no debe hacer perder de vista que presentan diferencias notables. En el primer grupo el Tribunal de Justicia puede contestar siempre que lo estime oportuno porque se plantea una cuestión sobre el Derecho comunitario, aunque no sea segura su aplicabilidad a los hechos del litigio y pueda consiguientemente optar por responder, reformular o rechazar su pronunciamiento. En las hipótesis del segundo grupo no puede pronunciarse porque excede de su ámbito competencial resolver cuestiones que no se refieran al Derecho comunitario en vigor [182].

178. Vid. *supra* apartado I. Los supuestos de esta categoría podrían haber sido analizados ahora, puesto que se trata de excepciones a la ausencia de control del Tribunal de Justicia, pero se prefirió su examen con ocasión del control de la regularidad formal de la decisión de remisión prejudicial porque no se trata tanto de las condiciones materiales de la cuestión prejudicial (el *quid* no es que el Derecho comunitario no tenga relación con el objeto del litigio o que no se plantee ninguna cuestión sobre el Derecho comunitario vigente) como de una ruptura de los presupuestos procesales que condicionan la aplicación del artículo 177, a fin de que la colaboración judicial que se pretende tenga verdadero sentido: hay que salvaguardar la especificidad del incidente prejudicial, lo que no sucede cuando la decisión prejudicial sobre una cuestión comunitaria no pueda realmente ayudar al juez nacional a resolver el litigio porque no se suscitaba por una jurisdicción, el proceso había finalizado o no existía controversia en su seno.

179. En el ámbito del artículo 177, el Tribunal de Justicia usa indistintamente los conceptos de jurisdicción, competencia y admisibilidad para referirse a estos supuestos: por ejemplo, STJCE de 14 de enero de 1981, asunto *Chemial Farmaceuti*, n.º 140/79, *rec.* 1981, pp. 13-14; ATJCE de 7 de abril de 1995, asunto *Grau Gomis*, n.º C-167/94, *rec.* 1995, p. I/1029.

180. Por ejemplo, STJCE de 16 de diciembre de 1981, asunto *Foglia c./ Novello*, n.º 244/80, *rec.* 1981, p. 3062; 3 de febrero de 1983, asunto *Robards*, n.º 149/82, *rec.* 1983, p. 187; 16 de julio de 1992, asunto *Lourenço Dias*, n.º C-343/90, *rec.* 1992, p. I/4709.

181. Así, cuando el Tribunal de Justicia engloba como cuestiones que no guardan relación con el objeto del litigio supuestos que, objetivamente, serían típicos de cuestiones no justiciables, como las cuestiones psicológicas (ATJCE de 26 de enero de 1990, asunto *Falciola*, n.º C-286/88, *rec.* 1990, p. I/195).

182. Vid. no obstante la excepción que se apunta *infra* para los casos de cuestiones relativas al Derecho internacional o al Derecho nacional que puedan ser vinculadas al Derecho comunitario.

Para completar el cuadro de los casos en que el Tribunal de Justicia rechaza pronunciarse en vía prejudicial se analizarán supuestos de importancia menor que no pueden ser englobados en las categorías anteriores.

Algunas de las hipótesis que se examinarán se deducen directamente del artículo 177, pero en general provienen de la política interpretativa del Tribunal de Justicia sobre este precepto.

1. Cuestiones sin relación con el objeto del litigio

El problema de si el Tribunal de Justicia debe contestar a la demanda prejudicial cuando resulta de los hechos de la causa que la disposición comunitaria no tiene relación con el objeto del litigio principal fue objeto de discusiones en la década de los sesenta, dado que podía originar conflictos con las jurisdicciones nacionales. Sus abogados generales habían llegado a la conclusión que el Tribunal debería abstenerse de responder cuando el juez *ad hoc* hubiera cometido una falta manifiesta de apreciación que hiciera aparecer la remisión prejudicial como un abuso de procedimiento [183]. La doctrina de la época se situaba mayoritariamente en esta posición [184].

Tomando posición al respecto, la jurisdicción comunitaria dejó entender en el asunto *Salgoil* que podría rechazar un pronunciamiento prejudicial en caso de error manifiesto respecto a la aplicabilidad a los hechos del caso de autos de la disposición comunitaria [185]; y en el asunto *Salonia* declaró taxativamente que «el rechazo de una demanda formulada por una jurisdicción nacional sólo es posible cuando aparece de modo manifiesto que la interpretación del Derecho comunitario o el examen de la validez de una regla comunitaria, solicitadas por esta jurisdicción, no

183. Por ejemplo, conclusiones generales de ROEMER en el asunto *Van Gend en Loos*, n.º 26/62, *rec.* 1963, pp. 37-38; LAGRANGE en el asunto *Costa c./ E.N.E.L.*, n.º 6/64, *rec.* 1964, p. 1174; y GAND en el asunto *Albatros*, n.º 20/64, *rec.* 1965, vol. XI-3, p. 14. Vid. después las conclusiones generales de REISCHL en el asunto *Sacchi*, n.º 155/73, *rec.* 1974, p. 435; y GORDON SLYNN en el asunto *Foglia c./ Novello*, n.º 244/80, *rec.* 1981, p. 3071.

184. Vid., por todos, MERCHIERS, M., «Rapport fait au nom de la Commission juridique [del Parlamento Europeo] sur les problèmes posés par l'application de l'article 177 du traité C.E.E.», *op. cit.*, p. 17.

185. En concreto, el Tribunal de Justicia dijo textualmente que «en tanto la evocación del texto de que se trata no es manifiestamente erróneo, el Tribunal está válidamente recurrido», lo que no ocurría en el caso (sentencia de 19 de diciembre de 1968, asunto *Salgoil*, n.º 13/68, *rec.* 1968, p. 672).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

guardan ninguna relación con la realidad o *el objeto* del litigio principal» [186].

Esta reserva ha sido retomada ulteriormente con esta misma fórmula [187] o con otras parecidas [188], incluidos casos de cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles [189]. Sin embargo, la jurisdicción comunitaria opta generalmente por contestar a la cuestión, previa su reformulación, y sólo en casos extremos en que es evidente que la disposición comunitaria no es aplicable al caso (falta de pertinencia) actúa de otro modo: así, en el asunto *Niemann*, en el que señaló, tras haber convertido algunas cuestiones prejudiciales de validez en cuestiones de interpretación, que las disposiciones comunitarias, tal como habían sido interpretadas, no eran aplicables al caso, por lo que la demanda prejudicial quedaba desprovista de objeto [190].

Rechazar excepcionalmente las cuestiones prejudiciales por falta de relación con el objeto del litigio es una actitud que está plenamente justificada por el respeto de las competencias recíprocas y, por lo tanto, del

186. STJCE de 16 de junio de 1981, asunto *Salonia*, n.º 126/80, *rec.* 1981, pp. 1576-1577.

187. Por ejemplo, STJCE de 28 de noviembre de 1991, asunto *Durighello*, n.º C-186/90, *rec.* 1991, p. I/5795; 3 de marzo de 1994, asunto *Eurico*, n.º C-332, 333 y 335/93, *rec.* 1994, p. I/734.

188. Por ejemplo, cuando recuerda que podría censurar la cuestión en «los casos excepcionales en que la disposición del Derecho comunitario cuya interpretación se solicita no sea aplicable a los hechos del litigio principal» (STJCE de 26 de septiembre de 1985, asunto *Thomasdunger*, n.º 166/84, *rec.* 1985, p. 3009) y en «las hipótesis en que apareciera que el procedimiento del artículo 177 del Tratado ha sido desviado de su objeto y tiende, en realidad, a conducir al Tribunal a fallar en un litigio construido, sea que sería manifiesto que la disposición del Derecho comunitario sometida a la interpretación del Tribunal no puede encontrar aplicación» (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto *Krystyna Gmurzynska*, n.º C-231/89, *rec.* 1990, p. I/4018); o declara que está obligado a responder a las cuestiones prejudiciales desde el momento en que «se plantee la interpretación del Derecho comunitario, a no ser que se trate de un problema general o hipotético» (STJCE de 27 de octubre de 1993, asunto *Enderby*, n.º C-127/92, *rec.* 1993, p. I/5571).

189. Por ejemplo, STJCE de 16 de julio de 1992, asunto *Asociación Española de Banca Privada*, n.º C-67/91, *rec.* 1992, p. I/4829; ATJCE de 7 de abril de 1995, asunto *Juan Carlos Gomis*, n.º C-167/94, *rec.* 1995, p. I/1029.

190. STJCE de 18 de mayo de 1974, n.º 191/73, *rec.* 1974, p. 580. Vid. para otros ejemplos de inadmisibilidad de cuestiones prejudiciales por falta de pertinencia, STJCE de 18 de marzo de 1975, asunto *Deuka*, n.º 78/74, *rec.* 1975, p. 434; 16 de septiembre de 1982, asunto *Vlaeminck*, n.º 132/81, *rec.* 1982, pp. 2963-2964; 21 de marzo de 1985, asunto *Célestri*, n.º 172/84, *rec.* 1985, p. 970; 16 de julio de 1992, asunto *Wienand Meilicke*, n.º C-83/91, *rec.* 1992, pp. I/4934-4935; 16 de mayo de 1994, asunto *Monin Automobiles*, n.º C-428/93, *rec.* 1994, pp. I/1714-1715; 15 de julio de 1994, asunto *Corsica Ferries*, n.º C-18/93, *rec.* 1994, pp. I/1818-1819.

reparto de responsabilidades que opera el artículo 177 del Tratado C.E.[191], así como porque el espíritu de cooperación que lo preside podría peligrar, toda vez que en el marco del antedicho precepto no corresponde al Tribunal de Justicia «examinar si una disposición cuya interpretación se pide se aplica a los hechos del litigio, sino únicamente indicar *in abstracto* el sentido y el alcance»[192] y, a la inversa, compete a los jueces del foro, responsables de la decisión final, apreciar a la luz de los hechos la necesidad de solicitar de la jurisdicción comunitaria un pronunciamiento prejudicial[193]. La prudencia se impone, además, porque el Tribunal de Justicia da una interpretación que tiene en cuenta los hechos del litigio tal como le han sido expuestos por la jurisdicción nacional, que goza al respecto de un cierto margen de apreciación en cuanto aquél ni determina los hechos[194], ni puede controlar su exactitud[195], ni le corresponde apreciarlos o valorarlos[196], ni calificarlos o subsumirlos en la norma comunitaria[197], puesto que se trata de operaciones dependientes y necesarias para la aplicación de la regla comunitaria al caso de autos, lo

191. En la misma posición, V. HATZOUPOULOS señala que «se comprende mal bajo qué título el Tribunal podría controlar los motivos que han conducido al juez de fondo a ejercer un derecho que le es directamente conferido por el Tratado y cuyo ejercicio depende únicamente de sus apreciaciones» («De l'arrêt Foglia-Novello à l'arrêt TWD Textilwerke, *op. cit.*, p. 198).

192. WAELBROECK, M., «Article 177», en LOUIS, J.-V., VANDERSANDEN, G., WAELBROECK, M. y WAELBROECK, D., *La Cour de justice. Les actes des institutions*, vol. X de la colección dirigida por J. MEGRET y *alt.*, *Commentaire Megret. Le droit de la CEE*, 2.ª ed., Bruselas: Editions de l'Université de Bruxelles, 1993, p. 248.

193. Por ejemplo, STJCE de 29 de noviembre de 1978, asunto *Pigs Marketing Board*, n.º 83/78, *rec.* 1978, p. 2368 (vid. adicionalmente la jurisprudencia citada *supra*). Ello explica que el Tribunal de Justicia sea muy reticente a no responder, a petición de las partes del proceso interno, a una cuestión porque el Derecho comunitario sea manifiestamente inaplicable para la solución del litigio nacional (por ejemplo, STJCE de 29 de septiembre de 1987, asunto *Giménez Zaera*, n.º 126/86, *rec.* 1987, pp. 3715-3717), así como que acepte en principio cuestiones prejudiciales planteadas sobre la base de presunciones fácticas del juez nacional (por ejemplo, STJCE de 3 de marzo de 1994, asunto *Vaneetveld*, n.º C-316/93, *rec.* 1994, pp. I/783-784).

194. STJCE de 30 de enero de 1974, asunto *Kamppmeyer*, n.º 158/73, *rec.* 1974, p. 111; 29 de abril de 1982, asunto *Pabst*, n.º 17/81, *rec.* 1982, p. 1346.

195. STJCE de 7 de noviembre de 1973, asunto *Fleischer*, n.º 49/73, *rec.* 1973, p. 1206; 16 de marzo de 1978, asunto *Oelschlänger*, n.º 104/77, *rec.* 1978, p. 797; 6 de octubre de 1982, asunto *Coditel*, n.º 262/81, *rec.* 1982, p. 3402.

196. STJCE de 23 de enero de 1975, asunto *Van der Hulst*, n.º 51/74, *rec.* 1975, p. 92; 12 de julio de 1984, asunto *Klopp*, n.º 107/83, *rec.* 1984, p. 2988; 22 de mayo de 1990, asunto *Alimenta*, n.º C-332/88, *rec.* 1990, p. I/2097.

197. STJCE de 4 de abril de 1968, asunto *Milch*, n.º 25/67, *rec.* 1968, p. 323; 14 de julio de 1976, asunto *Gaetano Dona*, n.º 13/76, *rec.* 1977, p. 1340; 8 de diciembre de 1987, asunto *Gauchard*, n.º 20/87, *rec.* 1987, p. 4895.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que escapa a su competencia[198]. Ello explica que recuerde que «la cuestión de saber si las disposiciones o nociones del Derecho comunitario cuya interpretación se solicita son *efectivamente* aplicables al caso de autos escapa a la competencia del Tribunal y depende de la [competencia] de la jurisdicción nacional»[199].

En cualquier caso, esta tendencia jurisprudencial no es óbice para que el Tribunal de Justicia, con buen criterio, haya hecho constar en su sentencia que es difícil concebir cómo pueden incidir las respuestas solicitadas en la solución de los litigios internos[200], y haya llamado la atención de la jurisdicción interna respecto a que la disposición comunitaria en cuestión podría no ser aplicable al caso[201], o incluso que no es aplicable en el asunto de autos[202].

2. *Cuestiones no justiciables*[203]

A diferencia de la categoría precedente, el Tribunal de Justicia no vacila en declararse incompetente cuando se encuentra frente a cuestiones no justiciables, rúbrica bajo la que se reagrupan supuestos diferentes que presentan, no obstante, el denominador común de no guardar relación alguna con el Derecho comunitario vigente al que se refiere el

198. STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*, n.º 26/62, *rec.* 1963, pp. 21-22; 23 de octubre de 1975, asunto *Matisa*, n.º 35/75, *rec.* 1975, p. 1211; 8 de febrero de 1990, asunto *Shipping*, n.º C-320/88, *rec.* 1990, p. I/304.

199. STJCE de 9 de julio de 1969, asunto *Portelange*, n.º 10/69, *rec.* 1969, p. 315.

200. Por ejemplo, STJCE de 12 de junio de 1986, asunto *Bertini*, n.º 98, 162 y 258/85, *rec.* 1986, p. 1897.

201. Por ejemplo, STJCE de 13 de marzo de 1979, asunto *Hansen*, n.º 91/78, *rec.* 1979, p. 957.

202. Por ejemplo, STJCE de 16 de febrero de 1995, asunto *Aubertin*, n.º C-29 a 35/94, *rec.* 1995, p. I/316.

203. Aunque el Tribunal de Justicia suele reagrupar distintos casos que exponemos bajo la rúbrica de *cuestiones no justiciables* como *cuestiones generales o hipotéticas* (*verbigracia*, STJCE de 16 de julio de 1992, asunto *Wienand Meilicke*, n.º C-83/91, *rec.* 1992, p. I/4395 ss), preferimos la primera denominación porque es más amplia (incluye las cuestiones sobre el Derecho interno o internacional), permite diferenciar mejor algunos supuestos de cuestiones hipotéticas (por ejemplo, las cuestiones sicológicas de las cuestiones políticas), y facilita su distinción de supuestos que aquél engloba como cuestiones hipotéticas, a pesar de que afectan más a las condiciones procesales de las cuestiones prejudiciales que a sus condiciones materiales (como las cuestiones planteadas en el marco de litigios ficticios o ya finalizados).

artículo 177 del Tratado C.E. [204], mostrando un desconocimiento flagrante de este ordenamiento jurídico por parte del juez nacional, pues ¿cómo una respuesta prejudicial podría ayudar al juez nacional a resolver el litigio en estas hipótesis?

Es el caso de las cuestiones políticas o *de lege ferenda*, como las eventuales condiciones de una futura adhesión de Estados a la Comunidad. El Tribunal de Justicia se declaró incompetente por considerar que no le competía pronunciarse, en el marco del artículo 177, sobre actos comunitarios aún no adoptados, como «la forma o el objeto de las condiciones a adoptar eventualmente para una adhesión a la Comunidad (...); dado que el artículo 237 del Tratado C.E.E. establece un procedimiento preciso para la admisión de nuevos miembros, en el curso del cual las condiciones de la adhesión son determinadas por las autoridades indicadas en el mismo, las condiciones jurídicas de una eventual adhesión deben ser fijadas en el seno de este procedimiento de negociación política», sin que por consiguiente fuera posible «la fijación previa de su contenido por la vía judicial» [205]. Esta línea jurisprudencial supone una conexión prudente con la doctrina de las cuestiones políticas norteamericanas, pues parece estar inspirada en el hecho de que no se puede compelir al Tribunal de Justicia a entrar en las vastas consideraciones políticas relativas a la organización y a las orientaciones de la Comunidad [206]. La aplicación de esta doctrina en el ámbito prejudicial tiene, sin embargo, perfiles imprecisos [207].

204. De acuerdo con el artículo 177 del Tratado C.E., pueden plantearse cuestiones prejudiciales de interpretación sobre el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los actos adoptados por sus instituciones (el Consejo, la Comisión, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas: artículo 4 del Tratado C.E.) y el Banco Central Europeo y los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo cuando así lo prevean; y puede instarse un control prejudicial de validez sobre los actos de las instituciones comunitarias y del Banco Central Europeo. En tanto no se cree el Banco Central Europeo, se podrán plantear cuestiones prejudiciales relativas a los actos del Instituto Monetario Europeo (artículo 109.F.8 del Tratado C.E.).

205. STJCE de 22 de noviembre de 1978, asunto *Mattheus c./ Doego*, n.º 93/78, *rec.* 1978, p. 2211.

206. DAUSES, M., «Algunos aspectos del incidente prejudicial previsto en el artículo 177 TCEE», *op. cit.*, pp. 227-228. Más en general sobre el tema, vid. RANSMUSSEN, H., «Issues of Admissibility and Justiciability in E.C. Judicial Adjudication of Federalism Disputes under Article 177 EEC», en *Article 177. Experiences and Problems*, Amsterdam: Ed. North Holland, 1987, pp. 379 ss.

207. Especialmente si se tiene en cuenta que el Tribunal de Justicia ha respondido a cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del Acuerdo de asociación entre la Comunidad Europea y Chipre que suscitaban indirectamente un tema de tanta sensibilidad política como es el reconocimiento de la República Turca del Norte de Chipre

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

No son cuestiones justiciables las que suscitan la validez del Tratado C.E. [208], de los acuerdos internacionales celebrados por las instituciones comunitarias [209] o de las sentencias prejudiciales [210]. Tampoco pueden plantearse cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones del Tratado de la Unión Europea que, por su artículo L, se excluyen expresamente de la competencia del Tribunal de Justicia [211].

Dado el tenor literal del artículo 177 se deduce, *a contrario*, que no puede plantearse cuestión prejudicial respecto de las abstenciones u omisiones de las instituciones comunitarias, pues sólo es posible respecto de acciones; ni en relación con las deliberaciones del Consejo de Administración y del Consejo de Gobernadores del Banco Europeo de Inversiones, puesto que éste no es una institución de las Comunidades, sino un organismo público internacional con personalidad jurídica y medios de acción independientes; ni respecto de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo cuando dichos estatutos no lo prevean, que es la práctica general [212].

No son justiciables las cuestiones que recaen sobre actos resultantes de la autonomía de la voluntad privada, aunque hayan sido adoptados sobre la base del Derecho comunitario [213], ni las cuestiones sicológicas,

(STJCE de 5 de julio de 1994, asunto *Anastasiou Pissouri*, n.º C-432/92, *rec.* 1994, pp. I/3310-3312).

208. Es lógico que la validez del Tratado C.E. y, más en general, del conjunto de normas que componen el Derecho comunitario primario no pueda ser cuestionada ante el Tribunal de Justicia porque éste fue creado por aquél.

209. STJCE de 9 de agosto de 1994, asunto *Francia c./ Comisión*, n.º C-327/91, *rec.* 1994, p. I/3672. Esta sentencia, dictada en un recurso de anulación y aplicable por analogía, establece que puede invalidarse el acto comunitario de manifestación del consentimiento de la Comunidad en obligarse por el acuerdo internacional, pero no el acuerdo internacional mismo, con un razonamiento un tanto ambiguo, bastante superficial y excesivamente sumario para lo que hubiera requerido un tema tan complejo como éste. Vid., para un comentario detenido de esta sentencia, CASANOVAS Y LA ROSA, O., «La competencia de la Comisión para concluir acuerdos internacionales (Comentario a la sentencia del TJCE de 9 de agosto de 1994, República Francesa c. Comisión, C-327/91). Acuerdo Comisión / Estados Unidos relativo a la aplicación de su respectivo derecho de la competencia», *R.I.E.*, 1995-3, pp. 533 ss.

210. ATJCE de 5 de marzo de 1986, asunto *Wunsche*, n.º 69/85, *rec.* 1986, p. 953.

211. ATJCE de 7 de abril de 1995, asunto *Juan Carlos Gomis*, n.º C-167/94, *rec.* 1995, p. I/1027.

212. La cuestión carece de importancia porque el Tribunal de Justicia podrá contestar a las cuestiones prejudiciales suscitadas en relación con el acto —generalmente, un reglamento— del Consejo que crea el órgano y aprueba su estatuto, puesto que se trata de un acto institucional en el sentido del artículo 177.1.b) del Tratado C.E.

213. Es el caso de los acuerdos entre asociaciones nacionales de seguros en el ám-

como las eventuales reacciones de un juez interno a causa de la aprobación de una ley nacional de responsabilidad patrimonial de la Magistratura por los daños causados en el ejercicio de su función, por estimar que tal posible responsabilidad podría afectar a su imparcialidad[214].

Tampoco son justiciables las cuestiones que versan sobre la interpretación, la compatibilidad o la validez del Derecho interno, con independencia de su naturaleza y rango[215], o del Derecho internacional que no forme parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad[216]. Al sobre-

bito del seguro de responsabilidad civil de automóviles, contemplados por una directiva comunitaria (STJCE de 6 de octubre de 1987, asunto *Demouche*, n.º 152/83, *rec.* 1987, pp. 3852-3853). No obstante, el Tribunal de Justicia puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial relativa al Derecho comunitario, aunque éste sólo sea aplicable en virtud de una convención estipulada entre las partes del proceso principal (STJCE de 25 de junio de 1992, asunto *Federconsorzi*, n.º C-88/91, *rec.* 1992, p. I/4063).

214. ATJCE de 26 de enero de 1990, asunto *Falciola*, n.º C-286/88, *rec.* 1990, p. I/195.

215. Por ejemplo, STJCE de 20 de febrero de 1973, asunto *FOR c. VKS*, n.º 54/72, *rec.* 1973, p. 205; 12 de noviembre de 1974, asunto *Rzepa*, n.º 35/74, *rec.* 1974, p. 1247; 13 de febrero de 1980, asunto *O.C.E.*, n.º 74/79, *rec.* 1980, p. 240; 9 de julio de 1985, asunto *Bozzetti*, n.º 179/84, *rec.* 1985, pp. 2317-2318; 8 de diciembre de 1987, asunto *Gauchard*, n.º 20/87, *rec.* 1987, pp. 4895-4896; 23 de noviembre de 1989, asunto *Provide*, n.º C-150/88, *rec.* 1989, p. I/3913. Lo corroboran las jurisdicciones nacionales al declinar el planteamiento de cuestiones prejudiciales sobre disposiciones administrativas, legislativas o constitucionales internas: por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán respecto a una ordenanza penal (auto de 10 de julio de 1989, *C.D.E.*, 1992-1/2, p. 198) y el Tribunal Constitucional portugués en relación con un precepto del Código de procedimiento penal (auto de 23 de mayo de 1990, *Riv.Dir.E.*, 1991, pp. 545 ss).

216. Por «Derecho internacional que no forma parte del Derecho comunitario» ha de entenderse los acuerdos internacionales celebrados entre todos o la mayoría de los Estados miembros, aunque tales convenciones estén basados en previsiones de los Tratados (por ejemplo, el artículo 220 del Tratado C.E.), presenten vínculos con la Comunidad (por ejemplo, artículo 3.1 de las Actas de Adhesión) o la normativa adoptada por las instituciones haga referencia a ellos (vid. STJCE de 15 de enero de 1986, asunto *Hurd*, n.º 44/84, *rec.* 1986, pp. 76-77). Lógicamente, tampoco podrán ser objeto de cuestión prejudicial interpretativa los acuerdos bilaterales concluidos entre Estados miembros, aunque puedan concernir a materias transferidas ulteriormente a la Comunidad (así, STJCE de 19 de marzo de 1964, asunto *Unger*, n.º 75/63, *rec.* 1964, p. 365; 7 de mayo de 1969, asunto *Torrekens*, n.º 28/68, *rec.* 1969, p. 134). Se trata de acuerdos celebrados, por tanto, fuera del marco comunitario, porque los concluyen los Estados miembros y no las instituciones de la Comunidad, y fuera de las competencias comunitarias, porque versan sobre materias no atribuidas a la Comunidad.

Tampoco pueden plantearse cuestiones prejudiciales sobre las decisiones y acuerdos de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, ya que no son actos adoptados por las instituciones comunitarias sino acuerdos internacionales celebrados entre los Estados miembros con arreglo a una forma simplificada. No obstante, cuando la resolución es mixta (adoptada a la vez por el Consejo y los representantes), el Tribunal de Justicia ha llegado a pronunciarse sin distinguir los

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pasar la cuestión claramente su ámbito competencial, el juez comunitario no tiene prácticamente ninguna reticencia en rechazar el pronunciamiento prejudicial. Así, en el asunto *Vandeweghe* señaló que «el Tribunal no es competente, en virtud del artículo 177 del Tratado, para fallar sobre la interpretación de disposiciones de Derecho internacional [en el caso de autos, un acuerdo celebrado entre algunos Estados miembros] que vinculan a los Estados miembros fuera del marco del Derecho comunitario»[217]; y en el asunto *Adlerblum* declinó responder a la cuestión planteada en cuanto concernía la calificación conforme a la legislación social francesa de una prestación acordada en virtud de la ley alemana de indemnización, de tal suerte que «la cuestión litigiosa depende sólo del Derecho nacional y escapa a la competencia del Tribunal»[218]. En estos ejemplos el Tribunal de Justicia se declaró incompetente tras indicar previamente a la jurisdicción nacional sus límites materiales[219], pero tam-

elementos comunitarios de los puramente internacionales (por ejemplo, STJCE de 24 de octubre de 1973, asunto *Schlüter*, n.º 9/73, *rec.* 1973, p. 1161).

Finalmente, no son justiciables las cuestiones relativas a los principios generales del Derecho internacional y sus normas consuetudinarias, lo que no obsta para que el Tribunal de Justicia los tome en cuenta como normas de referencia y como fuente material de inspiración para solucionar la cuestión prejudicial suscitada (vid. *infra*).

En cambio, constituyen «Derecho internacional que forma parte del Derecho comunitario», de tal suerte que pueden suscitarse cuestiones prejudiciales, los acuerdos celebrados por las instituciones de la Comunidad, a pesar de su naturaleza convencional, en los ámbitos de competencia comunitaria (STJCE de 30 de abril de 1974, asunto *Haegemann*, n.º 181/73, *rec.* 1974, p. 459); por extensión, son justiciables los «acuerdos comunitarios por sucesión», a saber, los acuerdos celebrados por Estados miembros con terceros Estados antes de la creación de la Comunidad en materias que ésta ha asumido ulteriormente, a pesar de no ser actos institucionales, como en relación con el antiguo GATT (STJCE de 16 de marzo de 1983, asunto *SAMI*, n.º 267 a 269/81, *rec.* 1983, pp. 828-829) y las Convenciones aduaneras de Bruselas de 15 de diciembre de 1950 (STJCE de 19 de noviembre de 1975, asunto *Nederlandsee Spoorwegen*, n.º 38/75, *rec.* 1975, p. 1451); asimismo, forman parte del Derecho comunitario los actos adoptados por los órganos creados por los acuerdos de los que la Comunidad sea parte (STJCE de 20 de septiembre de 1990, asunto *Sevince*, n.º C-192/89, *rec.* 1990, p. I/3501) y los acuerdos mixtos (con las reservas que se exponen *infra*). No es el caso, sin embargo, de la Convención Europea de Derechos Humanos (STJCE de 30 de septiembre de 1987, asunto *Demirel*, n.º 12/86, *rec.* 1987, p. 3754).

217. STJCE de 27 de noviembre de 1973, asunto *Vandeweghe*, n.º 130/73, *rec.* 1973, p. 1333.

218. STJCE de 17 de diciembre de 1975, asunto *Adlerblum*, n.º 93/75, *rec.* 1975, p. 2151.

219. Esta actitud es común en su jurisprudencia: por ejemplo, STJCE de 28 de marzo de 1979, asunto *Saunders*, n.º 175/78, *rec.* 1979, pp. 1134-1135 (limitación de libertad de desplazamiento y/o residencia por razones penales); 27 de octubre de 1982, asunto *Morson*, n.º 35 y 36/72, *rec.* 1982, pp. 3735-3737 (prohibición de entrada y residencia de nacionales de terceros Estados); 28 de junio de 1984, asunto *Moser*, n.º 180/

bién hay hipótesis en que ha declarado su falta de jurisdicción *in limine litis*[220].

Conviene tener presente que existen excepciones y salvedades en relación con estas hipótesis. Por un lado, el Tribunal de Justicia sólo rechaza pronunciarse cuando la cuestión prejudicial concierna tan directa y exclusivamente a normas nacionales o internacionales ajenas a la Comunidad que no puedan ser de ningún modo vinculadas al Derecho comunitario[221]. En cambio, cuando el objeto del litigio pueda ser de alguna manera vinculado a este orden jurídico, suele reformular las cuestiones prejudiciales para pronunciarse directa y exclusivamente sobre sus aspectos comunitarios[222]. Si ello no es posible, podrá tener en cuenta las normas internas y las internacionales como fuente material de inspiración para la interpretación de las disposiciones comunitarias objeto de la cuestión prejudicial[223]. Asimismo, podrá tomar en consideración las normas internacionales (no las normas internas) en calidad de normas de referencia, examinando las disposiciones comunitarias a las que se refirió

83, *rec.* 1984, pp. 2546-2548 (prohibición de ejercicio profesional a un nacional); y 23 de enero de 1986, asunto *Iorio*, n.º 298/84, *rec.* 1986, pp. 254-256 (limitación de acceso a ciertos trenes de viajeros en el tráfico interno).

220. Por ejemplo, ATJCE de 27 de junio de 1979, asunto *Juge chargé du service du tribunal d'instance d'Hayange*, n.º 105/79, *rec.* 1979, p. 2257; 12 de marzo de 1980, asunto *Juge chargé du service du tribunal d'instance d'Hayange*, n.º 68/80, *rec.* 1980, p. 771.

221. Como señalan, entre otros, G. ISAAC (Droit communautaire général, *op. cit.*, p. 297) y H. SCHERMERS y D. WAELBROECK (Judicial Protection in the European Communities, *op. cit.*, p. 360).

222. Es así que declara, por ejemplo, que «sin perjuicio de no poder calificar, en el marco del presente procedimiento [prejudicial], la antedicha prestación respecto de la legislación francesa, el Tribunal puede proporcionar a la jurisdicción nacional los elementos del Derecho comunitario que podrán guiarle en la apreciación de los efectos de esta legislación» (STJCE de 9 de octubre de 1974, asunto *Caisse Régionale d'Assurances Maladies de Paris*, n.º 24/74, *rec.* 1974, p. 1006). Vid. para otros ejemplos, STJCE de 3 de julio de 1974, asunto *Donato Casagrande*, n.º 9/74, *rec.* 1974, p. 778; 1 de diciembre de 1977, asunto *Kuyten*, n.º 66/77, *rec.* 1977, pp. 2317-2318; 12 de julio de 1979, asunto *Grosoli*, n.º 223/78, *rec.* 1979, p. 2630; 11 de octubre de 1990, asunto *Nespoli*, n.º C-196/89, *rec.* 1990, p. I/3665. Y para un caso planteado por un juez español, vid. STJCE de 28 de enero de 1992, asunto *López Hidalgo*, n.º C-330 y 331/90, *rec.* 1992, p. I/336.

223. Por ejemplo, en materia de derechos humanos son fuente de inspiración la Convención Europea de Derechos del Hombre y las normas constitucionales de los Estados miembros (STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, n.º 11/70, *rec.* 1970, p. 1135; 14 de mayo de 1975, asunto *Nold*, n.º 4/73, *rec.* 1975, p. 508; 21 de septiembre de 1989, asunto *Hoescht*, n.º 46/87 y 227/88, *rec.* 1989, pp. 2923-2924; 18 de junio de 1991, asunto *E.R.T.*, n.º C-260/89, *rec.* 1991, pp. I/2963-2964; dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, *rec.* 1996, p. I/1789).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el juez *a quo* a la luz de aquéllas, en cuando fuentes formales del Derecho comunitario necesarias para el examen prejudicial[224].

Por otro lado, el Tribunal de Justicia podrá pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales relativas a los acuerdos celebrados entre los Estados miembros cuando el acuerdo o un protocolo especial le confíen la interpretación[225]. Se trata, en este caso, de un procedimiento prejudicial análogo en cuanto a su funcionamiento al previsto por el artículo 177 del Tratado C.E., pero formalmente distinto porque su origen no está en este precepto sino en otra fuente normativa, cual es el acuerdo complementario de que se trate[226]. Por similares razones, en los acuerdos mixtos celebrados por la Comunidad y sus Estados miembros con terceros Estados deberían preverse figuras procesales análogas al artículo 177 para que el Tribunal de Justicia pudiese pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales respecto a las materias no comunitarias cubiertas por dichos acuerdos[227]. Pero éste no lo considera absolutamente imprescindible, toda vez que en una jurisprudencia liberal ha recalcado que su competencia

224. Por ejemplo, STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto *Ahlström*, n.º 89, 104, 114 a 117 y 125 a 129/85, *rec.* 1988, pp. 5243-5244; 25 de julio de 1991, asunto *Factortame*, n.º C-221/89, *rec.* 1991, pp. I/3963-3964; 24 de noviembre de 1992, asunto *Poulsen*, n.º C-286/90, *rec.* 1992, pp. I/6052-6056.

225. Es el caso, por ejemplo, de los Protocolos de 3 de junio de 1971, sobre la Convención de Bruselas de 29 de febrero de 1968, relativa al reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas y sobre la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativa a la competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (*J.O.C.E.* n.º L 204, de 2 de agosto de 1975, pp. 28 ss); los Protocolos de 19 de diciembre de 1988, para la Convención de Roma de 19 de junio de 1980, relativa a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (*D.O.C.E.* n.º L 48, de 20 de febrero de 1989, pp. 1 ss); y los artículos 2 y 3 de la Convención de Luxemburgo de 15 de diciembre de 1989, relativa a las patentes comunitarias (*D.O.C.E.* n.º L 401, de 30 de diciembre de 1989, pp. 1 ss).

226. Vid. en este sentido el Dictamen de la Comisión sobre el proyecto de Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, *J.O.C.E.* n.º C 94, de 11 de abril de 1980, p. 39; STJCE de 15 de enero de 1986, asunto *Hurd*, n.º 44/84, *rec.* 1986, pp. 76-77.

227. Aunque no se haya hecho todavía, ningún obstáculo jurídico existe, siempre que haya voluntad política, que impida que las Partes de un acuerdo mixto instauren un mecanismo prejudicial análogo al del artículo 177 del Tratado C.E. para que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre las materias no comunitarias. A fin de cuentas, se ha hecho en relación con los acuerdos complementarios expuestos *ibid* y, ya directamente en relación con acuerdos mixtos, en algunos se permite al Tribunal de Justicia pronunciarse en vía prejudicial a petición de jurisdicciones de terceros Estados (así, artículo 107 y Protocolo 34 del Acuerdo relativo al espacio económico europeo, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 entre las Comunidades Europeas y los Estados miembros, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Cambio, por otra, *D.O.C.E.* n.º L 1/94, de 3 de enero, pp. 3 ss).

prejudicial interpretativa se extiende a los compromisos contenidos en los acuerdos mixtos que sólo los Estados miembros han podido asumir en la esfera de su competencia [228].

En último lugar, cuando el Derecho interno de un Estado miembro reenvía al contenido de una norma comunitaria para determinar el significado de las reglas nacionales aplicables a una situación puramente interna, el Tribunal de Justicia ha sentenciado que tiene competencia para pronunciarse en vía prejudicial sobre la disposición comunitaria a fin de ayudar al juez nacional en su labor [229]. Esta jurisprudencia ha sido criticada por no estar en juego la aplicación del Derecho comunitario para la solución del litigio nacional [230]. A su favor cabe decir, no obstante, que la jurisdicción comunitaria se atuvo a la letra del artículo 177, pues basó su competencia en la obligación de pronunciarse sobre la disposición comunitaria cuando un juez nacional le plantea una cuestión prejudicial por estimarlo necesario [231].

228. STJCE de 31 de enero de 1991, asunto *Kziber*, n.º C-18/90, *rec.* 1991, p. I/228. Jurídicamente es difícil sostener esta posición, pues lo normal sería que el Tribunal de Justicia sólo se pronunciase sobre las cuestiones del acuerdo que conciernen a la competencia comunitaria, y no sobre las disposiciones del acuerdo que dependen de la competencia de los Estados miembros. En la práctica, puede comprenderse por las dificultades para separar exactamente lo que es competencia comunitaria y nacional y las necesidades de una aplicación uniforme. En cuanto a las disposiciones del acuerdo mixto que caigan en el ámbito competencial comunitario, el Tribunal de Justicia tiene competencia prejudicial, y de hecho ha interpretado en esta vía diversos acuerdos mixtos, como la Convención de Yaoundé (STJCE de 5 de febrero de 1976, asunto *Bresciani*, n.º 87/75, *rec.* 1976, pp. 140-143), la Convención de Lomé I (STJCE de 24 de noviembre de 1977, asunto *Razanatsimba*, n.º 65/77, *rec.* 1977, pp. 2238-2240) y el Acuerdo de asociación con Turquía (STJCE de 30 de septiembre de 1987, asunto *Demirel*, n.º 12/86, *rec.* 1987, pp. 3752-3754).

229. STJCE de 18 de octubre de 1990, asunto *Dzodzi*, n.º C-297/88 y C-197/89, *rec.* 1990, pp. I/3780-3783; 8 de noviembre de 1990, asunto *Krystina Gmurzynska*, n.º C-231/89, *rec.* 1990, pp. I/4009-4111. Esta hipótesis está situada en la intersección entre las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del Derecho comunitario (que son justiciables) y del Derecho nacional (que no lo son), y las cuestiones que no guardan relación con el objeto del litigio (otra gran categoría de cuestiones respecto a las que el Tribunal de Justicia puede negarse a responder por falta de pertinencia), puesto que en el litigio en que se plantea la cuestión prejudicial no es aplicable como tal el Derecho comunitario, sino una disposición nacional idéntica a una norma comunitaria, si bien a la vista de la interpretación dada a ésta.

230. Vid. las críticas de HATZOPOULOS, V., «De l'arrêt Foglia-Novello à l'arrêt TWD Textilwerke», *op. cit.*, p. 217.

231. Vid. al respecto BRAVO-FERRER DELGADO, M. y LA CASTA MUNOA, N., «Joined Cases C-297/88 and C-197/89, Massam Dzodzi, Judgement of 18 October 1990; Case C-231/89, Krystyna Gmurzynska, Judgement of 8 November 1990», *C.M.L.Rev.*, 1992-1, pp. 158-159.

Debe ponerse de relieve, finalmente, que existen supuestos respecto a los que es controvertido si se puede o no plantear una cuestión prejudicial a la vista de la redacción del artículo 177. Así, es discutible si puede plantearse una cuestión prejudicial de validez de actos no obligatorios, como las recomendaciones y los dictámenes [232], y de interpretación o validez respecto de los principios generales del Derecho comunitario [233]. Otros ejemplos controvertidos se suscitan en relación con los actos de los organismos comunitarios que no pueden ser calificados como instituciones: así, órganos creados por los Tratados, como el Comité Económico y social, el Comité de las Regiones y el Tribunal de Primera Instancia; fondos europeos especializados, como el Fondo Social Europeo y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional; y organismos delegatarios o personalizados, como la Agencia Europea de Cooperación y la Agencia Europea para el Medio Ambiente [234]. De todas formas, estos casos no plantean problemas de enjundia, dada su escasa importancia y el hecho de que mediante el mecanismo de la reformulación el Tribunal de

232. Aunque sería escasa su utilidad como elemento de ayuda al juez nacional en la resolución del litigio, la jurisprudencia comunitaria es ambigua al respecto: vid. STJCE de 13 de septiembre de 1989, asunto *Grimaldi*, n.º C-322/88, *rec.* 1989, p. I/4419; 8 de abril de 1992, asunto *Wagner*, n.º C-94/91, *rec.* 1992, p. I/2792-2793.

233. A pesar de que el artículo 177 alude únicamente a actos de naturaleza escrita, el tema no está cerrado a la vista de la posición del Tribunal de Justicia, que ha dejado entrever que podría contestar a cuestiones prejudiciales relativas a principios generales del Derecho que no estén reconocidos expresamente en los Tratados, como el principio de proporcionalidad, pero sin que luego se pronunciara sobre el mismo en el caso de autos (STJCE de 25 de julio de 1991, asunto *Factortame*, n.º C-221/89, *rec.* 1991, p. I/3969). Evidentemente, el problema no se plantea si el principio general del Derecho está positivizado, como sucede respecto a los principios generales de libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (artículos 3, 8.A, 9, 48, 52, 59, 67, 68, etc.) y el principio de no discriminación, por razón nacionalidad (artículo 7) y de sexo (artículo 119 del Tratado C.E.), que han sido objeto de numerosas cuestiones prejudiciales a las que el Tribunal de Justicia ha respondido (por ejemplo, STJCE de 13 de febrero de 1969, asunto *Walt Wilhelm*, n.º 14/68, *rec.* 1969, pp. 13-16; 8 de abril de 1976, asunto *Defrenne*, n.º 43/75, *rec.* 1976, pp. 471-481; 25 de enero de 1983, asunto *Smit Transport*, n.º 126/83, *rec.* 1983, pp. 92-93). En todo caso, los principios generales del Derecho podrán ser tomados en consideración como normas de referencia para la interpretación de las disposiciones comunitarias sobre las que recaiga la cuestión prejudicial, como —por ejemplo— el fecundo principio de respeto de los derechos de la defensa (así, STJCE de 13 de febrero de 1979, asunto *Hoffmann-Laroche*, n.º 85/76, *rec.* 1979, p. 511). El mismo problema se plantearía, y la misma solución debería predicarse, respecto de las costumbres comunitarias cuando se dieren manifestaciones comprobadas de su existencia, lo que no pasa en el momento actual.

234. Vid. para argumentos a favor y en contra, CHEVALLIER, R. M. y MAIDANI, D., Guide pratique article 177 C.E.E., *op. cit.*, pp. 32-33; WAELBROECK, M., «Article 177», *op. cit.*, pp. 212-213.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Justicia podría interpretarlos, pronunciándose no directamente sobre ellos sino sobre los actos institucionales que constituyan su base jurídica [235].

3. Otros supuestos

A pesar de que no son muy frecuentes, hay más supuestos de negativa por parte del Tribunal de Justicia a responder en cuanto al fondo de la demanda prejudicial.

Ante cuestiones prejudiciales excesivamente imprecisas, ha preferido en ocasiones no contestarlas, en lugar de reformularlas, por estimar que no le era posible ayudar eficazmente al juez interno, sea porque la cuestión era demasiado confusa [236], sea porque era muy general [237], sea porque no disponía de suficiente información sobre el marco fáctico y jurídico en el que se planteaba [238].

Cuando una cuestión prejudicial ha sido planteada para el caso de

235. Por lo demás, aunque el Tribunal de Primera Instancia tampoco es una institución comunitaria, defendemos que sus decisiones puedan ser objeto de cuestión prejudicial, del mismo modo que lo son las del Tribunal de Justicia, y ello no tanto por ser un agregado al Tribunal de Justicia y/o por las relaciones orgánicas y funcionales que se derivan del artículo 168.A del Tratado C.E., sino más bien porque es factible que, de la misma manera que pueden surgir dudas en relación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que pueden ser solventadas en vía prejudicial, un juez nacional necesite ser aclarado sobre aspectos de la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia para poder fallar el caso. Si se tiene en cuenta adicionalmente que este tribunal no tiene competencia para conocer de las cuestiones prejudiciales del artículo 177, por lo que no cabe interponer un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia; que puede llegar a dictar interpretaciones contrarias al Derecho comunitario que escapen a la censura del Tribunal de Justicia por no accionar los legitimados para ello el recurso de casación; y que la legitimación de este recurso es restringida (vid. artículos 168 A del Tratado C.E., 49 y siguientes del Estatuto del Tribunal de Justicia, 110 y siguientes del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia, y 117 y siguientes del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia), nos parece preferible una interpretación flexible del artículo 177 para que, en esta vía, el Tribunal de Justicia pueda, en caso necesario, hacer las precisiones y correcciones oportunas de la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia. El principio según el cual las disposiciones de los Tratados relativas a la protección jurisdiccional no pueden ser objeto de interpretación restrictiva (STJCE de 15 de julio de 1963, asunto *Plaumann*, n.º 25/62, *rec.* 1963, p. 222) serviría para entender de un modo extensivo la noción de acto institucional a que se refiere el artículo 177 y, por tanto, abarcar las decisiones de esta jurisdicción.

236. Por ejemplo, STJCE de 11 de junio de 1987, asunto *Pretore di Salò*, n.º 14/86, *rec.* 1987, p. 2565.

237. Por ejemplo, STJCE de 28 de marzo de 1979, asunto *ICAP*, n.º 222/78, *rec.* 1979, p. 1178.

238. Por ejemplo, ATJCE de 9 de agosto de 1994, asunto *SARL La Pyramide*, n.º C-378/93, *rec.* 1994, pp. I/4008-4009. Vid. para otros ejemplos *supra* apartado II.A.4.

que el Tribunal de Justicia responda de un determinado modo a otra cuestión, sólo lo hace en la medida en que esta condición suspensiva se cumpla, considerándola desprovista de objeto si así no ocurre [239]. Puede suceder que el carácter subsidiario de una cuestión no resulte expresamente del tenor literal de la decisión de remisión, pero se desprenda implícitamente con claridad de su contexto, excusando su pronunciamiento [240].

Cuando una cuestión prejudicial hubiera sido contestada expresamente por el Tribunal de Justicia en un asunto anterior, éste puede rechazar un nuevo fallo sobre su fondo de diferentes maneras, que van desde recordar la interpretación anterior hasta simplemente reenviar a la sentencia que la contiene [241]. Por lo demás, el artículo 104, apartado 2, del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia le otorga la posibilidad de contestar por auto motivado, haciendo referencia a la sentencia anterior, cuando una cuestión sea manifiestamente idéntica a otra ya resuelta. Cuando la respuesta es clara a la luz de la jurisprudencia existente, pero no se ha pronunciado específicamente sobre la cuestión, a veces se limita a recordar esta jurisprudencia [242].

Finalmente, el Tribunal de Justicia ha consagrado en fechas relativamente recientes una especie de *excepción de recurso paralelo* entre las cuestiones prejudiciales de validez y el recurso de anulación, sentenciando que no debe pronunciarse en vía prejudicial sobre el fondo de cuestiones relativas a la validez de una decisión comunitaria cuando el de-

239. Por ejemplo, STJCE de 16 de junio de 1966, asunto *Lutticke*, n.º 57/65, *rec.* 1966, p. 303; 20 de febrero de 1973, asunto *FOR c. VKS*, n.º 54/72, *rec.* 1973, p. 205; 23 de enero de 1975, asunto *Galli*, n.º 31/74, *rec.* 1975, p. 66; 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal*, n.º 106/77, *rec.* 1978, p. 645; 30 de septiembre de 1987, asunto *Demirel*, n.º 12/86, *rec.* 1987, p. 3754; 3 de marzo de 1994, asunto *Vaneetveld*, n.º C-316/93, *rec.* 1994, p. I/785.

240. Por ejemplo, STJCE de 4 de abril de 1968, asunto *Milch*, n.º 25/67, *rec.* 1968, p. 323; 18 de enero de 1990, asunto *Corman*, n.º C-295/88, *rec.* 1990, p. I/156.

241. Sintetizando sus diferentes fórmulas, el Tribunal de Justicia puede: 1. reenviar a la sentencia anterior y declarar que no ha lugar a una nueva interpretación sobre el fondo de la cuestión prejudicial ya resuelta, bien repitiendo el fallo en la fundamentacion (STJCE de 27 de marzo de 1963, asunto *Da Costa en Schaake*, n.º 28 a 30/62, *rec.* 1963, pp. 77-78), bien sin repetirlo (STJCE de 9 de diciembre de 1965, asunto *Hessische Knappschaft*, n.º 44/65, *rec.* 1965, p. 1200); 2. reenviar a la sentencia anterior sin declarar que no ha lugar a nueva interpretación y repetir el fallo en la parte dispositiva (STJCE de 2 de diciembre de 1964, asunto *Dingemans*, n.º 24/64, *rec.* 1964, p. 1277); 3. combinar los supuestos anteriores de otras formas (STJCE 4 de abril de 1968, asunto *Firma Kurt a Becher*, n.º 13/67, *rec.* 1968, p. 288).

242. Por ejemplo, STJCE de 17 de mayo de 1990, asunto *Barber*, n.º C-262/88, *rec.* 1990, p. I/1949.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mandante en el proceso nacional no recurrió directamente contra ella en el plazo previsto por el artículo 173 (recurso de anulación), a pesar de que poseía *ius standi*, instando en cambio una acción ante el juez nacional contra el acto interno dictado en aplicación de dicha decisión y alegando a su favor la invalidez del acto comunitario para que promueva cuestión prejudicial. En esta hipótesis, el Tribunal de Justicia estima que la jurisdicción nacional está obligada por la decisión comunitaria, por lo que está prohibido que las partes del proceso interno cuestionen ante ella su legalidad a fin de que lleve el tema al Pretorio de Luxemburgo. En cambio, la excepción no se aplica respecto a los recurrentes que interpongan el recurso de anulación en tiempo útil, así como a los que no lo hubieran hecho por no cumplir las condiciones del artículo 173.2 del Tratado C.E., a saber, ser destinatarios de la decisión o estar directa e individualmente afectados por ella[243].

Esta excepción de recurso paralelo, que representa una importante limitación a la posibilidad de que en los procesos nacionales y, por ende, en el procedimiento prejudicial, se cuestione la validez de una normativa comunitaria por personas que no recurrieron ante las instancias judiciales comunitarias, plantea importantes interrogantes. Así, ¿cuáles son los supuestos en que está fuera de toda duda la legitimación para recurrir en anulación?. Ello es claro si la decisión fue notificada al recurrente, y si no fue así, cuando se vea directa e individualmente afectado, de acuerdo con el artículo 173.2 del Tratado C.E.[244]. Ahora bien, probar esta afectación directa e individual dista de ser una tarea sencilla[245]. Se plantea además si se puede oponer esta excepción en el marco del proceso nacional cuando haya sido desestimada la acción directa interpuesta en tiempo útil ante las instancias judiciales de la Comunidad, y en tal caso si la solución sería diferente según que el recurso hubiera sido desestimado por razones de forma o de fondo[246]. Otra cuestión es si quien no aprovechó su *locus standi* puede intervenir en procesos nacionales iniciados por otros sujetos en que se promueva cuestión prejudicial sobre la validez de la decisión comunitaria, o incluso presentar observaciones orales y escritas en el propio proceso prejudicial[247].

243. STJCE de 9 de marzo de 1994, asunto *TWD Textilwerke*, n.º C-188/92, *rec.* 1994, pp. I/852-855. Vid. asimismo las conclusiones generales de JACOBS (pp. I/838-844), seguidas muy de cerca por el Tribunal de Justicia.

244. Aunque el Tribunal de Justicia no se pronuncia expresamente, se infiere claramente de los fundamentos 13 a 18, toda vez que el recurrente no era el destinatario de la decisión de la Comisión cuya ilegalidad se alegaba (lo era el Estado), sino simplemente el beneficiario de la ayuda estatal prohibida *a posteriori* por dicha decisión comunitaria.

245. Sobre la afectación directa e individual de quienes no sean destinatarios de una decisión para poder recurrir contra ella, y las dificultades de su prueba, vid. CIENFUEGOS MATEO, M., «Vías de acceso de los consumidores ante la jurisdicción comunitaria. Supuestos y excepciones», *Directiva. Revista jurídica de estudios monográficos*, 1990-4, especialmente pp. 19-28. Vid. ulteriormente, para un caso español, STJCE de 18 de mayo de 1994, asunto *Codorniu*, n.º C-309/89, *rec.* 1994, pp. I/1884-1887.

4. *Valoración*

No es criticable la práctica del Tribunal de Justicia de no contestar a las cuestiones prejudiciales sin relación con el objeto del proceso nacional o que no sean justiciables, así como en los otros supuestos, y no sólo por la prudencia con que ha sido normalmente utilizada, sino porque, a pesar de que no está expresamente prevista en ninguna disposición comunitaria, debe considerarse inherente al ejercicio de su función para evitar responder a cuestiones que excederían su ámbito competencial en el marco del proceso prejudicial[248]. Esta prerrogativa sirve, pues, a la salvaguarda del espíritu con que fue concebido el artículo 177 del Tratado C.E., evitando su desnaturalización. Y ha permitido, adicionalmente, que el Tribunal de Justicia pudiera dedicar un poco más de tiem-

246. El Tribunal de Justicia sólo dice que se aplica la excepción cuando no se hubiera introducido el recurso de anulación contra la decisión comunitaria en el plazo previsto por el artículo 173 del Tratado C.E., pero no es claro acerca de qué pasaría si la acción ejercitada hubiera sido desestimada (en caso de estimarse, no habría ningún problema, puesto que desparecería el acto comunitario y, *a fortiori*, la base jurídica del acto nacional de ejecución) y posteriormente se pretendiese cuestionar su validez en el marco de un litigio de derecho interno contra el acto nacional dictado para su ejecución. Parece admitir esta posibilidad en la medida en que, citando el asunto *Walter Rau*, señala que había aceptado que se podía interponer un recurso ante un acto nacional que ejecute una decisión comunitaria, alegando su ilegalidad, porque «cada una de las demandantes en el asunto principal había interpuesto ante el Tribunal de Justicia un recurso de anulación contra la decisión de que se trataba» (fundamentos 19 y 20); y en el asunto *Universität Hamburg* había reconocido la posibilidad de alegar la ilegalidad de una decisión comunitaria en el marco de un recurso interpuesto con arreglo al Derecho nacional frente un acto interno adoptado sobre la base de dicha decisión comunitaria (fundamentos 21-23).

247. Vid. para mayores detalles, ANDERSON, D., References to the European Court, *op. cit.*, pp. 116-119; HATZOUPOULOS, V., «De l'arrêt Foglia-Novello à l'arrêt TWD Textilwerke», *op. cit.*, pp. 208-211.

248. A diferencia de lo que ocurre con el artículo 37.1 de la L.O.T.C., que prevé que el Tribunal Constitucional español, cuando falla en el marco de una cuestión de constitucionalidad, puede inadmitir mediante auto la cuestión por falta de condiciones procesales o por ser notoriamente infundada, el Derecho comunitario no prevé específicamente que el Tribunal de Justicia se niegue a responder a este tipo de cuestiones prejudiciales. Para suplir esta carencia, invoca por analogía el artículo 92 del Reglamento de procedimiento, sea su apartado primero, sea su apartado segundo, sean ambos, dado que fue concebido para declarar inadmisibles recursos directos en supuestos similares.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

po a las cuestiones prejudiciales que objetivamente lo merecían y reducir algo la duración media de un procedimiento prejudicial [249].

Por añadidura, este control del fondo de la cuestión prejudicial no tiene nada de extraño ni de exorbitante [250], puesto que se corresponde con el examen que, igualmente de oficio, puede y debe llevar a cabo el juez interno sobre algunos presupuestos y óbices procesales, como respecto a su jurisdicción y competencia [251], y está emparentado con la competencia del Tribunal Supremo norteamericano para, en el marco del proceso de *certiorari*, no hacerse cargo de un asunto determinado si no presenta un cierto interés [252].

Debe apuntarse, en cualquier caso, que esta actitud jurisprudencial no está exenta de reproche, puesto que ha originado márgenes de incertidumbre en torno al uso del artículo 177, tanto por la variedad de razones por las que el Tribunal de Justicia rechaza pronunciarse como por la superposición y solapamiento que se producen entre algunos de los supuestos que originan el rechazo, a pesar de ser intrínsecamente distintos, como sucede principalmente en el caso de las cuestiones no justiciables. Su deslinde no siempre es fácil, pero hay casos en que un razonamiento

249. No ha sido demasiado el tiempo ganado, todo sea dicho, porque el número de cuestiones prejudiciales que el Tribunal de Justicia rechaza responder es bajo en comparación con las que contesta.

250. En contra, V. HATZOPOULOS considera que se trata de una revisión informal y casuística del artículo 177 que carece de circunstancias justificativas, máxime si se tiene en cuenta «que se trata de un ámbito, la cooperación judicial, en el que cada modificación del alcance de la competencia del Tribunal repercute directamente en las competencias respectivas de las jurisdicciones nacionales» («De l'arrêt Foglia-Novello à l'arrêt TWD Textilwerke», *op. cit.*, p. 219).

251. Ya en el siglo pasado E. LAFFERRIERE admitía como excepción al rechazo a pronunciarse en el marco de un recurso de interpretación por reenvío, que es uno de los antecedentes más claros del artículo 177, la incompetencia del juez *ad quem* para resolver la cuestión planteada, dado que «toda jurisdicción debe verificar de oficio su competencia (...). Si estima que la cuestión que le ha sido sometida no depende de su competencia, debe declinar el fallo por una declaración de incompetencia» (*Traité de la juridiction administrative*, tomo I, Paris: Ed. Berger-Levrault, 1887, p. 453). Y en cuanto al examen de oficio de los presupuestos y óbices procesales por el juez español, vid. DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M. A., Derecho procesal civil, *op. cit.*, tomo II, pp. 47 ss.

252. Vid. al respecto, RANSMUSSEN, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht: Ed. Martinus Nijhoff, 1986, pp. 475 ss («Docket Control Mechanisms, the EC Court and the Preliminary Reference Procedure», en *Article 177 References to the European Court. Policy and Practice*, Amsterdam: Ed. North Holland, 1994, pp. 83-120. Más en general sobre el origen de esta doctrina, vid. AHUMADA RUIZ, M.-A., «El certiorari. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *R.E.D.C.*, n.º 41, 1994, pp. 89 ss.

más detallado serviría para disipar algunas ambigüedades de este estado de cosas.

C) *Actitud del Tribunal de Justicia ante las cuestiones prejudiciales planteadas por las jurisdicciones españolas*

Los jueces y magistrados españoles han comprendido pronto y bien la técnica y el funcionamiento del incidente prejudicial, y lo prueba que hayan hecho constar en diversas resoluciones que «no basta la mera invocación de una parte para el reenvío del asunto al Tribunal de Luxemburgo, sino que pertenece a la jurisdicción nacional la apreciación de su procedencia o no» [253] y, por consiguiente, hayan pasado a comprobar si el Derecho comunitario era o podía ser aplicable para la resolución del asunto (pertinencia de la cuestión) [254] y si había dudas sobre su sentido o alcance (seriedad de la cuestión) [255]. Y sobre la base de este análisis han decidido si procedía o no consultar al Tribunal de Justicia, generalmente motivando suficientemente la decisión tomada [256]. Corrobora esta valoración positiva el hecho de que el Tribunal de Justicia no haya declarado inadmisibles las cuestiones prejudiciales españolas, salvo excepción. Ello no es óbice, sin embargo, para que usualmente hayan debido ser reformuladas.

1. Reformulación

Las jurisdicciones españolas han estado generalmente atinadas en cuanto al fondo de las cuestiones prejudiciales planteadas, y muchas veces incluso en cuanto a su redacción. Es ilustrativo el caso *Wagner Miret*. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

253. Por ejemplo, autos del TSJ de Cataluña de 4 de octubre de 1991, asunto *Aragonesas de Publicidad, Noticias CEE*, n.º 85, 1992, pp. 81 ss; y 10 de octubre de 1991, asunto *Publivia, Tribunal*, 1991-4, pp. 1506 ss.

254. Por ejemplo, sentencias de la AP de Barcelona de 9 de mayo de 1990, *La Ley*, 27 de febrero de 1992, p. 7; del Juzgado de lo Social n.º 1 de San Sebastián de 28 de diciembre de 1992, *texto inédito*; y del TS de 21 de marzo de 1994, *Aranzadi* 1994, n.º 2235.

255. Por ejemplo, sentencia del TS de 25 de febrero de 1992, *Aranzadi* 1992, n.º 1376; y autos del TSJ de Canarias de 10 de julio de 1992, *R.G.D.*, 1993, pp. 1215 ss; y del Juzgado Central de lo Penal de la AN de 19 de junio de 1993, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 113, 1994, pp. 137 ss.

256. Vid. en general sobre el tema CIENFUEGOS MATEO, M., Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y su aplicación judicial en los Estados miembros, *op. cit.*, pp. 592 ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

planteó al Tribunal de Justicia varias cuestiones tendentes a saber si la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre, era de aplicación directa a todos los trabajadores asalariados, salvo los excluidos por el Anexo de la Directiva 87/164/CEE, de 11 de marzo; y si al no incluir España en el anexo de la Directiva 87/164/CEE al personal de alta dirección, podían estas personas quedar excluidas de la aplicación de las garantías previstas con carácter general por la Directiva 80/987/CEE; en caso de resultar de aplicación las garantías de esta directiva, si su aplicación concreta al personal de alta dirección debía serlo a través del órgano ordinariamente previsto para el resto de trabajadores asalariados (FOGASA) o bien por vía de indemnización a cargo directamente del Estado [257].

El auto expuso bien las cuestiones jurídicas que se planteaban, así como el hecho de que la confusa regulación legal había provocado que ciertos Juzgados y Tribunales patrios consideraran aplicables las previsiones de la directiva comunitaria al personal de alta dirección, en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyo criterio no desconocía el juez *a quo*, pero no lo compartía, razón por la que ya había dictado, en otro asunto similar, una sentencia de 25 de junio de 1991 opuesta a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1991, «a pesar del natural acatamiento que respecto del Derecho interno se impone para los demás jueces y tribunales españoles» en cuanto «es el órgano máximo de interpretación ordinario de este país sobre las cuestiones de legalidad interna, y a salvo de la de las normas constitucionales que corresponde al Tribunal Constitucional (art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, Ley Orgánica del Poder Judicial) y de las comunitarias, cuya delimitación corresponde a ese Alto Tribunal de Justicia (art. 177 del Tratado de Roma)». Esta situación hacía necesario que el juez comunitario se pronunciase «sobre la validez y la interpretación de la Directiva 80/987/CE en aras a clarificar la solución adecuada en el territorio de soberanía española respecto de la problemática aludida». Esta decisión marca un hito importante, en cuanto entraña la primera rebelión formal de las jurisdicciones ordinarias ante cierta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, basándose en las sentencias *Rheinmuhlen* del Tribunal de Justicia [258].

257. Auto del TSJ de Cataluña de 31 de julio de 1992, asunto *Wagner Miret, texto inédito.*

258. En estas sentencias el Tribunal de Justicia señala que «la existencia en el Derecho interno de una regla que vincule a los órganos jurisdiccionales a la apreciación jurídica dada por un órgano jurisdiccional de grado superior no puede privarles de la facultad prevista por el artículo 177 de acudir ante el Tribunal» (sentencia de 16 de enero de 1974, asunto *Rheinmuhlen*, n.º 166/73, *rec.* 1974, p. 38; 12 de febrero de 1974, asunto *Rheinmuhlen*, n.º 146/73, *rec.* 1974, p. 147).

El Tribunal de Justicia recordó que las disposiciones de la citada Directiva no tenían efecto directo debido al margen de apreciación que se dejaba a los Estados miembros para el desarrollo de las instituciones de garantía, subrayando seguidamente la obligación de interpretación conforme que recaía sobre las autoridades nacionales, y en especial los órganos jurisdiccionales, y, cuando no fuese posible, la obligación de reparar económicamente los daños y perjuicios sufridos. Sobre esta base, contestó que los miembros del personal de alta dirección no podían quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE, tal como fue modificada por la Directiva 87/164/CEE, ya que el Derecho español los calificaba de trabajadores asalariados. Añadió, a renglón seguido, que si bien no tenían derecho —en virtud de la directiva comunitaria— a solicitar el pago de los créditos salariales al FOGASA en cuanto era un personal sujeto a un régimen laboral especial, sí que lo tenían a ser indemnizados por el Estado por incumplimiento de la directiva comunitaria [259].

Más en general, da fe del acierto de nuestras jurisdicciones al utilizar el artículo 177 del Tratado C.E. el hecho de que el Tribunal de Justicia haya contestado con frecuencia a las cuestiones prejudiciales siguiendo el orden con que fueron planteadas por la jurisdicción *a quo* [260], e incluso que haya manifestado visiblemente su agrado por la redacción y contenido [261].

No obstante, los órganos jurisdiccionales españoles adolecen de las mismas imprecisiones y defectos que sus homólogos de otros países, por lo que la jurisdicción comunitaria se ha visto frecuentemente abocada a

259. STJCE de 16 de diciembre de 1993, asunto *Wagner Miret*, n.º C-334/92, *rec.* 1993, pp. I/6911 ss.

260. Vid., por ejemplo, STJCE de 7 de julio de 1992, asunto *Micheletti*, n.º C-369/90, *rec.* 1992, pp. I/4260-4263; 14 de abril de 1994, asunto *Gestión Hotelera Internacional*, n.º C-331/92, *rec.* 1994, pp. I/1345-1351; 28 de marzo de 1996, asunto *Rafael Ruiz Bernáldez*, n.º C-129/94, *rec.* 1996, pp. I/1852-1854.

261. Antes de responder a las cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia afirmó, entre otras cosas, que «*como acertadamente recuerda el órgano de remisión*, de reiterada jurisprudencia de este Tribunal se desprende que si bien, por regla general el principio de seguridad de las situaciones jurídicas se opone a que el punto de partida del ámbito de aplicacion temporal de un acto comunitario se fije en una fecha anterior a su publicación, puede concurrir de otro modo, con carácter excepcional, siempre que lo exija el fin perseguido y se respete debidamene la confianza legítima de los interesados» (sentencia de 1 de abril de 1993, asunto *Diversinte e Iberlacta*, n.º C-260 y 261/91, *rec.* 1993, p. I/1911).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

reformularlas a fin de conciliar el deseo de facilitarles una respuesta útil para la solución del asunto con el respeto de las competencias recíprocas.

Así, el Tribunal de Justicia ha modificado el contenido de la cuestión prejudicial por haber sido formulada de modo tan concreto que su respuesta supondría de hecho interpretar el Derecho español [262], aplicar el Derecho comunitario al proceso [263] o declarar el incumplimiento por España de las obligaciones de la Comunidad [264], llegando a resaltar en una misma sentencia la estrecha relación que presentan estos tres límites a su competencia prejudicial [265]. Ha reformulado asimismo cuestiones prejudiciales redactadas en términos excesivamente generales [266] o confusos [267] para ayudar al juez español a resolver el proceso [268].

El Tribunal de Justicia no ha cambiado el objeto de ninguna decisión de remisión española, toda vez que no ha convertido cuestiones prejudiciales de interpretación en cuestiones de validez, ni a la inversa. En cambio, su manifiesto deseo de ser útil le ha conducido a cambiar su orden [269] y, lo que es más importante, a interpretar disposiciones del Tratado C.E. cuando las cuestiones prejudiciales sólo se referían al Derecho

262. Por ejemplo, STJCE de 25 de julio de 1991, asunto *Aragonesas de Publicidad y Publivia*, n.º C-1/90 y 176/90, *rec.* 1991, pp. I/4182-4183; 16 de julio de 1992, asunto *Asociación Española de Banca Privada*, n.º C-67/91, *rec.* 1992, pp. I/4824 y 4828-4829.

263. Por ejemplo, STJCE de 13 de noviembre de 1990, asunto *Marleasing*, n.º C-106/89, *rec.* 1990, pp. I/4157-4160; 25 de julio de 1991, asunto *Recaudadores de impuestos*, n.º C-202/90, *rec.* 1991, pp. I/4263-4266; 15 de marzo de 1994, asunto *Banco de Crédito Industrial*, n.º C-387/92, *rec.* 1994, pp. I/905-907; 7 de marzo de 1996, asunto *El Corte Inglés*, n.º C-192/94, *rec.* 1996, pp. I/1300-1302.

264. Por ejemplo, STJCE de 11 de julio de 1989, asunto *Ford España*, n.º 170/88, *rec.* 1989, pp. 2307-2308; 23 de febrero de 1995, asunto *Aldo Bordessa*, n.º C-416/93, *rec.* 1995, p. I/381-387.

265. Por ejemplo, STJCE de 4 de mayo de 1993, asunto *Federación de Distribuidores Cinematográficos*, n.º C-17/92, *rec.* 1993, p. I/2270.

266. Por ejemplo, STJCE de 7 de mayo de 1992, asunto *Aguirre*, n.º C-104/91, *rec.* 1992, pp. I/3025-3026; 25 de junio de 1992, asunto *Michele Ferrer*, n.º C-147/91, *rec.* 1992, pp. I/4114-4115.

267. Por ejemplo, STJCE de 29 de septiembre de 1987, asunto *Giménez Zaera*, n.º 20/87, *rec.* 1987, pp. 3714-3715.

268. El Tribunal de Justicia ha tenido incluso que reformular algún auto de remisión prejudicial que se caracterizaba por plantear diversas cuestiones prejudiciales, algunas muy concretas y otras excesivamente genéricas (por ejemplo, STJCE de 28 enero de 1992, asuntos *López Brea* e *Hidalgo Palacio*, n.º C-330 y 331/90, *rec.* 1992, pp. I/355-356).

269. Por ejemplo, STJCE de 7 de mayo de 1992, asunto *Aguirre*, n.º C-104/91, *rec.* 1992, p. I/3026.

derivado [270], así como a interpretar el Acta de Adhesión de España cuando las cuestiones prejudiciales se referían sólo al Tratado C.E. [271], y decisiones y reglamentos sobre los que no se planteaba expresamente ninguna cuestión [272]. Esta misma predisposición explica que, en más de una ocasión, haya retomado su jurisprudencia constante en una determinada materia antes de responder sobre el fondo de la cuestión, situando de este modo la respuesta prejudicial en su contexto [273].

2. *Negativa a contestar*

Entre los pocos casos en que el Tribunal de Justicia ha considerado inadmisibles las cuestiones prejudiciales es paradigmático el asunto *Grau Gomis*. En concreto, en el marco de un proceso penal contra Grau Gomis por un delito de contrabando de tabaco importado de los Países Bajos, Andorra, Reino Unido y Gibraltar para ser vendido en España y en Africa, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Sueca (Valencia) instó al Tribunal de Justicia para que se pronunciase sobre la interpretación de los artículos 2, 3, a), b), f) y h), 9, 35 a 37, 86 y 90 del Tratado de Roma, los artículos 2, 9, 35 y 51 del Acta de Adhesión española y los artículos 3.A y B y 8 B del Tratado U.E., a los efectos de saber si la L.O. 7/1982, de 13 de julio de 1982, relativa a los delitos de contrabando, era compatible con las antedichas disposiciones comunitarias [274].

Como quiera que el auto era muy incorrecto en su forma y en su fondo, era más que previsible que el Tribunal de Justicia declararía inadmisible la demanda prejudicial, y además en su totalidad, como así ocurrió, recordando que no puede pronunciarse directamente en vía prejudicial sobre la compatibilidad de una normativa interna con el Derecho comunitario; que el Tratado de la Unión Europea no contiene ni un artículo 3.A ni un artículo 8.B.; y que en virtud de su artículo L el Tri-

270. Por ejemplo, STJCE de 25 de junio de 1992, asunto *Ferrer Laderer*, n.º C-147/91, *rec.* 1992, p. I/4115.

271. Por ejemplo, STJCE de 11 de junio de 1989, asunto *Ford España*, n.º 170/88, *rec.* 1989, pp. 2307-2308.

272. Por ejemplo, STJCE de 15 de diciembre de 1994, asunto *Transáfrica*, n.º C-136/93, *rec.* 1994, pp. I/5570-5574; 29 de febrero de 1996, asunto *Tirma*, n.º C-300/94, *rec.* 1996, pp. 1006-1007.

273. Por ejemplo, STJCE de 13 de noviembre de 1990, asunto *Marleasing*, n.º C-106/89, *rec.* 1990, pp. I/4158-4159.

274. Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Sueca de 18 de marzo de 1994, *texto inédito*.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

bunal de Justicia carece de competencia para pronunciarse sobre el artículo B. A mayor abundamiento, resultaba que el juez español no había dado indicaciones útiles sobre el marco fáctico y reglamentario en el que se desenvolvían las cuestiones planteadas [275].

Similar en algunos aspectos es el asunto *Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*, si bien el Tribunal de Justicia no declaró inadmisible la demanda prejudicial, sino que su Secretario comunicó a la jurisdicción que no se procedería a la tramitación por no cumplirse las disposiciones del Estatuto del Tribunal de Justicia y de su Reglamento de procedimiento [276].

En el asunto *Ford España*, el Tribunal de Justicia se negó a interpretar el artículo 16 del Tratado C.E. por considerar que no era aplicable al litigio principal, puesto que atañía exclusivamente a derechos recaudados por el despacho aduanero de mercancías importadas [277].

Finalmente, en el asunto *Banco de Crédito Industrial* reformuló algunas cuestiones prejudiciales y declaró inadmisibles otras señalando que «los artículos 35 y 51 del Acta de Adhesión (...) no guardan ninguna relación ni con la motivación del auto de remisión ni con los hechos del litigio principal», así como que no era necesario pronunciarse sobre los artículos 2 y 9 del Acta de Adhesión porque sólo «obligan a los nuevos Estados miembros y serán aplicables en dichos Estados desde el momento de la adhesión» y en el caso de autos se referían a ejercicios fiscales «anteriores a la adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas» [278].

Fuera de estos cuatro supuestos, el Tribunal de Justicia sólo se ha negado a pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales cuando estaban concatenadas y la respuesta a una condicionaba lógica y necesariamente la contestación de las otras [279].

Conclusiones

El Tribunal de Justicia se considera *a priori* vinculado a pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones prejudiciales desde el momento en que una jurisdicción nacional considere necesaria su respuesta para fallar el proceso interno. Esta falta de censura previa pone de relieve muy claramente su confianza en que los órganos judiciales internos tendrán cuidado al apreciar si concurren las condiciones necesarias para la aplicación del artículo 177 del Tratado C.E., asentando de este modo bases sólidas para un fructífero diálogo judicial. Está, no obstante, obligado a preservar la naturaleza del proceso prejudicial y la eficacia de su jurisdicción, lo que le impulsa a realizar de oficio un control de la regularidad formal de la decisión de remisión y del fondo de la cuestión prejudicial.

El control de la regularidad formal puede llevarle a rechazar su pronunciamiento cuando la cuestión prejudicial no ha sido planteada por un juez nacional en el sentido del artículo 177 del Tratado C.E., el litigio es ficticio o ya ha finalizado.

El control del fondo puede conducirle a apartarse de los términos en los que la cuestión prejudicial ha sido planteada, ora para reformularla,

275. ATJCE de 7 de abril de 1995, asunto *Juan Carlos Gomis*, n.º C-167/94, *rec.* 1995, pp. I/1028-1029.

276. El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Málaga, por exhorto (y no por auto) de 19 de septiembre de 1989, instó a «quien corresponda se pronuncie sobre la interpretación del artículo 2 de la Directiva del Consejo 67/43/CEE, de 12 de enero de 1967, y en concreto sobre si la enumeración de profesiones inmobiliarias contenida en su apartado 3 se opone a que un Estado miembro, que tiene reconocido en dicho apartado una pluralidad de profesiones inmobiliarias, no reconozca el ejercicio de todas ellas, atribuyendo la exclusividad a un determinado grupo profesional». Despachó el exhorto sin notificárselo directamente (tuvo que ser a través de la Asociación Profesional de Agentes Inmobiliarios del Gran Ducado de Luxemburgo como el Tribunal de Justicia tomara conocimiento), y sin enviarle los datos del asunto principal que podían servir para identificar mejor su contexto. Este completo despropósito condujo al Secretario del Tribunal de Justicia a comunicar al juez nacional, por carta certificada de 1 de diciembre de 1989, que se veía en la imposibilidad de dar curso a la demanda prejudicial, no sin antes aprovechar la ocasión para «indicarle el procedimiento establecido por la normativa aplicable en lo que se refiere al planteamiento de cuestiones prejudiciales», entre otras cosas que «es la jurisdicción nacional que plantea el recurso prejudicial el único interlocutor de este Tribunal en dicho asunto y no las partes representadas ante ella», lo que implica que «para que la resolución pueda tramitarse es necesario que en esta Secretaría se reciba una copia auténtica de la resolución en la que el juez nacional acuerda plantear la cuestión prejudicial, remitida directamente por el órgano jurisdiccional nacional. Para satisfacer esta exigencia, basta con que se acompañe a la resolución un oficio del juez o una nota del secretario, enviándose estos documentos a la Secretaría del Tribunal de Justicia de las C.E., L-2925 Luxemburgo», así como que «para que el Tribunal de Justicia se encuentre en situación de poder responder adecuadamente a la cuestión que se le somete, es importante que se adjunte a estos documentos un testimonio de particulares del proceso principal que le permita comprender satisfactoriamente el marco jurídico en el que se sitúa el proceso» (*texto inédito*).

277. STJCE de 11 de junio de 1989, asunto *Ford España*, n.º 170/88, *rec.* 1989, pp. 2307-2308.

278. STJCE de 15 de marzo de 1994, asunto *Banco de Crédito Industrial*, n.º C-387/92, *rec.* 1994, p. I/906.

279. Por ejemplo, STJCE de Justicia de 28 enero de 1992, asuntos *López Brea* e *Hidalgo Palacio*, n.º C-330 y 331/90, *rec.* 1992, p. I/338; 28 de marzo de 1996, asunto *Rafael Ruiz Bernáldez*, n.º C-129/94, *rec.* 1996, pp. I/1856-1857.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ora para rechazar su pronunciamiento, cuando la pregunta haya sido impropiamente formulada (lo que comprende fundamentalmente los supuestos de invocación de regla comunitaria manifiestamente inaplicable al caso) o sobrepasa el marco de las funciones que le atribuye el artículo 177 (lo que incluye principalmente los casos de cuestiones no justiciables, como las cuestiones *de lege ferenda* o sobre reacciones sicológicas).

Según la hipótesis considerada, el Tribunal de Justicia podrá pronunciarse después de reformularla o deberá rechazar su respuesta, bien oponiendo *in limine litis* una excepción de incompetencia (en cuyo caso falla por auto), bien aceptando el examen de las cuestiones en la forma para demostrar su inconsistencia en su fondo (en este caso resuelve por sentencia). La reformulación es la práctica usual, seguramente porque suele servir para que los jueces nacionales reciban una ayuda eficaz y, por tanto, es un freno al desaliento que supone el rechazo a pronunciarse para la utilización del artículo 177. No obstante, en los últimos años se observa una actitud más rigurosa del Tribunal de Justicia respecto a las cuestiones prejudiciales, por lo que va aumentando el número de casos en que se declara incompetente para resolverlas.

Ambas actividades conllevan el disfrute por el Tribunal de Justicia de un vasto poder discrecional, si bien sujeto a ciertos límites, sobre las cuestiones prejudiciales, que no está previsto expresamente en ningún texto comunitario, pero que es imprescindible para el correcto desenvolvimiento del proceso prejudicial tal y como está hoy en día redactado el artículo 177. Y es más que probable que el proceso prejudicial habría caído en desuso hace ya tiempo si el Tribunal de Justicia no hubiera hecho estos esfuerzos para, con flexibilidad, delimitar su ámbito de aplicación.

Otra cosa es que esta jurisprudencia presente algunas ambigüedades y padezca ciertos excesos e insuficiencias, como se ha visto que ocurre a veces, dando lugar a posiciones doctrinales y jurisdiccionales muy dispares en su valoración. Estos defectos son difícilmente evitables, y no pensamos que puedan ser corregidos con una simple revisión formal del Tratado, solución casi mágica a la que apuntan con extrema facilidad, un gran número de comunitaristas cuando abordan diferentes problemas relativos a la estructura o al funcionamiento de la Comunidad, dado que serviría más para encorsetar dentro de límites rígidos la acción de los sujetos interesados que para facilitarla.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ADDENDA

Este artículo fue acabado en el primer trimestre de 1996. Aunque la abundante jurisprudencia comunitaria ulterior ha confirmado nuestros comentarios, interesa destacar una muy reciente comunicación del Tribunal de Justicia, titulada «nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales», (*Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, n.º 34/96, de 9 de diciembre de 1996), porque sintetiza con gran claridad su doctrina constante al reparto de competencias entre el juez *a quo* y el propio Tribunal que está en la base del funcionamiento del incidente prejudicial.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

LÓPEZ ZARZUELO, Félix, *El proceso canónico de matrimonio rato y no consumado. Eficacia civil de las Resoluciones Pontificias. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios*, Lex Nova, Valladolid, 1991, 754 p.

La disolución del matrimonio católico, por no haber sido consumado, ha sido históricamente uno de los temas más polémicos del Derecho Canónico. En esta obra, se aborda en forma exhaustiva el proceso canónico de dispensa del matrimonio rato y no consumado, tal como parece actualmente regulado, pero exponiendo en forma detallada la evolución histórica que ha precedido a esa normativa, además de abordar el importante tema de la eficacia en el orden civil de las sentencias canónicas de nulidad de matrimonio y de las resoluciones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

Formalmente el libro comienza (Primera Parte) exponiendo el devenir histórico del problema de la disolubilidad o indisolubilidad del matrimonio canónico, de las distintas teorías que se han ido formulando a lo largo del tiempo por los más destacados estudiosos del Derecho de la Iglesia, en favor de una u otra postura y que culminaron con el reconocimiento de la potestad pontificia de disolver el matrimonio rato o no consumado mediando justa causa, actualmente contemplado en el Canon 1142 del Código de Derecho Canónico vigente. Luego, en la Segunda Parte, trata de los presupuestos esenciales para obtener tal dispensa, el primero de los cuales, es la inconsumación del matrimonio, tanto en sus aspectos físicos como sicológicos y, el segundo, la justa causa. En la Parte Tercera, se aborda propiamente el procedimiento para obtener la dispensa papal, que se considera de carácter administrativo, y que debe comenzar por petición de alguno de los cónyuges, aunque el otro se oponga, ante el Obispo diocesano, prosigue a cargo de un instructor, siempre con la intervención del Defensor vínculo y eventualmente un asesor-perito, y que luego de rendidas las pruebas, culmina con el «voto

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pro rei veritati» del Obispo Diocesano. En seguida (Cuarta Parte), se trata de la segunda fase de este procedimiento, que tiene lugar en la Sagrada Congregación de los Sacramentos y, que acaba con el pronunciamiento final del Papa, concediendo o denegando la gracia de la dispensa.

Como adelantábamos, la Quinta y última parte, trata de la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad de matrimonio y de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato, y lo hace, primero, describiendo la evolución sobre este tema en España, y, en segundo lugar, exponiendo la opinión crítica del autor a las exigencias impuestas por el Estado para reconocer valor a las resoluciones eclesiásticas, las que, a su parecer, importan el desconocimiento unilateral del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español de 3 de enero de 1979.

Alex CAROCCA PÉREZ

GHIRGA, María Francesa, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, CEDAM, Padova, 1994, 548 pp.

El art. 2409 del *Codice Civile*, cuya rúbrica es «Denuncia al *tribunale*», contempla la posibilidad de activar un control judicial sobre el cumplimiento de sus deberes por los administradores de la sociedad por acciones, cuando existan fundadas sospechas de graves irregularidades. La denuncia puede ser efectuada por socios que representen a lo menos un décimo del capital social y, con algunas particularidades, por el Ministerio Público, y puede concretarse en la orden de inspección de la administración de la sociedad y, si las irregularidades subsisten, en providencias cautelares y en la convocación a asamblea e, incluso, en los casos más graves, en la remoción de los administradores y en la designación de un administrador judicial.

Estas decisiones pueden ser adoptadas como resultado de un procedimiento que se desenvuelve con las formas de la «*camera de consiglio*», es decir, el procedimiento de jurisdicción voluntaria que contempla la ley procesal italiana, dando origen a numerosos problemas prácticos y dogmáticos que la presente obra monográfica aborda en forma exhaustiva y con gran profundidad. En efecto, después de un Primer Capítulo, en que trata de determinar los intereses tutelados por esta especie de control judicial sobre la gestión social, concluyendo que es el orden público económico, en los siguientes cuatro Capítulos entra de lleno a analizar las cuestiones propiamente procesales. Respecto a la naturaleza jurídica del procedimiento —Capítulo Segundo—, después de analizar las distintas opiniones, comenzando por la que le asigna naturaleza cautelar, siguiendo con la que estima

que es simplemente contensiosa a pesar de la remisión que se hace al procedimiento de jurisdicción voluntaria, y la que que considera que es precisamente de juridicción voluntaria, concluye que se trata de un supuesto de «jurisdicción objetiva», que según un sector de la doctrina italiana más reciente, comprendería «*funzioni giurisdizionali attuative di norme di ordine pubblico e quindi aventi a materia interessi generali*». Luego, entra en el estudio detallado de las distintas fases que comprende el procedimiento, principiando por la «*Fase Introduttiva*» (Capítulo Tercero); prosiguiendo con la «*Fase Istruttoria*» (Capítulo Cuarto); y, terminando con la «*Fase Conclusiva*» (Capítulo Quinto). Finalmente, en el último Capítulo trata de los recursos e impugnaciones que proceden contra la resolución del tribunal que se pronuncia sobre esta solicitud de control judicial que, en principio, podrá ser siempre revocada y anulada o dejada sin efecto.

Alex CAROCCA PÉREZ

ORTIZ NAVACERRADA, Santiago, *La tercería de dominio según la jurisprudencia última*, Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1995, 500 p. Formato: 148 mm. x 208 mm. Precio: 4.000 ptas. s/IVA.

El profesor Ortiz Navacerrada, Catedrático de Derecho Procesal y Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo, aborda en su obra la tercería de dominio fundamentalmente desde una perspectiva práctica, analizando con exahustividad la jurisprudencia de los diez últimos años, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias, y sistematizándola en atención a los principales problemas que plantea esta institución. Para ello divide su libro en dos partes: en la primera ordena y esquematiza doctrinalmente la tercería de dominio examinando, siempre desde el punto de vista jurisprudencial, las cuestiones clásicas del derecho procesal tales como la naturaleza jurídica de la institución, jurisdicción, competencia, capacidad, legitimación —activa y pasiva—, objeto de la tercería de dominio, la demanda, oposición a la misma, la prueba y por último los efectos que produce. En la segunda parte, reproduce el texto de los fundamentos de derecho de las sentencias recopiladas, que hacen referencia a la problemática apuntada en la primera parte.

El libro está destinado, como manifiesta el propio autor, a aportar información a estudiosos y prácticos.

C. BRIONES

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

RUBIO GIMENO, Gemma, *El derecho litigioso: cesión y retracto*, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1995, 208 p. Formato: 115 mm. x 184 mm.

La presente obra tiene por objeto el análisis —tanto de carácter sustantivo como procesal— de las cuestiones que se suscitan como consecuencia de la transmisión de un derecho litigioso partiendo de la previsión contenida en el art. 1535 del CC que intenta paliar el enriquecimiento del acreedor cesionario del derecho litigioso. Para ello, la autora divide el libro en dos partes cada una de las cuales se divide a su vez en dos capítulos. En la primera parte se estudia la cesión de derechos litigiosos, analizándose en el capítulo primero la noción del derecho litigioso como derecho controvertido, y en el segundo capítulo se examina la cesión onerosa del mismo. La segunda parte de la obra se dedica al retracto de derechos litigiosos, estudiándose en el primer capítulo el derecho del demandado cedido, y en el segundo cómo se desarrolla el retracto legal que puede ejercitarse como consecuencia de la cesión.

Se trata de una monografía en la que la autora no se limita a apuntar las cuestiones que sobre la materia pueden suscitase sino que se aportan interesantes soluciones a las mismas.

C. BRIONES

ANDREWS, Neil, *Principles of civil procedure*, Sweet & Maxwell, Londres, 1994. Formato: 160 mm. x 253 mm., cii + 616 págs. Precio £ 85. Interesa a: Abogados. Entorno docente.

El autor se lamenta de la insuficiente atención que en Inglaterra se presta al derecho procesal en los estudios de derecho, cuestión que se deja para la formación práctica posterior. Pero su intención no es la de colmar el vacío pedagógico existente en la materia, sino la de ofrecer a los abogados un tratamiento sistemático de las normas y principios más importantes.

Nos hallamos ante un riguroso tratamiento sistemático y analítico del derecho procesal civil vigente en Inglaterra y Gales. La primera parte de la obra se dedica al examen de los principios rectores del proceso civil y, a continuación, se expone la dinámica de éste siguiendo su secuencia lógica, desde la demanda hasta la ejecución. Son muchas las instituciones ajenas a nuestro sistema procesal, no obstante las inquietudes parecen ser compartidas: el coste, la duración y la complejidad del proceso.

B. MORA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ANDERSON, David W. K., *References to the European Court*, Sweet & Maxwell, Londres, 1995. Formato: 160 mm. x 253 mm., lxxviii + 532 págs. Interesa a: Jueces. Abogados. Entorno docente.

La presente obra versa sobre la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Nos ofrece un tratamiento pormenorizado y exhaustivo, con abundantes referencias jurisprudenciales, de todo el desarrollo del proceso, así como del origen y los principios del art 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y sus análogos (Cap. 1). En los Caps. 2 a 4, se expone los órganos jurisdiccionales que son competentes para el planteamiento de la cuestión prejudicial, así como los casos en los que procede y cuándo el Tribunal de Justicia puede declinar su jurisdicción. Especialmente interesantes resultan los Caps. 5 y 6, sobre la extensión y la naturaleza del poder discrecional de los jueces nacionales para decidir si plantear o no la cuestión prejudicial y para elegir el momento adecuado para ello, en los casos no cubiertos por el art. 177.3. A continuación se analiza el inicio del proceso o planteamiento de la cuestión (Cap.7); la organización y composición del Tribunal de Justicia (Cap. 8); quiénes intervienen en el proceso (Cap. 9); el procedimiento (Caps. 10 a 12); y la sentencia, tanto su formación y contenido (cap. 13), como sus efectos, tema que destaca por su complejidad (Cap. 14). La obra se completa con formularios y con veintinueve apéndices sobre la normativa internacional y británica sobre el Tribunal de Justicia y la cuestión prejudicial.

B. MORA

STEWART, Terence P. y CALLAHAN, Christopher J., *Dispute settlement mechanisms*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer (Holanda), 1993. Formato: 156 mm. x 234 mm., xiii + 219 págs. Interesa a: Juristas (especialmente mercantilistas y fiscalistas). Economistas. Entorno docente. Periodistas.

En esta obra se expone la historia de las negociaciones del GATT: sus orígenes tras la Segunda Guerra Mundial, la Ronda de Tokio, el período posterior a ésta y, finalmente la Ronda de Uruguay (1986-1992). Se centra en el GATT propiamente dicho, sin hacer referencia a otros convenios adoptados en su marco, como por ejemplo el TRIP, que contiene diversas normas relativas a los procesos en materia de propiedad industrial.

B. MORA

AA.VV. Centre d'Études Constitutionnelles et Administratives, *Le médiateur*, Bruylant, Bruselas, 1995. Formato: 24 x 16 cm.; 286 págs. Precio: 2.100 Francos belgas (I.V.A. inc.); 1.981 Francos belgas (sin I.V.A.); Gastos de envío: 180 Francos belgas. Interesa a: Juristas, especialmente constitucionalistas.

La presente obra recoge las comunicaciones aportadas a la jornada de estudios, organizada en febrero de 1995 por el *Centre d'études constitutionnelles et administratives de Louvain*, sobre la institución del «mediador parlamentario» belga, que ha sido instaurada mediante la Ley de 22 de marzo de 1995. La figura del *Médiateur* en Bélgica se corresponde con la del *Ombudsman* sueco o con el Defensor del Pueblo español, pero en todos los países esta institución no tiene el mismo estatuto y funciones.

La primera ponencia a cargo de M. Verdussen («Le médiateur parlamentaire: données comparatives») contiene un estudio comparativo de la figura del *ombudsman* en los quince países de la Unión Europea. A continuación, D. Nagant de Deuxchaisnes («Un médiateur pour l'Union Européene») expone la figura de Defensor de Pueblo en el ámbito de la Comunidad Europea, haciendo especial hincapié en sus relaciones con el Parlamento, el ciudadano, las autoridades comunitarias y las autoridades de los Estados miembros. En el tercero de los estudios recogidos, F. Delpérée («Le médiateur parlamentaire») expone los motivos políticos y jurídicos que explican el retraso en la creación del defensor del pueblo en Bélgica, así como su estatuto y su función compleja en tanto que le corresponde la defensa de los intereses particulares y del interés general. La Constitución belga no recoge la figura del defensor del pueblo en las comunidades y regiones que integran dicho país, por lo que no se trata de una figura uniforme ni existente en todas las comunidades. T. Stiévenard («Le médiateur dans les communautés et les régions») nos informa del marco normativo, del estatuto orgánico, funcional y pecuniario, así como de los poderes y competencias del *médiateur* en las Comunidades Flamenca y Valona, que son los únicos que exiten en la actualidad. En Bélgica, importando la figura existente en los Países Bajos, también existe la figura del *médiateur* en el ámbito de la administración local. S. Depré en su estudio «Le médiateur dans la Commune», expone los sistemas de elección, sus obligaciones, sus competencias *ratione personae* y *ratione materiae*, y sus funciones. P. Lewalle, en su ponencia «Le médiateur et le juge administratif», nos muestra la coordinación entre la jurisdicción administrativa y las funciones del mediador, planteando cuestiones tales como la estrategia a seguir por el ciudadano ante el funcionamiento inadecuado de la administración; si el *médiateur* puede realizar actos gravosos para los ciudadanos o si recurrir al médiateur constituye un presupuesto para acudir al *Conseil d'État*. La demarcación e interconexiones existentes entre el *médiaterur* y el poder judicial de un lado, y entre el *médiateur* y el Parlamento en su función de control político se analizan por J. Van Compernolle: «Le médiateur et le juge judiciaire», y M. Uyttendaele y R. Witmeur: «Le médiateur et le contrôle politique». También se aborda el tema de la contribución del *médiateur* a la mejora de la gestión administrativa (por G. Kerchove), y sus funciones en el ámbito de las empresas públicas autónomas consistentes en recibir quejas de los usuarios y en actuar como conciliador y árbitro (por D. Déom). El rol del abogado en el recurso de los ciudadanos ante el médiateur es tratado por F. Glansdorff. La última ponencia recoge las conclusiones generales realizadas por R. Andersen.

B. MORA

TARZIA, Giuseppe; LUZZATTO, Riccardo; RICCI, Edoardo F., *Legge 5 gennaio 1994, N. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, CEDAM, Padua, 1995. Formato: 24 x 17 cm.; XI + 315 págs. Precio: 35.000 Liras. Interesa a: Juristas, especialmente procesalistas, civilistas y mercantilistas.

En la presente obra se glosan los artículos del *Codice di Procedura Civile* relativos al arbitraje que han sido reformados o introducidos *ex novo* por la *Legge 5 gennaio 1994, N. 25*, que entró en vigor el 17 de abril de 1994.

La reforma introducida por la mencionada ley tiene dos frentes. En primer lugar, han sido objeto de múltiples modificaciones las disposiciones contenidas en el Libro IV, Tit. VIII (arts. 806 a 831) dedicado al arbitraje. Los artículos y cuestiones que han sido objeto de reforma son los siguientes: forma del compromiso (art. 807); cláusula compromisoria (art. 808); número y forma de designación de los árbitros (art. 809); nombramiento de los árbitros (art. 810); aceptación y obligaciones del los árbitros (art. 813); recusación de los árbitros (art. 815); desarrollo del procedimiento (art. 816); excepción de incompetencia (art. 817); cuestiones incidentales (art. 819); conexidad (art. 819-*bis*); prueba testifical (art. 817-*ter*); plazo para emitir el laudo (art. 820); requisitos del laudo arbitral (art. 823); depósito de laudo (art. 825); corrección de omisiones o errores materiales o de cálculo del laudo (art. 826); medios de impugna-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción (art. 827); impugnación por nulidad (art. 828); causas de nulidad (art. 829); decisión sobre la impugnación por nulidad (art. 830); revocación y oposición de tercero (art. 831), así como el inicio del proceso arbitral como presupuesto para el mantenimiento de las medidas cautelares cuando se han solicitado con antelación.

En segundo lugar, mediante la reforma se han añadido al *Codice di Procedura Civile* dos nuevos capítulos: el sexto (arts. 832 a 838), denominado «Del arbitraje internacional», en el que se regulan los casos en los que «en la fecha de suscripción de la cláusula compromisoria o del compromiso al menos una de las partes resida o tenga su sede efectiva en el extranjero, o bien cuando deba ser ejecutada en el extranjero una parte relevante de las prestaciones surgidas de la relación a la que se refiere la controversia», dejando a salvo la aplicación de las normas contenidas en convenios internacionales; y el capítulo VII (arts. 839 y 840) que versa sobre la solicitud y la oposición al reconocimiento y a la ejecución de laudos extranjeros.

Finalmente, también son objeto de comentario las reformas introducidas enel *Codice Civile* relativas a la interrupción de la prescripción mediante el arbitraje y a la equiparación a efectos registrales de la demanda con el acto mediante el cual una de las partes, en presencia de compromiso o de cláusula compromisoria, comunica a la otra su intención de promover el proceso arbitral, propone la demanda y procede a la designación de árbitros.

B. MORA

GUTKNECHT, Thomas W., *Das Schlichtungsverfahren vor dem Schiedsmann*, Duncker & Humblot, Berlín, 275 págs. 1995.

Este trabajo, una tesis doctoral bajo la dirección del Prof. Dr. Michael Walter, Director del instituto de investigación criminológica, se circunscribe al instituto jurídico alemán del procedimiento penal de conciliación ante el «hombre bueno» —que no es jurista y ejerce sus cargos a título honorífico— y constituye, según reza el subtítulo, una investigación empírica sobre la praxis de la conciliación penal en el Estado Federal alemán de Renamia del Norte Westfalia.

Se trata de una figura procesal, del Derecho alemán, aplicable a la querella o acusación particular para el caso de determinados delitos leves o faltas.

El estudio expone en primer lugar las características procesales de

esta forma de conciliación, exponiendo seguidamente las posibles expectativas que las partes en conflicto (autor y víctima) puedan tener, y prestando especial atención a la problemática de la investigación empírica de los hechos que se basa en la información facilitada por las partes. Se hace asimismo un estudio del grado de satisfacción que las partes encuentran en este tipo de procedimiento, que parece ser relativamente alto, especialmente por parte de las víctimas de pequeños delitos que de esta forma pueden encontrar una rápida solución.

La obra está dividida en dos partes, una dedicada a los fundamentos jurídicos del instituto del «hombre bueno» y su situación en el campo de la conciliación penal y la segunda, dedicada a investigaciones empíricas el perfil del «hombre bueno», sobre las partes en conflicto con un resumen y observaciones finales.

Se completa el estudio con una extensa bibliografía así como diez anexos con los modelos de cuestionarios y escritos que el autor ha utilizado para reunir los datos de los estudios empíricos para este libro.

U. V.

JAECKEL, Fritz, *Die Reichweite der lex fori im internationalem Zivilprozessrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 222 págs., 1995.

Esta publicación recoge una tesis doctoral bajo la dirección del Prof. Dr. Herbert Roth que investiga el alcance de la *lex fori* en el derecho procesal internacional, sus fundamentos dogmáticos y metódicos, la necesidad de normas de conflicto de derecho procesal, todo ello a la luz no sólo del derecho alemán sino de los diferentes ordenamientos jurídicos europeos. El libro se encuentra dividido en siete capítulos cuyos enunciados resumen fielmente la compleja problemática del tema: Cap. 1: La *lex fori* en el derecho procesal vigente. Cap. 2: La justificación dogmática del principio de la *lex fori*. Cap. 3: Los fundamentos metódicos del principio de la *lex fori*. Cap. 4: el tratamiento jurídico de los tipos de normas procesales. Cap. 5: ¿Existen normas procesales de conflicto? Cap. 6: El principio de la *lex fori* en el derecho procesal europeo. Cap. 7: El alcance de la *lex fori* en el derecho procesal civil internacional.

Para la publicación, el autor pudo tener en cuenta y evaluar la bibliografía y la jurisprudencia aparecida hasta diciembre de 1994, que en cuanto a la bibliografía se halla recogida al final de la obra.

U. V.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ALAN DASHWOOD (editor), *Reviewing MAASTRICHT, Issues for the 1996 IGC, Seminar series organised by the Centre for European Legal Studies (Cambridge)*, Sweet & Maxwell 1996, Law Books in Europe, 341 págs., 1996.

Esta obra resume el contenido de una serie de cinco seminarios de un día de duración que se celebraron en los meses de enero a julio de 1995, organizados por el Centro europeo de estudios legales (Centre for European Legal Studies) en Cambridge.

Los seminarios tenían como finalidad, profundizar de forma constructiva en el debate sobre el futuro de la Unión Europea dentro del contexto de la preparación de la Conferencia Intergubernamental prevista para 1996, con miras a la revisión del tratado de Maastricht, la problemática de la incorporación de nuevos países a la Comunidad, especialmente los del Este de Europa, la adaptación de la estructura institucional y demás problemática relacionada con ello.

El libro recoge en cinco Partes los siguientes temas de los distintos seminarios: Poderes de la CE y Poderes de los Estados Miembros; Democracia, Responsabilidad y Transparencia; Preparando la próxima Ampliación; La relaciones externas de la CE y la Política común exterior y de seguridad; Propuestas para enmendar los Tratados.

Cada uno de los capítulos está, a su vez, dividido en los siguientes apartados: Temas para la discusión; Ponencia inicial; Resumen de las observaciones de los participantes en la discusión; Debate y Sumario.

Concluyen las exposiciones con unas Conclusiones Generales y un índice temático.

Una obra de gran utilidad para estar al día sobre los temas de actualidad en el marco jurídico y político de la CE.

U. V.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, *Código Civil con Jurisprudencia*, 2.747 páginas.



Cualquier disciplina jurídica, precisa para ser entendida, el análisis de sus aspectos teóricos y prácticos. Por ello, el presente Código constituye un elemento imprescindible para lograr un perfecto conocimiento del Derecho Civil, incluyendo al margen del texto, notas y concordancias actualizadas a abril de 1996, la más actual doctrina constitucional, y una completa, numerosa y seleccionada jurisprudencia en la que tienen cabida: desde sentencias históricas fundamentales para entender determinadas materias civiles, hasta la doctrina jurisprudencial más reciente. Frente a ediciones anteriores se han introducido una serie de novedades tendentes a mejorar la obra tanto desde el punto de vista del contenido, como desde el formal, con el objetivo de facilitar la consulta y ofrecer al jurista soluciones actuales y prácticas en la aplicación del Derecho Civil.

BARCELONA LLOP, Javier, *La utilización del dominio público por la Administración: las reservas dominiales*, 352 páginas.



Con esta obra se pretende analizar los aspectos más importantes del régimen jurídico de las reservas dominiales ya conocidas de antaño en el ámbito de los recursos mineros e hidráulicos, y que hoy están siendo objeto de una muy especial atención por parte del legislador que las ha extendido a otros sectores dominiales (los dominios marítimo-terrestres y portuario) notablemente en el hidráulico. Tras una previa aproximación histórica y un estudio del marco doctrinal y constitucional, el autor pasa a analizar las diversas regulaciones

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sectoriales que sobre la reserva existen en nuestro ordenamiento; regulaciones que han introducido en la fisonomía tradicional de la figura innovaciones gran importancia que hacen necesaria una revisión de los términos en los que las reservas dominiales han venido siendo entendidas entre nosotros.



ÁLVAREZ ARROYO, Francisco, *El Impuesto Municipal sobre Construcciones, Instalaciones y Obras*, 224 páginas.

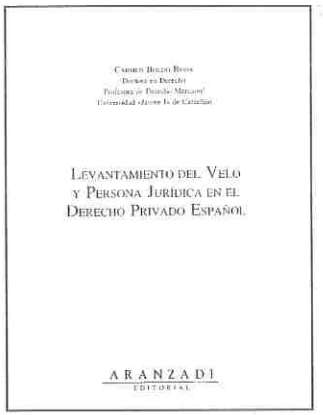
Constituye un completo y profundo estudio de uno de los más controvertidos impuestos que forman parte del sistema tributario local. Destacando sobremanera, el análisis riguroso de los diversos aspectos del impuesto: la confrontación de sus regulación con los principios constitucionales, sus relaciones (de compatibilidad o incompatibilidad) con otros tributos de carácter local o estatal y el pormenorizado y cuidado estudio de todos y cada uno de los elementos jurídicos del impuesto. Cuestiones que deben entenderse como imprescindibles para comprender un impuesto, que en nuestro días alcanza cuantías muy importantes y que afecta a sectores económicos de gran envergadura como el de la construcción.



BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel, *Régimen Fiscal de los Arrendamientos Urbanos*, 256 páginas.

La doctrina del Derecho Financiero nunca había analizado, hasta la fecha, de forma tan profunda y rigurosa las consecuencias jurídico-tributarias que pueden derivarse de los contratos arrendaticios urbanos. Por ello la presente obra aparece como un elemento único para el estudio de esta materia, abordando con profundidad las más controvertidas cuestiones que plantea y la incidencia que sobre las mismas ha tenido la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez



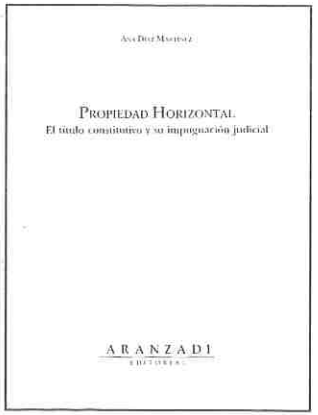
BOLDÓ RODA, Carmen, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 560 páginas.

La obra constituye la aportación más ambiciosa y completa dedicada por nuestra doctrina al tema del levantamiento del velo. Se analizan en este libro la evolución doctrinal y la experiencia comparada en la materia con la finalidad de comprender el sentido y el fin de esta técnica jurisprudencial. Pero donde centra su atención la autora es en la búsqueda de un fundamento para la aplicación del levantamiento del velo en nuestro Derecho. Para ello somete a un análisis crítico toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en esta materia así como los diferentes grupos de casos que permiten la aplicación de dicha doctrina, y que se refieren a aspectos esenciales del moderno Derecho de sociedades: sociedad unipersonal, grupos de sociedades, infracapitalización, etc.



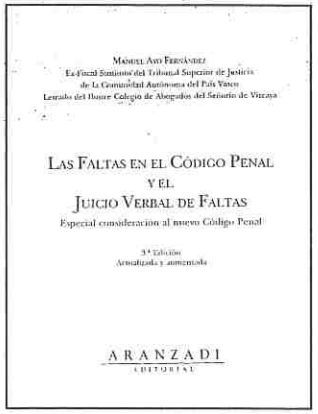
CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*, 352 páginas.

La protección del medio ambiente se considera en la actualidad como uno de los problemas más importantes con que se enfrenta la Humanidad. En esta monografía se examina toda la problemática jurídica que suscita la responsabilidad por daños al medio ambiente. Se inicia con la determinación del significado jurídico del medio ambiente y los diversos mecanismos jurídicos de protección del mismo, que se encuentran tanto en el Derecho Público como en el Privado. Dentro de estos mecanismos, uno de los más importantes es el de la responsabilidad, instrumento idóneo para lograr el resarcimiento de los daños ambientales, al que hoy en día acompaña inexorablemente el seguro, y cada vez más intensamente los fondos de compensación.



Díaz Martínez, Ana, *Propiedad Horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, 608 páginas.

La obra afronta el estudio de la conflictividad jurídica que genera la denominada escritura de división horizontal, verdadera carta magna de los derechos y obligaciones de los pisos o locales en edificios sometidos a este régimen. Así, son objeto de análisis, con especial énfasis en las cuestiones procesales que principalmente se plantean, las posibilidades de impugnación judicial que tienen los adquirentes disconformes con el contenido del título constitutivo sin contar con el consentimiento de todos los propietarios. Asimismo se analizan, desde una perspectiva eminentemente práctica que caracteriza también el resto del estudio, los problemas que conlleva para los compradores el incumplimiento del proyecto de obra por parte del constructor y los intentos de dar revestimiento jurídico a tales actuaciones a través del clausurado de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal.



Ayo Fernández, Manuel, *Las Faltas en el Código Penal y el Juicio Verbal de Faltas, Especial consideración al nuevo Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 y a la Ley 10/1992 de Reforma Procesal*, 288 páginas.

En esta obra se trata, como indica su título, de las faltas actualmente en el Código Penal, una a una y minuclosamente, con todos los problemas prácticos que su aplicación supone, y por otro lado, del juicio de faltas desde una perspectiva esencialmente legal pero con una proyección a lo que diariamiente ocurre en nuestros Juzgados, y todo ello con la particularidad que representa la obra en su totalidad de conjugar el estudio de una materia desde dos planos diferentes como son el penal y el procesal los cuales se entremezclan en la exposición haciendo interesante su lectura.



Sáinz Ruiz, José Antonio, *Objeción e Insumisión al Servicio Militar, Regulación Legal y Jurisprudencia*, 286 páginas.

Manual divulgativo dirigido, no sólo al profesional del derecho, sino también al ciudadano que necesite información sobre la Objeción e Insumisión al Servicio Militar. Contiene, además de Derecho comparado, la evolución penal desde la Ley Orgánica 8/1984, hasta su regulación en el actual Código Penal, así como jurisprudencia constitucional y de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal, además de instrucciones de la Fiscalía General del Estado y un extenso apéndice en el que se recogen normas y recomendaciones internacionales y disposiciones estatales y autonómicas concordantes.



Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *De las Autopistas de la Información a la Sociedad Virtual*, 192 páginas.

La obra estudia la influencia de las nuevas tecnologías en la actividad jurídica, la llamada «sociedad de la información», que da paso a la utilización de las autopistas de la información, con un análisis de los informes de los Estados Unidos la Unión Europea sobre su implantación y desarrollo, así como la contratación por medios electrónicos. Termina con unas consideraciones sobre el papel del derecho en esta nueva sociedad de la información, dinámica y autorregulante.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez