

JUSTICIA 99

NÚMERO III-IV

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



1999

JOSE MARIA BOSCH EDITOR — BARCELONA

«JUSTICIA 99»

ADMINISTRACIÓN (suscripciones), José M.^a Bosch, editor, Ronda Universidad, 11, 08007 Barcelona, Tel. 93 317 5308.

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.

© 1999, José M.^a Bosch, editor – Librería Bosch, S.L.
Ronda Universidad, 11 – 08007 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

ÍNDICE

DACIONES DE CUENTA

- Análisis crítico de la situación actual de la Justicia civil*, por Joan Picó i Junoy 405
- Aspectos problemáticos de la reconvencción en el proceso civil español*, por David Vallespín Pérez 433
- Sobre la Intervención Telefónica*, por Consuelo Ríos Molina 467
- La incapacidad procesal del imputado por anomalía o alteración psíquica*, por Ana María Chocrón 483
- La ejecución de sentencias en los procesos comunitarios*, por M.^a Ángeles Pérez Marín 499
- Nuevas reflexiones sobre la regla «quien instruye no puede juzgar»*, por Joan Picó i Junoy 537
- La responsabilidad civil judicial individual*, por Consolación Ríos Jiménez 557
- El Ministerio Fiscal en Alemania*, por Jorge Nieva Fenoll 595
- La regulación del recurso de reposición en la Ley de Procedimiento Laboral tras la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de enero de 2000, núm. 1*, por Juan B. Lorenzo de Membiela 639

EFEMÉRIDES

- Los actos de comunicación en el proceso civil*, por M.^a José Moraga Llop 667

EXEQUÁTUR DE TÍTULOS PUBLICADOS

- Recensión de la obra del Dr. Stefan Leible «Proceso Civil Alemán»*, por Juan Pablo Correa Delcasso 673
- Recensión de la obra de la Dra. Chantal Catalá Comas «Ejecución de sentencias de hacer y no hacer»*, por Marta Vidal Escobedo 677

DACIONES DE CUENTA

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA JUSTICIA CIVIL¹

JOAN PICÓ I JUNOY
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universitat Rovira i Virgili

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. — II. DIAGNÓSTICO. — III. PATOLOGÍA: A) SÍNTOMAS OBJETIVOS: a) Lentitud en la primera instancia; b) Lentitud en la segunda instancia; c) Lentitud de la Sala Civil del Tribunal Supremo; d) Lentitud e insatisfacción en la ejecución de las sentencias; B) SÍNTOMAS SUBJETIVOS: a) Barómetros de Opinión Pública; b) Informe anual del Defensor del Pueblo. — IV. ETIOLOGÍA: A) Escasez de órganos jurisdiccionales; B) Escasez de medios materiales y personales de los Tribunales; C) Defectuoso sistema de auxilio judicial y de los actos de comunicación; D) Aumento progresivo de la litigiosidad; E) Defectos en las normas procesales. — V. TRATAMIENTO: A) Primero: soluciones de carácter orgánico; B) Segundo: soluciones de carácter procesal: a) En primera instancia; b) En segunda instancia; c) En ejecución de sentencias. — VI. REFLEXIÓN FINAL RESPECTO AL PROYECTO DE LEC DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1998. — VII. NOTA BIBLIOGRÁFICA SOBRE EL PROYECTO DE LEC.

1. Conferencia de clausura de las actividades de la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Reus, pronunciada el 17 de junio de 1999.

I. INTRODUCCIÓN

La confianza de los ciudadanos en sus tribunales de justicia es fundamental para la estabilidad de todo Estado de Derecho. Por ello, el legislador debe procurar que esta confianza se mantenga, articulando las leyes que estime oportunas a tal fin. Desgraciadamente, en la sociedad española esta desarrollándose una creciente sensación de desconfianza en el buen hacer de los Jueces y Tribunales, esto es, en la Justicia. Así, recientes estudios sociológicos evidencian resultados del todo descorazonadores: una encuesta realizada a mediados de 1997 por el CGPJ, sitúa a la Administración de Justicia, en cuanto al grado de confianza de los ciudadanos, en el lugar número trece de quince instituciones públicas; y, otra de la misma fecha del Centro de Investigaciones Sociológicas, la coloca en el último lugar de las instituciones públicas evaluadas por los encuestados.

En estos momentos, antes de acometer cualquier reforma normativa, es del todo necesario proceder a un análisis de los problemas que plantea el orden jurisdiccional civil, y para ello he creído que sería interesante seguir los pasos que haría un médico en la valoración clínica de un paciente: en primer lugar, diagnosticar la situación de dicho orden jurisdiccional para, seguidamente, si existe alguna disfunción identificar la enfermedad (patología), ver como se manifiesta (síntomas objetivos y subjetivos); cuales son sus causas (etiología); y las soluciones (tratamiento).

II. DIAGNÓSTICO

Que la Administración de Justicia funciona mal es algo reconocido por todos los operadores jurídicos, y así se refleja en los distintos barómetros de opinión pública (tabla 1).

Tabla 1. Porcentaje de los encuestados que opinan que «la Justicia funciona mal»

Año	Porcentaje
1987	28%
1990	33%
1992	38%
1995	46%
1997	51%

(Fuente: *Libro Blanco de la Justicia*, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 19).

III. PATOLOGÍA

Muy recientemente, el Libro Blanco de la Justicia ha denunciado algo ya sabido: el gran mal de la Justicia Civil es el alto e intolerable nivel de dilaciones que presenta. La lentitud con que se imparte provoca en los ciudadanos un rechazo, una voluntad de no acudir a los Tribunales pues, como nos recuerda el clásico refrán florentino, *iustitia ritardata iustitia non data*.

Esta patología se manifiesta a través de distintos síntomas que podemos clasificar en objetivos y subjetivos, según se reflejen en datos externos apreciables de igual modo por todos los ciudadanos o en meras valoraciones personales de los mismos.

A) Síntomas objetivos

La lentitud de la Justicia civil se manifiesta objetivamente en todas las etapas del proceso: durante la primera y segunda instancia; en la resolución del recurso de casación; y, finalmente, en la ejecución de las sentencias.

a) Lentitud en la primera instancia

Si analizamos la duración media de la primera instancia de los procedimientos que tienen una incidencia superior al 75% del total de los litigios civiles, se llega a la conclusión de que ésta es SIETE VECES MAYOR que el plazo legalmente previsto (tabla 2).

Tabla 2. Duración media de los procedimientos civiles

Tipo de proceso	Duración teórica (LEC)	Duración real en Cataluña	Duración real en España
— Menor cuantía	3 meses y medio	12 meses y medio	14 meses y medio
— Cognición	2 meses	8 meses y medio	10 meses y medio
— Verbal	1 mes	6 meses y medio	7 meses
— J. ejecutivo (sin oposición)	20 días	4 meses	8 meses y medio
— J. ejecutivo (con oposición)		9 meses y medio	18 meses y medio
— Desahucio	1 mes		4 meses
— J. Automóvil	1 mes		10 meses

(Fuente: GARNICA MARTÍN, J. F., *La durada del procés civil a Catalunya*, «Justiforum», n.º. 7, 1997, págs. 99-100; y *Libro Blanco de la Justicia Civil*, ob. cit., págs. 157-158).

Aumenta así, de forma muy preocupante, la lentitud de los actuales procesos civiles en España, que se multiplica por dos respecto de la duración media de los mismos durante los años 1959 a 1967 (tabla 3).

Tabla 3. Duración media de los procedimientos civiles en 1996 y 1959 a 1967

Tipo de proceso	1996	1959 a 1967
Menor cuantía	14 meses y medio	menos de 6 meses
Cognición	10 meses y medio	6 meses y medio
Verbal	7 meses	1 mes y medio

(Fuente: Los datos de 1959 a 1967 se han obtenido de MONTERO AROCA, L., *La duración del proceso civil*, «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas», 1975, págs. 188, 191 y 193).

b) Lentitud en la segunda instancia

Las dilaciones judiciales en la tramitación de los recursos de apelación también es excesivo, superando en muchos casos CINCO VECES la duración prevista en la LEC (tabla 4). Si bien existe una gran disparidad en la duración de las apelaciones en función de las Audiencias Provinciales, y dentro de éstas, entre las distintas secciones que las componen, el retraso en la resolución de los recursos es generalizado (tabla 5).

Tabla 4. Duración media de la segunda instancia en Cataluña

Tipo de juicio	Duración teórica (LEC)	Duración real en Cataluña
Mejor cuantía	2 meses	9 meses y medio
Cognición o verbal:		6 meses
sin vista	22 días	
con vista	40 días	

(Fuente: GARNICA, J. F., *La durada...*, ob. cit., pág. 108).

Tabla 5. Retraso inicial en la resolución de las apelaciones

Comunidad Autónoma	Retraso inicial
Andalucía	8 meses
Cataluña	11 meses
Madrid	19 meses
Valencia	16 meses

(Fuente: *Libro Blanco de la Justicia*, ob. cit., pág. 177).

c) Lentitud de la Sala Civil del Tribunal Supremo

La Sala Civil del Tribunal Supremo se encuentra actualmente colapsada, debido al progresivo incremento de los asuntos ingresados en los últimos años, lo que ha provocado un aumento de los recursos pendientes por resolver en 1997 en más del 13% respecto al año anterior. Todo ello ha conducido a que exista un retraso medio en la resolución del recurso de casación de más de 2 años y medio (tabla 6).

Tabla 6. Asuntos civiles ingresados y pendientes por resolver en la Sala Civil del Tribunal Supremo

Asuntos ingresados en 1996:	3.989
Asuntos ingresados en 1997:	4.520 (+ 13,31% respecto a 1996)
Asuntos resueltos 1997:	3.277
Asuntos pendientes a finales de 1997:	9.340 (+ 15,35% respecto a 1996)

(Fuente: *Memoria del CGPJ de 1998*, «Tribunales de Justicia», n. 12, 1998, pág. 1224).

d) Lentitud e insatisfacción en la ejecución de la sentencia

Las dilaciones judiciales indebidas no sólo se producen en los procesos declarativos sino también en la ejecución de las sentencias, que tienen una duración media de 9 meses (*Libro Blanco de la Justicia*, ob. cit., pág. 159). Al retraso en la ejecución hay que añadirle un elevado nivel de insatisfacción de la misma, pues en una de cada dos ejecuciones el acreedor logra el cumplimiento íntegro del derecho reconocido en la sentencia (tabla 7).

Tabla 7. Nivel de satisfacción de la ejecución

Total	50%
Parcial	15,7%
Fracaso total	36,3%

(Fuente: *Libro Blanco de la Justicia*, ob. cit., pág. 160).

B) Síntomas subjetivos

Junto a los datos objetivos, existen una serie de valoraciones subjetivas de los ciudadanos que ponen de manifiesto como la lenti-

tud de los procesos civiles constituye la patología más relevante de la Justicia civil.

a) *Barómetros de Opinión Pública*

Según los datos de diferentes encuestas elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial así como por el Centro de Investigaciones Sociológicas demuestran la creciente desconfianza de los ciudadanos a la hora de acudir a los tribunales debido a la lentitud con que funcionan, llegando en el año 1996 a cifras realmente preocupantes (tabla 8).

Tabla 8. *Porcentaje de los encuestados que opinan que «las decisiones de los Tribunales son tan lentas que más vale evitar meterse en pleitos legales»*

Año	Porcentaje
1983	55%
1992	61%
1996	80%

(Fuente: *Libro Blanco de la Justicia*, ob. cit., pág. 22).

b) *Informe anual del Defensor del Pueblo*

Otro dato revelador del descontento de los ciudadanos con el lento funcionamiento de la Administración de Justicia lo indica el hecho de que cerca del 20% de las quejas tramitadas por el Defensor del Pueblo en 1997 se refieren a las dilaciones judiciales, que se concentran, según el Libro Blanco de la Justicia, sobre todo en los órdenes civil y contencioso administrativo.

IV. ETIOLOGÍA

Las causas que originan las dilaciones indebidas son múltiples. Éstas las podemos agrupar en cinco grandes apartados: la escasez de órganos jurisdiccionales; la escasez de medios materiales y personales de los Tribunales; el defectuoso sistema del auxilio judicial y de los actos de comunicación; el aumento progresivo de la litigiosidad; y, defectos procesales.

A) *Escasez de órganos jurisdiccionales*

En España existe un número muy reducido de órganos jurisdiccionales civiles: en 1996 integraban el orden jurisdiccional civil tan sólo 2.032 jueces y magistrados, que tuvieron que hacer frente a 770.727 nuevos pleitos, existiendo un retraso acumulado a diciembre de 1996 de 744.994 asuntos, esto es, más de los ingresados ese mismo año.

Por ello, entiendo que es absolutamente imprescindible el incremento del número de tribunales civiles. Quizás sea oportuno recordar que en Alemania existen cerca de 20.000 jueces y magistrados en el orden civil; y que en Italia, entre 1994 y 1997, en poco más de tres años, se han creado más de 4.000 *giudici de pace* (jueces técnicos de carrera competentes para cuestiones litigiosas menores o de escasa complejidad).

La reforma orgánica debe ser siempre prioritaria, previa a la reforma procesal. Cualquier nueva Ley Procesal Civil —por muy perfecta que sea— está destinada a su inaplicación si, con anterioridad, no se acomete una profunda reforma orgánica (así, por ejemplo, debemos recordar la introducción en 1984 de la comparencia preparatoria en el juicio de menor cuantía: pese a que se trata de una institución de suma utilidad, en la práctica ha sido un rotundo fracaso).

En definitiva, la única solución real al problema de la Justicia civil pasa por incrementar el número de órganos jurisdiccionales. En esta línea, debe destacarse la Proposición no de ley sobre medidas para afrontar la reforma de la Justicia, presentada al Congreso de los Diputados el 5 de noviembre de 1998 por el Grupo Parlamentario Catalán, en la que se denuncia la urgente necesidad de mejorar la distribución geográfica de los partidos judiciales para introducir las correcciones precisas en orden a «la creación rápida de órganos judiciales».

B) *Escasez de medios materiales y personales de los Tribunales*

Todavía existen muchos juzgados con demasiadas ausencias materiales de todo tipo: falta de espacio, ordenadores, impresoras, vídeos, scanners, fax, etc.

De igual modo, la oficina judicial perfilada en la LOPJ es totalmente obsoleta por muy diversos motivos: falta de criterios organizativos; excesiva burocratización de su actividad; falta de delimitación de las funciones de los distintos miembros de la oficina; complejidad de las normas procesales; etc.

C) Defectuoso sistema del auxilio judicial y de los actos de comunicación

Una de las causas más relevantes de las dilaciones procesales es el defectuoso sistema de auxilio judicial, que en Cataluña comporta que el dar cumplimiento a un exhorto en el que sólo se insta una mera notificación dure casi dos meses y si se solicita una actividad probatoria se sobrepasen los dos meses y medio (tabla 9).

Tabla 9. Duración media del cumplimiento de un exhorto en Cataluña

	De mera notificación	Para actividad probatoria
Por correo (entre juzgados)	47 días	77 días
Por procurador	56 días	66 días

(Fuente: GARNICA, J. F., *La durada...*, ob. cit., pág. 110).

De igual modo, deben revisarse los mecanismos legalmente previstos para los actos de comunicación máxime, como destaca el CGPJ (*Libro Blanco de la Justicia*, ob. cit., pág. 190), cuando un tercio del tiempo de duración del proceso civil lo consume el emplazamiento.

D) Aumento progresivo de la litigiosidad

La litigiosidad civil ha sufrido un continuo aumento, que no se ha visto compensado suficientemente por un incremento de órganos jurisdiccionales. Así, en Cataluña, en quince años los juzgados de primera instancia han pasado de registrar 62.128 asuntos en 1980 a 156.789 en 1995, esto es, ha existido un crecimiento de más del 150%. Y respecto, a la litigiosidad en segunda instancia, el incremento también ha sido desmesurado: de los 3.131 asuntos registra-

dos en las Audiencias catalanas en 1980 se han pasado a los 16.663, esto es, ha habido un aumento superior al 500% (tabla 10).

En España, las dilaciones judiciales en la tramitación de los recursos de apelación se debe a que en las Audiencias Provinciales ha aumentado tanto el número de asuntos ingresados como el número de asuntos pendientes por resolver (tabla 11).

Tabla 10. Número de asuntos ingresados en Juzgados de Primera Instancia y en las Audiencias de Cataluña

Año	Juzgados de Primera Instancia	Año	Audiencias Provinciales
1980	62.128	1980	3.131
1985	68.019	1985	5.396
1990	77.788	1990	7.017
1994	155.174	1994	13.976
1995	156.789	1995	16.663

(Fuente: GARNICA, J. F., *La durada...*, ob. cit., pág. 94).

Tabla 11. Asuntos civiles ingresados y pendientes por resolver en las Audiencias Provinciales

Asuntos pendientes a finales de 1996:	87.824
Asuntos pendientes a finales de 1997:	96.594 (+ 9,09% respecto a 1996)
Asuntos ingresados en 1996:	115.258
Asuntos ingresados en 1997:	115.428

(Fuente: *Memoria del CGPJ de 1998*, ob. cit., pág. 1234).

E) Defectos procesales

Finalmente, hay que reconocer que las actuales normas procesales pueden constituir una fuente continua de dilaciones judiciales. Así, un proceso con pluralidad de actores y/o demandados, un pleito cuya prueba deba practicarse en el extranjero; el uso abusivo de incidentes de todo tipo (cuestiones de competencia, cuestiones prejudiciales, recusaciones, etc.); la nulidad de actuaciones; etc. originan un retraso en la resolución de los procesos civiles aunque, en muchos casos, no pueda calificarse la dilación de indebida si atendemos a la peculiaridad del caso concreto enjuiciado.

Sin embargo, es cierto que la decimonónica LEC debe adaptarse a las nuevas necesidades que plantean las relaciones jurídico-privadas del siglo XXI. Sin duda alguna, la continua política del «parcheo legislativo» no ha colmado esta necesidad, sino todo lo contrario, ha introducido incoherencias dentro del marco normativo de la LEC y ha exacerbado el formalismo en algunas de sus instituciones.

Además, la Constitución de 1978 exige un modelo de proceso civil eminentemente oral (art. 120.2), lo que motiva un replanteamiento de la estructura escrita del proceso tipo de la vigente LEC.

V. TRATAMIENTO

La multiplicidad de causas que originan la lentitud de los procesos civiles conlleva a que también sean múltiples las soluciones a adoptar. En cualquier caso, éstas deben seguir un determinado orden de preferencia si pretende lograrse eficazmente el objetivo final de reducir el retraso en la sustanciación de los pleitos civiles. En primer lugar, es urgente una profunda reforma orgánica; y, en segundo lugar, una vez efectuada dicha reforma, es oportuno proceder a las debidas modificaciones de las leyes procesales.

A) *Primero: soluciones de carácter orgánico*

En primer lugar, debe incrementarse el actual número de Juzgados de Primera Instancia; y crear nuevos órganos jurisdiccionales para el conocimiento de cuestiones de reducida cuantía o escasa complejidad (similares a los antiguos Juzgados de Distrito). Con ello se logrará redistribuir el creciente volumen de litigiosidad civil, reduciendo así el trabajo de los Juzgados de Primera Instancia.

En segundo lugar, deben incrementarse los medios materiales y personales al servicio de los órganos jurisdiccionales; así como efectuar una reordenación de la «oficina judicial», conducente a delimitar con precisión las funciones y competencias de todo el personal no jurisdiccional, centralizar servicios comunes; utilizar plenamente todos los medios informáticos; etc. Sólo de este modo se logrará

aumentar la eficacia de la parte administrativa o de gestión de los órganos jurisdiccionales.

En tercer lugar, sería oportuno reestructurar las competencias civiles del Tribunal Supremo y los infrautilizados Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, al objeto de potenciar la virtualidad de estos últimos y reducir el volumen de trabajo (y retraso) del Tribunal Supremo (a modo de ejemplo, cabe decir que en 1995, del total de 398 recursos de casación que se interpusieron en Cataluña, sólo 19 fueron al TSJ [4,5%] y 379 al TS [95,5%]).

B) *Segundo: soluciones de carácter procesal*

Tras el oportuno incremento de jueces y magistrados del orden civil y de una profunda reforma de la denominada «oficina judicial» se está en plenas condiciones de plantearse la promulgación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que pueda ser realmente aplicada en la práctica. Son muchas las innovaciones y reformas que pueden formularse en torno a dicha Ley, por lo que, sin ánimo de exhaustividad, voy a limitarme a efectuar algunas indicaciones generales:

a) En primera instancia

En primera instancia sería conveniente:

- Simplificar el sistema del auxilio judicial, en el que se fomente la comunicación inmediata entre juzgados; así como el régimen legal de las comunicaciones entre los juzgados y los litigantes, debiéndose potenciar el uso del correo certificado, el telegrama, el teléfono, el fax, la comunicación electrónica, etc.
- Simplificar los procedimientos ordinarios. No tiene ninguna justificación, ni teórica ni práctica, la existencia de cuatro juicios ordinarios, con trámites y plazos diferenciados que tan sólo provocan innecesarias complejidades técnicas. Por ello, cuando menos, deberían desaparecer dos, y mantener uno «ordinario» y otro «abreviado» para cuestiones de reducida cuantía o escasa complejidad.
- Eliminar la mayoría de procedimientos especiales. La política del «parcheo legislativo» ha conducido a la aparición de un desmesu-

rado número de juicios especiales que, en su gran mayoría, tendrían que desaparecer en aras a la simplificación procedimental.

- Configurar un proceso tipo basado en los principios de oralidad y concentración. Las actuaciones procesales deben ser eminentemente orales, sin perjuicio, de que se recojan por escrito; y deben concentrarse en dos comparecencias: una preparatoria, facultativa y con presencia obligada de los letrados, que tuviese como principales objetivos el saneamiento de los defectos procesales y la perfecta delimitación de la cuestión litigiosa; y otra probatoria, para la práctica de todas las pruebas personales.
- Incrementar de los poderes de dirección del juez, quien no debería limitarse a ser un mero «convocado de piedra» del proceso, sino participar activamente en su desarrollo. Así, ha de poder localizar al demandando por todos los medios oportunos antes de acudir a la citación edictal; subsanar los errores, omisiones o defectos procesales; tener iniciativa probatoria respecto de los hechos litigiosos y siempre en función de las fuentes de prueba que consten en los autos; etc.
- Eliminar las actuales limitaciones probatorias, e instauración de verdaderos interrogatorios directos y libres a las partes, testigos y peritos.
- Reducir al mínimo los incidentes dentro del proceso principal, reservándose éstos sólo para cuestiones que hagan imposible la continuación del procedimiento.
- Crear un único procedimiento cautelar. Como es sabido, en la actualidad cada medida cautelar posee un procedimiento específico lo que conduce, en no pocas ocasiones, a confusiones a los diversos operadores jurídicos.
- Introducir un proceso monitorio que permita al acreedor la obtención de un título ejecutivo a través de un procedimiento simple y rápido.
- Potenciar los medios extrajudiciales de resolución de conflictos.

b) En segunda instancia:

En segunda instancia resulta necesario:

- Instaurar la ejecución provisional *ope legis* de la sentencia recurrida. Al desaparecer el efecto suspensivo del recurso de apelación, se reducirán los recursos meramente dilatorios, esto es, disminuirá

el excesivo volumen de trabajo de las Audiencias Provinciales; y además se revolorizará la eficacia de las sentencias de primera instancia (no olvidemos que el 73% de las sentencias de los Juzgados de Primera Instancia son estimatorias frente al 11% totalmente desestimatorias [*Libro Blanco de la Justicia*, ob. cit., pág. 155]). No obstante, deberá preverse un mecanismo para que el perjudicado por los eventuales daños y perjuicios causados por la ejecución provisional de una sentencia, que con posterioridad es revocada, pueda efectivamente ver restablecida su situación patrimonial.

- Reducir el número de procedimientos referentes a los recursos de apelación; así como simplificar su tramitación en torno a dos actos: la interposición directa ante el juez *a quo* y una vista oral ante la Audiencia Provincial para su motivación y práctica de la eventual prueba.

c) Ejecución de sentencias:

El sistema de ejecución forzosa de las sentencias debe basarse en las siguientes reglas:

- Especialización de los juzgados civiles en materia de ejecución. Han de crearse juzgado cuya actividad se centre en la ejecución de las sentencias. Sólo así se logrará un control jurisdiccional diario eficaz en orden a garantizar al acreedor su reembolso patrimonial.
- Celebración de las ejecuciones en unidad de señalamiento en función de los bienes a ejecutar. En consecuencia, los ciudadanos deben conocer de antemano que tipo de bienes (inmuebles, vehículos, etc.) y que días (lunes, martes, etc.) pueden adquirirse judicialmente los bienes embargados.
- Potenciación de la iniciativa judicial en orden a la averiguación de los bienes del deudor ejecutado, pues en la ejecución de las sentencias está en juego la seguridad jurídica colectiva. El auxilio de la Agencia Tributaria es fundamental para la selección de los bienes a embargar.
- Aumento de las funciones del secretario judicial quien, mediante resoluciones propias, debería dirigir la ejecución de la sentencia (ordenar el embargo, justipreciar los bienes, acordar el sistema de

apremio, liquidar las cargas, presidir las subastas, adjudicar el bien, realizar las inscripciones procedentes, etc.).

- Introducción del juramento de manifestación de bienes del ejecutado, cuya falsedad le origine sanciones pecuniarias (multas coercitivas) procesales (pérdida del *beneficium ordinis*) y penales (delito de desobediencia).
- Potenciación de los mecanismos extrajudiciales de enajenación de bienes embargos bajo control jurisdiccional.

VI. REFLEXIÓN FINAL RESPECTO AL PROYECTO DE LEC DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1998

Para hacer frente al grave problema de las dilaciones indebidas, el 13 de noviembre de 1998 se publicó en el Diario Oficial del Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Así —según indica su Exposición de Motivos— el Gobierno pretende dar una respuesta judicial más rápida, mucho más cercana en el tiempo a las demandas civiles de los justiciables.

Pretende reducirse la duración de los pleitos civiles sólo con reformas procesales, como si reduciendo el número de procedimientos o los plazos procesales fuese ello suficiente para reducir la dilación de los procesos. Como puede fácilmente intuirse, el legislador no acierta en la solución al problema, que pasa ineludiblemente por aumentar el número de Juzgados así como los medios personales y materiales puestos a su disposición. Es como pretender resolver el problema de las largas listas de espera para realizar operaciones en los hospitales a través de la modificación de las técnicas quirúrgicas en vez de aumentar el número de quirófanos, personal sanitario o centros clínicos en los que atender a los pacientes.

A modo de ejemplo de la dilación que puede plantear el futuro proceso civil imaginemos lo que podrá suceder en un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción. Si el juez tiene que tramitar una media de 450 procesos civiles y se le exige que, cuando menos esté presente en dos audiencias (una previa y otra probatoria) bajo pena de nulidad de actuaciones, más otras dos que aún no siendo preceptivas en la práctica será muy frecuente que se realicen (así, p. ej. para la adopción, oposición o modificación de cualquier medida cautelar; la decisión de múltiples cuestiones incidentales; etc.) llegamos a la conclusión de que a lo largo de los 300 días hábiles el juez deberá realizar nada menos que 6 audiencias cada día², y

2. Esta cifra surge de dividir las 1.800 comparecencias anuales (cuatro por cada uno de los 450 procesos) entre 300 días hábiles.

ello al margen de atender a otras múltiples obligaciones, tales como dictar sentencias, resolver los recursos contra resoluciones interlocutorias, tramitar los expedientes de jurisdicción voluntaria y los juicios concursales [excluidos del ámbito de aplicación de la LEC], así como efectuar la instrucción de los procedimientos penales por delitos, realizar los juicios orales de los procesos por faltas, y estar presente en las diversas guardias que le correspondan. La situación no mejora si pensamos en un Juzgado de Primera Instancia: con una media de 850 procesos anuales deberá practicar más de 11 audiencias cada día³, al margen, evidentemente, de efectuar otras obligaciones procesales citadas con anterioridad. En definitiva, el modelo de proceso civil que plantea el Proyecto de LEC, sin las mencionadas reformas orgánicas, SERÁ DE IMPOSIBLE REALIZACIÓN PRÁCTICA.

En definitiva, si el legislador aprueba definitivamente el Proyecto de LEC como remedio para solucionar el mal de las dilaciones indebidas podrá incurrir en una grave irresponsabilidad porque estará creando expectativas en los ciudadanos que acuden a los Tribunales sabiendo, de antemano, que no se van a cumplir, porque así se lo han puesto de relieve diferentes colectivos jurídicos. Y como toda expectativa frustrada provocará en su destinatario un rechazo a la Justicia todavía mayor del actual, lo que poco contribuye ello al reforzamiento de nuestro Estado de Derecho.

VII. NOTA BIBLIOGRÁFICA SOBRE EL PROYECTO DE LEC⁴

Resultaría muy pretencioso por mi parte efectuar un análisis completo de la futura LEC cuando ya existen múltiples estudios al respecto. Por ello, me limitaré a enunciarlos en función de la materia que examinan.

Como trabajos monográficos se han publicado sobre el Borrador, Anteproyecto y Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, las siguientes obras: *Presente y futuro del proceso civil*, AAVV., dirigido por PICÓ I JUNOY, Edit. Bosch, Barcelona, 1998; *El proceso civil y su reforma*, AAVV., dirigido por MORÓN PALOMINO, Edit. Colex, Madrid, 1998; *Hacia una nueva Justicia Civil*, AAVV., dirigido por GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Fundación El Monte, Sevilla, 1999; *Comentarios sobre el Proyecto de LEC*, AAVV., dirigido por FONT SERRA, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1999; *A Reforma da Xustiza Civil*, AAVV., dirigido por PÉREZ-CRUZ MARTÍN, a Coruña, 1999; *Jornadas sobre el Anteproyecto de LEC*, AAVV., dirigido por RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edit. EDIJUS, Madrid, 1999; *Jornadas Nacionales sobre el*

3. Esta cifra surge de dividir las 3.400 comparecencias anuales (cuatro por cada uno de los 850 procesos) entre 300 días hábiles.

4. A efectos de reducir la extensión de esta *Nota Bibliográfica* ha utilizado la abreviatura LEC para referirme a todas las menciones que sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil aparecen en libros y artículos de revistas.

Anteproyecto de LEC, Ponencias y Comunicaciones, AAVV., Murcia, 1997; y *La protección del crédito en el Anteproyecto de LEC*, AAVV., Price-WaterhouseCoopers, Barcelona, 1998.

Con carácter general, debemos mencionar los estudios de ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Valoración crítica de la reforma, en «Hacia ...», ob. cit., págs. 147 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, La reforma del proceso civil, en «Hacia ...», ob. cit., págs. 159 y ss.; ÁLVAREZ SACRISTÁN, El olvido en el Proyecto de LEC de la experiencia y eficacia del modelo jurisdiccional social, «La Ley», núm. 4899, octubre, 1999, págs. 1 y ss.; CARRERAS LLANSANA, La desprotección actual del crédito mercantil, sus causas y posibles remedios, en «La protección ...», AAVV., ob. cit., págs. 15 y ss.; CREMADDES MORANT, El Anteproyecto ante las exigencias del modelo del nuevo procedimiento civil, «Jornadas sobre ...», ob. cit., págs. 49 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, El anteproyecto de LEC, de 26 de diciembre de 1997, y la protección del crédito, en *Tribunales de Justicia*, núm. 8-9, 1998, págs. 17 y ss.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Planteamiento, sistema y caracteres del borrador de anteproyecto de LEC, «Jornadas ...», ponencias, ob. cit., págs. 9 y ss.; idem, Búsqueda de juicios declarativos eficaces, con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, en «La protección ...», AAVV., ob. cit., págs. 55 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, Sobre el yo «Proyecto de LEC» de 1999. Razón de una adhesión no producida, «R.D.Proc.», n.º 2, 1999, págs. 347 y ss.; id., Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998), Edit. Civitas, Madrid, 1998; FOLGUERA CRESPO, Sobre las líneas generales de la reforma del proceso civil, en «Jornadas sobre ...», ob. cit., págs. 9 y ss.; GIMENO SENDRA, Observaciones al Proyecto de LEC desde el Derecho Procesal Europeo, «La Ley», núm. 4734, febrero, 1999, págs. 1 y ss.; GÓMEZ MARTÍNEZ, El Proyecto de LEC y Europa, «La Ley», núm. 4830, julio, 1999, págs. 1 y ss.; GONZÁLEZ MONTES, Aspectos generales de la reforma, en «Hacia ...», ob. cit., págs. 15 y ss.; GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Del *ordo judicarius* al proceso civil armónico, «El proceso ...», ob. cit., págs. 33 y ss.; idem, Hacia la *armonización* del proceso civil, en «Hacia ...», ob. cit., págs. 39 y ss.; LAMSDORFF-GALAGANE, El proyecto de LEC, «Tapia», marzo-abril, 1999, págs. 15 y ss.; PICÓ I JUNOY, Reflexiones en torno a la reforma del proceso civil, «Revista Jurídica de Cataluña», núm. 4, 1998, págs. 137 y ss.; LORCA NAVARRETE, La denominación técnica de *référé* y su desconocimiento por el PLEC. Un motivo añadido para su preterición, «R.V.D.P.A.», 1999, I, págs. 25 y ss.; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A Reforma da Xustiza Civil, en «A Reforma...», ob. cit., págs. 431 y ss.; SIERRA GIL DE LA CUESTA, Una nueva Ley para el proceso civil, «El proceso ...», ob. cit., págs. 27 y ss.

Atendiendo a las diversas partes que integran el Proyecto de LEC, debemos indicar los siguientes estudios publicados en diferentes revistas jurídicas:

I. Aspectos generales del proceso civil:

a) *Actos y principios procesales*: BERZOSA FRANCOS, Los principios inspiradores del futuro proceso civil, en «Presente ...», ob. cit., págs. 27 y ss.; BLANES RODRÍGUEZ, Notas críticas sobre la aplicación de los principios de oralidad, concentración e intermediación en el Anteproyecto de LEC, en «Jornadas sobre ...», ob. cit., págs. 15 y ss.; DE LA OLIVA, Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de LEC, de 30 de octubre de 1998, «R.D.Proc.», n.º 2, 1999, págs. 359 y ss.; FURQUET MONASTERIO, Los actos de comunicación en el Anteproyecto de LEC, en «Presente ...», ob. cit., págs. 183 y ss.; GARNICA MARTÍN, El principio *iura novit curia* y la determinación del objeto del proceso en el Proyecto de reforma de la LEC, «La Ley», núm. 4723, enero, 1999, págs. 15 y ss.; GÓMEZ CINTAS, La declaración de nulidad de actuaciones después de sentencia firme en el Anteproyecto de LEC, en «Presente ...», ob. cit., págs. 165 y ss.; HERNÁNDEZ GARCÍA, El nuevo régimen de las actuaciones procesales, en «Presente ...», ob. cit., págs. 89 y ss.; LORCA NAVARRETE, La denominada técnica de *référé* y su desconocimiento por el Proyecto de LEC. Un motivo añadido para su preterición, «Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje», 1, 1999, págs. 25 y ss.; idem, Aporia del «juicio» del «juicio ordinario» del Proyecto de LEC, «Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje», 2, 1999, págs. 267 y ss.; MARTÍN Y MARTÍN, Los actos procesales, «El proceso ...», ob. cit., págs. 191 y ss.; PEDRAZ PENALVA, Objeto del proceso y objeto litigioso, en «Presente ...», ob. cit., págs. 41 y ss.; idem, Objeto del proceso y objeto litigioso, «El proceso ...», ob. cit., págs. 239 y ss.; idem, Objeto del proceso y objeto litigioso, «Jornadas ...», ponencias, ob. cit., págs. 101 y ss.; REVERÓN PALENZUELA, Los actos procesales: lugar, tiempo, publicidad, intermediación, lengua, «El proceso ...», ob. cit., págs. 215 y ss.; SAMANES ANA, Los actos procesales de comunicación y la declaración de rebeldía en el borrador de LEC, «Jornadas ...», comunicaciones, ob. cit., págs. 63 y ss.; idem, Los actos procesales de comunicación y la declaración de rebeldía en el Proyecto de LEC, en «Tribunales de Justicia», núm. 2, 1999, págs. 93 y ss.; SARAZÁ JIMENA, Los principios del proceso civil en el Anteproyecto de LEC, con especial referencia a la primera instancia, en «Jornadas sobre ...», ob. cit., págs. 95 y ss.; SERRANO HOYO, El principio *iura novit curia* y la determinación del objeto del proceso, «Jornadas ...», comunicaciones, ob. cit., págs. 87 y ss.

b) *Jurisdicción y competencia*: ALBAR GARCÍA, Jurisdicción y competencia, en «Presente ...», ob. cit., págs. 11 y ss.; ESCOLA I BESORA, La competencia territorial improrrogable, en «Presente ...», ob. cit., págs. 143 y ss.; GÓMEZ COLOMER, Competencia territorial en el proceso civil, «El proceso ...», ob. cit., págs. 49 y ss.; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, La regulación de la prejudicialidad en el Proyecto de LEC, en «Comentarios...», ob. cit., págs. 161 y ss.; IGLESIAS LÓPEZ, La competencia territorial inderogable, en «Presente ...», ob. cit., págs. 161 y ss.; JIMENO BULNES, La supresión de la

cuestión prejudicial comunitaria en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 121 y ss.; PARRA RODRÍGUEZ, *La derogatio fori*, en «Presente...», ob. cit., págs. 135 y ss.

c) *Jueces y secretarios judiciales*: DORADO PICÓN, La intervención del secretario. Referencia especial al proceso monitorio, en «Hacia...», ob. cit., págs. 125 y ss.; GÓMEZ MARTÍNEZ, El modelo de Juez en el Anteproyecto de LEC, en «Jornadas sobre...», ob. cit., págs. 27 y ss.; MARCO SAAVEDRA, El modelo de Juez en el Anteproyecto de LEC, en «Jornadas sobre...», ob. cit., págs. 77 y ss.; PACHECO GUEVARA, El secretario judicial en el borrador de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 47 y ss.; SEONE CACHARRÓN, Actos procesales del secretario judicial. Especial referencia a la ordenación del proceso, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 77 y ss.

d) *Abstención y recusación*: PICÓ I JUNOY, La abstención y recusación en el anteproyecto de LEC de 26 de diciembre de 1997, en «La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación», Edit. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 171 y ss.; idem, Análisis crítico de la abstención y recusación de jueces y magistrados en el borrador de la nueva LEC, «Jornadas...», comunicaciones ob. cit., págs. 51 y ss.; idem, A regulación da obtención e recusación de Juices no Proyecto de LEC do 30 de octubre de 1998: unha opción legislativa sobre a que meditar, en «A Reforma...», ob. cit., págs. 519 y ss.; CALVO SÁNCHEZ, Análisis y sugerencias en torno a la regulación de la recusación en el borrador de la LEC de abril de 1997, «Revista General del Derecho», núm. 642, marzo, 1998, págs. 1769 y ss.; idem, De nuevo sobre la recusación: Análisis de las modificaciones introducidas en esta materia en el anteproyecto de la LEC de 26 de diciembre de 1997, «Revista General del Derecho», núm. 648, septiembre, 1998, págs. 10563 y ss.; idem, La abstención y recusación en el Proyecto de LEC de 13 de noviembre de 1998, «Actualidad Jurídica Aranzadi», n.º 401, julio, 1999, págs. 2 y ss.

e) *Partes*: DELGADO RODRÍGUEZ, La protección procesal de los intereses plurales en el borrador de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 9 y ss.; JUAN SÁNCHEZ, La posición procesal de las personas jurídico-privadas en el Anteproyecto de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 21 y ss.; LÓPEZ FRAGOSO, El litisconsorcio necesario en el Proyecto de LEC, «La Ley», núm. 4800, mayo, 1999, págs. 1 y ss.; idem, Pluralidad de las partes: litisconsorcio e intervención de terceros, «El proceso...», ob. cit., págs. 109; idem, Intervención provocada (art. 9 del borrador de una nueva LEC), «Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje», 3, 1998, págs. 521 y ss.; LORCA NAVARRETE, La personalidad procesal del concebido no nacido para todos los efectos que le sean favorables en el PLEC. ¿Un supuesto de apología antiabortista?, «R.V.D.P.A.», 1999, III, págs. 471 y ss.; LOZANO-HIGUERO PINTO, Legitimación, protección jurisdic-

cional de los intereses difusos y colectivos, «El proceso...», ob. cit., págs. 169 y ss.; MARCHENA GÓMEZ, El Ministerio Fiscal en el proceso civil, «El proceso...», ob. cit., págs. 65 y ss.; ORMAZABAL SÁNCHEZ, La intervención adhesiva litisconsorcial del art. 8 del Anteproyecto de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 33 y ss.; OSORIO ACOSTA, Pluralidad de las partes: litisconsorcio e intervención de terceros, «El proceso...», ob. cit., págs. 155 y ss.; PORTERO GARCÍA, El Ministerio Fiscal ante el Proyecto de LEC, «Actualidad Jurídica Aranzadi», n.º 403, septiembre, 1999, págs. 1 y ss.; SIGÜENZA LÓPEZ, La capacidad de las partes en el proceso, según el borrador de Anteproyecto de LEC de 1997, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 101 y ss.; idem, La capacidad de las partes en el proceso según el Proyecto de LEC de 1998, en «Comentarios...», ob. cit., págs. 287 y ss.

f) *Abogado, procurador y justicia gratuita*: ANDRÉS LABORDA, El procurador en el borrador de anteproyecto de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 49 y ss.; BALAGUE VALLS, El Abogado en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 103 y ss.; DÍAZ BARBERO, El procedimiento de «jura de cuentas» una primera incursión en su regulación en el borrador de la LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 313 y ss.; FABREGAT ORNAQUE, El Procurador en el Anteproyecto de LEC..., en «Presente...», ob. cit., págs. 109 y ss.; GUERRERO FERNÁNDEZ, Designación de Abogado de oficio y Justicia Gratuita, en «Presente...», ob. cit., págs. 199 y ss.; HUGUET TOUS, El derecho a la defensa, en «Presente...», ob. cit., págs. 217 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, El Proyecto de LEC y la regulación del derecho a la asistencia jurídica gratuita, «La Ley», núm. 4794, mayo, 1999, págs. 1 y ss.

II. La primera instancia

a) *Escritos de alegaciones y comparecencia preparatoria*: ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, La comparecencia preparatoria del futuro proceso civil, en «Presente...», ob. cit., págs. 223 y ss.; DAMIÁN MORENO, Observaciones en torno a la fase de alegaciones en el Proyecto de LEC, «La Ley», núm. 4706, enero, 1999, págs. 1 y ss.; idem, La fase de alegaciones, en «Hacia...», ob. cit., págs. 57 y ss.; FONS RODRÍGUEZ, La acumulación de acciones en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 267 y ss.; GONZÁLEZ LECUONA, Tratamiento procesal de la alegación de nulidad absoluta del negocio jurídico en que se funde la demanda (art. 410.2 y 3 PLEC), en «Comentarios...», ob. cit., págs. 187 y ss.; IGLESIAS GARCÍA, La comparecencia preliminar y su reforma, «El proceso...», ob. cit., págs. 309 y ss.; ORTEGO PÉREZ, Los escritos de alegaciones: la demanda y la contestación en el juicio ordinario, en «Presente...», ob. cit., págs. 209 y ss.; TAPIA FERNÁNDEZ, El objeto del proceso: su fijación en los actos de alegaciones, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 131 y ss.; idem, El objeto del proceso: la fase de alegaciones, en «Comentarios...», ob. cit., págs. 63 y ss.

b) *Prueba*: PICÓ I JUNOY, La prueba en el Proyecto de LEC, «La Ley», núm. 4789, mayo, 1999, págs. 1 y ss.; idem, La prueba en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 239 y ss.; idem, La prueba anticipada: necesidad de una moderna regulación en el proceso civil, «Jornadas...», ob. cit., págs. 207 y ss. De igual modo, vid. ALONSO FURELOS, A proba do dereito, en «A Reforma...», ob. cit., págs. 605 y ss.; BONET NAVARRO, Consideraciones sobre la fase de prueba de los procesos civiles en el anteproyecto de la LEC, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 231 y ss.; idem, La prueba en el anteproyecto de LEC, en «La protección...», AAVV., ob. cit., págs. 72 y ss.; BUTRÓN BALIÑA, La prueba anticipada en el proceso civil, «R.D.Proc.», n.º 2, 1999, págs. 247 y ss.; FONT SERRA, Contribución al estudio de la prueba por medio de dictamen de peritos en el anteproyecto de LEC, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 257 y ss.; GALÁN SÁNCHEZ, La prueba de interrogatorio de las partes en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 283 y ss.; GARCIA-DÍA GONZÁLEZ, Aportación de dictámenes periciales al proceso por las partes litigantes, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 185 y ss.; GARCIMARTÍN MONTERO, La prueba de la costumbre y del derecho extranjero en el borrador de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 195 y ss.; MARTÍN OSTOS, La prueba de oficio en el nuevo proceso civil, «El proceso...», ob. cit., págs. 321 y ss., y en «La Ley», 1998-5, págs. 1786 y ss.; idem, La prueba, en «Hacia...», ob. cit., págs. 79 y ss.; GALDANA PÉREZ, Sobre las presunciones, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 201 y ss.; MONTÓN REDONDO, Algunas reflexiones sobre la prueba en el anteproyecto de LEC, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 281 y ss.; MORALES PRATS y MARCO FERNÁNDEZ, La naturaleza-jurídico procesal del detective privado: el testigo-perito, «Actualidad Jurídica Aranzadi», n.º 396, junio, 1999, págs. 1 y ss.; MORENO CATENA, Algunos problemas de la prueba en el anteproyecto de LEC, «El proceso...», ob. cit., págs. 297 y ss.; SANCHÍS CRESPO, Una reflexión acerca de la eficacia probatoria del soporte informático de escritura en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 275 y ss.; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, La prueba en el anteproyecto de LEC, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 299 y ss.

c) *Costas e intereses procesales*: BONET NAVARRO y JUAN SÁNCHEZ, Sobre os intereses da mora procesal no Proxecto de LAC, en «A Reforma...», ob. cit., págs. 705 y ss.; DELGADO MARTÍN, Las costas procesales, en «Presente...», ob. cit., págs. 253 y ss.; HERRERO PEREZAGUA, La condena en costas, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 157 y ss.; SAAVEDRA GALLO, Gastos y costas procesales, «El proceso...», ob. cit., págs. 507 y ss.

d) *Acumulación de autos*: ARMENTA DEU, La acumulación de autos, «Jornadas...», Ponencias, ob. cit., págs. 69 y ss.

III. Recursos

a) *Aspectos generales de los recursos*: BANACLOCHE PALAO, El nuevo sistema de recursos del borrador de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 221 y ss.; CALDERÓN CAUDRADO, Disposiciones generales sobre los recursos. Una referencia crítica al Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 339 y ss.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Los recursos, en «Hacia...», ob. cit., págs. 113 y ss.; GÓMEZ AMIGO, La protección judicial civil de los derechos fundamentales. En particular, su tutela a través de los recursos en el Anteproyecto de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 237 y ss.; JIMÉNEZ CONDE, El sistema de recursos en el anteproyecto de LEC, en «La protección...», AAVV., ob. cit., págs. 63 y ss.; MONTERO AROCA, Los medios de impugnación, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 331 y ss.; REMÓN PEÑALVER, La reforma procesal civil: el sistema de recursos en el anteproyecto de LEC, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 359 y ss.

b) *Recurso de apelación*: ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, El modelo de la segunda instancia en el Anteproyecto de LEC. Recurso de apelación y recurso extraordinario por infracción procesal, en «Jornadas sobre...», ob. cit., págs. 107 y ss.; ENFEDAQUE MARCO, El recurso de apelación y la segunda instancia, en «Comentarios...», ob. cit., págs. 89 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, La segunda instancia en el anteproyecto de Ley, «El proceso...», ob. cit., págs. 335 y ss.; GARCÍA-ROSTÁN, El recurso de apelación en su fase ante el órgano ad quem en el anteproyecto de LEC: aciertos y omisiones, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 227 y ss.; idem, Apelación y segunda instancia en el Proyecto de LEC, en «Comentarios...», ob. cit., págs. 143 y ss.; OROMÍ VALL-LLOVERA, El artículo 455.1 del Anteproyecto de LEC y su aplicación al recurso de apelación, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 253 y ss.; RICHARD GONZÁLEZ, La segunda instancia en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 347 y ss.; idem, La fundamentación del recurso de apelación en el borrador de la LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 275 y ss.; idem, El acceso a la segunda instancia en el borrador de la LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 281 y ss.; idem, El acceso a la segunda instancia en el Proyecto de LEC, «R.D.Proc.», n.º 2, 1999, págs. 395 y ss.; SALAS CARCELLER, El recurso de apelación civil, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 265 y ss.; SENÉS MONTILLA, Los recursos. La apelación y la segunda instancia, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 377 y ss.; SOLÉ RIERA, El recurso de apelación y la segunda instancia en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 293 y ss.

c) *Recurso extraordinario por infracción procesal*: ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, El modelo de la segunda instancia en el Anteproyecto de LEC. Recurso de apelación y recurso extraordinario por infracción procesal, en «Jornadas sobre...», ob. cit., págs. 107 y ss.; GIMENO SENDRA, El recurso

extraordinario por infracción procesal, en «Presente...», ob. cit., págs. 303 y ss.; idem, El recurso extraordinario por infracción procesal, «El proceso...», ob. cit., págs. 413 y ss.; idem, El recurso de amparo judicial y el borrador de LEC del Ministerio de Justicia de 1997, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 323 y ss.

d) *Recurso de casación*: MORÓN PALOMINO, El recurso de casación y su reforma, «El proceso...», ob. cit., págs. 351 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, El recurso de casación en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 311 y ss.; idem, O recurso de Casación civil no Proyecto de LEC, en «A Reforma...», ob. cit., págs. 391 y ss.

f) *Recurso de revisión*: RICHARD GONZÁLEZ, La revisión de la sentencia firme en el Proyecto de LEC, en «Comentarios...», ob. cit., págs. 223 y ss.

e) *Recurso de audiencia al litigante rebelde*: VERGER GRAU, La restitución procesal, en «Presente...», ob. cit., págs. 323 y ss.

IV. Ejecución

a) *Aspectos generales*: CALZADO JULIÁ, El despacho de ejecución en el Anteproyecto de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 293 y ss.; CÁMARA RUIZ, La retribución de los depositarios, administradores, interventores judiciales y responsables de bienes o derechos (en el borrador de Anteproyecto de LEC), «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 305 y ss.; CORDÓN MORENO, Consideraciones sobre algunos aspectos de la regulación de la ejecución forzosa en el anteproyecto de LEC, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 397 y ss.; idem, La ejecución en el anteproyecto de LEC, en «La protección...», AAVV., ob. cit., págs. 92 y ss.; ESTÉVEZ FERNÁNDEZ-NOVOA, La ejecución forzosa. Ejecución dineraria y no dineraria, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 419 y ss.; FRANCO ARIAS, La regulación de la ejecución de sentencias firmes españolas, en «Hacia...», ob. cit., págs. 91 y ss.; JIMENO BULNES, Aspectos generales de la ejecución forzosa: aportaciones del nuevo Proyecto de LEC, «La Ley», núm. 4727, febrero, 1999, págs. 1 y ss.; MIRALBELL GUERÍN, La ejecución en el anteproyecto de LEC, en «La protección...», AAVV., ob. cit., págs. 126 y ss.; ORTIZ NAVACERRADA, La ejecución forzosa, dineraria y no dineraria, en el borrador de anteproyecto de nueva LEC, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 427 y ss.; RÍOS SALMERÓN, Ejecución forzosa: ejecución dineraria y no dineraria, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 445 y ss.; RUBIDO DE LA TORRE, La ejecución judicial en el Proyecto de LEC de 1998, en «Actualidad Civil», 1998-4, págs. 1167 y ss.; SERRANO MASIP, La oposición a la ejecución forzosa común en el Proyecto de LEC, en «Comentarios...», ob. cit., págs. 269 y ss.

b) *La ejecución provisional*: ARMENTA DEU, La ejecución provisional

en el anteproyecto de LEC, en «La protección...», AAVV., ob. cit., págs. 110 y ss.; ASECIO MELLADO, La ejecución provisional en el borrador de LEC de 1997, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 487 y ss.; idem, A ejecución provisional no proxecto de LEC, en «A Reforma...», ob. cit., págs. 3 y ss.; CABALLO ANGELATS, La ejecución provisional en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 585 y ss.; idem, La ejecución provisional, «El proceso...», ob. cit., págs. 475; DE LA OLIVA SANTOS, El Proyecto de LEC, de 30 de octubre de 1998, y la ejecución del crédito: ejecución provisional y proceso monitorio, «La Ley», n.º 4745, marzo, 1999, págs. 1 y ss.; DÍAZ MARTÍN, La ejecución provisional de resoluciones judiciales en el Proyecto de LEC, «La Ley», núm. 4806, mayo 1999, págs. 1 y ss.; GIMÉNEZ SÁNCHEZ, La ejecución provisional en el Anteproyecto de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 377 y ss.; GONZÁLEZ LECUONA, La ejecución provisional en el Anteproyecto de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 389 y ss.; MUERZA ESPARZA, Consideraciones sobre la ejecución provisional en el borrador de LEC, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 517 y ss.; RIFA SOLER, La ejecución provisional y las medidas cautelares en el Proyecto de LEC, en «Comentarios...», ob. cit., págs. 97 y ss.; RUIZ MORENO, La ejecución provisional en el borrador de Anteproyecto de la LEC de 1997, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 425 y ss.; TEROL ENSEÑAT, El reconocimiento de la ejecución provisional en el borrador de la LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 433 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, Ejecución provisional y medidas cautelares, «El proceso...», ob. cit., págs. 487 y ss.

c) *El embargo*: CACHÓN CADENAS, Notas sobre la regulación del embargo en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 501 y ss.; idem, Apuntes sobre la regulación del embargo en el Borrador de Anteproyecto de la LEC de 1997, «Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje», (1), 1998, págs. 1 y ss., y (2), 1998, págs. 291 y ss.; GÓMEZ LOECHES, El papel del ejecutado en el señalamiento de bienes para embargo en la LEC y en su Anteproyecto, «Revista General del Derecho», núm. 654, marzo, 1999, págs. 1785 y ss.; HERNÁNDEZ MARTÍN, Proyecto de LEC. Ejecución forzosa, en «Comentarios...», ob. cit., págs. 179 y ss.

d) *El procedimiento de apremio*: ARANGÜENA FANEGO, Consideraciones sobre la subasta de bienes muebles en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 617 y ss.; idem, El procedimiento de apremio sobre bienes muebles en el Proyecto de LEC, «La Ley», núm. 4808, junio, 1999, págs. 1 y ss.; FRANCO ARIAS, Comentarios sobre el procedimiento de apremio en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 549 y ss.; idem, Comentarios de urgencia al procedimiento de apremio regulado en el Borrador de Anteproyecto de LEC auspiciado por el Ministerio de Justicia en 1997, «Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje», (1) 1998, págs. 13 y ss., y (2) 1998, págs. 325 y ss.; ROBLEDO VILLAR, Sobre la realización forzosa de bienes en el Anteproyecto de LEC, «Jornadas...»,

comunicaciones, ob. cit., págs. 333 y ss.; RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, Reflexiones sobre el avalúo y la subasta de bienes inmuebles en el Anteproyecto de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 343 y ss.

e) *La ejecución «no dineraria»*: CARBALLO PIÑEIRO, La ejecución no dineraria con especial referencia a las condenas de dar, en «Presente...», ob. cit., págs. 661 y ss.; NAVARRO MEDINA, La ejecución forzosa no dineraria, soluciones legales presentes y futuras, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 321 y ss.; PADIAL ALBÁS, La condena a la emisión de una declaración de voluntad en el juicio ejecutivo (art. 710 PLEC), en «Comentarios...», ob. cit., págs. 209 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, La regulación de la ejecución forzosa «no dineraria» en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 607 y ss.

f) *La ejecución hipotecaria*: GÓMEZ GÁLLIGO, Acciones registrales en el Proyecto de reforma de la LEC, «Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña», 83, 1999, págs. 379 y ss.; IGLESIAS MEJUTO, Posesión judicial del adjudicatario en la ejecución hipotecaria y Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 649 y ss.; LÓPEZ LIZ, Contra la hipoteca, en «Presente...», ob. cit., págs. 639 y ss.; El Borrador del Ministerio de Justicia para la reforma de la LEC, y La reforma del Anteproyecto de la LEC, en «Contra la Hipoteca. Análisis crítico de los ataques a esta institución», Edit. Bosch, Barcelona, 1999, págs. 345 y ss.; MARTÍN DIZ, El futuro de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles: análisis del Proyecto de LEC, «La Ley», núm. 4839, julio, 1999, págs. 1 y ss.; MONTERO AROCA, La ejecución hipotecaria, en «La protección...», AAVV, ob. cit., págs. 150 y ss.; PRAT I RUBI, La ejecución hipotecaria, en «Presente...», ob. cit., págs. 597 y ss.; SASTRE PAPIOL, La ejecución de la hipoteca en el Proyecto de LEC, «Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña», 83, 1999, págs. 398 y ss.; idem, La ejecución hipotecaria, en «La protección...», AAVV, ob. cit., págs. 163 y ss.

V. Medidas cautelares

a) *Aspectos generales*: CUCARELLA GALIANA, Órgano jurisdiccional competente en materia cautelar en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 737 y ss.; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, La caución procesal como presupuesto para la adopción de medidas cautelares, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 369 y ss.; ECHÁNIZ MACIÁ, Las medidas cautelares en el borrador de anteproyecto de LEC, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 503 y ss.; MUERZA ESPARZA, Las medidas cautelares en el anteproyecto de LEC, en «La protección...», AAVV, ob. cit., págs. 174 y ss.; ORTELLS RAMOS, Tutela cautelar en una nueva LEC, «El proceso...», ob. cit., págs. 421 y ss.; idem, Las medidas cautelares. Análisis crítico del borrador de Anteproyecto de LEC, «Jornadas...», ponencias, ob. cit., págs. 535 y ss.; idem, A tutela precautoria nunha nova LEC, en «A Reforma...»,

ob. cit., págs. 225 y ss.; RIFÁ SOLER, Análisis del concepto y naturaleza de las medidas cautelares en el borrador de la LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 413 y ss.; idem, La ejecución provisional y las medidas cautelares, en «Comentarios...», ob. cit., págs. 97 y ss.; ROBLES REYES, Medidas cautelares: de la discriminatoria situación procesal del demandado. Aspectos del derecho histórico que mejorarían la LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 419 y ss.; ROBLES GARZÓN, Las medidas cautelares en el anteproyecto de LEC, en «La protección...», AAVV, ob. cit., págs. 182 y ss.; SÁNCHEZ LÓPEZ, Las medidas cautelares en el Proyecto de LEC, en «Tribunales de Justicia», n. 5, 1999, págs. 391 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, La configuración de las medidas cautelares en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 669 y ss.; idem, Ejecución provisional y medidas cautelares, «El proceso...», ob. cit., págs. 487 y ss.

b) *El procedimiento cautelar*: GÓMEZ COLOMER, O procedimiento para a adopción de medidas precautorias no Proxecto de LEC de 1998, en «A Reforma...», ob. cit., págs. 163 y ss.; ORTELLS RAMOS, El procedimiento cautelar en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 681 y ss.; RICHARD GONZÁLEZ, El procedimiento para la adopción de medidas cautelares en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 747 y ss.

c) *Las medidas cautelares y el arbitraje*: CUCARELLA GALIANA, Arbitraje y tutela cautelar en el Anteproyecto de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 355 y ss.; LORCA NAVARRETE, La tutela cautelar arbitral (A propósito del Proyecto de LEC), «Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje», 1, 1999, págs. 13 y ss.; MOLINA CABALLERO, La nueva regulación de las medidas cautelares: especial referencia a las medidas a adoptar durante la pendencia de un proceso arbitral, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 407 y ss.; MUÑOZ SABATÉ, Medidas cautelares y arbitraje en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 707 y ss.; SABATER MARTÍN, Arbitraje y medidas cautelares en el Proyecto de LEC, en «Comentarios...», ob. cit., págs. 249 y ss.

d) *Las anotaciones preventivas*: MARTÍN PASTOR, Algunas cuestiones sobre las anotaciones preventivas de naturaleza cautelar en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 767 y ss.; idem, La nueva regulación de las medidas cautelares en el Anteproyecto de LEC y la anotación preventiva de demanda del artículo 42-1.º de la Ley Hipotecaria, en «Tribunales de Justicia», núm. 7, 1998, págs. 727 y ss.; idem, A anotación preventiva de sentencia no Proxecto de LEC, en «A Reforma...», ob. cit., págs. 469 y ss.

e) *Las medidas cautelares en el ámbito de la tutela de la propiedad industrial*: CUCARELLA GALIANA, As dilixencias de comprobación de feitos de Lei de Patentes a luz do Proxecto de LAC, en «A Reforma...», ob. cit., págs. 751 y ss.; PÉREZ DAUDÍ, El Anteproyecto de LEC y las medidas cau-

telares en el proceso de propiedad industrial, en «Presente...», ob. cit., págs. 713 y ss.; idem, El Proyecto de LEC y las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial, «La Ley», núm. 4717, enero, 1999, págs. 1 y ss.

f) *Las medidas cautelares en el ámbito del derecho de la competencia*: BELLIDO PENADÉS, Notas sobre la tutela cautelar en el ámbito del derecho de la competencia, en «Presente...», ob. cit., págs. 755 y ss.

g) *Las medidas cautelares en la impugnación de acuerdos sociales*: MARTÍN PASTOR, El nuevo proceso cautelar y la tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 395 y ss.

h) *Intervención judicial de bienes litigiosos*: CÁMARA RUÍZ, La supervivencia de la intervención judicial de bienes litigiosos como medida cautelar (en el Borrador de Anteproyecto de LEC), «Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje», 2, 1998, págs. 311 y ss.; idem, A intervención judicial de bienes litigiosos como medida precautoria no Proyecto de LAC. Unha proposta de lege ferenda, en «A Reforma...», ob. cit., págs. 729 y ss.

VI. Procesos especiales

a) *Aspectos generales*: BAYO DELGADO, Procesos declarativos ordinarios y procesos especiales, «Jornadas...», Ponencias, ob. cit., págs. 161 y ss.; BONARDELL LENZANO, Notas sobre el procedimiento de integración de títulos ejecutivos a efectos de liquidez en el borrador del Anteproyecto de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 287 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, En torno a los nuevos procesos, ordinarios y especiales, en el borrador de nueva LEC, de abril de 1997, «Jornadas...», Ponencias, ob. cit., págs. 215 y ss.; idem, El Anteproyecto de LEC, de 26 de diciembre de 1997, y la protección del crédito, en «Tribunales de Justicia», núm. 8-9, 1998, págs. 823 y ss.; idem, El Proyecto de LEC, de 30 de octubre de 1998, y la ejecución del crédito: ejecución provisional y proceso monitorio, «La Ley», n.º 4745, marzo, 1999, págs. 1 y ss.; ESPARZA LEIBAR, Los títulos ejecutivos en el Anteproyecto de LEC. El caso del juicio ejecutivo especial de la Ley del Automóvil, en «Presente...», ob. cit., págs. 449 y ss.; GARCÍA-DELGADO GARCÍA, Procesos declarativos ordinarios y procesos especiales, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 187 y ss.; GARNICA MARTÍN, Sistemática de los nuevos procesos ordinarios y especiales, en «Presente...», ob. cit., págs. 359 y ss.; idem, Los procesos declarativos en el Proyecto de LEC, «La Ley», núm. 4769, abril, 1999, págs. 1 y ss. y en «Comentarios...», ob. cit., págs. 11 y ss.; GÓMEZ COLOMER, Procesos declarativos ordinarios y procesos especiales: la propuesta de reforma del Anteproyecto de LEC de 1997, «Jornadas...», Ponencias, ob. cit., págs. 201 y ss.; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Procedimientos declarativos ordinarios y

especiales. Proyecto de reforma, «El proceso...», ob. cit., págs. 287 y ss.; GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, Créditos documentados. Liquidez, ejecución. Proyectos de reforma, «El proceso...», ob. cit., págs. 537 y ss.; LUCES GIL, Los juicios verbales en el borrador de LEC de 1997, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 167 y ss.; RODRÍGUEZ SOL, Procesos declarativos especiales, en «Comentarios...», ob. cit., págs. 41 y ss.

b) *Juicio cambiario*: BONET NAVARRO, Del juicio por letra de cambio, pagaré y cheque en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 459 y ss.; idem, Reflexiones sobre algunos aspectos generales del juicio cambiario, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 129 y ss.; CORREA DELCASSO, El juicio cambiario en el Proyecto de LEC: análisis comparativo con el derecho alemán, naturaleza jurídica y consideraciones en torno a su futura incidencia práctica en el derecho español, «La Ley», núm. 4754, marzo, 1999, págs. 1 y ss.; DÍAZ MUYOR, El juicio cambiario en el Anteproyecto de LEC: aproximación a sus principales novedades, en «Presente...», ob. cit., págs. 377 y ss.; FONT SERRA, El proceso cambiario en el anteproyecto de LEC, en «La protección...», AAVV., ob. cit., págs. 158 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, Los procesos cambiario y monitorio en el Anteproyecto de nueva LEC, en «Tribunales de Justicia», núm. 7, 1998, págs. 721 y ss.; ORTEGA BENITO, La protección especial del crédito en el anteproyecto de LEC: el proceso monitorio y el juicio cambiario, en «Revista de Derecho Patrimonial», núm. 1, I/1998, págs. 619 y ss.; SERRANO MASIP, Notas sobre la regulación del juicio cambiario, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 173 y ss.

c) *Proceso monitorio*: CORREA DELCASSO, El proceso monitorio en el Anteproyecto de LEC, en «Presente...», ob. cit., págs. 395 y ss.; idem, El proceso monitorio en el Anteproyecto de LEC, «La Ley», 1998-1, págs., 1901 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, El Proyecto de LEC, de 30 de octubre de 1998, y la ejecución del crédito: ejecución provisional y proceso monitorio, «La Ley», n.º 4745, marzo, 1999, págs. 1 y ss.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, La batalla del monitorio (acerca del carácter preceptivo o facultativo de la asistencia letrada en el proceso monitorio), en «Tribunales de Justicia», núm. 4, 1999, págs. 299 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, Los procesos cambiario y monitorio en el Anteproyecto de nueva LEC, en «Tribunales de Justicia», núm. 7, 1998, págs. 721 y ss.; GÓMEZ AMIGO, La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español, en «Actualidad Civil», n.º 38, octubre, 1999, págs. 1 y ss. GRANDE SEARA, El proceso monitorio en el Proyecto de LEC, en «Tribunales de Justicia», núm. 4, 1999, págs. 319 y ss.; LORCA NAVARRETE, El proceso monitorio que regula el Anteproyecto de LEC de noviembre de mil novecientos noventa y siete (Ministerio de Justicia). La mutación llega con la segunda entrega (Del Borrador al Anteproyecto de LEC), «Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje», 2, 1998, págs. 351 y ss.; idem, El proceso monitorio, «El proceso...», ob. cit., págs. 519 y ss.; SEONE CACHARRÓN, El proceso monito-

rio. Examen crítico de su regulación en el Borrador de Anteproyecto de LEC, «Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje», 1, 1998, págs. 51 y ss.; y SERRA DOMÍNGUEZ, El proceso monitorio en el anteproyecto de LEC, en «La protección...», AAVV., ob. cit., págs. 141 y ss.

d) *Procesos especiales sobre propiedad industrial y competencia desleal*: BELLIDO PENADÉS, Incidencia del Anteproyecto de la LEC en los procesos especiales sobre propiedad industrial, competencia desleal y materias afines, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 115 y ss.; idem, A acumulación de acciones no ambito do direito da competencia desleal (do Borrador ó Proxecto da LAC), en «A Reforma...», ob. cit., págs. 685 y ss.

e) *Procesos matrimoniales*: BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Los procesos matrimoniales en el Borrador de LEC, «Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje», 2, 1998, págs. 283 y ss.; CABALLERO LOBATO, Los futuros procesos matrimoniales, en «Presente...», ob. cit., págs. 473 y ss.; FONOLL PUEYO, En torno a la problemática en los juicios matrimoniales contentiosos, en «Presente...», ob. cit., págs. 481 y ss.; GRAÑA CRECENTE, Los procesos matrimoniales en el borrador del Anteproyecto de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 151 y ss.; MIRANDA ESTRAMPES, Los procesos matrimoniales, en «Presente...», ob. cit., págs. 423 y ss.

f) *Proceso de incapacitación*: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, El Ministerio Fiscal en los procesos de incapacitación, «El proceso...», ob. cit., págs. 83 y ss.; GALÁN SÁNCHEZ, Los procesos de incapacitación en el Anteproyecto de LEC, «Jornadas...», comunicaciones, ob. cit., págs. 141 y ss.; JOU MIRABENT, El proceso de incapacitación, en «Presente...», ob. cit., págs. 413 y ss.; LARRUBIA DE ROJAS, Reflexiones en torno al proceso de incapacitación, en «Presente...», ob. cit., págs. 491 y ss.; TOLDRÁ ROCA, Normativa procesal sobre la prodigalidad (regulación de la declaración de prodigalidad en el Anteproyecto de LEC), en «Comentarios...», ob. cit., págs. 307 y ss.

Por último, debo destacar la existencia de múltiples estudios que analizan los problemas y soluciones a la actual LEC. Así, vid. RAMOS MÉNDEZ (coord.), *Para un proceso civil eficaz*, AAVV., Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 1982; MONTERO AROCA, *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982; *Jornadas sobre la Reforma del Proceso Civil*, AAVV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990; *Materiales para una Reforma Procesal*, AAVV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; así como el trabajo de FAIRÉN GUILLÉN, *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998 (y la numerosa doctrina por él citada).

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA RECONVENCIÓN EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL ¹

DAVID VALLESPÍN PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

I. Concepto. — II. Fundamento. — III. Naturaleza jurídica. Reconvencción y excepción. — IV. Momento para su formulación. — V. Reconvencción conexa y reconvencción inconexa. — VI. Reconvencción implícita. — VII. Contestación a la reconvencción. — VIII. La reconvencción contra personas distintas del demandante. — IX. Efectos de la reconvencción. — X. La reconvencción en los procesos civiles especiales.

1. Este artículo ha sido fruto de la Conferencia que he tenido el honor de pronunciar el día 9 de febrero de 1999, en el marco del Curso de Extensión Universitaria sobre *La demanda y la defensa del demandado*, organizado por el Área de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, bajo la Dirección Científica del Prof. Dr. JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELLO.

I. CONCEPTOS

Entendido el proceso como una confrontación dialéctica en la que deberá respetarse el principio de igualdad de armas procesales entre ambas partes², cabe señalar que el demandado frente a la demanda interpuesta por el actor puede reaccionar adoptando muy variadas posiciones³: no comparecer, comparecer sin contestación, comparecer y contestar a la demanda, allanarse y reconvenir.

Concretamente, nuestro estudio se va a circunscribir al análisis de una de estas posibles actitudes del demandado frente a la demanda: **la reconvencción**.

La Sección tercera del Capítulo segundo, Título II, Libro segundo de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica «De la contestación, reconvencción, réplica y dúplica», incorpora su regulación. Sin embargo, el tratamiento que nuestro legislador dispensa a la reconvencción puede reputarse como incompleto e insatisfactorio. De ahí, la necesidad de acudir a los estudios doctrinales y al examen de la jurisprudencia para abordar su correcta delimitación conceptual y determinar su fundamento.

En el campo de los estudios doctrinales no existe unanimidad a la hora de conceptualizar el instituto de la reconvencción.

Así, mientras que un importante sector doctrinal entiende que la demanda reconvenccional no es más que una demanda nueva en atención a la cual el sujeto pasivo de la relación jurídico procesal contraataca contra la pretensión del actor, proponiendo a su vez otra pretensión contra él⁴; otros autores abogan por considerar que la re-

convencción es un mero instrumento de defensa que se ofrece al demandado⁵.

Si bien no es tarea sencilla negar a la reconvencción una finalidad intrínsecamente defensiva, lo cierto es que para acometer su correcta conceptualización debe ponerse un especial énfasis en resaltar su sustantividad propia⁶.

De este modo, al delimitar conceptualmente la reconvencción, lejos de analizar su correspondencia con otros medios que tengan por objeto la obtención de una absolución frente a las pretensiones del demandante, conviene resaltar que el demandado no viene obligado a mantener una posición meramente pasiva en el proceso, sino que éste puede llegar incluso a superar los límites de la propia demanda

II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 99: «la reconvencción es una acción nueva que el demandado ejercita frente al actor»; GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, Parte General. El proceso declarativo ordinario, vol. I, con Herce Quemada, Madrid, 1979, pág. 281: «La reconvencción es una acción independiente, que se acumula a la primera, respecto de la cual el demandado pasa a ser actor y el demandante primitivo, demandado»; GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, T. II, *Parte especial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 47: «... el sujeto pasivo de la pretensión puede atacar él, a su vez, y formular contra el demandante una auténtica pretensión procesal. Este ataque del demandado es el que se conoce con el nombre de reconvencción»; PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 500; RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, I, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 294: «La reconvencción es la demanda que a su vez formula el demandado contra el demandante, aprovechando la oportunidad que le ofrece la pendencia del proceso»; ROCCO, U., *Trattato di Diritto Processuale Civile*, I, Utet, Torino, 1957, pág. 311; RODRÍGUEZ SOLANO, F., *La demanda reconvenccional en la legislación española*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1950-2, pág. 223; ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, con traducción de Romera Vera, Ejea, Buenos Aires, 1955, pág. 80, para quien la «wiederklage» es: «la demanda planteada por el demandado, llamado reconviniente, en un proceso pendiente, contra el actor, llamado reconvenido, mediante la cual se aduce una pretensión independiente, a la que se denomina contrapretensión».

5. En este sentido, véanse: MICHELI, G. A., *Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1970, pág. 31: «al demandado también se le reconoce el poder de defenderse atacando a su vez con la presentación en el mismo proceso, de una demanda que podría ser presentada en el proceso distinto contra el originario del actor; y ZANZUCCHI, M. T., *Diritto Processuale Civile*, I, Giuffrè Editore, Milano, 1948, pág. 186: «el demandado puede defenderse haciendo nacer excepciones o cuestiones incidentales, pero también le es consentido, con base a la economía de los juicios y a fin de evitar sentencias contradictorias, proponer a su vez contra la demanda del actor en vía de reconvencción una nueva demanda».

6. NAPPI, P., *La domanda proposta in via riconvenccionale*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1989-3, pág. 751.

2. Tal y como intuyó BULGARO al definir el juicio como un *actus ad minus triumphersonarum*, todo proceso requiere como mínimo de la existencia de dos partes o posiciones parciales ante el juez: una la del actor y otra, la del demandado. Como bien ha significado CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código*, II, Ejea, Buenos Aires, 1962, pág. 294, el proceso debe entenderse como una *cuestión entre partes*, ya que la existencia de un contraste polémico entre los contradictores permite al juez reconstruir, gracias a ellos, la verdad en tres dimensiones; y si no fueran dos las partes, el juez no podría ser imparcial.

3. CALAMANDREI, P., *Il processo come gioco, Opere Giuridiche*, Vol. I, Morano Editore, Napoli, 1965, págs. 537 y ss.

4. Entre otros, véanse: CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal*, Ed. Uteha, Argentina, 1944, pág. 688; CORDÓN MORENO, F., *Algunas consideraciones sobre la reconvencción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Aranzadi Civil*, abril-1993, n.º 7, pág. 23; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*,

a través del ejercicio de una nueva pretensión que le coloque en idéntica posición a la que corresponde al actor originario⁷.

En esta misma dirección de pensamiento nuestro Tribunal Supremo sostuvo inicialmente que la reconvencción consistía en una petición mediante la cual ambas partes se reclaman recíprocamente en el mismo juicio, reuniendo cada una de ellas el carácter de actor y demandado, y estando obligados a contestarse mutuamente ante el juez que tomó conocimiento de la primera y principal pretensión⁸.

Como tendremos ocasión de constatar al analizar la denominada «reconvencción implícita»⁹, esta inicial interpretación jurisprudencial se ha ido orientando con el tiempo hacia una conceptualización más amplia, en la que no han faltado resoluciones en las que se sostiene que cuantos pedimentos se consignen en el escrito de contestación que no sean el de solicitar la absolución de la demanda, constituyen reconvencción y deben ser resueltos por la sentencia aunque no se hayan establecido para tomar la cuestión reconvenccional especiales fundamentos de hecho y de derecho¹⁰.

7. MANDRIOLI, C., *Corso di Diritto Processuale Civile*, I, Torino, 1987, pág. 126.

8. Sirva de ejemplo la STS de 25 de febrero de 1933 (Ar. 1513):

«... no puede ponerse en duda que la imputación de hechos que hace la parte demandada a la actora al contestar a la demanda, y la petición concreta que en relación directa con los mismos se contienen en el suplico del escrito, integrar una verdadera reconvencción, ya que ésta no es más que una acción que el demandado agita contra el actor para que se resuelva en el mismo pleito y bajo una sola sentencia, sin que la ley de procedimiento haya señalado forma especial para su válida utilización, siendo suficiente que se formule en el mismo escrito de contestación a la demanda señalando los hechos y fundamentos legales con la consiguiente petición ...».

9. *Infra*. VI.

10. Sirva de ejemplo, la STS de 19 de noviembre de 1994 (Ar. 8538) en que el recurrente aduce, en esencia, que el escrito de contestación a la demanda contiene una verdadera reconvencción y, no obstante ello, no se le dio traslado de la misma para que pudiera contestarla, con lo que, según dice, se le ha producido indefensión. En este sentido el fundamento de derecho tercero establece:

«... para que pueda tenerse por formulada reconvencción, aunque sea la llamada forma implícita, es necesario que en el suplico del escrito de contestación se formule expresamente cualquier petición que exceda de la pura y simple absolución de las peticiones de la demanda, lo cual no acontece en el presente supuesto, pues el suplico del escrito de contestación a la demanda aparece literalmente redactado así: —Que teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que le acompañan y sus respectivas copias, se digne admitirlo, tenerme por personado y parte en la representación que ostento, mandando seguir conmigo las sucesivas diligencias; por contestada a la demanda en tiempo y forma en el sentido de oponerse totalmente a las pretensiones de la misma deducidas, en base a las excepciones alegadas, y en consecuencia, y previos los

A mi juicio, la reconvencción debe entenderse como una demanda planteada por el demandado, en el proceso pendiente, contra el actor a través de la cual aduce una acción independiente para su resolución con autoridad de cosa juzgada¹¹. De esta forma, el demandado además de defenderse de la demanda, puede también a través de la reconvencción tomar la iniciativa, planteando su pretensión en forma de ataque respecto al demandante originario en el marco de la contestación a la demanda.

II. FUNDAMENTO

Una vez delimitado conceptualmente el instituto de la reconvencción es obligado examinar su fundamento. Sólo así será posible acometer el posterior análisis de su naturaleza jurídica¹², cuestión ésta de la que va a depender en gran medida la respuesta que se ofrezca a los principales aspectos problemáticos que plantea hoy la reconvencción en el proceso civil español.

En el campo del derecho histórico la reconvencción tuvo la finalidad de aprovechar el contacto difícil, por razón de incomunicación geográfica y diversidad de fueros personales entre el Juez y las partes, para que éstas, al figurar como demandados, aprovecharan la ocasión para traer ante el mismo Juez las pretensiones que tuvieran contra el actor¹³.

En la actualidad, el contacto entre el Juez y las partes no está impedido por los inconvenientes referidos. Sin embargo, persiste la regulación de la reconvencción por muy variadas razones.

En una primera aproximación podría pensarse que la razón de ser de la reconvencción estriba en el respeto de la economía y armonía procesales¹⁴. El demandado puede defenderse haciendo nacer ex-

trámites legales pertinentes, se sirva dictar sentencia por la que se desestimen las pretensiones deducidas de contrario, condenando expresamente en costas a la parte demandante—».

11. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, con Gimeno Sendra y Moreno Catena, Colex, Madrid, 1996, pág. 192.

12. *Infra*. III.

13. POLAINO ORTEGA, L., *La reconvencción contra el demandante y otra persona*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1947-I, pág. 30.

14. LOIS ESTÉVEZ, J., *La reconvencción implícita desde el principio de adquisición procesal*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1947, pág. 223.

cepciones o cuestiones incidentales, pero también le es consentida con base en el aprovechamiento de la litis pendiente para solventar las cuestiones que median entre los litigantes, con ahorro de tiempo, gastos y molestias, la posibilidad de proponer a su vez contra la demanda del actor, en vía de reconvencción, una nueva demanda¹⁵.

Ahora bien, la economía procesal y la necesidad de evitar juicios contradictorios no son suficientes para explicar el fundamento de la reconvencción. Ello es así, porque la demanda reconvenccional comporta también un efecto dilatorio en la marcha del proceso principal¹⁶, perturba la tramitación del proceso¹⁷ y lo complica notablemente¹⁸.

Esta realidad ha provocado que sea necesario acudir a otras explicaciones de la existencia del instituto de la reconvencción.

De una parte, se ha individualizado su razón explicativa en la necesidad de procurar la continencia de la causa. Ello traerá como ventaja añadida una mayor seguridad jurídica, ya que el Juez podrá tener una visión global del proceso y llegar a una resolución con mayores fundamentos¹⁹.

Por otra parte, tampoco han faltado quienes han intentado explicar el fundamento de la reconvencción en la necesidad de mantener el respeto del principio de igualdad de armas procesales entre ambos litigantes²⁰, ya que con la demanda reconvenccional se estaría permi-

tiendo que el demandado pudiese ejercitar en un mismo proceso las acciones que tuviese contra el actor²¹.

Finalmente, también se ha intentado explicar la razón de ser de la reconvencción desde la perspectiva del principio de contradicción²². Con base en esta garantía constitucional se ha dicho que el demandado se ve facultado no sólo para contestar a la demanda, sino también para ejercitar un contraataque, por vía reconvenccional, de las posiciones del actor principal²³.

En consecuencia, no puede hablarse de un único fundamento de la reconvencción, sino que su existencia y pervivencia en nuestro ordenamiento jurídico obedece a una explicación plural²⁴. Así, en esta fundamentación de la demanda reconvenccional tienen cabida los principios de economía y armonía procesal, pero también determinados derechos procesales básicos integrantes del modelo constitucional de proceso justo²⁵: contradicción e igualdad de armas procesales.

seno de la cláusula abierta del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (en este sentido véase mi estudio sobre *Las garantías constitucionales en el proceso civil español*, Barcelona, Tesis Doctoral, 1996, en prensa).

21. Como bien ha señalado el CONDE DE LA CAÑADA, la regulación legal de la reconvencción perseguía el aseguramiento del beneficio público y de las partes, de tal forma que reunir las convenciones y mutuas peticiones no es un favor singular dispensado al reo de la primera demanda para que tuviese la posibilidad de introducir la suya ante el juez de su fuero propio que conocía de aquella, sino que igual beneficio alcanzaba al actor al efecto de que no fuese molestado o distraído con la nueva demanda del reo ante otro juez.

22. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 181.

23. FERNÁNDEZ-ESPINAR, G., *Consideraciones en torno a una delimitación del concepto y de la naturaleza jurídica de la reconvencción en el proceso civil*, en la Revista Poder Judicial, 2.ª y 3.ª época, núms. 43 y 44, 1996 (II), pág. 57.

24. GUTIÉRREZ SANZ, M.ª R., *La reconvencción en el proceso civil español*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 21; MÁRQUEZ ROMERO, P., *La reconvencción*, Ed. Comares, Granada, 1994, pág. 28.

25. Un reciente y exhaustivo análisis de lo que debemos entender por «proceso justo» en el marco europeo y latinoamericano, lo encontramos en COMOGLIO, L. P., *Valori etici e ideologie del «giusto processo» (modelli a confronto)*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1998, núm. 3, págs. 887 y ss.

15. ZANZUCCHI, M. T., *Diritto Processuale Civile*, I, obr. cit., pág. 186.

16. DINI, M., *La domanda riconvenzionale nel processo civile italiano*, Giuffrè Editore, Milano, 1978, pág. 113; RODRÍGUEZ SOLANO, F. *La demanda reconvenccional en la legislación española*, obr. cit., pág. 227.

17. DE LA PLAZA, M., *Derecho Procesal Civil Español*, I, Madrid, 1945, pág. 420.

18. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, II, obr. cit., pág. 99.

19. DINI, M., *La domanda riconvenzionale nel processo civile italiano*, obr. cit., pág. 119.

20. Nota esencial del proceso como *cuestión inter partes* es su carácter simétrico (SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación*, en Revista Justicia, 1987-II, pág. 297). La organización del proceso civil debe reflejar los flujos derivados del principio de igualdad en sentido formal en cuanto a las estructuras que debe asumir cualquier procedimiento jurisdiccional para permitir que cada parte pueda hacer lo mismo que la otra para hacerse acreedora a la atribución de la razón (CARNELUTTI, F., *Diritto e Processo*, Napoli, 1958, págs. 98 y ss). En la actualidad en el caso español puede hablarse de una doble constitucionalización de este principio de igualdad de armas procesales: genéricamente en el art. 14 CE y específicamente en el

III. NATURALEZA JURÍDICA. RECONVENCIÓN Y EXCEPCIÓN

Como bien ha significado el Prof. GÓMEZ ORBANEJA²⁶, la reconvencción no debe entenderse como oposición ni respuesta a la demanda, sino como «una acción independiente que se acumula a la primera, respecto de la cual el demandado pasa a ser actor y el demandante primitivo, demandado»²⁷.

Ahora bien, puesto que en ocasiones la reconvencción se ha utilizado como un mero añadido al resto de los medios que son genuinamente defensivos, surgen complicaciones al distinguir entre excepción y reconvencción²⁸, especialmente en aquellos supuestos en que se alega la compensación²⁹.

El propio Tribunal Supremo ante esta situación ha tratado de establecer nítidamente la delimitación entre excepción y reconvencción en su Sentencia de 23 de noviembre de 1992³⁰, ya que al afirmar que la reconvencción es una demanda que el demandado articula contra el actor, aprovechando la oportunidad del proceso iniciado por éste, concluye:

«La reconvencción representa el ejercicio de una acción indepen-

26. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, I, obr. cit., pág. 281.

27. En esta misma línea argumentativa, véase la STS de 23 de mayo de 1998 (Ar. 3994):

«... es de tener en cuenta que la reconvencción, aún formando parte del escrito de contestación, no representa, sin embargo, una simple oposición o respuesta a la demanda, ya que, por su propia naturaleza, es una acción independiente que se acumula a aquélla, y por la que el demandado pasa a ser actor, denominación ésta que la recoge de manera expresa la regla 4.ª del art. 63 LEC, pues, como bien se dice en la sentencia de 17 de febrero de 1992, la formulación de una demanda reconvenccional supone una acumulación de acciones, conservando cada una su individualidad, tanto en cuanto al fondo, como en su aspecto procesal, y con el único efecto de tramitarse las acciones así acumuladas en un mismo procedimiento y decidirse en una sola sentencia. La independencia y autonomía de la reconvencción explica, de por sí, la significación a conceder a la regla 17 del art. 489: —La demanda reconvenccional se valorará por separado—; por consiguiente, su cuantía, a efectos de casación, no viene determinada por la suma de las demandas principal y reconvenccional ...».

28. NAPPI, P., *La domanda proposta in via reconvenzionale*, obr. cit., 753; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La reconvencción. Límites y jurisprudencia*, Editorial General del Derecho, Valencia, 1994, págs. 23 y ss.

29. Un estudio de esta problemática lo encontramos ya en MORENO MOCHOLI, M., *Reconvencción y compensación*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1951-3, págs. 487 y ss.

30. STS de 23 de noviembre de 1992 (Ar. 9363). En igual sentido véase la STS de 8 de febrero de 1996 (Ar. 862).

diente frente a la ejercitada de contrario, hasta el punto que tal acción pudiera ser materia de una demanda en un proceso separado donde no cupiese alegar litispendencia, y pretende la efectividad de un derecho respecto del actor inicial y si ello no acontece, no podrá existir reconvencción, aunque así se la denominase, radicando, precisamente, en la presencia o no de acción autónoma, el mecanismo diferencial entre reconvencción y cualquier medio de defensa empleado por el demandado».

De este modo, cabe entender que la excepción es una defensa del demandado que se centra específicamente en la lucha contra la pretensión, ya que tanto si se trata de excepciones en sentido propio como impropio, lo que se persigue es que el Juez no acoja la acción propuesta por el demandante³¹. En ambos casos, como ha señalado CORTÉS DOMÍNGUEZ³², sólo existe un único objeto procesal, invocado por el demandante, al que se le priva de contenido cuando se ponen de relieve hechos impeditivos y extintivos, por una parte, y hechos excluyentes, por otra.

La reconvencción, por el contrario, supone la interposición de una demanda por el demandado aprovechando el mecanismo de la contestación a la demanda³³. Ejercitada válidamente es independiente de la suerte del proceso principal, ya que conserva su fuerza aunque la demanda haya sido retirada o repelida por defectos procesales o por carecer de fundamentación³⁴.

Mientras que la excepción se opone como defensa, con el objeto de neutralizar la acción consiguiendo una sentencia desestimatoria, la reconvencción como supuesto específico de acumulación objetiva de acciones supone un «contraataque» frente al primitivo actor³⁵.

31. DEVIS ECHANDIA, H., *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*, Aguilar, Madrid, 1966, págs. 512-513.

32. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, obr. cit., pág. 195.

33. Como bien ha significado DAMIÁN MORENO, J., *La reconvencción en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1993, pág. 24: «la reconvencción, aunque procesalmente unida a un acto esencialmente defensivo, genera a su vez una ampliación del objeto litigioso con el fin de obtener un pronunciamiento del juez acerca de una pretensión sustancialmente diversa de la originariamente propuesta por el actor».

34. KISCH, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, (traducción de Prieto-Castro), Madrid, 1940, págs. 314-315.

35. En este sentido, véanse: ANDRIOLI, V., *Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1979, págs. 369-370; MÁRQUEZ ROMERO, P., *La reconvencción*, obr. cit., pág. 56;

Ahora bien, como consecuencia de la falta de un planteamiento especial respecto a la *compensación* en el marco de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil³⁶, la diferenciación nítida entre reconvencción y excepción se complica³⁷.

A partir de la regulación contenida en los arts. 1.195 y ss. del Código Civil, podría entenderse que la compensación que tendrá lugar cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, es una verdadera excepción a la acción del actor.

Sin embargo, la similitud con la reconvencción surge en atención a que la compensación introduce en el proceso una relación distinta —un contracrédito que invalida el crédito del actor—³⁸. Precisamente, la introducción en el proceso de esta nueva relación provoca que el juez no sólo tenga que conocer de la relación jurídica aportada por el demandante, sino también de aquella otra que ha sido aportada por el demandado³⁹.

Ante esta realidad la distinción entre la compensación y la reconvencción debe acometerse, fundamentalmente, a través del análisis de la finalidad que ambas persiguen⁴⁰. Mientras la compensación persigue la absolución del demandado de los pedimentos de la de-

manda, la reconvencción supone una verdadera acción dirigida a obtener la declaración o el reconocimiento de un derecho de igual o distinta naturaleza al promovido por el demandante en la demanda principal y que persigue la condena del actor.

Por otra parte, tampoco han faltado quienes han abogado por distinguir la compensación y la reconvencción en atención a la cosa juzgada. Así, la doctrina tradicional ha venido sosteniendo que mientras que la cosa juzgada afecta a la excepción de compensación hasta la cuantía compensada⁴¹; en el caso de la reconvencción la decisión debería extender su eficacia a la totalidad del crédito opuesto frente al actor.

No obstante, la posibilidad de limitar los efectos de la cosa juzgada a la decisión del Juez sobre la excepción de compensación presenta notables inconvenientes⁴². Por un lado, para resolver sobre ella el Juez tiene que pronunciarse sobre la existencia del crédito del demandado, cuya decisión vendría a actuar como una cuestión prejudicial condicionante respecto de la pretensión de condena cuando el saldo le favorezca⁴³. Por otro, conviene resaltar las repercusiones que en esta materia se van a producir sobre la litispendencia⁴⁴.

Llegados a este punto y ante el confusionismo que preside la labor del Tribunal Supremo en esta materia⁴⁵, resulta imprescindible discernir cómo puede hacerse valer en juicio la compensación.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La compensación en el proceso civil*, Trivium, Madrid, 1988, págs. 82-83.

36. En este sentido conviene señalar que el art. 410 del Proyecto de Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil contiene un planteamiento especial respecto a la compensación, permitiéndose que el demandado alegue la existencia de un crédito a su favor y que dicha alegación pueda ser controvertida por el demandante en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción aunque el demandado sólo pretendiese su absolución.

37. Sobre los problemas inherentes a la compleja naturaleza de la compensación, véanse, entre otros: DE LA OLIVA SANTOS, A., *Compensación y proceso civil de declaración*, en Revista La Ley, 1982.I, pág. 919; y MORENO MOCHOLI, M., *Reconvencción y compensación*, obr. cit., págs. 487 y ss.

38. Este hecho ha conducido a algunos autores a hablar de la existencia de las denominadas *excepciones reconvenzionales*, las cuales introducirían en la litis un elemento nuevo y amplían los límites de la contienda (MORTARA, L., *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civili*, Milano, 1923, págs. 180 y ss). Esta es precisamente la línea que parece seguir el Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 410.

39. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, obr. cit., pág. 196; DAMIÁN MORENO, J., *La reconvencción en el proceso civil*, obr. cit., pág. 35.

40. RODRÍGUEZ SOLANO, F., *La demanda reconvenzional*, obr. cit., pág. 232.

41. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, obr. cit., pág. 196.

42. DAMIÁN MORENO, J., *La reconvencción en el proceso civil*, obr. cit., págs. 37 y ss.

43. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Compensación y proceso civil*, en Revista La Ley, 1982, pág. 923; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La compensación en el proceso civil*, obr. cit., pág. 192.

44. Como bien ha significado GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, I, obr. cit., pág. 277, cuando el sujeto pasivo de la relación jurídico procesal hace valer el crédito concurrente a través de la excepción pero no lo ejercita, no existe litispendencia sobre el mismo. Lo contrario sucede cuando se haya ejercitado en reconvencción sin alegar compensación.

45. Si bien no faltan resoluciones en las que se constata que «para excluir el actor su crédito de la supuesta compensación, precisaba una petición reconvenzional, clara y concreta, sobre la reclamación inmediata de dicho crédito, como líquido y exigible» (STS de 3 de noviembre de 1965-Ar. 4850); en otras (STS de 7 de junio de 1983 —Ar. 7000— y STS de 8 de febrero de 1996 —Ar. 862—) se opta por el seguimiento de una interpretación distinta, de tal forma que en la última de estas resoluciones se afirma:

«... pues obvio es que en una reclamación de suministro de madera se puede poner

Con seguimiento de lo expuesto en esta materia muy agudamente por el Profesor GÓMEZ ORBANEJA⁴⁶, cabe significar que «si el demandado pide la condena por el exceso del crédito estaremos ante un caso indudable de reconvencción. Por el contrario, cuando la compensación es excepción, el demandado no hace valer su crédito para que se declare su existencia, y sí para pretender la inexistencia del crédito del actor, naturalmente perdiendo la parte del crédito exactamente igual a la parte compensada».

Por todo ello, a mi juicio, la compensación puede hacerse valer en nuestro proceso civil como *acción*, cuando el actor rebaja lo que le adeuda el demandado; como *excepción*, en aquellos supuestos en que el sujeto pasivo de la relación jurídico procesal no persigue el ejercicio de su crédito, sino que tan sólo hace valer ese crédito como instrumento de defensa, es decir, en aquellos casos en que la oposición del crédito pretende la enervación de la acción; y como *reconvencción*, cuando el demandado hace valer su derecho frente al actor, esto es, cuando pide la condena por el exceso del crédito.

Situación también controvertida se plantea en aquellos casos en los que nos encontramos ante una *declaración negativa o contradictoria del derecho del actor*, ya que no faltan resoluciones del Tribunal Supremo en que se afirma que no puede considerarse una auténtica reconvencción, aunque así la denomine el demandado⁴⁷, ni tampoco otras en que se declara que estamos ante una reconvencción implícita en aquellos casos en que solicitada en la demanda la resolución del contrato, los demandados solicitaron la declaración de la vigencia del contrato suscrito entre las partes⁴⁸.

Como bien ha significado TAPIA FERNÁNDEZ⁴⁹, si el demandado

en compensación el valor de los trabajos de carpintería hechos por el demandado al actor, es evidente que, por vía de excepción puede esgrimirse ...».

46. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, I, obr. cit., pág. 276.

47. STS de 2 de julio de 1946:

«ambas peticiones —cumplimiento del contrato solicitud de su rescisión— se refieren al mismo vínculo contractual, son naturalmente contradictorias e incompatibles, se excluyen mutuamente, y resuelto el pleito en cualquiera de ambas partidas y conclusiones, queda implícita y lógicamente desestimada la contraria que, en tal supuesto, cualquiera que sea la inicial del proceso no representa ni siquiera otra cosa que una excepción cuyo análisis y resolución constituye una fase del juicio en que se produce».

48. STS de 11 de julio de 1983 (Ar. 4206).

49. TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La reconvencción. Límites y jurisprudencia*, obr. cit., págs. 33 y ss.

contradice el fundamento de la demanda, solicitando su absolución, está negando la acción y se mantiene dentro de los límites de la pura defensa. Sin embargo, cuando pida, además, la declaración negativa o contradictoria del derecho alegado por el actor, tal posicionamiento implica el ejercicio de una acción por parte del demandado.

IV. MOMENTO DE SU FORMULACIÓN

La reconvencción se debe proponer siempre y de forma exclusiva en el término que las leyes procesales conceden al demandado para contestar la demanda.

Las propias exigencias del principio de igualdad implican que ni antes ni después de la contestación pueda el demandado hacer uso de la reconvencción, quedando a salvo el derecho que éste tiene para ejercitar su acción separadamente en el juicio que corresponda⁵⁰. Todo ello sin olvidar que cuando interese el tratamiento conjunto de algún objeto litigioso, siempre cabe conseguirlo mediante la acumulación de autos⁵¹.

No obstante, el que la reconvencción deba interponerse siempre en la contestación de la demanda no debe hacernos caer en la equivocación de entender que la reconvencción y la contestación deban presentarse inexcusablemente unidas, pues nada obstaculiza al demandado para que absteniéndose de contestar a la demanda formule reconvencción⁵².

Por otra parte, aun cuando la reconvencción esté ínsita en el escrito de contestación a la demanda, nada impide que dicha reconvencción esté sujeta a los requisitos formales establecidos en el art. 524 LEC⁵³. Por tanto, sin ser necesario alegar la reconvencción aisla-

50. DAMIÁN MORENO, J., *La reconvencción en el proceso civil español*, obr. cit., pág. 80.

51. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, I, obr. cit., pág. 296.

52. PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal*, I, obr. cit., pág. 508.

53. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, obr. cit., pág. 193.

damente en el marco de la contestación, sí que deben precisarse los fundamentos fácticos y jurídicos, el suplico y la edictio actionis⁵⁴.

V. RECONVENCIÓN CONEXA Y RECONVENCIÓN INCONEXA

Respecto a los denominados límites objetivos de la reconvencción, conviene señalar que la mayor parte de los ordenamientos procesales civiles de los países de nuestro entorno cultural exigen que la reconvencción sea *conexa*, es decir, que guarde un nexo causal con lo que ha sido alegado en la demanda⁵⁵.

Así, no faltan ordenamientos como el alemán en que el parágrafo 33 de la ZPO exige que la reconvencción sólo pueda deducirse en aquellos supuestos en los que la pretensión reconvenccional esté en conexión con la que se hizo valer en la demanda o con los medios de defensa utilizados contra la misma⁵⁶; o como el italiano, en que el art. 36 del c.p.c. permite que el demandado puede aprovechar la pendencia de un proceso para introducir una acción propia, que ha-

54. Véase la STS de 9 de abril de 1996 (Ar. 2912):

«La sentencia recurrida aceptó la desestimación de la reconvencción de la primera instancia por sus mismos razonamientos, que sustancialmente fueron: que no existía en la reconvencción articulada con clara separación de la contestación a la demanda una exposición de los hechos en que se apoyaba su pretensión, y que se pedía una condena condicional, dependiente de un hecho futuro e incierto como es la condena a una sociedad anónima en otro pleito distinto. No hay exposición de hechos exigida por el art. 524 LEC, cuando en el que se califica como primero, que en realidad es único, se dice: —los daños y perjuicios que pudiera ser condenada mi principal en los Autos 617/1987 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 como consecuencia de la destrucción de la mercancía derivada del mal suministro de nitrógeno durante su estancia en la terminal—. Es claro que no se relata ningún hecho, sino el contenido de una pretensión, fundada en una futura sentencia en la que se ha de determinar si existen aquellos daños y su cuantificación. Por otra parte, la reconvencción tenía por objeto la obtención de una condena actual si en el futuro se obtenía la contingencia de la condena de la reconveniente al pago de daños y perjuicios a la actora de otro pleito en el que figura como demandada, es decir, que en el momento de la reconvencción son abstractos e hipotéticos ...».

55. ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, obr. cit., pág. 82: «habrá conexión cuando la demanda reconvenccional se refiera al mismo objeto que la pretensión de la demanda o cuando los caracteres que constituyen la esencia propia de la norma que la fundamenta resulten de las mismas circunstancias de hecho que sirven de base a la pretensión de la demanda».

56. WACH, A., *Manual de Derecho Procesal Civil*, (traducción de Banzhaf), Ejea, Buenos Aires, 1977, II, pág. 228.

bría también podido ejercitar autónomamente, en atención a la conexión entre la demanda original y la demanda sucesiva⁵⁷.

Por el contrario, en el ordenamiento procesal civil español no se incorpora esta exigencia⁵⁸. La actual Ley de Enjuiciamiento Civil con apoyo en el principio de economía procesal permite la denominada reconvencción *inconexa*, de tal forma que el demandado aprovechando la pendencia del proceso puede proceder al ejercicio de cualquier acción que le competa contra el actor, sin que entre ambas acciones haya más conexión que la subjetiva⁵⁹.

Esta realidad sufre, no obstante, una importante modificación en el Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando el art. 408 establece para el juicio ordinario que «sólo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal», está optando por consagrar la prohibición de la reconvencción *inconexa*. De este modo, la conexión viene configurada como presupuesto de la admisibilidad de la reconvencción.

Esta opción prelegislativa que puede encontrar su razón de ser en la necesidad de salvaguardar el respeto del principio de igualdad de armas procesales⁶⁰; en la idea de no provocar la complicación

57. DINI, M., *Riconvenzione*, Novissimo Digesto Italiano, Utet, Torino, 1968, T. XV, pág. 967.

58. Como bien ha señalado MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, *Proceso civil*, obr. cit., págs. 173-174:

«la tradición española en materia de reconvencción no exige conexión objetiva alguna entre las pretensiones acumuladas, salvo en procedimientos con objeto especial. Este es el caso, por ejemplo, de las tercerías de mejor derecho en las que la jurisprudencia admite que los demandados puedan reconvenir pero sólo cuando su pretensión sea conexa a la primera (el demandante tercerista pide que se declare la preferencia de su crédito, y alguno de los demandados reconviene pidiendo la nulidad del mismo)».

59. GUTIÉRREZ SANZ, M.^a R., *La reconvencción en el proceso civil español*, obr. cit., págs. 64 y ss. y MORENO MOCHOLI, M., *Reconvencción y compensación*, obr. cit., págs. 491-492.

60. CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal*, II, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1922, pág. 710:

«si se admitiese a todo demandado aprovecharse del juicio pendiente para reconvenir al actor con cualquier pretensión imaginable, se vendría a favorecer la condición del demandado más allá de lo exigido por los derechos de defensa, obstaculizando al mismo tiempo la libertad de obrar del actor, el cual, al momento de presentar una demanda, no estaría en situación de medir las consecuencias de su acto ni de prever los límites de las futuras discusiones, por lo que las razones de economía procesal no bastarían para justificar parecidos resultados».

del contenido del proceso ante la ampliación ilimitada de su objeto⁶¹; y en la oportunidad de no originar la ruptura de la unidad orgánica del proceso⁶², planteará, sin embargo, no pocas dificultades, ya que determinar cuándo exista conexión con la demanda principal y cuando la reconvencción sea inconexa no siempre será tarea sencilla⁶³.

Significar también que con la regulación propuesta en el Proyecto se mantienen como límites a la demanda reconvenccional tanto la falta de competencia objetiva del Juez por razón de la materia o de la cuantía, como el hecho de que la acción que se ejercite deba ventilarse en un juicio de diferente tipo o naturaleza⁶⁴.

VI. RECONVENCIÓN IMPLÍCITA

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil presenta una importante laguna en orden a la regulación de la forma que ha de revestir la reconvencción⁶⁵. Así, cuando el art. 542 LEC se refiere a la posibilidad que tiene el demandado de proponer la reconvencción en el mismo escrito de contestación, no incorpora una definición general sobre los requisitos formales que aquélla debe adoptar.

Ante este vacío legal no han faltado autores que han eximido a la reconvencción de su habitual formalismo⁶⁶. Ahora bien, si entende-

61. KISCH, W., *Derecho Procesal Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 314.

62. SANPONS SALGADO, M., *La reconvencción*, Colección Nereo, Barcelona, 1962, pág. 138.

63. TARZIA, G. y BALBI, C., *Riconvenzione*, en Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, 1989, pág. 274.

64. En este punto tal y como ha señalado ÓRTEGO PÉREZ, F., *Los escritos de alegaciones: la demanda y la contestación en el juicio ordinario*, «Presente y futuro del proceso civil», dirigido por PICÓ I JUNOY, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 214; debe tomarse en consideración, por un lado, la contraexcepción a la regla general que supone la posibilidad, ya hoy vigente, de poder reconvenir en un proceso de más cuantía por la materia que sea propia de un juicio verbal; y, por otro, que estas excepciones de competencia y de naturaleza del juicio tendrán muy escasa trascendencia, porque no existe la Justicia de Distrito y en el Proyecto se suprimen un importante elenco de juicios especiales.

65. LOIS ESTÉVEZ, J., *La reconvencción implícita desde el principio de adquisición procesal*, obr. cit., pág. 228.

66. GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, I, obr. cit., pág. 252.

mos la reconvencción como una demanda autónoma incorporada a la contestación⁶⁷, desde una perspectiva analógica, por imperio del art. 524 LEC, debería ser conveniente que la reconvencción fuese *expresada*⁶⁸, convirtiendo así en regla general el criterio contenido en el art. 46 del Decreto de 21 de noviembre de 1952⁶⁹.

No obstante, son muy variadas las razones que fomentan la existencia de situaciones en que la petición reconvenccional aparece «enmascarada»⁷⁰ dentro del propio escrito de contestación y hay que deducirla de su propio sentido, a tenor de las peticiones que resulten de dicho escrito y que supongan algo más que la mera súplica de-estimatoria de la demanda.

Surge así, el problema de las llamadas *reconvencciones implícitas o tácitas*, cuyo planteamiento tiene su punto de partida en aque-

67. Supra. I.

68. Entre otros, véanse: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, obr. cit., pág. 193: «Es evidente que aun cuando la reconvencción esté ínsita en el escrito de contestación, ello no impide que se atenga dicha reconvencción a la forma establecida en el art. 524 LEC»; GUTIÉRREZ SANZ, M.ª R., *La reconvencción en el proceso civil español*, obr. cit., pág. 129: «Puesto que se trata de una auténtica demanda, y la propia LEC en sus arts. 63.4 y 716.2 así lo reconoce, lo más lógico sería suponer que la reconvencción debería adoptar idéntica forma y estructura que aquélla»; LOIS ESTÉVEZ, J., *La reconvencción implícita desde el principio de adquisición procesal*, obr. cit., pág. 220: «la investigación de la naturaleza de la reconvencción, que conduce a considerarla como una pretensión independiente, parece aconsejar el establecimiento entre ambas de una asimilación formal»; MANRESA, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil reformada*, III, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1887, págs. 125 y ss.: «El escrito de contestación se formulará exponiendo primero todo lo relativo a la contestación, y después lo referente a la reconvencción. En aquella parte, el demandado podrá confesar o negar la demanda, o proponer excepciones, lo mismo que si no hubiera de hacer uso de la reconvencción: en ésta expondrá todo lo relativo a la misma, como si formulara una demanda»; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, obr. cit., pág. 175: «En principio pudiera concluirse que si la reconvencción supone la interposición de una pretensión, los requisitos de contenido habría de ser los dichos para la demanda completa».

69. Art. 46 del Decreto de 21 de noviembre de 1952:

«La reconvencción se formulará en el mismo escrito de contestación, pero con la debida separación en cuanto a los hechos, fundamentos y pretensión que se formule. No se admitirá reconvencción por cuantía superior a 800.000 pesetas y tampoco cuando haya de tramitarse por un procedimiento especial. No obstante, podrán acumularse aquellas acciones que debieran tramitarse pro el procedimiento del juicio verbal».

70. En este sentido y aludiendo expresamente a maniobras dolosamente articuladas, véase: FAIRÉN GUILLÉN, V., *La ley de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, pág. 24, nota 3.

lla interpretación jurisprudencial según la cual hay reconvencción siempre que se presente cualquier petición que no venga limitada a la mera solicitud de la exoneración de la demanda⁷¹.

En favor de la admisibilidad de la reconvencción implícita o tácita se han empleado variadas argumentaciones. De una parte, en el derecho comparado predomina en este punto un sistema de libertad de formas⁷². De otra, poniendo el acento en su finalidad, la reconvencción implícita no contraría los principios constitucionales en cuanto que exigen que la interpretación de las normas procesales se lleve a cabo de la forma más favorable para el ejercicio de los derechos, siendo suficiente que la petición se formule de un modo que en sí mismo descubra la intención de reconvenir⁷³.

Ahora bien, frente a estos argumentos favorables a la admisibi-

71. En este sentido, véanse, entre otras: STS de 28 de enero de 1998 (Ar. 118):

«Por razón de fondo hubo una verdadera reconvencción, que niega la parte recurrente en este motivo. Existe reconvencción cuando la parte demandada *hace cualquier petición que no se limite a pedir que se le absuelva*. En el presente caso, la parte demandada, actual recurrente en casación, en el suplico de su contestación pide: —deberá condenarse (a la actora) al pago de las demoras—; prescindiendo de que tal petición sea alternativa o más bien subsidiaria, se está ejerciendo una acción declarativa de condena contra la parte actora, muy distinto a la mera petición de ser simplemente absuelta de la demanda y ello significa *reconvencción implícita*».

y STS de 7 de mayo de 1998 (Ar. 3873):

«Para que pueda considerarse formulada una reconvencción (expresa o implícita) es imprescindible que el demandado, al contestar a la demanda, deduzca frente al demandante alguna pretensión o pedimento distinto del meramente referido a la desestimación de la demanda. Según se desprende de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior el grupo de demandados representado por su Procuradora, aunque en su escrito de contestación dijeron formular una *reconvencción implícita*, ello no se correspondía con la realidad, pues en el *petitum* de su referido escrito de contestación se limitaron a pedir, por un lado, la desestimación parcial de un pedimento de la demanda (lo que entrañaba un allanamiento, también parcial, a dicho pedimento, en cuanto a la cantidad de dinero del total reclamado, que ellos reconocían adeudar a la actora), y, por otro lado, la desestimación total del otro pedimento. Pero no hicieron ninguna otra petición distinta de ello, por lo que no llegaron a formular reconvencción alguna (ni expresa ni implícita), habiendo, por tanto, la sentencia de primera instancia correctamente al manifestar que no era necesario ningún pronunciamiento expreso sobre la decisión de esa inexistente reconvencción».

72. TARZIA, G.-BALBI, C., *Riconvenzione*, obr. cit., pág. 679.

73. En este sentido véanse, entre otros: ALCALÁ-ZAMORA, N., *Acerca del origen y objeto de la reconvencción*, en *Clínica Procesal*, México, 1982, pág. 551; DAMIÁN MORENO, J., *La reconvencción en el proceso civil español*, obr. cit., pág. 87; y LORCA NAVARRETE, A. M.ª, *Derecho Procesal Civil, Laboral y Contencioso-Administrativo*, Madrid, 1990, pág. 152.

lidad de la reconvencción implícita en nuestro ordenamiento procesal civil, las principales objeciones se concentran en señalar que este tipo de reconvencciones tácitas suponen una vulneración del principio de contradicción hoy consagrado como garantía constitucional⁷⁴.

En el caso del juicio de mayor cuantía una reconvencción implícita podría ser admisible, ya que en los escritos de réplica y dúplica puede salvaguardarse el respeto del principio de contradicción.

Como bien ha significado LOIS ESTÉVEZ⁷⁵, en el caso de formular en el suplico de la contestación una pretensión independiente de la absolutoria, no existe perturbación alguna del principio de contradicción, ya que con base en el art. 546 LEC⁷⁶, la parte actora dispone del término de la réplica para realizar la contestación correspondiente.

Por el contrario, en los casos del juicio de menor cuantía⁷⁷ y de pequeña o inferior cuantía⁷⁸, al no existir un específico trámite

74. Bajo la cobertura del principio de audiencia o contradicción se está haciendo alusión a que el proceso tiene una construcción dialéctica y a que en el debate judicial ambas partes deben ser oídas. Se trata de una exigencia jurídico-natural que se encuentra constitucionalizada en el art. 24 CE y que puede sintetizarse en su significado bajo los aforismos latinos *audiatur est altera pars* y *nemo inauditus dannari potest* o el dicho castellano según el cual *nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio*, en el sentido de que en realidad sólo se exige la posibilidad de ser oído, con independencia de la utilización o no de tal posibilidad (VÁZQUEZ SOTELLO, J. L., *Los principios del proceso civil*, en la obra colectiva *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, coordinada por Albácar López, Madrid, Trivium, Madrid, 1994, págs. 405-406).

75. LOIS ESTÉVEZ, J., *La reconvencción implícita desde el principio de adquisición procesal*, obr. cit., págs. 232-233.

76. Art. 546 LEC: «De la contestación a la demanda se dará traslado al actor para réplica, por término de diez días, y de la réplica, por igual término al demandado para dúplica».

77. El art. 688 LEC: «Si el demandado formulare reconvencción, se conferirá traslado al actor para que conteste sobre lo que sea objeto de la misma, dentro del plazo de diez días», pone de manifiesto la necesidad de contar en este juicio con un trámite autónomo de contestación a la reconvencción.

En el marco del juicio de menor cuantía podría aprovecharse la comparecencia previa para que el demandado pueda aclarar sus pretensiones, haciendo notar si es preciso la existencia de una reconvencción implícita (STS de 10 de marzo de 1990 —Ar. 1685—).

78. Respecto al mal llamado juicio de cognición, el art. 46 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 pone fin a las controversias sobre la forma que debe adoptar la reconvencción (ARAGONES ALONSO, P., *Técnica procesal (Proceso de cognición y juicio verbal)*, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, pág. 460).

de alegaciones, sólo podrá tener lugar la oportunidad de contradicción cuando la demanda reconvenicional sea expresa. Admitir lo contrario supondría obviar que en estos juicios es obligado arbitrar un trámite autónomo de contestación a la reconvenición.

Por lo que hace referencia al juicio verbal, no faltan autores que con base en el principio de oralidad abogan por estimar que debería ser admisible la demanda reconvenicional sin sometimiento a formalismo alguno, pues tanto el juez como la parte tendrían la oportunidad de aclarar cualquier duda con tan sólo preguntar al demandado⁷⁹. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 716,2 LEC⁸⁰, estimo que la reconvenición es una auténtica demanda que debe sujetarse a sus mismos requisitos formales y estructurales.

Ante el panorama que se acaba de describir el Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha optado por consagrar, acertadamente, la inadmisibilidad de la reconvenición implícita. Así, el núm. 3 de su art. 408 establece:

«La reconvenición se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el art. 401. La reconvenición habrá de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos ...».

De este modo, al fijarse el momento procesal oportuno para la formulación de la reconvenición a continuación de la demanda, y al ser ésta técnicamente una demanda cuyo contenido formal deberá ajustarse a lo dispuesto en el art. 401, no cabe admitir la reconvenición implícita o tácita.

Ahora bien, el juicio positivo que merece la no admisibilidad

79. DAMIÁN MORENO, J., *La reconvenición en el proceso civil*, obr. cit., pág. 92; GUTIÉRREZ SANZ, M.^a R., *La reconvenición en el proceso civil español*, obr. cit., pág. 136.

80. Art. 716.2 LEC:

«Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior —Los Jueces de Primera Instancia serán competentes para conocer en juicio verbal de toda demanda cuyo interés no exceda de las 80.000 pesetas. Los Jueces de Paz conocerán, por los mismos trámites, de las demandas cuya cuantía no exceda de 8.000 pesetas. No se admitirán en estos juicios reconveniciones ni tercerías por cuantías que excedan de las señaladas en el párrafo precedente—. 2.º. Las que se deduzcan por reconvenición en los juicios de mayor o menor cuantía, las cuales se ventilarán y decidirán conforme a lo prevenido en los artículos 544 y 688».

de la reconvenición implícita se ve empañado por lo inadecuado del último párrafo del art. 408.3 del Proyecto:

«En ningún caso se considerará formulada reconvenición en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal».

Este último apartado no sólo olvida la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo según la cual no existe reconvenición cuando el demandado tan sólo se limita a la formulación de su absolución o exoneración de la demanda; sino que también es innecesario, porque si se formula una reconvenición expresa para solicitar la absolución de la demanda, el Juez no debe admitirla, ya que no estamos más que ante una simple oposición a la demanda y no ante una reconvenición⁸¹.

VII. CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

Si tenemos presente que la reconvenición es una demanda autónoma por la que se convierte simultáneamente el actor en demandado, es lógico concluir que con apoyo en el principio de contradicción debe tener la oportunidad de pronunciarse sobre ella⁸².

La articulación de la contestación a la reconvenición que se presenta sencilla en los juicios de mayor cuantía —el demandante contestará a la reconvenición en la réplica— y verbal civil —todas las actuaciones se concentran en único acto— se complica notablemente

81. En esta misma dirección de pensamiento se ha expresado el Prof. DAMIÁN MORENO, J., en su Ponencia sobre *El período de alegaciones en el Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, pronunciada en el marco del I Congreso de Derecho Procesal de Galicia, celebrado en la Universidad de A Coruña los días 27 y 28 de noviembre de 1998.

82. El actor podrá adoptar la postura que más le convenga: contestarla, no contestarla, formular alegaciones y excepciones oportunas, o bien allanarse a la pretensión (DAMIÁN MORENO, J., *La reconvenición en el proceso civil*, obr. cit., pág. 93 y MASCARELL NAVARRO, M.^a J., *La reconvenición en el proceso laboral*, en *Revista Justicia*, 1985, pág. 851). Esta misma línea de pensamiento se refleja en el art. 409.2 del Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil:

«el actor reconvenido y los sujetos expresados en el apartado anterior podrán contestar a la reconvenición en el plazo de veinte días a partir de la notificación de la demanda reconvenicional. Esta contestación se ajustará a lo dispuesto en el art. 407».

en el resto de juicios, en los que va a ser necesario arbitrar un trámite autónomo de contestación a la reconvencción⁸³.

Así, en el juicio de menor cuantía la Ley de Enjuiciamiento Civil intercala un trámite específico para la contestación a la reconvencción⁸⁴, cuyo contenido lo ha de integrar exclusivamente la respuesta del actor a la reconvencción contra él formulada⁸⁵.

Por su parte, en el juicio de pequeña o inferior cuantía, el art. 45 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 dispone que una vez formulada la reconvencción por el demandado, se dictará providencia en el mismo día o en el siguiente dando traslado al actor para que sobre ella, exclusivamente, alegue lo que se le ofrezca en el plazo de tres días⁸⁶.

VIII. RECONVENCIÓN CONTRA PERSONAS DISTINTAS DEL DEMANDANTE

El interrogante principal a responder en este punto consiste en decidir si puede admitirse la reconvencción, a la vez que contra el demandante, contra persona distinta de éste.

Con carácter general se viene entendiendo tanto por la doctri-

83. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, I, obr. cit., pág. 297.

84. Art. 688 LEC.

85. ALMAGRO NOSETE, J., *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Cortés Domínguez, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 562. En esta materia la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de abril de 1998 (Ar. 2986), en un caso en que el demandante reclama una indemnización por resolución unilateral del contrato llevada a cabo por la parte demandada, el 15% del beneficio industrial más la retención efectuada, y que es, en el escrito de contestación a la reconvencción cuando fija la cantidad total el demandante; y, aparte, incluye otra serie de conceptos que se consideran inadecuados a reclamarlos, puesto que no se contenían en el escrito de la demanda, ha matizado que:

«... no existe vulneración de los principios de audiencia o contradicción, pues, las circunstancias de que en la contestación a la reconvencción, se concrete por el actor el —petitum— de su reclamación planteada, no rebasa ni incorpora ninguna otra pretensión nueva, que sobre su resarcimiento ya no hubiera postulado el mismo en su demanda ...».

86. Ello explicaría como ha significado DAMIÁN MORENO, J., *La reconvencción en el proceso civil*, obr. cit., pág. 97, que en este juicio de pequeña o inferior cuantía no es subsanable la falta de traslado de la reconvencción para su contestación.

na⁸⁷ como por la jurisprudencia⁸⁸, que la reconvencción sólo puede dirigirse contra el o los demandantes.

Ahora bien, siguiendo lo expuesto por parte de la doctrina extranjera⁸⁹, se ha planteado el interrogante sobre la posibilidad de admitir la intervención de otros sujetos, bien por deducir una pretensión conexa pero incompatible con la que es objeto de debate, aun cuando ostenten una posición idéntica a la del reconviniendo; o bien por figurar litisconsorcialmente unidos al demandado reconvenicional⁹⁰.

Respecto a la reconvencción contra codemandados la jurisprudencia ha reiterado, salvo en algunas excepciones⁹¹, la idea de que

87. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, obr. cit., pág. 199; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, obr. cit., pág. 177; PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, obr. cit., pág. 501; RODRÍGUEZ SOLANO, F., *La demanda reconvenicional*, obr. cit., pág. 245.

88. Sirva de ejemplo, la STS de 5 de marzo de 1992 (Ar. 2390): «la demanda reconvenicional sólo puede dirigirla el demandado contra quien en el proceso es el demandante inicial, y no contra un tercero extraño al mismo, todo lo cual determinó que la expresada y anómala reconvencción no pudiera ser debidamente tramitada, al dirigirse la misma contra quien no era parte en el proceso».

89. TARZIA-BALBI, *Riconvenzione*, obr. cit., pág. 670.

90. En este sentido, véase el análisis efectuado por DAMIÁN MORENO, J., *La reconvencción en el proceso civil*, obr. cit., págs. 48 y ss.

91. Estas excepciones se han constatado tanto en materia de tercería de dominio como en aquellas otras situaciones en que un codemandado ha aparecido como sujeto reconvenido, si bien de forma indirecta, bajo la apariencia de una inexistente «tácita acumulación de autos».

En el primer supuesto —tercerías de dominio— no faltan resoluciones en que se admite la posibilidad de reconvenir a la parte actora y a un codemandado (sirva de ejemplo, la STS de 26 de junio de 1979 —Ar. 2549—). Cabe de este modo que, en una tercería de dominio, el demandado ejecutante recovenga solicitando la rescisión por fraude de acreedores de la compraventa en virtud de la cual el demandado ejecutado transmitió el bien al demandante. Para ello se vería obligado a reconvenir contra el demandante de la tercería y contra el otro demandado.

Ahora bien, la jurisprudencia ha matizado que la oposición a la tercería alegando la nulidad del título esgrimido puede hacerse valer mediante una excepción, sin necesidad de plantear demanda reconvenicional (por todas, véase la reciente STS de 27 de abril de 1998 —Ar. 2991—):

«... conveniente resulta a los efectos de la debida resolución del caso, que se precise el alcance que puede tener la reconvencción en las tercerías de dominio, pues frente a una moderna tesis muy amplia que considera, sin una reflexión adecuada sobre el objeto de la tercería, que el proceso declarativo que le sirve de cauce admite cualquier modalidad de reconvencción e incluso, fuera de toda lógica, llega a argüir que debe permitirse la intervención de personas ajenas a la litis en la reconvencción formulada por el ejecutante en solicitud de la nulidad del título, es lo cierto que la jurisprudencia nunca

no es posible dirigir la reconvencción contra un codemandado⁹², ya que al ocupar éste la misma posición que el actor reconvenccional se encuentra imposibilitado para llevar a cabo una acción de estas características⁹³.

ha olvidado la naturaleza del juicio de tercera como incidencia de la ejecución, ni su finalidad básica, que no es otra, que el levantamiento del embargo sobre los bienes trabados para excluirlos de la ejecución (STS de 1 de abril de 1993). Por ello, no cabe que sea admitida una reconvencción de objeto indiscriminado y, únicamente, tras razonables titubeos acerca de su procedencia en el juicio de tercera, después de la aceptación de la legitimidad de la excepción de nulidad del título, como motivo de oposición frente al tercerista, se ha abierto paso la doctrina jurisprudencial que tolera la reconvencción sobre la nulidad del título (STS de 26 de junio de 1979), doctrina, en la que, sin duda habrá pesado, la dificultad que en nuestro Derecho ofrece, a veces, la distinción entre la excepción y la reconvencción, sobre todo si se tienen en cuenta la amplitud del concepto de la segunda y la posibilidad admitida de la reconvencción implícita. Cuando la nulidad del título se hace valer como simple excepción el rigor sobre posibles terceros implicados en el negocio que tendrían que soportar la declaración de nulidad decae, pues el Tribunal sentenciador, como establece la jurisprudencia, se limita a apreciar la inexistencia de un título válido de dominio del tercerista (STS de 24 de julio de 1992). Mas si la nulidad se plantea, por vía de reconvencción será preciso constatar quienes fueron partes en el contrato cuya nulidad se pida no para traer a ningún tercero al pleito, sino para estimar, si alguno de los sujetos en la relación jurídico-material, que conforma el título, no es parte en la tercera, y, con ello, la imposibilidad del pronunciamiento por falta de litisconsorcio pasivo necesario (STS de 24 de julio 1992), o más correctamente, por insuficiente legitimación pasiva (STS de 20 de julio de 1994). Esta doble posibilidad de alegar la nulidad del título esgrimido, ya sea, por vía de acción reconvenccional o por vía de excepción la reiteran otras sentencias, entre ellas la STS de 9 de mayo de 1997 al comentar que la doctrina de esta Sala es que, en principio, en la tercera de dominio no cabe reconvencción, pues no es un proceso principal e independiente, sino un incidente del proceso ejecutivo principal; en su caso, habría reconvencción si se alega por la parte demandada en tercera de dominio, la nulidad del título del tercerista demandante, que también la puede plantear como excepción ...».

En el segundo caso, en que un codemandado aparece como sujeto reconvenido, bajo la apariencia de una inexistente tácita acumulación de autos (véase la STS de 27 de junio de 1988 —Ar. 5134—).

Planteando igual solución para otras situaciones —vg. acción de responsabilidad por vicios en la construcción— véase: TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La reconvencción. Límites y jurisprudencia*, obr. cit., págs. 76 y ss.

92. Por todas, véase la STS de 14 de octubre de 1997 (Ar. 7155):

«El demandado solicitó por vía reconvenccional: a) la resolución del contrato social por vicio del consentimiento; b) la nulidad del contrato social por falta de consentimiento de su esposa; c) la nulidad de la escritura de constitución por vicio de consentimiento; d) la disolución de la sociedad por imposibilidad de realizar su fin; e) la extinción de la sociedad por un socio. Tratándose de una sociedad mercantil (por el tráfico jurídico a que se iba a dedicar según la escritura irregular), esta causa de disolución no habría inconveniente en admitirla (art. 1700 CC y art. 224 CCom), pero no puede hacerse declaración judicial al efecto porque ello exigiría que se hubiese demandado a los demás socios participantes. Uno de ellos es efectivamente el actor, pero otro es el codemandado contra el cual, según doctrina inveterada de esta Sala, no cabe reconvenir, salvo en las tercerías de dominio.»

93. GUTIÉRREZ SANZ, M.^a R., *La reconvencción en el proceso civil español*,

Por lo que hace referencia a la reconvencción contra terceros litisconsortes, la jurisprudencia ha optado por mostrar su rechazo a la introducción de nuevos sujetos demandados a proceso reconvenccional⁹⁴.

Sin embargo, no faltan autores para quienes del articulado de la LEC no puede deducirse la imposibilidad legal de admitir una reconvencción contra el actor y un tercero extraño al proceso, siempre que exista una relación de conexión entre ambas pretensiones⁹⁵.

En esta dirección de pensamiento y siguiendo la línea marcada por los Profesores de Derecho Procesal en sus estudios sobre Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁶, el Proyecto de nueva LEC contiene una referencia expresa en su art. 409.1 a la posibilidad de reconvenir contra otros sujetos además del demandante:

«La reconvencción podrá dirigirse también contra sujetos no demandantes, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvenccional».

Si tenemos presente que la tutela constitucional del proceso civil debe referirse no sólo a las partes legítimas, sino también a los terceros que tengan un derecho o un interés jurídico para intervenir⁹⁷, a mi juicio no es objetable, al menos desde un punto de vista

obr. cit., págs. 92-93. En sentido contrario, véase: MÁRQUEZ ROMERO, P., *La reconvencción*, obr. cit., pág. 106.

94. STS de 6 de febrero de 1990 (Ar. 665).

95. POLAINO ORTEGA, L., *La reconvencción contra el demandante y otra persona*, obr. cit., pág. 28.

96. Art. 420 del Proyecto Profesional de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tecnos, Madrid, 1972:

«Cuando la reconvencción afecte al actor y a otras personas no demandantes que se hallen en régimen de litisconsorcio con aquél, la demanda de reconvencción se podrá dirigir también contra esas personas, siempre que no se trate de un juicio de sustanciación verbal y que además exista conexión entre el objeto de dicha demanda y el de la principal. A las personas expresadas se les concederá para contestar el mismo plazo que se otorgue para la contestación a la demanda principal en el juicio de que se trate».

97. En este sentido, véase mi estudio sobre *Las garantías constitucionales del proceso civil español*, obr. cit., Cap. VII.

teórico, la opción del Proyecto a favor de la posibilidad de dirigir la reconvencción también contra terceros⁹⁸.

Sin embargo, no conviene olvidar que esta solución puede provocar situaciones contradictorias con la aspiración que guía la regulación de esta materia en el Proyecto —evitar la complicación del juicio— ya que de estas demandas reconconvencionales se deberá dar traslado no sólo al demandante sino también a los terceros reconvenidos⁹⁹.

Por último, se plantea el interrogante de si es admisible o no en nuestro ordenamiento procesal civil la denominada *reconventio reconventionis*, que surge cuando el demandante puede reconvenir a su vez frente al contraataque del demandado.

A diferencia de la aceptación generalizada de esta reconvencción en aquellos ordenamientos procesales civiles en los que se exige que la reconvencción sea conexa, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo lo establecido en el art. 548 LEC para el juicio de mayor cuantía¹⁰⁰, no contiene una solución de la cuestión relativa a si el actor está facultado para reconvenir frente al demandado¹⁰¹.

Si bien no han faltado autores que han abogado por la admisibilidad de la *reconventio reconventionis* en nuestro proceso civil, siempre que se cumplan las condiciones de conexidad exigidas en

98. Como bien ha significado DAMIÁN MORENO, J., *Observaciones en torno a la fase de alegaciones en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista La Ley, núm. 4706, de 5 de enero de 1999, pág. 4: «esta posibilidad en realidad no es más que la consecuencia de la aplicación al ámbito de la reconvencción de las reglas del art. 422 encaminadas como es sabido a facilitar la integración del contradictorio, al menos en el supuesto en que se invoque la falta de litisconsorcio pasivo necesario, si bien en este caso, el texto, ha considerado conveniente extender a las hipótesis de litisconsorcio voluntario».

99. ÓRTEGO PÉREZ, F., *Los escritos de alegaciones: la demanda y la contestación en el juicio ordinario*, obr. cit.

100. Art. 548 LEC: «En los escritos de réplica y dúplica, tanto el actor como el demandado fijarán concreta y definitivamente, en párrafos numerados, los puntos de hecho y de derecho objeto del debate pudiendo modificar o adicionar los que hayan consignado en la demanda y contestación». En este punto y para un análisis de la polémica sobre el contenido del escrito de réplica cuando sirve de contestación a la acción nueva entablada por el demandado, véase TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La reconvencción. Límites y jurisprudencia*, obr. cit., págs. 95-96.

101. Esta misma situación persiste en el marco del Proyecto de Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

otros ordenamientos¹⁰², tanto la jurisprudencia¹⁰³ como la doctrina tradicional¹⁰⁴ han estimado que no es aceptable permitir la existencia de una reconvencción del actor frente a la inicial reconvencción del demandado.

Ello es así, porque el respeto del principio de economía procesal aconseja no admitir tal complicación en el asunto sometido a debate¹⁰⁵. El demandante tan sólo está facultado para oponerse a la tesis reconconvencional¹⁰⁶.

IX. EFECTOS DE LA RECONVENCIÓN

La eficacia de la reconvencción debe analizarse desde una triple perspectiva.

De un lado, tomando en consideración los efectos producidos por su mera presentación respecto a las partes, ya que desde que la reconvencción es admitida éstas adquieren la doble condición de demandante-reconvenido y demandado-reconviniente; y el órgano jurisdiccional, puesto que la reconvencción puede traer como consecuencia la alteración de algunas normas competenciales¹⁰⁷.

102. DAMIÁN MORENO, J., *La reconvencción en el proceso civil*, obr. cit., págs. 98-99; PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, obr. cit., pág. 513; ZAPPAROLI, F., *Note sulla reconventio reconventionis*, en Rivista di Diritto Civile, 1958, I, pág. 317.

103. STS de 31 de octubre de 1988 (Ar. 7783):

«... siendo de señalar la facultad del art. 548.2 LEC a la parte actora en un juicio para poder, en el escrito réplica ampliar, adicionar o modificar las peticiones que haya hecho en la demanda, tiene como limitación, señalada en el mismo precepto, que las nuevas pretensiones que se formulen en la réplica no alteren las fundamentales de la demanda prohibiéndose, en consecuencia, la *reconventio reconventionis*, puesto que ello supondría una cadena interminable en el debate.»

104. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, II, obr. cit., pág. 104; MÁRQUEZ ROMERO, P., *La reconvencción*, obr. cit., pág. 173; RODRÍGUEZ SOLANO, F., *La reconvencción*, obr. cit., pág. 294.

105. BECEÑA, *Valor jurídico de la demanda*, en Revista de Derecho Privado, 1920, pág. 46; GUTIÉRREZ SANZ, M.ª R., *La reconvencción en el proceso civil español*, obr. cit., pág. 151.

106. STS de 4 de julio de 1980 (Ar. 3082).

107. En cuanto a la competencia territorial, véase el art. 63.4 LEC:

«En las demandas de reconvencción será Juez competente el que esté conociendo de la que hubiere promovido el litigio. No es aplicable esta regla cuando el valor pedido en la reconvencción excediere de la cuantía a que alcancen las atribuciones del Juez que entendiere de la primera demanda, en cuyo caso éste reservará al actor de la reconvencción su derecho para que ejercite su acción donde corresponda».

Por otro, examinando los efectos que la reconvencción va a producir en la tramitación del litigio originado por la demanda inicial, ya que la reconvencción recibe un tratamiento conjunto con la cuestión principal del pleito, resolviéndose en una única sentencia¹⁰⁸.

Y todo ello, sin olvidar que formulada la reconvencción y cuando ésta haya respetado los presupuestos de admisibilidad establecidos por la ley, se producirá una *litispendencia propia*, ya que la reconvencción es una verdadera demanda¹⁰⁹.

Precisamente, es el carácter de la reconvencción como demanda autónoma e independiente, el que permite afirmar que en materia de costas la demanda reconvenccional viene regida por el principio del vencimiento consagrado en el art. 523 LEC¹¹⁰.

108. En este mismo sentido, véanse, por una parte, la STS de 28 de enero de 1998 (Ar. 118):

«Es la reconvencción una acción nueva que se interpone por el demandado y se sustancia en el mismo proceso y decide en la misma sentencia que la acción ejercitada por el demandante ...».

y por otra, el art. 411 del Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil:

«Las pretensiones que deduzca el demandado en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, se sustanciarán y resolverán al propio tiempo y en la misma forma que las que sean objeto de la demanda principal».

109. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, I, obr. cit., pág. 297.

110. En tema de costas conviene resaltar que si bien no se presentan especiales complicaciones en aquellos casos en los que la demanda reconvenccional ha sido desestimada totalmente, mayores complicaciones se observan cuando puede constatar una situación de vencimiento recíproco. En este último supuesto, como bien ha significado VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *De la condena en costas*, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Cortés Domínguez, V, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 473:

«En nuestro Derecho Procesal, en los casos de reconvencción, se deben realizar dos pronunciamientos independientes sobre costas, uno para las de la demanda y otro para las de la reconvencción, pronunciamientos que han de ir guiados por los criterios legales establecidos en los dos primeros párrafos del art. 523 LEC, pudiendo tener contenido distinto cada uno de esos pronunciamientos. Tal es la solución que parece más acertada, si recordamos la nota de *accesoriedad* que caracteriza a la condena en costas en relación con el pronunciamiento principal. La compensación sólo se producirá si ha habido doble condena en costas en relación con la demanda y con la reconvencción, ya que entonces en ejecución se sentencia surgirá *ipso iure* la compensación de los correspondientes créditos o derechos de reembolso hasta donde sus respectivos importes se neutralicen entre sí, una vez determinados mediante la correspondiente tasación (arts. 1.195, 1.196 y 1.202 CC)».

X. LA RECONVENCIÓN EN LOS PROCESOS CIVILES ESPECIALES

La doctrina ha venido siguiendo en esta cuestión un criterio sumamente restrictivo que se apoya en la idea de no provocar dilaciones en la tramitación del proceso¹¹¹.

Ahora bien, ante la proliferación de procesos especiales que hacen alusión a objetos litigiosos específicos y ante la constatación de que las dilaciones de los procesos especiales son similares a las que tienen lugar en el marco de los juicios declarativos ordinarios, cabe replantearse el interrogante sobre la admisibilidad o no de formular reconvencción en los procesos especiales, analizando caso por caso¹¹².

En primer lugar, es obligado significar que la inquebrantable homogeneidad del procedimiento es la causa que excluye la posibilidad de reconvenir en los procesos especiales de declaración sumarios¹¹³. No sería razonable perturbar la ágil tutela que estos procesos pretenden mediante planteamientos del demandado alejados de lo que constituye su estricta defensa¹¹⁴.

De la lectura coordinada de los arts. 1.611 y 1.613 LEC, cabe deducir que en el proceso en materia de alimentos provisionales no se prevé la posibilidad de ejercitar una reconvencción, máxime si tenemos en cuenta que estamos ante un proceso en el que la prueba está limitada¹¹⁵.

Respecto a los juicios posesorios o interdictos, si bien parte de la doctrina extranjera suele admitir en estos procesos una reconvencción fundada en una acción de la misma naturaleza posesoria que la

111. Así, no falta quien afirma que no se admitirá la reconvencción en los procesos especiales, salvo que un precepto legal disponga lo contrario de forma expresa (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, II, obr. cit., pág. 105).

112. En este sentido, véase: TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La reconvencción. Límites y jurisprudencia*, obr. cit., págs. 97 y ss.

113. LORCA NAVARRETE, A. M.ª, *Derecho Procesal Civil, Laboral y Contencioso-Administrativo*, obr. cit., pág. 151.

114. FERNÁNDEZ-ESPINAR, G., *Consideraciones en torno a una delimitación del concepto y de la naturaleza de la reconvencción en el proceso civil*, obr. cit., págs. 43-44; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La reconvencción. Límites y jurisprudencia*, obr. cit., pág. 98.

115. GUTIÉRREZ SANZ, M.ª R., *La reconvencción en el proceso civil español*, obr. cit., pág. 120.

deducida¹¹⁶, es lo cierto que rigen similares restricciones a las referidas en el caso del proceso en materia de alimentos provisionales, ya que el art. 1.655 LEC consagra la prohibición para el demandado de cualquier escrito cuyo objeto no sea el de impugnar la demanda o implique una pretensión que persiga conseguir la dilatación temporal del juicio¹¹⁷.

Tampoco es admitida la reconvencción en el juicio de retracto (arts. 1.618 a 1.630 LEC), puesto que en estos juicios única y exclusivamente se permite que el demandado adopte una postura defensiva concretada en su manifestación sobre la conformidad o no con los hechos utilizados para fundar la demanda¹¹⁸. Igual conclusión y con apoyo en similares argumentos debe aceptarse respecto a la no admisibilidad de la reconvencción en los procedimientos de ejecución hipotecaria.

En los juicios de filiación no se admite la reconvencción, pues dada su propia especialidad no sólo por la materia del Derecho de familia sustantivo sino también por razones procesales, es muy difícil imaginar en estos supuestos una reconvencción en conexión con la demanda principal¹¹⁹. La propia incompatibilidad jurídica del objeto que eventualmente pudiera deducirse por vía reconvenccional, explica también que no pueda admitirse la reconvencción en los juicios de incapacitación¹²⁰.

Dada su especial naturaleza tampoco se contempla la posibilidad de formular reconvencción en los llamados procesos sucesorios o hereditarios, porque en atención a su propia finalidad —conseguir una resolución declarativa sobre los derechos objeto de discusión—

116. TARZIA, G.-BALBI, C., *Reconvenzione*, obr. cit., pág. 682.

117. DAMIÁN MORENO, J., *La reconvencción en el proceso civil*, obr. cit., pág. 62.

118. FERNÁNDEZ-ESPINAR, G., *Consideraciones en torno a una delimitación del concepto y de la naturaleza jurídica de la reconvencción en el proceso civil*, obr. cit., pág. 44.

119. En sentido contrario, véase: OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España*, Granada, 1993, pág. 338.

120. Como bien ha señalado DAMIÁN MORENO, J., *La reconvencción en el proceso civil*, obr. cit., pág. 64: «... en el proceso de incapacitación sería absurdo que el presunto incapaz interpusiera una pretensión de esta forma frente a los legitimados para promover tal declaración ...». Lo mismo cabría decir en el caso de los juicios sobre responsabilidad de jueces y magistrados (art. 903 LEC).

cuando surge un conflicto la propia ley se remite al proceso ordinario que corresponda según la cuantía¹²¹.

En cuanto al juicio de desahucio común (arts. 1561 y ss LEC), no será admisible la reconvencción en aras a evitar que con su formulación se provoque el entorpecimiento de su tramitación fuera de los límites en los que el procedimiento debe desenvolverse¹²².

Por último, en cuanto a los procesos civiles especiales que no admiten la posibilidad de la reconvencción, conviene hacer mención expresa del juicio ejecutivo. La demanda reconvenccional, por un lado, pugna con la propia naturaleza sumaria del juicio ejecutivo¹²³; y, por otro, sería incompatible con la propia dicción literal del art. 1.463 LEC¹²⁴ y con la limitación de pronunciamientos que puede tener la resolución que ponga fin al proceso en atención al art. 1.473 LEC¹²⁵.

Por el contrario, si que es posible admitir la reconvencción en el caso de los juicios matrimoniales. La propia Disposición Adicional quinta de la Ley 30/1981 de 7 de julio, establece que en el propio escrito de contestación a la demanda y dentro del mismo juicio que la ley concede para contestar, el demandado, si lo estima oportuno, puede formular la reconvencción. En estos casos la demanda reconvenccional sólo se admitirá cuando esté fundada en alguna de las causas que pueden dar lugar a la separación, al divorcio o a la nuli-

121. En este sentido y con respaldo en los arts. 1097 y 1118 LEC, véase: GUTIÉRREZ SANZ, M.^a R., *La reconvencción en el proceso civil español*, obr. cit., pág. 121.

En este sentido y en contraposición a lo expuesto por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F., *Derecho Procesal Práctico*, 1992, pág. 491, véanse: RODRÍGUEZ-SOLANO, F., *La demanda reconvenccional en la legislación española*, obr. cit., pág. 264; y la STS de 9 de julio de 1948 (Ar. 977).

123. El demandado sólo podrá oponerse a la demanda a través de las excepciones establecidas en los arts. 1.464 y 1.467 LEC. Sobre los trastornos que comportaría admitir la reconvencción en el juicio ejecutivo, véase: SANPONS SALGADO, M., *La reconvencción*, obr. cit., pág. 88.

124. FERNÁNDEZ-ESPINAR, G., *Consideraciones en torno a la delimitación del concepto y de la naturaleza jurídica de la reconvencción en el proceso civil*, obr. cit., pág. 44; MÁRQUEZ ROMERO, P., *La reconvencción*, obr. cit., pág. 187.

125. DAMIÁN MORENO, J., *La reconvencción en el proceso civil*, obr. cit., pág. 62.

dad por los motivos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 73 CC¹²⁶.

A igual respuesta debe llegarse en cuanto a la admisibilidad de la reconvencción en materia de propiedad industrial, pues el art. 126 de la Ley de Patentes lo establece expresamente en una disposición aplicable extensivamente en materia de marcas¹²⁷.

Por lo que hace referencia a los juicios de tercería, la doctrina no es pacífica respecto a la admisibilidad o no de la reconvencción y a cuáles deban ser sus límites¹²⁸.

La jurisprudencia nunca ha olvidado la naturaleza del juicio de tercería como incidencia de la ejecución, ni su finalidad básica, que no es otra, que el levantamiento del embargo sobre los bienes trabados para excluirlos de la ejecución¹²⁹. En consecuencia, no cabe admitir una reconvencción de objeto indiscriminado y, tan sólo, tras algunas vacilaciones acerca de su procedencia en el juicio de tercería, después de la aceptación de la legitimidad de la excepción de nulidad del título, como motivo de oposición frente al tercerista, se ha abierto paso la doctrina jurisprudencial que tolera la reconvencción sobre la nulidad del título dominical¹³⁰.

Esta doble posibilidad de alegar la nulidad del título esgrimido, ya sea, por vía de acción reconvenccional o por vía de excepción, la reiteran otras resoluciones del Tribunal Supremo¹³¹. Así, la doctrina de la Sala 1.^a es que, en principio, en la tercería de dominio no cabe reconvencción, ya que no es un proceso principal o independiente, sino más bien un incidente del proceso ejecutivo principal. Sin embargo, esta conclusión viene matizada, ya que se afirma que cabría la reconvencción si se alega por la parte demandada en terce-

126. GUTIÉRREZ SANZ, M.^a R., *La reconvencción en el proceso civil español*, obr. cit., pág. 117.

127. Art. 126 de la Ley de Patentes:

«La persona frente a la que se ejercite una acción por violación de los derechos derivados de una patente podrá alegar, en toda clase de procedimiento, por vía de reconvencción o por vía de excepción, la nulidad total o parcial de la patente del actor, de conformidad con las normas del Derecho procesal común. A tales efectos, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 113».

128. En este sentido, véase el resumen de la cuestión abordado por la STS de 27 de mayo de 1998 (Ar. 2991).

129. STS de 1 de abril de 1993 (Ar. 2982).

130. STS de 26 de junio de 1979 (Ar. 2549).

131. STS de 9 de mayo de 1997 (Ar. 3887).

ría de dominio, la nulidad del título del tercerista demandante, que también la puede plantear como excepción.

Por último, señalar también la admisibilidad de la reconvencción, por una parte, con base en el art. 131 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, modificada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes para la reforma procesal, salvo en las cuestiones de desahucio por falta de pago o retracto¹³²; y, por otra, con respaldo en la dicción literal del art. 39.II de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, excepción hecha de las demandas interpuestas por precario, extinción del plazo del arriendo o resolución del mismo por falta de pago de las cantidades a que se refiere la causa primera del apartado 2 del art. 27 de esta Ley¹³³.

Llegados a este punto quiero concluir mi estudio examinando brevemente la realidad de los procesos especiales en el marco del Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. En apariencia, la regulación propuesta puede merecer un juicio positivo, ya que podemos individualizar sólo dos procesos ordinarios (ordinario y verbales) y como especiales sólo otros dos (el monitorio y el cambiario), a los que habría que sumar los procesos sobre cuestiones de estado civil y el procedimiento sobre división de la herencia.

Sin embargo, al igual que ya ocurría con la regulación propuesta en el Anteproyecto, tendremos que concluir que el Título III del Libro Segundo del Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a los «juicios verbales», viene a ser un cajón de sastre en que se recogen los actuales procesos civiles declarativos especiales «debidamente amputados para que puedan pasar desapercibidos»¹³⁴.

132. FERNÁNDEZ-ESPINAR, G., *Consideraciones en torno a una delimitación del concepto y de la naturaleza jurídica de la reconvencción en el proceso civil*, obr. cit., pág. 45.

133. A través del marco procedimental del juicio de cognición podrán acumularse todo tipo de acciones, arrendaticias y no arrendaticias, y no ya sólo por el actor, sino también por el demandado por vía reconvenccional (En este mismo sentido, véanse entre otros: SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Notas sobre los procesos judiciales arrendaticios en la nueva ley*, en *Economist & Jurist*, núm. 15, julio/septiembre, 1995, pág. 88; y ALONSO-CUEVILLAS y SAYROL, J., *Procesos arrendaticios*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 60).

134. GARNICA MARTÍN, J. F., *Sistemática de los nuevos procesos ordinarios y especiales*, en *Presente y futuro del proceso civil*, dirigido por PICÓ i JUNOY, Edit. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 361.

Esta sistemática empleada en el Proyecto de nueva LEC, que ha optado por «enmascarar» gran número de procesos civiles especiales en el marco de los «juicios verbales», no es ajena al estudio de la reconvencción. Ello es así, porque de aplicarse en el futuro la regulación proyectada, como bien ha señalado DAMIÁN MORENO¹³⁵, la reconvencción sería admisible en el marco de los juicios verbales de contestación escrita¹³⁶, pero quedaría excluida en los juicios verbales propiamente dichos, es decir, en aquellos a los que se refiere el apartado segundo del art. 439 del Proyecto¹³⁷, y en aquellos que deban finalizar por sentencia sin efectos de cosa juzgada¹³⁸.

135. DAMIÁN MORENO, J., *Observaciones en torno a la fase de alegaciones en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, obr. cit., pág. 3.

136. Ahora bien, la reconvencción tan sólo sería admisible en los juicios verbales de contestación escrita, cuando la pretensión que mediante la misma se ejercitase no excediera del ámbito asignado a esa clase de juicio, y, además, tuviera una nexa de conexión con la deducida en la demanda principal.

137. Se trata de aquellos juicios verbales que principiaron mediante demanda sucinta.

138. Art. 440.1 del Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

SOBRE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

CONSUELO RÍOS MOLINA
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz

SUMARIO:

I. Ideas generales. — II. Derecho al secreto de las comunicaciones. — III. La intervención telefónica en la LECrim. — IV. Objeto y sujetos de la intervención telefónica. — V. Requisitos para la intervención. — VI. Eficacia probatoria. — VII. Consideraciones finales.

1. IDEAS GENERALES

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española¹, se entiende por intervención la acción y el efecto de intervenir. Intervenir es, según la novena acepción recogida en esa voz, «vigilar una autoridad la comunicación privada. La policía intervino los teléfonos».

Interceptar es, en cambio, apoderarse de una cosa antes de que

1. Real Academia Española, vigésima primera edición (actual).

llegue a su destino, detener una cosa en su camino; o interrumpir, obstruir una vía de comunicación.

Cuando hablamos de la diligencia de investigación en relación con el teléfono, lo hacemos de intervención (o, coloquialmente, de escucha), nunca de interceptación. Con la intervención se pretende estar al tanto de lo que se habla desde un aparato telefónico, es decir, controlar la comunicación o el contenido de las conversaciones que se mantengan desde el mismo, no obstaculizarlas, interrumpirlas o dificultarlas.

La protección en este terreno afecta al secreto de las comunicaciones mantenidas entre dos aparatos de esa clase, a los números marcados en las llamadas practicadas desde un teléfono, a los correspondientes a las recibidas, la duración de éstas, el día y la hora en que se produjeron...²; también, la protección debe amparar a todo tipo de telefonía existente o por inventar en el futuro³.

Hoy día, además del teléfono tradicional, están la comunicación por emisora de radio, el llamado aparato de busca, el fax y el correo electrónico a través de ordenador. Puede darse la intervención del contenido de la comunicación entre personas que utilicen estos modernos medios de transmisión⁴. Su intervención es la misma que la telefónica y debe someterse a las mismas exigencias.

Hay que tener en cuenta que los rápidos avances en el campo de la telefonía, sumados a la facilidad de las relaciones internacionales, plantean el problema de su efectivo control por la autoridad judicial nacional y de la persecución de su infracción penal⁵. En am-

2. El «comptage» o «register», recuento en español, consiste en el registro de las llamadas efectuadas desde un aparato de teléfono, con los números a los que se han producido y la hora del día y duración de las mismas. En España, esta información es remitida, hoy día, a los abonados por la Compañía Telefónica.

3. Sobre el régimen jurídico de las telecomunicaciones, la telecomunicación por cable y por satélite, la telefonía en España, Internet y Derecho, ver: Ordenación de las telecomunicaciones, en Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

4. Entre otros, RAFOLS LLACH, Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado (en La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, págs. 561 y siguientes).

5. Los avances que se producen en el campo del desarrollo tecnológico de las comunicaciones son instrumentalizados por la delincuencia organizada, poniendo en jaque al Estado de Derecho (MANZANO SOUSA, Manuel, La interceptación legal

bos casos tendrán que perfeccionarse los mecanismos de auxilio judicial.

II. DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

La Constitución española establece «el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial» (artículo 18. 1 y 3).

De forma parecida se expresan los textos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (artículo 12, referente a la protección jurídica sobre la vida privada, el domicilio y la correspondencia) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950; BOE de 10 de octubre de 1979) que establece: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia» (artículo 8.1).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 19 de diciembre de 1966; BOE de 30 de abril de 1977) dispone: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra estas injerencias o esos ataques» (artículo 17.1 y 2).

Como afirma VEGAS TORRES, al referirse, entre otras, a la intervención telefónica, «ocioso es recordar que nos referimos a medidas de relevancia constitucional, en cuanto implican una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido por el art. 18.3 de la Constitución»⁶.

Para ASENCIO MELLADO, el derecho a la intimidad lo es de carácter amplio, englobando todo aquello que una persona reserva para sí y para su círculo familiar más cercano y que, en general, comporta unos confines que van desde la protección del domicilio hasta el

de las telecomunicaciones en la Unión Europea, en Revista JUSTICIA, 1996, núms. 3-4, pág. 541).

6. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, Madrid, 1993, pág. 388.

propio secreto de las comunicaciones⁷, mientras que LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ opina que el derecho del secreto de las comunicaciones privadas del art. 18.3 CE no constituye una especie o una concreción del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE⁸.

Entendamos en cualquier sentido el derecho al secreto de las comunicaciones, lo que no admite duda es que es algo esencial en la propia naturaleza humana (más concretamente, en el caso estudiado, la hecha por medio de teléfono), y afecta a la reserva de una persona (para sí misma, o para aquellas otras que desee), del contenido de una idea, de un comentario, de una manifestación u opinión, sin temer que esa conversación, que se supone que es privada, está siendo intervenida u oída por un tercero ajeno a la relación.

El nuevo Código Penal castiga a los infractores de este derecho fundamental⁹.

III. LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA EN LA LECRIM

La Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla, brevemente y desde hace poco tiempo, la intervención telefónica. Dispone que el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado¹⁰, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (artículo 579, apartado dos). Al hablar de intervención, pensamos que es posible la escucha y/o grabación, y el control de las llamadas emitidas o reci-

7. Prueba prohibida y prueba preconstituida, Madrid, 1989, pág. 103.

Como restricción del derecho a la intimidad personal, también, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, (Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal, en Revista del Ministerio Fiscal, núm. 1, enero-junio de 1995, pág. 116).

8. Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Madrid, 1991, pág. 22.

9. Artículos 197 y siguientes, y 536.

10. El legislador, erróneamente, se está refiriendo a una época en que el auto de procesamiento cabía en todo tipo de proceso penal. Pensamos que actualmente la intervención telefónica es posible también en el procedimiento abreviado.

Coincidimos con NARVÁEZ RODRÍGUEZ, entre otros, en que se trata de una valoración semántica, pero no de contenido, y que se refiere a la finalidad de acordar la interceptación del contenido de la conversación telefónica de aquellas personas sobre las cuales recaigan indicios racionales de criminalidad (Escuchas telefónicas..., op. cit., pág. 139).

bidas. La forma de auto exige una justificación o explicación de la medida adoptada, proporcional a la gravedad del hecho.

También, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos (artículo 579, apartado tres). Esto supone la prórroga del secreto del sumario, con el fin de que no se entere el intervenido y la medida pierda su eficacia, a la vez que la indicación de su duración, que no podrá ser indefinida. Igualmente, habrá de precisarse la modalidad de la intervención, u observación (ya que pueden ser distintas según MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS Y MONTÓN REDONDO, aunque pensamos que pueden consistir en modalidades poco diferenciadas de la misma medida), las llamadas a seleccionar, las horas indicadas, los días señalados y demás aspectos de interés. Creemos que el juez goza de total libertad, dentro de la ley, para establecer la clase de intervención u observación telefónica, limitándose la fuerza actuante a su cumplimiento.

En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la citada observación telefónica podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación (artículo 579, apartado cuatro).

La normativa existente en España sobre esta materia es insuficiente y de reciente aprobación¹¹. Se carece de pautas legales claras en lo que se refiere al procedimiento, posterior intervención de las partes y aportación al juicio oral. Resulta completada por los preceptos sobre la apertura de correspondencia y por la doctrina de los tribunales¹². En 1882 era difícil imaginar esta actuación judicial.

11. El artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue reformado por LO 4/1988, de 25 de mayo.

12. Entre otros, MORENO CATENA, Víctor (con GIMENO SENDRA, Vicente y

IV. OBJETO Y SUJETOS DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

El objeto perseguido es la obtención de importante información que facilite la investigación del delito, evite la destrucción de medios de prueba y favorezca la identificación y detención, en su caso, del autor.

En la ejecución de la diligencia no está presente un fedatario judicial ni las partes tienen posibilidad de contradecir. Esto comporta que sea más útil como medio de investigación que como prueba.

En la intervención telefónica (también, en los otros medios mencionados de comunicación, y en la llamada observación telefónica, si consideramos que no es lo mismo) participan diversos sujetos: el que la acuerda, el que la practica y el que la padece.

Al estar ante la limitación de un derecho fundamental del ciudadano, su acuerdo debe corresponder sólo a la autoridad judicial¹³ (exceptuando los casos especiales de urgencia en los que, tras su imprevista adopción, ha de ponerse inmediatamente en conocimiento del juez la medida adoptada, correspondiendo a éste, a partir de ese momento, su control). Por la naturaleza del derecho afectado, el control y mantenimiento de la restricción nunca deben quedar al arbitrio del poder ejecutivo. Ni el Ministerio Público, ni la policía deben obrar de oficio¹⁴, sino que han de solicitarlo al juez, si la estiman conveniente¹⁵.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1997, segunda edición, págs. 461 y siguientes.

13. En este sentido se expresa el apartado tres, in fine, del artículo 18 de la Constitución Española.

También, por todos, ORTELLS RAMOS, Manuel (Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional, en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 13 y siguientes).

14. Es obligatorio tomar nota de las peticiones de intervención telefónica, procedan de la policía o del Ministerio Fiscal, en el libro registro de Diligencias Previas, sirviendo de base para la iniciación de un procedimiento de investigación judicial que sólo corresponde al Juzgado de Instrucción que adopta la medida (STS de 25 de junio de 1993, RA 5244).

15. Nos referimos a situaciones de normalidad constitucional. Para los estados de excepción y sitio, ver artículos 55 y 116 CE.

Igualmente, como afirma BAJO FERNÁNDEZ, hay que advertir que la excepción de la resolución judicial no es única, ya que «la legítima defensa, el estado de ne-

El que ordene la medida ha de ser el titular del órgano jurisdiccional competente de instrucción¹⁶ (*locus delicti commissi*), ya que es una diligencia propia de esa fase que, por las características de los delitos investigados¹⁷, muchas veces será uno de los Juzgados Centrales de Instrucción, de la Audiencia Nacional. En ocasiones, es posible el auxilio judicial, solicitando la colaboración de otro Juzgado.

La realización de la intervención es propia del órgano o personas encargados por la autoridad judicial (o por la ley, según el ordenamiento de cada país). Pueden ser la policía o los operarios de las correspondientes empresas concesionarias encargadas de la instalación, mantenimiento y gestión de la red telefónica. En el supuesto de que estas funciones estén encomendadas a diferentes empresas, la autoridad judicial determinará quién debe realizar técnicamente la intervención telefónica. De todos modos, su trabajo se limitará a los aspectos técnicos, realizando el cometido encargado por el juez, con la mayor eficacia y discreción posibles. Si son policías, pueden escuchar y grabar lo que consideren conveniente, según las indicaciones judiciales recibidas. Si son trabajadores empleados, deben limitarse a grabar, sin escuchar ni seleccionar los contenidos. Somos partidarios de que esta función se encomiende a la policía judicial, por razones obvias.

El tercer sujeto, puramente pasivo, es el destinatario de la intervención telefónica que, por exigencia de la eficacia de la medida, ha de encontrarse completamente ajeno a la misma. La naturaleza fundamental del derecho restringido aconseja que el sujeto pasivo de esta medida limitativa sea aquel sobre el que recae la sospecha fun-

cesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, pueden excluir también la responsabilidad de quien lesiona la intimidad de otro mediante el descubrimiento de sus secretos» (Protección del honor y de la intimidad, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Derecho Penal y Constitución, Madrid, 1982, pág. 117).

16. El control de la forma en que se lleva a cabo corresponde íntegramente al Juez que la ha ordenado (STS de 25 de junio de 1993, RA 5244).

17. Las decisiones adoptadas por la autoridad judicial que afecten a los derechos fundamentales de la persona deben poner en marcha un verdadero procedimiento criminal en forma de Diligencias Previas o de sumario, según la naturaleza y entidad del hecho que sea objeto de la investigación (STS de 25 de marzo de 1994, RA 2592).

dada de ser el presunto autor de un delito concreto, no siendo suficiente la suposición sin fundamento, ni mucho menos que se trate de una práctica arbitraria, a título de muestreo, por si acaso se tratara de un delincuente. Es decir, serán las actuaciones penales ya iniciadas las que hagan aconsejable la intervención telefónica, pero no al revés.

La titularidad del teléfono objeto de esta medida no ha de coincidir necesariamente con el sospechoso de la comisión de un delito, o con el propio imputado; para rehuir la acción de la justicia, a veces, el delincuente utiliza en sus comunicaciones aparatos cuya titularidad no les corresponde (del trabajo, amigos, familiares, cabinas públicas, sede de persona jurídica, ...); sobre éstos también es posible la intervención. Es suficiente que existan indicios racionales de conexión, o un motivo evidente que explique la relación entre el imputado y el teléfono intervenido, aunque no sea aquél su titular oficial, pero sí su ocasional usuario.

Todo ello puede originar que se obtengan declaraciones inculpatorias de personas que tienen el derecho de no declarar contra el imputado; entonces, no se podrán considerar como testimonio contra éste, aunque, lógicamente, constan en la transcripción que se hace de las cintas y son oídas por el órgano instructor más tarde, en presencia de las partes (que, teóricamente, no deberá tenerlas en cuenta y deberá ordenar, inmediatamente, de oficio o a instancia de parte, la destrucción o borrado de esa parte). Algo parecido sucede con la grabación de un abogado, que no sea el imputado (ya que si lo es, se le dará el mismo tratamiento que a los demás); si mantiene conversaciones profesionales a través de un teléfono intervenido, habrá de destruirse más tarde todo lo grabado que se refiera a él, ya que afecta a su derecho profesional.

El Tribunal Constitucional ha declarado, al referirse a la posible intervención de las comunicaciones de un interno en un establecimiento penitenciario, que la situación de sujeción especial de éste no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales¹⁸. Los ciudadanos internos en un Centro Penitenciario son también titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, quienes gozan, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, de los derechos

18. Entre otras, STC 127/1996, de 9 de julio.

fundamentales consagrados en el capítulo segundo del título I de la Constitución «a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». En este sentido, «la intervención de las comunicaciones, medida excepcional, no debe adoptarse con carácter general e indiscriminada, ni por más tiempo que el que sea necesario para los fines que la justifican», según STC 170/1996, de 29 de octubre (FJ 4 y 6).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 21 de febrero de 1975, caso Golder, entre otras, se pronunció sobre el derecho al secreto de la correspondencia en la cárcel, estimando que existió violación del artículo 8 al impedirse ésta con un abogado. Sin embargo, en el caso Silver y otros, sentencia de 25 de marzo de 1983, el pronunciamiento no fue uniforme, considerando que en unos supuestos no se violó dicho precepto y en otros sí.

V. REQUISITOS PARA LA INTERVENCIÓN

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone, en el apartado dos del artículo ocho, que no podrá haber injerencia de la autoridad pública (no exige que sea judicial) en el ejercicio del derecho reconocido en el apartado anterior del mismo precepto (vida privada y familiar, domicilio y correspondencia), «sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso A. contra Francia, en que se grabó la conversación telefónica de una persona desde el despacho de una autoridad policial, sin conocimiento del afectado, declara la procedencia de la queja, ya que la grabación, si no está autorizada previamente por el juez de instrucción, es constitutiva de una injerencia que afecta al derecho de la parte recu-

rente al respeto de su correspondencia (sentencia de 23 de noviembre de 1993).

En la doctrina de este Tribunal, es obligada la mención de la sentencia de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass* y otros. Aunque el parágrafo 1 del artículo 8 no menciona las conversaciones telefónicas, «el Tribunal estima con la Comisión que ellas se encuentran comprendidas en las nociones de ‘vida privada’ y de ‘correspondencia’». Sigue diciendo: «el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos no es tolerable según el Convenio como medida estrictamente necesaria en la salvaguarda de las instituciones democráticas». El Tribunal admite, ante las múltiples y complejas formas de espionaje y de terrorismo, «que la existencia de disposiciones legislativas acordando los poderes de vigilancia secreta de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones son, ante una situación excepcional, necesarias en una sociedad democrática en la seguridad nacional y/o en la defensa del orden y en la prevención de infracciones penales».

Sigue sosteniendo el TEDH, en el caso *Klass* que comentamos, que «los Estados contratantes no disponen, por lo tanto, de una discreción ilimitada para subordinar con las medidas de vigilancia secreta a las personas sometidas a su jurisdicción». Una intromisión del ejecutivo en los derechos de un individuo debe someterse a un control eficaz ejercido, al menos como último recurso, por el poder judicial, pues él ofrece las mejores garantías de independencia, de imparcialidad y de regularidad en el procedimiento. El Tribunal cree en principio deseable que el control sea confiado a un juez en un terreno donde los abusos son potencialmente propiciados y podrían entrañar consecuencias perjudiciales para la sociedad democrática en su conjunto.

El Tribunal considera que «la vigilancia puede sufrir un control en tres niveles: cuando se ordena, mientras es desarrollada y después cuando ella cesa. En cuanto a las dos primeras fases, la naturaleza y la lógica misma de la vigilancia secreta exigen que se ejerzan sin el conocimiento del interesado». En lo que concierne al control «a posteriori» por los tribunales, «después de levantadas las medidas de vigilancia, se impone en una sociedad democrática para prevenirse contra el abuso».

Además de la intervención judicial, destacada en el apartado IV

de este trabajo y en la doctrina ya citada del TEDH, la limitación de este derecho fundamental ha de estar rodeada de las mayores garantías¹⁹.

Debe estar contemplada en la ley y regulada de la manera más pormenorizada posible. Estamos ante una clara manifestación del principio de legalidad²⁰.

No debe adoptarse para infracciones leves, de escasa importancia. Su acuerdo ha de estar totalmente justificado por la importancia de los hechos delictivos y por no poder obtenerse la información por otros medios legales. La restricción de un derecho fundamental exige esa proporcionalidad²¹.

Como hemos dicho antes, la intervención ha de acordarse sobre un imputado, una vez iniciadas diligencias de investigación, y no al revés. Pero esto no quiere decir que necesariamente hayan de aportarse al proceso los datos existentes a partir de la resolución judicial de intervención (sí sucederá esto, necesariamente, en la intervención de la conversación), sino que, si están registrados en los ordenadores de la compañía telefónica correspondiente los datos sobre anteriores operaciones realizadas (llamadas, día, horas, números, ...), éstos sí podrán conseguirse mediante orden judicial y aportarse más tarde al juicio.

El auto judicial debe indicar con la máxima precisión las circunstancias de la intervención (persona, número de teléfono, duración de la medida, llamadas recibidas o emitidas, o ambas, ...) ²².

19. Entre otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, (Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Madrid, 1989, págs. 184 y siguientes) y VEGAS TORRES, Jaime, (Presunción de inocencia y prueba..., op. cit., págs. 390 y siguientes).

20. Entre otras, STC 181/1995, de 11 de diciembre («... este Tribunal ha declarado que, siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal ha de estar sometida al principio de legalidad...»).

21. Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1994 (RA 2592) y de 30 de diciembre de 1995 (RA 9639).

22. Entre otras, SSTS de 23 de diciembre de 1994 (RA 10266) y de 12 de enero de 1995 (RA 130).

También, del Tribunal Constitucional, sentencias 85/1994, de 14 de marzo, 181/1995, de 11 de diciembre, y 54/1996, de 26 de marzo.

En un caso en que se acordó por providencia, no por auto, la prórroga de la intervención telefónica, el Tribunal Constitucional declara que no se respetan las exigencias constitucionales por carecer de la más mínima motivación, y que la ob-

Por último, cuando termine la intervención y sea posible, se comunicará ésta a las partes (sobre todo, al imputado, asistido de abogado) para que, en igualdad y contradictoriamente, manifiesten lo oportuno. El juez entregará al interesado, o destruirá, las cintas que no tengan relevancia para el objeto de la investigación. Por el contrario, aquellas que sí tengan interés para la causa se incorporarán, junto con su transcripción escrita, a las actuaciones. La importancia de comunicar la intervención a la persona afectada, una vez terminada ésta, es primordial, pues se trata de un derecho constitucional que ha sido restringido judicialmente. Incluso si no se ha desprendido nada de interés para la causa, el ciudadano tiene derecho a saber que ha sido observado de este modo por el Estado. La notificación de la intervención ha de considerarse como un requisito de validez para su posterior aportación como prueba en el juicio oral.

Hace pocos años se planteó en nuestro país un interesante problema con las actividades de intervención telefónica realizadas por el Centro Superior de Información de la Defensa (CESID). Un auto (de 10 de mayo de 1996; ponente: Alberto Jorge Barreiro) de la Audiencia Provincial de Madrid dejó sin efecto parcialmente el archivo de actuaciones acordado por un Juzgado de Instrucción de la capital, ordenando en su lugar continuar la investigación por un presunto delito de escuchas telefónicas de funcionario público.

Las escuchas y grabaciones telefónicas realizadas por el CESID, sin control judicial, fueron legítimas, según el instructor, debido a que la garantía constitucional de secreto de las comunicaciones tiene el límite de las necesidades de la protección de intereses generales y, especialmente, en las funciones que un Estado moderno debe asumir, mediante los servicios de información, para prevenir los peligros que puedan sobrevenir sobre la nación. Así se justifica la legalidad de la vigilancia electrónica del espectro radioeléctrico, ya que éste es un espacio utilizable por quienes puedan atentar contra los intereses nacionales.

La Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Madrid respondió

servación telefónica practicada, a partir de tal momento, constituyó una injerencia ilegítima en el derecho al secreto de las comunicaciones (sentencia 181/1995, de 11 de diciembre).

a ese razonamiento aludiendo a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Klass, de 6 de septiembre de 1978²³.

VI. EFICACIA PROBATORIA

Durante la realización de su práctica no hay audiencia, igualdad, ni contradicción de las partes; tampoco fedatario judicial ni intermediación de autoridad judicial. La diligencia de intervención no es ni puede ser prueba, sino que sólo sirve para obtener fuentes de prueba e incorporarlas, a continuación, al juicio oral. Más tarde, en la vista, tendrá lugar la defensa del imputado y el posible rechazo o crítica del material presentado. Lo procedente es que se aporte la transcripción mecanografiada como prueba documental, cabiendo también la inspección ocular (a través de la audición directa de las cintas) y la pericial, en presencia y con audiencia de las partes.

El objeto de la prueba será sólo la grabación, no la transcripción del contenido. Las dos partes (y el tribunal, de oficio) podrán intervenir en dicha fase. Al juicio oral habrán de aportarse las cintas con las correspondientes grabaciones, para que el tribunal y las partes puedan oírlas y, en su caso, pueda practicarse una pericial sobre ellas. No basta, pues, con la simple transcripción de las cintas²⁴.

Es muy diferente el caso de que el imputado, que padeció la intervención, admita el contenido y la autoría de lo recogido en las cintas, frente a que lo niegue rotundamente. En el segundo caso, puede practicarse una pericial, además del testimonio de los funcionarios que intervinieron en la práctica.

El problema de la obtención de resultados casuales, referentes a

23. Más ampliamente, ver: MORALES PRATS, Fermín, Servicios de información y espionaje del Estado y secreto de comunicaciones telefónicas, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VI, n.º 253, 4 de julio de 1996.

24. Según VEGAS TORRES, la audición de las grabaciones en el acto del juicio no es una pura exigencia formal, puesto que puede proporcionar al juzgador importantes elementos para la formación de su convencimiento (Presunción de inocencia y..., op. cit., pág. 400). El autor cita, en apoyo de su tesis, la STS, Sala Segunda, de 3 de marzo de 1990 (RA 2381).

La STS, Sala Segunda, de 17 de octubre de 1992 (RA 8337), dice que la prueba debe ser reproducida en el juicio oral con garantías técnicas de aceptable audición, de modo que pueda ser sometida a la contradicción de las partes y a la intermediación del Tribunal.

otras actuaciones judiciales, se resuelve estimando que no son fuentes de prueba utilizables en el segundo proceso, sino sólo una mera notitia criminis que dará lugar a la incoación de las diligencias oportunas, sin que sirvan para probar los hechos descubiertos al azar. Así, ASENCIO MELLADO, basándose en lo regulado en el Derecho comparado (especialmente, en el CPP portugués), se declara partidario de utilizar únicamente la información que sea consecuencia directa de lo que en su momento constituyó el contenido de la resolución judicial que ordenó la intromisión, en relación con el objeto de la investigación y el sujeto de la misma, rechazando de plano la posibilidad de admitir información sobre hechos no incluidos en el auto judicial²⁵.

Sobre la prueba ilícita, la solución no ofrece duda: no puede producir efectos probatorios. No surtirán efecto las pruebas obtenidas con violación de los derechos o libertades fundamentales (artículo 11.1 LOPJ). Tampoco vale la prueba lícita obtenida a través de otra ilícita (causa-efecto).

Una vez que se ha admitido y practicado la prueba, el tribunal tendrá que valorarla. Se habrá incorporado mediante prueba documental y/o de inspección ocular y, como afirma LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, tendrá el valor de prueba indiciaria o indirecta. Ni la declaración telefónica del imputado es una confesión²⁶ (aunque sí puede aceptarla en la vista oral), ni el testimonio de los funcionarios de policía tratará sobre el contenido de la conversación intervenida, sino sobre la forma de practicar dicha intervención. El imputado puede negarse a declarar sobre el contenido de esas cintas. Para ser condenado se necesitan otros indicios o pruebas directas. La estrategia de la defensa se dirigirá a comprobar la legalidad del acuerdo de la medida y la práctica de ésta por parte de los operarios encarga-

25. Y añade: «De no ser así, esto es, de aprovechar toda suerte de noticias de forma indiscriminada, se podría vulnerar el mismo artículo 18.3 de la CE ya que la exigencia de resolución judicial previa a la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones sólo adquiere sentido en tanto que la tal resolución sea determinante de un ámbito concreto de restricción y para un fin previo y específico. De lo contrario, el derecho a la libre comunicación quedaría reducido a una mera disposición formal...» (Prueba prohibida y prueba preconstituida, op. cit., págs. 114 y 115).

26. De interés, la STS de 1 de marzo de 1996 (RA 1886).

dos. Lógicamente, el fedatario judicial da fe de la transcripción de las cintas grabadas, no de la exactitud o veracidad del contenido²⁷.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La necesidad de una completa regulación legal de esta materia es proclamada tanto por los autores como por los tribunales. El tiempo transcurrido en España desde la última reforma parcial ha sido excesivo. El rápido desarrollo técnico de las comunicaciones exige la urgente atención del legislador.

Fuera de nuestras fronteras, la situación tampoco varía demasiado. En este campo se observa la necesidad, no sólo de perfeccionamiento de los medios de auxilio judicial, sino también de la instauración de órganos jurisdiccionales penales supranacionales. Provisionalmente, los Tratados entre Estados signatarios tendrán mucho que decir.

Como se ha dicho, los avances en este terreno son progresivos y sorprendentes y no deben perderse de vista. La normativa debe estar atenta a ellos y diseñar un sistema de intervención judicial de comunicaciones acorde con el momento actual. El término teléfono es insuficiente para referirnos a todos los medios de comunicaciones vigentes y a los sistemas judiciales de intervención que puedan ser necesarios.

De todas formas, la intervención de las comunicaciones, siempre con control judicial, ha de ser restringida, proporcional, legal, motivada y sometida más tarde a la contradicción de las partes, con destrucción rápida del material inútil.

Aunque su adopción ha de ser por orden judicial, garantía de la restricción de un derecho fundamental del ciudadano, en ella se ha de tender a la flexibilidad de la medida, sin sujeción a normas estrictas de funcionamiento que, al final, perjudican más que tutelan el disfrute del derecho al secreto de las comunicaciones. El juez está

27. Las intervenciones telefónicas en el..., op. cit., págs. 116 y siguientes.

La transcripción y elección de los pasajes de interés para la averiguación de los hechos debe hacerse en presencia del Secretario judicial; entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1995 (RA 9639).

limitado por el cumplimiento estricto de la ley; ésta ha de permitirle ordenar la intervención telefónica con libertad en su forma, duración y circunstancias. Todos esos datos deberán constar especificados en la resolución motivada del acuerdo.

LA INCAPACIDAD PROCESAL DEL IMPUTADO POR ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA

ANA MARÍA CHOCRÓN
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Anomalía o alteración psíquica concurrente al tiempo de cometer el delito. — III. Anomalía o alteración psíquica sobrevenida con posterioridad a la comisión del delito: 1. Incapacidad procesal sobrevenida durante la instrucción sumarial; 2. Incapacidad procesal sobrevenida durante la fase intermedia; 3. Incapacidad procesal sobrevenida tras la apertura del juicio oral; 4. Incapacidad procesal sobrevenida con posterioridad a la sentencia firme. — IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso penal ha de iniciarse a causa de un hecho o conjunto de hechos que revisten caracteres de infracción penal aunque no se pueda imputar a una persona concreta su realización ya que, como es bien sabido, una de las finalidades que se pretende alcanzar

en el proceso penal es la averiguación e identificación del delincuente y de sus circunstancias personales. Quiere esto decir, que el proceso puede comenzar sin una persona a la que se atribuya la comisión del hecho presuntamente delictivo, o lo que es lo mismo, sin un imputado.

Sin embargo, esta es una situación que no puede mantenerse a lo largo de todo el proceso, sobre todo, si tenemos en cuenta que el imputado es una parte necesaria del mismo; en consecuencia, si de las actuaciones sumariales no se logra la designación de una persona como imputada, resulta imposible la apertura del juicio oral debiendo proceder el sobreseimiento provisional conforme a lo previsto en el art. 641.2 LECr («Procederá el sobreseimiento provisional: 2. Cuando resulta del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores»).

El imputado es, pues, parte acusada necesaria contra la que se ejercita la acusación, aunque la certeza sobre su responsabilidad en la realización de los hechos punibles, no se alcanzará sino hasta la conclusión del proceso.

Con todo, puede suceder que el imputado resulte absuelto por no haber quedado acreditada su participación en los hechos delictivos. Pero no es este el caso que nos proponemos estudiar. Nuestra finalidad en estas páginas se encamina al análisis de aquellos supuestos en los que, o bien resulta imposible procesar al imputado, o bien deviene absuelto, pero no por falta de responsabilidad, sino porque goza de una causa que le exime de la misma.

Como es sabido, el art. 20.1 del Código Penal (en adelante CP) establece las causas que eximen de responsabilidad penal y, entre ellas, interesa destacar lo dispuesto en su párrafo primero: «*Están exentos de responsabilidad criminal: 1. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*»¹.

1. Llamamos la atención sobre la reforma operada en la regulación de las causas de inimputabilidad en el CP. Así, frente al anterior texto en cuyo art. 8.1 se hacía mención a una causa concreta y determinada *ex lege*, como era la enajenación mental, el CP de 1995 ha optado por una fórmula de inimputabilidad más abierta y flexible («*Cualquier anomalía o alteración psíquica*»).

Del citado precepto, se observa la conexión existente entre la responsabilidad criminal y la capacidad que se exige a una persona para poder ser imputada en un proceso penal. En este sentido, tienen capacidad para ser parte imputada en un proceso penal las personas físicas, existentes y, lo que es más importante a efectos de este trabajo, en perfecto estado mental; asimismo, para ser imputado se requiere también capacidad procesal, entendiéndose por tal la capacidad para realizar válidamente actos procesales y entender la acusación².

Con estos elementos como base, se hace necesario reparar en aquellos casos en los que se aprecian en el imputado síntomas de algún padecimiento psíquico, pues, sabemos ya, que, en principio, no puede procederse contra personas exentas de responsabilidad criminal (art. 20.1 CP). En este punto, se han venido distinguiendo³, dos posibles situaciones según la incapacidad mental fuera concurrente al tiempo de cometer el delito o sobreviniera con posterioridad al mismo.

A ello nos referimos a continuación.

II. ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA CONCURRENTE AL TIEMPO DE COMETER EL DELITO

Como ha quedado señalado, la perpetración de una acción tipificada como delictiva por un sujeto en quien concorra «*cualquier anomalía o alteración psíquica*», supone, conforme al art. 20.1 CP, la imposibilidad de proceder contra el mismo al encontrarse exento de responsabilidad criminal. En este contexto, se enmarcan también las previsiones contenidas en los arts. 381 y 382 LECr. Haciendo uso de ellos, destacamos dos tipos de diligencias —una pericial y otra testifical—, que puede el juez acordar si advirtiese en el impu-

2. En este sentido, vid. GÓMEZ COLOMER y otros, *Enfermedad mental y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 77; MONTERO AROCA y otros, *Derecho Jurisdiccional III*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 76; MUÑOZ ROJAS, *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, 1958, págs. 51 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho Procesal*, ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 676 y ss.

3. Vid. FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Medidas privativas y restrictivas de la libertad del enfermo mental en el proceso penal», *La Ley 1988-II*, págs. 1003 y ss.; GÓMEZ COLOMER, op. cit., págs. 77-78.

tado indicios de incapacidad mental. Se trata, en suma, de actos de investigación sumarial que suponen, por un lado, someter al imputado a la observación de los médicos forenses «*en el establecimiento en que estuviese preso o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad*» (art. 381) y, por otro, recibir información acerca del padecimiento psíquico «*de las personas que puedan deponer con acierto por sus circunstancias personales y por las relaciones que hayan tenido con el procesado antes y después de haberse ejecutado el hecho*» (art. 382 con remisión al art. 380 del mismo texto legal).

Llegados a este punto, es decir, tras la práctica de las diligencias señaladas, se producía bajo la vigencia del antiguo CP (en adelante ACP), una contradicción normativa que fue puesta de manifiesto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y que creemos preciso traer a colación. Nos estamos refiriendo a los arts. 637.3 LECr y 8.1 y 3 ACP.

Conforme al primero de los preceptos señalados, se dictará auto de sobreseimiento libre «*cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores*»⁴, lo que, en definitiva, supone que el juicio oral no va a llegar a celebrarse. Por su parte, el art. 8.1 y 3 ACP ordenaba, en síntesis, que el tribunal sentenciador dispusiera en su sentencia el internamiento en un centro especializado, del que el procesado no podría salir sin autorización de aquél, es decir, se exigía que el internamiento se estableciera en virtud de sentencia lo que implica una previa celebración del juicio oral en el que dicha sentencia —absolutoria si se apreciase el estado de enajenación mental—, no fuera sino el resultado de éste. El carácter preceptivo del juicio oral cedía en los supuestos en los que el estado del acusado impidiera su celebración, en cuyo caso, se disponía la adopción de las medidas de internamiento procedentes.

En resumen, el art. 637.3 LECr supone que el juicio oral no llega a celebrarse, mientras que el art. 8.1 y 3 ACP implicaba justa-

4. Téngase presente que el TS ha venido entendiendo que al amparo del art. 637.3 LECr, se comprenden también supuestos de inimputabilidad. Así, las STS de 7 de junio de 1988 (RA 4483) y 11 de marzo de 1989 (RA 2609), entre otras.

mente lo contrario, por lo que se constataba una situación de indeterminación e inseguridad jurídica⁵.

La situación con el nuevo CP sigue siendo similar a la descrita, toda vez, que el art. 101.1 establece literalmente que «*al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º del art. 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del art. 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo*».

Del citado precepto interesa destacar lo afirmado *in fine* («*El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo*»), en cuanto que, en la misma o similar dirección, se mantiene la exigencia de un pronunciamiento judicial. Dicho de otra forma: las medidas a las que alude el citado art. 101.1 CP, exigen una declaración previa sobre la responsabilidad penal del procesado, conforme al art. 20.1 del mismo cuerpo legal, que desemboque en una sentencia absolutoria.

Sin embargo, al margen de las anteriores consideraciones, es bien sabido que, en la práctica, la solución del sobreseimiento libre es muy poco utilizada⁶, entendiendo, además, la jurisprudencia que «*el auto de sobreseimiento libre sólo puede dictarse tras una profunda reflexión y estudio, con extraordinaria prudencia, porque sin las normales garantías que acompañan al proceso penal se da fin al procedimiento con una decisión absolutoria*» (STS de 1 de abril de 1993, RA 3061)⁷.

5. MONTERO AROCA, op. cit., pág. 77 y también la jurisprudencia en STS de 4 de diciembre de 1997 (*Actualidad Penal*, núm. 10, 1998, págs. 410 y ss.)

6. Manifestaciones en este sentido pueden verse en BERNAL VALLS, «La reforma del CP en materia de tratamiento del enfermo mental: problemas procesales», *La Ley* 1985-II, págs. 972 y ss.; GÓMEZ COLOMER, op. cit., pág. 143 y SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pág. 680.

7. El TS mantiene la misma línea que marcaran las sentencias de 31 de

Además, no se nos oculta que, efectivamente, los requisitos que deben concurrir en el caso del sobreseimiento libre son muy estrictos, pues, no sólo pasan por constatar en el sujeto una disminución de la capacidad para comprender la antijuricidad de su conducta y de adoptar un comportamiento acorde con esa comprensión, sino también, se hace imprescindible verificar que la circunstancia apuntada se haya dado necesariamente en el momento de la perpetración de la acción delictiva, o lo que es lo mismo, la alteración psíquica debe ir conectada al hecho delictivo y debe continuar, ya que, en caso contrario, esto es, si el individuo sanara tras la comisión del hecho punible, entendemos que debe proceder la absolucón sin más⁸.

Hay que reconocer, no obstante, que podemos encontrarnos con determinadas patologías que sean manifiestas y hasta notorias; en consecuencia, el juez podrá percatarse por sí mismo de la falta de capacidad del individuo y, por ello, no recaerá sobre éste acto alguno de imputación formal al estar exento de responsabilidad penal.

En esta misma línea, ya apuntó FENECH⁹ que «la concurrencia indudable de una de las causas que eximen de responsabilidad criminal hace imposible que el juez instructor conciba sospechas vehementes sobre la criminalidad de un individuo». Fuera de estos casos, que, por lo demás, serán los menos en cuanto, insistimos una vez más, no debe haber duda alguna sobre la inimputabilidad de una persona, ha de optarse por la celebración del juicio oral por sus trámites normales. En el desarrollo del mismo, tendrá lugar la ratificación del informe pericial psiquiátrico practicado en la causa (art. 381 LECr), para, a continuación, dictar sentencia que, para el caso en el que el tribunal llegue a la convicción acerca de la incapacidad mental del acusado, será absolutoria.

Por tanto, y en atención al objeto de nuestro estudio, dado que el proceso ha de desarrollarse, se ofrece al que alega incapacidad para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa

mayo de 1977 (RA 2499), de 5 de noviembre de 1979 (RA 3814), de 20 de octubre de 1982 (RA 5663) y, más recientemente, de 17 de mayo de 1990 (RA 4139).

8. En este sentido se pronuncia GÓMEZ COLOMER, op. cit., pág. 78. Vid. también VIADA, op. cit., pág. 146.

9. FENECH, «Puntos de vista sobre el proceso penal español» en *Estudios de Derecho Procesal* con CARRERAS, ed. Bosch, Barcelona, 1962, pág. 698.

comprensión, la posibilidad de probarlo y, en definitiva, capacidad procesal, debiendo ser el Tribunal juzgador el que se pronuncie en su resolución sobre tal extremo¹⁰.

Por otra parte, la sentencia penal absolutoria por causa de anomalía o alteración psíquica del acusado, lleva consigo la aplicación de las medidas de seguridad previstas en el art. 101 del CP y, conforme a la Disposición Adicional Primera del mismo texto legal, da paso a la incoación del correspondiente procedimiento de incapacitación ante la Jurisdicción Civil¹¹.

III. ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA SOBREVENIDA CON POSTERIORIDAD A LA COMISIÓN DEL DELITO

En los casos en los que la alteración psíquica sobrevenga tras la comisión del delito, el art. 383 LECr prevé en su primer párrafo que «*concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia*».

Cabría, desde luego, sostener que la fórmula utilizada en la Ley es aplicable a cualquier fase del proceso penal; es decir, con referencia a la cronología del mismo, aplicar la solución legal descrita en el art. 383 LECr a los casos en los que la incapacidad procesal

10. En este sentido, FENECH, «La incapacitación del enfermo mental», *Rev. Dcho. Proc. Iber.*, núms. 3-4, 1979, pág. 490.

Un enfoque distinto es el ofrecido por SERRA, op. cit., pág. 680. Plantea este autor el tema desde el análisis de la legitimación procesal del imputado y, en esa línea, sostiene que «toda persona, por el simple hecho de ser sujeto pasivo de un juicio de imputación se encuentra legitimada procesalmente para efectuar válidamente actos como imputado en el proceso penal. Si dicha persona (...) es incapaz mental, no tendrá legitimación material y deberá ser absuelta. Pero no por ello deberá ser considerado incapaz procesalmente, en cuanto los actos por ella efectuados en el proceso deben ser considerados válidos y eficaces». Desde esta perspectiva, entendemos que puede afirmarse que no se requiere un requisito específico de legitimación y, por ello, cualquier persona puede ser sometida a un proceso penal en cuanto se le impute una conducta delictiva; será, finalmente, el resultado del propio proceso el que determine la falta de legitimación al decretar la absolucón del imputado por incapacidad mental.

11. Vid., entre otras, STS de 9 de febrero de 1996 (RA 834) y de 26 de marzo de 1996 (RA 2621).

por anomalía psíquica sobrevenga durante la instrucción sumarial o —«concluso que sea el sumario»— durante la denominada fase intermedia, decretada ya la apertura del juicio oral o después de pronunciada sentencia firme¹².

Al análisis de estas cuestiones pasamos a continuación con el fin de fijar en cada momento los efectos correspondientes.

1) *Incapacidad procesal sobrevinida durante la instrucción sumarial*

Desde el momento en que se apreciara en el imputado falta de capacidad procesal por alteración mental sobrevinida durante el desarrollo del sumario, la LECr ordena proceder —previa práctica de los pertinentes exámenes psiquiátricos— a la conclusión del mismo, hecho lo cual, el Tribunal competente, que no es otro que aquél al que le hubiere correspondido conocer del juicio oral y no el que instruyó la causa, debe decretar el archivo de la misma hasta que el procesado recobre la salud. Téngase presente que la actuación de este órgano debe limitarse a archivar la causa lo que, en opinión de GÓMEZ COLOMER¹³, resulta inadmisibles por cuanto al Tribunal le resultará imposible entrar a analizar si el sumario ha sido bien formado y, a mayor abundamiento, sostiene que lo procedente sería que tanto el tribunal como las partes pudieran examinar los actos relativos al trastornado mental y las demás investigaciones que conforman el sumario. No tiene sentido otra interpretación —continúa este autor— porque en el caso de existir varios procesados no enfermos mentales, no se comprende cómo podría seguir la causa respecto a éstos, si estuviera mal formado ese sumario, en clara referencia al apartado segundo del art. 383 LECr («*Si hubiese algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el caso anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo*»).

Por lo demás, entendemos que no debe haber duda en considerar que la resolución judicial por la que se decreta el archivo, ha de

12. Un extenso y detenido estudio sobre el tema puede verse en GÓMEZ COLOMER, op. cit., págs. 79 y ss.

13. GÓMEZ COLOMER, op. cit., pág. 102.

revestir forma de auto por cuanto el art. 245.1 b) LOPJ precisa que serán autos las resoluciones judiciales que decidan sobre presupuestos procesales y es claro que la decisión de archivo trae causa de un presupuesto procesal o, en puridad, de la falta de un presupuesto procesal cual es la capacidad procesal del imputado.

El auto de archivo es considerado por FERNÁNDEZ ENTRALGO¹⁴ como punto intermedio entre el sobreseimiento libre y el sobreseimiento provisional, si bien, como advierte GÓMEZ COLOMER¹⁵, aunque el efecto de archivo sea idéntico «no se trata aquí de que exista duda sobre la perpetración del hecho o de que no haya motivo suficiente para acusar al imputado», refiriéndose al sobreseimiento provisional (art. 641 LECr), a lo que añadimos nosotros, en referencia esta vez al sobreseimiento libre (art. 637.1 y 2 LECr), que tampoco asistimos a una ausencia de indicios racionales de haberse perpetrado el hecho o de que éste no sea constitutivo de delito aunque el procesado aparezca exento de responsabilidad criminal conforme al art. 20.1 CP. Para el citado autor, «el archivo es el efecto de la paralización por suspensión sufrida, quedando sin curso las actuaciones en espera de su reanudación o archivo definitivo».

Por consiguiente, la anomalía o alteración psíquica sobrevinida provoca la suspensión del proceso en la fase sumarial lo que nos lleva a señalar dos órdenes de cuestiones: 1) que no podrá llevarse a cabo ningún acto procesal con posterioridad a la conclusión del sumario¹⁶ y 2) que se reanudará el proceso cuando —en palabras de la Ley— el procesado recobre la salud, o lo que es lo mismo, recupere la capacidad procesal perdida por el padecimiento psíquico sobrevinido, por lo que entendemos que lo realizado hasta el momento de la suspensión conserva su validez reanudándose el proceso que, a partir de ese momento, seguirá los cauces previstos en los arts. 622 a 633 LECr.

14. FERNÁNDEZ ENTRALGO, op. cit., pág. 1004.

15. GÓMEZ COLOMER, op. cit., pág. 105.

16. La suspensión del proceso también aparece prevista en el *Codice di procedura Penale* italiano, si bien, contempla el nombramiento de un curador especial. Varios artículos se refieren directamente a esta figura, concretamente el art. 71.4 que trata de los poderes atribuidos al curador pese a estar suspendida la actividad procedimental. Para profundizar en el tema vid. M.^a G. AIMONETTO, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milán, 1992, págs. 235 y ss.

Finalmente, en el auto de archivo de la causa debe disponerse, además, «*lo que el código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia*» (art. 383. 1 *in fine*). La remisión hay que entenderla hoy referida a los arts. 101 y concordantes del CP.

2) Incapacidad procesal sobrevenida durante la fase intermedia

Las previsiones contenidas en los arts. 381 y 383 LECr se insertan en una fase anterior a la apertura del juicio oral, por lo que la incapacidad sobrevenida con posterioridad a la conclusión del sumario carece de regulación legal.

Partiendo de esta circunstancia, hay que comenzar distinguiendo dos posibles situaciones: 1) que la anomalía o alteración psíquica sobrevenga antes de la apertura del juicio oral; 2) que la anomalía o alteración psíquica sobrevenga una vez acordada la apertura del juicio oral, supuesto que analizaremos en el apartado siguiente.

Sin entrar en el tema acerca de si existe o no una fase intermedia en el diseño del proceso penal español, ya que ello excedería de los límites marcados a este trabajo, interesa conocer qué norma aplicar para el caso de incapacidad procesal por causa de anomalía o alteración psíquica sobrevenida antes de la apertura del juicio oral.

Siguiendo al prof. GÓMEZ COLOMER¹⁷, procede en estos casos acordar la suspensión del proceso debiéndose, no obstante, reabrir el sumario para la práctica de nuevas diligencias psiquiátricas destinadas a valorar el estado del imputado. Adviértase, que se llega a la misma solución que en el caso anterior: aplicación de los arts. 381 y 383 LECr, suspensión del proceso y archivo de la causa hasta que el imputado recobre la salud.

Sin embargo, si el imputado recobrara la salud mental, la reanudación del proceso no podrá tener lugar desde el momento en que se produjo la suspensión (como sucedía en el caso anterior), sino que hay que volver a repetir toda la fase. La razón de esta circunstancia hay que buscarla en la propia finalidad de esta fase en la que, como es sabido, se persigue valorar si el sumario se ha realizado correcta o incorrectamente para abrir el juicio oral o, en su caso,

17. GÓMEZ COLOMER, op. cit., págs. 117-118.

proceder al sobreseimiento de la causa; teniendo esto presente, no podemos olvidar que, producida la sanidad del imputado, el sumario ha debido abrirse de nuevo para practicar en él las diligencias necesarias para constatar ese hecho y, vuelto éste a declararse concluso, no queda sino continuar por los cauces previstos en los arts. 622 y ss. LECr y, en definitiva, empezar de nuevo con la fase intermedia porque, de otro modo no podría cumplir los fines que le son propios.

3) Incapacidad procesal sobrevenida tras la apertura del juicio oral

Más compleja resulta la incapacidad sobrevenida durante esta fase procesal, en cuanto, decretada la apertura del juicio oral, el Tribunal mandará que se comuniquen la causa a las partes para que, en aras del principio acusatorio, formulen ya la acusación y la defensa.

Sentado esto, el problema se plantea, una vez más, en relación con la continuación del proceso o a su suspensión, como sucedía en las fases antes estudiadas.

Para el caso concreto que se está examinando, la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo correspondiente al año 1899 entendió que no se puede archivar la causa y suspender el procedimiento hasta que el procesado recobre la salud ya que, abierto el juicio oral, el procedimiento debía finalizar por sentencia firme.

El tema de fondo que subyace en esta argumentación era el siguiente: caso de proceder al archivo de la causa conforme al art. 383 LECr, en el mismo auto de archivo habrían de acordarse por el Tribunal alguna de las medidas previstas en el art. 8.1 ACP para el caso de la enajenación mental cuando, dado el estado en que se hallaba el procedimiento, lo procesalmente correcto es que esas medidas fueran acordadas en sentencia tras la finalización del juicio oral.

El Tribunal Supremo, sin embargo, optó por una solución distinta en una ya antigua sentencia de 18 de mayo de 1927 en la que se decidió la suspensión del proceso; no obstante, el mismo Tribunal, acogió los argumentos de la Fiscalía en otra sentencia, más reciente, de 5 de noviembre de 1979 (RA 3814) porque «*aunque sea posible diferenciar la pena de la medida de seguridad, por su origen y finalidad, en definitiva ésta como aquélla presuponen una pri-*

vación y restricción de bienes jurídicos, por lo que su imposición y ejecución deben revestir ciertas garantías e ir precedidas y rodeadas de análogo respeto a los derechos individuales de la persona, sin que procesalmente sea aconsejable soslayar tales normas con el efugio de que el internamiento indeterminado es una medida de carácter tuitivo en beneficio del reo»¹⁸.

También en la doctrina pueden encontrarse opiniones dispares. Así, para BERNAL VALLS¹⁹, el art. 383 LECr no puede entenderse vigente en lo concerniente a la imposición de las medidas previstas en el art. 8.1 ACP —hoy día lo sería con relación al art. 101 CP de contenido semejante— por contravenir lo dispuesto en los arts. 10, 15 y 17 de la Constitución relativos a los derechos a la libertad y a la integridad.

En la misma línea que el anterior autor, se pronuncia FERNÁNDEZ ENTRALGO²⁰ para quien la decisión de archivo del art. 383 cortaría la posibilidad de debatir extremos tales como la participación del procesado en el hecho, su antijuricidad o la posible concurrencia de una causa de inculpabilidad no generadora de medida de seguridad alguna.

Por el contrario, para MUÑOZ ROJAS²¹ cuando el padecimiento psíquico sobreviene una vez abierto el juicio oral, el Tribunal debe decretar la interrupción del procedimiento «conservando su eficacia las actividades ya realizadas» salvo que la interrupción se prolongara indefinidamente, en cuyo caso, por aplicación del art. 749 LECr (que remite al art. 746.5 del mismo texto legal), «se declarará sin efecto la parte del juicio celebrada, es decir, si llega a recobrar la lucidez mental necesaria el imputado, comenzará de nuevo el juicio».

También se decanta por la no continuación del juicio GÓMEZ COLOMER²² en cuya opinión, el Tribunal debe dictar auto de archivo en el momento que aprecie el trastorno mental «sin importar el acto procesal concreto que se estuviera realizando, exactamente igual a como lo hubiera hecho de haber sobrevenido la enfermedad mental

18. En el mismo sentido, vid. STS de 20 de octubre de 1982 (RA 5663).

19. BERNAL VALLS, op. cit., pág. 976.

20. FERNÁNDEZ ENTRALGO, op. cit., pág. 1005.

21. MUÑOZ ROJAS, op. cit., págs. 54-55.

22. GÓMEZ COLOMER, op. cit., págs. 120 y ss.

durante el sumario, al amparo del art. 383.1. Así se evita el tener que someter a juicio a un incapaz, problema del que prescinde la memoria de 1899». Asimismo, se muestra partidario también de la interrupción de la causa más que de la suspensión de la misma «extremo que sólo el tiempo determina, pero que parece claro, porque el trastorno mental obliga a una suspensión indefinida del juicio».

En definitiva, de lo expuesto podemos concluir que la ausencia de una regulación expresa sobre el particular subyace en las diferentes tomas de posición aludidas. Por nuestra parte, entendemos que postular por una u otra posición requiere una previa reflexión acerca del sentido de desarrollar el juicio oral con un procesado cuyos padecimientos psíquicos le impidan comprender cuanto allí acontece; pero a estas consideraciones volveremos en otro momento. Sí queremos, por el contrario, finalizar este punto haciendo referencia a los efectos civiles que conlleva la apreciación por el Tribunal del estado psíquico del procesado y que, como ya aludimos en un momento anterior, se concretan en el inicio del correspondiente procedimiento civil de incapacitación (Disposición Adicional Primera del CP).

4) Incapacidad procesal sobrevinida con posterioridad a la sentencia firme

La anomalía o alteración psíquica sobrevinida con posterioridad a la sentencia firme es un supuesto expresamente contemplado en el art. 60 CP conforme al cual «cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto garantizando el Juez o Tribunal que aquél reciba la asistencia médica precisa²³. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contrapro-

23. Póngase en relación con el art. 80.4 CP sobre suspensión de la ejecución de la pena por enfermedad grave del penado.

ducente». Esta última consideración legal ha motivado que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en sentencia de 26 de diciembre de 1998²⁴ declare que «*el hecho de la enfermedad posterior puede condicionar la reacción punitiva aun en el supuesto de que la salud mental hubiere sido restablecida. Con la salvedad de que ello es en fase de ejecución*»²⁵.

Sin embargo, queda por resolver qué sucede en los casos en los que la incapacidad procesal del condenado se produjera antes de pronunciarse la sentencia que fuera firme. Se trata de un supuesto en el que el imputado ha podido defenderse de la acusación y entender la finalidad del proceso en el que ya ha sido dictada sentencia.

A nuestro juicio, se hace necesario distinguir dos situaciones: 1) que contra la sentencia quepa recurso de apelación configurando la segunda instancia en aquellos procesos en los que expresamente se admite (arts. 795.1 y 3; 846 bis a) y bis c), 847; 976 LECr); 2) que se trate del recurso de casación admitido contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o segunda instancia, y contra la sentencia dictada por las Audiencias en juicio oral y única instancia (art. 847 LECr).

Que conozcamos, GÓMEZ COLOMER es uno de los autores que con mayor contundencia se ha pronunciado sobre este extremo. Así, se muestra partidario de suspender la tramitación del recurso en los casos de apelación y por la continuación en los de casación²⁶. La solución aportada se inserta, en nuestra opinión, en dos coordenadas: el interés del condenado y la naturaleza del recurso. De esta forma, si se trata del recurso de apelación, al configurarse éste como una segunda instancia, «en la que se puede volver a analizar todo lo actuado» lo procedente es suspender la tramitación del recurso dada la falta de capacidad procesal del condenado, mientras que si se trata del recurso de casación «en el que fundamentalmente se va a realizar un análisis jurídico de una infracción legal o de carácter material o procesal», lo que interesa al condenado es la continuación de

24. En *Actualidad Penal*, núm. 2, 1999, pág. 115.

25. Vid. también arts. 991 a 994 LECr.

26. GÓMEZ COLOMER, op. cit., págs. 124-125.

la tramitación para cuanto antes se revoque la sentencia o devenga firme.

IV. CONCLUSIÓN

Una sumaria reflexión global de la exposición realizada, pone de manifiesto que nuestro ordenamiento jurídico no ofrece una respuesta unívoca al tema de la capacidad procesal del imputado. Así, de un lado, si la anomalía o alteración psíquica del imputado es sobrevenida, de acuerdo con el art. 383 LECr y concluso que sea el sumario, hay que suspender la tramitación de la causa hasta que el imputado recobre la salud; por el contrario, si la anomalía o alteración psíquica es existente en el momento de la comisión del hecho delictivo, el proceso no se suspende sino que continúa hasta la sentencia absolutoria.

A partir de esta situación, cabe preguntarse qué sentido tiene someter a juicio a un imputado, cuya anormalidad psíquica ha quedado acreditada, que no puede comprender la acusación ni la finalidad de la pena ni tomar parte activa en el desarrollo de la vista.

En definitiva, —y concluimos— creemos que en tanto falte la capacidad procesal resulta más conveniente no continuar la tramitación de la causa y, en consecuencia, proceder a su suspensión.

**LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN LOS
PROCESOS COMUNITARIOS**
(La aplicación jurisdiccional del Derecho comunitario)

M.^a ÁNGELES PÉREZ MARÍN
Doctora en Derecho
Profesora Asociada de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

I. Introducción. — II. La función del Tribunal de Justicia; A. El Tribunal de Justicia y el sistema del Convenio de Bruselas; A.1. El reconocimiento de las resoluciones nacionales. 1. Concepto y efecto del reconocimiento de la resolución; 2. Efectos de la resolución que pueden ser reconocidos; A.2. Denegación del reconocimiento y de la ejecución de las resoluciones. 1. Orden público; 2. Los derechos de la defensa en el juicio en rebeldía; 3. Resolución incompatible con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido; 4. Infracción de la norma de conflicto de leyes en relación con una cuestión previa; 5. Resolución inconciliable con otra de un Estado no contratante; 6. Vulneración de las competencias exclusivas; 7. La suspensión del procedimiento. B. *Exequátur*. B.1. Presupuestos de ejecución; B.2. Procedimiento comunitario de *exequátur* y Derecho del segundo Estado en materia de ejecución; B.3. La necesaria protección de la parte contra la que se solicita la ejecución de la resolución. — III. El recurso prejudicial.

A. Naturaleza del recurso; B. La sentencia del Tribunal de Justicia; B.1. Fuerza obligatoria de las sentencias prejudiciales. — IV. Recursos directos. A. El recurso de anulación; A.1. La ejecución de la sentencia; B. La excepción de ilegalidad; C. Recurso por inactividad u omisión; D. Recurso en constatación de incumplimiento de los Estados miembros. — V. El contencioso de plena jurisdicción. A. Responsabilidad contractual; B. Recurso de responsabilidad extracontractual. — VI. Recursos de los funcionarios.

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de cualquier Estado soberano que para hacer respetar sus leyes mantiene en su último nivel de control todo un sistema jurídico de coerción, la Unión Europea fundamenta la autoridad del Derecho Comunitario en la necesidad de los países miembros de respetar unas reglas comunes que les permita mantener y defender los intereses de cada uno de los Estados de forma que el derecho, en cuanto punto de conexión de todos los Estados miembros, mantenga vivo el espíritu de la Unión. El cumplimiento de la normativa es indispensable para la propia existencia de la organización europea y constituye la esencia del sistema legal comunitario; sin la respetuosa observancia de los países *el orden jurídico de la Comunidad* perdería su carácter comunitario, *la base jurídica de la Comunidad* estaría afectada y *la noción de comunidad* se vería comprometida.

Al mismo tiempo, la organización jurisdiccional de la Unión es «compleja» porque «la competencia jurisdiccional de aplicación de los tratados está compartida entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJCE»¹. En efecto el control del sistema legal de la Unión Europea se reparte entre los tribunales comunitarios y la organización judicial de cada uno de los Estados miembros; mientras que el Tribunal de Justicia se compromete a garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados y de los reglamentos de ejecución, los órganos judiciales de todos los Estados miembros están obligados a aplicar el ordenamiento jurídico comunitario por razón de la materia cuando así proceda, bien a instancia de parte bien de oficio, en la resolución de aquellos asuntos

1. ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, 1985, pág. 247.

litigiosos que se estén tramitando. Base fundamental de esta premisa resulta ser el art. 183 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea al señalar que:

«Sin perjuicio de las competencias que el presente Tratado atribuye al Tribunal de Justicia, los litigios en los que la Comunidad sea parte no podrán ser, por tal motivo, sustraídos a la competencia de órganos jurisdiccionales nacionales».

Y a la misma conclusión se llega cuando abordamos la lectura del art. 177 del Tratado que recoge la regulación del recurso prejudicial convertido en un vehículo de conexión entre ambos órdenes jurídicos, el estatal y comunitario².

Por todo ello, la separación de funciones entre los jueces comunitarios y los nacionales es el elemento indispensable para una eficaz cooperación judicial. En virtud de ésta un órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, en el orden de sus propias competencias, están llamados a contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión con vistas a asegurar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en el conjunto de los Estados miembros.

Es más, el posible mérito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea está en haber conseguido, desde el inicio de la andadura comunitaria y sobre un terreno favorable, un Derecho Comunitario que se ha convertido en punta de lanza de la construcción europea. De ahí que podamos afirmar que el Tribunal de Justicia, como órgano independiente dentro del conjunto de las instituciones comunitarias, patrocina y promueve progresivamente la integración jurídica europea. Solamente de esta forma se puede superar el concepto de Justicia Internacional, que en ningún caso es aplicable a la jurisdicción de la Unión Europea.

2. «Además, la múltiple jurisprudencia comunitaria ha reconocido, en este sentido, que el Tribunal de Justicia no puede interpretar normas de derecho nacional, que tampoco puede pronunciarse sobre la aplicación al caso concreto de los preceptos concretos del Derecho Comunitario y que verificar la compatibilidad de una legislación nacional con el Derecho Comunitario supondría hacer aplicación de este último, tarea reservada al juez nacional, por lo que debe limitarse a proporcionarle los elementos de apreciación necesarios para aclararle el sentido y alcance de las normas que lo integran». Vid. S. 19 de marzo del 65, As. 75/63, *Unger*, Rec. 1965, pág. 347; S. 15 de julio del 64, As. 6/64, *Costa c. ENEL*, Rec. 1964, pág. 1141; S. 12 de octubre del 78, As. 13/78, *Eggers*, Rec. 1978, pág. 1935.

Todo ello es fácilmente deducible de las características del Tribunal de Justicia de las cuales no es posible predicar, en modo alguno, una posible supremacía del Derecho Internacional en un ámbito creado para alcanzar otros objetivos y que está dotado de una fuerza jurídica tal que nos permite hablar de un sistema de justicia especial; el sistema de justicia de la Unión Europea. De esta forma podemos indicar:

- a) El TJCE dispone de una jurisdicción obligatoria, entendiéndose de este modo que no solamente puede recurrirse a ella unilateralmente —ciudadanos, Estados miembros o instituciones comunitarias— sino también que, en el ámbito que se le ha asignado, su competencia es exclusiva respecto a cualquier otra forma de solución posible.
- b) Tal y como lo demuestran sus sentencias, el TJCE no puede, so pena de denegación de justicia, renunciar a pronunciarse.
- c) Juzga además las controversias que se suscitan entre las personas físicas o jurídicas y las instituciones, teniendo éstas un acceso directo al mismo; esta característica diferencia este sistema de jurisdicción de las jurisdicciones internacionales clásicas en las que el individuo no puede participar en el procedimiento.
- d) Sus sentencias poseen tanto fuerza obligatoria cuanto fuerza ejecutiva en el territorio de todos los Estados miembros. A diferencia de esto, las jurisdicciones verdaderamente internacionales emiten solamente fallo y, por consiguiente, sentencias obligatorias para los Estados litigantes en el asunto concreto que se está resolviendo.

A tenor de lo expuesto, no cabe duda de que la naturaleza de la jurisdicción comunitaria es del todo *sui generis* en cuanto que no encuentra referente alguno ni en los clásicos Tribunales Internacionales ni en los Tribunales estatales. Como indica el profesor DÍEZ DE VELASCO, «está a medio camino entre un sistema propiamente internacional y un embrión de sistema federal»³, y así se pone de manifiesto cuando se trata el tema de la fuerza ejecutiva de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia.

Entendiéndose por fuerza ejecutiva la cualidad en virtud de la

3. DÍEZ DE VELASCO, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1984, pág. 15.

cual el fallo contenido en una sentencia es susceptible de ejecución forzosa, esto es, que para garantizar su ejecución, en caso necesario, pueden llegar a actuar las fuerzas del orden público, resulta evidentemente que la actual Unión Europea carece de *imperium* suficiente al no disponer de policía judicial o de fuerzas de orden público que permitan imponer directamente la voluntad del Tribunal a los Estados miembros; son estos los que voluntariamente deben acatar las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia, de ahí que en los respectivos Tratados se regule, sucesiva y repetitivamente, un recurso contra los incumplimientos cometidos por éstos respecto de las obligaciones que les incumben en virtud de dichos Tratados. Y es en ello donde reside, precisamente, una de las características más definitorias del sistema judicial de la Unión Europea.

II. LA FUNCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

A. *El Tribunal de Justicia y el sistema del Convenio de Bruselas*⁴

Para definir la misión originaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es preciso acudir al art.164 del Tratado CEE y a los arts. 31 y 136 del Tratado CECA y CEEA respectivamente. A tenor de estas disposiciones, el Tribunal de Justicia «garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación» de cada uno de los Tratados constitutivos de las Comunidades a lo cual se debe añadir todo el conjunto de actos normativos que de ellos se derivan. Por ser la principal Institución Judicial, el Tribunal de Justicia representa el instrumento fundamental de garantía jurisdiccional con que se ha dotado el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En definitiva, su misión consiste en ejercer un control jurisdiccional sobre los actos de aplicación del ordenamiento y en comprobar que las normas del Derecho comunitario se interpretan correctamente; misión que se realiza dentro de los límites de las competencias que los Tratados y el Derecho derivado atribuyen al Tribunal de Justicia.

Tras la firma del Convenio de Bruselas el 27 de septiembre de

4. Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, ratificado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968.

1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y, más exactamente, a partir de la entrada en vigor del Protocolo de Luxemburgo de 3 de junio de 1971, al Tribunal de Justicia se le asignó una nueva misión: interpretar el Convenio. Por ello el Convenio aparece como un Tratado doble y regula el reconocimiento y la ejecución de decisiones y la competencia judicial internacional⁵.

El mecanismo que se instrumentaba mediante el Convenio de Bruselas era semejante al instaurado mediante el art. 177 del Tratado CEE que supedita la competencia de interpretación de la norma comunitaria del Tribunal de Justicia a la petición que hagan, en este sentido, los órganos jurisdiccionales nacionales. En efecto, es a estos órganos jurisdiccionales a quienes corresponde, en primer lugar, solicitar sentencias interpretativas del Convenio de Bruselas con carácter prejudicial en el marco de los asuntos pendientes ante aquéllos; en segundo lugar, la iniciativa para solicitarlas es a veces obligatoria a veces facultativa pero, por supuesto, la sentencia del Tribunal de Justicia tiene siempre carácter vinculante en el marco del litigio principal que dio lugar a la petición de interpretación; por último, se establecía que los procedimientos de interpretación del Convenio de Bruselas serían regulados por las disposiciones del Tratado CEE y las normas del Estatuto sobre el Tribunal de Justicia aplicables «cuando se solicita al Tribunal que decida a título prejudicial».

A.1. *El reconocimiento de las resoluciones nacionales*

1. Concepto y efecto del reconocimiento de la resolución

Las resoluciones judiciales de un Tribunal estatal son actos de soberanía nacional cuyos efectos primarios están limitados, con arre-

5. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España: Convenio de Bruselas de 1968 y procedimiento interno*, Granada, 1998, pág. 2: «El Convenio de Bruselas constituye la consagración práctica de un objetivo destacado por la doctrina desde tiempo atrás, pero en todo caso, recogido en el propio TCE, en su art. 220. Con este fundamento jurídico, el Convenio se configura como un Tratado doble, al regular el reconocimiento y ejecución de decisiones y la competencia judicial internacional, materia esta última no prevista en el art. 220, pero exigida su unificación a modo previo, por ser condicionante para la simplificación de las formalidades sobre el reconocimiento y ejecución recíprocos de decisiones entre los países comunitarios».

glo al principio de territorialidad, al territorio del Estado en que han sido dictadas. Por otro lado, los mecanismos del reconocimiento y del *exequátur* tienen la finalidad de superar esa limitación territorial de la validez y de la aplicabilidad de las resoluciones dictadas. Ello supone que la resolución extranjera sea respetada como tal y que sólo esté sujeta, en lo que respecta a su elaboración y a su regularidad material, a un control limitado cuyo objetivo esencial es verificar su compatibilidad con los fundamentos del ordenamiento jurídico del segundo Estado y ello es confirmado por la prohibición de cualquier revisión en cuanto al fondo que viene prevista en el art. 29 del propio Convenio de Bruselas⁶.

El reconocimiento y el *exequátur*, aunque estén reconocidos en un Tratado multilateral, ponen en relación, por un lado, al Estado en el que se ha dictado la resolución, y por otro, al Estado en el que mediante *exequátur* se reconocerá y aplicará la sentencia; de esta forma el Estado que acoge la resolución va a determinar los efectos que atribuye en su territorio al acto jurisdiccional extranjero. A este respecto, hay dos modelos fundamentales: o bien se conceden a la resolución extranjera los mismos efectos que a una resolución nacional equivalente (*teoría de la asimilación de los efectos*), o bien se acepta la resolución con los efectos que tiene inicialmente en el Estado en el que ha sido dictada (*teoría de la extensión de los efectos*).

6. En efecto, en la sentencia *Bernard Denilauler/SNC Couchet Frères*, el Tribunal de Justicia declaró que el convenio se refería esencialmente a aquellas resoluciones judiciales que, con anterioridad al momento en que su reconocimiento y su ejecución se solicitasen en un Estado distinto del originario, hubiesen sido objeto o pudiesen ser objeto en dicho Estado originario, de un procedimiento contradictorio, de la modalidad que sea. En cambio, según el Tribunal de Justicia, las disposiciones del Título III del Convenio, relativas al reconocimiento y a la ejecución, obviamente no fueron concebidas para ser aplicadas a aquellas resoluciones judiciales que, en virtud de la ley nacional de un Estado contratante, se dictan sin que resulte necesario que esté la parte contra la que se dirigen, y se ejecuten sin previa notificación a dicha parte. De lo anterior dedujo el Tribunal de Justicia que los requisitos a los que el Título III del Convenio supedita el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales no se cumplían en el caso de las medidas provisionales o cautelares que un Tribunal ordene o autorice sin que la parte contra la que se dirijan haya sido emplazada para comparecer y a cuya ejecución se procede sin que previamente hayan sido notificadas a dicha parte. En consecuencia el Tribunal de Justicia declaró que a ese tipo de resoluciones judiciales no le era aplicable la ejecución simplificada prevista en el Título III del Convenio.

Un Tratado entre Estados debería indicar, siempre que fuera posible, cuál de estos dos modelos básicos sigue. El Convenio de Bruselas no hace ninguna mención expresa al respecto; no obstante, la práctica parece pronunciarse claramente a favor de la extensión de los efectos y por ello, si la resolución produce o no efectos, éstos se determinan en virtud del Derecho del Estado en el que se ha dictado la resolución; a saber, si puede ser efectivamente aplicada, cuáles son estos efectos y si tales efectos no se han extinguido. Dichos efectos deben ser aceptados en el segundo Estado tal como se presentan en el primero, a no ser que violen el orden público del Estado en el que se ejecutará o que sean inconciliables con los efectos de las resoluciones nacionales del Estado receptor.

Aunque esta doctrina ha sido confirmada ampliamente por la jurisprudencia del Tribunal⁷, hemos de entender esta tendencia doctrinal restrictivamente o al menos *ad cautelam*. Efectivamente no faltan, a lo largo de esta doctrina, sentencias en las que se advierte un giro hacia la postura contraria, cual es la de la asimilación de los efectos y ello es fácilmente observable en la ponencia del asunto *Hoffman/Krieg en la* que el Tribunal se pronuncia a favor de que la resolución extranjera no produzca en el Estado receptor más efectos que las resoluciones nacionales del mismo tipo.

2. Efectos de la resolución que pueden ser reconocidos

El reconocimiento, en el sentido de los arts. 26 y ss. del Convenio de Bruselas, no tiene por objeto todas las resoluciones judiciales ni todos los efectos que éstas puedan producir; únicamente se refiere al fondo de la resolución y a los posibles efectos procesales que pueden deducirse de la misma.

Por tanto, no podrían ser reconocidas resoluciones relativas a la admisión de la demanda o las relativas a la absolución en la instancia que, sin abordar el examen en cuanto al fondo de las pretensiones que se formulan, desestiman la demanda por razones procesales, es decir por vicios de procedimiento.

Se hace imprescindible, pues, resolver la cuestión en torno a la elección del criterio que determina si una resolución judicial debe

7. As. *Hoffman/Krieg*, S. 4 de febrero de 1988, Rec. 1988, pág. 646.

clasificarse como una decisión en cuanto al fondo o como una decisión sobre la admisibilidad⁸. De todos modos, no se debería dejar a los ordenamientos jurídicos nacionales la respuesta a la cuestión de la calificación sino que habría que buscar una norma uniforme, lo que parece tanto más justificado por cuanto el concepto de resolución ha sido definido por el art. 25 del Convenio⁹.

A.2. Denegación del reconocimiento y de la ejecución de las resoluciones

Los arts. 27 y 28 del Convenio enumeran de una forma tasada los motivos que permiten que el Tribunal del Estado requerido deniegue el reconocimiento y, por lo tanto, en virtud del art. 34 del Convenio, la ejecución de la resolución.

1. Orden público

A tenor del punto 1.º del art. 27, las resoluciones no se reconocerán si este reconocimiento fuere contrario al orden público del Estado receptor.

Este motivo tiene un carácter excepcional, máxime cuando en una Comunidad de Estados contratantes vinculados por concepciones jurídicas fundamentales comunes habrían de ser escasos los supuestos en que una resolución resulte hasta ese punto incompatible con el ordenamiento jurídico del Estado requerido y con los valores fundamentales de dicho Estado.

Por lo demás, la perturbación del orden público interno deberá ser resultado no del contenido de la resolución y de las normas que se apliquen sino de los efectos que se producirán en el territorio nacional como consecuencia de su reconocimiento y de la consiguiente ejecución.

8. Un ejemplo de conflicto de calificación es la desestimación de la demanda por causa de prescripción.

9. Art. 25 Convenio de Bruselas: «Se entenderá por resolución, a los efectos del presente Convenio, cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado contratante con independencia de la denominación que recibiere, tal como auto, sentencia. Providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquidare las costas del proceso».

Hecha esta puntualización, resulta evidente que el contenido del concepto de orden público forma parte del ordenamiento jurídico nacional en cuestión. Sin embargo, habida cuenta del objetivo de una aplicación uniforme del Convenio de Bruselas, es lógico preguntarse si el Tribunal de Justicia puede reservarse también en esta materia un derecho de control que le permita velar por el orden público en el caso de que los Estados no realicen una interpretación lo suficientemente extensiva del concepto que facilite el reconocimiento y la aplicación de las resoluciones extranjeras, tal como se hizo en el marco del tratado CEE con respecto al concepto de orden público en el ámbito de la libre circulación de personas o, incluso, si el Tribunal pudiera establecer un concepto unitario de lo que se deba entender por orden público. No obstante, parece que esta última opción no puede ser acogida en cuanto que centrándonos en el marco jurídico que nace del Convenio de Bruselas, el Tribunal de Justicia no puede basarse en normas de Derecho derivado que, como en materia de derecho de entrada y de residencia de los trabajadores, contengan disposiciones destinadas a concretar el contenido del concepto de orden público en el ámbito comunitario.

2. Los derechos de la defensa en el juicio en rebeldía

En este caso el motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución ha dado lugar a una doctrina jurisprudencial que basada en el requisito previsto en el punto 2.º del art. 27 de entregar y notificar al demandado en rebeldía la cédula de emplazamiento, o documento equivalente, de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse, establece los límites en los que se debe discutir este presupuesto que permite denegar el reconocimiento y la ejecución.

En la sentencia *Denilauler*, el Tribunal de Justicia declaró que de las disposiciones del Convenio en su conjunto se desprendía la intención de velar por que los procedimientos que conducen a adoptar resoluciones judiciales se desarrollen respetando absolutamente el derecho de defensa del afectado. En definitiva el Convenio prevé, como sucede en nuestro ordenamiento interno, la observancia del principio de contradicción que no exige la presencia física del demandado en el proceso lo cual obliga a los tribunales a garantizar la misma mediante una citación que cumpla los requisitos legalmente

previstos. Esto mismo dedujo el Tribunal de Justicia al incluir en el Título III del Convenio de Bruselas que incluye el supuesto de un procedimiento en teoría contradictorio pero en el que, sin embargo, el Juez está autorizado a dictar sentencia aunque el demandado no comparezca a pesar de haber sido debidamente citado.

Así, en la sentencia *Peter Klomps/Karl Michel*, el Tribunal de Justicia recordó que las disposiciones del Título II del Convenio, relativas a la competencia de los Tribunales del Estado de origen eran adecuadas para salvaguardar los intereses de los demandados y que el punto 2 del art. 27 autoriza al Tribunal del Estado requerido a denegar el reconocimiento y la ejecución únicamente en el supuesto excepcional de que las garantías contenidas en la legislación del Estado de origen y en el propio Convenio no sean suficientes para garantizar al demandado la posibilidad de defenderse ante el Tribunal de origen.

Por otra parte, la referida sentencia hizo una distinción entre los dos requisitos contenidos en el apartado 2.º del art. 27, a saber, la forma regular de la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento y el tiempo suficiente para defenderse.

Si el primero de esos requisitos ha de apreciarse con arreglo al Derecho del Estado de origen y a los Convenios que vinculan a dicho Estado, el segundo requisito, es decir, el relativo a la notificación con tiempo suficiente de la cédula de emplazamiento, el Tribunal de Justicia estimó que debía valorarse teniendo en cuenta el plazo del que disponía el demandado para evitar que se dictase en rebeldía una resolución que fuese ejecutiva de conformidad con el Convenio; por tanto, este segundo motivo implica apreciaciones de carácter fáctico que incumben al Tribunal del Estado requerido, sin que se tengan en cuenta las resoluciones dictadas en el estado de origen en lo relativo a la forma de regular las notificaciones.

Por último, el motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución basado en el incumplimiento de este requisito subsiste actualmente en el supuesto de que el demandado haya recurrido contra la resolución dictada en rebeldía y un Tribunal del Estado de origen haya declarado la inadmisibilidad de tal recurso basándose en que había expirado el plazo para recurrir¹⁰.

10. Vid. también, S. *Pendy Plastic Products NV/Pluspunkt Handelsgesells-*

3. Resolución incompatible con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido

A tenor del apartado 3.º del art. 27, la resolución no se reconocerá si fuere inconciliable con otra dictada entre las mismas partes en el Estado requerido; pero a diferencia de lo que se prevé en el apartado 5.º de dicho artículo con respecto a las resoluciones dictadas en un Estado no contratante, no se exige que la resolución dictada en el Estado requerido lo haya sido con anterioridad a la resolución cuya ejecución se pretende, pero parece que es necesario que tenga fuerza de cosa juzgada o, cuando menos, que ya sea ejecutiva.

Por lo que se refiere al concepto mismo de carácter inconciliable, en la sentencia *Hortst Ludwig Hoffmann/Adelheid Krieg*, el Tribunal de Justicia precisó que las resoluciones judiciales son inconciliables si implican consecuencias jurídicas que se excluyan recíprocamente.

En este asunto la particularidad consistía en el hecho de que la resolución originaria que debía considerarse inconciliable con una resolución nacional ya había sido objeto de las formalidades necesarias para ser ejecutada. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que la referida resolución no podía seguir siendo ejecutada en el Estado requerido cuando, de acuerdo con la legislación de este último Estado, la ejecución no puede ya producirse por razones ajenas al ámbito de aplicación del Convenio. El Tribunal de Justicia admitió que existía al respecto un procedimiento específico de ejecución que seguía rigiéndose por el Derecho nacional del Juez que conoce del asunto haciendo referencia en este punto a la sentencia *Deutsche Geossenschaftsbank/SA Brasserie du Pêcheur*, y que debía evitarse que el Juez que conozca del asunto se vea obligado a dejar de lado los efectos de una sentencia nacional, incluso en el caso de que esa sentencia no fuese reconocida en el Estado de origen de la resolu-

chaft GmbH; S. Leon Emile Gaston Carlos Debaecker y Berthe Plouvier/ Cornelis Gerrit Bouwman, en la que el Tribunal de Justicia hubo de examinar si un emplazamiento, a pesar de haber sido efectuado de forma regular y con observancia de las normas del Estado de origen, podía ser objeto de crítica como consecuencia de circunstancias posteriores. En el caso de autos, el emplazamiento se había llevado a cabo ante el Ministerio Fiscal, ya que el demandante no conocía a la sazón el domicilio del demandado, cuya dirección no llegó a conocer sino en un momento posterior.

ción que ha de ejecutarse, por no estar incluida en el ámbito de aplicación del Convenio.

Para llegar a esta solución, el Tribunal de Justicia partió de la consideración de que si bien es verdad que la resolución extranjera debe producir en el Estado requerido los mismos efectos que produce en el Estado de origen, no era posible que de la misma se dedujesen mayores efectos que las resoluciones nacionales del mismo tipo y, esta paridad debía garantizarse, si fuera necesario, en el ámbito de los procedimientos de ejecución que siguen rigiéndose por los Derechos nacionales.

Según el Tribunal de Justicia, los referidos procedimientos siguen siendo susceptibles de los recursos específicos previstos por los Derechos nacionales, con la única condición de que no deben tener como resultado el privar de eficacia a las disposiciones del Convenio. Aunque tales recursos no pueden admitirse por motivos que habrían podido incocarse contra la resolución de *exequatur* en el plazo concedido para oponerse a la misma y que habrían podido justificar la denegación de la ejecución, tal regla no debe aplicarse cuando tenga como consecuencia obligar al Tribunal nacional a dejar de lado los efectos de una resolución nacional y a permitir que siga teniendo efectos una resolución extranjera incompatible con la primera.

4. Infracción de la norma de conflicto de leyes en relación con una cuestión previa

El art. 27.4 permite que el Tribunal del Estado requerido se oponga al reconocimiento de una resolución de otro Estado contratante si el Tribunal del Estado de origen, al decidir una cuestión previa relativa al estado o capacidad de las personas físicas, a los regímenes matrimoniales, a los testamentos o a las sucesiones, hubiese aplicado una ley distinta de la que habría resultado si la ley aplicada hubiese sido la indicada en la norma de conflicto del Estado requerido.

5. Resolución inconciliable con otra de un Estado no contratante

En el apartado 5, añadido por el convenio de adhesión de 1978, el artículo 27 prevé la posibilidad de oponerse al reconocimiento si

la resolución que hubiese de ejecutarse fuere inconciliable con otra dictada con anterioridad en un Estado no contratante entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido.

Con relación al carácter inconciliable con una resolución dictada en el Estado requerido, los requisitos son aquí más estrictos en la medida en que se exige, en primer lugar, que la resolución del Estado no contratante haya sido dictada con anterioridad a la resolución cuya ejecución se pretende y, en segundo lugar, que entre ambas resoluciones exista no sólo identidad de partes sino también identidad de objeto y causa.

6. Vulneración de las competencias exclusivas

Por último el art. 27 prevé que no se reconocerán las resoluciones si se hubieran desconocido las competencias exclusivas y las competencias especiales en materia de seguros y en materia de contratos celebrados por los consumidores, así como en el caso previsto en el art. 59 del Convenio.

7. La suspensión del procedimiento

Desde un punto de vista procesal, los arts. 30 y 38 del Convenio disponen que el Tribunal del Estado requerido podrá suspender el procedimiento de reconocimiento y ejecución si la resolución extranjera fuere objeto de un recurso ordinario en el Estado de origen.

Por lo que se refiere al concepto de recurso ordinario, la sentencia *Industrial Diamond Supplies/Luigi Riva* admitió que, a la vista de las divergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos nacionales, tal concepto debía ser objeto de interpretación autónoma. Teniendo en cuenta el hecho de que la suspensión del procedimiento constituye para el Tribunal que conoce del asunto una mera facultad, la referida interpretación debe ser lo suficientemente amplia a fin de permitir que el Tribunal aplaque su fallo siempre que pueda surgir una duda razonable con respecto a cuál será la decisión que finalmente se adopte en el Estado de origen. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia admitió que en el concepto de recurso ordinario

se debía incluir cualquier tipo de recurso que pudiese dar lugar a la anulación o a la modificación de la resolución inicial y que dicho concepto se aplicaba a todo medio de impugnación que formase parte del desarrollo normal de un proceso y con respecto al cual la ley fijase un plazo determinado que comenzase a correr en virtud de la resolución cuya ejecución se pretendiese obtener.

B. *Exequátur*¹¹

B.1. *Presupuestos de ejecución*

Como ya hemos visto, según la ordenación del convenio, la resolución judicial extranjera se beneficia de una presunción de regularidad. Por tanto, deberá, en principio, poder ser ejecutada en el Estado requerido y la ejecución sólo podrá ser denegada si existe un motivo para denegar el reconocimiento. No obstante, la resolución judicial extranjera deberá ser ejecutoria en el Estado en el que ha sido dictada para poder ser ejecutada en el Estado requerido.

Si una resolución judicial susceptible de recurso o ya sometida a recursos en el Estado de origen no tiene aún concedida la ejecución provisional en dicho Estado, no podrá ser ejecutada en el Estado requerido. Esta cualidad del documento cuya ejecución se solicita debe existir, en cualquier caso, con arreglo al derecho del país de origen de la resolución judicial y no hay razones para dar a una resolución extranjera derechos que no tiene en su país de origen, pero, en ningún caso se procederá a un examen sobre el fondo de la resolución judicial extranjera (art. 34)¹².

11. «... hay que señalar que, en lo que respecta a la tramitación, la denominación como procedimiento de ejecución está aceptada en nuestros convenios bilaterales que se ocupa de esta materia y por la doctrina. Siendo también común y clásico denominar a este procedimiento como procedimiento de *exequátur*. Realmente este término hace alusión al resultado, y no tanto al procedimiento en sí mismo, pues su significado literal (ejecútese) expresa la conversión de la sentencia extranjera en título ejecutivo». (SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, op. cit., pág. 6).

12. Informe del Sr. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968.

B.2. Procedimiento comunitario de exequátur y Derecho del segundo Estado en materia de ejecución

Mientras que los demás Tratados entre Estados dejan el procedimiento de *exequátur* al derecho nacional del segundo Estado —o Estado de ejecución— regulando como máximo de manera uniforme cuestiones particulares como el derecho a la asistencia judicial, el Convenio de Bruselas define las condiciones básicas y diferentes cuestiones de detalle relativas al procedimiento¹³.

Así, está previsto un procedimiento no contradictorio de otorgamiento de ejecución en el que la resolución debe dictarse en un plazo breve sin oír a la parte contra la que se solicita la ejecución seguido de un procedimiento de recurso en dos fases abierto a ambas partes. La ejecución forzosa propiamente dicha corresponde al segundo Estado, que sin embargo no puede por ello retrasar o hacer más difícil el procedimiento de otorgamiento de la ejecución. En este caso, la dificultad reside precisamente en que los dos ámbitos son difíciles de separar.

El Tribunal de Justicia parte del hecho de que los arts. 31 y ss. del Convenio regulan de manera exhaustiva el procedimiento de *exequátur* y éstos no pueden ser completados mediante disposiciones procesales del segundo Estado, en la medida en que en este precepto no hay una referencia explícita al Derecho nacional como ocurre en el párrafo primero del art. 33 o en el párrafo primero del artículo 37. Así pues, el Tribunal de Justicia se ha negado, por ejemplo, a

13. «... si la distinción del Convenio de Bruselas entre el reconocimiento y la declaración de ejecutividad está clara tanto en sus trámites como en sus efectos —aunque en su texto no se definan cada una de estas categorías—, la terminología utilizada puede inducir a identificar el procedimiento regulado para la declaración de ejecutividad con el procedimiento de ejecución (forzosa) siendo diferentes. Este último engloba al conjunto de actuaciones procesales que representan la actividad coactiva del Estado para hacer efectivo lo decidido en una resolución, siempre que la parte condenada no se avenga a cumplirlo voluntariamente. Pues bien, para que una resolución extranjera pueda ser objeto de un proceso de ejecución ante la falta de cumplimiento voluntario de la parte condenada, es necesario que se le haya otorgado el efecto ejecutivo mediante la declaración de ejecutividad en el correspondiente procedimiento seguido a tal efecto. Este último procedimiento de ejecución es el que recoge y regula el Convenio, no el procedimiento de ejecución, si bien los términos utilizados pueden hacer pensar lo contrario (...)» (SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España...*, op. cit., págs. 5 y ss.)

ampliar más allá de lo dispuesto en el artículo 36 la categoría de las personas que pueden interponer recurso y a hacer más estrictos los requisitos relativos a las medidas cautelares adoptadas con arreglo al art. 39 por la persona cuyas pretensiones hayan sido estimadas en primera instancia en el procedimiento de *exequátur*.

Pero, como se viene advirtiendo, será necesario observar si el Tribunal de Justicia podrá mantener la estricta autonomía del procedimiento previsto en los arts. 31 y ss. Como mínimo, ello le exigirá otros esfuerzos considerables de creación jurídica que no se limitarán a cuestiones tan marginales como la determinación del momento de la elección de domicilio en el sentido del párrafo segundo del art. 33¹⁴. Así como el Estado de ejecución no puede impedir el procedimiento simplificado de *exequátur* mediante disposiciones de su Derecho relativas a la ejecución, el mecanismo equilibrado del Derecho de este Estado en materia de ejecución que tiene en cuenta los intereses de la parte que solicita la ejecución y los de la parte contra la que ésta se solicita no puede ser afectado por una interpretación y una evolución del Convenio exageradamente favorable a la primera posibilidad, es decir, mantener la restricción del procedimiento de ejecución. La parte que solicita la ejecución de una resolución extranjera no está facultada ni siquiera, en virtud del Convenio, para solicitar en el segundo Estado la posibilidad de una ejecución más fácil y menos arriesgada que la que tendría lugar para la parte que haya obtenido una resolución nacional.

B.3. La necesaria protección de la parte contra la que se solicita la ejecución de la resolución

El principal problema para la parte contra la que se solicita la ejecución consiste en los dos procedimientos con que se encuentra debido a la relativa autonomía de la decisión que otorga la ejecución respecto a la resolución de origen, autonomía que no permite que las medidas de defensa que el interesado haya podido adoptar en el Estado en el que se ha adoptado la resolución produzcan inmediatamente sus efectos también en el Estado de ejecución.

14. S. De 10 de julio de 1986 (*Carron/República Federal de Alemania*), Rec. 1986, p. 2437.

La interposición de un recurso en el Estado en el que se haya dictado la resolución puede permitir al interesado obtener la suspensión de la ejecución forzosa que se cierne sobre él, incluidas las medidas cautelares. Ahora bien, esta circunstancia sólo puede tenerse en cuenta en el procedimiento de *exequátur* previsto por el art. 34 del Convenio si la parte que solicita la ejecución se refiere a ellas. Es cierto que la parte contra la que se solicita la ejecución puede paralizarla formulando un recurso pero, hasta que el Tribunal ante el que se haya interpuesto dicho recurso se pronuncie, sigue expuesta a las medidas cautelares previstas por el art. 39 que pueden ser ruinosas. Si el Tribunal que conoce del recurso no puede pronunciarse en un plazo breve, por ejemplo porque sus normas procesales le obligan a efectuar de oficio investigaciones sobre el Derecho extranjero, debe estar autorizado a adoptar, mientras tanto, las medidas de protección que sean posibles según su Derecho y que le parezcan justificadas a favor de la parte contra la que se solicita la ejecución, como por ejemplo exigir a la parte que solicita la ejecución que preste garantías en forma de caución o de otro tipo e incluso, si fuere necesario, suspender las medidas cautelares. No obstante, la mencionada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se opone a esta resolución.

III. EL RECURSO PREJUDICIAL

A partir del art. 93 de la Constitución española, del art. 1.5 del Código Civil y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que evidencian que los Tratados internacionales suscritos y ratificados por España son fuente directa de nuestro derecho y que los Tribunales internacionales determinados en las leyes y los Tratados internacionales poseen el ejercicio de la potestad jurisdiccional, constatamos que nuestros Tribunales, igual que los del resto de los países que pertenecen a la Unión Europea, están abocados a un estrecho entendimiento con el Tribunal de Justicia y a una completa y eficaz colaboración.

La particularidad del procedimiento prejudicial consiste en que se inserta en un contexto normativo específico caracterizado por la existencia de dos órdenes jurídicos, uno nacional y otro comunitario.

Pero, de una parte, la norma comunitaria prevalece sobre la regla estatal y en el caso de conflicto la primera excluye a la segunda, mientras que de otra parte, como regla general, la norma comunitaria es directamente aplicable ya que forma parte del derecho que los justiciables pueden invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, ya que éstos están obligados a garantizar su aplicación. Consecuentemente las relaciones de los derechos nacionales y el Derecho Comunitario se caracterizan por una intensa ósmosis, producto de su efecto directo y de una jerarquía estructural como resultado de su primacía, lo cual significa, tal y como ha manifestado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia que «el Tratado de la CEE ha instituido un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde el mismo momento en que tiene lugar la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales...»¹⁵.

Su importancia y su significado están más que demostrados puesto que el número de sentencias acordadas, el interés doctrinal que ha suscitado y sobre todo el conjunto de principios extraídos del mismo, tienen tanto peso específico que hace que lo califiquemos como el instrumento más importante de la integración jurídica.

Asimismo los caracteres esenciales del reenvío prejudicial son a la vez el resultado de su naturaleza y de su objeto. Su unidad le viene dada por su naturaleza, su objeto establece en él una irreductible dualidad.

A. Naturaleza del recurso

En lo que respecta a su naturaleza hay que entender que este recurso se presenta como un incidente y, como tal, contingente y accesorio respecto de un asunto principal sin el cual carece absolutamente de sentido. Y ello es así porque sobreviene cuando tiene lugar el desarrollo de un procedimiento principal ante un Tribunal nacional, iniciándose mediante una suspensión del procedimiento principal y continuando con el reenvío de una cuestión prejudicial

15. Vid. la pro. de 3 de junio de 1964, As. 6/64, *Costa/ENEL*, Rec. 1964, pág. 1141.

ante el Tribunal de Justicia para, a posteriori, finalizar a partir de la resolución de éste mediante el envío de la misma a la instancia nacional para que resuelva el litigio principal conforme a la solución consagrada en esta decisión.

En segundo lugar, este procedimiento se distingue de otras vías de derecho abiertas ante el Tribunal de Justicia por la ausencia de carácter contencioso ya que el legislador en el art. 177 ha instaurado una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales en los términos de un procedimiento no contencioso.

En tercer lugar, se trata de una cooperación judicial y no de una relación de subordinación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia. Así, el Tribunal de Justicia no puede modificar o anular la decisión del órgano jurisdiccional nacional, porque no es competente para entender de ella si no le es planteada por ésta. De otro lado, si el órgano jurisdiccional nacional desconoce la obligación impuesta por el art. 177.3 pronunciándose *per se* sobre una cuestión comunitaria, solamente resta como remedio-solución la posibilidad de plantear un recurso en constatación de incumplimiento contra el Estado miembro al cual pertenezca el órgano en cuestión.

Asimismo se caracteriza por ser un fenómeno de carácter general, producido mediante la conexión y relación de diversas ramas del derecho y la unidad del ordenamiento jurídico. Ello significa, por tanto, que el procedimiento principal puede referirse a una determinada rama del ordenamiento jurídico, pero la cuestión incidental siempre se plantea ante el Tribunal de Justicia a tenor y al amparo del Derecho comunitario europeo sirviendo la resolución de punto de apoyo para emitir el fallo del asunto principal.

B. *La sentencia del Tribunal de Justicia*

Las disposiciones del Reglamento del procedimiento concernientes a las sentencias del Tribunal de Justicia son las mismas para todos los procedimientos —arts. 63-75— del Capítulo IV. Así concluida la vista oral, de la que el secretario extiende el acta, el Tribunal

pasa a deliberar a puerta cerrada, dictando por acuerdo mayoritario la sentencia.

Ahora bien, tratándose de un procedimiento no contencioso esta sentencia no contiene la fórmula que caracteriza habitualmente a otros procedimientos, es decir, «el Tribunal declara y sentencia», sino que la decisión es un elemento accesorio, no absolutamente necesario y por tanto el acto jurisdiccional se define esencialmente por la declaración en derecho, de ahí que se emplee a menudo la fórmula «declara en derecho». De este modo resuelve la cuestión jurídica que le ha sido planteada pero no se decide el litigio principal condenado a un determinado sujeto sino que, por el contrario, interpreta o aprecia la validez de una norma de Derecho Comunitario.

Del mismo modo, las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en el procedimiento prejudicial guardan una estrecha relación con el carácter no contencioso de éste, así como con la inexistencia de partes en el sentido material del término no decidiendo, por ello, un litigio propiamente dicho, al menos formal o directamente.

Ha de quedar claro que la decisión del Tribunal de Justicia constituye una respuesta a las cuestiones formuladas por el órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo ocurre con frecuencia que las cuestiones sometidas al conocimiento del Tribunal comunitario rebasan en gran medida el ámbito de la remisión prejudicial y ello sucede, por ejemplo, con las cuestiones sobre compatibilidad de determinadas disposiciones nacionales con el Derecho Comunitario. En tales circunstancias, el Tribunal de Justicia reformula la cuestión que se le plantea, identificando la cuestión de Derecho comunitario de manera adecuada para facilitar los elementos necesarios para el pronunciamiento¹⁶.

En otras ocasiones el Tribunal de Justicia se ve obligado a responder a cuestiones diferentes de las planteadas por el órgano jurisdiccional nacional, ya sea porque éste identifica erróneamente el Derecho comunitario aplicable ya sea porque no se percata de que existen otras cuestiones que, a juicio del Tribunal de Justicia, resultan decisivas para resolver el litigio. Por ejemplo, cuando la cuestión tiene por objeto la interpretación de un acto comunitario y el

16. Vid. S. de 9 de octubre de 1980, *Carciati*, 823/79, Rec. 1980, p. 2773.

Tribunal de Justicia considera que dicho acto adolece de una invalidez sobre la que puede entrar a conocer de oficio. En tal supuesto es preciso que el Tribunal de Justicia ponga en antecedentes inmediatamente al órgano jurisdiccional nacional para evitar un engorroso formalismo dilatorio incompatible con la propia naturaleza de la remisión¹⁷.

B.1. Fuerza obligatoria de las sentencias prejudiciales

El Tribunal de Justicia considera que cuando se pronuncia con carácter prejudicial sus sentencias también deciden con autoridad de cosa juzgada una o varias cuestiones de Derecho comunitario y vinculan al Juez *a quo* en cuanto a la solución del litigio. No obstante, existe una viva controversia entre los defensores de la autoridad relativa de la cosa juzgada y los seguidores de los efectos *erga omnes* de las decisiones prejudiciales adoptadas por el Tribunal de Justicia. Éste ha optado por una solución intermedia que parece inspirada en el sistema alemán, deduciéndose de la sentencia una autoridad de cosa juzgada que se caracteriza por su generalidad y por su retroactividad¹⁸.

En relación con lo anterior, la interpretación dada en estas sentencias tiene la misma fuerza obligatoria que las normas sobre las que el juez interno se apoya para asegurar el respeto al derecho, de forma que la sentencia interpretativa vincula al órgano jurisdiccional nacional que ha planteado la cuestión sin decir exactamente que al respecto tenga autoridad de cosa juzgada. Si ésta surgió en primera

17. Sentencia de 1 de diciembre de 1965, *Schwarze*, 16/65, Rec. 1982; sentencia de 28 de junio de 1978, *Simmenthal*, 70/77, Rec. 1978, p. 1453; sentencia de 5 de octubre de 1988, *Alsatel*, 247/86, 1988, p. 5987, apartado 8.

18. El concepto de cosa juzgada que utiliza el Tribunal de Justicia para calificar los efectos que tienen para el Juez *a quo* las sentencias que dicta con carácter prejudicial no coincide con el concepto de cosa juzgada que conocen los Derechos nacionales. Y es que, si se dan las condiciones amplias que establece el Tribunal de Justicia, no sólo es posible una nueva remisión por parte del Juez destinatario de la sentencia sino que también es posible una remisión por parte de los Tribunales superiores que hayan de pronunciarse sobre el mismo asunto, pero que no lo consideren suficientemente esclarecido o lo considere necesario. De este modo, la posibilidad de reconsiderar lo decidido es, por lo menos en abstracto, mucho más amplia, y la fuerza vinculante no se refiere a la decisión del litigio sino a la interpretación o a la apreciación de la validez de la norma aplicable.

instancia, la resolución prejudicial vincula también a los órganos jurisdiccionales que conozcan del asunto en instancias sucesivas, aunque el juez superior tiene siempre la posibilidad de interrogar al Tribunal de Justicia si estima que la cuestión aparece bajo nuevas connotaciones como consecuencia de la profundización de la discusión que supone siempre el desarrollo de esas instancias posteriores. Pero, aun así, el Tribunal se reserva el poder para precisar e incluso modificar su jurisprudencia con ocasión de un nuevo recurso o bien para rechazar ampliamente los nuevos argumentos y evitar declarar el nuevo recurso inadmisibles, incluso si la cuestión es materialmente idéntica a la precedente, con la libertad de resolver con una motivación sucinta y remitiéndose a su precedente decisión¹⁹.

De esta forma:

- La sentencia de interpretación es obligatoria para el juez del reenvío. No obstante puede plantear de nuevo la cuestión cuando estime que la interpretación dada por el Tribunal de Justicia es oscura o insuficiente. El juez de reenvío puede igualmente descartar la aplicación de la norma comunitaria cuando, después de que el Tribunal de Justicia haya interpretado su demanda, le parezca inoportuno o desprovisto de interés para la solución del litigio planteado ante él.
- La sentencia de interpretación elimina la obligación de los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de plantear recurso ante el Tribunal de Justicia. No obstante, cuando tales órganos estén llamados a aplicar la misma disposición deben bien aplicarla conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia, bien plantear recurso al Tribunal de Justicia. En ningún caso pueden aplicarla en otro sentido que el establecido por el Tribunal. En este supuesto se hallan los Tribunales inferiores.
- Cuando al Tribunal de Apelación o al Tribunal de Casación se les ha planteado un recurso sobre una sentencia en la que el juez de primera instancia había ejercido el recurso prejudicial, no pueden fallar en un sentido contrario al de la sentencia interpretativa del Tribunal de Justicia.
- Podemos estimar que las autoridades nacionales encargadas de

19. Vid. S. De 9 de diciembre de 1965, As. 44/65, *Hessische Knappschaft*, Rec. 1965, pág. 1200.

aplicar el Derecho Comunitario y las Instituciones de la Comunidad deben respetar la sentencia del Tribunal de Justicia y no aplicar disposiciones interpretadas en un sentido diferente de la sentencia interpretativa.

- El Tribunal de Justicia ha afirmado expresamente la eficacia *ex tunc* de la interpretación dada, lo que se desprende de la naturaleza puramente declarativa de la decisión prejudicial; no obstante ha reconocido una excepción a dicho principio siempre que la aplicación retroactiva de una interpretación entrañe graves consecuencias económicas y sociales; por ello, en virtud del principio general de seguridad jurídica y teniendo en cuenta los graves daños que implicaría la extensión en el pasado de su decisión en relación con las decisiones jurídicas establecidas de buena fe, el Tribunal se ha considerado autorizado para determinar que su interpretación solamente regirá para el futuro o que su efecto retroactivo quedará limitado al caso controvertido y a los que estén en trámite en el momento de pronunciarse su resolución.

IV. RECURSOS DIRECTOS

A. *El recurso de anulación*

El recurso de anulación constituye uno de los mecanismos esenciales para asegurar la legalidad del ordenamiento jurídico comunitario y garantizar así la protección judicial de todos los sujetos de la actual Unión Europea, haciendo realidad la idea de que la Unión es una comunidad de derecho. Al mismo tiempo permite dar una solución judicial a las diferencias constitucionales de los diferentes Estados que se enfrentan con las instituciones o a éstas con los Estados miembros. En efecto, este recurso persigue la posibilidad de que el Tribunal de Justicia pueda anular un acto decisorio de las instituciones de la Unión porque viole la legalidad comunitaria; es el encargo que se hace al juez para que realice un control basado en motivos de interés general. Constituye, por consiguiente, un medio útil para controlar de un lado la conformidad o adecuación de los Tratados que emanan del legislador comunitario y de otro la legalidad de las

decisiones individuales y reglamentarias de la Comisión y del Consejo.

Creado a partir de la tradición común de la mayor parte de los Estados miembros, la especificidad del orden jurídico comunitario ha contribuido en gran medida a modelar las características de este recurso.

La sentencia que resuelve el recurso puede estimarlo o rechazarlo. En el primer supuesto, el Tribunal de Justicia declara nulo y sin efecto el acto recurrido. Sin embargo, en lo relativo a los reglamentos, el Tribunal de Justicia indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos anulados que deban ser considerados como definitivos²⁰. Por ello, el ordenamiento debe admitir, sin lugar a dudas, que la anulación puede ser parcial o total: total, siempre que quede sin efecto dicho acto, lo que significa que la nulidad existe necesariamente *ab initio* por lo que se entiende que el acto no ha tenido más que una existencia de hecho contraria al derecho. Este es el motivo que le impide existir y que exige del Tribunal una resolución que lo elimine del ordenamiento. La sentencia de anulación constituye una nueva situación jurídica inexistente hasta el momento y crea un conjunto de relaciones y situaciones jurídicas que modifican las relaciones anteriores. La anulación pronunciada por el juez, es, en suma, retroactiva: el acto se considera que no ha existido y sus efectos jurídicos deben ser eliminados.

De todos modos, para garantizar la anulación y consiguiente eliminación del acto afectado por la irregularidad jurídica, no basta con la decisión anulatoria del Tribunal; la dificultad reside en que la institución de la que emana el acto anulado está obligada a tomar las medidas que comporta la ejecución de la sentencia de anulación²¹; ejecución que comporta efectos *erga omnes* tal y como evidencia multitud de jurisprudencia y la unanimidad de la doctrina²². Asimismo, la falta de ejecución de esta obligación es especialmente sancionada en el Tratado CECA al disponer que si la Alta Autoridad

20. Vid. art. 174.1 TCEE; 147 TCEEA; el art. 34 TCECA que no prevé desde esta óptica dicho contenido pero considera las consecuencias en caso de anulación. Vid. también, art. 174.2 TCEE y 147.2 TCEEA.

21. Vid. art. 34 TCCA, art. 173 TCEE y 146 TCEEA.

22. Vid. S. 21 de diciembre de 1954, As. 1/54, *Assider/A.A.*, Rec. 1954, pág. 127.

se abstiene de adoptar las medidas de anulación en un plazo razonable, se podrá abrir ante el Tribunal un recurso de indemnización. Además, la autoridad absoluta de la cosa juzgada posibilita al Tribunal de Justicia imponer habitualmente un «no ha lugar» por defecto de objeto cuando un recurso afecta a una medida anteriormente anulada²³. Por el contrario, la sentencia de rechazo no tiene más que una autoridad relativa, o sea que no significa que el acto impugnado sea legal; un recurso basado en nuevos medios será admisible.

El derecho comunitario prevé igualmente la posibilidad de que el Tribunal de Justicia pronuncie la anulación parcial de ciertas disposiciones ilícitas siempre que tengan la calidad de ilegales, y no haya indivisibilidad entre ellas y las restantes. Generalmente las disposiciones a que nos referimos son los reglamentos a partir de los cuales pueden mantenerse ciertas consecuencias jurídicas y anular otras, en cualquier caso los efectos que deban ser considerados como definitivos deben ser indicados por el Tribunal de Justicia.

Si el recurso es desestimado, obviamente el juez rechaza la demanda luego *sensu contrario* concluimos que confirma el acto atacado mediante un recurso de anulación. Parece ser pues que, una vez producido esto, no puede intentarse un nuevo recurso fundado en el mismo motivo precisamente porque el fallo goza ya de eficacia *erga omnes*. No obstante, un recurso formulado por una persona distinta a cualquiera de las partes existentes en el juicio precedente debe ser acogido si está fundado en medios que no han sido examinados por el Tribunal y que, en consecuencia, no están protegidos por la autoridad de cosa juzgada.

Como conclusión podemos añadir que el Derecho Comunitario, por mediación del denominado recurso de anulación, instaura un sistema de protección de las personas que han sufrido un perjuicio o daño a causa de una disposición de los órganos ejecutivos comunitarios, persiguiendo a la par, lo que en España llamamos nulidad del acto, que entraña generalmente efectos *ex tunc* y no *ex nunc*, acae-ciendo una autoridad de cosa juzgada y siendo posible, por todo lo mencionado, la existencia de retroactividad siempre que el recurso sea admitido.

23. Vid. S. 11 de febrero de 1955, As. 3/54 *Assider*, Rec. 1955, pág. 127.

A.1. La ejecución de la sentencia

Hemos dicho que si el órgano jurisdiccional comunitario declara la nulidad del acto impugnado, corresponde a la Institución de la que éste emana el adoptar las medidas oportunas para la ejecución de la sentencia (arts. 34.I Tratado CECA y 176.I Tratado CEE) y proceder a la anulación efectiva del acto.

En aplicación de estas disposiciones, el Tribunal de Justicia se ha negado desde el principio, a usurpar esta competencia de la Institución demandada y evita en sus sentencias pronunciarse sobre la manera en que ésta debe proceder y las medidas que deben ser adoptadas. Declara así, en su sentencia de 23 de febrero de 1961²⁴, que «no correspondería al Tribunal, en el caso de que estimara el recurso, dictar a la Alta Autoridad las decisiones que debería entrañar la sentencia de anulación, sino que debería limitarse a evitar de nuevo el asunto ante la Alta Autoridad».

Naturalmente, esto no significa que la Institución sea totalmente libre en el momento de proceder a la ejecución de una sentencia de anulación. Los actos que adopte para ello deben respetar, al igual que cualesquiera otros, la legalidad comunitaria y pueden o, mejor dicho, deberían ser controlados *a posteriori* por los órganos jurisdiccionales comunitarios, en el marco de un nuevo proceso. En los supuestos en que la Institución que ha sido condenada se abstenga de rectificar el acto anulado y de regular la situación regida por éste de conformidad con el fallo de la sentencia de anulación, el cauce adecuado para obtener la declaración de la obligación de actuar por parte del órgano comunitario es el recurso por omisión, regulado en los arts. 35 del Tratado CECA y 175 del Tratado CEE²⁵.

24. As. 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Alta Autoridad*, 1961, pág. 36.

25. Sentencia de 26 de abril de 1988, as. Ac. 97, 193, 99 y 215/1986, *Asteris AE y otros y República Helénica c/ Comisión*, 1988, pág. 2208. El TJCE especifica a continuación el modo en que se delimita el alcance de las obligaciones derivadas de una sentencia de anulación: «Para adecuarse a la sentencia y dar plena ejecución a la misma, la Institución está obligada a respetar no sólo el fallo de la sentencia, sino también los motivos que han conducido a aquél y que constituyen su sustento necesario, en el sentido de que son indispensables para determinar el significado exacto de lo que ha sido resuelto en el fallo. Estos motivos, en efecto, identifican por una parte la concreta disposición considerada ilegal, y revelan por otra parte las causas precisas de la ilegalidad declarada en el fallo, que la Institu-

Por otra parte, el supuesto de incumplimiento de esta obligación de ejecución de la sentencia por parte de la Institución correspondiente está específicamente previsto en el Tratado CECA. En este sentido el art. 34.II establece, en efecto, que «si la Alta Autoridad se abstuviere de adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para la ejecución de una decisión de nulidad, cabrá interponer un recurso de indemnización ante el Tribunal». Esta misma solución es aplicable en materias relativas a los otros Tratados, ya que, aunque el art. 176 del Tratado CEE no alude expresamente a ello, debe interpretarse en este sentido la remisión de su párrafo segundo al art. 215, relativo a la responsabilidad de la Comunidad.

B. *La excepción de ilegalidad*

La excepción de ilegalidad se planteará en aquéllos procesos en que pretendiendo imponer a un sujeto de Derecho Comunitario un acto o exigir del mismo un comportamiento, es cuestionada por éste la validez de la disposición de carácter general que sirve de cobertura jurídica a la referida pretensión. Se deduce, por tanto, que tal procedimiento no es autónomo sino una excepción, un medio de defensa al que se recurre en otro procedimiento, esto es, se trata de un control indirecto.

La mayor parte de los especialistas en Derecho Comunitario, así como la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia emplean la expresión «excepción de ilegalidad». Hay autores, sin embargo, que prefieren la expresión «control incidental de legalidad» porque es más neutro y no sugiere además la idea del medio de defensa que a su entender no resulta adecuado porque pone de relieve la posibilidad de que tal control se produzca de oficio y no necesariamente a instancia de una de las partes del litigio.

ción afectada habrá de tener en cuenta a la hora de sustituir el acto anulado (por otro nuevo); los jueces comunitarios declaran así que «si bien es cierto que la sentencia de anulación obliga, en primer lugar, a la Institución autora del acto a subsanar esa ilegalidad en el acto destinado a reemplazar al acto anulado, esta (afirmación de ilegalidad) puede asimismo, en cuanto se refiere a una disposición con un contenido determinado en una materia concreta, comportar otra consecuencia para esa Institución».

A tenor de lo dispuesto literalmente por los Tratados de Roma, la excepción de ilegalidad tiene por objeto la *inaplicabilidad* de un reglamento concreto y no la declaración de su nulidad²⁶. Realmente la excepción está destinada a proteger al justiciable de la aplicación de un reglamento ilegal sin que sea cuestionado, sin embargo, el propio reglamento que se ha hecho inatacable en virtud del transcurso de los plazos que rigen el ejercicio del recurso de anulación. Esto no es más que consecuencia de la naturaleza de la excepción que tiene como fundamento permitir un control incidental y subsidiario de los actos reglamentarios.

En la práctica la institución de la que emana el acto declarado inaplicable deberá anularlo o modificarlo de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia, aunque los Tratados no lo entienden como una obligación, pero se estima que se trata de una obligación indirecta de abolir el acto a raíz de la decisión emanada del Tribunal de Justicia.

C. *Recurso por inactividad u omisión*

Este recurso se basa en una falta de actuación por parte de la Alta Autoridad, según el Tratado CECA, y por el Consejo y por la Comisión, según el Tratado de Roma, cuando dicha actividad es exigida por el ordenamiento jurídico comunitario; es decir, existe una obligación de hacer y las instituciones se abstienen de actuar, realizan un comportamiento pasivo, consiguientemente dicho recurso persigue claramente un objetivo: permitir sancionar una abstención ilegal.

La organización de mecanismos de control de la ilegalidad de las omisiones en el actuar es posiblemente la más compleja. Por ello la doctrina no lo ha estudiado más que bajo aspectos muy particulares, mientras que la jurisprudencia, a su vez, no consagra ya una concepción de conjunto. Si, a propósito de la CECA, el Tribunal de Justicia, ha llegado a una concepción relativamente clara de la naturaleza de este recurso, su jurisprudencia relativa a la CEE no ha sido jamás prevista para abandonar una innegable incertidumbre en

26. Vid. arts. 184 TCEE y 156 TCEEA.

cuanto a la naturaleza del recurso previsto en el art. 175. La diferencia de actitud del Tribunal de Justicia se explica quizás, por la ambigüedad más marcada del Tratado de Roma.

Para que pueda existir una sentencia del Tribunal de Justicia, el recurso por inactividad u omisión debe ser recibido y admitido por el mismo.

Aunque el Tribunal pueda obligar a una Alta Autoridad, en el marco del procedimiento del art. 35, a obrar de manera positiva, no puede, sin embargo, obligarlo a realizar un acto determinado²⁷, ni mucho menos decidir las medidas que esta última debe tomar. Además, habiendo establecido con anterioridad que la sentencia de inactividad produce los mismos efectos que la sentencia de anulación, el asunto será reenviado a la Alta Autoridad por lo que en la fase de ejecución de la sentencia será aplicable la misma normativa que la utilizada para el recurso de anulación, esto es, las disposiciones del art. 34. Si de otra parte, la Alta Autoridad se niega a adoptar medidas que comporten la ejecución de la sentencia de inactividad, la víctima podrá interponer ante el Tribunal un recurso en solicitud de indemnización²⁸.

De este modo, los Tratados de Roma han sometido expresamente la ejecución de la sentencia de inactividad a las mismas disposiciones que las que rigen las sentencias de anulación. Así, los arts. 176 del TCEE y el 149 del TCEEA prevén que la institución de la que emana el acto anulado o en el que la abstención ha sido declarada contraria al Tratado, está obligada a tomar medidas que comporten la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. Si no lo hace así, su responsabilidad queda comprometida conforme a los arts. 215.2 del TCEE y 188.2 del TCEEA y se abre ante el Tribunal un recurso en indemnización en virtud de los arts. 178 del TCEE y 151 del TCEEA. Dada la especial naturaleza del recurso que ahora nos ocupa, las medidas tienen necesariamente que consistir en la adopción de un acto, puesto que la sentencia condena precisamente

27. Vid. S. 18 de noviembre de 1970, As. 15/70, *Chevalley*, Rec. 1970, pág. 979.

28. Así viene previsto en el art. 34.2 del Tratado CECA que advierte: «Si la Comisión se abstuviere de adoptar, en un plazo razonable las medidas necesarias para la ejecución de una decisión de nulidad, cabrá interponer un recurso de indemnización ante el Tribunal».

el hecho de que la Administración se haya abstenido de proceder a ello; el contenido de este acto, sin embargo, dependerá de los términos de la norma que se haya considerado vulnerada por el órgano jurisdiccional.

D. *Recurso en constatación de incumplimiento de los Estados miembros*

En la aplicación de las diversas disposiciones de los Tratados comunitarios juega un papel fundamental la actividad de los Estados miembros, de ahí la importancia que se da a la exigencia de crear un procedimiento que permita controlar la conformidad de esta actividad con los Tratados y de resolver las diferencias y las dificultades que puedan surgir a este respecto.

Ahora bien, se trata de un procedimiento que sobrepasa enormemente las reglas y las normas que hasta el momento han sido admitidas en el Derecho Internacional clásico para asegurar la ejecución de las obligaciones de los Estados. De esta forma el procedimiento en constatación de incumplimiento de los Estados miembros otorga al Tribunal de Justicia el poder de dictaminar en último extremo si un Estado miembro ha faltado a una o a algunas de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho Comunitario²⁹.

En otro orden de cosas hemos de decir que el poder que tiene el Tribunal en este caso no tiene por qué implicar necesariamente una reprobación o censura al Estado objeto del recurso, sino que revisando un carácter ampliamente objetivo tiene como finalidad posibilitar que se determine el alcance exacto de las obligaciones de los Estados miembros en caso de controversia en la interpretación. Es más, el propio Tribunal de Justicia ha declarado que el procedimiento en incumplimiento constituye la última *ratio* que permite hacer prevalecer los intereses comunitarios consagrados por los Tratados contra la inercia y la resistencia de los Estados miembros.

29. Vid. S. 15 de julio de 1960, As. 25/59, *Países Bajos*, Rec. 1960, pág. 261; vid. arts. 88 y 89 del TCECA y los arts. 169-171 del TCEE y 141-143 del TCEEA.

La sentencia del recurso de incumplimiento tiene, en primer lugar, el efecto de la autoridad de cosa juzgada respecto del Estado condenado que está obligado a adoptar todas las medidas que comporta la ejecución de las sentencias, pues el objetivo del procedimiento es desembocar en la eliminación efectiva de los incumplimientos y de sus consecuencias pasadas y futuras y, asimismo, el Estado condenado está obligado tanto a exponer el acto condenado cuanto a reparar los efectos ilícitos que ha podido producir en el pasado, implicando principalmente la restitución de las tasas indebidamente percibidas³⁰.

También tiene autoridad de cosa juzgada respecto a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades nacionales competentes del Estado condenado, pues para estas últimas implica la prohibición de pleno derecho de aplicar una norma nacional declarada incompatible con el Tratado y, en caso necesario, la obligación de tomar todas las disposiciones necesarias para facilitar la realización del Derecho Comunitario.

A pesar del carácter declarativo de la sentencia que pone fin al recurso en constatación de incumplimiento, en caso de anulación o de modificación de la decisión de la Alta Autoridad que o bien constate el incumplimiento o bien infrinja la sanción, producirá efectos *erga omnes*. Siempre que se den las condiciones de autoridad absoluta puede ser invocada por los particulares para que los Tribunales internos puedan declarar inaplicables las disposiciones nacionales que se opongan al Derecho Comunitario.

Contrariamente al Tratado CECA, en los Tratados de Roma no se prevé ningún medio de apremio con respecto a los Estados miembros que no ejecuten sus obligaciones lo cual es para el Tribunal de Justicia una laguna de los Tratados de Roma y ofrece como único remedio la introducción de un nuevo recurso fundado en el desconocimiento de las obligaciones prescritas por el art. 171 del TCEE y 143 del Tratado CEEA. Pensando en la hipótesis extrema de un persistente incumplimiento, tratándose de una manera colecti-

30. Vid. S. 17 de julio de 1973, As. 70/72, *Comisión c. Alemania*, Rec. 1972, pág. 813; S. 16 de diciembre de 1960, AS. 6/60 *Humblot*, Rec. 1960, pág. 1128.

va y concertada, es preciso considerar que cabría abrir el recurso de excepción *non adimpleti contractus*.

V. EL CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCIÓN

Este contencioso se define de forma conjunta por el objeto del litigio que incide sobre la existencia y la ampliación de los derechos subjetivos y además por la extensión de los poderes del juez que no se limitan a pronunciar una anulación, sino que comportan la fijación de derechos y el pronunciamiento de sanciones pecuniarias, es decir, que o bien se trata de obtener por los recurrentes una reparación de una sanción injustificada, o bien se permite a la víctima de una falta contractual o cuasi-delictual el reclamar una indemnización por el perjuicio sufrido.

A. Responsabilidad contractual

Los tres Tratados contienen disposiciones semejantes en lo que concierne a la competencia del Tribunal a propósito de un litigio cuestionando la responsabilidad contractual de la Unión Europea. Así el art. 181 del Tratado CEE, declara que «el Tribunal de Justicia es competente para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria».

De este tenor se deduce que a falta de dichas cláusulas el Tribunal no es competente para entender del litigio, correspondiendo a las jurisdicciones nacionales su resolución.

Según DÍEZ DE VELASCO³¹ esta cláusula puede estar contenida tanto en un contrato de derecho público cuanto en uno de derecho privado celebrado por la Comunidad —Unión Europea— o por su cuenta; se entiende, por tanto, que el contrato puede ser firmado por otra persona actuando en su propio nombre pero por cuenta de la Unión Europea, permitiendo de ese modo actuar a ciertos organismos comunitarios que, no identificando su acción con la Unión, se sitúan en el marco de la misma.

31. DÍEZ DE VELASCO, *El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas*, Madrid, 1984, pág. 79.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en multitud de ocasiones, ha resuelto los litigios entre las instituciones de la Comunidad y sus agentes tomando como soporte el art. 42³², y en lo que afecta a la cláusula compromisoria destaca por su importancia el asunto Pellegrini³³. En efecto, la Comisión dudaba de la validez formal de la cláusula que atribuía competencia al Tribunal a causa de que no aparecía contenida en el escrito firmado por las partes, condición requerida por el derecho italiano aplicable al contrato; a pesar de todo ello, el Tribunal de Justicia constatando que las partes habían estado de acuerdo para atribuirle competencia, estimó como válidamente recurrida sin indagar acerca de si la cláusula compromisoria respondía o no a las condiciones formales previstas por la ley italiana.

La existencia de una cláusula compromisoria que atribuye competencia al Tribunal de Justicia entraña una doble consecuencia: la primera, excluye la competencia de los Estados miembros para conocer de los litigios que acontecen en su campo de aplicación; y, en segundo lugar, atribuye una jurisdicción al Tribunal de Justicia, cuya extensión depende de los términos de la cláusula.

La polémica doctrinal más latente en este tema se refiere a la ley aplicable a la solución del litigio, tema interesante ya que para solventar las diferencias que surjan el Tribunal de Justicia debe saber qué ley aplicar.

B. Recurso de responsabilidad extracontractual

De mayor importancia que la responsabilidad contractual quizás sea el régimen de la responsabilidad extracontractual del poder público que está reconocido en todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea. Por tanto, es lógico que el Derecho Comunitario, inspirado en el derecho estatal, haya creado un mecanismo jurídico que pueda solucionar este tipo de problemas. En

32. Vid. S. 19 de julio de 1955, AS. 1/55, *Kergall*, Rec. 1955, pág. 29-33. Igualmente la S. 12 de diciembre de 1956, AS. 10/55, *Microsevitch*, Rec. 1955, pág. 383. También S. 17 de diciembre de 1957, AS. 1/56, *Bourgaux*, Rec. 1957, pág. 435.

33. S. 17 de diciembre de 1976, AS. 23/76, *Pellegrini*, Rec. 1976, pág. 1807.

efecto, en materia de responsabilidad no contractual, la comunidad debe reparar, conforme a los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros, los daños causados por las instituciones, sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

La sentencia adoptada por el Tribunal de Justicia al amparo de un recurso de responsabilidad extracontractual no tiene un carácter constitutivo, sino que se trata más bien de una sentencia prestatoria adoptada dentro del marco de un contencioso esencialmente subjetivo, al constituir un proceso planteado con base en una persona y no como en el contencioso de anulación donde el proceso descansa en un acto. Es más, la sentencia no produce ningún efecto *erga omnes*, portando únicamente una autoridad relativa de cosa juzgada. En suma, la sentencia que emite el Tribunal de Justicia puede admitir o rechazar el recurso, si bien en este último supuesto la situación continúa en las mismas circunstancias existentes en el momento de la interposición de éste, mientras que en el primer supuesto se posibilita la reparación de daños causados a las personas jurídicas o físicas una vez decidida definitivamente la importancia del daño y la suma de la indemnización.

VI. RECURSOS DE LOS FUNCIONARIOS

Otro aspecto destacable de la jurisdicción contenciosa del Tribunal de Justicia está constituido por los litigios entre las Comunidades y sus agentes, pues constituyen una parte cuantitativamente importante de la actividad del Tribunal; desde la creación del Tribunal por el Tratado constitutivo de la CECA, un volumen importante de asuntos correspondía a recursos de los agentes de la Comunidades.

Es preciso añadir que también el Tratado CEE y que el Tratado CEEA establecen la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia en esta materia:

«El Tribunal de Justicia será competente para juzgar cualquier litigio entre la Comunidad y sus agentes dentro de los límites y con las condiciones determinadas en el estatuto o resultantes del régimen aplicable a estos últimos.»

Por lo tanto, el funcionario generalmente goza de una doble

protección: jurisdiccional, en tanto en cuanto está facultado para pedir al juez, en ciertas condiciones, que resuelva el litigio que opone frente a su administración; y jerárquica al poder recurrir a sus superiores cuando tiene queja de una injusticia, de una discriminación o de un desconocimiento de su estatuto.

Generalmente las sentencias adoptadas por el Tribunal de Justicia con ocasión de los litigios planteados por los funcionarios o agentes a una u otra institución comunitaria no difieren por su naturaleza de las sentencias que ponen fin a cualquier otro contencioso. Sin embargo, la especialidad de las vías de los recursos abiertos por el personal y el marco interior en el que se desarrollan se han ido traduciendo progresivamente en las sentencias del Tribunal de Justicia mediante ciertos rasgos característicos que merecen ser puestos de relieve. Entre ellos figuran las indicaciones suministradas por el Tribunal de justicia sobre el modo de ejecución de las sentencias.

Como regla general, el Tribunal no puede sustituir su propia decisión por la de la administración quien en principio actúa en interés del servicio y goza generalmente de poder discrecional; siendo así evidente cuanto el Tribunal anula un nombramiento. En este caso el recurrente que ha ganado el procedimiento no puede pretender además poseer derecho alguno para ocupar el puesto nuevamente vacante³⁴.

Con mayor razón, el Tribunal no puede remitir una orden a la institución demandada o a un órgano administrativo puesto en su lugar por el Estatuto. De ese modo, el Tribunal no estaría capacitado para ordenar la suspensión de la circular y de la difusión de un informe, ni del cese de la reestructuración de una división; igualmente no sería competente para conminar a una comisión médica a proseguir sus indagaciones con diligencia.

Por el contrario, se permite a veces que el Tribunal suministre a la institución demandada indicaciones sobre la manera de asegurar la ejecución de la sentencia intervenida con el fin de evitar toda contestación ulterior. Así el Tribunal ha indicado en los asuntos *Krecké, Sra. De Turner c. Comisión* que «conforme al artículo 176.1 del TCEE, incumbe a la administración el reconsiderar la si-

34. Vid. S. 27 de octubre de 1977, As. 121/76, A. *Moli*, Rec. 1977, págs. 1971-1980.

tuación de la recurrente, a la luz de los principios que están en la base de la presente sentencia, y el adoptar las nuevas disposiciones sobre su futura afectación»³⁵.

El deseo del Tribunal de precisar las consecuencias que comporta su sentencia le han llevado a veces a remitir exhortaciones a la institución demandada. De este modo, ha exhortado, en distintas ocasiones, a poner fin al mandato de comités de personal irregularmente elegidos, bajo reserva de todas las disposiciones en interés de la seguridad jurídica³⁶. En caso de que se estime que está insuficiente informado, por ejemplo de los méritos de los funcionarios promovidos, el Tribunal de Justicia puede ordenar a las partes que le hagan un informe en un plazo determinado. El Tribunal puede igualmente adoptar una sentencia parcial trasladando el examen de la petición de reparación del perjuicio pecuniario de la recurrente después del informe de la institución demandada sobre las medidas adoptadas para dar continuación a la sentencia³⁷.

En los litigios que traten de la admisión de un procedimiento de concurso organizado mediante la constitución de una reserva de reclutamiento, el Tribunal admite generalmente, en el caso en que los recurrentes ganen el procedimiento, que sus derechos estén adecuadamente protegidos si el jurado reconsidera su decisión, sin que dé lugar a cuestionar el conjunto del resultado o a anular los nombramientos acaecidos en virtud de éste³⁸.

El tribunal puede condenar igualmente a la parte demandada al pago de los intereses moratorios si el recurrente no se ha beneficiado de las sumas a las que tenía derecho, o las había celebrado con retraso, eventualmente aumentadas por los intereses judiciales.

35. Vid. S. 9 de julio de 1981, AS. Conjuntos 59/89 y 129/80, *Krecké*, Rec. 1981, págs. 1883-1992.

36. Vid. S. 9 de marzo de 1977, As. 54/75, *De Dapper*, Rec. 1977, págs. 471-488.

37. Vid. las ss. de 15 de diciembre de 1982, AS. 158/79, *Rounengous Carpentier*, Rec. 1982, pág. 4379.

38. Vid. S. 30 de noviembre de 1978, As. Conjuntos 4, 19 y 28/78, *Salerno X. Authié y G. Massangioli*, Rec. 1979, págs. 1613-1623. También S. 28 de junio de 1979, As. 255/78, *Heirweg y Constants*, Rec. 1975, págs. 2323-2334.

NUEVAS REFLEXIONES SOBRE LA REGLA «QUIEN INSTRUYE NO PUEDE JUZGAR»

JOAN PICÓ I JUNOY
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. — II. FUNDAMENTO DE LA REGLA «QUIEN INSTRUYE NO PUEDE JUZGAR». a) Tesis tradicional: la imparcialidad judicial como fundamento de la regla; b) Nueva tesis: la incompatibilidad de funciones procesales como fundamento de la regla. Valoración crítica. — III. NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUZGADOR PENAL. a) Doctrina jurisprudencial contraria a la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*; b) Nueva orientación jurisprudencial. — IV. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 28 DE OCTUBRE DE 1998 (CASO CASTILLO ALGAR V. ESPAÑA). a) Soluciones orgánicas; b) Soluciones procesales.

I. INTRODUCCIÓN

No hace mucho tiempo que he dedicado mi atención a uno de los aspectos de la justicia que, pese a su gran trascendencia práctica e innegable actualidad, menos atención había recibido por parte de la doctrina: el de la imparcialidad judicial¹.

Recientes acontecimientos, jurisprudenciales y doctrinales, me incitan a volver de nuevo sobre el tema. En aras a la brevedad, voy a evitar efectuar un estudio general de la imparcialidad judicial², motivo por el cual sólo me centraré en el análisis de tres cuestiones: el fundamento de la regla «quien instruye no puede juzgar»; y el problema de la posible pérdida de la imparcialidad judicial mediante la resolución del recurso contra un auto de procesamiento o la atribución de iniciativa probatoria al juez.

II. FUNDAMENTO DE LA REGLA «QUIEN INSTRUYE NO PUEDE JUZGAR»

a) *Tesis tradicional: la imparcialidad judicial como fundamento de la regla*

Tradicionalmente se ha venido manteniendo que el fundamento de la regla contenida en el art. 219.10.º L.O.P.J. se encuentra en la protección de la debida imparcialidad judicial, esto es, en la necesidad de que el juez penal dicte sentencia sin ningún tipo de prevención o prejuicio al haber tenido contacto con el futuro objeto del proceso³. Así, por ejemplo, la STC 157/1993, de 6 de mayo, en su f.j. 3.º, al examinar las causas previstas en el citado artículo afirma «que tiene en ambos casos un sentido común, por lo demás evidente [...] evitar [...] que influya en el juicio la convicción previa que un

1. Vid. mis trabajos *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Edit. Bosch, Barcelona, 1998; y *La imparcialidad objetiva del juez a examen*, «La Ley», 1998, I, págs. 2001 a 2018.

2. Para ello me remito a los trabajos citados en la nota anterior y a la bibliografía ahí mencionada.

3. Sobre el particular, me remito a mi estudio *La imparcialidad judicial y sus garantías ...*, ob. cit., págs. 88 y ss. De igual modo se ha pronunciado recientemente SANTOS VIJANDE, J., *Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)*, «La Ley», 25 de enero de 1999, págs. 5 y 6.

Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor. Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento [...] pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener [...] una justicia imparcial. La Ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de aquél o la recusación por éstos, que el Juez quede apartado del juicio»⁴.

b) *Nueva tesis: la incompatibilidad de funciones procesales como fundamento de la regla. Valoración crítica*

Recientemente, MONTERO AROCA ha publicado diversos trabajos en los que propone una reinterpretación del art. 219.10.º L.O.P.J., manteniendo que el fundamento de la regla de que «quien instruye no debe juzgar» no cabe buscarlo en la imparcialidad del juez sino en la incompatibilidad de funciones procesales.

Así, en su estudio *Principios del proceso penal*⁵, destaca que la citada incompatibilidad de funciones procesales es la que fundamenta la regla del art. 219.10.º L.O.P.J., indicando que: «La imparcialidad, pues, no puede ser la razón de la existencia de la regla propia

4. De igual modo, la STC 138/1994, de 9 de mayo (f.j. 7.º), al analizar la regla «quien instruye no puede juzgar» manifiesta que su fin último es «asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso, por haber sido instructores de la causa [...] o, en fin, por su previa intervención en otra instancia del proceso [...] La Ley quiere evitar, en un supuesto y en otro, que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como Instructor». En la jurisprudencia del TEDH, vid. las sentencias de 22 de febrero de 1996 (caso Bulut) [parágrafo 33]; 22 de abril de 1994 (caso Saraiva De Carvalho) [parágrafo 35]; o la más reciente de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar c. España) que será objeto de comentario posteriormente.

5. *Principios del proceso penal*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

del proceso penal según la cual quien instruye no puede luego juzgar. La razón se encuentra en la misma configuración del proceso dividido en dos fases, una de averiguación y otra de verdadero juicio, en las que se cumplen funciones incompatibles»⁶. Y como ejemplos pone los tres siguientes:

En primer lugar, destaca la vigencia del principio de inmediación en la práctica de la prueba en el proceso civil como mecanismo válido para que el juez sentenciador tenga contacto directo con las pruebas, pues existe «la creencia de que puede descubrirse mejor la realidad de los hechos controvertidos entre las partes [...]. Esta creencia tiene un fundamento racional y hasta ahora nadie había sospechado que en la misma existiera elemento alguno que condicionara la imparcialidad del juez»⁷.

En segundo lugar, utiliza un ejemplo de derecho comparado, y así menciona la estructura del proceso civil italiano de 1940: éste se divide en dos etapas, una de instrucción y prueba llevada a cabo por el *giudice istruttore* y otra de enjuiciamiento realizada por el *collegio*, que está integrado por el citado *giudice istruttore* más otros dos magistrados. Pues bien, en un sistema como el descrito «ni siquiera se ha cuestionado su imparcialidad (la del *giudice istruttore*), con lo que pudiera parecer que estamos ante un supuesto de juez que instruye y que falla»⁸.

Y, finalmente en tercer lugar, destaca que «(s)i la razón de ser de la regla fuera la imparcialidad, debería de aplicarse también al Ministerio Público, aunque éste no juzgue. De él se dice [...] que es una parte imparcial y determinada por la legalidad, pero en cambio se admite que un mismo Fiscal participe en la instrucción (y en algunos países incluso la realiza el mismo) y luego acuse en el juicio oral, para el cual, si el intervenir en la instrucción afectara a la imparcialidad, habría dejado de ser parte imparcial [...] no podrá negarse que si el haber participado en la instrucción afecta a la imparcialidad, también debería de afectar a la del Ministerio Público»⁹.

Sin embargo, la regla «el que instruye no debe fallar», esto es,

6. *Principios* ..., ob. cit., pág. 93.

7. *Principios* ..., ob. cit., págs. 92 y 93.

8. *Principios* ..., ob. cit., pág. 93.

9. *Principios* ..., ob. cit., pág. 94.

la necesidad de que el proceso penal se divida en dos etapas, y su dirección se encomiende a órganos jurisdiccionales distintos, se encuentra no tanto en la incompatibilidad de las funciones que en ellas se realizan, sino en la intervención más o menos inquisitiva que legalmente se atribuye a los jueces en cada una de estas etapas, y por ello en la protección de su debida imparcialidad. Planteado así el tema, podemos discutir la validez de los tres ejemplos anteriormente descritos:

En el primer caso, el principio de inmediación en la práctica de la prueba no comporta actividad inquisitiva alguna del juez sino el contacto directo con las pruebas, y por ello se ha configurado como una actuación lógica en orden a lograr una mejor resolución de la controversia. En consecuencia, tanto el juzgador civil como el órgano jurisdiccional penal encargado de realizar el juicio oral deben llevar a cabo toda la actividad probatoria bajo el escrupuloso respeto al principio de inmediación.

En el segundo ejemplo, si bien es cierto que la tramitación del proceso civil italiano tiene lugar ante el *giudice istruttore*, quien después forma parte del órgano colegiado sentenciador, esta tramitación no debe equipararse en ningún caso a la «instrucción» del proceso penal¹⁰. El proceso civil italiano, al igual que el español, está regido por los principios dispositivo y aportación de parte, y en consecuencia, si bien es cierto que el *giudice istruttore* tiene iniciativa probatoria de oficio¹¹, ésta no es ilimitada. Como analizaré posteriormente, la atribución de una cierta y limitada iniciativa probatoria al juzgador no supone que éste pierda su imparcialidad.

Y, en tercer lugar, respecto de la intervención del concreto miembro del Ministerio Fiscal en la etapa de instrucción y en la de juicio, y por ello, la pérdida de su imparcialidad objetiva, debo destacar que el Ministerio Público es parte en el proceso penal por lo que, al igual que sucede con las demás partes, puede intervenir en

10. El nombre de *giudice istruttore* no puede conducirnos a este equívoco. Para el estudio del proceso civil italiano y sus distintas etapas, vid. MORA CAPITÁN y PICÓ I JUNOY, *El nuevo proceso civil italiano*, «Documentación Jurídica», núm. 75, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

11. Vid. al respecto, PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Edit. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 253-254 (nota 109); e id. con MORA CAPITÁN, *El nuevo proceso civil italiano*, ob. cit., pág. 74.

todas las etapas de su tramitación. En consecuencia, la imparcialidad del Fiscal debe ser entendida como la exigencia de actuar con plena objetividad en defensa de los intereses que le estén encomendados¹², y para garantizarla se impone al Fiscal la obligación de abstenerse de continuar en el proceso cuando le afecte alguna causa de abstención prevista para los Jueces y Magistrados en la L.O.P.J., en cuanto le sea de aplicación¹³, por lo que se garantiza de este modo la debida imparcialidad «subjetiva» del Fiscal. Pero la denominada «imparcialidad objetiva» sólo es predicable del órgano jurisdiccional, pues sólo él debe actuar con un «desinterés objetivo» al tener que dictar sentencia en un proceso *inter partes*, no como el Fiscal que debe intervenir en orden a proteger los intereses que la Ley le encomienda. Por ello suscribimos la opinión del propio MONTERO AROCA¹⁴ según la cual: «Debe tenerse en cuenta que la imparcialidad de que aquí se hace mención es la subjetiva de la persona concreta que actúe por el Ministerio fiscal, pero no la objetiva que es exclusiva de jueces y magistrados. A la hora de determinar el interés general en el caso concreto el Ministerio fiscal es parcial, en el sentido de que no actúa en una relación jurídica ajena, sino en la relación propia, lo mismo que hace el poder ejecutivo. Es por esto por lo que el Fiscal es parte en los procesos en que actúa, y no puede tener la condición de tercero imparcial, que es privativa de jueces y magistrados»¹⁵.

Posteriormente, MONTERO AROCA incide de nuevo en el tema y vuelve a defender su tesis en otros dos trabajos¹⁶. Este autor equipa-

12. Cfr. art. 7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (E.O.M.F.). Para un completo estudio del principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal, vid. MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 168 a 177, y GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Edit. Tecnos, Madrid, 1989, págs. 299 a 307.

13. Al respecto, cfr. el art. 28 E.O.M.F.

14. MONTERO AROCA, J., (en AAVV.), *Derecho Jurisdiccional*, T. I, 7.ª ed., Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 194 (de igual modo, vid. las págs. 108 y 109). En esta línea, vid. también, SANCHÍS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, Edit. Comares, Granada, 1995, pág. 32.

15. Estas palabras de MONTERO AROCA parecen contradecir su propia opinión recogida en el trabajo *Principios del proceso penal* (ob. cit., pág. 94) que he tenido ocasión de exponer.

16. Me refiero a sus estudios *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1999; y *El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)*, en «La Ley», núm. 4735, 16 de febrero de 1999, págs. 1 y ss.

ra la regla de quien instruye no puede juzgar al supuesto del conocimiento de la segunda instancia por un juez distinto del que enjuició la primera. En concreto, en su estudio *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales* manifiesta que: «Si el juez que ha resuelto el proceso en la primera instancia conoce después del recurso de apelación, no es que peligre su imparcialidad, el decidir a favor o en contra de una de las partes, sino que la misma existencia del recurso se vería desvirtuada, y con ello el derecho de la parte al recurso, tenga éste o no rango de derecho fundamental. De la misma manera si el juez que instruye es el mismo que luego conoce del juicio oral y falla, la misma estructura del proceso penal, divide la instancia en dos fases muy bien diferenciadas, se vería desconocida»¹⁷. De igual modo, en su trabajo *El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)*, afirma que «la razón de ser de la regla de que el juez que instruye no puede luego juzgar no cabe encontrarla en que al haberse puesto en contacto con los actos de investigación sumarial ha podido quebrarse la imparcialidad del juez, de la misma manera como la regla de que quien ha resuelto en primera instancia no debe luego conocer del recurso, tampoco afecta a la imparcialidad [...] (esta regla) se refiere a la incompatibilidad de funciones procesales»¹⁸.

Evidentemente la imposibilidad de que un juez forme parte del tribunal encargado de resolver el recurso planteado contra su sentencia garantiza la doble instancia, esto es, el cumplimiento efectivo del carácter devolutivo de los recursos. Pero lo realmente importante es hallar la razón de fondo que impide que en ambas instancias se encuentre un mismo juez: la propia configuración del proceso en dos etapas o garantizar la imparcialidad judicial. A mi entender, la lógica conduce a pensar que el fundamento último del art. 219.10.º L.O.P.J. se encuentra en la necesidad de proteger la imparcialidad del segundo juzgador, pues el primero, en la medida en que habrá enjuiciado ya el fondo de la cuestión litigiosa, puede que resuelva el

bilidad de funciones procesales, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1999; y *El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)*, en «La Ley», núm. 4735, 16 de febrero de 1999, págs. 1 y ss.

17. Pág. 241.

18. Pág. 4.

recurso sin la debida objetividad¹⁹. Además, la primera opción nos conduce a una tautología: el juez que debe conocer del recurso de apelación ha de ser distinto del de primera instancia porque la estructura del proceso prevé dos fases diferenciadas con dos jueces diferentes.

Pese a la originalidad del planteamiento, y de la autoridad científica de quien lo formula, éste no es del todo exacto pues, si bien es cierto que las reglas «quien instruye no puede juzgar» y «quien resuelve la instancia no puede conocer del recurso» atienden a la configuración legal del proceso en dos etapas en las que se efectúan actividades o funciones incompatibles por parte de un mismo juez, el fundamento último de esta configuración legal se encuentra en la protección de la imparcialidad judicial²⁰. Existe una máxima de experiencia común según la cual, el juez que ha tenido contacto directo con el material que constituirá el objeto del proceso penal o ha resuelto previamente el fondo de un asunto puede —aún inconscientemente— haberse creado prejuicios que pongan en peligro su debida imparcialidad. De ahí que la configuración del proceso en dos etapas, a las que se le asignan distintas funciones, responda a la necesidad de garantizar en todo momento un juicio imparcial, es decir, en última instancia, lo que subyace en la incompatibilidad de funciones procesales no es otra cosa que la protección de la debida imparcialidad judicial.

19. De igual modo, LOTARIO DITTRICH (*Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, «Processo e Giudizio», dirigido por Giuseppe Tarzia, Edit. CEDAM, Padova, 1991, págs. 145-146) al analizar el tema aquí expuesto en la legislación italiana destaca que: «La *ratio* della norma va ricercata nell'intenzione di evitare che il giudice si senta psicologicamente legato all'opinione espressa nel precedente grado del giudizio. Tale condizionamento può operare sia come difficoltà da parte del giudice di rivalutare obiettivamente il materiale di causa, sia come umano desiderio di non sconfessare il suo precedente operato».

20. En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS (*La imparcialidad judicial objetiva*, «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 376, febrero, 1999, pág. 3) al analizar la terminología empleada por MONTERO AROCA también concluye en que «aun cuando tal denominación (se refiere a la de 'incompatibilidad de funciones procesales') sea correcta desde un punto de vista meramente funcional, si se busca el fundamento último de dicha incompatibilidad se acabará de nuevo en la necesidad de imparcialidad objetiva».

III. NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUZGADOR PENAL

a) *Doctrina jurisprudencial contraria a la iniciativa probatoria ex officio iudicis*

No hace mucho tiempo denuncié la existencia de una doctrina jurisprudencial que, de manera errónea, impedía toda iniciativa probatoria al juez penal declarando inconstitucional el art. 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²¹. De entre los distintos argumentos que se utilizaban se esgrimía la infracción de la imparcialidad objetiva del juez, y así la STS de 23 de septiembre de 1995 (f.j. 2.º)²² afirma que:

«Establecido, pues, que la aportación de prueba supliendo al Ministerio fiscal y que sea inequívocamente de cargo es en principio inconstitucional y vulnera los principios de imparcialidad objetiva del Tribunal y observancia del acusatorio [...]».

De igual modo, las SSTS de 11 de mayo de 1998 (f.j. 2.º)²³ y la de 1 de diciembre de 1993 (f.j. único)²⁴ destacan que:

«[...] pierde, finalmente, el Tribunal su imparcialidad objetiva porque la simple formulación de la prueba exterioriza un prejuicio o toma de posición favorable y coadyuvante al éxito de la acción penal en un supuesto, como el presente, de prueba inculpatoria».

b) *Nueva orientación jurisprudencial*

Frente a la doctrina jurisprudencial que acabo de exponer, han aparecido distintas sentencias del Tribunal Supremo que admiten la validez constitucional del art. 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento

21. Me refiero a mis trabajos *Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal*, en «Justicia», 1996, núm. 1, págs. 145 y ss.; y *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 23 de septiembre de 1995*, en «Revista General del Derecho», núm. 656, mayo, 1999, págs. 6009 y ss.

22. Ar. 6756; Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández Cid.

23. Ar. 4357; Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

24. Ar. 9225; Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Ménguez.

Criminal, siendo la más reciente la de 24 de marzo de 1999²⁵. En el caso de autos, la Sala sentenciadora, al objeto de dar eficacia probatoria a unas cintas magnetofónicas, cuya audición en el acto del juicio oral no había sido solicitada por ninguna de las partes, acordó su escucha en el plenario. La sentencia del Tribunal Supremo declara la validez de la prueba practicada *ex officio* con la siguiente argumentación:

«Ninguna de las partes en un proceso abreviado puede proponer la práctica de pruebas fuera de los dos momentos procesales previstos: en el escrito de calificación provisional y en el trámite de la audiencia preliminar del art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la única excepción que prevé la Ley, lo es precisamente, a favor del Tribunal sentenciador en los términos de dicho artículo, facultad que unida a la prevista en el art. 733 del mismo Cuerpo Legal constituyen las dos excepciones al diseño que del Tribunal sentenciador se dibuja en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se dice que «... Los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates ...». Precisamente por ello, porque el Ministerio Fiscal no podía proponer la prueba de audición de las cintas telefónicas al no haberla propuesto en tiempo oportuno, pero sí podía acordar tal prueba el Tribunal, de acuerdo con el art. 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cuestionamiento de dicha práctica que efectúan los recurrentes en autos no puede prosperar, porque la práctica de la misma, aunque a iniciativa extemporánea del Ministerio Público, fue acordada por la Sala dentro del ámbito de sus exclusivas facultades, argumentación ésta que es la única admisible y que permite declarar la validez de la prueba»²⁶.

25. «La Ley», 1999, 5001; Ponente: Excmo. Sr. D. Giménez García. Con anterioridad, vid. sus sentencias de 29 de septiembre de 1998 (f.j. único), Ponente Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel; 26 de febrero de 1998 (f.j. 1.º), Ponente Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo; 29 de octubre de 1996 (f.j. 2.º), Ponente Excmo. Sr. D. Luís Román Puerta Luís; y la de 4 de noviembre de 1996 (f.j. 3.º), Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto. Con estas sentencias se viene a reiniciar la doctrina jurisprudencial favorable a la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* (así, vid. las SSTS de 18 de diciembre de 1992, f.j. 3.º; y la de 22 de enero de 1992, f.j. 1.º).

26. De igual modo, la STS de 4 de noviembre de 1996 (Ar. 8045, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto) declara la validez del acuerdo del Tribunal que, al amparo del art. 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ordena que se «proceda a la lectura de la declaración sumarial del testigo cuando la prestada en el juicio no sea conforme en lo sustancial con la precedente. Si bien podrá pe-

Si bien estas sentencias vienen a corregir la errónea doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, no aportan ningún razonamiento —salvo el de la propia literalidad del art. 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— para destruir el argumento referente a la infracción de la imparcialidad objetiva del juez que impide la posibilidad de atribuir iniciativa probatoria *ex officio iudicis*. Por ello, seguidamente, voy a formular diversas reflexiones que nos ofrecerán una visión crítica de dicho argumento, y analizaré si el otorgamiento de iniciativa probatoria al juez es susceptible de crearle prejuicios o una toma de posición favorable por alguna de las partes, como mantienen las citadas SSTS de 11 de mayo de 1998 y la de 1 de diciembre de 1993. Todo ello nos conducirá a concluir que estamos en presencia de una exacerbación del principio acusatorio²⁷.

En primer lugar, el órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada iniciativa, no se decanta ni a favor ni en contra de la acusación o de la defensa, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad pues, antes de practicar la prueba, no sabe a que parte puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es cumplir eficazmente la función jurisdiccional que la Constitución le asigna. Así, por ejemplo, si ordena una prueba pericial, no conoce cual va a ser su resultado, o respecto a la prueba testifical ignora la declaración que el testigo pueda efectuar. La razón o fundamento de esta iniciativa probatoria únicamente puede encontrarse en la búsqueda de la debida convicción judicial para así poder otorgar una efectiva tutela de los intereses en litigio, por lo que debe obviarse cualquier otra inquietud del juzgador, como podría ser la de ayudar a la parte más débil.

En segundo lugar, debo advertir la contradicción que resulta de negar al órgano jurisdiccional, por un lado, la posibilidad de ordenar una prueba y otorgarle, por otro, amplísimas facultades en su práctica, hasta el extremo, por ejemplo, de admitir o denegar un medio probatorio (arts. 659.I y 792.I de la Ley de Enjuiciamiento Crimi-

dirse por cualquiera de las partes, no existe obstáculo alguno para que, ante la pasividad o inadvertencia de aquéllas, pueda el Tribunal asumir la iniciativa al respecto» (f.j. 3.º).

27. Para un completo estudio crítico de las diversas objeciones que pueden formularse respecto de la iniciativa probatoria del juez penal, me remito a mi artículo *Reflexiones...*, ob. cit., págs. 145 y ss.

nal), o de hacer preguntas a los testigos (art. 708.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)²⁸, a los peritos (STS de 6 de abril de 1994, f.j. 8.º)²⁹ o al propio acusado (STS de 28 de mayo de 1992, f.j. 4.º)³⁰. A mi entender, el peligro de pérdida de la imparcialidad objetiva se encontraría también latente en todas estas actuaciones de oficio del juez y, sin embargo, nadie discute su constitucionalidad.

En tercer lugar, postular la protección de la imparcialidad como fundamento de la inactividad probatoria del juez penal, y otorgar a la vez iniciativa probatoria a jueces y tribunales de otros órdenes jurisdiccionales, especialmente a los del orden contencioso-administrativo (art. 61 de la Ley 29/1998, de 13 de julio) y civil con las diligencias para mejor proveer (arts. 340 y ss. L.E.C.), significa reconocer y legitimar que estos jueces pueden ser parciales si proceden de oficio a practicar prueba, conclusión ésta por nadie compartida.

En cuarto lugar, resulta de interés destacar un argumento de derecho comparado. En los países donde recientemente se han promulgado nuevas leyes de enjuiciamiento criminal o se han reformado en profundidad las ya existentes —tales como Alemania, Italia y Portugal— se permite una considerable intervención activa del juzgador penal en orden a la práctica de aquellos medios de prueba que estime necesarios³¹, sin que por ello pueda, bajo ningún concepto, afirmarse que haya desaparecido la imparcialidad de tales jueces.

28. La STS de 31 de mayo de 1999 («La Ley», 1999, 7430, Ponente Excmo. Sr. D. Conde-Pumpido Tourón) al analizar la posibilidad del juzgador de dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren afirma en el f.j. 6.º que se trata de una «facultad que, utilizada moderadamente, no afecta a la imparcialidad del presidente, ni en los juicios ordinarios ni en los juicios con jurado, y puede permitir aclarar algún aspecto del testimonio que haya resultado confuso».

29. Ar. 2882.

30. Ar. 4392.

31. Así, el § 244.II de la *Strafprozessordnung* alemana de 1975 consagra el *Aufklärungspflicht* (deber de esclarecimiento o averiguación) estableciendo: «El Tribunal ampliará de oficio, con el fin de indagar la verdad, la práctica de las pruebas a todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución». En similares términos, el art. 340.1.º del *Código de Processo Penal* portugués de 1987 señala: «El Tribunal ordenará, de oficio o a petición de parte, la práctica de todos los medios de prueba que crea necesarios para el descubrimiento de la verdad y la justa decisión de la causa». Y, de igual modo, el art. 507 del *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988 indica: «Finalizada la práctica de las

Finalmente, en quinto lugar, podría objetarse a la iniciativa probatoria aquí analizada la predisposición —aún inconsciente— del juez penal a otorgar distinto valor probatorio a los resultados de los medios de prueba acordados *ex officio*. Si bien ello excepcionalmente es posible, la solución a este temor viene dada por la vía de los recursos que contra toda sentencia proceden, basándose en la errónea apreciación de la prueba.

Todas estas reflexiones sumariamente expuestas³², me conducen a la conclusión de que, en principio, el otorgamiento de iniciativa probatoria al juez penal no supone infracción alguna a su debida imparcialidad objetiva. Sin embargo, el juez sentenciador no puede libremente buscar cualquier elemento probatorio al margen de los datos conocidos en el acto del juicio oral pues, de lo contrario, de actuar inquisitivamente, sí podrá poner en peligro su imparcialidad. Por ello, para que el órgano jurisdiccional pueda ejercitar la facultad del art. 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es necesario que consten ya en los autos las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria. A mi entender, sólo de esta forma se evita que el juez, actuando inquisitivamente, pierda su objetividad. De este modo, respecto a la prueba testifical, la presencia de un tercero que pueda tener conocimiento de datos procesalmente relevantes y cuya identidad haya sido revelada durante el juicio; acerca de la prueba documental, la existencia de un documento citado por alguna de las partes; con referencia a la prueba pericial, la concurrencia de hechos para cuya verificación se requieran conocimientos técnicos-especializados; en relación a la prueba de reconocimiento judicial, la individualización por las partes del bien o persona sobre el que deba recaer el examen directo del juez; y por lo que se refiere a la declaración del acusado, su práctica *ex officio* no plantea problema alguno pues los datos identificativos del mismo, necesariamente, son conocidos al inicio del juicio oral.

En el caso de la STS de 24 de marzo de 1999 se respetó escrupulosamente este límite a la iniciativa probatoria del juez penal, ya

pruebas, el juez, si resulta absolutamente necesario, puede disponer también de oficio la práctica de nuevos medios de prueba».

32. Que se encuentran debidamente desarrolladas en mi trabajo *Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal*, ob. cit., págs. 157 y ss.

que éste utilizó una fuente de prueba que ya constaba en los autos, a saber, unas cintas magnetofónicas. Al no actuar de forma inquisitiva, buscando fuentes probatorias distintas de las que ya figuraban en el acto del juicio, no hubo infracción alguna de la debida imparcialidad objetiva del juez.

En conclusión, la presente sentencia viene a consolidar el correcto planteamiento del tema de la iniciativa probatoria del juez penal. Ésta debe ser posible —como así lo prevé el art. 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— si bien, como he expuesto en otro lugar, no puede ser ilimitada³³: debe restringirse a la prueba de los hechos que conforman el objeto del proceso, en aras a garantizar la vigencia del principio acusatorio; tiene que limitarse al uso de las fuentes probatorias que consten en el acto del juicio, al objeto de evitar la infracción de la debida imparcialidad judicial; y ha de permitirse su contradicción a fin de proteger el derecho de defensa de las partes.

IV. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 28 DE OCTUBRE DE 1998 (CASO CASTILLO ALGAR V. ESPAÑA)

La doctrina tradicional del TS entiende que a efectos del art. 219.10.º L.O.P.J., no deben calificarse como actos de instrucción la resolución de recursos devolutivos interpuestos contra el auto de procesamiento del juez instructor, pues el fundamento de esta causa reside en eliminar la posible prevención del juez sentenciador como consecuencia de la actividad investigadora que directamente haya podido realizar³⁴.

33. Para un completo análisis del fundamento constitucional de esta iniciativa probatoria y sus límites, me remito a mi trabajo *Reflexiones ...*, ob. cit., págs. 166 y ss. y 174 y ss.

34. Así, vid. sus sentencias de 17 de marzo de 1999, f.j. 9.º («La Ley», 1999, 5318); 16 de octubre de 1998, f.j. 3.º («Tribunales de Justicia», 1999/6, págs. 597 y ss., comentada por GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., *Imparcialidad del juzgador: actuación de las Audiencias Provinciales en materias propias de la fase de instrucción por el cauce de los recursos*, págs. 602-603); 7 de marzo de 1997, f.j. 2.º (Ar. 1942); 20 de enero de 1996, f.j. 5.º (Ar. 188); 27 de diciembre de 1994, f.j. 1.º (Ar. 1738 del año 1995); 28 de diciembre de 1993, f.j. 3.º (Ar. 9811); 24 de

Por mi parte, ya tuve ocasión de discrepar de esta doctrina jurisprudencial, pues entiendo que el efecto devolutivo de un recurso provoca que el Tribunal *ad quem* deba enjuiciar los mismos problemas que convierten al Juez de Instrucción en un juez objetivamente falto de imparcialidad, motivo por el cual, el Tribunal *ad quem* al realizar esta actividad también está perdiendo su debida imparcialidad³⁵.

A esta problemática ha venido a sumarse la STEDH de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar v. España) en la que se destaca que cuando una Sala ratifica, por vía de recursos, una resolución en la que se reconoce la existencia de indicios racionales de criminalidad, se está «contaminando» de sospecha de parcialidad. En concreto, su párrafo 46 indica:

«En este caso, el temor a una posible falta de imparcialidad se fundamentaba en el hecho de que dos jueces que formaron Sala de la jurisdicción de fondo habían formado parte anteriormente de la Sala que confirmó la apelación del auto de procesamiento. Una situación semejante puede suscitar en el acusado dudas sobre la imparcialidad de los jueces.»

septiembre de 1991, f.j. 5.º (Ar. 6565); o la de 25 de junio de 1990, ff.jj. 4.º y 43.º (Ar. 9737). De igual modo, vid. las SSTC 170/1993, de 27 de mayo (f.j.3.º); 85/1992, de 8 de junio (f.j. 2.º); 106/1989, de 8 de junio (f.j. 4.º); 11/1989, de 24 de enero (f.j. 4.º); y 145/1988, de 12 de julio (f.j. 7.º).

Esta doctrina es mantenida por algún autor. Así, para LORENTE HURTADO (*Apuntes críticos sobre la sentencia constitucional número 245/1988, de 12 de julio (De la abstención del Juez Instructor)*, «Poder Judicial», núm. 11, septiembre, 1988, pág. 94) la solución contraria, llevada a sus últimas consecuencias, cuestionaría todo el sistema procesal penal español, «en cuanto incorpora la doble instancia respecto de las principales decisiones del sumario (procesamiento y prisión, especialmente)». También, en esta línea se pronuncia MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad ...*, ob. cit., pág. 322; y DE URBANO CASTRILLO, E., *Contaminación y procesamiento*, «La Ley», núm. 4886, septiembre, 1999, pág. 15.

35. PICÓ I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías ...*, ob. cit., págs. 100 y ss. De igual modo, cfr. DÍAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Edit. Comares, Granada, 1996, págs. 475-476, 479-480, 482 y 484; GÓMEZ DE LIAÑO POLO, J. C., *Los recursos en la instrucción penal*, Edit. Forum, Oviedo, 1997, págs. 140-141; BERMÚDEZ OCHOA, E., *La configuración jurisprudencial del concepto de la imparcialidad objetiva*, «Justicia», 1997, núm. 1, pág. 143; y BANACLOCHE PALAO, J., *Imparcialidad del Juez que dictó en apelación un auto ordenando la continuación de la instrucción y que luego condenó al acusado*, «Tribunales de Justicia», 1997/8-9, pág. 951.

Por ello, el párrafo 50 de esta sentencia concluye afirmando:

«El Tribunal estima en consecuencia que, en las circunstancias que concurren en el asunto, la imparcialidad de la jurisdicción del procesamiento podía suscitar serias dudas y que los temores del demandante al respecto podían considerarse como objetivamente justificados»³⁶.

Esta sentencia debe hacer reconsiderar la vigencia de la doctrina del TS anteriormente citada, en orden a evitar que los magistrados de la Audiencia que hayan tenido que resolver algún recurso contra una resolución del juez instructor en la que se recojan indicios racionales de criminalidad contra un acusado puedan, posteriormente, celebrar el enjuiciamiento de los mismos. No se trata de considerar apriorísticamente que dichos magistrados vayan a ser parciales, sino proteger la confianza del ciudadano en la imparcialidad judicial mediante la configuración de una serie de hechos objetivos que, de concurrir, autorizan a sospechar de la debida imparcialidad judicial.

En esta línea garantista, y aplicando directamente la doctrina del TEDH, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de julio de 1999³⁷ acertadamente ha estimado la recusación de tres magistrados por entender que el haber resuelto con anterioridad un recurso contra un auto de procesamiento y otro de prisión es susceptible de poner en peligro la debida imparcialidad judicial. En concreto afirma (ff.jj. 5.º y 6.º):

«[...] La parcialidad objetiva que se achaca en esta ocasión a

36. La versión castellana de esta sentencia se encuentra en *el Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento del núm. 1842, págs. 41 a 55. Para su comentario, vid. los estudios de DE PRADA SOLAESA, J. R., *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Valenzuela Contreras y Castillo Algar contra España*, «Jueces para la Democracia», núm. 34, marzo/1999, págs. 87 y ss.; MÚÑIZ VEGA, G., *La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Castillo Algar y la jurisdicción militar*, «La Ley», núm. 4749, marzo, 1999, págs. 1 y ss.; NOREÑA SALTO, J. R., *Juez imparcial: magistrados que fallan una causa penal, después de haber desestimado la apelación contra el procesamiento*, «Tribunales de Justicia», 1999/3, págs. 287-288; y RODRÍGUEZ RAMOS, L., ob. cit., págs. 1 y ss.

37. Ponentes: Excmo. Sr. D. Guillermo Vidal Andreu, Ilmo. Sr. D. Salvador Vázquez de Parga y Chueca, Ilmo. Sr. D. Angel García Fontanet, Ilmo. Sr. D. Félix Vicente Azón Vilas, Ilma. Sra. D.ª Ana Rubira Moreno e Ilmo. Sr. D. Ponç Feliu Llansá.

los cuatro Magistrados recusados pretende apoyarse en el hecho de haber suscrito éstos (tres de ellos cada vez) tres Autos resolutorios dos de ellos de sendos recursos de apelación de resoluciones dictadas por el Juez Instructor y el otro de una solicitud de libertad provisional [...] el Tribunal, sin entrar en valoraciones concretas de los hechos supuestamente acaecidos, forzosamente tuvo de apreciar los indicios derivados de la instrucción, y así manifiesta que «resultan indicios suficientemente contrastados a fin de atribuir al apelante la realización de los hechos descritos en el relato fáctico del Auto de procesamiento» [todo ello] ha obligado a los Magistrados ahora recusados a entrar en contacto directo con los indicios sumariales y los hechos delictivos que de ellos pudieran derivar, de tal modo que aun cuando todas sus argumentaciones se refieren escuetamente a la existencia de indicios racionales de criminalidad, su conocimiento de la causa puede hacer sospechar, como ellos mismos han reconocido honestamente en su escrito de 31 de mayo último, que su indudable imparcialidad pudiera verse objetivamente afectada a la hora de formarse una convicción judicial sobre los hechos. Por tales motivos se hace preciso estimar la recusación [...].»

El acogimiento de esta opinión jurisprudencial —rechazada actualmente por el Tribunal Supremo³⁸— suscitará problemas trascendentales en el actual modelo de enjuiciamiento criminal español. Dentro del catálogo de soluciones que podrían arbitrarse podemos diferenciar las de carácter orgánico de las meramente procesales.

a) Soluciones orgánicas

Son aquellas que exigen un cambio en la organización de los tribunales y, a pesar de que son las más drásticas, resuelven muy satisfactoriamente el problema aquí planteado. Dentro de estas soluciones podemos imaginar diversas alternativas:

La primera consistiría en atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal, y reservar al juez instructor para el control de la legalidad de los actos realizados por el Fiscal y la toma de decisión de medidas que supongan una restricción de derechos fundamentales. Este cambio, como destaca GÓMEZ COLOMER, supondría un refortalecimiento

38. A tal efecto, vid. las sentencias recogidas en la nota 34.

extraordinario del principio de la imparcialidad judicial³⁹. Sin embargo, esta solución en algunos casos no solucionaría el problema aquí planteado, y así por ejemplo, podría seguir contaminándose al Tribunal sentenciador en la medida en que conozca de los recursos contra las decisiones que adopte el juez instructor en materias de restricción de derechos fundamentales, ya que éste ámbito no puede delegarse la competencia al Ministerio Fiscal.

La segunda se fundamentaría en la creación de un órgano jurisdiccional intermedio entre el juez instructor y el sentenciador, que resolviese todo lo referente al juicio de acusación contra una persona y los recursos frente a las decisiones del instructor⁴⁰. Esta solución supondría un respeto absoluto a la imparcialidad del juez sentenciador, pero resulta antieconómica desde la perspectiva temporal y de recursos disponibles, y además comporta desaprovechar el conocimiento inmediato que ha obtenido el juez instructor (o el fiscal, en su caso)⁴¹.

b) Soluciones procesales

Son aquellas que en aplicación de la normativa procesal solventarían el problema aquí planteado sin requerir modificación alguna de la organización de los tribunales. También dentro de estas soluciones podemos imaginar diversas alternativas:

La primera podría consistir simplemente en la supresión de los recursos devolutivos contra las decisiones del juez instructor. Se trata de una solución rechazable, pues denota una escasa sensibilidad garantista, al impedir el control inmediato y rápido de decisiones que inciden directamente sobre determinados derechos fundamentales del acusado.

La segunda consistiría en modificar el art. 219.10.º L.O.P.J.

39. GÓMEZ COLOMER, J. L., *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado*, en «La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)», Colección «Estudis jurídics», núm. 2, Universitat Jaume I, Castellón, 1997, pág. 490. En este orden de ideas, vid. también RODRÍGUEZ RAMOS, L.: ob. cit., págs. 2 y 3.

40. Así, vid. BERMÚDEZ OCHOA, E., ob. cit., pág. 147; y RODRÍGUEZ RAMOS, L., ob. cit., pág. 5.

41. DÍAZ CABIALE, J. A., ob. cit., pág. 491. De igual modo, vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, AAVV., 2.ª edic., Edit. Colex, Madrid, 1997, pág. 264; y DE URBANO CASTRILLO, E., ob. cit., pág. 15.

para prever expresamente como causa de abstención y/o recusación del juez sentenciador «el haber intervenido o conocido la causa durante su instrucción»⁴². Este cambio normativo en principio no sería urgente si el TS entendiera que las causas de recusación deben interpretarse de forma amplia y, en consecuencia acogiera dentro del término «instrucción» las situaciones anteriormente mencionadas⁴³.

Finalmente, la tercera supondría establecer determinadas normas de reparto: las audiencias deberían repartirse los recursos contra resoluciones del juez instructor de tal forma que fuesen resueltos por una sección distinta de la que tuviese que realizar posteriormente el enjuiciamiento⁴⁴; o podría que atribuirse el conocimiento de todos

42. En este sentido, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., ob. cit., pág. 2. En contra de esta solución, DE URBANO CASTRILLO afirma que la misma «supone implantar una abusiva y equivocada concepción del principio de imparcialidad objetiva que hará más difícil la celebración de los juicios penales con los efectivos disponibles y añadirá un elemento estructural de ralentización, especialmente en las causas de envergadura, que no olvidemos, es donde opera el procesamiento» (ob. cit., pág. 16).

43. Para una visión crítica de la jurisprudencia del TS sobre el carácter tasado y la interpretación restrictiva de las causas de abstención y/o recusación, vid. mi trabajo *La imparcialidad judicial y sus garantías ...*, ob. cit., págs. 46 a 51. Afortunadamente, en la actualidad encontramos alguna resolución que pone en duda la citada doctrina jurisprudencial. Así, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de julio de 1999, en su f.j. 2.º, afirma: «El art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las causas de abstención y de recusación de los Jueces y Magistrados, causas estas que, junto con la que se añade en el art. 220 de la misma Ley Orgánica, constituyen, según la opinión jurisprudencial, un *numerus clausus* y no son susceptibles de interpretaciones extensivas. Sin embargo, la doctrina constitucional, al interpretar que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 de la Constitución comprende el de ser juzgado por un juez imparcial, ha venido a modificar aquella inicial opinión dado que la sospecha de parcialidad puede provenir de cualquier circunstancia sin que necesariamente sea una de las que contempla el mencionado art. 219, doctrina esta que se ha ido consolidando cada vez con mayor radicalidad de acuerdo con las sucesivas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por mandato del art. 10.2 de la propia Constitución».

44. Así, por ejemplo, imaginemos que en la demarcación judicial de una Audiencia con dos secciones dedicadas a cuestiones penales existen ocho juzgados de instrucción. Aquí, podrían establecerse como normas de reparto que la sección primera se dedique a la resolución de los recursos contra las decisiones instructorias de los cuatro primeros juzgados y a la celebración de los juicios orales de las causas provenientes de los otros cuatro juzgados restantes. Similares normas de reparto encontramos en la Audiencia Nacional o la Audiencia Provincial de Madrid. No así, en cambio, en la Audiencia Provincial de Barcelona, en donde sus magistrados,

los recursos de las decisiones de los diferentes jueces instructores a una determinada Sección de una Audiencia.

En cualquier caso, mientras tanto no se alcancen dichas soluciones, son válidas y deben seguir utilizándose los mecanismos legales previstos para proteger la imparcialidad judicial, esto es, la abstención y la recusación.

reunidos el 10 de enero de 2000, decidieron no variar las normas de reparto para evitar el problema aquí analizado (al respecto, vid. el Diario de Noticias «La Ley», n.º 207, enero, 2000, pág. 3). Sin embargo, el problema sigue manteniéndose en aquellas audiencias en las que sólo existe una única sección penal, en cuyo caso —como apunta RODRÍGUEZ RAMOS (ob. cit., pág. 5)— deberá necesariamente acudir a magistrados suplentes.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL JUDICIAL INDIVIDUAL

CONSOLACIÓN RÍOS JIMÉNEZ

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Fundamento. — III. Resoluciones que pueden originar responsabilidad civil. — IV. Aspectos procesales: 1. Relativos al órgano jurisdiccional; 2. De las partes. La legitimación activa y pasiva; 3. De la actividad; 4. El plazo para interponer la demanda de responsabilidad civil judicial individual; 5. Los actos previos; 6. De la prueba; 7. La sentencia y su ejecución. — V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento de responsabilidad civil de jueces y magistrados es, dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el único procedimiento específico en el campo de la responsabilidad civil judicial, y su razón lógica reside en los destinatarios de la pretensión y en la transcendencia que podría tener la misma.

El tema ha sido objeto de desarrollo por parte de la Ley Orgá-

nica del Poder Judicial de 1985, en sus artículos 411 a 413; sin hacer referencia a sus aspectos procesales, en lo que concierne a la responsabilidad civil judicial individual, la LOPJ nos remite implícitamente a la LEC para conocer las pautas a seguir para exigir responsabilidad civil, ello equivale a decir que LOPJ no contiene una regulación sobre este tema, todo lo contrario de lo que ocurre con la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado, que estudia al menos la parte en lo que al procedimiento se refiere en sus artículos 292 a 297. Al tratar de este tema, nos encontramos con varios procedimientos aplicables según la pretensión se dirija exclusivamente contra un juez o magistrado, contra un funcionario de la Administración de Justicia o contra el propio Estado. Y ello es así tras el reconocimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, consagrada en el art. 121 de la Constitución española de 1978.

Lo que establece el art. 121 es una garantía constitucional del patrimonio del sujeto dañado, y su importancia radica en admitir que existen errores judiciales que no pueden ser corregidos por el sistema judicial de los recursos. Con ello se ha querido introducir un sistema de responsabilidad doble donde el ciudadano va a encontrarse más protegido ante la Administración Pública en general que ante la Administración Judicial, a pesar de que ésta es garante de los derechos de los ciudadanos frente al poder público.

El establecer un sistema de responsabilidad patrimonial objetiva del Estado sin necesidad de probar la culpa por parte del sujeto dañado, puede provocar que el procedimiento judicial individual decaiga hoy en su utilidad práctica.

Los datos estadísticos desde la promulgación de la LOPJ de 1985 hasta 1993 en reclamaciones al Ministerio de Justicia sólo fueron en dieciocho ocasiones y sólo nueve fueron estimadas, lo que evidencia que la mayoría de los errores no se indemnizan, pues estamos en el caso de que el TS declaró la existencia de error¹. La mayoría de las sentencias que se han dictado son absolutorias al juez por defectos formales, casi todas ellas estaban prescritas o bien porque no invocan los preceptos infringidos o los trámites ignora-

dos, en todas ellas no se valora la conducta del juez sino que se rechaza de plano la demanda presentada.

Por estas razones u otras más livianas, como la gran desconfianza que siente el justiciable hacia la justicia, su lentitud en la reparación de los daños, en su falta de eficacia, los rigurosos requisitos procesales que tendrá que cumplir, seguir un trámite burocrático costoso y complejo, cualquier ciudadano que haya sufrido un daño por una actuación judicial incorrecta le podrá llevar de manera inexcusable a no poner en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil tanto de forma personal hacia el juez o magistrado como frente al Estado y desde el punto de vista del aparato judicial, éste se encuentra sometido a un doble procedimiento de responsabilidad civil, pues el juez puede ser demandado bien por un justiciable como por el propio Estado por la misma causa, lo que le ha llevado en la práctica a suscribir pólizas de seguro de responsabilidad civil ante demandas que pudieran ser millonarias, lo que igualmente pone de manifiesto una cierta preocupación para nuestros jueces que pueden encontrarse presionados en cualquier momento, eso sin contar con la temida responsabilidad disciplinaria que les puede llevar a perder su categoría de juez o magistrado. Podemos decir que el legislador con su buena voluntad de garantizar por todos los medios el patrimonio del sujeto dañado, ha establecido unos procedimientos a seguir llenos de requisitos estrictos y rigurosos de forma, de fondo, requisitos que van a suponer una serie de trabas y obstáculos para el ciudadano que le costará cumplir en la mayoría de los casos. A esto hay que añadir los problemas que representan para el ciudadano tener que optar por encauzar su pretensión frente al Juez o frente al Estado. Más aún un análisis de los artículos que regulan este tema nos sugiere una falta de adecuación de la LEC a la LOPJ.

II. FUNDAMENTO

Es importante resaltar la idea de que el Estado asuma la tutela de los intereses protegidos por la CE. Podría decirse que a través de una hábil manipulación del concepto de jurisdicción el legislador se arriesgue indebidamente a «determinar» la esfera jurisdiccional y, en consecuencia, limitar el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional,

1. Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia.

y parece ser que éste problema en alguna medida es obviado en nuestro ordenamiento. El Estado asume pues la tutela de intereses encomendado a otros órganos, Juzgados y Tribunales investidos de jurisdicción, titulares pues de la potestad jurisdiccional, en el sentido de que, aún pudiendo resolver en un primer momento otros órganos (administrativos) ha de quedar abierta la posibilidad de que la decisión última y definitiva corresponda siempre a un órgano jurisdiccional, pues si ello no fuera de éste modo, la ausencia de la intervención judicial vulneraría valores esenciales que están recogidos en nuestra CE, especial interés el art. 24 de la misma norma, que otorga el derecho a obtener una tutela efectiva, art. 24.2 el derecho a un proceso con todas las garantías y por último el art. 117.1 estableciendo la responsabilidad judicial.

El tema de la responsabilidad judicial plantea la siguiente cuestión, cual es la razón por la que un juez debe responder; y para ello debemos partir de la naturaleza de los daños o perjuicios que con su actuación puede ocasionar.

La reclamación de daños y perjuicios puede tener naturaleza contractual o extracontractual. En el caso de la responsabilidad civil judicial la cuestión no plantea problema, ya que la única fuente es la Ley (entendiéndose por Ley la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico), la función del juzgador es una potestad del Estado y por lo tanto la responsabilidad que pueda derivarse es legal y no contractual.

Partiendo de esta premisa obligada, debemos preguntarnos por el fundamento jurídico de la responsabilidad civil judicial.

El tema está relacionado con las cargas que deben soportar las partes en el proceso y los deberes judiciales. En la doctrina encontramos varias opiniones, Carnelutti señala que el juez está ligado por un contrato de empleo judicial con el Estado, de este contrato dimanar no sólo obligaciones de las partes de carácter administrativo, sino también obligaciones de naturaleza procesal que corresponden a relaciones jurídicas-activas en favor de las partes²; Hugo Rocco considera que entre el Estado y el funcionario judicial existe una relación de servicio, en tanto en cuanto el juez actúe cumpliendo sus

2. CARNELUTTI, «Instituciones del proceso civil», trad. S. Melendo, Buenos Aires, 1959, pág. 298.

funciones dentro de los límites previstos por el Ordenamiento Jurídico, las consecuencias de sus actos se anudan al Estado, mientras que cuando actúa fuera de esos límites desarrolla una actividad ilícita que puede ser considerada como acto propio y en consecuencia engendraría responsabilidad personal frente a quienes perjudique³; Satta considera que la responsabilidad civil es un capítulo de la responsabilidad general de los funcionarios públicos⁴ y, entre nosotros, Pietro Castro centra el problema en la distinción entre la tutela del «ius iurisdictionis», que se produce a través de la responsabilidad disciplinaria y la tutela del «ius litigatoris» a través, fundamentalmente de la responsabilidad civil que se oriente a perseguir el daño y el perjuicio en concreto que la actuación jurisdiccional haya producido al justiciable interesado.

El justiciable solicita una decisión judicial de conformidad con el ordenamiento jurídico, y para garantizar esta conformidad se endereza el sistema de impugnaciones, y la seguridad jurídica aconseja que la firmeza de las resoluciones y la institución de la cosa juzgada impidan la prosecución sin fin de las impugnaciones. Sin embargo existirán casos en los que la no conformidad al Ordenamiento Jurídico gravite sobre la seguridad del derecho, establecido para el caso concreto, de manera que interese su reparación por encima de aquella seguridad. Dos recursos, que no lo son en realidad, vendrán a establecer el régimen de estos remedios, uno la revisión mediante la remoción de la cosa juzgada, y otro que permitirá la subsistencia de la resolución firme pero que garantice el reparo de los perjuicios injustos sufridos por el litigante. La responsabilidad civil es un medio de reparar la injusticia⁵.

La segunda cuestión, que es clave para entender hasta que punto ha de ser responsable y ante quien ha de responder, nos lleva al estudio de la relación que existe entre dos conceptos: «La responsabilidad y la independencia». Mauro Cappelletti señala obstáculos históricos a la responsabilidad judicial, cuales son: la infalibilidad

3. HUGO ROCCO, «Tratado di Diritto Processuale civile» II, Torino, 1957, pág. 27.

4. SATTA, «Diritto Processuale Civile», Padova, 1967, pág. 56.

5. ALMAGRO NOSETE, op. cit., pág. 23.

del Estado y la inmutabilidad de la cosa juzgada⁶. En cuanto al primero el Estado no era demandable por error, este principio excluía o limitaba la responsabilidad del Estado y de sus agentes, entre ellos los jueces ante las personas perjudicadas por actos estatales. La tendencia de abandonar el principio de la irresponsabilidad del Estado ha sido desecharla. Esta idea es una consecuencia de un cambio en la filosofía política, lo cual reafirma el concepto ya proclamado en las democracias de la Grecia Clásica: «en nuestra ciudad todos aquellos que de cualquier manera ejercen una función pública no están exceptuados de responder de sus actos». Dicho principio fue acogido por la CE. italiana de 1948 en su art. 28.

En cuanto al segundo obstáculo histórico, sigue diciendo el autor últimamente citado que la cosa juzgada crea derecho («Res iudicata facit ius»). La autoridad de la cosa juzgada no radica en una abstracción lógica, sino en la finalidad o en el valor que por medio de ella tienen en cuenta los sistemas legales. Se advierte que ese valor o esa finalidad son la paz y la seguridad jurídica, porque acertada o errónea una sentencia es necesario poner fin al pleito. La justicia es un valor que puede ser perjudicado por la estricta aplicación del principio de la cosa juzgada hay que ponerse en una situación intermedia donde está la verdad. Hay que buscar un equilibrio entre ellos.

El fundamento último de la cautela y sensatez no se halla en la cosa juzgada misma, sino en los valores que ese principio resguarda «la paz y la seguridad jurídica», tanto como el valor complementario de la independencia judicial, en todos los cuales se encuentra la verdadera razón de ser de los límites a la responsabilidad judicial.

La necesidad de establecer ciertos límites a la responsabilidad judicial sólo puede ser bien entendida cuando se tiene clara conciencia del valor o valores que con esas limitaciones se tiende a proteger. Así como en el caso de la cosa juzgada, también el principio de la inmunidad judicial esta supeditado a los fines, valores e ideas que las leyes tienen en cuenta de formas diversas. Menciona Giuliani y Picardi⁷, que el principio de la inmunidad de los jueces

6. MAURO CAPPELLETTI, «La responsabilidad de los jueces», Buenos Aires, 1988, pág. 35.

7. MAURO CAPPELLETTI, op. cit., págs. 36 y ss.

no está ínsito en la cosa juzgada, sino más bien en la necesidad de garantizar que el juez desempeñe su función con total independencia. La independencia judicial para algunos es el fin principal de la inmunidad, y no una mayor inmunidad significa mayor independencia.

Se deduce de ello que la independencia sólo tiene un valor instrumental, cuyo objeto es salvaguardar otro relacionado con la seguridad jurídica pero diferente que es la imparcialidad judicial. Es la esencia de la función jurisdiccional el que ella sea desempeñada por un tercero desinteresado e imparcial, no comprometida, después que los litigantes han tenido oportunidad de exponer y defender sus pretensiones.

Durante varios siglos la imparcialidad y la justicia han sido vistos como los principios básicos del derecho natural. Para que se conviertan en realidad deberá mediar cierto grado de independencia del Juez ante las personas que sobre él pretenden ejercerse, sean de los órganos políticos de gobierno, de los grupos de presión públicos o privados, o las propias partes del proceso. De ahí que la garantía de la inmunidad judicial tienda a darle al magistrado una razonable posición de libertad frente a tales presiones y, sólo podrá mantener esa independencia si el juez está sometido a la Ley, lo que no supone una limitación, sino por el contrario, un elemento necesario para dictar sentencias objetivas y jurídicamente justas.

Claro está que todo el problema de la responsabilidad y de su equilibrio con la independencia judicial debe tender a asegurar los mejores medios concretos y posibles para hacer efectivos los valores que reflejan los principios básicos del derecho natural⁸. Pretender que los jueces no cometan errores al interpretar la ley y sancionar esos errores por ser perjudiciales a las partes, equivale al tiempo en que la gente creía o pretendía creer en el mito de la interpretación puramente lógica y mecánica de la ley que no dejaba resquicio a la discrecionalidad judicial.

8. CAPPELLETTI, ob. cit., señala: «que un razonable porcentaje de responsabilidad política lejos de ser una amenaza para la independencia e imparcialidad de los jueces puede tener un saludable efecto preventivo sobre ellos y ser también una valiosa salvaguarda contra la tenencia del poder judicial de muchos países a aislarse completamente de los otros órganos del gobierno, al que los jueces pertenecen, quieran o no», pág. 89.

Ahora en cambio se admite el papel que desempeña el juez en la evolución y modernización del derecho, lo cual implica una cierta «politización» y «socialización» de aquél. La responsabilidad debe basarse en normas que hagan al poder judicial más «abierto» más «político» y «socialmente responsable».

Este último autor citado habla de la responsabilidad en función de los usuarios del servicio de justicia: este modelo combina la responsabilidad legal, social y política sin subordinar a los jueces a los órganos políticos del gobierno, ni a grupos sociales y sin exponerlos a vejatorias demandas de enfurecidos litigantes. Es un medio por el cual se equilibran los dos valores en conflicto, la independencia y la responsabilidad. Este modelo recoge la idea del sistema democrático de gobierno, denominado «poder compensatorio» por lo que nada es incontrolado ni nadie es irresponsable. La responsabilidad ya no será enfocada en función del prestigio e independencia del poder judicial ni del poder de un ente abstracto como es el Estado, ni de individuos determinados, debe ser entendida en función de los usuarios del servicio de la justicia que combina la imparcialidad y la objetividad de los jueces con adecuado porcentaje de responsabilidad social.

Otros autores enfocan el tema de la responsabilidad en la idea de la reparación, que es donde encuentra su último fundamento: en el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas⁹.

Como resumen podemos decir que la independencia del juez se entiende como búsqueda del mayor grado de serenidad y libertad posible a la hora de emitir sin trabas su fallo. El deseo de una absoluta libertad no deja de ser una vacía aspiración¹⁰. En un sistema racionalizado, la libertad no puede separarse de la responsabilidad, pues de lo contrario llegaríamos a lo que algunos han denominado «dictadura de los jueces»¹¹.

9. PLÁCIDO FERNÁNDEZ-VIAGAS, B., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», Madrid, 1994, págs. 162 y ss.

10. OTTO BANCHOF, «Jueces y Constitución», 1963, pág. 53, «no puede desconocerse que el juez puede estar vinculado a prejuicios propios de su origen social, de su concepción política o de su visión del mundo, y que en ningún hombre se puede eliminar un último resto de subjetividad».

11. MARTÍN REBOLLO citado por CAPPELLETTI, op. cit., señala éste: «si el juez es el garante del principio de legalidad, aplica el derecho y controla a la administración, constituyendo una de las piezas fundamentales del sistema político

¿Cómo pueden los titulares de un poder del Estado, declarados constitucionalmente independientes y sometidos solamente al imperio de la ley, ser constreñidos bajo formas de responsabilidad que pueden poner en peligro la inapreciable garantía de la independencia?

Quien ve en la responsabilidad civil del Juez un peligro para su independencia, argumenta que en realidad ésta suele utilizarse para entablar acciones infundadas o vejatorias, animadas por el sólo fin de turbar el espíritu del juez. Por otro lado, se dice que someter a los jueces a acciones de responsabilidad civil puede conllevar a un pernicioso efecto sobre la jurisprudencia, puesto que los jueces arriesgarán menos en sus soluciones, posiciones, optando por las que ya ha sido consagradas por la práctica, con lo que coartará la posibilidad de innovación por parte de los tribunales.

A mayor abundamiento, la generalidad de la doctrina considera que la efectiva garantía del ciudadano pasa por el reconocimiento de una amplia y generosa responsabilidad del Estado-Juez como se ha hecho en nuestro ordenamiento.

La antítesis entre independencia y responsabilidad es una cuestión de límites no de principios.

El problema consiste en armonizar los distintos tipos de responsabilidad del Juez desde la coherencia del modelo judicial constitucionalmente (y legalmente) configurado. Desde este ángulo, el mantenimiento de una responsabilidad civil directa del juez o magistrado frente al particular no puede escandalizar a nadie¹².

que conocemos con el nombre de «Estado de Derecho», es evidente que el ordenamiento jurídico debe regular las garantías necesarias frente a los perjuicios derivados del funcionamiento anormal del Poder Judicial en su sentido más amplio. Todo Estado implica un juego de compensación y equilibrio entre poderes cuyo funcionamiento debe estar presidido por el principio de responsabilidad ante la ciudadanía sin ningún tipo de exención», pág. 18.

12. RAMOS MÉNDEZ, «D.º Procesal Civil», 1986, Tomo I, 3.º: «El problema de la responsabilidad civil de los jueces encierra en si una gran paradoja: se apela al juez para que delimite las relaciones jurídicas entre las partes y luego está sometido a responsabilidad si su decisión es inexacta. Pero, ¿quién ha de juzgar de la rectitud o ilegalidad de un pronunciamiento jurisdiccional definitivo? ¿No es ésta acaso la propia misión encomendada a la jurisdicción? La verdad es que el tema supone un conflicto entre la independencia judicial y la necesidad de fallar. Al juez se le exige inexcusablemente que falle, sin que pueda alegar insuficiencia u oscuridad de la ley para no hacerlo, y acto seguido se le exige también responsabilidad por la decisión», Barcelona, 1986, pág. 142.

Con todo lo dicho, el Poder Judicial no puede escapar al principio axiomático de todo régimen democrático, en el cual nada es incontrolable ni nadie es irresponsable, un poder sin la consiguiente responsabilidad es incompatible con el sistema democrático. Por ello hablar de independencia es hablar de responsabilidad.

En su primer significado el poder involucra no sólo un derecho sino también un deber, es un *derecho-deber* de naturaleza pública. Y puesto que hay principios y normas, escritas y consuetudinarias que reglamentan este derecho-deber, la consecuencia obvia es que haya una responsabilidad directa de quienes ejercen esta función y la posible indirecta del Estado, cuando tales principios y normas son transgredidos. La independencia de los jueces y magistrados se predica en la persona de los jueces y magistrados y se manifiesta a través de una serie de garantías. Al respecto conviene distinguir dos aspectos importantes de la independencia.

Existe una independencia interna¹³, los jueces y magistrados son independientes en el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a todos los órganos jurisdiccionales y del gobierno del Poder Judicial (art. 12.1 de la LOPJ). Así el juez, al aplicar la Ley al caso concreto controvertido, está señalando cuál es la voluntad de la Ley o mejor del Ordenamiento Jurídico, sin que quepa entender que entre los distintos jueces situados jerárquicamente exista supremacía, resulta pues, que está prohibido a los superiores dictar instrucciones de carácter general o particular a los inferiores, sobre la aplicación o interpretación del Ordenamiento Jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional; por otra parte los jueces y tribunales no pueden corregir la aplicación o interpretación del O J sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan. Por eso el art. 18.1 de la LOPJ puntualiza que las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes.

13. OTTO, Ignacio de, «Estudios sobre el Poder Judicial», habla de una independencia material o funcional, en el sentido de que el juez no puede recibir instrucciones de nadie, y en concreto de ningún otro poder del Estado, no está sometido a dirección jerárquica y la distingue de la independencia personal refiriéndose a un peculiar status del juez, por el que no puede ser removido de su cargo por los demás poderes del Estado mas que en determinadas circunstancias, es el derecho que tienen los jueces a la «inamovilidad» que garantiza la Constitución española, Madrid, 1.989.

Existe una independencia externa, por lo que todos están obligados a respetar la independencia judicial (art. 13 LOPJ). La palabra «todos» tiene sentido absoluto, lo que explica que la LOPJ señale lo siguiente: todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los jueces y magistrados, en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la CE y las leyes; que las Administraciones Públicas, las Autoridades y Funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas y los particulares respetaran, y en su caso, cumplirán las sentencias y demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes (art. 17.2. LOPJ).

Ahora bien los jueces y magistrados pueden ser inquietados y perturbados en su independencia (art. 14 LOPJ). En tal caso la LOPJ establece dos instrumentos de garantía en favor de la independencia: aquellos que se sienten inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del CGPJ, practicarán las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico y pondrán los hechos en conocimiento del juez o tribunal competente como asimismo al Ministerio Fiscal.

El principio básico de la jurisdicción en el Estado moderno constitucional es pues la independencia del juez.

El fundamento de la independencia del juez se encuentra en la necesidad de asegurar su sumisión al derecho, en la necesidad de que el acto jurisdiccional esté sujeto únicamente a la norma que lo programa con mayor o menor precisión. En el ejercicio de la función jurisdiccional es preciso asegurar que el juez no esté sometido a ninguna orden o indicación que pueda apartarle de la estricta aplicación de la regla previamente establecida. Es por tanto que independencia y sumisión son en principio términos estrictamente correlativos y complementarios. El juez es independiente porque esta sometido sólo a la ley, y está sometido sólo a la ley porque es independiente. El juez no ejecuta, en realidad la voluntad del legislador, sino la ley que también se impone a éste y lo limita.

La independencia del juez, como la del Estado o como la libertad contractual de los individuos, es ante todo un concepto jurídico,

y ha de entenderse como ausencia de subordinación jurídica, y así lo pone de manifiesto la propia CE en su art. 117.1 cuando distingue independencia e inamovilidad, art. 117.2 CE; así pues, si la independencia por sí misma comprendiera no sólo la ausencia de subordinación jurídica, sino también la de todo vínculo y sujeción que pudiera llevar a condicionar la conducta del juez, la mención expresa y separada de la inamovilidad no tendría sentido.

Es por ello que la independencia en sentido estricto se asegura privando de fuerza de obligar a las instrucciones o, mas aún, penalizando el simple hecho de dictarlas (art. 473 de la LOPJ).

La independencia de hecho, en cambio, se garantiza incidiendo sobre otras relaciones distintas de las de sumisión jerárquica. A este campo pertenecen en primer lugar las cautelas de que se rodean las potestades a que esta sujeto el juez en su calidad de funcionario (régimen disciplinario, ascensos, e incluso aquellas a que está sujeto en su calidad de ciudadano).

La garantía se establece mediante incompatibilidades y prohibiciones con los que se trata de evitar vinculaciones (art. 394 LOPJ), de naturaleza privada o pública y situase al juez en una relación de sumisión de cualquier índole. Pero la independencia está sujeta a limitaciones. El juez, en cuanto funcionario y en cuanto a ciudadano, está sujeto al poder público (a la potestad disciplinaria¹⁴, a las potestades de la administración) y aún cuando las relaciones subsiguientes pueden en algún caso rodearse de cautelas, no se eliminan por completo.

Con todo lo dicho estamos de acuerdo con el profesor Revenga Sánchez¹⁵ en que «la independencia posee un carácter instrumental y relativo, instrumental en lo que se refiere a la vertiente individual de la independencia, pues lo que se persigue es la imparcialidad (y por tanto la legitimidad) de la decisión del juez». Con ella se busca la «equidistancia (del juez) respecto a las partes contendientes y la ausencia de un interés propio a la cosa juzgada que puede inducirle

14. PECES MORATE, J., Poder Judicial, «Responsabilidad de los jueces» señala: «que el uso indebido de la potestad sancionadora puede invadir el ámbito estrictamente jurisdiccional», 1988, pág. 214.

15. REVENGA SÁNCHEZ, M., Poder Judicial, núm. 14, «Independencia y responsabilidad del Juez: Dos valores enfrentados. El reciente debate italiano», Jerez (Cádiz), 1989 pág. 51.

a favorecer a una parte en detrimento de la otra»; relativo, en el sentido de contemplar la independencia como un valor absoluto, eludiendo la cuestión de los límites, equivale a propugnar el aislamiento del juez respecto a la sociedad y el del Poder Judicial respecto a los demás poderes estatales. El precio que la colectividad ha de pagar para satisfacer el interés de disponer de jueces independientes no puede ser, en definitiva, tan alto como para que estos queden inmunes a control. Por eso el problema de la independencia, en un planteamiento correcto, no puede ser más que un problema de ponderación de valores».

Es interesante resaltar lo que menciona Ruiz Vadillo¹⁶ cuando habla del arbitrio judicial en el sentido de que al juez se le otorga cierto arbitrio judicial, por ejemplo, en materia civil la invocación a la buena o mala fe, a la equidad. El juez ha de ser intérprete de conceptos que se presentan indeterminados y ha de tomar decisiones difíciles y complejas, como valorar económicamente la pérdida de una vida humana.

Creemos que ahí está la verdadera independencia, la verdadera esfera del juez donde se mueve con la sola sujeción a la normativa existente y en valorar las pruebas y los hechos acaecidos, es por lo que la independencia tiene carácter instrumental, pues de otra forma no podríamos hablar de juez independiente, pues los jueces están sometidos a ascensos forzados, no se les pregunta si quieren o no ascender, por circunstancias coyunturales de política e incluso económicas los jueces ascienden a magistrados en destinos que conllevan una especialización, pues los jueces que han ejercido en un pequeño pueblo un número determinado de años ascienden a magistrados tras darse circunstancias políticas, económicas; le imponen una categoría que deberán ejercer o bien en juzgados de 1.ª Instancia e Instrucción, o bien en Juzgados de lo Penal o en Juzgados de lo Social; esa inamovilidad que habla nuestra constitución haciendo referencia a los jueces y magistrados.

La independencia pues no tiene carácter de privilegio, es un concepto instrumental respecto al de la imparcialidad, ambos al servicio de que el juez debe siempre actuar como «tercero» en la com-

16. RUIZ VADILLO, E., Poder Judicial núm. especial V, «Responsabilidad de Jueces y Magistrados: civil, penal y disciplinario», 1988, pág. 120.

posición de los intereses en conflicto, con la ley como punto de referencia inexcusable. La independencia es un antecedente necesario que hace posible la imparcialidad¹⁷.

La independencia no significa ausencia de control, pero este control del Poder Judicial no debe ser entendido como algo negativo de la independencia, independencia y control son complementarios, lo importante es que esa independencia que gozan los jueces no se deteriore, al margen de los valores constitucionales y del sistema democrático, la responsabilidad judicial se produce como consecuencia del ejercicio de un acto de control.

III. RESOLUCIONES QUE PUEDEN ORIGINAR RESPONSABILIDAD CIVIL JUDICIAL

Nos planteamos en este epígrafe la siguiente cuestión: ¿qué resoluciones dan lugar a la responsabilidad civil judicial?

Un precepto de gran importancia es el art. 904 de la LEC, el cual dice: «La demanda de responsabilidad civil no podrá interponerse hasta que quede terminado, por sentencia o auto firme, el pleito o causa en que se suponga el agravio».

El precepto nos viene a decir, que el procedimiento de responsabilidad civil no se puede dar contra sentencia o auto firme, ya que el agravio tuvo que producirse en trámite anterior a la referida resolución, es decir, providencias¹⁸ de mero trámite, o autos y sentencias interlocutorias que por ser manifiestamente contrarias a la ley o ha-

17. MOVILLA ÁLVAREZ, C., Revista del Poder Judicial núm. Especial V, «Responsabilidad del juez», 1.988, pág. 159.

18. El art. 260 de la LOPJ de 1.870 limitaba los supuestos a negligencia o ignorancia inexcusable y señalaba: «Se tendrán por inexcusables la negligencia o la ignorancia cuando, aunque sin intención, se hubiese dictado providencia manifiestamente contraria a la ley o se hubiere faltado a algún trámite o solemnidad, mandando observar por la misma bajo pena de nulidad». El TS se encargó de matizar el término «providencia», propugnando una interpretación amplia, en este sentido la STS de 27 de abril de 1.965, R. Ar. 2.370 señalaba que la expresión del art. 262 no había que tomarla en su estricta significación procesal, sino como equivalencia a «resolución en sentido amplio». El legislador no pretendió establecer un *numerus clausus* en el art. 262 de la anterior LOPJ sino una presunción de que determinadas conductas suponían negligencia o ignorancia inexcusables.

berse dictado con ignorancia o negligencia inexcusable dieron lugar al mismo y consecuentemente son susceptibles de este recurso.

Lo que quiere decir que contra sentencias que ponen término al pleito haciendo imposible su continuación y que consecuentemente tienen el carácter de definitivas no se dará el recurso de responsabilidad y sí contra aquéllas que no ponen término al pleito careciendo de tal carácter¹⁹. Es una afirmación que comparte la doctrina, así Almagro Nosete²⁰ sostiene que es delictiva la conducta del juez que por ignorancia o negligencia inexcusable dicta sentencia manifiestamente injusta. Hemos de llegar a la conclusión que en estos actos judiciales la infracción de ley motivada por culpa no da lugar a la llamada responsabilidad civil autónoma, sino a acción civil dimanante de responsabilidad criminal. Al exigirse, no obstante, que la injusticia de la sentencia sea manifiesta puede en último extremo sostenerse que cabría responsabilidad civil por infracción de ley gravemente culposa cometida en sentencia cuando la injusticia de la infracción no fuera manifiesta.

Las sentencias definitivas están excluidas porque la infracción de ley gravemente culposa origina responsabilidad criminal, y dicha tesis es sostenida por González-Alegre Bernardo²¹ y Almagro Nose-
te²².

19. STS de 8-10-86. señala: «... No todas las resoluciones definitivas recaídas sobre el fondo del litigio, aunque adquieran firmeza y adopten la forma de sentencia, pueden invocarse como constitutivas de cosa juzgada material en otro pleito, pues en determinados procesos, el propio ordenamiento les priva de esa función positiva, bien por la naturaleza especial de los mismos, o bien por la sumariedad de sus trámites, o bien por la limitación de la cognición judicial».

20. ALMAGRO NOSETE, op. cit., pág. 96.

21. GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., Poder Judicial núm. 8, «Del recurso de responsabilidad civil contra jueces y magistrados», págs. 13 y ss.

22. ALMAGRO NOSETE, op. cit., pág. 97. Es interesante señalar la opinión de Manresa en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», Tomo II, Madrid, 1953, pág. 331, que cita Almagro Nosete en su obra; sostiene MANRESA que considera que el término «providencia» se utiliza por el legislador en sentido restringido, por lo que los supuestos específicos que señalaba la anterior LOPJ en su art. 262 excluían a cualquier otro general. Entiende que los recursos de casación y apelación establecidos para las sentencias y autos que pongan término a un pleito, están establecidos para corregir los errores que puedan cometerse en las resoluciones, de modo que los mismos sólo motivan responsabilidad cuando dependan de la voluntad del juzgador y sean originados por prevaricación o cohecho, ya que en otro caso hay que atribuirlos a lo limitado del entendimiento humano. ALMAGRO NOSE-

González-Alegre Bernardo apunta que el término «sentencia» se ha utilizado como más significativo, pero, en un sentido más propio, sobre todo en esta materia, dicha expresión ha de entenderse como resolución y en tal sentido cabe comprender, al igual, sentencia, auto y providencia; en consecuencia es de entender que, al hacer exclusiva referencia a la palabra sentencia, como sinónima de resolución judicial, las hay contra las que sólo cabe recurso de casación por ser definitivas y otras que al no serlo pueden ser objeto de recurso de responsabilidad civil, una vez, claro está, agotados los recursos procesales existentes contra la misma; estas resoluciones son las denominadas «interlocutorias».

Puede ocurrir que el agravio haya sido subsanado a lo largo del trámite o en la sentencia definitiva, mas si a pesar de ello se han producido daños económicamente evaluables, quedará siempre a la parte la posibilidad de pedir su resarcimiento, a través del recurso de responsabilidad²³.

Dicho esto, cabe preguntarse ¿qué resoluciones pueden dar lugar al recurso de responsabilidad?

La posible solución a éste interrogante la podemos encontrar en el mencionado Título IX del libro I, así el artículo 376 dispone: «contra las providencias que dicten los Jueces de Primera Instancia no se dará otro recurso que el de reposición...»²⁴ y seguidamente el

TE no sostiene dicha opinión, a su juicio, porque conduce a resultados arbitrarios, si no se introducen matizaciones. La limitación del conocimiento humano excluye de responsabilidad personal cualquier actuación diligente, incluso las actuaciones levemente culposas. Pero cuando la enmienda de la sentencia o auto por parte del Tribunal Superior revela no una discrepancia legítima, sino un error inexcusable debido a culpa grave del juzgador anterior, no hay ninguna razón para que con nuestras actuales leyes en la mano, deje de ser una conducta sancionable. Así por ejemplo, la aplicación de una ley derogada... Ninguna de estas conductas supone limitación del conocimiento humano sino imprevisión e impericia profesional que justifican una fundada reclamación por responsabilidad civil y en muchos casos el pase del tanto de culpa a los tribunales de lo penal.

23. STS de 23-3-1.899, señala: «... no obstante, si el agravio sólo podía ser enmendado en el período de ejecución de sentencia y no instó el demandante las actuaciones conducentes, carece de base el recurso conforme al art. 904 de la LEC».

24. De la lectura de los arts. 376 y 377 se desprende que se está regulando un remedio procesal, e incluso en términos más estrictos «procedimental», es decir, procesal adjetivo, de mero trámite, según la terminología al uso, o bien, según el art. 245 de la LOPJ, de «ordenación material del proceso». Como se ve, los dos

401 del mismo Cuerpo Legal establece en relación con las Audiencias que «contra las providencias de mera tramitación que dicten las Audiencias, no se dará recurso alguno, salvo el de responsabilidad».

En el art. 376 de la LEC, al contrario de lo que prescribe el art. 401, el legislador debió dejar a salvo el recurso de responsabilidad, cosa que no hace y por el contrario si lo expresa de forma clara en el art. 401.

Entendemos que la omisión del legislador se puede llenar de tal forma que si de manera manifiesta tal resolución contradice una ley o media negligencia o ignorancia inexcusable, la parte perjudicada podrá interponer el recurso de responsabilidad civil, con lo que queda salvaguardada de los perjuicios que se les hubiere causado.

De particular interés es el art. 403 según dispone: «contra las sentencias definitivas y los autos que pongan término al juicio, dictados por las Audiencias, en segunda instancia no se dará otro recurso que el de casación...», establece en su segundo párrafo que «contra las demás resoluciones que dicten en apelación no se dará recurso alguno, salvo el de responsabilidad»²⁵. La referencia a resoluciones dictadas en apelación, a más de que no son recurribles en súplica, elimina su aplicación a las resoluciones a que hace referencia el art. 402²⁶. Esta afirmación legal no es compartida por parte de la doctrina²⁷.

artículos mencionados de la LEC, se refieren sólo a providencias carentes de fundamentación y dirigidas normalmente al desarrollo del procedimiento. Consecuentemente las infracciones en las que pueden incurrir estos proveídos serán también de aquél carácter y por ello es lógico y congruente que el recurso de reposición utilizable haya de citar la norma supuestamente infringida de naturaleza procesal y que ello convierta la exigencia de razonable y lógica, sin que ello suponga formalismo riguroso, sino más bien una necesidad para el juez, que así podrá ser congruente con el *petitum* del recurso, STC 69/87 de 22-5 y 113/88 de 9-6.

25. El párrafo 2.º hace referencia a aquellas resoluciones que se dicten en apelación, pero sin resolver el problema de fondo del proceso principal. No cabe el recurso de súplica al ser resoluciones decisorias y, no cabe el recurso de casación por no poner fin al juicio.

26. Conviene resaltar que el recurso de súplica puede interponerse contra sentencias resolutorias de incidentes, pero no contra sentencias definitivas para las que hay que acudir al art. 403 de la LEC. Manresa J. M.ª en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil» al examinar dicho precepto y contestar a qué resoluciones son las que conforme a este segundo párrafo pueden dar lugar al recurso de responsabilidad responde con toda claridad lo siguiente: «Las resoluciones que dicten las Audiencias en segunda instancia, sobre incidentes promovidos en la primera

Por último contra las resoluciones del TS, dedica la LEC dos artículos, el artículo 405 el cual dispone: «Las disposiciones de los artículos 401 y 402 serán aplicables a las resoluciones de igual clase que dicte el Tribunal Supremo».

Se establece que, contra las providencias de mera tramitación la parte que haya sido perjudicada por la misma por un daño injusto podrá interponer contra los Magistrados de dicho Tribunal que la hubiesen dictado recurso de responsabilidad civil, y esto en cuanto a lo que se refiere al art. 401; y en lo tocante a los autos resolutorios de los recursos de súplica contra resoluciones de incidentes, surgidos en la tramitación de los asuntos de que conozcan, y en este sentido González-Alegre Bernardo²⁸ señala que no se trata tan sólo del recurso de casación, podrá interponerse al igual el recurso de responsabilidad contra los Magistrados intervinientes y ello por cuanto se refiere al art. 402 en relación con el 403 y 404.

El segundo precepto es el 406 que dispone: «Contra las sentencias en que se declare haber o no lugar al recurso de casación, o a la admisión del mismo, no se dará recurso alguno». El precepto es claro en principio cuando habla de «haber o no lugar» cuando a la

que no sean susceptibles del recurso de casación por no poner término al pleito. Resolución firme que ha de llevarse a efecto, pero si por ignorancia o negligencia inexcusable, o por malicia, se hubieren dictado con infracción manifiesta de ley, queda a salvo a la parte perjudicada EL RECURSO DE RESPONSABILIDAD CIVIL contra la Sala sentenciadora para que la indemnice los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado», Madrid, 1910, págs. 300 y ss.

27. MANRESA, ob. cit., y GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., op. cit. opinan que la exclusión del recurso de responsabilidad civil de la resolución que trata el art. 402 es inexplicable, expresando que si conforme al art. 403 contra aquellas resoluciones que no tengan carácter de definitivas que se dicten en apelación no se dará otro recurso que el de responsabilidad, cabe al igual entenderlo respecto a las resoluciones de incidentes que se promuevan durante la segunda instancia; pues no encuentran razón para que contra el recurso de súplica que cabe interponer conforme al art. 402 contra este no quepa el de responsabilidad civil; e insisten, en que no tengan el carácter de definitivas, puesto que en otro caso serían susceptibles de ser recurridas en casación conforme a lo dispuesto en el art. 404. Si conforme al art. 403 párrafo segundo, contra las resoluciones que las Audiencias dicten en apelación que no sean definitivas, se dará el recurso de responsabilidad, lo mismo ha de entenderse, respecto a los autos que resuelvan los recursos de súplica en incidentes promovidos ante la misma Audiencia, a que se refiere el art. 404, que como afirman no tengan el carácter de sentencias, pero aclara Manresa auto, que no pongan término al juicio.

28. Ob. cit., pág. 17.

admisión se refiere, pero no es explícito ya que lo limita «a la admisión del mismo», por lo que si no se admite, cabría entender que pueda darse el recurso de súplica, y llegando a más, contra el mismo el de responsabilidad. Sin embargo, la cuestión ya está resuelta con el precepto 1710 de la LEC en sus párrafos 2.º y 4.º, el 2.º habla del auto de inadmisión y el 4.º dispone: «Contra los autos a que se refieren las tres reglas anteriores, no se dará recurso alguno».

¿Cuáles acciones u omisiones del órgano jurisdiccional, pueden provocar daños a los justiciables calificados de injustos y, por ende, con la consiguiente obligación de resarcir por los cauces que establece la LOPJ?

Primero hacemos referencia pues al artículo 411 del mismo cuerpo legal cuando señala «... en el ejercicio de sus funciones...». Ello justifica que hagamos la distinción entre funciones jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) y otras calificadas como funciones no jurisdiccionales, en el sentido que no se precisa por parte del juez una resolución judicial, como puede ser el juez encargado del Registro Civil.

La LOPJ en sede de responsabilidad civil judicial cuando habla de actos dolosos o culposos, lo hace refiriéndose a las funciones estrictamente jurisdiccionales.

Prueba de ello es el artículo 412 del mismo cuerpo legal cuando señala «... parte perjudicada...» en relación con el artículo 413.1, el cual dispone: «... que no podrá interponerse demanda de responsabilidad civil hasta sea firme la resolución que ponga fin al proceso en el que se suponga producido el agravio...». Podemos apreciar que el precepto se refiere a los daños que se producen dentro del proceso, pero ello no debe dejar de preocupar sobre los daños que se producen fuera del proceso.

Y para ello es ilustrativo lo que menciona el autor Díez-Picazo Jiménez²⁹, el cual señala que existen tres vías para exigir el resarci-

29. MONTERO AROCA, J. lo menciona en su obra «Responsabilidad del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial» señala este autor que las funciones no jurisdiccionales, se encuadran dentro de tareas como las que menciona el art. 2.2 de la LOPJ, a funciones del Registro Civil, funciones electorales y disciplinarias. En estos casos el juez o magistrado no ejerce jurisdicción y por lo tanto, los daños que ocasione a los particulares se resarcirán por la vía del art. 106.2 de la CE y el art. 40 de la LRJAE, DL 1988, pág. 108.

miento de esos daños: la primera es acudir a las reglas de la responsabilidad aquiliana (art. 1.902 del CC), la segunda acudir a las reglas que se establecen para los funcionarios públicos y por último la aplicación analógica de las normas de la LOPJ, al margen de lo que preceptúa el artículo 413 del mismo cuerpo legal por cuanto no existirá una resolución firme, ni un proceso en el que se haya producido el agravio. Ante esta interpretación lo más correcto sería la aplicación de las normas de los funcionarios públicos para las funciones no jurisdiccionales. Sin embargo dicha conclusión no esta exenta de reparos, pues la LOPJ cuando regula el tema de la responsabilidad civil judicial, habla de cualquier comportamiento doloso o culposo, como igualmente no es necesario que se materialice en una resolución judicial, y por esta razón es necesario que el legislador establezca que actuaciones originan la llamada responsabilidad civil.

En principio, ha de entenderse que la perspectiva adoptada por el legislador para la reparación de daños ocasionados por jueces y magistrados es la del ejercicio estricto de su función jurisdiccional; (art. 2.1. de LOPJ) y los daños resarcibles serán los producidos en o con ocasión del proceso, bien sea en su fase de cognición, bien en la de ejecución y así se infiere, como ya se ha señalado de los artículos 412 y 413 de la LOPJ, en clara e inequívoca referencia a daños que traigan causa de actuaciones (por omisión o comisión) judiciales, adoptadas en el seno de un concreto proceso, cualquiera de los órdenes jurisdiccionales.

Segundo no cabe desconocer que el artículo 2 de la LOPJ antes citado, en su apartado 2, siguiendo el artículo 117.4 de la CE, establece que: «Los juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, las de Registro Civil y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». Es decir, además de la función excluyente, de ejercitar la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, la ley abre la posibilidad de nuevas funciones: las del desempeño del Registro Civil, y las de atribución legal en los términos antes expuestos. No parece ofrecer duda que la llevanza del Registro Civil por los Encargados implica la adopción de decisiones por el juez, susceptibles de originar daños a los particulares, y adoptadas mediando dolo civil o culpa; en tal caso, se aplicará para el resarci-

miento de tales daños el régimen propio de responsabilidad civil judicial, porque el daño es causado por una actividad desarrollada en tanto que jueces, y por lo perturbador que sería remitir la exacción de esta responsabilidad al régimen común de los demás funcionarios públicos.

Se trataría, en definitiva, de aplicar el artículo 411 poniéndolo en relación con el artículo 405 de la propia LOPJ, que somete a los jueces a responsabilidad penal por delitos o faltas «cometidas en el ejercicio de las funciones de su cargo», siendo así que el cargo de juez lleva como inherente aneja la función de Encargado del Registro Civil.

IV. ASPECTOS PROCESALES

1. *Relativos a la competencia*

Como consecuencia de la subsistencia de los «aforamientos», ofrece este procedimiento la singular característica de que la competencia objetiva es diferente en función de la jerarquía del órgano jurisdiccional causante del daño o perjuicio.

La competencia está atribuida al Tribunal Superior al órgano judicial del que sea titular o esté integrado el Juez o Magistrado, a quien se exige la responsabilidad.

Así pues la competencia objetiva se atribuye:

1. A los Jueces de 1.ª Instancia del partido a que corresponda si se trata de Jueces de Paz (así lo precisa el art. 911 de la LEC).
2. A las Audiencias Provinciales si se refiere a Jueces de 1.ª Instancia e Instrucción, o contra un juez de lo Penal, de Menores, de lo Social³⁰ o de Vigilancia Penitenciaria, prescindiendo de que el juez demandado tenga o no la categoría de magistrado.
3. La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia si la demanda se interpone contra un Magistrado o contra varios Magistrados de la AP (que no sean la mayor parte).

30. El TS en S. de 10-6-95 en base a la economía procesal declaró válido el proceso seguido ante un Juzgado de 1.ª Instancia contra un Juez de lo Social teniendo en cuenta la intervención que ya había tenido la AP correspondiente.

4. La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, actuando como Sala de lo Civil y en única instancia si la demanda se dirige contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una AP o de cualquiera de sus Secciones.

5. La Sala Primera del Tribunal Supremo si se trata de Magistrados de Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo; en este sentido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conoce de las demandas de responsabilidad por hechos realizados en el ejercicio de su cargo dirigidas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, los vocales de dicho órgano de gobierno, los Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas, y los Tribunales Superiores de Justicia (art. 56. 2.º. 3.º de la LOPJ), y la Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes (que son cinco) de Sala y el Magistrado más antiguo y más moderno de cada una de ellas (art. 61.3.º de la LOPJ), conoce de las demandas de responsabilidad civil que se dirijan contra los Presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Sala de dicho Tribunal por hechos realizados en el ejercicio de su cargo.

En cuanto a la competencia funcional se precisa lo siguiente:

1. Contra las sentencias que dicte el TS, tanto por la Sala especial del art. 61 como por la Sala de lo Civil no cabe más que el recurso de súplica que se resuelve por la misma Sala.
2. Contra las sentencias que dicten los TSJ no cabe la casación.
3. Contra las sentencias que dicten las AP cabe la casación.
4. Contra las sentencias que dicten los Jueces de 1.ª Instancia cabe apelación ante la respectiva AP que se admite en ambos efectos.

Con relación a la competencia territorial ésta se atribuye al Juez o Tribunal del lugar de la sede del órgano jurisdiccional donde el juez o magistrado cometió el dolo o culpa o la negligencia, o sufrió la ignorancia inexcusable denunciadas. Se atribuye la competencia al órgano del lugar donde se tramitó el proceso donde acaecieron los

hechos imputados. De los términos imperativos del art. 903 de la LEC se deduce que no es admisible ningún tipo de sumisión.

2. De las partes: la legitimación activa y pasiva

La legitimación es un problema de titularidad jurídica bien sea directa bien sea en representación. El problema se centra quiénes pueden ejercitar la acción de responsabilidad civil judicial.

La legitimación activa viene dada por la concurrencia de dos cualidades: la del perjudicado por la resolución judicial causante del daño (arts. 903 de la LEC y art. 412 de la LOPJ) y la de haber sido parte formal en el procedimiento en donde se ha originado el daño (arts. 906 de la LEC y 413.1.º de la LOPJ).

Así la demanda de responsabilidad civil solamente podrá exigirse a instancia de parte perjudicada o de sus causahabientes. En ningún momento se exige que el demandante estuviere personado en el procedimiento donde se produjo el daño³¹. Tan sólo, quienes hayan sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por una resolución judicial o sus herederos podrán deducir dicha pretensión.

Ahora bien, ¿se exige la condición de «parte procesal» para entablar la acción de responsabilidad civil judicial?

La cuestión es controvertida pues los perjudicados por dicha resolución no tienen porque coincidir necesariamente con las «partes formales» de este procedimiento, sino que habrán de serlo todos los que pudieran verse afectados por los efectos materiales de la cosa juzgada de la resolución que originó la demanda de responsabilidad.

La doctrina no coincide con la jurisprudencia, Fernández Montalvo³² considera que no tienen acción el testigo o el perito que por negligencia judicial se le hayan causado daños y perjuicios, pero sí pueden ser demandantes en el proceso sobre responsabilidad patrimonial del Estado por «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», ya que el artículo 292 de la LOPJ se refiere a

31. TOMÉ PAULE, señala: «Y por tanto el demandado declarado en rebeldía que no compareció a tiempo de poder formular su reclamación está legitimado para reclamar los daños que se le causaron». «Lecciones de Procesos Civiles», Madrid, 1998, pág. 186.

32. FERNÁNDEZ MONTALVO, «La Reforma Procesal Civil», 1992, pág. 184.

«todos los perjudicados». García Manzano³³ propugna conceder legitimación a todos aquellos que puedan resultar perjudicados en el proceso, aún sin haber intervenido en el mismo con la condición de parte procesal. En este sentido estarán legitimados los testigos, peritos, etc., y también los terceros que, sin participar en el proceso, resulten agraviados por la decisión judicial; sin embargo, la jurisprudencia en STS de 21 de abril de 1884 estableció que los daños sólo pueden alcanzar a «las personas que directamente intervienen en el proceso como partes en los juicios o actuaciones de que aquellos (los jueces) conocen».

La postura de la jurisprudencia es criticable pues el tercero no tiene el deber de soportar las consecuencias materiales negativas que le puedan haber traído consigo la resolución; nos parece acertada la postura de Fernando Montalvo: podrán ser demandantes por la vía de la responsabilidad patrimonial estatal. Sin embargo, la necesidad de que se hayan agotado los recursos legales o de que «se haya reclamado oportunamente» durante la sustentación del proceso, establecido por los artículos 906 de la LEC y 413.1.º de la LOPJ, aboga por excluir aquellas partes materiales con la excepción de los «herederos» que en su calidad de «sucesores procesales», están expresamente legitimados por el artículo 903 de la LEC y siempre y cuando el causante hubiere cumplido con los presupuestos del artículo 906 de la LEC.

Legitimado activamente lo estará el Abogado del Estado para ejercitar el derecho de repetición contra el juez o magistrado en el supuesto contemplado en el artículo 296 de la LOPJ³⁴, así como el Ministerio Fiscal, sin necesidad de que ambos órganos colaboradores de la justicia hayan observado los presupuestos que establece el artículo 906 de la LEC.

Asimismo el fenómeno de «pluralidad de partes» en el proceso principal, no tiene porque influir en este nuevo litigio, por cuanto la responsabilidad surge de la infracción de una obligación pública, esto es, que ni los litisconsortes necesarios, ni los facultativos ten-

33. GARCÍA MANZANO, P., «Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados», Revista de la Administración Pública, n.º 117, 1988, pág. 110.

34. STS de 10 de junio de 1994. R. Ar. 4.916.

drán que mantener esta comunidad procesal en el pleito que se promueva en orden a la exigencia de responsabilidad.

Legitimado pasivamente será el pretendido culpable o culpables (responsables).

Puede suceder que corresponda a un juez, a un magistrado o conjunto de magistrados de una Sala que hubieren adoptado la resolución o bien hubieren discrepado, a través de su voto particular³⁵, pues los magistrados que no estén de acuerdo con el sistema de la mayoría, han de formular su voto particular, este voto se publica junto a la sentencia, por lo que el demandante siempre podrá tener conocimiento de quienes han sido los «presuntos autores del daño», así el perjudicado no podrá reclamar al magistrado que ha manifestado su disconformidad con la decisión dañosa adoptada por la mayoría. Los tales constituirán un litisconsorcio pasivo necesario. Así pues existirán supuestos en que no se puede indicar a priori las personas a las que hay que demandar; pues en un caso será un juez, o un magistrado o bien podrían ser sucesivamente los magistrados que hubiera en un juzgado.

En definitiva habrá que demandar a quienes, en cada caso, aparezcan, a priori, como posibles responsables, y la omisión en la dirección de la demanda cualquiera de ellos puede dar origen a la falta de litisconsorcio pasivo necesario, siempre que exista un aparente principio de responsabilidad en cualquiera de los omitidos en la acción.

¿Estarán legitimados pasivamente los causahabientes del juez o magistrado? ¿Es transmisible a los herederos esta responsabilidad? La LEC y LOPJ guardan silencio a este respecto.

Conforme a las reglas del CC debe proceder la posibilidad de transmisión por sucesión «mortis causa» a sus herederos³⁶, y ello es abonado por el carácter transmisible de la responsabilidad civil dimanante del delito.

El fundamento de dicha posibilidad hay que buscarla no en la calidad de las personas, sino en la índole de la pretensión material

35. La doctrina mayoritaria entiende, que debe quedar fuera del proceso el Magistrado que formuló su voto particular frente a la sentencia causante del daño.

36. La Constitución de 1869 insistía en el carácter personal de dicha responsabilidad.

ejercitada, y es lo que justifica también el que estemos en un procedimiento especial.

Podemos decir que la falta de una teoría en esta materia ha sido que el legislador ha tenido un «lapsus» subsanable, por cuanto que son de aplicación las normas generales, por ello estarán legitimados pasivamente.

Conviene precisar aunque sea someramente, el problema que se plantea por la posible cadena de responsabilidades que se pueden originar cuando la resolución dañosa es recurrida y el Tribunal que conoce del recurso la mantiene; es el supuesto que el daño se materializa en una resolución de primer grado, que se confirma en apelación, ¿quiénes son los autores del daño?

Dicho problema suele solucionarse acudiendo a las reglas de la solidaridad, todos aquellos que intervengan en la producción del daño están obligados de forma solidaria al resarcimiento y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido partidaria de la apreciación de la solidaridad en las obligaciones extracontractuales³⁷.

3. De la actividad

Impone el artículo 904 de la LEC: «La demanda de responsabilidad civil no podrá interponerse hasta que quede terminado, por sentencia o auto firme el pleito o causa en que se suponga causado el agravio»³⁸.

Se redactará en forma ordinaria ajustándose a las exigencias del art. 524 de la LEC y con intervención, en cualquier caso, de Abogado y Procurador.

Impone el artículo 906 de la LEC la obligatoriedad de quien entable el juicio de responsabilidad «haya utilizado en su tiempo los recursos legales contra la sentencia, auto o providencia en que se suponga causante el agravio, o no hubiere reclamado oportunamente durante el juicio, pudiendo hacerlo»³⁹.

37. STS de 31 de octubre de 1979, A. 3.462, 29 de marzo de 1.980, A. 1.232, 17 de mayo de 1967, A. 2.423.

38. La LOPJ de 1870, art. 265 es de contenido similar.

39. La LOPJ de 1870 exigía de igual manera este requisito, art. 266: «No podrá entablar el juicio de responsabilidad civil el que no haya reclamado oportunamente durante el juicio pudiendo hacerlo».

Se plantea el problema del «tercero ajeno al proceso principal» (ejemplo puede ser el proceso de tercería de dominio), habrá de estar a lo que dispone el artículo 906 de la LEC, el tercero deberá haber realizado protesta, por medio de recursos o por medio de reclamaciones su disconformidad con el acto, pero a pesar de ello si el tercero no ha realizado la oportuna protesta, si podrá entablar la demanda, lo que sucederá es que la demanda o bien no se admitirá o bien se admitirá recayendo sentencia absolutoria con respecto al demandado con el pronunciamiento en costas que proceda.

Lo impuesto en el artículo 906 de la LEC se justifica porque el ordenamiento tiene previsto un complejo sistema de recursos que está pensado, para subsanar los posibles defectos de las sentencias judiciales. Por consiguiente, el perjudicado, antes de iniciar el procedimiento de responsabilidad civil debe finalizar aquél en el que se halla incurso para, si es posible, obtener de esta forma la reparación del perjuicio. Pero puede ocurrir que, estimado el recurso, el daño subsista, en tal caso podrá entablar la acción para obtener la indemnización.

Es obligado señalar que el agotamiento de los recursos no ha de realizarse indiscriminadamente, sino en la medida en que su utilización sea racionalmente útil para evitar la producción del daño, y es más, si de la utilización de los recursos devolutivos pudiera incrementarse el daño debiera estimarse cumplido este presupuesto con la interposición, contra la resolución, de los remedios de reposición o reforma.

Por «recursos legales» habrá de entenderse todos los previstos en el ordenamiento, excepción hecha del recurso extraordinario de revisión, el cual, dada su naturaleza, no entraña medio de impugnación, sino la interposición de un nuevo proceso.

Reyes Monterreal⁴⁰ considera innecesario tal exigencia procesal, señala que en los supuestos de dolo o culpa del juez no es que se responda de la decisión o del anormal funcionamiento, de los que, como resultado, se sigue un perjuicio, sino de la grave conducta del que decide o de quien ha dirigido el modo de actuar en el proceso.

De ahí que no quepa atacar para nada la resolución recaída y

40. REYES MONTERREAL, J. M.^a, «La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la Administración de Justicia», Madrid, 1995, pág. 93.

que, por ello, se advierta en el artículo 413 de la LOPJ que «en ningún caso la sentencia dictada en el juicio de responsabilidad civil alterará la resolución recaída en el proceso».

En opinión del autor mencionado en el «error judicial» no se enjuicia la actuación de los jueces y en el supuesto de «comportamiento doloso o culposo» no se tiene en cuenta la corrección de la decisión. De este modo sólo en el caso del error judicial tendría sentido el agotamiento de todos los recursos. Es por ello que es natural que tanto la LEC como LOPJ exijan que se entablen los recursos oportunos. Tiene razón Monterreal⁴¹ al afirmar que con la acción de responsabilidad civil de lo que se trata es de valorar el comportamiento judicial, de probar el dolo o la culpa.

En la práctica este presupuesto procesal ha servido para que el TS rechace de plano las demandas de responsabilidad civil⁴².

Su interpretación ha llevado a la jurisprudencia a considerar el carácter subsidiario de la institución y no sólo respecto de los recursos, sino también, respecto de cualquiera otra forma de obtener el resarcimiento.

Pero dicha interpretación es criticable por no decir errónea, puesto que exigir el agotamiento de los recursos, no implica darle carácter subsidiario a la responsabilidad civil judicial; la exigencia obedece a la necesidad lógica de la firmeza de la resolución gravosa, la misma tiene carácter de directa por ser un procedimiento especial que garantiza el derecho al resarcimiento de aquellos que han sufrido un daño judicial.

Por ello, habrá que tener en cuenta que una cosa es que se hayan agotado todos los recursos oportunos y otras que dándose los requisitos del ilícito civil de forma subsidiaria queramos reclamar al juez.

Conviene precisar que el agravio puede producirlo un auto o providencia, para ello se establece «la reclamación judicial previa», que sólo es procedente contra resoluciones interlocutorias, causantes de un perjuicio, puesto que contra las sentencias no existe posibili-

41. Reyes Monterreal, op. cit., pág. 99 y 100.

42. STS de 14 de junio de 1886, STS de 3 de noviembre de 1970, STS de 23 de diciembre de 1988.

dad procesal alguna de hacer valer dicha reclamación (fuera de los estrechos cauces del denominado «recurso de aclaración»).

La reclamación judicial habrá de limitarse a la invocación de los daños y perjuicios que pueda ocasionar, sin enjuiciar su contenido dispositivo, cuyos efectos de la cosa juzgada no podrán ser desvirtuados mediante la demanda de responsabilidad (arts. 293.1.g, 413.2 ambos de la LOPJ, y art. 917 de la LEC).

Si el daño se ha producido con ocasión de un derecho fundamental (art. 24 de la CE) la reclamación habrá también de revestir la forma de «invocación formal del derecho fundamental vulnerado» a los efectos de poder interponer contra ella, en su caso, el recurso de amparo.

4. El plazo

De conformidad con el artículo 413.1.º de la LOPJ «la demanda de responsabilidad civil no podrá interponerse hasta que sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga producido el agravio...», que poniéndolo en conexión con el artículo 905 de la LEC éste es más explícito, señalando «dicha demanda deberá entablarse dentro de los seis meses siguientes al que se hubiere dictado la sentencia o auto firme que haya puesto término al pleito o causa».

Por consiguiente, la acción habrá de ejercitarse dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que se produjo la firmeza de la resolución causante del perjuicio, lo que, y debido a la obligatoriedad del agotamiento de los recursos, sucederá a partir del día siguiente de la notificación de la sentencia⁴³, dictada en segunda instancia o en casación por la que resuelve el recurso devolutivo; así

43. En este sentido el cambio de la jurisprudencia lo marco la STS de 21 de febrero de 1958 seguida de otras como la STS de 6 de abril de 1960, que consideraban que la sentencia devenía firme «si una vez notificada» ya no es posible entablar ningún recurso, o la STS de 4 de abril de 1961, STS de 13 de julio de 1989, STS de 3 de octubre de 1990. Decimos cambio en la doctrina del TS porque anteriormente en sentencias como la STS de 8 de febrero de 1886 consideraba que el plazo contaba a partir de la firmeza de la sentencia o auto firme, y en esta línea estaban otras, STS de 4 de diciembre de 1912, STS de 10 de enero de 1917, STS de 23 de mayo de 1927.

recientemente la STS de 18 de enero de 1995⁴⁴ es ilustrativa, pues señala «el día inicial será aquel en que adquiere firmeza la sentencia o auto que haya puesto término al pleito o la causa», los seis meses por tanto deberán contarse a partir de la fecha de notificación.

Una cuestión importante es la forma de computar dicho plazo, el TS⁴⁵ ha declarado que al estar señalado en meses, y no en días, se aplica la regla del artículo 5 del CC que establece que se computaran de fecha a fecha sin exclusión de los días inhábiles; no son aplicables por tanto los artículos 303 y 304 de la LEC que señala que los plazos empiezan a contarse el día siguiente de la notificación, sin tener en cuenta los días inhábiles, sin embargo hay autores que discrepan en ello. Fernández Hierro piensa que el precepto que debe aplicarse el artículo 1.969 del CC el cual expone que deberá contarse el plazo «desde el día en que pudieron ejercitarse»⁴⁶, lo que sucederá cuando el daño no se concrete en una resolución, por ello lo ideal hubiera sido que el legislador hubiera derogado con la LOPJ el artículo 905 de la LEC y por consiguiente sería de aplicación el artículo 1.968.2 del CC. Por ello se ha criticado la excesiva brevedad del plazo, puesto que el daño puede producirse en el ejecución de la sentencia⁴⁷, (no olvidemos que el plazo para las pretensiones frente al Estado-Juez es de caducidad, y éste es de prescripción, y éste empieza a contarse a partir del día en que pueda ejercitarse).

Sobre la naturaleza de dicha plazo, el artículo 905.2. de la LEC. nos señala su carácter procesal, «transcurrido este plazo quedará prescrita la acción».

En consecuencia dicho plazo es susceptible de «interrupción o suspensión», situación ésta que habrá de estimarse cumplida cuando el perjudicado se vea obligado a realizar los actos previos a la interposición de la demanda. La jurisprudencia del TS considera que tan-

44. R. A. 384.

45. STS de 17 de julio de 1987, R. Ar. 5.798, en la que señala que «no debe excluirse del cómputo el mes de agosto», en esta misma línea, la STS de 3 de octubre de 1990 y la STS de 18 de enero de 1995.

46. FERNÁNDEZ HIERRO, «Responsabilidad...», op. cit., pág. 208.

47. DE LA OLIVA SANTOS, «Jueces imparciales, fiscales 'investigadores' y nueva reforma para la...», 1988, pág. 144.

to el acto de conciliación como la demanda interrumpen la prescripción, pero no las demandas que fueran inadmitidas⁴⁸.

Se trata pues de un plazo de prescripción, lo que resulta congruente con la naturaleza de los plazos de ejercicio de la acción en las pretensiones de condena, y así lo ha entendido nuestra jurisprudencia del TS⁴⁹.

5. Los actos previos

Es preceptivo que con la demanda se incorpore los testimonios acreditativos de la resolución que ha originado el agravio (pero ello no autoriza la inadmisión directa de la demanda a la que no se acompañen, pues el defecto se considera subsanable⁵⁰), testimonios que deben concretarse en los siguientes, de las actuaciones que hayan infringido la ley, del agotamiento de los recursos y de la reclamación previa, así como de la resolución que ha dotado de firmeza el pleito causante del daño (art. 907 de la LEC). El perjudicado, con carácter previo a la interposición de la demanda habrá de dirigirse al Juzgado o Tribunal en donde radiquen tales autos con el objeto de recabar tales certificaciones (art. 908 de la LEC); si transcurridos más diez días sin que se hubiesen entregado al perjudicado tales testimonios, podrá acudir en queja al Tribunal Superior, quién le realizará al inferior las prevenciones oportunas o le reclamará los autos originales (art. 909 de la LEC).

Una vez recabados tales testimonios, el agraviado habrá de presentar su demanda en la forma prevenida en el artículo 907 de la LEC, precisando en que el segundo testimonio que hace referencia el precepto es criticable, puesto que enlaza con el fondo de la cuestión de la responsabilidad civil judicial, dado que lógicamente no se

48. STS de 7 de mayo de 1945, Ar. 669, 9 de noviembre de 1954, Ar. 2.645, 3 de diciembre de 1966, Ar. 5.617, 24 de marzo de 1953, Ar. 1.255 y 6 de julio de 1920.

49. STS de 18 de enero de 1995.

50. STS de 23-12-88 señala que la demanda debe ser considerada como procesalmente correcta aunque no haya sido acompañada con todo rigor formal de todos los documentos reseñados en el art. 907. Se trata de documentos judiciales donde la LEC determina el procedimiento a seguir en el caso de que los testimonios no se entreguen en el plazo de diez días.

podrá exigir unos requisitos de forma para, de esta, manera, mantener unos principios que en el fondo del asunto se crean superados; como también es criticable el número 2 «in fine» del recurso procedente, ya que en muchos casos podría no haber ninguna reclamación o recurso contra la acción de que se trata y, por ende, no puede acreditarse el haberse entablado.

Asimismo por otra parte la demanda, que se ajustará a las exigencias del art. 524 de la LEC y con intervención, en cualquier caso, de Abogado y Procurador, no solamente debe fundarse en el artículo 903 y siguientes de la LEC sino que además en ella debe señalarse taxativamente los preceptos legales o los trámites infringidos según ha manifestado la jurisprudencia⁵¹.

Dicha demanda se presentará en forma ordinaria y dentro del plazo que prescribe el artículo 906 de la LEC. A partir de esta actuación, las normas a aplicar serán las del mayor cuantía (art. 910 de la LEC), mencionando la STS de 10 de junio de 1995⁵² que estimó válido el menor cuantía porque el demandado no hizo valer la excepción de inadecuación del procedimiento.

Debemos destacar que al estar ante una fuente que se encuentra en el Ordenamiento Jurídico Público no cabe la conciliación, impide su disponibilidad (ni siquiera potestativamente); tampoco la transacción, que puede frustrar la función pública que también cumple el particular en cuanto a la consecución de una sentencia que puede servir indirectamente a efectos penales o al menos para fundar una corrección disciplinaria.

6. La Prueba

Debemos tener siempre presente que existen dos vías para exigir responsabilidad civil judicial, la individual o personal del juez (regulada en los arts. 411 a 413 de la LOPJ y arts. 903 y siguientes de la LEC) y la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez (regulada en los arts. 292 y siguientes de la LOPJ), ello se infiere del artículo 297 de la LOPJ, pues conforme al mismo, la existencia de

51. STS de 26 de abril de 1905.

52. R. A. 4.916.

la responsabilidad directa del Estado no «obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados».

En la primera la clave para la estimación de la responsabilidad civil es la existencia o no de culpa, aunque en realidad la carga de la prueba que incumbe al actor no es la de argumentar sobre la culpa o la ignorancia del juez sino sobre la ilegalidad del acto procesal o la inobservancia de algún trámite procesal; pues probados dichos extremos la culpa o negligencia se infiere por mandato legal⁵³. Sin embargo, hoy en muchos supuestos, la víctima del daño ya no tiene que demostrar la existencia de dolo o culpa, sino que es quien causó el daño el que ha de probar que actuó con la diligencia debida⁵⁴.

El problema gira de modo que, para presumir la culpa o el dolo, deberá acreditarse o no la existencia de una resolución manifiestamente contraria a la ley.

En cuanto a la forma de probar estos elementos fácticos, será lo más normal que discorra por la documental aportada; aunque la ley no establece limitación especial alguna en materia de prueba; ahora bien no podrá pedirse juramento decisorio en confesión (art. 1.237 CC).

7. De la sentencia y su ejecución

Cualquiera que fuese su contenido, dicha resolución habrá de respetar la «santidad de la cosa juzgada» de la sentencia pronunciada en el procedimiento del que trae causa el de responsabilidad civil. Así lo disponen los artículos 413.2 de la LOPJ y 917 de la LEC, (la resolución dictada en otro proceso adquirió firmeza y, como consecuencia, hay cosa juzgada, por lo que no puede ser modificada). De esta forma queda claro que con el proceso de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados lo único que se puede obtener es una resolución en la que se fije la indemnización y en la

53. ALMAGRO NOSETE, op. cit., pág. 58.

54. ÁNGEL YAGÜEZ, «Tratado de responsabilidad civil», Madrid, 1993, pág. 126 y ss; DIEZ-PICAZO, L., «Estudios sobre la jurisprudencia civil», Madrid, 1966, T. I, págs. 605 y ss.

que se ordene que se cumpla lo establecido en el artículo 918 de la LEC⁵⁵.

Un juicio de responsabilidad civil no es un juicio de revisión y no se trata para nada de modificar la sentencia anterior aún cuando ésta fuera errónea o injusta sino, solamente, de condenar a una indemnización a quién la hubiere dictado si concurren los requisitos necesarios para la estimación de responsabilidad civil del Juez o Magistrado⁵⁶.

No debemos olvidar que la inalterabilidad de la cosa juzgada hay que entenderla en su acepción estricta, referido a los supuestos en que la responsabilidad civil sea consecuencia de un proceso autónomo sin ulteriores o previas consideraciones jurídicos-penales (en efecto cuando exista responsabilidad criminal se puede intentar «la revisión de la sentencia» y a ello alude expresamente el art. 1.796.4 de la LEC); por ello se dice que el procedimiento que establece la LEC sirve para determinar la llamada «responsabilidad civil autónoma»; pues, por el contrario, si el juez o magistrado ha cometido un delito o falta y de los mismos se ha derivado un ilícito civil, la responsabilidad civil se ventilará en el mismo proceso penal, a no ser que se haga reserva de la acción civil, y por consiguiente se aplicarán las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Téngase en cuenta que si no hay responsabilidad civil, tampoco habrá responsabilidad penal, pero si por el contrario se da la primera puede haber méritos para la segunda, aunque esto no sucederá en

55. Ley de Enjuiciamiento Civil y Leyes complementarias, cuarta edición 1989, comentario a pie del artículo 917, pág. 278.

56. STS de 30 de abril de 1920: «Que la declaración contenida en el art. 917 de la LEC de que, en ningún caso, la sentencia pronunciada en el 'juicio' de responsabilidad civil, alterará la sentencia 'firme' que haya recaído en el pleito o causa en que se hubiera ocasionado el agravio, pone de relieve que el procedimiento en que se ventila la existencia y alcance de aquella responsabilidad, no persigue, la realización de ningún acto que suponga reparación o renovación de lo ya actuado en el pleito de que deriva y, por tanto, que, pese al rótulo del Título VII del Libro II de la Ley procesal, no se trata de un verdadero 'recurso', sino de un procedimiento especialísimo que no tiende a juzgar lo ya sentenciado, sino en la medida indispensable para enjuiciar si el sentenciador incidió, al resolver, en la responsabilidad que trata de exigírsele, pero dejando incólume lo, por aquél resuelto; por ello, sin duda, el texto de dicho Título de la ley titularia no vuelve a emplear el término que consta en su rótulo y se limite a hablar unas veces de 'demanda' (arts. 904, 905, 907, 910, 912, 913, 914, 915 y 916) y otras de 'juicio' (arts. 906, 910 y 912)».

todos los casos. Por ello, si se declara haber lugar a la responsabilidad civil será el Fiscal, como vigilante del cumplimiento de la ley y defensor del interés público, el que tenga que hacer la valoración a fin de poder exigir la responsabilidad criminal ante el Tribunal que corresponda. No obstante, el hecho de que el Fiscal haya entendido que hay méritos para exigir responsabilidad criminal no lleva más que a que se siga un proceso de acuerdo con lo establecido en las normas procedimentales penales, pero será finalmente el Tribunal que dicte la sentencia penal el que, en definitiva, condenará o absolverá según aprecie o la existencia de dicha responsabilidad criminal.

Asimismo se remitirá copia al CGPJ por el si el hecho recogido en la sentencia pudiese ser constitutivo de falta gubernativa.

En cuanto a los efectos de la resolución que se dicte, ésta obviamente podrá ser favorable o desfavorable al actor.

Si ésta fuese desfavorable el único efecto será la condena en costas al actor, pues en materia de costas rige el criterio del vencimiento: «en todo caso, la sentencia que absuelva de la demanda de responsabilidad civil condenará en todas las costas al demandante; y las impondrá a los demandados, cuando en todo o en parte se acceda a la demanda (art. 916.1 de la LEC); en este último caso se remitirá copia literal de la sentencia, autorizada en forma para los efectos que procedan al CGPJ».

El tema de las impugnaciones se encuentra recogido en los artículos 911 a 913 de la LEC.

No existe ninguna especialidad al respecto y el sistema es el siguiente:

Cuando ha conocido la Sala Primera del Tribunal Supremo el proceso es de primera y única instancia, no hay ulterior recurso, por no ser posible contra ella recurrir en apelación o casación.

La Sala de lo Civil y Penal como Sala de lo Civil del TSJ conocerán en única instancia, cabe recurso de casación contra la sentencia que pronuncie.

Contra la sentencia que el Juez de 1.ª Instancia pronuncie procederá el recurso de apelación en ambos efectos para ante la Audiencia Provincial.

Aún cuando la Ley no diga nada al respecto la ejecución puede ser extrajudicial o voluntaria, o bien, forzosa o judicial⁵⁷.

En lo demás se siguen las reglas generales para conseguir el resarcimiento, regulado en los artículos 921, 923 y siguientes, sin ninguna particularidad especial.

V. CONCLUSIÓN

La infracción cometida por el órgano jurisdiccional debe haberse producido por ignorancia o negligencia inexcusable de una ley, no se admite la infracción de la jurisprudencia, ni de la doctrina, ni de la costumbre; es más, debe tratarse de preceptos legales de carácter rígido. Dicha infracción debe ser grave y evaluable económicamente. Así pues el juez o Magistrado no sólo responde por su actuación dolosa sino también culposa grave, referida a la negligencia o ignorancia inexcusable. El Juez tiene la obligación de juzgar sin que pueda alegar la existencia de lagunas, falta de claridad en las leyes, etc. Se considera que el tema de la responsabilidad de los jueces encierra una paradoja: «al juez se le exige inexcusablemente que falle sin que pueda alegar insuficiencia u obscuridad en las leyes para no hacerlo y acto seguido se le exige responsabilidad por la decisión tomada». Si resulta que su decisión es incorrecta, existen los recursos para su subsanación, a no ser que la misma fuera tomada como fruto de un comportamiento culposo o doloso, en cuyo caso estaremos poniendo en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil. Lo que se le exige al Juez no es la exactitud en la decisión, sino el empleo de la diligencia debida al dictarla.

Existe una falta de adecuación de la norma procesal a la LOPJ que ha dificultado la tarea de saber qué precepto está vigente, llenando el tema de derogaciones implícitas parciales, generando serias dudas en los profesionales del derecho que no saben a ciencia cierta cuál es el procedimiento que tiene que seguir para la defensa del derecho que se les ha encomendado. Es imperiosa una modificación

57. Es norma de derecho común, el que la ejecución siempre se producirá, en nuestro ordenamiento, a instancia de parte (art. 919 de la LEC).

al respecto por el legislador unificando procedimientos sin remisiones a otras leyes.

Nuestro legislador ha instaurado un doble procedimiento para exigir la responsabilidad civil personal, el que la LEC ha dispuesto contra el juez o magistrado de forma directa y personal y el que la LOPJ en sede de responsabilidad patrimonial, concretamente en su art. 296 cuando establece el derecho de repetición que tiene el Estado cuando los jueces hayan incurrido en dolo o culpa grave. La LOPJ establece lo que la doctrina denomina «la doble vía»; criticable por prestar a confusión al ciudadano que ha sido víctima de un daño injusto, le confiere un derecho potestativo a elección de elegir cualquiera de ellos, no existe norma legal que prohíba el ejercicio simultáneo de ambas pretensiones del procedimiento administrativo contra el Estado y el civil contra el Juez o Magistrado. La reforma procesal debió abordar la articulación de la responsabilidad de jueces y magistrados con la del Estado conjuntamente.

Con este comportamiento del legislados hace que el Juez o Magistrado cuando en su proceder ha causado un agravio, se vea enfrentado a dos pretensiones que tienen idéntico objeto pero con titulares distintos. Nos referimos al derecho que tiene todo ciudadano que ha sido víctima de un daño injusto haber reparado su patrimonio y que puede ejercitarlo contra el juez directamente y de forma personal. Otra deriva del derecho de repetición que tiene el Estado en caso de error judicial que se hubiese ocasionado por una conducta dolosa o culposa grave; a ello se le suma no sólo la responsabilidad disciplinaria sino que el CGPJ ha instaurado un servicio de información de quejas, denuncias y reclamaciones.

Se censura su conducta con el descrédito que eso conlleva, pues lo que se persigue con el mal denominado «recurso de responsabilidad judicial» es enjuiciar la actuación procesal, el proceder del Juzgador en el procedimiento, mas nunca el cómo ha juzgado. Ello no es óbice para que aquellos jueces que hallan incurrido en agravios injustos sea exigible por la vía procedente ser juzgados por Tribunales de Justicia.

EL MINISTERIO FISCAL EN ALEMANIA

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

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Origen histórico del Ministerio Fiscal en Alemania. — III. Organización del Ministerio Fiscal. 1. El *Generalbundesanwalt* y la Fiscalía del *Land*; 2. Órganos auxiliares del Ministerio Fiscal; 3. Órganos similares con funciones análogas; 4. El Juez investigador. — IV. Principios rectores de su actuación. 1. Principio de unidad; 2. Principio de dependencia jerárquica; 3. Principio de independencia de los Tribunales; 4. Principio de legalidad; 5. Principio de oportunidad; 6. Principio de inmediación. — V. El Ministerio Fiscal en el proceso civil. 1. Su función en las diferentes etapas históricas; 2. Su función actual. — VI. El Ministerio Fiscal en el proceso penal. 1. Breve historia reciente; 2. Naturaleza jurídica de la figura; 3. Funciones en la fase de instrucción; 4. Funciones en el período intermedio; 5. Funciones en el juicio oral; 6. Funciones en fase de ejecución; 7. Otras posibles funciones del Ministerio Fiscal. — Abreviaturas utilizadas.

I. INTRODUCCIÓN»

El Ministerio Fiscal es una figura que dentro de Alemania ha preocupado muchas más veces al poder político que a la doctrina, quizás por no tratarse dicho Ministerio de una figura germánica autóctona, y no contar con ningún tipo de antecedentes arraigados en los procesos de los Estados Alemanes anteriores a la Primera Unificación. Por este motivo, entre otros que analizaremos después, no se entendió en un origen su posición en el proceso alemán, ya que en definitiva, se trataba de una figura importada del derecho francés.

Más adelante, y una vez superados ciertos escollos históricos a los que después nos referiremos, el Ministerio Fiscal se presenta como una figura de nula relevancia en el proceso civil, y sin embargo de capital importancia en el proceso penal, aunque como veremos, a la postre, el carácter vinculante de su intervención material en el proceso depende completamente del criterio del juzgador, que muestra, según encuestas realizadas en aquel país, una total independencia con respecto al resultado de la investigación del Ministerio Fiscal en cuanto al delito a señalar como cometido, y a la pena por él propuesta.

Con el presente trabajo no pretendemos definir minuciosamente la figura del Ministerio Fiscal alemán, ni hacer un estudio completo sobre la misma. Como en casi cualquier estudio sucinto de derecho comparado, sólo podemos tener la pretensión de acercar un poco más a nuestro país las ideas más relevantes y la configuración general de la institución estudiada. Por tanto describiremos únicamente los caracteres especiales de esta figura en los procesos civil y penal alemanes, completándolas con las apreciaciones doctrinales sobre dichos caracteres, que esperamos que puedan suscitar una reflexión aprovechable para la doctrina española estudiosa de la institución analizada.

II. ORIGEN HISTÓRICO DEL MINISTERIO FISCAL EN ALEMANIA

En la etapa previa a la Primera Unificación y en los trabajos preparatorios de la que habría de ser la actual *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), promulgada en 1877, los liberales habían dejado sen-

tir la necesidad positivista de implantar un guardián de la legalidad, es decir una figura semejante a la del *ministère public* francés, siguiendo la tendencia de los legisladores anteriores, que influenciados notablemente por las ideas ilustradas, ya habían trasplantado numerosas características del proceso francés en los diferentes procesos de los Estados Alemanes desde principios de siglo¹. La influencia más fuerte provenía como tantas otras veces de Prusia, que antes de la Unificación había introducido la figura del Ministerio Fiscal, ante las crecientes críticas a la arbitrariedad de los Tribunales prusianos, introducción en la que VON SAVIGNY había tenido un papel importante². Como es obvio, la creación de esta especie de «vigilancia» de los tribunales no había estado exenta de polémica³.

Antes del siglo XIX, el proceso alemán no había conocido realmente una figura similar a la del Ministerio Público. En sus orígenes remotos⁴, el proceso germánico había estado completamente libre de los designios de la Autoridad «estatal». El proceso únicamente había constituido un medio para reparar «en público» la violación del derecho acaecida⁵. Sólo en una época tardía siente el Rey la necesidad de estar de alguna manera presente en estos procesos, designando a un *Graf* (Conde) que asistiera a los mismos con simples poderes de vigilancia, pero sin influencia alguna en la decisión final de la asamblea de vecinos, decisión que proponían los expertos o escabinos. El *Graf* constituyó la institución más parecida al

1. De hecho la figura ya había sido introducida en varios Estados Alemanes antes de la Unificación. De ese modo lo señala CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zum Gegenwart*, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 299, reeditada por Scientia Verlag Aalen en 1971, p. 1. Sobre esta influencia del modelo francés vid. también, GÖSSEL, Karl-Heinz, *Ministerio Fiscal y policía criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho*, Cuadernos de política criminal (n.º 60), 1996, p. 611.

2. Así lo atestigua SCHMIDT, Eberhart, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1983, p. 330, haciendo referencia a la *Pro memoria* que presentaron VON SAVIGNY y UHLEN el 23 de marzo de 1846. Vid. también GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit., p. 622.

3. GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit., pp. 621-622.

4. Téngase en cuenta no obstante que existe poca dosis de acuerdo entre los historiadores procesales en cuanto a los caracteres de ese derecho procesal arcaico. Vid. Al respecto GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El Proceso Penal Alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985, pp. 30 y ss.

5. LENT, Friedrich, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, trad. de la 9.ª ed. de München, 1959 de *Zivilprozeßrecht*, 1962, p. 360.

Ministerio Fiscal implantado en el siglo XIX, aunque lo extraordinariamente limitado de sus funciones, si se compara con las actuales, podría fundar una argumentación en contra de la consideración del *Graf* como un antecedente del Ministerio Público.

A partir del siglo VI, en el período franco, no se introduce ninguna figura similar al Ministerio Fiscal en el proceso, pero se observa de nuevo una voluntad de omnipresencia del Rey, ya que a partir de entonces es él quien nombra a un «Conde-Juez», que no tiene la función de dictar sentencia, sino de representar al Rey en los procesos. La resolución final es de los escabinos⁶, aunque a partir de ahora serán permanentes, y la sentencia ya no la dicta la asamblea.

Como se ve, la idea era que en los procesos hubiera un representante del «Estado» con funciones de vigilancia, pero esto no debe hacer pensar que el *Graf* era un Ministerio Fiscal tal como hoy lo conocemos⁷.

El antecedente más inmediato del Ministerio Fiscal, a pesar de sus profundas diferencias, es el denominado «*Fiskalat*» que existió en algunos Estados Alemanes a partir de la última etapa de la Baja Edad Media. En Brandenburg-Preußen por ejemplo, de desarrollar en el proceso solamente labores de protección de las finanzas del Príncipe, amplió sus funciones con el transcurrir de los siglos, y pasó a velar también, aunque con bastantes idas y venidas, por la justicia y la legalidad en los procesos, para, tras un período de aumento de sus funciones, acabar desapareciendo del ordenamiento jurídico en 1809, fundamentalmente por su enfrentamiento con los órganos jurisdiccionales y su deficiente retribución y organización. Sólo en Hessen existió un «*Fiskal*» con funciones acusatorias en los procesos, al menos desde 1535. A partir de 1748 su intervención se limi-

6. Ver de nuevo GÓMEZ COLOMER, op. et loc. cit., y LENT, op. et loc. cit. Existe discrepancia entre los historiadores sobre el cuándo y el cómo de la introducción de los escabinos.

7. Debemos decir que la historia relatada no es asumida por toda la doctrina. En contra de la realidad de lo expuesto se muestran entre otros, MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro*. Madrid, 1992, p. 25, pues considera que el *Graf* no era órgano de la acusación, pero no puede negarse que representaba al poder real en el proceso, vigilando su adecuación a lo dispuesto por el Rey, es decir, a la legalidad.

tó a los delitos graves, y teniendo una función de parte en el proceso, ejercía la acusación previa orden del Tribunal⁸.

Con estos antecedentes, y a pesar de la recepción por parte de Alemania del derecho procesal anglo-francés ilustrado, no era aún conocida en general por el proceso alemán la idea de ministerio público francesa, puesto que en el resto de Estados Alemanes había imperado el sistema inquisitivo, que obviamente hacía innecesaria la figura de un Ministerio Fiscal⁹ como lo conocemos en la actualidad¹⁰. Sólo en Rheinland, como consecuencia de la ocupación napoleónica, había entrado en vigor el *Code d'instruction criminelle* en 1810, con la consiguiente introducción del sistema acusatorio y, casi podría decirse por tanto, del Ministerio Fiscal.

Por otra parte, durante el siglo XIX la figura del Ministerio Fiscal fue mirada con cierta desconfianza por algunos juristas alemanes, por su similitud con el *Fiskalat* prusiano antes comentado, habida cuenta de su desprestigio final¹¹, y también por el cambio en el sistema procesal que su introducción suponía¹². Baste como testimonio el de MITTERMAIER, el cual, en un artículo publicado en 1863¹³, se planteaba algunas dudas sobre las bondades de la introducción del Ministerio Fiscal en el proceso alemán. Preguntándose sobre el mejor modo de hacer el proceso seguro, rápido y económico, para mejor averiguar quien llevaba la razón, recogía ideas muy arraigadas en la ciencia jurídica alemana sobre que lo mejor era «remitirse a una Abogacía inteligente y libre, con unos jueces de profunda for-

8. Todos estos antecedentes históricos están desarrollados en CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit., p. 2 y ss.

9. CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit., p. 16.

10. De hecho, la derogación de ese sistema inquisitivo era, según algunos autores como KREY, Volker, *Strafverfahrensrecht*, Bd. I, Stuttgart, 1988, p. 134, la razón que estaba en la mente de los liberales cuando propusieron la introducción del Ministerio Fiscal. De esa forma, siempre según el mismo autor, se posibilitaba también la división de poderes de Montesquieu. Sin embargo, vemos a continuación como precisamente la preservación de esa división de poderes fue precisamente una de las objeciones más fuertes que se opusieron a la decisión de encomendar el monopolio de la acción penal al Ministerio Fiscal.

11. CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit., p. 17.

12. CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit., pp. 18-20, resume las fírentes tendencias de la época.

13. Citado por PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, en: «Trabajos y orientaciones prácticas de Derecho Procesal», 1964, nota 17, p. 18.

mación doctrinal y dilatada experiencia pragmática, enteros de carácter e independientes»¹⁴. Llegaba entonces a la conclusión de que el Ministerio Fiscal podía suponer un peligro para los intereses de la justicia civil, sin mejorarla, y que además, iba a suponer un aumento de los costes del proceso.

Sin embargo, creemos que el rechazo a la figura no venía exactamente de la tradición histórica alemana, sino del hecho de introducir un mal entendido representante estatal dentro de los tribunales que podía atentar contra su independencia¹⁵. Temor no tan infundado, en vista de lo que ocurrió en la etapa nazi, a la que nos referiremos después. Se le reprochó al Ministerio Fiscal su origen político, y se llegó a decir, entre otras cosas, que podía representar una ofensa para los Abogados, ya que la introducción del Ministerio Fiscal, se decía, servía para luchar contra los engaños de los Abogados a los Jueces¹⁶.

La posición crítica de la mayoría de autores fue muy dura¹⁷ en los años sucesivos¹⁸, y su influencia alcanzó tanto a la ZPO como a la GVG, ambas de 1877. En el proceso penal la discusión se centró en si era conveniente conceder el monopolio de la acción penal a un órgano dependiente del gobierno¹⁹. Sin embargo, estas críticas no encontraron el calado que cabía haber esperado de su unanimidad, y finalmente se decidió su introducción en los procesos penal y civil²⁰, si bien en este último, y siguiendo el ejemplo de la legislación vigente en Baden y en las antiguas provincias prusianas²¹, con una

14. Traducción de PRIETO-CASTRO, *Construcción dogmática*, cit., p. 17.

15. De hecho, CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit., p. 17, se refiere a estos problemas, pues estima que la conciencia jurídica general quería introducir el Ministerio Fiscal en el proceso penal, pero siempre y cuando que su función estuviera limitada a la acusación, y por tanto, no fuera un defensor de la legalidad, y además que se preservara la independencia de los Tribunales con respecto al Ministerio Fiscal, impidiendo que la jurisprudencia se viera influida por directrices gubernamentales.

16. Misma nota 17 de PRIETO-CASTRO, *Construcción dogmática*, cit., p. 18.

17. ARNOLD, BOMHARD, ENDEMANN, FEUERBACH, PLANCK, etc., citados por PRIETO-CASTRO, *Construcción dogmática*, cit., p. 18.

18. CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit., pp. 34 y ss.

19. CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit., p. 42.

20. De hecho el Ministerio Fiscal, con diferentes formas y matices, ya había sido introducido en la mayoría de Estados Alemanes antes de la Unificación. Vid. CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit., pp. 37 y ss.

21. CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit., p. 58.

regulación taxativa y cerrada de los casos en que podía intervenir el Ministerio Fiscal, no dictando ninguna norma general en este sentido.

Dicha regulación y la subsiguiente evolución histórica la trataremos al hablar del proceso civil²².

III. ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

La organización de la Fiscalía alemana está descrita en los §§ 141 a 152 de la GVG.

Tras proclamar en el primer párrafo citado que cada órgano jurisdiccional deberá tener una Fiscalía, se señala luego en el § 142 la competencia objetiva («material»²³, o «funcional» según otros autores²⁴): Así, se dispondrán en el *Bundesgerichtshof* un Fiscal General Federal (*Generalbundesanwalt*) y uno o varios Fiscales Federales. Los *Oberlandesgerichte* y los *Landgerichte* tendrán uno o varios Fiscales, y en cada uno de esos órganos jurisdiccionales existirá un fiscal jefe (en el caso de los OLG se denomina *Generalstaatsanwalt*, y en el de los LG se le conoce como *Leitender Oberstaatsanwalt*)²⁵. Los *Amtsgerichte* contarán con uno o varios Fiscales o Fiscales leigos del *Amtsgericht*.

En cuanto a la competencia territorial, podrán ejercer sus funciones, según el § 143 GVG, en el territorio en el que el órgano jurisdiccional en el que desempeñan su labor sea competente. No obstante, un Fiscal incompetente en un determinado territorio podrá realizar actos que no pueda llevar a término en el momento un Fiscal competente, si se pudiera derivar peligro por el retraso. En el

22. Para una información mucho más extensa sobre la historia del Ministerio Fiscal desde mediados del siglo XIX puede consultarse, a pesar de su antigüedad, la obra de CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit., *passim*.

23. Traducción de GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal*, cit., p. 480.

24. La traducción «funcional» y no «material», es de MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal*, cit., p. 59. Tenemos que decir al respecto que la expresión alemana es «*sachliche Zuständigkeit*», y que se suele traducir por «competencia objetiva». En cualquier caso la competencia no es en realidad del Ministerio Fiscal sino del órgano jurisdiccional que conoce, ya que la «competencia» del Ministerio Fiscal se determina en virtud de la competencia objetiva por razón de la materia del juzgado o tribunal concreto donde el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones.

25. VOLK, Klaus, *Strafprozeßrecht*, München 1999, p. 15.

ámbito penal también podrá ser habilitado un Fiscal incompetente territorialmente, que investigue un asunto o ejecute una resolución cuyo cumplimiento se extienda por varios territorios ajenos a la competencia del tribunal en el que trabaja, y sea aconsejable que dirija toda la actuación un solo Fiscal. La habilitación se extiende a solicitar el auxilio jurisdiccional de otros órganos, incluso fuera de Alemania.

Las contiendas de competencia territorial las resolverá el Fiscal jerárquicamente superior común a aquellos entre los que se produzca la discusión competencial.

Por su importancia, dedicamos punto aparte al Fiscal General Federal (*Generalbundesanwalt*), y a la Fiscalía del *Land*.

1. El *Generalbundesanwalt* y la Fiscalía del *Land*

El Fiscal General Federal (FGF) es nombrado por el Presidente de la República Federal, a propuesta del Ministro de Justicia, con el consentimiento del *Bundesrat* (§ 149 GVG)²⁶. Es un funcionario político, por lo que si bien no puede ser cesado, si puede serle asignado un «status no-activo». Dirige la oficina del FGF, y le asisten un cuerpo de Fiscales generales, también funcionarios (§ 148 GVG), nombrados del mismo modo que el FGF, y sometidos, igual que él y que el resto de fiscales, a incompatibilidades para ejercer funciones jurisdiccionales (§ 151 GVG), por imperativo constitucional²⁷. Están obligados a ser neutrales y objetivos en su trabajo (§ 160.2 StPO).

Como los demás Fiscales, no pertenecen al Poder Judicial²⁸, y son independientes de él (§ 150 GVG). La relación entre el FGF y el resto de Fiscales del país es jerárquica, pero con una particularidad: Dado que la mayoría de las competencias en materia de justicia

26. Es una cámara de representación territorial. Hay que recordar que la mayoría de competencias en materia de Justicia están asumidas por los *Länder*.

27. REBMANN, Kurt, *La oficina del Fiscal General, su dimensión constitucional y su relación con las distintas ramas del gobierno*, en: «El Poder Judicial en Europa», Ponencias, Tomo I, Tema 4, 1989, p. 503. Vid. también art. 92 GG.

28. Es este un tema discutido por la doctrina, como veremos al hablar del Fiscal en lo penal. Vid. por tanto notas de ese epígrafe.

están atribuidas a los *Länder*, cada *Land* tiene una Fiscalía. La Fiscalía del *Land* no está obligada a acatar las instrucciones del FGF, y este último debe abstenerse de darlas. Sin embargo, como veremos a continuación, está autorizado a participar con exclusión de otro Fiscal en ciertos asuntos de especial importancia para la seguridad o el interés del Estado Alemán, tema ciertamente peligroso, pues el criterio del FGF para decidir sobre la intervención, salvo error nuestro, es discrecional, ya que la «seguridad o interés del Estado» es un concepto jurídico indeterminado.

No obstante, existe una distribución de la jerarquía según las Fiscalías. La sujeción a las órdenes del superior del § 146 GVG viene concretada en el párrafo siguiente. Así los funcionarios de la Fiscalía del *Land* están sometidos al criterio de sus superiores en la propia Fiscalía (§ 147.3 GVG).

Por su parte el FGF y los Fiscales Federales están sometidos a las instrucciones, dirección e inspección del Ministro de Justicia (§ 147.1 GVG). Sin embargo, según REBMANN, que en el momento de escribir su artículo era el propio Fiscal Federal General, las instrucciones no se producen en la práctica, y el clima de independencia y entendimiento con los Gobiernos ha venido siendo muy favorable²⁹.

Por último los Fiscales de la Fiscalía del *Land* están sometidos en consecuencia, y por la distribución competencial antes aludida, al responsable de Justicia gubernamental de la propia Administración de cada *Land* (§ 147.2 GVG).

La competencia del FGF viene detallada parcialmente por el § 142a GVG, precepto que parece casuístico en exceso, que obliga a realizar constantes remisiones, y que además es de carácter estrictamente político como vamos a ver³⁰. En este párrafo se declara que el FGF asumirá las funciones de la Fiscalía de los OLG, cuando estos conozcan en primera instancia, en la vista y resolución de ciertos asuntos descritos en el § 120.1 GVG, que son delitos contra la seguridad interna del Estado³¹, tales como traición a la paz (§ 80 StGB), alta traición (§ 81 a 83 StGB), genocidio, delitos terroristas graves, delitos contra instituciones estatales, etc. No obstante, en to-

29. REBMANN, *La oficina*, cit., pp. 404 y 405.

30. MARCHENA, *El Ministerio Fiscal, su pasado*, cit., p. 61.

31. REBMANN, *La oficina*, cit., p. 499.

dos estos casos podrá asumir la persecución la Fiscalía del *Land*, salvo que el *Generalbundesanwalt* decida llevar por sí mismo la citada persecución.

En los casos del § 120.2 GVG, que remite para su integración al § 74a.2 GVG, se produce un curioso caso de competencia del OLG que será decidida por el *Generalbundesanwalt*. Si este último decide perseguir por su «especial importancia» estos delitos, tales como la delación política³², deportación, o aquellos de igual naturaleza a los descritos en el § 120.1 GVG aunque de menor entidad, la competencia jurisdiccional que correspondería en un principio al LG, pasará al OLG. En estos supuestos, aunque no se diga en el § 142a GVG, se deduce del § 120.2 GVG que también podrá ser competente la Fiscalía del *Land*, si es que el Fiscal General Federal no le sustrae la competencia por las razones ya indicadas. Es más, en el párrafo 4.º del § 142a GVG se obliga a remitir la causa de nuevo a la Fiscalía del *Land*, en caso de que dejare de existir la especial importancia que motivó su asunción por el Fiscal General Federal.

El párrafo 2 del § 142a GVG realiza a continuación un listado de hechos punibles que, investigados por el Fiscal General Federal, si dan como resultado los delitos detallados en este párrafo, tiene el FGF la obligación de remitirlos a la Fiscalía del *Land*, salvo que afectaren a los intereses de Alemania, o considere que deba perseguirlos él «en interés de la unidad del Derecho»³³ (§ 142a.3 GVG). Suponemos que se refiere en este último caso a una especie de persecución ante el OLG, Tribunal Superior del *Land*, en interés de la creación de jurisprudencia, caso en el que se considera necesario que intervenga un órgano superior al LG, como el OLG.

El FGF debe participar, por último, en los procedimientos de *Revision* y *Beschwerde*³⁴ ante la Sala de lo Penal del BGH, Tribunal que como dijimos, es el genuino del FGF. Ante este Tribunal, puede tener dos misiones:

- Actuar como «parte», si la Sentencia del Tribunal inferior es recurrida por él, o bien si el condenado recurre el fallo del

32. Traición o espionaje, en palabras de REBMANN, *La oficina*, cit., p. 499.

33. Traducción de GÓMEZ COLOMER, *El Proceso Penal*, cit., p. 481.

34. No podemos entrar ahora en el análisis de estos dos recursos. Un examen más profundo puede hallarse en ROXIN, Klaus, *Strafverfahrensrecht*, München, 1995, pp. 398 y ss.

Tribunal inferior por estimar que la Sentencia es errónea, por basarse en los cargos asimismo erróneos presentados por el Ministerio Fiscal³⁵.

- Actuar de filtro para la admisión de los recursos de *Revision*, ya que basándose en el § 349 StPO, puede pedir una inadmisión sin entrar en el fondo a la Sala correspondiente del BGH, siempre que la Sala sea unánime en la decisión³⁶.

La intervención del FGF debe ser relevante, según REBMANN, para la interpretación que de la Ley hará el BGH en su sentencia, y para el fallo en cuanto a la valoración del delito y pena o medida de seguridad a imponer³⁷.

Fuera de los Tribunales, el FGF es responsable del Registro Criminal Federal Central, donde se registran todos los juicios penales seguidos en Alemania, y también los seguidos en el extranjero contra súbditos alemanes. Está asimismo al frente del Registro Central de Comercio e Industria de Berlín³⁸.

2. Órganos auxiliares del Ministerio Fiscal

Debemos referirnos ahora a cuatro sujetos que asisten decisivamente al Ministerio Fiscal en su labor de investigación y persecución de los ilícitos penales: el *Bundeskriminalamt*, la *Kriminalpolizei*, los funcionarios auxiliares de la Fiscalía del *Land* y el Juez investigador.

El *Bundeskriminalamt* es el órgano al que normalmente el FGF encarga la investigación de los asuntos de los que él conoce directamente, aunque el resto de cuerpos policiales del país están obligados a asistirle igualmente en su labor³⁹.

La *Kriminalpolizei*, nombre que no necesita traducción, es en

35. Creemos que una cosa u otra ocurrirá con bastante frecuencia, por lo que la función del Ministerio Fiscal, además de la que describiremos a continuación, será casi siempre ésta. REBMANN, *La Oficina*, cit., p. 500.

36. Según REBMANN, *La Oficina*, cit., p. 501, esto ocurre en el 85% de los casos.

37. REBMANN, *La oficina*, cit., p. 501.

38. REBMANN, *La oficina*, cit., p. 499.

39. REBMANN, *La oficina*, cit., p. 502.

definitiva el órgano encargado, *de facto*⁴⁰, de realizar las funciones investigadoras del Ministerio Fiscal, ya que jurídicamente la investigación es una labor exclusiva del Ministerio Fiscal en la que la Policía «colabora». La tarea principal de la Policía es de esclarecimiento, siempre vigilada, y en su caso, ordenada por el Ministerio Fiscal (§§ 161 y 163 StPO), al menos en la teoría⁴¹.

Precisamente el principal problema digno de mención en este punto es el a veces excesivo poder de la policía. La policía hace y deshace al margen del Fiscal, cuya actuación se suele limitar a decidir, tras toda la investigación policial a la que ha sido ajeno, si archiva las actuaciones, o decide ejercitar la acusación⁴².

Sobre los funcionarios auxiliares del § 152 GVG, debe decirse que están sometidos a las órdenes del Fiscal del que dependen. Su nombramiento depende del gobierno del *Land*. Autores como BAUMANN parecen considerar a la Policía como uno de los cuerpos auxiliares que recoge este parágrafo⁴³, lo que nos consta que no es totalmente cierto⁴⁴.

40. GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit., p. 618. KÜHNE, Hans-Kleiner, *Strafprozeßlehre*, Heidelberg, 1993, p. 34.

41. BAUMANN, Jürgen, *Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Derecho Procesal Penal*, Trad. de FINZI a la 3.ª Ed. de *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts. Eine Einführung an Hand von Fällen*. Stuttgart, Berlín, Köln, Mainz 1979, Buenos Aires, 1986, pp. 180 y ss. Sobre las relaciones entre la Fiscalía y la Policía vd. SCHÖNE, *Líneas generales*, cit., pp. 698-700.

42. GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit., pp. 618 y 629, concreta que esta actitud del Ministerio Fiscal sucede en todos los casos, salvo en los casos de criminalidad grave y de delincuencia económica, en los cuales se hace cargo directamente de las investigaciones. Sin embargo, en los casos en que estos asuntos de delincuencia económica han afectado a personajes relevantes de la vida política y económica, se han producido frecuentes archivos que han hecho dudar de la honestidad de algunos Fiscales, y sobre todo de la conveniencia de su dependencia gubernamental. En sentido análogo KÜHNE, *Strafprozeßlehre*, cit., p. 35. Vid. Al respecto MUHM, Raoul, *Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)*, Jueces para la democracia 2/1994, p. 93.

43. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., p. 181.

44. Por datos conocidos por nosotros por medio de propaganda difundida en la RFA para acceder al cuerpo de Policía, no hacía falta haber estado ocupando un órgano público durante dos años para ser policía, aunque sí era obligatorio tener 21 años, como exige el § 152.2 GVG. Parece además difícil que haya policías que no puedan colaborar con el Ministerio Fiscal hasta haber cumplido dos años de servicio.

3. Órganos similares con funciones análogas

Nos estamos refiriendo a los Fiscales legos de los *Amtsgerichte*, o Juzgados que conocen en primera instancia de los casos que no conoce el LG. Sólo pueden ser Fiscales en los *Amtsgerichte* (§ 145.2 GVG), y pueden delegar sus funciones en los *Referendare*, que no son sino licenciados en derecho que habiendo aprobado el primer Examen de Estado para el ejercicio de la Abogacía, están realizando las prácticas previas al segundo examen, que aún deben completar (§ 139 StPO)⁴⁵.

4. El Juez investigador

Aunque obviamente no se trata de un órgano de la Fiscalía, debemos referirnos brevemente a esta figura⁴⁶.

No es un instructor, ya que esa tarea de investigación pertenece en exclusiva al Ministerio Fiscal, como diremos más adelante. Sólo está prevista su intervención en caso de necesidad de adopción de medidas urgentes (§§ 165 a 167 StPO), que luego serán revisadas por la Fiscalía. Interviene también, a instancia del Ministerio Público, en los casos en que este no puede actuar por sí mismo, probablemente por suponer esos casos el ejercicio de la función jurisdiccional, como veremos después. Sobre la intervención del Juez investigador en la fase de instrucción nos pronunciaremos en el epígrafe correspondiente.

IV. PRINCIPIOS RECTORES DE SU ACTUACIÓN

En un trabajo breve como el actual probablemente sobraría una referencia a algunos de estos principios, sobradamente conocidos en el derecho interno. No obstante algunas de sus peculiaridades en la doctrina alemana nos obligan a entrar en su consideración. Por ejemplo, la mayor parte de la doctrina alemana no se refiere al prin-

45. MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal, su pasado*, cit., pp. 59 y ss.

46. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. p. 170.

cipio de imparcialidad como uno de los rectores de su actuación⁴⁷, a pesar de que el § 160.2 StPO se refiera indudablemente al mismo.

1. Principio de unidad

Es este un principio tradicional en la configuración del Ministerio Fiscal⁴⁸. Acoge este principio el § 144 GVG: «*Si la Fiscalía de un Tribunal estuviera compuesta por varios funcionarios, las personas designadas ante el Primer Funcionario serán tratadas como personas sustitutas del mismo; estos últimos estarán autorizados, cuando actúen por él, a desempeñar el cargo del mismo sin necesidad de justificar un encargo especial*».

El Ministerio Fiscal es único, también en Alemania, por lo menos dentro del *Land*. Hay que recordar que debido a la organización federal de la justicia alemana, el FGF deberá abstenerse de dar instrucciones a las Fiscalías de los *Länder*, por lo que no debe sorprender que este principio de unidad del Ministerio Fiscal no haya preocupado tanto a la doctrina alemana como a la española. Suelen limitarse a decir los autores que el Ministerio Fiscal en Alemania es monocrático⁴⁹, y se ciñen a repetir lo que dice el precepto transcrito. Otros⁵⁰ ni siquiera se refieren a él, y se limitan a considerarlo como una característica más del principio de dependencia que a continuación analizaremos.

Se refiere este principio a la unidad de actuación del Ministerio Fiscal dentro del *Land*. No importa quién de los funcionarios de la Fiscalía actúe en un determinado caso. Su actuación será igual de correcta que si hubiera actuado cualquier otro Fiscal.

El fin principal que se persigue con el principio de unidad es la uniformidad en la aplicación del derecho, dentro de la circunscripción del superior jerárquico⁵¹.

47. VOLK, *Strafprozeßrecht*, cit., p. 18, o KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 145-146, se refieren acertadamente en este sentido al principio de objetividad.

48. MARCHENA, *El Ministerio Fiscal, su pasado*, cit., p. 59.

49. PETERS, Karl, *Strafprozeß*, 4.ª Ed., Heidelberg, 1985, p. 166.

50. GERLAND, Heinrich, *Der deutsche Strafprozeß*, Bensheimer, 1927, pp. 107 y ss.

51. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 167.

La unidad de actuación se consigue, en opinión de la doctrina alemana, como consecuencia necesaria del siguiente principio.

2. Principio de dependencia jerárquica

Declara el § 146 de la GVG que «*Los funcionarios acatarán las órdenes de su superior que se refieran al servicio*». A su vez el § 145 GVG dice que los primeros funcionarios de la Fiscalía de los OLG y de los LG pueden asumir el cargo de Fiscal en cualquiera de los Tribunales y Juzgados de su demarcación, y también pueden encargar la labor concreta de un Fiscal a otro, esto es, pueden separar a un Fiscal de un determinado asunto.

Lo declarado en el § 146 se conoce en la doctrina alemana como el derecho de los superiores a dar instrucciones a los inferiores⁵². Este derecho aparece reservado al Ministro de Justicia de la Nación respecto al FGF y a los Fiscales generales, y al Ministro de Justicia del *Land* respecto a los Fiscales que actúan en ese *Land*⁵³. Observamos por tanto el control político de las decisiones de los fiscales. Sin embargo ese derecho a dar instrucciones está limitado por la obligación del Ministerio Fiscal de servir en todo caso a la Justicia⁵⁴, a pesar de las órdenes de sus superiores. Sólo las instrucciones que se refieran a cuestiones de derecho son obligatorias, y deben servir a los intereses del Estado, dentro de la equidad. Nunca deben ser arbitrarias.

El funcionario superior de la Fiscalía tiene derecho a imponer a sus inferiores una determinada interpretación jurídica que él tenga por correcta, pero en realidad se trata normalmente de instrucciones orientadoras. Puede el superior jerárquico, a través de su inferior, introducir en un proceso, por ejemplo, una especial valoración sobre una prueba que el superior estime pertinente. Sin embargo, estaría completamente privada de efectos una instrucción dirigida a introdu-

52. Sobre este derecho, de modo mucho más detallado, KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 152 y ss.

53. MUHM, *Dependencia*, cit., p. 94. Un aclaratorio cuadro sinóptico de esta división propia de un estado federal puede hallarse en KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 151.

54. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 165.

cir una apreciación sobre una prueba aún no realizada, o una instrucción dirigida a impedir la acusación del autor de un delito públicamente notorio, o una instrucción orientada a imponer la acusación a un inocente, o cuando menos no declarado culpable en una resolución judicial⁵⁵.

Con respecto a estas actuaciones del superior jerárquico, no se le exige al inferior una obediencia ciega, sino que tiene total libertad para comprobar la adecuación a Derecho de la instrucción del superior. Piénsese que el inferior, en caso de acatar una instrucción del superior sin comprobar la adecuación a Derecho, dándole ulterior curso, sería responsable penalmente por su actuación, junto con el superior, por ejemplo, del delito de persecución de un inocente (§ 344 StGB), o del delito de encubrimiento en el ejercicio de su cargo (§ 258a StGB).

Las instrucciones sólo tienen efectos en el ámbito interno, por lo que por ejemplo, no tendría éxito una pretensión dirigida a un órgano jurisdiccional, interesando la petición de inadmisión del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, alegando que la interposición de tal recurso contravenía la orden de un superior jerárquico⁵⁶.

Se debate en la doctrina sobre el mantenimiento de este deber de acatar las órdenes del superior, no solamente en el sentido de ejercer la acusación, sino también en el de decretar un archivo⁵⁷. PETERS⁵⁸ está a favor, siguiendo la opinión de LÖWE y ROSENBERG. Sin embargo existe un caso especial, que casi podríamos calificar como de objeción de conciencia. Se cuestiona la doctrina si el Fiscal está obligado a formular la acusación en contra de su convencimiento personal, en caso de recibir una instrucción del superior obligándole a la acusación. La mayoría de la doctrina opina que no existe una obligación semejante, ya que a través de su cumplimiento se estaría faltando a la Verdad y a la Justicia⁵⁹, lo que no resulta aceptable desde ningún punto de vista. Pero debe tenerse en cuenta que siempre quedaría, como apunta ROXIN⁶⁰, la facultad del superior

ex § 145 GVG para sustituir al Fiscal, o para ejercer él mismo la acusación, lo que podría convertir en ineficaz la objeción de conciencia. Por poco ortodoxo en el terreno de los principios que pueda parecer, lo cierto es que el parágrafo citado no impide la sustitución en esos casos.

3. Principio de independencia de los Tribunales

Proclamado por el § 150 GVG, «La Fiscalía será independiente de los Tribunales en el desempeño de sus funciones oficiales». Este principio está derivado tanto de la naturaleza del Ministerio Fiscal como órgano, independiente del Poder Judicial, como de la naturaleza de su intervención en el proceso. Su actuación no puede estar nunca dirigida por los Tribunales, pues sin duda supondría la creación en la práctica de un sistema inquisitivo en el que el Juez dominara el ejercicio de la acusación penal.

Aparte de esto se plantea un problema que planteado por la Sentencia de la Sala 3 de lo penal del BGH de 23-9-1980, ha discutido con frecuencia la doctrina⁶¹: ¿Estará obligado a formular la acusación el Ministerio Fiscal si considera no perseguible una determinada acción u omisión, discrepando lo que diga la jurisprudencia en supuestos análogos? ROXIN opina que no, en aras de la Verdad y la Justicia⁶². Sin embargo, el BGH en la citada sentencia consideró lo contrario en caso de existir jurisprudencia constante, pues, entre otras razones, argumentó que de otro modo se rompería el principio de división de poderes, porque el Ministerio Fiscal podría decidir *motu proprio* si una determinada conducta es punible, y además se infringiría el principio de legalidad, al no respetar el Ministerio Fiscal la uniformidad en la interpretación de la norma realizada por el tribunal de casación, lo que también habría de infringir el principio de igualdad. De todas estas consideraciones nació el problema. No existe en el sistema alemán la vinculación al precedente que conoce el derecho anglosajón, y dado que por tanto la jurisprudencia del BGH puede cambiar con mayor facilidad, desde el derecho español

55. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 165.

56. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 165.

57. MUHM, *Dependencia*, cit., p. 95.

58. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 165.

59. ROXIN, *Strafprozeßrecht*, cit., p. 51.

60. ROXIN, *Strafprozeßrecht*, cit., p. 51.

61. KÜHNE, *Strafprozeßlehre*, cit., p. 39. ROXIN, *Strafprozeßrecht*, cit., p. 51.

62. En el mismo sentido PETERS, *Strafprozeß*, cit., pp. 167 y ss.

no se entendería muy bien por qué no podría un Fiscal, que no es ningún Juez, con su escrito de acusación, instar precisamente un cambio de jurisprudencia, por otro lado necesario si queremos que la jurisprudencia evolucione, o denunciar la inconstitucionalidad de una jurisprudencia⁶³.

La gravedad del problema en Alemania nace en parte a nuestro juicio de que el Ministerio Fiscal sea el único legitimado para el ejercicio de la acción penal. Por tanto, si contrariamente a lo considerado por la jurisprudencia constante estimara que un determinado comportamiento no es punible, podría estar usurpando la función judicial, puesto que no permitiría a los Tribunales juzgar un acto punible, arrogándose una absolución anticipada⁶⁴, lo que es especialmente grave, como decimos, si posee el monopolio de la acción penal. Al contrario, si persiguiera una acción que reiteradamente los Tribunales han declarado como no punible, podría estar incurriendo en ese caso en un delito de persecución de inocentes tipificado en el § 344 StGB, lo cual tampoco deja de ser grave⁶⁵. En cualquier caso no es una cuestión que tenga una solución fácil, al menos en el primer supuesto, teniendo en cuenta que sólo la buena voluntad de un Fiscal superior podría suplir la indebida actuación del inferior. En el segundo supuesto entendemos que una investigación del dolo del Ministerio Fiscal en la comisión de la acción podría despejar las dudas sobre la comisión del delito.

4. Principio de legalidad

El Ministerio Fiscal está sometido al principio de legalidad. Tan pronto como sospeche o conozca de la comisión de un hecho punible, según las leyes, estará el Ministerio Fiscal obligado a intervenir

63. Así lo destaca, KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 142-145, quien además se une totalmente a la doctrina de autores que consideran prácticamente inexistente el vínculo del Ministerio Fiscal a la jurisprudencia, que en caso de existir, si fuera infringido, nunca tendría consecuencias penales para el Fiscal, sino a lo sumo disciplinarias.

64. Vid. Sobre el particular KÜHNE, *Strafprozeßlehre*, cit., p. 39.

65. Este segundo es el único caso en que KÜHNE, *Strafprozeßlehre*, cit., p. 39 entiende que existe un vínculo dogmáticamente aceptable del Ministerio Fiscal a la jurisprudencia, por razones de seguridad jurídica.

y a iniciar la investigación (§§ 152 y 160 StPO). Esta obligación existirá tanto si la *notitia criminis* la adquirió por vía de denuncia de un particular, por vía oficial, o bien incluso por vía de conocimiento privado⁶⁶.

El principio de legalidad es un principio objetivo, sin consideración de a quién se dirige la investigación o la acusación. Sirve a la imparcialidad, a la Justicia y a la igualdad. Debe el Ministerio Fiscal adecuar su investigación a las leyes penales, y debe ajustar su acusación al tipo penal adecuado. La utilización exacerbada del principio de legalidad conduce no obstante a resultados no queridos por el legislador, y a la investigación de hechos, que siendo delictivos, no merecen por diversas razones que se formule acusación contra ellos. Es por ello que este principio está modulado por el principio de oportunidad y sus excepciones establecidas por el legislador, que veremos en el siguiente punto⁶⁷. También debe tenerse en cuenta el dato de que de todas las denuncias que le llegan al Ministerio Fiscal, decreta el archivo en un porcentaje que oscila entre el 70 y el 80% de los casos⁶⁸.

Para comprobar la adecuación de la actuación del Ministerio Fiscal a la legalidad⁶⁹, la actuación del Ministerio Fiscal está sometida siempre a controles internos (§ 147 GVG), y judiciales, como el *Klageerzwingungsverfahren* del § 172 y ss StPO, proceso que cabe iniciar por el ofendido contra la resolución del Ministerio Fiscal de no promover la acción pública. Conoce de dicho proceso el Tribunal superior⁷⁰.

Lo que sin embargo no es revisable es la adecuación a la Constitución de la investigación del Ministerio Fiscal. Así lo ha declarado el BVerfG⁷¹, que considera esta labor como de juicio privado del Fiscal, sobre la que no cabe hacer comprobaciones. Sin embargo

66. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 167.

67. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 171.

68. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 178.

69. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., pp. 60 y ss.

70. Observa SCHÖNE, Wolfgang, *Líneas generales del proceso penal alemán (instrucción, juicio y tendencias de reforma)*, Justicia 1989, p. 692, que este procedimiento ha perdido su importancia, en razón de la ampliación que ha tenido el principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal, y que hace muy difícil el control judicial de sus decisiones en este sentido.

71. Sentencia publicada en NStZ 1984, 228.

considera la doctrina unánimemente, que si en el modo de llevar la investigación aparecen indicios de arbitrariedad, ello debe bastar para interponer un recurso dirigido a obtener protección jurídica por ese hecho⁷².

5. Principio de oportunidad

Como dijimos, este principio recoge genéricamente las excepciones al principio de legalidad, ya que este último aplicado estrictamente es contrario, entre otros objetivos del ordenamiento, al principio de economía procesal, y supondría que deberían perseguirse infracciones no dignas de tal persecución, todo ello a decir de la doctrina alemana⁷³.

No se refiere este principio a la posibilidad de perseguir delitos no tipificados por razones de interés público⁷⁴. Ello iría sin duda en contra del principio de legalidad penal, y específicamente contra una parte de él, el principio de ley previa: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. El principio de oportunidad es sólo una derogación parcial en casos muy concretos, del principio de legalidad. Tampoco se refiere al tema conocido en la doctrina alemana con el nombre de *Diversion*, o posibilidad de renuncia a la continuación de un proceso penal ya abierto. Por el contrario, este principio se refiere a ciertos supuestos en que tanto Fiscales como Jueces, atendidas las circunstancias del caso, deberán archivar el proceso seguido por unas infracciones que están comprendidas en el ámbito de las siguientes excepciones establecidas por la Ley:

— **Delitos de acción privada:** Son los enumerados en el § 374 StPO⁷⁵. Estos delitos serán perseguibles por el ofendido, sin necesi-

72. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 171.

73. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., pp. 61 y ss.

74. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 172.

75. Muy brevemente, son los siguientes:

1.— Allanamiento de morada.

2.— Injurias, si no se dirigen contra una Corporación pública política del 194 StGB.

3.— Violación del secreto de correspondencia.

4.— Lesión corporal.

5.— Amenazas.

dad de ponerlo en conocimiento previamente del Ministerio Fiscal. Sin embargo, ex § 376 StPO, podrá el Ministerio Fiscal ejercer la acción pública por esos hechos, si existiera un interés público.

— **Hechos punibles de escasa importancia:** Aquí sí que entra realmente en juego el principio de oportunidad. Si se trata de una falta (*Vergehen*⁷⁶), y la culpabilidad del autor fuera considerada ínfima, el Ministerio Fiscal, si no concurre el interés público, podrá prescindir de la persecución, con la aprobación del órgano jurisdiccional competente (§ 153.1 StPO)⁷⁷.

Similar es el caso del § 153a StPO, en el cual, previo consentimiento del órgano jurisdiccional competente para conocer del juicio oral, se concede al Ministerio Fiscal la facultad de prescindir provisionalmente del ejercicio de la acción pública por faltas, si al mismo tiempo se obliga al inculcado, bien a que realice una determinada prestación para la reparación de los daños causados, bien a que entregue una cantidad de dinero a una institución de utilidad pública o estatal, bien a que proporcione prestaciones de otro tipo útiles públicamente, o que cumpla obligaciones alimenticias⁷⁸, o a que asista a un seminario sobre circulación vial, todo ello en un plazo que fijará

6.— Daños.

7.— Hechos punibles según la Ley de Competencia desleal.

8.— Hechos punibles según la Ley de patentes, Ley de protección monetaria, Ley de modelos registrados, Ley sobre signos de mercancías, Ley sobre modelos de gusto, Ley sobre derechos de autor, Ley concerniente al derecho de autor sobre obras de las artes gráficas y la fotografía.

76. Tradicionalmente se ha traducido la palabra *Vergehen* por «falta», lo que no debe extrañar teniendo en cuenta la solemne división del § 12 StGB entre *Verbrechen* y *Vergehen*, que tanto recuerda a la *summa divisio* «delitos y faltas». Respetamos esta traducción habida cuenta que el concepto de falta y el de *Vergehen* vienen a ser iguales: El § 12 StGB considera que *Vergehen* son los hechos típicos que están sancionados con una pena privativa de libertad inferior a un año, o con una multa. Por su parte el art. 13 del Código Penal entiende que las faltas son infracciones que la Ley castiga con pena leve. Como se ve en ambos casos se establece la diferencia entre delitos y faltas (o entre *Verbrechen* y *Vergehen*) en función de la respuesta punitiva. La única diferencia real, aparte de la tipología de las faltas en uno y otro código, consiste en que en el *Strafgesetzbuch* no existe un capítulo aparte dedicado a las faltas, sino que las mismas se tratan como correlato a delitos cuyos bienes jurídicos protegidos son idénticos o similares.

77. Sobre la aplicación del principio de oportunidad en este caso argumenta SCHÖNE, *Líneas generales*, cit. pp. 702-703, que puede causar un indeseable clima de permisividad entre la ciudadanía.

78. La Ley no especifica para con quien.

el Ministerio Fiscal. Cumplidas por el inculpado estas prestaciones, se considerará que ha desaparecido el interés público en la persecución de ese delito, y el primitivo inculpado no podrá ser ya juzgado por él.

La finalidad en esta ocasión es decididamente político-criminal, dirigida a conseguir la reeducación del individuo, y la enmienda de la falta.

— **Hechos punibles accesorios no esenciales:** Si la pena o medida de seguridad a imponer por un hecho delictivo no tuviese una importancia considerable en relación con otra que ya hubiese sido impuesta, o se fuera a imponer con seguridad, por otro delito, y tuviere autoridad de cosa juzgada esta segunda, el Ministerio Fiscal podrá abstenerse de la persecución del hecho (§§ 154 y 154a StPO).

— **Víctimas de chantaje:** El Ministerio Fiscal tendrá la facultad de no perseguir hechos punibles de escasa importancia, si una persona que conociese de los hechos amenazare con su descubrimiento al autor de los mismos (§ 154c StPO). En ese caso se podrá perseguir al chantajista por amenazas.

— **Hechos ocurridos en el extranjero:** Encontramos esta excepción en los §§ 153c y 154b StPO. En esta ocasión tiene el objeto de respetar el principio de territorialidad, facilitar el reconocimiento de sentencias penales extranjeras, y favorecer el interés público. El Ministerio Fiscal de propia autoridad podrá abstenerse de ejercer la acción pública por delitos, cometidos fuera de Alemania, o cuya condena ya hubiese sido cumplida en el extranjero, o cuando el inculpado debiere ser extraditado a autoridades extranjeras, o expulsado, o incluso cuando del hecho de la persecución se derivaran graves inconvenientes para el Estado Alemán⁷⁹.

— **Delitos políticos:** En los casos de los delitos políticos enumerados en los §§ 74a.1. 2 a 4 y 120 ap. 2 a 7 GVG, podrá el FGF con el consentimiento previo del OLG, abstenerse de la persecución de los hechos, si hubiere habido arrepentimiento activo que haya ayudado al descubrimiento de los hechos delictivos por parte del inculpado.

En los mismos casos, así como en los delitos de deportación y

delación política (74a 5 y 6 GVG), podrá el FGF, esta vez por sí mismo, abstenerse de la persecución, si ello supusiera grave perjuicio para el Estado Alemán⁸⁰.

— **Resolución de una cuestión prejudicial de carácter penal, civil o administrativa:** El Ministerio Fiscal podrá abstenerse de la persecución de una falta, hasta que no se declare en el juicio civil o administrativo (pendiente cuando debería iniciar el Ministerio Fiscal la investigación) la realidad o no del hecho en que se fundaría la acción pública (154d StPO).

Lo mismo ocurrirá en caso de la persecución de un delito de injurias, si el delito declarado por el injuriante está pendiente de resolución (154e StPO)⁸¹.

Argumenta PETERS que en estos casos debe realizar el Ministerio Fiscal una interpretación restrictiva de la resolución que se dé en el juicio previo, ya que no se debe impedir a un hipotético denunciante la facultad de instar la persecución de hechos no englobados por la sentencia previa. Es más, el Ministerio Fiscal no puede, ni teórica ni prácticamente imponer al denunciante la visión que de esos hechos tuvo la sentencia previa, sino que debe permitir denunciarlos y proceder a la persecución, aunque la versión del denunciante sea diferente a la que dio la sentencia⁸², ya que de lo contrario se estaría favoreciendo una interpretación formalista del proceso que puede ser contraria a la verdad de los hechos. Además se ha de tener en cuenta que esa sentencia previa nunca es penal, y por tanto el órgano jurisdiccional no habrá contado con las amplias facultades que las normas procesales penales le otorgan a él y a sus colaboradores, por ejemplo, para la averiguación de los hechos.

— Por último prevé la legislación alemana que en caso de que jóvenes delincuentes ya estén cumpliendo medidas educativas que se consideren suficientes para los fines político-criminales, no procede-

80. Sorprende a MARCHENA, *El Ministerio Fiscal*, cit., p. 61, esta prerrogativa del Ministerio Fiscal en caso de desventaja para Alemania. Argumenta este autor que esto no hace más que confirmar el carácter omnímodo del que goza el Ministerio Fiscal en Alemania.

81. Entiende PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 176 que en este caso el Ministerio Fiscal no tiene una facultad, sino una obligación.

82. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 177.

79. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., p. 69.

rá el Ministerio Fiscal al ejercicio de la acción pública, incluso sin el consentimiento jurisdiccional (§ 45 JGG).

Nos ha parecido necesaria hacer una enumeración bastante exhaustiva de estos casos, a fin y efecto de entender correctamente la motivación general por la que considera el legislador alemán que debe entrar en funcionamiento el principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal.

Queremos señalar para finalizar, que el principio de oportunidad no es la panacea en relación con el principio de legalidad. Si la aplicación estricta de este último llevaba a una indebida persecución de algunos hechos, la aplicación amplia del principio de oportunidad conduciría sin duda a la desaparición del Estado de Derecho⁸³.

6. Principio de inmediación

Conocida es por todos la significación de este principio en lo que a la Autoridad Judicial concierne. En cuanto a los Fiscales la doctrina alemana ha proclamado a veces indirectamente este principio⁸⁴. Debe señalarse que los Fiscales tienen el deber de asistir a las vistas que se celebren en el procedimiento principal (§ 226 StPO). Si no pueden asistir, interpreta BAUMANN que pueden hacerse sustituir por otro funcionario de la Fiscalía (§ 227 StPO)⁸⁵.

Como siempre que se producen sustituciones de las personas que deberían ejercer las funciones de sus cargos, nos parece peligroso que un Fiscal pueda ser sustituido por otro. Ciertamente es que el principio de unidad del Ministerio Fiscal queda intacto, pero no creemos que sea conveniente que en una vista pueda tomar parte activa un Fiscal que no ha tenido ninguna relación previa con el caso, que no ha llevado en definitiva la investigación, y no puede por tanto defender con la misma vehemencia que el Fiscal primitivo las conclusiones que extrajo de su investigación.

Sin embargo, desgraciadamente, lo dicho no es en realidad tan grave en la práctica, ya que como dijimos, la gran mayoría de las

83. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 177.

84. ROXIN, *Strafprozeßrecht*, cit., p. 51.

85. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., p. 92.

tareas investigadoras están en manos de la policía, y el Fiscal permanece ajeno a ellas. Por consiguiente, en muchos casos la misma relación tendrá en definitiva con el asunto el Fiscal dedicado desde el principio al caso, que el sustituto. Ambos habrán extraído conclusiones del informe policial, igual de disponible para ambos.

V. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO CIVIL

Pocas veces una figura jurídica habrá tenido peor fortuna en el proceso civil alemán. Al margen de la problemática previa a su introducción, antes comentada, es una figura que históricamente ha sido mirada con total desconfianza por los procesalistas civiles alemanes, que siempre han remitido su estudio al proceso penal⁸⁶, incluso cuando todavía el Ministerio Fiscal conservaba competencias en el ámbito civil. Autores de principios de siglo como HELLWIG⁸⁷ solían hablar sólo de ella en los casos en que intervenía efectivamente. Otros como ARENS y LÜKE⁸⁸, no le dedicaron en los tiempos previos a la última reforma ni un solo párrafo.

1. Su función en las diferentes etapas históricas

Ya hablamos en el epígrafe 2.º de las circunstancias de la introducción del Ministerio Fiscal en el proceso civil alemán, comentadas por PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ.

Desde el principio se optó por un sistema de lista cerrada en cuanto a la enumeración de las funciones del Ministerio Fiscal. De ese modo, desde 1877, fecha de promulgación de la ZPO y la GVG, podemos decir que el Ministerio Fiscal podía y en ocasiones debía intervenir en asuntos matrimoniales, en las declaraciones de fallecimiento, de filiación, de incapacitación, y en la resolución de estos

86. ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter, *Zivilprozeßrecht*, cit., p. 142.

87. HELLWIG, Konrad, *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, reimpr. de la ed. de Leipzig, 1912, Scientia Verlag Aalen 1980, pp. 5 y ss.

88. ARENS, Peter/LÜKE, WOLFGANG, *Zivilprozeßrecht*. 5.ª Ed., München 1992.

asuntos por el BGH, entonces *Reichsgericht*, si intervenía el pleno de dicho Tribunal⁸⁹.

Tenía diferentes funciones, unas veces facultativas, otras obligatorias, para preservar el interés general en materias que se consideraran dignas de dicho interés, así como para proteger a los sujetos más débiles en estos procesos⁹⁰. En general, podía el Ministerio Fiscal intervenir en los debates, aportar nuevos hechos y medios de prueba, emitir opinión sobre la resolución a dictar, presentar demanda antes incluso de plantearse el litigio, e interponer recursos⁹¹.

En la época nacional-socialista se amplían las facultades del Ministerio Fiscal. En 1937, por medio del Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas de 29 de Septiembre de 1937, se permitió que el Ministerio Fiscal pudiera instar, por medio de una demanda, a que el reparto de beneficios de los miembros directivos y del consejo de administración de una sociedad anónima, guardara una proporción que respondiera al bien común, teniendo en cuenta los gastos de la sociedad, en favor de empleados o instituciones (77.3 y 98. 4 del reglamento a la Ley)⁹². En 1938 se publica otro reglamento con fecha de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en un recurso dirigido a conseguir la cancelación de hipotecas antiguas. En 1940 sale a la luz un nuevo reglamento de 3 de septiembre sobre la intervención del Ministerio Fiscal en un recurso para la cancelación de deudas antiguas, que intentaba un dirigismo gubernamental sobre la Justicia a través del Ministerio Fiscal, que podía recurrir sentencias firmes civiles para conseguir la cancelación de dichas deudas⁹³.

Llegamos a la época en la que el Ministerio Fiscal más funciones ha tenido, a partir de 1941. La figura que no se había modificado prácticamente desde 1877, cambió a través de la Ley de 15 de Julio de 1941, que facultó al Ministerio Fiscal para poder participar

89. HELLWIG, *System des deutschen*, cit., pp. 5 y ss.

90. Un análisis de las funciones concretas que desempeñaban, puede verse en HELLWIG, *System des deutschen*, cit., ROSENBERG, Leo, *Derecho Procesal Civil*, trad. a la ed. de 1949. Buenos Aires, 1955, p. 146. SCHÖNKE, Adolf, *Zivilprozeßrecht*. Verlags AG. 1938, etc.

91. ROSENBERG, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 562.

92. SCHÖNKE, *Zivilprozeßrecht*, (1938), cit., p. 80.

93. BÜLOW, Arthur, *Die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*. AcP 1949, (XV), pp. 294 y 295.

en todos los asuntos civiles; más concretamente, para «introducir y hacer valer el punto de vista o los intereses generales en el proceso (entiéndase, el punto de vista estatal), y alegar asimismo las circunstancias que, por ese mismo motivo, deban ser consideradas en la decisión final del Juzgador»⁹⁴.

De todas formas lo más polémico con diferencia de esa Ley, fue la llamada revisión extraordinaria (*außerordentliche Wiederaufnahme*), que permitía al Ministerio Fiscal recurrir una sentencia firme en el plazo de un año, «cuando existiesen dudas considerables de hecho o de derecho sobre la corrección de una resolución judicial, y cuando, a juicio del Ministerio Fiscal, fuera necesario un nuevo proceso y sentencia sobre un caso ya juzgado, por ser la resolución firme de especial importancia para la sociedad alemana»⁹⁵. La norma fue criticada duramente entre otros por BÜLOW, a quien aparte de parecerle que provocaba una inseguridad jurídica tremenda a las partes, que no podrían saber cuál era realmente su derecho hasta pasado un año⁹⁶, estimó incorrecta la celebración de un proceso *quasi*-administrativo sobre un asunto civil, en el que por añadidura, las partes primitivas ni siquiera tenían por qué ser oídas; además era un proceso que no servía a los intereses de la generalidad de los ciudadanos, dado que la mayoría de los recursos se inadmitían de plano, y nunca se llegaron a resolver más de un 5% de los asuntos⁹⁷. Era sólo, en definitiva, un instrumento del poder político para atacar ciertas decisiones muy concretas. La ley de 15 de Julio de 1941 fue derogada definitivamente por la Ley de unificación normativa de 12 de Septiembre de 1950, aunque curiosamente muchas de sus previsiones quedaron en vigor en la República Democrática, e incluso fueron reformadas sin suponer un paso atrás en la Ley de 1941, por la Ley de la DDR de 7 de Abril de 1977 sobre el Ministerio Fiscal⁹⁸.

94. «Um die Standpunkt der Allgemeinheit im Verfahren und bei der Entscheidung zu berücksichtigenden Umstände geltend zu machen».

95. «Wenn gegen die Richtigkeit der Entscheidung schwerwiegende rechtliche oder tatsächliche Bedenken bestanden und wenn er wegen der besonderen Bedeutung der Entscheidung für die Volksgemeinschaft die erneuerte Verhandlung und Entscheidung für erforderlich hielt».

96. BÜLOW, *Die Mitwirkung*, cit., pp. 312 y ss.

97. BÜLOW, *Die Mitwirkung*, cit., pp. 308 y ss.

98. JAUERNIG, Othmar, *Zivilprozeßrecht*. 24.^a Ed., München, 1993, p. 47. Un

A partir de la Ley de 1950 se volvió a una regulación parecida a la existente antes del nazismo, pudiendo intervenir el Ministerio Fiscal en los asuntos de matrimonio y derecho de familia, cuestiones de incapacitación, y también en los asuntos de esa naturaleza ante el pleno del BGH, y en las cuestiones sobre el reparto de ganancias en las sociedades anónimas, antes explicadas⁹⁹.

Conforme ha ido pasando el tiempo, el Ministerio Fiscal ha ido perdiendo cada vez más peso específico en el proceso civil, y por ejemplo, LENT, en 1959, ya sólo destacaba la participación del Ministerio Fiscal en asuntos de filiación, matrimonio e incapacitación¹⁰⁰.

2. Su función actual

Sea por la desconfianza a su presencia en el proceso civil, sea por razones de efectividad, hasta hace poco tiempo en el proceso civil alemán el Ministerio Fiscal representaba poco más que una figura decorativa. A lo largo de los años se han ido suprimiendo sus atribuciones. En los procesos de filiación, se le ha sustituido por un representante legal *ad hoc*¹⁰¹. Por otra parte los procesos sobre cuestiones de incapacitación dejaron ya de pertenecer a la jurisdicción ordinaria (los antiguos §§ 645 a 687 ZPO están derogados), por lo que su intervención en dichos procesos es imposible. Por último, hasta la Ley de 4 de mayo de 1998 quedaban en manos del Ministerio Fiscal algunas cuestiones matrimoniales, participando en los procesos sobre nulidad y declaración de existencia o inexistencia de un matrimonio (ant-§§ 631 a 638 ZPO). Con dicha ley se suprimió la intervención del Ministerio Fiscal en esos procesos, atribuyéndose a una autoridad administrativa parte de sus anteriores competencias en dichos asuntos.

estudio más completo de la situación del Ministerio Fiscal en la DDR se puede obtener en PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *El Ministerio Fiscal en Europa*, en: «Temas de derecho actual y su práctica», Madrid, 1977, pp. 383-384, y en la bibliografía allí citada.

99. SCHÖNKE, Adolf, *Zivilprozeßrecht*. Karlsruhe, 1951, pp. 83 y 84. ROSENBERG, *Derecho Procesal Civil*. cit., pp. 145-146 y 538 y ss.

100. LENT, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, cit., pp. 334 y ss.

101. Vid. el § 640b ZPO: «gesetzlichen Vertreter».

Como puede verse, desde la citada Ley de 1998, el Ministerio Fiscal ha desaparecido del proceso civil alemán. Por otra parte parece más adecuado a las circunstancias el hecho de que sea siempre un representante legal o una autoridad administrativa quienes en todo caso se ocupen del menor en los asuntos en que estos intervengan, por el mayor celo y la mayor atención y particularización que esto supondrá para el menor, si dicha atención se compara con la que les suele dedicar el Ministerio Fiscal en la práctica en otros Estados europeos. Además pensemos que el Ministerio Fiscal suele estar dedicado casi con exclusividad a asuntos penales lo que le roba la mayor parte de su atención a las causas civiles. La Ley de 1998 sencillamente ha adecuado la realidad legal a esa realidad material.

VI. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL

Es ésta la sede donde el estudio del Ministerio Fiscal adquiere su importancia. Algunos temas que deberíamos tratar aquí, tales como la organización del Ministerio Fiscal, la elección de sus miembros, o su competencia, ya han quedado descritos en anteriores epígrafes, por lo que a lo dicho en los mismos nos remitimos.

1. Breve historia reciente

Su importación del proceso francés siguió una historia paralela a la relatada en el proceso civil. Lo más destacable de su devenir histórico es el antes y el después de la Nueva Gran Reforma del Proceso Penal de 1974.

Antes de esa reforma el proceso alemán, como a continuación explicaremos, aparecía dividido en tres fases: fase de investigación, período intermedio, y proceso principal. El gran cambio se va a producir en la primera de las citadas fases, la de investigación, ya que antes de la reforma se dividía en dos, una que era conducida por el Ministerio Fiscal en su mayoría, que PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ traduce por diligencias previas¹⁰², y otra que era la instrucción propia-

102. *Ermittlungsverfahren*. PRIETO-CASTRO, *El Ministerio Fiscal en Europa*, cit., pp. 364 y ss.

mente dicha (*Untersuchungsverfahren*, o *Voruntersuchung*), a cargo del Juez instructor. A partir de la reforma el Juez instructor sale casi totalmente de la escena, desaparece la fase en la que él intervenía, y sus poderes pasan al Ministerio Fiscal. Ésta es la situación que estudiaremos a partir de ahora.

2. Naturaleza jurídica de la figura

La naturaleza del Ministerio Fiscal y su posición jurídica son cuestiones que no se hallan completamente resueltas por la doctrina alemana, ya que no se le encuentra una sede adecuada en la cual pueda desempeñar netamente, y sin objeciones dogmáticas, las funciones que le caracterizan. Baste decir que PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, nuestro primer gran estudioso del proceso alemán, calificó ya hace algunos años la situación de «*gran paradoja*»¹⁰³.

Existen serias dudas entre la doctrina, que ha creado tantas tendencias como posibles opciones teóricas existen. No faltan autores que, por ejemplo, consideran al Ministerio Fiscal como un órgano del Poder Judicial¹⁰⁴, aunque autónomo de la Jurisdicción¹⁰⁵. Otros tratadistas estiman que el Ministerio Fiscal es un órgano de la Administración de Justicia, aunque independiente, de manera que no se inscribe ni en el Poder Judicial ni en el Ejecutivo¹⁰⁶. Ambas opciones son criticadas con dureza por GÖSSEL¹⁰⁷, quien con respecto a la primera considera inadecuado mezclar en un solo poder del Estado órganos independientes con órganos dependientes de la Administración de Justicia; y con respecto a la segunda entiende que esa teoría que deja al Ministerio público a medio camino entre dos poderes,

103. PRIETO-CASTRO, *El Ministerio Fiscal en Europa*, cit., p. 368.

104. KLEINKNECHT/MEYER/MEYER-GOßNER, *Strafprozeßordnung*, cit., pp. 1439-1440. WAGNER, *Zur weisungsgebundenheit der Staatsanwälte*, NJW, 63, p. 8.

105. SCHÖNE, *Líneas generales*, cit., p. 694, que sigue la opinión de SCHMIDT, Eberhardt, *Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde*, Monatsschrift für Deutsches Recht, 1964, pp. 629 y ss., y 713 y ss., citado por el propio autor.

106. ROXIN, *Strafprozeßrecht*, cit., p. 50. SCHOREIT, *Comentario al § 141 GVG*, en: «AAVV, Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz», München 1999, p. 2253.

107. GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit., pp. 619-620.

implicando la creación de una suerte de cuarto poder, incompatible con la tripartición estatal. Concluye el citado autor afirmando que el Ministerio Fiscal está encuadrado dentro del Poder Ejecutivo¹⁰⁸.

En lo único que existe cierto acuerdo doctrinal es en la cuestión de que se trata de un órgano¹⁰⁹ o autoridad¹¹⁰ de la Administración de Justicia, dejando a un margen su ubicación teórica en los poderes del Estado. Sin embargo ello no debe hacer pensar que ejerce la función jurisdiccional, pues ésta viene encomendada constitucionalmente a los Jueces (art. 92 GG). Sus resoluciones no tienen efectos de cosa juzgada, y está sometido jerárquicamente a sus superiores. Nunca podría ser por tanto una autoridad judicial.

En lo que hay todavía menos acuerdo es en la posición que el Ministerio Fiscal ocupa dentro de la Administración, y en la relación que el Ministerio Fiscal tiene con la policía. PETERS piensa que el Ministerio Fiscal, además de ser una autoridad de la Administración de Justicia, es una autoridad administrativamente concebida para la persecución penal, en definitiva una autoridad administrativa a la que le incumbe la investigación de los delitos, actividad en la que se equipara con la policía¹¹¹. ROXIN¹¹² opina por su parte que el Ministerio Fiscal no es una autoridad administrativa pura, ya que su actividad no está orientada a las exigencias de la Administración, sino, como los propios Jueces, a la Verdad y la Justicia. Adoptando una postura más práctica opina BAUMANN que al Ministerio Fiscal le corresponde la dirección de la labor policial, aunque en realidad sea la policía la que conduce y lleva a cabo las investigaciones. Por ello, y después de aludir a los autores que han defendido una neta separación entre la policía y el Ministerio Fiscal, y a los que los han considerado completamente unidos¹¹³, se muestra a favor de una posición ambigua en este punto, a medio camino entre una y otra postura.

108. GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit., pp. 620-621.

109. BAUMANN, cit., p. 166.

110. ROXIN, *Strafprozeßrecht*, cit. p. 50, PETERS, *Strafprozeß*, cit. p. 163. Por último, acumulando la configuración como «órgano» a la de «autoridad», KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit. p. 136-137.

111. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 163.

112. ROXIN, *Strafprozeßrecht*, cit., p. 50.

113. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 163.

Para PETERS, como decíamos, el Ministerio Fiscal tiene una doble caracterización, como órgano de la Administración, y como órgano de la Administración de Justicia, siendo este segundo carácter lo que le separa de la Policía. Sin embargo más adelante¹¹⁴ argumenta que como autoridad de la Administración de Justicia, no debe perseguir ningún fin típicamente administrativo, sino que sólo debe servir a la Justicia del caso concreto, acusando o exculpando, cuando proceda. Más adelante considera al Ministerio Fiscal como un órgano puente entre la Policía y la Justicia, y se muestra en contra de la inclusión de aquella en ésta¹¹⁵.

En conclusión, lo único que con seguridad podemos afirmar es que el Ministerio Fiscal es un órgano de la Administración de Justicia, y que sirve a los fines de la Justicia, lo que obviamente no quiere decir que sea un órgano del Poder Judicial. Su posición autónoma con respecto al resto de órganos de la Administración de Justicia es necesaria para la actuación imparcial y tampoco es discutida.

Su separación respecto de la policía es meramente funcional. La policía no puede ejercer la acusación, sólo puede investigar, y el Ministerio Fiscal está facultado para hacer ambas cosas. De todos modos, la inclusión de la policía en la Administración de Justicia, más que un problema teórico, es una cuestión que debe resolver el modelo constitucional de cada Estado.

Personalmente estimamos que el Ministerio Fiscal es la última posibilidad que tiene el Ejecutivo de influir en la función jurisdiccional, sin afectar a la imparcialidad, ya que obviamente el Ministerio Fiscal no debe tener intervención alguna en la elaboración definitiva de la resolución judicial. Se respeta así la independencia del Poder Judicial, pero obligándole a que escuche la opinión del Ministerio Fiscal, a veces de origen gubernamental. Puede no convencer este resultado, pero las funciones del Ministerio Fiscal y su sumisión jerárquica conducen a esta conclusión.

Recordemos para concluir que como decía el FGF, las instrucciones del Ministro al FGF no se habían producido nunca en la

114. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 164.

115. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., pp. 168 y ss, con gráficas expresiones, no toma una postura clara sobre este tema. Se muestra a favor de la modernización de la Justicia, pero en contra de la inclusión, más que de la Policía, de sus métodos, en el Poder Judicial.

práctica. Es importante que así sea, pues una investigación «conducida», puede dar lugar a una resolución judicial errónea realizada por Jueces que confiaron en la labor investigadora del Ministerio Fiscal.

Otra cuestión interesante es si el Ministerio Fiscal actúa como parte en el proceso penal alemán, integrando el contradictorio. En este tema la doctrina parece unánime y contrasta sobremedida con la postura mayoritariamente mantenida por la doctrina española¹¹⁶. A decir de los autores alemanes, el Ministerio Fiscal no es parte en el proceso penal, ya que no persigue ningún interés propio, sino que su única función es contribuir a la averiguación de la verdad¹¹⁷. El hecho de que monopolice la acusación en la fase principal del procedimiento, es una cuestión aparte que analizaremos más adelante. No es parte porque según BAUMANN¹¹⁸, si lo fuera, tendría que estar en una situación de completa igualdad con el acusado, cuando esto no es así, ya que el acusado no tiene ni los poderes investigadores ni las facultades procesales que tiene el Ministerio Fiscal.

La averiguación de la naturaleza del Ministerio Fiscal no es un tema sin importancia. Precisamente de ella depende, por ejemplo, la determinación de si el Ministerio Fiscal es un órgano recusable. ROXIN¹¹⁹, de una forma un tanto enrevesada, considera como principio que debe ser admitida la recusación del Ministerio Fiscal, al ser un órgano que al igual que los jueces, tiene la obligación de perseguir la Justicia y a la Verdad. El problema a partir de ahí consiste en

116. Por todos, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El Ministerio Fiscal*, RDProc. 1979, pp. 643-644.

117. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 164. ROXIN, *Strafprozeßrecht*, cit., p. 50. KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 146-145. Con similares razones, GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit., p. 621. SCHÖNE, *Líneas generales*, cit. p. 694. KLEINKNECHT, Theodor/MEYER, Karlheinz/MEYER-GOßNER, Lutz, *Strafprozeßordnung*, München, 1995, p. 1440. VOLK, *Strafprozeßrecht*, cit., p. 18. Al hilo de la práctica judicial discrepa de esta categorización KÜHNE, *Strafprozeßlehre*, cit., pp. 36-37, quien refiriéndose a su propia experiencia, observa que en la gran mayoría de las ocasiones el Ministerio Fiscal no se comporta como un órgano imparcial, sino que contraviene el deber de objetividad al que está obligado, soslaya con frecuencia las pruebas de descargo, comportándose como un auténtico acusador parcial, más que como un órgano independiente de la Jurisdicción penal, como vimos que le categorizaba parte de la doctrina.

118. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., pp. 53 y ss.

119. ROXIN, *Strafprozeßrecht*, cit., p. 52.

buscar un precepto que pueda fundamentar dicha recusación, y entiendo ROXIN que dicha «recusación» debería proceder previa solicitud en este sentido del acusado al superior jerárquico, que éste podría atender en virtud de la facultad de sustitución del § 145 GVG antes referida. Si denegare la solicitud, ROXIN entiende que dicha denegación se concretaría en un «acto de la administración de justicia», sobre cuya adecuación a derecho resolvería la jurisdicción ordinaria a tenor de lo dispuesto en el § 23 de la EGGVG¹²⁰. Evidentemente, para entender aplicable este último párrafo es imprescindible concebir al Ministerio Fiscal como una autoridad de la Administración de Justicia (*Justizbehörde*), tal y como vimos que lo hacía ROXIN. Sin embargo opina PETERS, que como el Fiscal no es un Juez, sencillamente no es recusable. No obstante es consciente de lo discutible de su opinión, y deja la cuestión en el aire citando doctrina sobre el particular, y una sentencia del BVerfG de 1979, en la que se considera que el hecho de que participe en un proceso un Fiscal parcial, constituye una violación de los principios del Estado de Derecho¹²¹.

Lo que subyace detrás de toda esta polémica, como advierte KREY, es el hecho de que el legislador nunca pensó en que el Ministerio Fiscal hubiera de ser un órgano recusable, habida cuenta de la facilidad con que su superior jerárquico podía sustituirlo si era necesario¹²². Esa idea del legislador ha sido considerada insuficiente

120. § 23 EGGVG. (*Rechtsweg bei Justizverwaltungsakten*).

(1) *Über die Rechtmäßigkeit der Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf den Gebieten des bürgerlichen Rechts einschließlich des Handelsrechts, des Zivilprozesses, der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Strafrechtspflege getroffen werden, entscheiden auf Antrag die ordentlichen Gerichte. Das gleiche gilt für Anordnungen, Verfügungen und sonstige Maßnahmen der Vollzugsbehörden im Vollzug der Jugendstrafe, des Jugendarrestes und der Untersuchungshaft sowie derjenigen Freiheitsstrafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung, die außerhalb des Justizvollzuges vollzogen werden.*

(2) *Mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann auch die Verpflichtung der Justiz- oder Vollzugsbehörde zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes begehrt werden.*

(3) *Soweit die ordentlichen Gerichte bereits auf Grund anderer Vorschriften angerufen werden können, behält es hierbei sein Bewenden.*

121. PETERS, *Strafprozeß*, pp. 164-165.

122. Recordando estos antecedentes legislativos, KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 162.

por casi toda la doctrina, y de ahí han surgido intentos como el de ROXIN de encontrar un apoyo legal a la existencia de la recusación¹²³. La problemática sigue abierta en la actualidad.

3. Funciones en la fase de instrucción

El Ministerio Fiscal tiene conferida en exclusiva la dirección de la investigación previa a la celebración del juicio¹²⁴. Las funciones del Ministerio Fiscal en esta fase se pueden dividir en tres categorías:

— Tramitación de las denuncias y solicitudes penales¹²⁵ que le sean presentadas, de manera oral o escrita (§ 158 StPO).

— Dirección y colaboración en el procedimiento de investigación, realizando las actividades oportunas (§ 160 y ss StPO). Dichas actividades serían por ejemplo tomar declaración a testigos y peritos, u obligarles a comparecer y declarar (si la declaración ha de ser jurada hace falta el concurso del Juez) (§ 161a 1 StPO). Otra de estas actividades podría ser forzar la comparecencia del imputado, aunque naturalmente sin obligación de declarar (§ 163a.3 StPO).

— Realizar aquellas actuaciones urgentes cuya demora pueda frustrar su finalidad:

Se trata de medidas de naturaleza coercitiva, para cuya adopción es precisa siempre la aprobación judicial. Entre ellas está la de-

123. Apoyo legal el del § 145 GVG que KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit. p. 163, considera «infecundo», por no fundar una obligación de recusación del Ministerio Fiscal, sino una mera facultad. Vid. *ibidem* para un extenso y detallado resumen del resto de intentos doctrinales para encontrar una solución *de lege data* al problema.

124. GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit., p. 627. SCHÖNE, *Líneas generales*, cit., p. 693. De manera similar KÜHNE, *Strafprozeßlehre*, cit. p. 32.

125. Es la traducción de *Strafanträge* de GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal*, cit., pp. 148 y ss, que desde luego es más descriptiva y literal que la tradicional de «querella», ya que el *Strafantrag* no es estrictamente una querella en el sentido dado a esta palabra por nuestra legislación procesal penal. Al contrario, el *Strafantrag* se correspondería con la querella en los delitos privados y semipúblicos sólo de forma muy parcial si se tiene en cuenta su contenido, en el que no podemos entrar en este momento. Vid. Al respecto por todos, PETERS, *Strafprozeß*, cit., pp. 194 y ss. y 529 y ss., donde se detallan las diferencias existentes entre la *Anzeige*, el *Antrag auf Strafverfolgung*, y finalmente un subtipo de este último, el *Strafantrag*.

tención provisional, si concurrían los presupuestos para haber dictado una orden de prisión (§ 127.2 StPO), o la detención de las personas que perturbaren en un momento determinado una actuación de investigación (§ 164 StPO), o el establecimiento de puestos de control para asegurar, por ejemplo, una captura urgente (§ 111 StPO), o el secuestro, la orden y ejecución del embargo (§§ 98 y 111c-1 StPO), o la ordenación del secuestro de una obra escrita (§ 111n StPO). Sin ánimo de exhaustividad otras son la intervención de correspondencia (§§ 99 y 100 StPO), el registro en lugar cerrado (§ 105.1 StPO) o de personas y cosas, inspecciones corporales del imputado (§ 81a. 2 StPO) u otras personas relacionadas con el delito (§ 81c. 5 StPO) o la intervención de comunicaciones telefónicas (§ 100b. 1 StPO).

Las facultades están completamente tasadas de acuerdo con el principio de legalidad que rige las normas penales y procesales, y no podrán ser ampliadas en ningún caso¹²⁶. Como ya se dijo, el *Ermittlungsrichter* no tiene facultades investigadoras. Sólo en casos de urgencia en que no pueda acudir al Ministerio Fiscal por la premura de tiempo, el Juez podrá ordenar diligencias de investigación¹²⁷.

4. Funciones en el período intermedio

La función del Ministerio Fiscal en esta fase es muy concreta. Según el § 170 StPO deberá el Ministerio Fiscal promover la acción pública dependiendo de si de la investigación surgen suficientes motivos para ejercitarla.

Su actuación en esta fase debe limitarse a presentar el escrito de acusación ante el órgano jurisdiccional, siempre que lo considere oportuno en cumplimiento de la legalidad. Con anterioridad a ese momento, el § 163a StPO, le obliga a disponer un trámite de audiencia al imputado, a fin y efecto de que éste pueda ejercitar debidamente su derecho de defensa, pudiendo proponer pruebas que con-

126. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., pp. 170 y ss.

127. § 165 StPO [Richterliche Nothandlungen] Bei Gefahr im Verzug kann der Richter die erforderlichen Untersuchungshandlungen auch ohne Antrag vornehmen, wenn ein Staatsanwalt nicht erreichbar ist.

duzcan a su exculpación. Si tras la celebración de dicha audiencia el Ministerio Fiscal continuara convencido de la culpabilidad del imputado, presentará definitivamente el escrito de acusación. Reiteramos que el sostenimiento de la acusación es potestad del Ministerio Fiscal, ajustándose siempre a la Ley, y considerando las posibles causas de excepción a la persecución que tratamos más arriba¹²⁸.

La decisión final sobre la apertura del proceso principal corresponde al órgano jurisdiccional, pudiendo éste denegarlo por medio de auto. El auto es impugnabile a través de la *Beschwerde* por el Ministerio Fiscal, si la no-apertura obedeció a un vicio procesal (206a. 2 StPO) o a motivos de fondo, o si el Juez o Tribunal competente lo remitió a otro órgano jurisdiccional diferente, en contra de la opinión del Ministerio Fiscal.

5. Funciones en el juicio oral

El Ministerio Fiscal deberá estar siempre presente en el juicio oral (literalmente «fase o vista principal» (§ 226 StPO)). Las funciones que al Ministerio Fiscal se le otorgan en esta fase no son más que expresión del principio acusatorio que rige el proceso penal. Existe por tanto la lógica división de las funciones procesales, y por tanto, ya que el Juez no puede acusar, esa función se le encomienda a un órgano independiente del Juez, que no es otro que el Ministerio Fiscal. Se busca con esta división una protección del acusado¹²⁹.

Dictado el auto de apertura del juicio (vista principal), y en caso de que éste contenga una calificación diferente con respecto al escrito de acusación, o difiera en la elección del órgano jurisdiccional competente, o en cualquier otra cuestión, el Fiscal deberá modificar convenientemente su escrito de acusación para la vista (§ 207.3 StPO).

En la vista principal, y tras la mención de la causa (*Aufruf der*

128. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., pp. 174 y ss.

129. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., pp. 56 y ss.

Sache)¹³⁰ por el Juzgador (el Presidente si se trata de un tribunal) y el interrogatorio del acusado sobre sus circunstancias personales, el Fiscal leerá el escrito de acusación redactado conforme al auto de apertura¹³¹. Se intenta con esto que el acusado esté informado en todo momento de la acusación para facilitar sus posibilidades de defensa. Lo dicho es expresión del llamado «monopolio de la acción penal» del Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal es el único encargado de representar la acusación en esta fase (§ 243.3 StPO)¹³².

Prácticamente concluye aquí la actuación «oficial» del Ministerio Fiscal. La dirección de la vista principal está a partir de ese momento a cargo de los Jueces. El Ministerio Fiscal participará en los debates de forma similar al defensor, lo que es expresión del principio de igualdad en el proceso, aunque la doctrina alemana no considere al Fiscal como parte. Tiene derecho a efectuar declaraciones después del interrogatorio del acusado y después de cada una de las pruebas, declaraciones por otro lado, que no podrán avanzar el informe que se realiza al final de esta fase, antes de dictar sentencia y

130. Entendemos que aunque esta traducción del citado formulismo sea etimológicamente menos literal, es superior a la de «invocación de la causa», o incluso a la literalmente más correcta de «llamada de la causa» que realizó GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal*, cit., p. 359, del § 243 StPO, o a la de «anuncio formal de la apertura del caso» que realiza SCHÖNE, *Líneas generales*, cit., p. 703, por ser excesivamente extensa, pese al ajuste a la realidad de la expresión, o incluso a la de «apertura de la sesión» («*se abre la sesión*»), que probablemente fuera la más fiel desde un punto de vista semántico. La acepción de «mención» que empleamos (recuerdo o memoria que se hace de una persona o cosa, nombrándola, contándola o refiriéndola), se ajusta mejor al sentido de la expresión alemana que cualquiera de las acepciones admitidas de la palabra «invocación» (de «invocar», Llamar uno a otro en su favor y auxilio. Acogerse a una ley, costumbre o razón; exponerla, alegarla). Piénsese además que nuestra tradición procesal no conoce una expresión similar aparte de la indicada, razón de su inexistencia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo cual no se puede tachar esta traducción de barbarismo, siendo necesario construir una expresión nueva. Por ello proponemos la de «mención».

131. GÓMEZ COLOMER realiza en este punto una traducción del § 243 StPO y se refiere a la lectura de la «frase de acusación» por el Fiscal. Creemos que podríamos hablar simplemente de «la acusación», pues el Fiscal se limita a exponer el contenido del escrito de acusación, haciendo apreciaciones sobre el auto de apertura.

132. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 178. KREHL, Christoph, *Comentarios*, en: «LEMKE, Michael/JULIUS, Karl-Peter/KREHL, Cristoph/KURTH, Hans-Joachim/RARTENBERG, Erardo Cristoforo, *Strafprozeßordnung*», Heidelberg, 1999, p. 587. VOLK, *Strafprozeßrecht*, cit., pp. 14 y 17.

de tomar el acusado la última palabra (§ 257.1 StPO). Este informe está dirigido a fijar y clarificar los puntos en los que se deberá basar la decisión judicial. También se permite y es conveniente una declaración del Ministerio Fiscal sobre la pena a imponer¹³³. Ex-puesto el informe, tendrá el Fiscal derecho a réplica tras oír el informe del defensor (§ 258 StPO).

No se podrá dictar ninguna resolución, ni en la vista principal ni fuera de ella, si antes el Ministerio Fiscal no ha sido oído sobre cada particular, en forma oral o escrita (§ 33.1 y 2 StPO).

Estas son las facultades del Ministerio Fiscal en la vista¹³⁴. Se discute sin embargo si el órgano jurisdiccional tiene potestad para obligar al Ministerio Fiscal a ajustarse a la ley en el informe de las conclusiones, y en el resto de sus funciones en la vista¹³⁵. El problema es el siguiente: ¿Qué ocurre, por ejemplo, si el Ministerio Fiscal se niega a realizar el informe, por estimar que se han producido vicios procedimentales, y en consecuencia, se debe repetir el proceso?¹³⁶. El órgano jurisdiccional no puede dar órdenes al Ministerio Fiscal en este sentido, ya que es independiente del poder judicial, y las facultades de dirección y control del proceso por parte del Juzgador se limitan a cuestiones procedimentales, en lo que al

133. PETERS, *Strafprozeß*, cit., pp. 179 y ss.

134. Por experiencia propia en los *Amtsgerichte* de Colonia y Munich, podemos testimoniar que el Ministerio Público realiza un escaso uso de todas las facultades descritas. En la vista se observaba una total colaboración del Ministerio Fiscal con el Juez, y bien parecía que previamente hubieran repasado juntos los casos. El Juez llevaba, como es lógico, toda la dirección de la vista. El Fiscal generalmente no realizaba apreciaciones especiales, y las que hacía no solían estar cargadas precisamente de vehemencia, por lo que escasamente influía en el acusado, aunque mucho menos en su defensor o en los testigos. El que sí acostumbraba a actuar muy activamente, tratando de preguntar y averiguar lo más posible, es el Juez. El Fiscal se limitaba a leer la acusación (venía a tardar entre unos veinte segundos y un minuto), y al final emitía su informe sobre la vista, que solía reproducir lo dicho en un principio. Prácticamente con estas dos actividades concluía su actuación más destacable. La aportación de pruebas solía también por cierto resumirse en ese primer informe inicial, lo que puede parecer sorprendente.

135. Vid. PETERS, *Strafprozeß*, cit., pp. 178 y ss, donde el citado autor realiza una amplia investigación doctrinal sobre este punto.

136. Caso real resuelto por el OLG de Düsseldorf, NJW 63, 1167. El OLG se decidió por la obligatoriedad del informe del Ministerio Fiscal sobre el fondo, a pesar de los vicios procedimentales, ya que estos deben ser declarados por el órgano jurisdiccional, no por el Fiscal, que sólo puede denunciarlos.

Ministerio Fiscal se refiere. No podría por consiguiente obligarle a emitir el informe. En el mismo sentido se discute si el órgano jurisdiccional puede obligar al Ministerio Fiscal a no realizar o retirar ciertas manifestaciones de su informe, o de sus intervenciones en la vista, en cuanto sean inconducentes, capciosas o sugestivas. Existe poca jurisprudencia sobre estos asuntos. Acerca del tema del informe y su obligatoriedad, por ejemplo, la jurisprudencia obliga al Ministerio Fiscal a realizar un informe sobre el fondo, a pesar de existieran en su opinión vicios formales, que también, no obstante, deben ser denunciados¹³⁷.

Sobre su actuación en la vista, piénsese en la importancia de las manifestaciones del Ministerio Fiscal tras la declaración de un testigo, en orden a influir al Juzgador o al propio defensor para articular su estrategia. PETERS concluye que es difícil controlar la actuación del Ministerio Fiscal en este tema. Después de apelar a la objetividad de la actuación del Ministerio Fiscal, acaba dando como única posibilidad la prescrita en el § 176 GVG sobre policía de estrados. Interpretando ampliamente esta norma, el Juez, o el Presidente del Tribunal que conociera, dentro de su función de mantener el orden, podría cortar estas intervenciones impertinentes del Ministerio Fiscal. Sin embargo la discusión está, como hemos dicho, en que ello podría atentar contra el principio de independencia del Ministerio Fiscal con respecto de los Jueces y Tribunales proclamado en el § 150 GVG.

Cierto es que el Ministerio Fiscal puede «portarse mal» sin temor a reacciones del órgano jurisdiccional, pero no es menos cierto que el Juzgador también es libre al tomar su decisión, y al haber estado presente en la vista, puede determinar cuál ha sido la influencia real del Ministerio Fiscal en toda esta fase, y puede dictar en consecuencia una resolución alejada completamente de los criterios del Ministerio Fiscal. No obstante, sigue siendo peligrosa la actuación tan libre del Fiscal, ya que si bien esta libertad contribuye a la averiguación de la verdad, podría no ser así en todos los casos.

Hay que replantearse la función del Ministerio Fiscal, averiguando hasta qué punto le está permitido utilizar su especial posición dentro de la proceso para tratar de influir en la labor y deci-

137. Ver nota anterior.

sión judicial¹³⁸. No se puede negar, con todos los respetos y por mucho que se discuta, que no hay igualdad por lo menos fáctica, entre el Ministerio Fiscal y el defensor. Por ello deben poner los Fiscales todo el celo posible en lograr la objetividad de su actuación.

Por último, puede el Ministerio Fiscal interponer recursos (art. 296 y 301 StPO). BAUMANN entiende que ese poder tiene que ser en ocasiones un deber si el recurso ha de favorecer al acusado. En este caso, si el Ministerio Fiscal quisiera desistir del recurso, debe contar con el consentimiento del acusado (§ 302 StPO). Rige por lo demás la prohibición de *reformatio in peius* en casación (§ 358 StPO) para la resolución de los recursos presentados por el Fiscal¹³⁹.

6. Funciones en fase de ejecución

Esta es la última fase en la que la Ley prevé que el Ministerio Fiscal puede intervenir.

Según el § 451 StPO, el Ministerio Fiscal es autoridad de ejecución, y no tiene limitada su función en razón del llamado principio de territorialidad, es decir, puede realizar actividades de ejecución de resoluciones penales aunque las mismas deban ejecutarse fuera del partido judicial del órgano jurisdiccional en el que realice su función. BAUMANN califica de desacertada esta facultad del Ministerio Fiscal, habida cuenta de que provoca que la ejecución se lleve a cabo por un Fiscal demasiado alejado del lugar de cumplimiento de la condena. La doctrina aboga por la creación de órganos especiales para estos menesteres¹⁴⁰.

Tendrá que oírse al Ministerio Fiscal en todas las decisiones judiciales sobre modificación o suspensión de la pena, o incluso abstención de la imposición de la pena. Se está pensando entre otros,

138. PETERS, *Strafprozeß*, cit. p. 180. No dice PETERS nada sobre esta situación de privilegio del Ministerio Fiscal con respecto al resto de participantes en la vista. Sin embargo se refiere a la cuestión de si el Ministerio Fiscal podría utilizar en la vista medios de prueba, que exciten la sensibilidad de los Jueces, y que en definitiva pueden afectar a su decisión final.

139. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., pp. 176 a 178.

140. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., pp. 178 y ss.

en casos de abstención por extradición del condenado (§ 456a StPO), o aplazamiento de la pena por enfermedad mental del condenado u otras enfermedades que pongan en peligro la vida del condenado (§ 455 StPO), o por los perjuicios económicos que la pena privativa de libertad ocasionaría a la familia del condenado (§ 456 StPO). También puede producirse dicha abstención de ejecución de la pena por razones organizativas, por ejemplo por superpoblación de centros penitenciarios (§ 455a StPO)¹⁴¹. Asimismo, tiene el Ministerio Fiscal la facultad de decidir sobre las condiciones de pago que se impondrán al condenado para el cumplimiento de una condena pecuniaria «normalmente para facilitar dicho pago», y también para decidir sobre la imposición de una pena privativa de libertad sustitutoria en caso de no pagar la pena pecuniaria (§ 459a y e StPO).

Destaca BAUMANN por último, y dentro del proceso de ejecución, la posibilidad que posee el Ministerio Fiscal de dictar una orden de detención si el condenado no se presentare a la citación realizada por el propio Fiscal. Dicha detención puede ordenarse sin el concurso del órgano jurisdiccional (§ 457 StPO).

7. Otras posibles funciones del Ministerio Fiscal

Parte de la doctrina considera conveniente que el Ministerio Fiscal pudiera emprender por sí mismo diligencias tendentes a la prevención de delitos. Dado que el Ministerio Fiscal, como investigador, es el que mejor conoce los hechos delictivos y sus autores, debería también poder tomar medidas en orden a la prevención de nuevos hechos punibles.

Sin embargo, como dijimos antes, la investigación está en la práctica en manos de la Policía, y mucho nos tememos que si estas actividades de prevención debieran partir del Ministerio Público, con toda probabilidad partirían de la propia policía, lo que no parece deseable. No hay que desdeñar no obstante esta posibilidad planteada por PETERS¹⁴², siempre y cuando se produjera en la investigación

penal una labor más activa del Ministerio Fiscal, y que por tanto controlase en mayor medida la actuación policial.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BGH:	<i>Bundesgerichtshof.</i>
BVerfG:	<i>Bundesverfassungsgericht.</i>
DDR:	<i>Deutsche Demokratische Republik.</i>
FGF:	Fiscal General Federal (<i>Generalbundesanwalt</i>).
GG:	<i>Grundgesetz.</i>
EGGVG:	<i>Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.</i>
GVG:	<i>Gerichtsverfassungsgesetz.</i>
JGG:	<i>Jugendgerichtsgesetz.</i>
LG:	<i>Landgericht.</i>
OLG:	<i>Oberlandesgericht.</i>
StGB:	<i>Strafgesetzbuch.</i>
StPO:	<i>Strafprozeßordnung.</i>
ZPO:	<i>Zivilprozeßordnung.</i>

141. BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit., pp. 178 y ss.

142. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 181.

**LA REGULACIÓN DEL RECURSO DE
REPOSICIÓN EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO
LABORAL TRAS LA PUBLICACIÓN DE LA
LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE
8 DE ENERO DE 2000, NÚM. 1**

JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA¹
Profesor de Derecho Procesal

SUMARIO:

I. Concepto, naturaleza y fundamento. — II. Normativa reguladora del recurso e incidencia de los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de enero de 2000: el criterio restrictivo del acceso a la Suplicación del auto resolutorio de la reposición. — III. Elementos: Partes y Órgano jurisdiccional. Materias no susceptibles de reposición. — IV. Substanciación vigente. — V. Sustanciación del remedio de reposición en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

1. Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

1. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO»

Es costoso hallar una definición del calificado por el legislador recurso de reposición si, como veremos, el propio enunciado del objeto se encuentra defectuosamente construido.

Esa dificultad la hayamos en algún autor que atendiendo a criterios materiales, lo refiere como aquel interpuesto contra providencias y autos². Efectivamente, tampoco el elemento finalista del mismo, impugnar una resolución judicial que resulte desfavorable es idóneo para su identificación. Lo que es pacífico en la doctrina son dos notas que integran el concepto de recurso:

1.— Es un medio de impugnación que es resuelto por el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución.

2.— Únicamente es interpuesto contra resoluciones interlocutorias de conformidad al aforismo de derecho común recogido en las Partidas *judex ab interlocutorio discedere potest*.

Guasp, ha definido el recurso de reposición como la especial pretensión de reforma de una resolución judicial, ordinaria y no decisoria, por el mismo órgano jurisdiccional que la dictó, siendo este órgano unipersonal y no colegiado³.

De esta definición extraemos los siguientes elementos:

1.— Es una pretensión de reforma de una resolución judicial, pero no procede contra toda clase de resoluciones, puesto que las que deciden el proceso no son susceptibles de ser impugnadas por este medio.

2.— Esta pretensión es examinada y resuelta por el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada.

3.— El órgano que dicta la resolución impugnada y el que resuelve el recurso es unipersonal y no colegiado⁴.

En los Trabajos del profesor Guasp actualizados por Aragone-

2. DE LAS CUEVAS GONZÁLEZ, «Recurso contra providencias y autos», en *La nueva Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril)*, dir. Borrajo Dacruz, t. XIII, v. 2.º, Edersa, Madrid, 1990, pág. 1295.

3. GUASP DELGADO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, Aguilar S.A. de Ediciones-Grupo Santillana, Madrid, 1948, pág. 1056.

4. Vid. SANZ HEREDERO, «Recurso no devolutivos y tramitación procesal de los medios de impugnación ante el juez de primera instancia», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1995, 30, s.p. [pero 107 a 166].

ses, emplea esta otra definición: aquel que se formula contra la resolución que dicta un Órgano jurisdiccional unipersonal por las propias partes que figuren en el proceso principal en que esa resolución se ha emitido para que sea resuelto en el mismo grado de la jerarquía judicial⁵.

Distinta aquella ofrecida por Cordón Moreno utilizando la fórmula clásica que el de reposición únicamente cabe contra las resoluciones interlocutorias dictadas durante la tramitación del proceso en primera instancia, sean providencias (artículo 376) o autos (excepto los resolutorios de recursos de reposición, de excepciones dilatorias o de incidentes frente a los cuales únicamente cabe el recurso de apelación directo, artículos 380 y 382 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881)⁶.

A la vista de la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 existen autores que diferencian dos recursos de reposición⁷, uno primero contra providencias; uno segundo, contra autos, respectivamente regulados en los artículos 376 y 380, si bien a efectos procedimentales no existe diferencia alguna.

Naturaleza

Ésta se liga a la controversia en la designación del calificado recurso de reposición bien como tal; bien como remedio que se manifiesta constantemente en la doctrina científica⁸.

5. JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, t. II, (actualizada por Aragoneses Alonso), Civitas, Madrid, 1998, pág. 556.

6. CORDÓN MORENO, *Formularios Aranzadi Procesales Civiles con un estudio sistemático y jurisprudencial de las Instituciones del Proceso Civil*, 1.ª edic., Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 253.

7. JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, t. II, cit., pág. 557.

8. Vid. BETTI, *Procedimenti d'impugnativa*, 1931; BOHNENBERG, Boschan, *Die Rechtsmittel im deutschen Gerichtsweesen*, 1940; CALAMENDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, en *Studi*, t. I, pág. 168; GUASP, *Comentarios a Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, 1943, sobre artículo 376 y ss.; SPERL, «Das Rechtsmittelsystem der neuen itlienischen Zivilprozessordnung», en *Revista Académica Alemana*, t. VIII (1941), págs. 221 y ss.; WACH, «Das Eechsmittelsystem», en *Vorträge über die ReichsCivilprozessordnung*, 1896, págs. 243 y ss.; ZANZÜCCHI, *Delle impugnazioni in generale*, en *Revista Procesal Italiana*, t. XVIII (1941), págs. 297 ss.

El origen de esta dialéctica es consecuencia de la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil que califica como recursos a todos los expedientes regulados para impugnar una resolución indistintamente haya recaído o sobre el fondo del asunto o cuestión incidental u ordinaria⁹. Frente a la laxitud empleada por el legislador se apuesta por diferenciar entre recursos y remedios atendiendo al efecto devolutivo. De este modo llámese recurso al medio de impugnación que persigue un nuevo examen del asunto ya resuelto ante un organismo judicial de categoría judicial superior al que ha dictado la resolución que se impugna¹⁰.

Pero en contra de esta posición, Herce Quemada diverge sobre la concurrencia de dos elementos:

1.—La distinción entre remedios y recursos carece de base positiva en el Derecho procesal español así como en sus antecedentes.

2.—No es trasladable al Derecho procesal patrio la distinción que opera la normativa alemana al diferenciar los medios de impugnación en atención a su carácter devolutivo¹¹.

Siguiendo dicha tesis, Guasp apuntilla que la no concurrencia del carácter no devolutivo no impide al de reposición el carácter de verdadero recurso¹². Criterio expuesto además por Ortells Ramos¹³.

El Recurso de reposición es un remedio que como tal carece de efecto devolutivo abriendo un procedimiento con alegaciones y cuya finalización mediante auto da una nueva resolución del mismo Juzgado que dictó la resolución impugnada.

En cuanto a su clasificación, por su amplitud abstracta destacamos la de Guasp diferenciando cuatro tipos diferentes de reposición:

9. PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, t. II, 1.ª edic., Librería General, Zaragoza, 1946, pág. 289.

10. MONTERO AROCA, *Introducción al Proceso Laboral*, 3.ª edic., Editorial Bosch, Barcelona, 1996, pág. 234; PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, t. I, cit., pág. 236; MONTERO AROCA, *El proceso laboral*, t. II, 2.ª edic., Editorial Librería Bosch, Barcelona, 1981, págs. 18 y ss. y PRIETO CASTRO, *Cuestiones de Derecho procesal*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, pág. 255.

11. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal Civil*, v. I, 8.ª edic., (con HERCE QUEMADA), Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1976, pág. 463.

12. JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, t. II, cit., págs. 556 a 557.

13. ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, 8.ª edic. (con GÓMEZ COLMER, MONTERO AROCA y MONTÓN REDONDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 322.

1.—Reposición de la parte, aquella comprendida en los artículos 376 y 380¹⁴.

2.—Reposición de quien es parte de derecho pero no de hecho, es decir, la conocida en nuestra legislación con la audiencia al rebelde¹⁵.

3.—Reposición de quien no es parte de hecho ni de derecho, aquel recurso de tercero contra resoluciones judiciales dictadas entre partes distintas, conocido el recurso como de oposición de tercero¹⁶.

4.—Reposición excepcional por indefensión o incongruencia¹⁷.

Fundamento

El fundamento del recurso de reposición como el de todos los medios impugnatorios es recabar una nueva decisión del pleito sobre la eventual falibilidad humana evitando resoluciones injustas¹⁸; bien en aquella actitud de parte postulando tutela judicial efectiva o la suficiente tutela judicial efectiva¹⁹.

Si olvidar aquellas otras como la complicación de los asuntos que se conocen²⁰ incluso la de utilizar el recurso como medio auxiliar que complementa la tutela judicial efectiva a través de la incorporación de material auxiliar decisivo para el juzgador que fundamentalmente adecuadamente con ello su resolución²¹. Sin obviar aquella otra posición que atribuye al recurso de reposición ser el instrumento jurídico de mayor importancia práctica que tiene el Letrado para

14. JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, t. II, cit., pág. 556.

15. *Ibidem*, pág. 560.

16. *Ibidem*, pág. 567.

17. JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, t. II, cit., págs. 568.

18. MONTERO AROCA, *Introducción al Proceso Laboral*, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 231.

19. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal*, t. I, 2.ª edic., (con HERCE QUEMADA), Gráfica Administrativa, Madrid, 1947, pág. 537.

20. Sin que el error en la resolución de los mismos pueda ocasionar mayores consecuencias que la revocación por el *iudex* de su resolución, pues pretender hacer de la carrera judicial paradigma de perfección y precisión técnica categórica es desconocer la base humana sobre la que asienta la función jurisdiccional. Cayendo además, quienes postulan dicho axioma, en el grave desconocimiento —no disculpable— de lo que ha sido, es y será Derecho.

21. PRIETO CASTRO, *Cuestiones de Derecho Procesal*, cit., pág. 255.

conseguir la modificación de determinadas resoluciones judiciales dentro del ámbito del proceso civil²².

Pero junto a esta fundamentación pragmática, hallamos otra, sobre la incidencia de principios constitucionales que, concibiendo al recurso como genero englobado en el principio de tutela judicial efectiva, ex artículo 24 de la Constitución²³, el recurso de reposición como especie de esa categoría participa de idéntico valor, encontrándose estrechamente vinculado a la aplicación de ese principio. Véase la doctrina impuesta por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 7 de noviembre de 1983²⁴, Fundamento de derecho segundo:

«Para resolver la cuestión suscitada, hemos de partir del alcance del artículo 24.1 de la Constitución, que reconoce el derecho de todas las personas a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses judiciales legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Derecho que comprende tanto el de acceder a la tutela como el de obtener una resolución fundada en derecho, sea o no favorable a sus pretensiones, y el de que se ejecute lo juzgado.

En el presente caso interesa detenerse especialmente en el derecho de acceder a la justicia que, como hemos declarado reiteradamente, no exige en sí mismo el doble enjuiciamiento, salvo en materia penal en los del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (RCL 1977/893 y NDL 29530 bis), pero, como también hemos declarado, cuando el Ordenamiento establece una vía de recurso contra la sentencia, el acceso a esta vía se encuentra comprendido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva.

Siendo esto así, dado que el artículo 24.1 de la Constitución garantiza a todos la tutela judicial efectiva mediante el acceso al proceso y a los recursos previstos en la Ley, tal derecho sólo puede limitarse, sin perjuicio de otras precisiones, en aras de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido que, en el caso de la consignación del importe de la sentencia, puede ser el derecho a la ejecución, dado que tal consignación constituye una garantía cautelar para la efectividad del derecho fundamental a la ejecución de las sentencias. Ahora bien, como ya señalamos en la sentencia número 3/1983, de

22. Vid., MEDINA FERNÁNDEZ, «El recurso de reposición en el ámbito civil. Sus requisitos a la luz de la Constitución». Revista General Informática del Derecho, 1993, s.p. [pero 9685].

23. GONZÁLEZ POVEDA, «El derecho a los recursos en el proceso civil», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1992, 22, s.p. [pero 239 a 263].

24. (RTC 1983, 90).

25 de enero ('Boletín Oficial del Estado' de 17 de febrero, F. J. 4) (RTC 1983/3), el legislador no goza de omnimoda libertad, dentro del marco enunciado, ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo, en definitiva, el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente[...].».

Y sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de octubre de 1989²⁵, Fundamento de derecho segundo:

«La tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 de la Constitución, aunque no obliga al legislador, salvo en materia penal, a establecer en todo caso la doble instancia o a someter a un Tribunal Superior las decisiones adoptadas por los órganos judiciales, comprende, sin embargo, la utilización de los recursos legalmente previstos en la forma y con los requisitos que señalen las leyes que los autoricen. Y como viene declarando con reiteración este Tribunal, corresponde a los Jueces y Tribunales en uso de la potestad jurisdiccional que les atribuye el art. 117 de la Constitución, la verificación de si concurren o no en la interposición de un determinado recurso, los requisitos impuestos por la ley para la admisión del mismo. Esta decisión sólo podrá ser revisada por este Tribunal, precisamente por tratarse de un derecho comprendido en el art. 24 de la Constitución, si la negativa a su admisión no está suficientemente motivada, resulta desproporcionada con el requisito omitido, o siendo éste subsanable no se ha permitido la subsanación del mismo. Se trata, en suma, de no convertir los requisitos procesales en obstáculos que, en sí mismos, constituyan impedimentos para que la tutela judicial sea efectiva, sino que su exigencia responda a la verdadera finalidad de los mismos: La ordenación del proceso en garantía de los derechos de las partes [...]».

Igualmente las sentencias del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1993²⁶, 15 de febrero de 1990²⁷, 14 de febrero de 1992²⁸ y 13 de mayo de 1992²⁹.

25. (RTC 1989, 157).

26. (RTC 1993, 374).

27. (RTC 1990, 21).

28. (RTC 1992, 23).

29. (RTC 1992, 7).

II. NORMATIVA REGULADORA DEL RECURSO E INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 8 DE ENERO DE 2000: EL CRITERIO RESTRICTIVO DEL ACCESO A LA SUPPLICACIÓN DEL AUTO RESOLUTORIO DE LA REPOSICIÓN

Como antecedente legislativo mediato, el recurso de reposición se regulaba tanto en el Decreto 2381/1973, de 17 de agosto, por el que se aprueba el Texto Articulado segundo de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social como en el Real Decreto Legislativo 13 de junio de 1980, núm. 1.568/1980 en su Libro III, Título I, artículo 151³⁰, con idéntico contenido.

La Ley de Procedimiento Laboral de 1990 lo ubica en el Libro III, Capítulo I, artículo 183 y la vigente de 1995 en el Libro III, Capítulo I, artículo 184 con semejante tenor.

La totalidad del conjunto normativo procesal remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto norma de sustanciación del remedio, así el artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1973 y 1980; artículo 185 en la Ley de 1990 y artículo 186 en la vigente. Por ello, la influencia que la nueva Ley de Enjuiciamiento genera en el recurso de reposición laboral cobra importancia suma. Sin perjuicio que su entrada en vigor y las modificaciones de otros textos normativos se produzcan al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado según su Disposición final decimonovena, sí estimo oportuno adelantarnos al estudio de esta institución que cambia sustancialmente su regulación a consecuencia de los principios que esgrime la nueva Ley procesal de 2000.

La Disposición final undécima, punto 7, dará nueva redacción al artículo 186 con el siguiente tenor:

«Los recursos de reposición y de súplica se sustanciarán de con-

30. Artículo 151.

«Contra las providencias y autos que dicten los Magistrados de Trabajo podrá interponerse el recurso de reposición regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Contra el auto resolutorio del mismo no se dará más recurso que el de responsabilidad del Magistrado que lo hubiere dictado.

Únicamente procederá recurso de suplicación o casación contra el auto resolutorio de la reposición en los casos previstos en el art. 3 de esta Ley.»

formidad con lo prevenido para el recurso de reposición en la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

La diferencia con la redacción actual del Texto Laboral estriba que en el todavía vigente remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil en conjunto. Generalidad no contemplada en la redacción alternativa que concretamente refiere al recurso de reposición.

La remisión *in stricto* al de reposición en el Texto de 8 de enero de 2000 puede obedecer a la mayor precisión técnica del mismo. Si en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se distinguía entre un recurso de reposición para las providencias que dicten los Jueces de Primera instancia, artículo 376, junto a aquel otro interpuesto contra los autos que dicte el Juez de Primera instancia no resolutorios de recursos de reposición, artículo 380. El artículo 451 de la de 8 de enero de 2000, comprende conjuntamente providencias y a autos.

Observamos, sobre un somero estudio histórico de los artículos reguladores de la reposición en la Ley de Enjuiciamiento Civil, una paulatina generalización por abstracción de los supuestos de impugnación de las diferentes resoluciones consecuencia bien de una indiferenciación de las mismas —no distinguiendo, *ad exemplum*, entre providencias de mera tramitación de las que no los son³¹—; bien unificando resoluciones en atención al carácter que ostenten —providencias y autos no definitivos—.

La primera distinción obedeció a la modificación operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley de 6 de agosto de 1984, que suprime la diferenciación entre las providencias ya cita-

31. Véase el artículo 376 en la redacción originaria que establecía:

«Contra las providencias de mera tramitación que dicten los Jueces de primera instancia, no se dará otro recurso que el de reposición, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la providencia[...].»

Como el artículo 377:

«De las demás providencias y autos que dicten los Jueces de primera instancia, con exclusión de los expresados en el artículo 382, podrá también pedirse reposición dentro de los cinco días.»

Tras la reforma de 1984, el artículo 376 pasa a tener la siguiente redacción:

«Contra las providencias que dicten los Jueces de Primera Instancia no se dará otro recurso que el de reposición, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la providencia.»

das³². La segunda, la actuada por medio de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que refunde en el artículo 451 tanto a providencias como a autos siempre que sean definitivos.

En tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley mantuvo idéntica exposición del recurso de reposición: Tanto el Proyecto de Ley 121/000/147, de Enjuiciamiento Civil, artículo 454³³ como el Texto definitivo, artículo ya mencionado, conservan idéntico tenor, lo que evidencia que la *mens legislatoris* es clara en la extensión de supuestos de resoluciones susceptibles de reposición. Amplitud evidenciada por el tenor lingüístico del artículo que se abstiene de ofrecer definiciones casuísticas o enumerativas de aquellas resoluciones susceptibles de reposición. La razón de esta amplitud, estimo, radica en el correlativo estrechamiento de las causas de acceso a la apelación con la finalidad de otorgar al proceso un mayor dinamismo y premura en la terminación de la instancia respectiva.

La positivación de este principio se consigna en el artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de enero de 2000³⁴, que impide el acceso a la apelación del auto resolutorio del recurso de reposición³⁵.

Este nuevo panorama deriva de la recomendación practicada por

32. Cfr., FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, juicio de menor cuantía, casación y otros aspectos fundamentales de la Ley de 6 de agosto de 1984*, 1.ª edic., Civitas, Madrid, 1985, págs. 169 a 172.

Vid. MONTERO AROCA, *El proceso laboral*, t. II, 2.ª edic., Editorial Librería Bosch, Barcelona, 1982, págs. 18 a 20.

33. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 13 de noviembre de 1998, pág. 99.

34. Artículo 454. Irrecorribilidad del auto que resuelve la reposición.

«Salvo los casos en que proceda el recurso de queja, contra el auto que resuelva el recurso de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva.»

35. Si bien el propio Texto procesal presenta excepciones permitiendo el acceso a la apelación en los siguientes: artículo 41 contra la resolución sobre suspensión de las actuaciones por prejudicialidad penal; artículo 43, contra el auto dictado por el *iudex* en asuntos que supongan prejudicialidad civil; artículo 237.2.º contra el auto que declare la caducidad de la instancia y el artículo 563, 1.º contra el auto resolutorio del recurso de reposición interpuesto cuando el Tribunal competente para la ejecución provea en contradicción con el título ejecutivo y sea desestimada la reposición.

el Comité de Ministros del Consejo de Europa que ya en 28 de febrero de 1984 tomó la iniciativa concretando los del Proceso Civil idóneos para mejorar el funcionamiento de la justicia. La raíz de esta propuesta nacía como consecuencia de algunas reglas procesales de los países miembros suponían un serio obstáculo para una justicia efectiva por su inadecuación a las necesidades de una sociedad moderna, pudiéndose utilizar con fines abusivos o dilatorios. Las sugerencias dadas fueron varias: empezando por defender la implantación de procesos más rápidos, prohibiendo las dilaciones indebidas y sobretodo, otorgando al órgano jurisdiccional el poder de reconducir el proceso con mayor eficacia³⁶. Criterio sostenido, por otro lado, por el Consejo General del Poder Judicial en el *Libro Blanco de la Justicia* que articulaba formulas de desincentivación del recurso de apelación³⁷.

A la vista de las modificaciones que ocasionará la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la jurisdicción civil, no se evidenciará, en cambio, dentro del Proceso Laboral, una reducción del acceso a la instancia superior de aquellos autos resolutorios dictados como consecuencia de la reposición. Ello es debido a que el recurso de suplicación es un recurso extraordinario o tasado a diferencia del de apelación civil, esencialmente abierto —quizás esta característica del recurso extraordinario de suplicación que permite el acceso a la instancia del *ad quem* en supuestos tasados es el que haya querido llevar el legislador a la jurisdicción civil, si bien encontrándose con el escollo importante de la naturaleza del recurso de apelación, esencialmente abierto, optando aquel, como medida de limitación de recurribilidad, vetar el acceso a la misma de los autos resolutorios de las resoluciones interlocutorias—.

36. Cfr., GÓMEZ DE LIAÑO, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (noticia sumaria de un nuevo orden procesal)*, 1.ª edic., Forum, Oviedo, 1999, págs. 15 a 16; ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, «El modelo de la segunda instancia en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Recurso de apelación y Recurso extraordinario por infracción procesal» en *Jornadas sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Fundación Antonio Carretero, Asociación para Jueces para la democracia, Edijus, Zaragoza, 1999, pág. 108 y García Rostán Calvín, «Apelación y segunda instancia en el Proyecto de Ley» en *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 144 y ss.

37. Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pág. 181.

Esa limitación del acceso a la *cognitio* del *ad quem* es clásica en el Proceso Laboral, véanse el artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 y artículos 183.1.º y 184.2.º de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 y 1995 respectivamente, a diferencia del auto dictado en la jurisdicción civil que abre la interposición al recurso de apelación en un solo efecto —devolutivo, no suspensivo— de conformidad al artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Si bien esa generalidad queda jalonada por diversas excepciones:

1.— El supuesto de hecho contenido en el artículo 189.2.º, es decir, aquellos autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los que en ejecución de sentencia dicten los Juzgados de lo Social siempre que la sentencia ejecutoria hubiere sido recurrible en suplicación, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado³⁸.

2.— Los autos que declaren no haber lugar al requerimiento de inhibición en cuestiones de competencia territorial, ex artículo 14.b) de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 respecto del asunto, acotado por el artículo 189.1.º, que al amparo del artículo 189.3.º hubiese podido ser recurrido en suplicación³⁹.

3.— El auto resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del Juez que se declara incompetente por razón de la materia a continuación de ser presentada la demanda. Caso éste que no se encuentra limitado a las condiciones generales de accesibilidad del recurso de suplicación declarado por el artículo 189 del Texto Procesal.

Aún esta permisibilidad, existen supuestos dudosos de acceso a la suplicación. Véase por ejemplo el acceso a la misma de los autos resolutorios dictados en sustanciación de recurso de reposición interpuesto contra autos y providencias dictados en fase de ejecución provisional, ex artículo 302 de la Ley de Procedimiento Laboral.

38. Vid., LORENZO DE MEMBIELA, *Ejecución de Sentencias en materia de Seguridad Social*, 1.ª edic., Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 67 y ss.

39. Vid. ALONSO OLEA y MIÑAMBRES PUIG, *Derecho Procesal del Trabajo*, 6.ª edic., Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 220 a 221 y ALONSO OLEA y MIÑAMBRES PUIG, *Derecho Procesal del Trabajo*, 8.ª edic., Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 306.

Existe jurisprudencia unificada de signo contradictorio: frente a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1993⁴⁰ que prohíbe al auto resolutorio del recurso de reposición acceder al recurso de suplicación en esta fase de ejecución provisional, la sentencia de 9 de abril de 1992⁴¹, permite el acceso cuando la resolución impugnada afecte a cuestiones de competencia jurisdiccional.

Estimo que los principios contenidos en el nuevo Texto de 8 de enero de 2000 y especialmente aquellos limitativos del acceso a la instancia superior pueden operar decididamente en la actividad hermenéutica del Tribunal Supremo en el sentido de limitar el acceso a la suplicación de los autos resolutorios del de reposición en *pro* del principio de proscripción de dilaciones indebidas⁴².

III. ELEMENTOS: PARTES Y ÓRGANO JURISDICCIONAL. MATERIAS NO SUSCEPTIBLES DE REPOSICIÓN

Como elementos personales distinguimos entre el órgano jurisdiccional y las partes. Sin perjuicio que autores defiendan la posibilidad de interposición del recurso de reposición del tercero ajeno al pleito⁴³. Esa posibilidad la estimo inviable pues la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 exige en el artículo 378 la entrega de la copia del escrito a la *parte o partes* contrarias. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de enero de 2000, en su artículo 453, impone la *personación* como requisito previo para darle traslado del recurso de reposición interpuesto. Así pues la posibilidad que un tercero intervenga en el recurso es inviable salvo la previa personación despojándolo, entonces, del carácter de tercero. Por ello se cuestiona la interposición del recurso por el interviniente adhesivo simple, precisamente porque es cuestionable que un tercero pueda impugnar con independencia de la parte principal. En justificación de esta posición se reclama, en primer lugar, el principio *pro actione*, toda vez que el único supuesto en nuestra legislación —aquel contemplado en el

40. (Recurso núm. 2108, 1991).

41. (Recurso núm. 1003, 1991).

42. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (noticia sumaria de un nuevo orden procesal)*, cit., págs. 15 a 16.

43. Vid. JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, t. II, cit., pág. 556.

artículo 14.3.º de la Ley de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales— rechaza la efectividad de su intervención. Y en segundo lugar, se reclama el preciso gravamen, su necesaria concurrencia para su intervención en el recurso. Esa concurrencia es defendida por autores⁴⁴ pero rechazado por otros⁴⁵ únicamente exigiendo éstos como admisibilidad la lesión cometida por el órgano jurisdiccional de una concreta norma de procedimiento o constitucional. No hay disputa, en cambio, respecto a la intervención del interviniente litisconsorcial.

Frente a esta distinción, sobre un criterio de generalidad, se sostiene la remisión del recurso de reposición a todos quienes sean parte con independencia de su grado de dependencia respecto a la recurrente⁴⁶.

Diferente cuestión es aquella que estima lo innecesario que resulta encontrarse las partes personadas al dictarse la resolución, pudiendo posteriormente acceder al proceso, solución factible a la vista de los artículos 771 y 772 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁴⁷.

El órgano Jurisdiccional competente será el juzgado que dictó la resolución —ex artículo 184.1.º de la Ley de Procedimiento Laboral— en interpretación conjunta con los artículos 376 y 377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y artículo 451 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de enero de 2000. Dado el cariz procesal de la competencia funcional, la misma es indisponible para las partes⁴⁸, sobre la interpretación del artículo 9 de la Constitución y artículos 60 y 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en relación con jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.* sentencias de

44. ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, cit., pág. 319.

45. ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal*, t. I, v. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 25.

46. SANZ HEREDERO, «*Recursos no devolutivos y tramitación procesal de los medios de impugnación ante el juez de primera instancia*», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1995, 30, s.p. [pero 107 a 176].

47. ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, cit., pág. 318.

48. TARDÓN OLMOS, «*Tramitación procesal de las cuestiones de competencia*», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996, 6, s.p. [pero 269 a 306] y ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, cit., pág. 318.

22 de marzo de 1982⁴⁹, 17 de noviembre de 1992 y 4 de julio de 1994⁵⁰. Y en doctrina menor, Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de octubre de 1997⁵¹ y sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 31 de julio de 1998⁵².

Sin perjuicio del acceso generalizado a la reposición de providencias y autos, existen excepciones en el ámbito procesal laboral. Estas, en ocasiones, son declaradas *ex profeso*, *v.gr.*: la contenida en el artículo 184.3.º de la Ley de Procedimiento Laboral que sanciona que no habrá lugar al recurso de reposición contra las providencias y autos que sean dictadas en los procesos de conflictos colectivos, artículos 151 a 160 de la Ley de Procedimiento Laboral y en el de impugnación de convenios colectivos, artículos 161 a 164.

En otras ocasiones el impedimento se haya en la propia regulación de la Institución, véase el artículo 76.3.º que impide impugnar la resolución judicial denegando la práctica de actos preparatorios de la demanda —sin perjuicio del que en su día puedan interponerse contra la sentencia—. O el contemplado en el artículo 78, en cuanto a la denegación de la practica anticipada de prueba sin perjuicio que, por este motivo, pueda interponerse en su día contra la sentencia. Diferente de esta *anticipación de prueba* es la providencia que deniegue la *propuesta anticipada de prueba*, concretamente, rechazando el órgano jurisdiccional que sean citados de oficio, por ejemplo, unos testigos, cuya providencia sí cabe ser impugnada a través del recurso de reposición. Véase en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1991⁵³, Fundamento de derecho segundo:

«— El primer motivo del recurso, se ampara en el art. 168 n.º 3 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1980/1719 y ApNDL 1975-85, 8311), porque a juicio del recurrente, con la providencia de 18 de diciembre de 1989, se le produjo indefensión. *El propio recurso admite que en puridad, dicha providencia no le denegaba ninguna prueba, pues simplemente le negó la citación de oficio de los testigos, dejando abierto el que fueran aportados, voluntariamente. Esta*

49. (RJ 1982, 1390).

50. (RJ 1994, 5915).

51. (RJ 1997, 7225).

52. (AC 1998, 6971).

53. (RJ 1991, 872).

providencia, pudo ser recurrida en reposición, a tenor del art. 151 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues en contra de lo que sugiere el recurrente no está incluida dentro del párrafo segundo del art. 80 del mismo texto legal, norma que se refiere sólo a la práctica de prueba anticipada, y que no puede ser extendido a la pruebas propuestas con anticipación a la celebración del juicio. Si la providencia no niega de plano la prueba propuesta y pudo ser recurrida, y esta prueba no es reiterada en el acto de la vista ni se realiza protesta alguna, es claro que, el motivo debe ser desestimado pues, es doctrina de la Sala, que es requisito necesario que la falta denunciada se haya intentado subsanar, si ello es posible y que se formule la oportuna protesta pues así lo previene el art. 78 de la Ley de Procedimiento Laboral y el art. 1710, regla segunda 'in fine' de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo sanciona como causa de inadmisión del recurso de casación, disposición que en este orden jurisdiccional, se traduce en causa de desestimación[...].»

O el consignado en el artículo 87.2.º, resolución del *iudex* declarando impertinente el medio de prueba propuesto o la pregunta formulada por alguna de las partes en la práctica de alguna prueba. En este supuesto, como en todos aquellos que se pretenda impugnar una resolución interlocutoria oral se ha discutido la idoneidad del remedio, toda vez que éste se haya construido especialmente para impugnar resoluciones escritas, mostrándose algún autor favorable a ello⁵⁴, si bien es generalmente admitida la opción contraria⁵⁵.

Empero, la doctrina del Tribunal Constitucional se muestra favorable a la posible impugnación de las resoluciones verbales, como se deriva de la sentencia de 30 de junio de 1993⁵⁶, Fundamento de derecho segundo:

«La providencia (de 26 de septiembre de 1990) formalmente impugnada en primer término infringió el derecho al recurso, puesto que se limitó a rechazar de plano la reposición (y su petición de nulidad de actuaciones), mediante dos argumentos meramente formales y carentes de base: improcedencia del recurso por carecer la resolución recurrida del carácter de auto o providencia y demás, por no haberse citado la disposición infringida (art. 377 LECiv).

54. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, t. II, pág. 526.

55. MONTERO AROCA, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, t. I, 1.ª edic., (con IGLESIAS CABERO, MARÍN CORREA y SANPEDRO CORRAL), Civitas, Madrid, 1993, pág. 1029.

56. (RTC 1993, 218).

Este último motivo resultaba claramente inaplicable y su invocación errónea, puesto que en el escrito de la parte no sólo se invocaba el art. 24.1 de la Constitución, sino el 11.3 de la LOPJ como clara referencia a la subsanabilidad del defecto y la inaplicación de tales normas requería al menos algún fundamento expreso que en modo alguno se dio; de ahí que la invocación del art. 377 LECiv para fundar la desestimación del recurso se oponga frontalmente al derecho reconocido en el art. 24.1, porque de hecho constituye una desestimación arbitraria.

Y en cuanto al primero, es evidente la interpretación, no sólo formal, sino formalista, del art. 183.1 y 2 en relación con el 49 de la LPL porque, si bien en aquél se establece que la reposición procede contra las providencias y Autos y en este último se diferencian las mismas de las resoluciones verbales, ello en modo alguno significa que estas últimas estén exentas de impugnación; antes al contrario, tal diferenciación es meramente formal y el recurso cabrá contra las resoluciones según su contenido decisorio, aunque su expresión haya sido oral; y al no admitirse, de hecho vino a denegarse toda resolución en cuanto a la procedencia del segundo recurso en su fondo.

Tal fundamento implica, por tanto, una interpretación formalista que vulnera en este caso el derecho reconocido en el art. 24.1 CE [así SSTC 96/1991 (RTC 1991/96), 9/1992 (RTC 1992/9), 23/1992 (RTC 1992/23), 63/1992 (RTC 1992/63), entre las más recientes][...].»

Por último, cabe mencionar la decisión del órgano jurisdiccional resolutoria de cualquier observación practicada al acta judicial, ex artículo 89.2.º⁵⁷ de la Ley de Procedimiento Laboral, ante la existencia de posibles irregularidades cabe la protesta: artículo 89.1.º.b) y 189.1.º.d) que se hará valer en el recurso de suplicación que pueda interponerse al amparo del artículo 192.a).

IV. SUBSTANCIACIÓN VIGENTE

Supone la interposición del recurso un acto procesal semejante al de la demanda, que incorpora una pretensión cuya eficacia se encuentra estrechamente unida a la noción de cosa juzgada formal, en cuanto considerado como un medio de impugnación que incide en la

57. Cfr., LORENZO DE MEMBIELA, «*El acta judicial: significación procesal*», Lex Nova, 1999, 5, págs. 5 y ss.

relación jurídico procesal dentro de la que se interpone y eventualmente prolonga⁵⁸.

La regulación derivada de la Ley de Procedimiento Laboral como de la Ley de Enjuiciamiento Civil refieren a un recurso procesal e incluso en términos más estrictos *procedimental*, de mero trámite según la terminología común⁵⁹. La subsidiaridad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 a la Ley de Procedimiento Laboral por aplicación del artículo 186 implica la remisión a los artículos 377 a 381 de aquélla. De este modo, el recurso de reposición deberá interponerse ante el *iudex a quo* a partir del tercer día de la notificación de la resolución objeto del remedio, de conformidad al artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Precisión ésta que si bien es omitida de modo continuado desde la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no es óbice para evitar la crítica al legislador, que inexplicablemente omite el *dies a quo* para interposición del remedio.

El transcurso del plazo establecido sin su interposición no precisa de resolución indicando no haber lugar a proveer, provocando *ipso iure* la producción de cosa juzgada de la resolución, artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, provocando cosa juzgada formal.

Las previsiones contenidas en el artículo 45 de la Procesal Laboral son plenamente aplicables, lo que supone que la presentación de documentos el último día de plazo podrá realizarse ante el Juzgado de Guardia de la sede del Juzgado de lo Social competente si cerrado el Registro de entrada de documentos, con obligación de dejar constancia de ello en el Juzgado al día siguiente hábil por el medio de comunicación más rápido. En esta orientación, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de noviembre de 1995⁶⁰, Fundamento de derecho tercero:

«Dispone el invocado artículo 45.1 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 que ‘la presentación de escritos o documentos el último día de un plazo, podrá efectuarse ante el Juzgado de Guardia de la sede del Juzgado o Sala de lo Social competente, si tiene lugar en

58. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, t. I, cit., pág. 537.

59. Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 1987 (RTC 1987, 69).

60. (AS 1995, 4427).

horas que no se halle abierto el Registro de Entrada de dichos organismos. A tal efecto se habrá de expresar la hora en la oportuna diligencia de presentación en el Juzgado de Guardia, debiendo el interesado dejar constancia de ello en el Juzgado o Sala de lo Social al día siguiente hábil por el medio de comunicación más rápido’.

No se discute que la entidad tercerista recurrente cumplió, en lo esencial, con la primera de las exigencias contenidas en el referido precepto procesal, en concreto la presentación del escrito de interposición de recurso de reposición el último día de un plazo ante el Juzgado de Guardia de la sede del Juzgado de lo Social competente, presumiblemente en horas que no se encontraba abierto el Registro de Entrada de dicho organismo aunque no se exprese la hora en la oportuna diligencia de presentación en el Juzgado de Guardia, pues de esta última irregularidad formal, que afecta a la actuación del concreto Juzgado de Guardia, no debe derivarse consecuencia perjudicial para el presentante del documento.

Sin embargo se discute el cumplimiento, imputable exclusivamente a la tercerista recurrente, de la exigencia contenida en el propio precepto y advertida en la diligencia de presentación efectuada por el Juzgado de Guardia, de que debía ‘dejar constancia de ello en el Juzgado o Sala de lo Social al día siguiente hábil por el medio de comunicación más rápido’, carga procesal que no cumplió hasta el tercer día hábil a contar desde el día de la presentación del escrito de interposición del recurso de reposición ante el Juzgado de Guardia[...].»

Su contenido viene descrito por el artículo 377 obligando al recurrente a citar la disposición procesal infringida. Situación especialmente diseñada para la impugnación de las providencias. Pero en modo alguno debe entenderse exigido la indicación de precepto quebrantado para la impugnación de autos.

A pesar de ello, un sector de la doctrina científica no encuentra impedimento alguno para fundamentar el recurso de reposición en normas infringidas de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto reguladoras de principios procesales o de pautas procedimentales, incluso preceptos constitucionales, artículos 7.1.º y 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando la violación de las mismas suponga violación de derechos fundamentales de la persona producidos necesariamente por la resolución recurrida y no por la sentencia que se dicte después⁶¹. Desde esta óptica, la sentencia

61. CORTES DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 344.

del Tribunal Constitucional 22 de mayo de 1987⁶², Fundamento de derecho cuarto:

«De la lectura de los arts. 376 y 377 de la L. E. C. que se refieren al recurso de reposición, se desprende que están regulando un recurso procesal e incluso en términos más estrictos ‘procedimental’, es decir, procesal adjetivo, de mero trámite, según la terminología al uso. ‘Contra las providencias que dicten los Jueces de Primera Instancia no se dará otro recurso que el de reposición, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la providencia’, dice el art. 376. Ya se ha transcrito el contenido del art. 377. Ambos, en efecto, se refieren sólo a providencias, carentes, como se sabe, de fundamentación, y dirigidas normalmente al desarrollo del procedimiento. Consecuentemente, las posibles infracciones en las que pueden incurrir estas providencias serán también de aquel carácter y por ello, como con acierto dice el Ministerio Fiscal, es lógico y congruente que el recurso haya de citar la norma supuestamente infringida de naturaleza procesal y que ello convierta la exigencia de su cita también en lógica y normal, sin que ello suponga formalismo riguroso, sino más bien una necesidad para el Juez, que así podrá ser congruente con el *petitum* del recurso[...].»

Igualmente, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 8 de enero de 2000⁶³. Perfilando la diferencia entre impugnación de providencias y autos, la sentencia de 9 de junio de 1988⁶⁴, Fundamento de derecho quinto:

«Es reiterada doctrina de este Tribunal que, una vez reconocida legalmente la previsión de un recurso, el acceso al mismo se incorpora al derecho de tutela judicial efectiva, integrándose en él, con la posibilidad, por tanto, de su desconocimiento o violación cuando se impida dicho acceso por causas no razonables o arbitrarias, o bien por una interpretación o aplicación rigorista, literal, no concorde con los fines de la norma legal que autorice el recurso. Cabe, sí, que una irregularidad procesal no tenga trascendencia para el derecho constitucional en juego, en el supuesto de ausencia de perjuicio real o material para la parte o partes interesadas. Pero cabe también que, por esa irregularidad, padezca el derecho fundamental o que se vea de tal modo restringido que equivalga a su anulación, a su pérdida, es decir, a la imposibilidad, dentro del proceso en curso, de obtener la pertinente y fundada respuesta judicial, la tutela efectiva que propug-

na el art. 24.1 C. E., tutela que exige que todas las normas han de interpretarse y aplicarse en el sentido más favorable para la satisfacción de ese derecho. Eso sucederá cuando, por una aplicación incongruente de las normas, se impida a la parte el acceso a un recurso que paladinamente la Ley le confiera, dejándola indefensa ante una resolución judicial firme sin respuesta adecuada y, por tanto, imprejuizado, no resuelto, o no determinado el derecho sustantivo en conflicto.

La irregularidad procesal, aquí, es determinante de la violación del derecho, y no por haberse dictado la resolución judicial en forma inadecuada —porque también podría, en esa línea, haberse admitido la apelación contra ella—, sino por transferir un presupuesto o requisito (cita del precepto procesal infringido), previsto para una situación meramente procesal, a otra específica y con regulación normativa distinta, llegándose a una aplicación incongruente con el fin de la regla y, con ello, a la negación del derecho al recurso[...].»

La jurisprudencia constitucional más novedosa ha matizado el artículo 377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la reposición contra providencias, declarando la inexigibilidad de declarar los preceptos infringidos cuando se interpone el remedio contra cuestiones estrictamente sustantivas, v.gr.: sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1996⁶⁵, Fundamento de derecho segundo:

«Para resolver esta pretensión de amparo debe recordarse que este Tribunal ha tenido ya ocasión de señalar que la exigencia que el art. 377 LECiv impone a quien formula un recurso de reposición de citar expresamente en el escrito de interposición la disposición de la Ley de Enjuiciamiento Civil infringida por la resolución recurrida, no debe exigirse de un modo rígido y formalista, que desconozca la finalidad que se persigue con este requisito, por lo que cuando a través del recurso de reposición lo que se impugne no sea el incumplimiento de una norma de carácter procesal sino la infracción de un precepto sustantivo, que tenga relación con el fondo de la cuestión debatida y no con el procedimiento seguido, no cabe exigir al recurrente que cite expresamente un precepto o disposición concreta de la Ley procesal; afirmar lo contrario significaría tanto como obligarle a citar imaginarias infracciones de preceptos procesales. Por consiguiente, cuando el recurso se fundamente exclusivamente en la infracción de preceptos sustantivos, no existe obligación alguna de citar normas procesales que no han sido vulneradas, razón por la cual la inadmisión en estos casos del recurso de reposición con apoyo en el

62. (RTC 1987, 69).

63. (AS 1999, 1579).

64. (RTC 1988, 113).

65. (RTC 1996, 194).

art. 377 LECiv, resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, de la que forma parte el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos cuando se cumplan los requisitos y presupuestos establecidos por las leyes procesales (SSTC 69/1987, 113/1988, 162/1990, 213/1993 [RTC 1993/213], 172/1995)[...].»

Fundamento de derecho tercero:

«La aplicación de la citada doctrina constitucional debe llevar sin más a la concesión del amparo solicitado en el presente recurso, pues, fundándose el recurso de reposición en la infracción por el Juzgado de la norma contenida en el art. 149 del CC, como así se hacía constar expresamente en el encabezamiento del escrito de interposición, resultaba inútil e improcedente la cita de un precepto procesal que no había sido infringido, toda vez que, en definitiva, lo que el recurrente denunciaba en el recurso era la vulneración de la citada norma sustantiva[...].»

En similares términos, sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1998⁶⁶; 12 de enero de 1998⁶⁷ y 21 de noviembre de 1995⁶⁸. En doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, sentencia de La Rioja, de 28 de junio de 1995⁶⁹, Fundamento de derecho segundo y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 1 de septiembre de 1994⁷⁰, Fundamento de derecho segundo.

No obstante, es importante matizar la exigencia impuesta por el legislador de motivar los recursos. Principio recogido en la Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, núm. 10/1992, de 30 de abril. Necesidad que estimo, deberá ser ponderada a la hora de subsanar posibles deficiencias cometidas por el recurrente como igualmente la exigibilidad de la misma. No en vano, la motivación del remedio responde, como toda motivación en el ámbito procesal patrio, al principio dispositivo⁷¹.

Presentado en tiempo y forma el Remedio de reposición se en-

66. (RTC 1998, 64).

67. (RTC 1998, 4).

68. (RTC 1995, 172).

69. (AS 1995, 2251).

70. (AS 1994, 3301).

71. Cfr., RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Los recursos y el derecho a la tutela judicial efectiva», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1992, 22, s.p. [pero 467 a 476].

tregará copia del escrito a la parte o partes contrarias —de lo que se deriva la obligatoriedad que sea presentado en soporte escrito— otorgándole/s la Ley otros 3 días para impugnarlo, artículo 378, previendo la norma ante el supuesto de concurrencia de varios recurrentes que el término de impugnación será común a todos ellos.

No es precisa la firma de Letrado, como sostiene Montero Aroca⁷² y la doctrina constitucional ha perfilado la subsanabilidad de tal omisión por aplicación del artículo 11.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 24 de la Constitución, al no poder ser aplicado el artículo 81 de la Ley de Procedimiento Laboral ya que refiere a las demandas, *ad exemplum* sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de junio de 1993⁷³, Fundamento de derecho tercero:

«Lo sucedido en el caso presente se caracteriza, básicamente, por el dato de que, careciendo el recurso de reposición que fue inadmitido por providencia de 7 de mayo de 1990, de la firma del que lo interponía, el órgano judicial, en lugar de conceder a aquél un plazo razonable para que subsanara tal defecto, optó por inadmitir el recurso. Más tarde, en el Auto de 14 de junio de 1990, al resolver el recurso interpuesto contra la anterior providencia se fundamentaba la nueva desestimación, básicamente, en que no procedía aplicar la regla subsanatoria existente en el art. 72 LPL, al no tratarse de una demanda, sino de un recurso de reposición, inadmitiendo además la subsanación de aquel defecto que ofreció el recurrente. Sin embargo, como ya dijimos en anteriores ocasiones [SSTC 21/1990, (RTC 1990/21), 87/1986, 105/1989, (RTC 1989/105), 2/1989], a pesar de que no exista un trámite de subsanación expresamente previsto en la Ley de procedimiento con relación al escrito de interposición de un recurso —pues el art. 72 LPL se refiere expresamente a la demanda— el art. 11.3 LOPJ debe ser entendido como una cláusula genérica en la que se puede apoyar un trámite de subsanación, buscando la efectividad del derecho consagrado en el art. 24.1 CE.

Según lo ya razonado, es claro que de esta sucesión de hechos, por lo demás muy similar a la resuelta en la STC 21/1990, en la que se apreció a ese respecto vulneración del art. 24.1 CE se desprende la vulneración del derecho a la tutela judicial denunciada en el presente recurso de amparo, puesto que el Juez no permitió subsanar un defecto —la firma del recurrente— que, aunque esencial, obviamente admitía ser reparado. La razón dada por el Juez para justificar su negativa, además de ceñirse con exceso a la literalidad del art. 72

72. MONTERO AROCA, *Introducción al Proceso Laboral*, cit., pág. 236.

73. (RTC 1993, 193).

LPL (en cuanto que se refiere a la demanda, y no a los recursos), aplicándolo así de un modo formalista, ignoraba otros preceptos, como el art. 11.3 LOPJ, y más concretamente el propio art. 24.1 CE, según ha venido siendo interpretado a este respecto por este Tribunal, en la línea que hemos razonado[...].»

No hay previsión normativa imponiendo una fase probatoria en la sustanciación del recurso de reposición. Tampoco provoca la interposición del remedio ni efecto devolutivo —por su propia naturaleza—, tampoco suspensivo por incidencia del artículo 184.1.º. En este sentido, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de enero de 1997⁷⁴, Fundamento de derecho segundo:

«Como cuestión previa, el impugnante del recurso, postula la inadmisibilidad del recurso de suplicación por Incumplimiento del artículo 227 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1990/922 y 1049), alegando que al formalizar esta impugnación no ha sido resuelto por el Juzgado de instancia el recurso de reposición interpuesto frente a la providencia de 10 de marzo de 1995, que tuvo por anunciado el recurso. Por tratarse de cuestión que afecta al orden público procesal, ha de ser examinada prioritariamente.

Y ha de desestimarse, por cuanto según se constata, el recurso de reposición formulado contra la providencia de fecha 10 de marzo de 1995, fue resuelto por auto de fecha 8 de febrero de 1996, notificado a las partes, que desestima el recurso; y contra el que no cabe recurso alguno. *El recurso de reposición no tiene efecto devolutivo, ni tampoco suspensivo, conforme a lo dispuesto en el art. 184.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995/1144 y 1563), en relación con el art. 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al decirse que 'sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada'; siendo por ello intrascendente que la impugnación al recurso de suplicación se formulara con anterioridad, pues los autos fueron elevados a la Sala con posterioridad[...].»*

La resolución que dicte el órgano Jurisdiccional resolutorio del remedio interpuesto, que deberá adoptar la forma de auto, ex artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no podrá ser objeto de recurso, artículo 184.2.º, con independencia de la responsabilidad civil que pueda derivarse de conformidad a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La forma de auto, legalmente exigida, no provocará lesión

constitucional pero sí procesal merecedora de nulidad, si el *iudex* adopta por error el medio formal de providencia, como así ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de junio de 1992⁷⁵, Fundamento de derecho quinto:

«Se imputa también, finalmente, a la citada providencia la lesión del art. 24.1 de la Constitución por no haber adoptado dicha resolución la forma de auto, con infracción de lo dispuesto en el art. 151 de la LPL y preceptos concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de una queja totalmente inconsistente, pues, aun cuando pueda constituir una transgresión de una norma procesal, atendiendo a que sólo mediante auto ha de ser resuelto un recurso de reposición, conforme previene el art. 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, carece de la relevancia constitucional que se le atribuye. El defecto referido comporta aspectos que se desenvuelven en el ámbito de la determinación del alcance de la ley procesal. Y como es harto reiterado, el Tribunal, 'en cuanto no es juez de incorrecciones técnico-procesales' [STC 56/1987 (RTC 1987/56)], carece de competencia para pronunciarse sobre tales cuestiones, salvo que dichas incorrecciones vulneren manifiestamente un derecho fundamental, lo que no acaece en el presente caso, porque la utilización procesalmente inadecuada de providencia en vez de auto no tiene trascendencia para ningún derecho fundamental[...].»

V. SUSTANCIACIÓN DEL REMEDIO DE REPOSICIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000

Modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 el secular plazo de 3 días para interponer el recurso de reposición. Cómputo temporal modificado en el artículo 452 que lo eleva a 5 días. Incremento justificable por la enorme perentoriedad que el anterior mantenía. Omite, a semejanza del anterior Texto, la determinación del *dies a quo* a partir del cual debe formalizarse el remedio y que no debe ser otro que el de la correcta notificación de la providencia o del auto.

Supera la nueva Ley de Enjuiciamiento, la polémica exigencia de citar los preceptos legales infringidos para la reposición contra providencias —ex artículo 377— omitiendo la de autos —por el si-

74. (AS 1997, 837).

75. (RTC 1992, 96).

lencio que contiene el precepto 380—. El artículo 452 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 no distingue en la reposición contra autos y providencias, siendo de obligado cumplimiento para el recurrente la cita de los preceptos infringidos en su opinión. Es interesante la expresión que plasma el legislador en este tipo. No se trata de la correcta norma infringida, sino la *presuntamente infringida* a juicio del promotor. La diferencia entre una y otra, estimo, es que la correcta fundamentación jurídica del recurso de reposición carece de una eficacia decisoria a la hora de admisión del mismo, por un lado. Y por otro, que el *iudex* podrá corregir en el auto resolutorio cualquier error que estime haber cometido independientemente del denunciado por la parte. Esta posibilidad se encuentra amparada por la redacción del artículo 452 lo que causa una disminución del principio dispositivo de la partes para dar paso al de oficialidad, control *ex officio* del órgano jurisdiccional de la compatibilidad de la resolución emitida con el Ordenamiento jurídico. Lo que conecta con aquella concepción doctrinal —ya citada— que fundamenta el recurso de reposición en la complejidad de los asuntos que justifica que un error en la resolución recurrida pueda ser corregida en la resolución del remedio.

La formalización del remedio en el plazo de 5 días junto a su fundamentación se manifiestan como requisitos de ineludible cumplimiento, presupuestos de admisibilidad del mismo. La no concurrencia de éstos motivará el rechazo por el *iudex* articulándolo mediante providencia que será irrecurrible, ex artículo 452. II. Si bien nada tengo que objetar respecto al presentado *ex tempore*, si debo manifestar mi extrañeza que la omisión de la fundamentación jurídica del remedio provoque su inadmisión, máxime cuando la ley no exige el precepto estricto que ocasione la lesión del Ordenamiento jurídico sino el que crea la parte.

Mantiene la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 el tramite potestativo de impugnación del recurso en el artículo 453.1.º en términos semejantes al establecido en el artículo 378. I de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y al artículo 380 por remisión a este último.

Distinto de la anterior normativa es aquel plazo para resolver impuesto al órgano jurisdiccional. Si el artículo 379 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 lo fijaba en tres días, el artículo 453.2

aumenta el mismo hasta los cinco días. La forma procesal será mediante auto, por expresa indicación del artículo 453.2.º.

Quizás la modificación más importante es aquella que afecta a la impugnabilidad de los autos resolutorios del remedio de reposición. La posibilidad de interponer contra éstos recurso de apelación en un solo efecto, ex artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, es transformada imposibilitando el acceso a la misma como resolución independiente de la dictada o que en su día se dicte sobre el fondo del asunto. Esta imposibilidad de acceder al recurso de apelación, como ya hemos apuntado, se adoptó como medida para evitar dilaciones indebidas a través de la impugnación de resoluciones interlocutorias, como es recogida por el punto XIII de la Exposición de Motivos de la nueva Ley y en nada afecta a la regulación del recurso de reposición regulado en la Ley de Procedimiento Laboral.

LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

(Jornada de estudio en la Universidad Pompeu Fabra)

En la mañana del 28 de Mayo (1999) se celebró en la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra un Seminario para Profesores de Derecho Procesal y Areas afines sobre los actos de comunicación en el proceso civil. Director de la sesión fue el Prof. Dr. Francisco Ramos Méndez, titular de la Cátedra de Derecho Procesal y la preparación y desarrollo del seminario contó con la valiosa colaboración de la Becaria de Investigación Noelia Furquet Monasterio y de la Dra. Belén Mora Capitán, Profesora del Departamento de Derecho Procesal.

El seminario tuvo dos ilustres protagonistas, especialistas en la materia: el Profesor Italo Andolina, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Catania (Sicilia) y el Prof. Osvaldo Gozaíni, Catedrático de la Universidad de Belgrano (Buenos Aires), con los cuales debatieron los Catedráticos y Profesores de las Universidades de Barcelona (Central, Autónoma y Pompeu Fabra) que acompañaron al Prof. Ramos Méndez en esta ocasión.

El tema sobre el que giró la jornada (los actos de comunicación en el proceso civil) acaso no sea de los de mayor rigor y dificultad científica, pero tiene una importancia técnica y práctica de primer orden. Ya se apuntaba así al convocar la sesión, cuyos objetivos

eran conocer como están organizados estos actos en otros sistemas comparados, explicar su funcionamiento en la práctica y valorar la eficacia del sistema vigente. Si alguna duda podía plantearse acerca de la significación y trascendencia de los actos de comunicación, quedó disipada por la introducción realizada por Noelia Furquet. En la presentación de *Power Point* que ilustró el comienzo de las exposiciones quedó reflejado estadísticamente que la mayor parte de los retrasos de la justicia son debidos principalmente a la práctica de los actos de comunicación en el proceso.

La presentación inicial fue seguida de una introducción del Director de la sesión Prof. Ramos Méndez, que habló de la conveniencia de establecer puentes de paso con la realidad y de la necesidad de conocer la práctica en cualquier materia y singularmente en la de los actos de comunicación. Presentó a los dos Profesores visitantes y concedió un primer turno de intervención al Prof. de Catania Italo Andolina.

El Prof. Andolina centró su exposición en las últimas reformas acaecidas en la regulación de los actos de comunicación en el derecho italiano. Expuso la polémica suscitada en las notificaciones postales cuando el agente postal no entrega el acto en las manos del destinatario, lo que ha provocado el cambio de redacción de la ley para adecuarla a las exigencias constitucionales. Otro tema que trató fue el de las disposiciones en materia de notificación en casos de «controricorsi» y «ricorsi incidentali». Se refirió asimismo a la nueva L. de 21 de enero de 1994, n.º 53, por la que se regula la facultad de notificación de actos civiles, administrativos y extrajudiciales entre abogados y procuradores legales. Por último, hizo mención a las repercusiones que había tenido en el proceso la L. 7 junio de 1993, n.º 183, por la que se permite, una vez iniciado el proceso, el uso del fax en las transmisiones de actos judiciales entre abogados. Precisamente estos dos últimos temas, no contemplados en nuestro ordenamiento, el uso del fax y la notificación entre los representantes de las partes al margen de la oficina judicial, centraron el debate posterior en el que el prof. Andolina pudo aportar la experiencia italiana.

A continuación el Prof. Gozaini explicó como está regulada la materia en el Código Procesal de la Nación Argentina y las diferencias con los Códigos de algunos Estados. La República Argentina es

un Estado federal y cada Estado o Provincia puede disponer y de hecho dispone de un Código procesal propio. Tal situación conduce a la existencia de regulaciones diferentes que en no pocos casos es perjudicial para los Abogados y profesionales e incluso para los ciudadanos ya que los términos o plazos y los requisitos de forma pueden variar de un Código a otro que acaso rige en un lugar muy próximo de la capital, que a veces es un barrio inmediato o que está separado por una simple calle. Expuso el Prof. Gozaini la difusión de la informática para realizar los actos de comunicación, el empleo de cédulas con diferente colorido según la naturaleza de los procesos, para facilitar así su distinción, ilustrando su exposición con representaciones y cuadros gráficos, que permitieron a los presentes establecer comparaciones con la regulación positiva de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Hizo también referencia a que a veces el cambio de domicilio se utiliza para provocar un cambio en la competencia territorial.

A continuación tomó de nuevo la palabra el Prof. Ramos Méndez y en su cualidad de Director del Seminario, tras una síntesis de las primeras intervenciones, invitó al Prof. Serra Domínguez (Catedrático de la Universidad de Barcelona) para debatir sobre el tema.

El Prof. Serra se refirió a la importancia de que los actos de comunicación estén bien regulados en la ley procesal junto con la importancia de que su práctica se realice con las debidas garantías. Se mostró crítico con el funcionamiento del Servicio de Actos de Comunicación (el llamado S.A.C.) y recordó sus primeros tiempos de ejercicio de la Abogacía comparándolos con la realidad presente, en la que todo se ha vuelto mucho más complejo y dilatorio. Se mostró también crítico con la regulación que sobre la materia contiene el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil que —dijo— «ha sido preparado por profesores que no han pisado nunca un Juzgado ni un Tribunal» y que por eso está tan alejada de la realidad. Incidió también en las dificultades que presenta la utilización del «fax» para las comunicaciones y se refirió especialmente a la deficiente preparación de los funcionarios de la oficina judicial, que contrasta con la situación de hace años (el Dr. Serra manifestó que conoce la realidad a través de cuarenta y un años de ejercicio profesional) en que los excelentes Oficiales y Secretarios sólo con máqui-

nas de escribir suplían ventajosamente todo lo que hoy se puede hacer con los medios informáticos.

A continuación el Prof. Ramos Méndez requirió al Prof. Vázquez Sotelo (Catedrático de la Universidad de Barcelona) para que manifestase sus puntos de vista.

El Prof. Vázquez Sotelo dijo que para tratar de tender puentes con la realidad su intervención iba a ser algo pesimista. Criticó la regulación dispersa de la materia en diversas leyes: si se ha optado por una Ley Orgánica del Poder Judicial que no es sólo una ley de demarcación y planta de los órganos jurisdiccionales sino una ley que funciona como una especie de «ley procesal general» para todos los procesos u órdenes jurisdiccionales, lo lógico habría sido residenciar en la L.O.P.J. la regulación integral de los actos de comunicación válida para todos los juicios y para todas las manifestaciones procesales (sin perjuicio de alguna especialidad que tuviera razón de ser). Una regulación unitaria, reunida en un solo código, facilita al práctico el conocimiento y el cumplimiento de los requisitos formales y aporta seguridad jurídica. Criticó después el funcionamiento del Servicio de Actos de Comunicación. Fue recibido como la promesa de modernización de las notificaciones judiciales (a semejanza de la Cámara de notificaciones de Buenos Aires) y ha sido, dijo, «el peor invento que se pudo hacer para modernizar este aspecto del procedimiento civil». No ha servido para agilizar las notificaciones sino cabalmente para introducir enormes dilaciones y es el causante de que los autos de muchos procesos se llenen de páginas totalmente inútiles. Sobre la utilización del «fax» ilustró su opinión (coincidente con la del Prof. Serra) con una experiencia del verano pasado demostrativa de los inconvenientes que puede presentar la notificación de resoluciones mediante fax sin tener la certeza de si las recibe el Abogado o la empleada de la limpieza. Censuró también la regulación del Anteproyecto en cuanto al intercambio y notificación de los escritos mediante entrega directa de los Procuradores o Letrados entre sí en lugar de la mediación del Juzgado o Tribunal. Sostuvo que esta novedad, si llega a ser promulgada, no podrá funcionar satisfactoriamente.

Tras una intervención del Prof. Just Franco Arias (Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona) sobre el papel a desempeñar por los dos profesionales que actúan en el proceso (el Aboga-

do y el Procurador) tomó de nuevo la palabra el Prof. Ramos Méndez que en relación con el empleo de la informática y del «fax» para las comunicaciones procesales preguntó a los intervinientes si alguien deseaba regresar a los tiempos en que la contabilidad de un Banco se llevaba por aquéllos llamados «contables de manguito» que anotaban sus asientos utilizando plumas de escribir e inquirió si alguno de los presentes defendía volver a esa situación.

Los Profs. Serra y Vázquez Sotelo insistieron en sus posiciones críticas si bien las matizaron en el sentido de que nadie pretende hoy prescindir del ordenador ni del valioso auxilio que deben representar los medios informáticos aplicados a la Administración de Justicia. La crítica es creer que sólo con instalar ordenadores e impresoras en los Juzgados ya se moderniza la técnica procesal cuando lo más importante son los funcionarios, cuya formación ha sido muy desatendida en los últimos años. No basta que un Oficial o un Auxiliar de una Secretaría sepa manejar el ordenador. Si carece de la indispensable técnica procesal valdrá muy poco lo que pueda hacer con los instrumentos informáticos. El ordenador sólo no escribe correctamente las declaraciones ni redacta las providencias. Hoy, con ordenadores en los Juzgados, y antes sin ellos, se ha observado que en una misma ciudad mientras un Juzgado funciona casi a la perfección el contiguo puede ser un desastre, por lo que la diferencia en la calidad del funcionamiento no debe verse únicamente en la dotación de máquinas modernas sino en el equipo humano que integra cada órgano judicial.

El Prof. Ramos volvió a conceder la palabra a los Profesores visitantes. El Prof. Andolina insistió en la distinción fundamental que utiliza el Código procesal civil italiano entre la primera notificación de la demanda o citación a juicio, que debe ser realizada con toda clase de garantías para evitar nulidades y situaciones de indefensión, y las notificaciones y comunicaciones una vez iniciado el proceso, para las cuales debe utilizarse la colaboración profesional de los representantes jurídicos de las partes (Abogados y Procuradores). Todos los intervinientes se mostraron conformes con esta idea fundamental. También en la práctica del proceso civil español las notificaciones, citaciones y requerimientos que se realizan a través de los representantes de las partes, se vienen realizando con total satisfacción. El Juzgado puede responsabilizar al Procurador de la

comparecencia de su representado el día y hora señalado y se viene cumpliendo razonablemente bien en la realidad.

Finalizando su intervención el Prof. Andolina quiso obsequiar a la Cátedra de Derecho Procesal de la U.P.F. con un ejemplar de la obra que en tres volúmenes recoge las relaciones, ponencias y comunicaciones al Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en 1.997 en la bella ciudad siciliana de Taormina por la Asociación Internacional de Derecho Procesal, bajo la dirección científica del Prof. Italo Andolina, sobre el tema genérico «Transnational aspects of procedural law».

El aplauso de los asistentes dejó constancia de la felicitación a los Profesores visitantes de Catania y de Buenos Aires y el agradecimiento por todas las intervenciones, así como especialmente al Prof. Andolina la valiosa obra del Congreso Internacional que dirigió y que dejó dedicado a la Cátedra de Derecho Procesal de la U.P.F. El Prof. Ramos Méndez clausuró la sesión agradeciendo a los presentes su participación y manifestando que esta jornada de estudio había demostrado la importancia de los actos de comunicación para la buena marcha del proceso, por lo que a la vista de su gran interés y de haberse agotado el tiempo de esta sesión el debate quedaba abierto para futuras ocasiones.

M.^a José Moraga Llop
(U.P.F.)

EXEQUÁTUR DE TÍTULOS PUBLICADOS

RECENSIÓN DE LA OBRA DEL DR. STEFAN LEIBLE «PROCESO CIVIL ALEMÁN»

Transcurridos varios decenios desde que nuestros clásicos —fundamentalmente el Prof. PRIETO-CASTRO— tradujeran algunas de las obras más representativas de ilustres procesalistas germanos cuya influencia se extendería hasta tierras latinoamericanas, las sociedades de habla hispana y, con ellas, el extenso mundo del Derecho en general, han experimentado notables avances fruto, en buena medida, de los numerosos cambios habidos a lo largo de estos últimos años.

Sin embargo, consolidadas las bases de la Unión Europea y estrechados los lazos sociales, políticos y económicos con Latinoamérica, subsisten todavía hoy múltiples interrogantes por resolver, entre los cuales figura en lugar destacado el del Derecho, que lejos de haberse actualizado y uniformado en las diferentes naciones europeas y latinoamericanas, no ha sabido dar respuesta todavía a los implacables cambios provocados por el fenómeno de la mundialización.

Y es que ya no se trata tan sólo —como afirmaba un reputado jurista suizo de finales del siglo pasado cuya acertada cita recoge el Prof. LEIBLE en la introducción de su obra— de adentrarse en el estudio del Derecho comparado para «ampliar horizontes», hoy conquistados, sino de ponerse cuanto antes «manos a la obra» para uni-

ficar los múltiples ordenamientos jurídicos con que cuenta actualmente este nuevo mercado de personas y capitales y que, muy especialmente en el ámbito procesal, suponen ciertamente hoy en día la más anacrónica modalidad de fronteras entre países.

A intentar alcanzar este importantísimo reto se dirige indiscutiblemente la obra del Prof. Stefan LEIBLE «*Proceso civil alemán*», autor de un extensísimo catálogo de estudios y publicaciones tanto de Derecho alemán como de Derecho comparado, en los que casi siempre está presente el elemento hispano. Como afirma acertadamente LEIBLE, sin un Derecho Procesal civil eficaz no hay progreso económico, por cuanto que pilar básico de cualquier economía de mercado es el principio de seguridad jurídica, indisolublemente unido a un correcto funcionamiento de la Justicia civil de un determinado país.

A través de la obra que hoy tenemos ocasión de presentar, el Prof. LEIBLE ofrece así al mundo de habla hispana una visión clara y pedagógica de la jurisdicción civil alemana, exponiendo en ella cuál es el modelo de proceso civil actualmente vigente en Alemania como uno de los muchos modelos existentes en el mundo y particularmente en Europa cuyas instituciones —¿porqué no?— podrían ser imitadas, corregidas o perfeccionadas por otros ordenamientos jurídicos. Se trata en definitiva de aportar ideas y de proponer soluciones, en aras a lograr esa necesaria superación de las actuales barreras jurídicas que frenan y entorpecen el inexorable avance de los intercambios sociales, políticos y económicos entre naciones.

Por este motivo LEIBLE ofrece al lector un libro claro y didáctico, tanto de contenido como de forma, rehuendo de excesivos subapartados, subdivisiones o citas (que *a priori* interesan más al científico que al lector extranjero), sin descuidar no obstante una completa reseña bibliográfica que ofrece al principio de cada tema. De su lectura se desprende, asimismo, los profundos conocimientos que tiene el autor no sólo de su herramienta primordial de trabajo —la *Zivilprozeßordnung* o ley procesal civil alemana— sino también de sus máximos intérpretes, como son la jurisprudencia y doctrina germanas, a lo cabe añadir sus excelentes conocimientos como civilista y buen conocedor del Derecho sustantivo, indispensables en una materia que como el Derecho no puede dividirse en compartimentos estancos.

La obra del Prof. LEIBLE viene a colmar así el hasta ahora vacío doctrinal existente en materia de manuales de Derecho procesal civil alemán traducidos al castellano, y constituirá sin lugar a dudas un referente obligado para todos aquellos juristas de habla hispana que deseen adentrarse en el estudio del Derecho procesal civil alemán, tanto para conocer desde un punto de vista práctico sus instituciones, como para trabajar, desde un punto de vista doctrinal y científico, en la construcción de una futura aproximación y/o unificación de nuestras actuales jurisdicciones civiles.

Juan Pablo CORREA DELCASSO
 Doctor en Derecho. Abogado.
 Profesor de Derecho Procesal de la U.B.

CATALÀ COMAS, Chantal. *Ejecución de Sentencias de Hacer y No Hacer*. Barcelona, José María Bosch, Editor, 1998.

Català Comas, doctora en Derecho Procesal por la Universidad Pompeu Fabra, analiza en este libro el tema de la ejecución de las sentencias cuyo fallo es una condena de hacer o de no hacer.

La obra está prologada por el Dr. Francisco Ramos Méndez, catedrático de Derecho Procesal. En él destaca el reto que supone la realización de la obra por parte de su autora al tratarse de un tema poco claro jurídicamente y poco mimado por la doctrina.

La obra sigue la siguiente estructura: introducción, cuatro capítulos —la ejecución dineraria, la ejecución de condenas de hacer, la ejecución de condenas de no hacer y el procedimiento—, las conclusiones y el apéndice bibliográfico.

En la introducción la Dra. Català aclara que el libro es fruto de su tesis doctoral que le mereció la calificación de apto cum laude por unanimidad y agradece a diversos juristas que la han ayudado en su tarea.

El libro se divide en cuatro capítulos. En el primero, la ejecución dineraria, la autora centra el objeto de investigación de su estudio: la efectividad de la ejecución de una sentencia firme con condena de hacer algo o de no hacerlo. Señala las pocas oportunidades que ofrece al respecto la Ley de Enjuiciamiento Civil (vigente en el momento de redacción de la tesis) y hace un encuadramiento doctrinal de este tipo de ejecuciones para finalizar con el análisis detalla-

do y puntual de las actividades típicas de ejecución en este tipo condena. En el último apartado expone su hipótesis de trabajo.

El capítulo segundo se dedica al tema de la ejecución de condenas de hacer, subdivididas en condenas a un hacer fungible, condena a un hacer infungible y condenas a emitir una declaración de voluntad. En esta sección se estudian diferentes supuestos (sentencia constitutiva, condena a otorgar escritura pública y condena a concluir un contrato, con especial atención a la figura del precontrato). En las primeras partes del capítulo sigue un esquema casi idéntico: definición del concepto, modalidades o posibilidades de cumplimiento de la resolución firme dictada por el juez, análisis de la estructura de la ejecución. Concreta medidas previstas que se pueden solicitar en el derecho vigente en nuestro país y hay una extensa referencia a figuras afines que rigen en derecho comparado, de las que se analizan virtudes y defectos. La autora propone medidas a adoptar para conseguir la ejecución «in natura» de la condena. Asimismo, se debate el tema de la transformación en el equivalente pecuniario y el resarcimiento de daños y perjuicios en el caso de prestación incumplida o defectuosamente cumplida, más la indemnización stricto sensu.

La ejecución de condenas de no hacer se trata en el tercer capítulo y sigue la misma configuración que el capítulo anterior: concepto, estructura, las posibilidades de la ejecución «in natura» de la sentencia recaída en autos con las medidas concretas que puede llevar a cabo el ejecutante para forzar legalmente la voluntad del ejecutado, las soluciones en el derecho español y las soluciones que se adoptan en los países de nuestro entorno más directo jurídicamente, como Francia, Gran Bretaña, Alemania, Italia o Portugal. También se aborda la problemática de la eliminación de los efectos ya producidos con un análisis de los diferentes tipos de condenas. Se termina el capítulo con el resarcimiento de daños y perjuicios.

El procedimiento de la ejecución de sentencias con este tipo de condenas es el núcleo central del capítulo cuarto y último. La Dra. Català expone cómo iniciar la ejecución, su solicitud, tramitación y despacho, la posibilidad de embargo ante la falta de cumplimiento inmediato de la condena dictada, las posibles medidas cautelares a emprender por el ejecutante, el resultado de las medidas adoptadas cautelarmente en ejecución y los diferentes resultados posibles de su

conclusión incluida la imposibilidad de llevarla a término. Siguen unas páginas dedicadas a la oposición que puede alegar el ejecutado, su contenido y los medios (tipo de declarativo y posibilidad de recursos o incidentes que se pueden plantear). Finaliza el tema con las costas de la ejecución definitiva.

El libro termina con las conclusiones, diecinueve en total, que sintetizan el contenido de una obra que une a su gran pragmatismo una lectura amena y ágil. Se complementa con un apéndice bibliográfico.

Marta VIDAL ESCOBEDO
Procuradora Tribunales