

JUECES *para la* **DEMOCRACIA**

INFORMACION Y DEBATE

J. E. Faria, Las metamorfosis del derecho. **M. Comas d'Argemir**, La reforma de la justicia. **I. Perelló Doménech**, Sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. **J. Fernández Entralgo**, La guerra del baremo. **F. J. Álvarez García**, La justicia penal en España. **M. Atienza-J. Ruiz Manero**,. Para una teoría general de los ilícitos atípicos. **G. Pisarello**, Las afinidades constitucionales de Habermas. **R. Sarazá Jimena**, La prueba en la nueva LEC. **J. Bayo Delgado**, La nueva LEC en materia de familia. **J. Mouraz Lopes**, La crisis de la justicia penal en Portugal.

En este número: Alvarez García, Francisco Javier, catedrático de Derecho Penal (Universidad de Cantabria).
Atienza Rodríguez, Manuel, catedrático de Filosofía del Derecho (Universidad de Alicante).
Bayo Delgado, Joaquín, magistrado, juez-decano de Barcelona.
Comas d'Argemir, Monserrat, juez de instrucción (Barcelona).
Faria, José Eduardo, profesor asociado de sociología y Filosofía Jurídica, Universidad de Sao Paulo (Brasil).
Fernández Entralgo, Jesús, magistrado, Audiencia Provincial (Madrid).
Mouraz Lopes, José, magistrado, director de la revista "Sub iudice" (Coimbra, Portugal).
Perelló Doménech, Isabel, magistrada, letrada del Tribunal Constitucional.
Pisarello, Gerardo, investigador de la Universidad de Tucumán (Argentina), profesor invitado en la Facultad de Derecho de Alicante.
Ruiz Manero, Juan, catedrático de Filosofía del Derecho (Universidad de Alicante).
Sarazá Jimena, Rafael, juez de primera instancia (Sevilla).

Jueces para la Democracia. Información y Debate
publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Manuela CARMENA CASTRILLO, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO, Carlos LOPEZ KELLER, Javier MARTINEZ LAZARO, Jesús PECES MORATE, Edmundo RODRIGUEZ ACHUTEGUI. Secretario de Redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4º B. 28036 MADRID. Suscripciones EDISA, c/ Torrelaguna, 60. 28043 MADRID.

Precio de este número: 1.250 ptas. (IVA INCLUIDO)

Suscripción anual (nacional): 3.000 ptas. (3 números).

Europa: 4.000 ptas.

Resto: 5.000 ptas.

Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Unigraf, S. A., Móstoles (Madrid).

INDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	
— <i>Las metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo</i> , José Eduardo Faria.....	3
— <i>La reforma de la justicia</i> , Monserrat Comas d'Argemir.....	13
— <i>Sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas</i> , Isabel Perelló Doménech	16
— <i>La guerra del baremo: la sentencia</i> , Jesús Fernández Entralgo	27
— <i>La justicia penal en España</i> , Francisco Javier Alvarez García	37
Estudios	
— <i>Para una teoría general de los ilícitos atípicos</i> , Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero	43
— <i>Las afinidades constitucionales de Habermas</i> , Gerardo Pisarello.....	50
Teoría/práctica de la jurisdicción	
— <i>La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil</i> , Rafael Sarazá Jimena.....	57
— <i>Parejas, dudas y cintas de vídeo. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de familia</i> , Joaquín Bayo Delgado	81
Internacional	
— <i>¿Un país, dos sistemas? A propósito de la 'crisis' de la justicia penal en Portugal</i> , José Mou- raz Lopes	93
Apuntes	
— <i>De los delitos de terrorismo y de las penas</i>	99
— <i>¿Cuarto turno o tercer grado?</i>	100
— <i>¿Tumbar... sentencias?</i>	100
— <i>La Fiscalía de Albacete replica</i>	101
— <i>Pero...</i>	102

DEBATE

Las metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo

José Eduardo FARIA

Entre las innumerables consecuencias de las nuevas formas de organización económica surgidas con la reconstrucción del capitalismo, como la transnacionalización de los mercados, la movilidad casi ilimitada alcanzada por la circulación de los capitales y la compresión del tiempo y del espacio gracias al avance de la informática, de las técnicas de información, de las telecomunicaciones y de los sistemas de transporte, hay dos que están afectando profundamente al mundo y ámbito del derecho positivo. Por causa de ellas sus normas vienen perdiendo gradualmente la capacidad de ordenar, moldear y conformar la sociedad. Y sus mecanismos procesales tampoco consiguen ya ejercer de manera eficaz su papel de absorber tensiones, dirimir conflictos, administrar disputas y neutralizar la violencia.

I

La primera de esas consecuencias es la aceleración en progresión geométrica del proceso de diferenciación socioeconómica. Los sistemas técnico-científicos, productivos, financieros y comerciales se singularizan cada vez más y se subdividen continuamente con fundamento en nuevas especializaciones. Al actuar en áreas crecientemente específicas tienden a producir sus propias reglas, sus propios procedimientos, sus propias racionalidades y sus propias concepciones de la justicia. A su vez, esa tendencia a la autonomía de los diferentes subsistemas amplía extraordinariamente la complejidad del entramado jurídico, dificulta el trabajo de producción normativa por parte de los legisladores, y además da lugar a que la legislación dictada por éstos tenga condicionada su efectividad a la aceptación de sus prescripciones por parte precisamente de los distintos sistemas a los que debería disciplinar, cuadrar, regular y controlar, colocando así en jaque a la propia centralidad de los poderes públicos. Expuesta la cuestión con otras palabras, si la autonomía es, por definición, *autorregulación*, ¿cómo sería posible la efectividad del derecho positivo en cuanto *regulación externa* de los sistemas?

La segunda consecuencia, surgida en la dinámica de la reestructuración industrial, de la reordenación de los espacios económicos y de las nuevas formas de organización del capitalismo globalizado, es la fragmentación de la producción; esto es particular-

mente importante porque desencadena un proceso irreversible de cambios que provocan alteraciones cíclicas en el sistema macroeconómico, llevando a la creación y destrucción de situaciones competitivas, productos, empresas, mercados e incluso sectores industriales enteros. En el ámbito de la nueva división internacional del trabajo, los nuevos modelos competitivos llevan a empresas y agrupaciones a procurar extraer todas las ventajas posibles de la ubicación de sus unidades fabriles. Gracias a la sustitución de las enormes y rígidas plantas industriales de carácter fordista-taylorista por otras más ligeras, compactas, flexibles y multifuncionales, las empresas y conglomerados pueden distribuir entre distintas ciudades, regiones, naciones y continentes las diferentes fases de fabricación y montaje de sus bienes. Esa facilidad de trasladar sus plantas industriales les otorga un extraordinario poder para especular con el lugar de su instalación ante las diferentes instancias de los poderes públicos de cualquier Estado, a cambio de incentivos fiscales, exenciones tributarias, préstamos con intereses financiados, infraestructura a costo cero y adaptación de las legislaciones social, laboral, de previsión, ambiental y urbanística a sus necesidades e intereses. Así, las disputas para atraer inversiones directas terminan muchas veces adquiriendo contornos verdaderamente salvajes y predatorios, principalmente en términos de renuncia por las diferentes instancias del poder público, de una parte de su autonomía decisoria y de su soberanía fiscal.

Ante el policentrismo que caracteriza hoy a la economía globalizada, que debilita extraordinariamente algunos de los principios básicos de la soberanía (como los de la supremacía, indivisibilidad y unidad del Estado-nación), el derecho positivo y las instituciones judiciales pasan a afrontar enormes limitaciones estructurales. Una de ellas es la reducción de una parte significativa de su jurisdicción: habían sido concebidos para actuar dentro de límites territoriales precisos con base en los instrumentos de violencia monopolizados por el Estado, por lo que su alcance tiende a disminuir en la misma proporción en que las barreras geográficas van siendo superadas tanto por la expansión de las tecnologías de la información y producción, de las redes de comunicación y de los sistemas de transportes, como por la yuxtaposición y entrecruzamiento de nuevos centros de poder (con el subsiguiente peligro de ruptura del vínculo entre ciudadanía y nacio-

nalidad). Y cuanto mayor es la velocidad de ese proceso, más tienden justicias y normativas paralelas a puentear al derecho positivo y a los tribunales en su papel garante del control de legalidad: justicias y normativas que emergen en espacios infraestatales, surgidas de las necesidades reales de diferentes sectores sociales cuyos intereses no encuentran el acomodo necesario en las instituciones jurídico-judiciales formales; o bien las que se han forjado en espacios supraestatales, por efecto de los procesos de armonización legislativa, unificación normativa y disciplina organizativa inherentes al fenómeno de la globalización económica y a las experiencias de integración regional resultantes de la proliferación de instituciones internacionales no emanadas directamente de la autoridad de los Estados.

En el primer caso están floreciendo, por ejemplo, los más variados procedimientos negociales y mecanismos paraestatales de resolución de conflictos bajo la forma de mediación, conciliación, arbitraje, autocomposición de intereses y autorresolución de divergencias, e incluso de imposición de la ley del más fuerte en las inexpugnables áreas periféricas controladas por el crimen organizado y el narcotráfico. En el segundo caso se van ampliando, perfeccionando y engrosando en progresión geométrica los mecanismos reguladores y controladores de los más variados organismos multilaterales, como el Banco Mundial, el Banco Monetario Internacional, la Organización Mundial de Comercio, el Banco para las Compensaciones Internacionales, el Comité Internacional para la Uniformidad Contable, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, o la Unión Europea, la Nafta, el Mercosur, etc. Paralelamente, y de modo igualmente veloz, en ese contexto en el que el protagonismo de las relaciones internacionales ya no es exclusivo ni de los Estados ni de instituciones intergubernamentales, se va expandiendo también el derecho de los contratos internacionales (la llamada nueva *Lex Mercatoria*), las reglas de carácter técnico inherentes a los modelos predominantes en el campo de la microelectrónica (la llamada *Lex Informatica*) y la normativa autoproducida para disciplinar sus actividades por conglomerados empresariales, institucionales financieras y redes de comercialización de bienes y servicios.

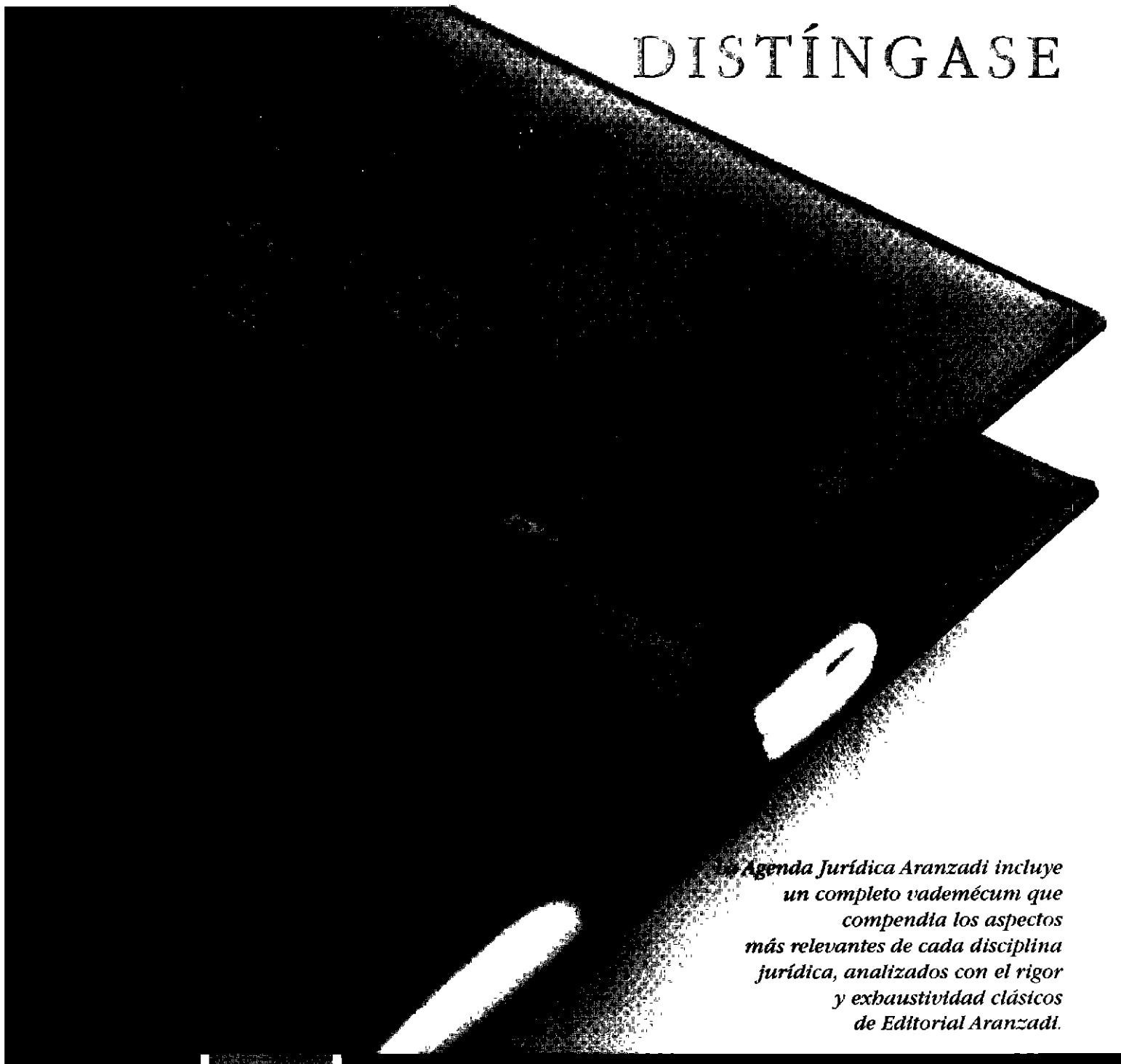
En la actualidad, al menos la tercera parte de las actividades de las treinta y siete mil empresas transnacionales que actúan en la economía globalizada por medio de doscientas mil razones sociales subsidiarias, es realizado entre ellas mismas. Consecuentemente, el comercio intra-firmas es una importante fuente autónoma de principios, reglas y procedimientos jurídicos, o sea, de producción privada de derecho. Dicho de otra manera, las relaciones contractuales entre esas empresas constituyen una forma de organización privada de la producción, comercialización y distribución, estableciendo situaciones desiguales de poder y dependencia, con una lógica de subordinación, dominio, solidaridad y cooperación. Son relaciones contractuales permanentes, que se prolongan indefinidamente en el tiempo y por eso mismo terminan por forjar usos,

costumbres, obligaciones de lealtad y jerarquías informales. Así, con sus esquemas de coerción disciplinaria y control operativo que aseguran su cohesión funcional, esa organización privada de la producción y comercialización encierra mecanismos difusos de relaciones de poder, ramificados en formas locales y regionales que se materializan en prácticas organizativas de las empresas con actuación transnacional, sobrepasando los límites de las normas y procedimientos del ordenamiento jurídico de los Estados-nación.

Otra limitación estructural del derecho positivo y de sus instituciones judiciales guarda relación con la incompatibilidad entre su perfil arquitectónico y la creciente complejidad del mundo contemporáneo. De la misma forma como al final del siglo XI las reglas consuetudinarias fueron resultando insuficientes para regular las nuevas situaciones generadas por el crecimiento del comercio, la expansión de las ciudades y la administración de territorios —lo que condujo al redescubrimiento del *Corpus Iuris Civilis*, gran compilación y refinamiento de todo el derecho romano elaborado cinco siglos antes por el emperador bizantino Justiniano I— el derecho positivo actual y las instituciones jurídicas constituidas bajo su égida no consiguen ya dar cuenta de una realidad crecientemente heterogénea, pluralista y policéntrica. Sus normas tradicionalmente unificadoras y tipificadoras, dictadas con base en los principios de impersonalidad, generalidad, abstracción y rigor semántico, y organizadas bajo la forma de un sistema unitario, lógico, cerrado, jerarquizado, coherente y presentado como exento de lagunas o antinomias, son simples por demás para dar cuenta de una pluralidad de situaciones sociales, económicas, políticas y culturales cada vez más diferenciadas; su excesivo formalismo impide la visión de la complejidad socioeconómica y creciente singularidad de los conflictos; sus principios generales, sus reglas y sus procedimientos no consiguen ya regular y disciplinar, guardando la debida coherencia sistemática, hechos polifacéticos y heterogéneos.

Mientras tanto, como el Estado no puede dejar esos hechos sin algún tipo de control, se ve obligado a dictar normas *ad hoc* para casos altamente singulares y específicos, y cuanto más camina en esa línea su producción normativa, aumentando el número de textos legales que tienen un potencial de aplicación asaz circunscrito en el tiempo y en el espacio, más se va expandiendo el derecho positivo de manera confusa y desordenada. Las micro-racionalidades surgidas de esa expansión caótica se revelan incapaces de converger hacia una racionalidad macro, de tal modo que en una situación límite de "hiperjuridización" o "sobrerjuridización" (*Verrrechtlichung*), el derecho positivo no cuenta con una jerarquía de leyes y normas mínimamente articulada y con principios integradores compatibles entre sí. De ese modo, con vistas a su pretensión de abarcar una pluralidad de intereses intrincada y contradictoria, disciplinar comportamientos altamente particularizados y encauzar la acción de una enorme multiplicidad de actores y operadores jurídi-

DISTÍNGASE



La Agenda Jurídica Aranzadi incluye un completo vademécum que compendia los aspectos más relevantes de cada disciplina jurídica, analizados con el rigor y exhaustividad clásicos de Editorial Aranzadi.

Agenda Jurídica Aranzadi

RESERVE YA SU AGENDA

ref JD

Distíngase y adquiera hoy mismo su agenda. Llamenos al teléfono 902 444 144 o bien recímanos este cupón al fax 948 297 200 o por correo a **Editorial Aranzadi** C/ta Aniz Km 3,5 31486 Elcano - Navarra

Si, deseo la Agenda Jurídica Aranzadi y recibir ejemplares en la dirección que indico a continuación

Indique el modelo que usted desea
 Modelo piel con cierre de cremallera Modelo piel con cierre de lengüeta

Precio Agenda Jurídica Aranzadi 2001
 13 500 ptas sin IVA - 14 040 ptas con IVA
 Precio de renovación Agenda 2001
 5 500 ptas sin IVA - 5 720 ptas con IVA

Para su comodidad y como es costumbre de Editorial Aranzadi la renovación de la suscripción se realiza automáticamente, salvo orden en contra del cliente

Datos personales

Apellidos: _____ Nombre: _____
 Profesión: _____ Especialidad: _____
 Empresa: _____ Actividad: _____
 Domicilio: _____ Título: _____
 CP: _____ Población: _____
 Provincia: _____ NIF / CIF: _____ e-mail: _____

Forma de pago

- Giro bancario (cumplimento impreso de domiciliación bancaria situada abajo)
- Talón adjunto nominativo a **Editorial Aranzadi, S.A.** de _____ ptas
- Transferencia bancaria (solo Instituciones Publicas)

Autorización bancaria

Sr Director / del Banco / de la Caja: _____
 Sucursal: _____
 Localidad: _____

Autorizo a **Editorial Aranzadi, S.A. de Pamplona**, para que cargue los recibos que ha de librarme, a partir de la fecha, en mi cuenta corriente/libreta, con titular _____

Firma: _____

CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D C	NUM CUENTA

Después que nos devuelva este cupón, en un plazo de 15 días, comunicará a Editorial Aranzadi la renovación de la suscripción de la agenda para el año siguiente. Si desea cancelar la suscripción, deberá comunicarlo por escrito a Editorial Aranzadi, S.A. de Pamplona, C/ta Aniz Km 3,5 31486 Elcano - Navarra, antes del 15 de diciembre.

cos, acaba perdiendo su organicidad programática, su fuerza directiva; en una palabra, toda su efectividad potencial.

II

Ante la creciente integración a escala mundial de los sistemas productivo y financiero, la expansión de fuerzas e interacciones transnacionales, el subsiguiente debilitamiento de la capacidad de control e intervención sobre los flujos internacionales de capitales por parte de los bancos centrales, la permeabilidad entre los poderes —locales, regionales y supranacionales— y los intereses empresariales, la fragmentación de los espacios geopolíticos, la autonomía creciente de sectores económicos funcionalmente diferenciados y especializados y la interpenetración de la política internacional y la doméstica, el Estado contemporáneo se encuentra hoy ante un impasse (Willke, 1986, y Teubner, 1987): no consigue ya regular la sociedad y dirigir la economía por medio exclusivamente de sus instrumentos jurídicos tradicionales y de sus soluciones homogéneas y normalizadas, concebidas en términos rígidamente dicotómicos (constitucionalidad frente a inconstitucionalidad, legalidad frente a ilegalidad, público frente a privado, etc.), ni por el recurso a reglas y “constituciones directrices”¹ que introducen en el ámbito del sistema normativo valores, categorías y mecanismos incompatibles con la racionalidad jurídica. Con las intrincadas tramas y entrelazamientos promovidos por los diferentes sectores socioeconómicos en el ámbito de los mercados transnacionalizados y con la llegada de situaciones nuevas no reconocidas por los paradigmas jurídicos vigentes, el derecho positivo y sus instituciones judiciales tienen un alcance cada vez más reducido y una operatividad cada vez más limitada. Por otro lado, sin estar en condiciones de asegurar una eficaz regulación directa y centralizadora de las situaciones sociales y económicas, presionado por la multiplicación de las fuentes materiales del derecho, perdiendo progresivamente el control de la coherencia sistemática de sus leyes al sustituir normas abstractas, generales e impersonales por un sinnúmero de normas particulares, específicas y “finalistas” e incluso teniendo a su ordenamiento sometido a competición con otros, el Estado tropieza finalmente con los límites de su soberanía político-jurídica.

Ese impasse ha llevado tanto a los legisladores como a los propios gobernantes a revisar su política legislativa y sus técnicas normativas, intentando por un lado desvincular al Estado de sus funciones de planeamiento, regulación y control de la economía, y por otro capitulando ante el pluralismo en su oposición al monocentrismo jurídico, ante la diversidad y flexibilidad normativas frente a

la rigidez jerárquica de las leyes y códigos. Para reformular la estructura del derecho positivo y re-dimensionar el campo de acción de sus instituciones judiciales, legisladores y gobernantes vienen recurriendo desde los años ochenta a amplias y ambiciosas estrategias de descentralización, desformalización, deslegalización y desconstitucionalización ejecutadas a la par que se promueve la ruptura de los monopolios estatales, la enajenación de empresas públicas, la privatización de servicios esenciales, la abdicación del poder de regular o influir en la determinación de precios y salarios y en la fijación de cortapisas en los contratos laborales, en las condiciones de trabajo y en la reducción de los gastos sociales.

Esa estrategia ha venido determinada, entre otros factores, por una especie de cálculo de costo/beneficio: por un lado, legisladores y dirigentes se habían dado cuenta de que al procurar usar el derecho como instrumento de planeamiento y dirección económica abarcando las más diversas materias, habían intentado ir mucho más allá de lo que permiten la propia lógica y las estructuras del derecho; por otro, al no tener modo de ampliar, bien la complejidad estructural de su ordenamiento jurídico, bien la de la organización de su aparato judicial a un nivel equivalente al de la complejidad y diferenciación funcional de los diferentes sistemas socioeconómicos, y puestos, además de eso, frente al desafío de disciplinar situaciones todavía no estructuradas, inestables e imprevisibles, pasan a asumir una línea básicamente pragmática y no vacilan en optar por la desregulación, deslegalización y desconstitucionalización. Al final, si cuanto más intentan controlar, disciplinar, regular e intervenir, menos consiguen mantener la coherencia lógica y asegurar la organicidad de su derecho positivo y la efectividad de sus instituciones judiciales —como se puso en evidencia desde la “crisis fiscal” de los años ochenta y la consiguiente crisis de ingobernabilidad del sistema del Welfare State— no les queda otro camino para preservar su autoridad funcional: cuanto menos procuren controlar, disciplinar, regular e intervenir, menor será el peligro de acabar desmoralizados por la ineffectividad de su instrumental regulador y de sus mecanismos de control.

Las consecuencias de ese proceso de descentralización, desformalización, deslegalización y desconstitucionalización han sido contradictorias y paradójicas: por un lado, en algunos sectores —como por ejemplo en el plano socioeconómico— la desreglamentación viene siendo promovida a la par del aumento de regulación en otros, como en la esfera penal; además, muchas veces los proyectos de desreglamentación exigen como condición básica para su implantación una producción legislativa específica y altamente minuciosa (Santos, 1994); por otro lado, lejos de conducir a un vacío jurídico o a una laguna normativa, la desformalización y la desconstitucionalización han abierto el camino a una intrincada articulación de sistemas y subsistemas socioeconómicos internos y externos; en ese sentido, una parte significativa del derecho positivo del Estado viene hoy siendo “internacionalizada” por la

¹ “Constituições-dirigentes”: término utilizado por J.J.G. Canotilho para referirse a aquellas constituciones que ponen el énfasis en programas de desarrollo económico-social (nota verbal del autor).

expansión de la normativa autoproducida por los conglomerados empresariales y por el sistema financiero y sus estrechas relaciones con las innumerables reglas y procedimientos que emanan de los diferentes organismos multilaterales; a su vez, otra parte está siendo minada por la fuerza constitutiva de determinadas situaciones creadas por los detentadores del poder económico y por las nuevas fuentes de autoridad vinculadas a éste. Y como consecuencia, está siendo sustituida por un veloz crecimiento del número de normas paralelas en el plano infranacional, en la medida en que cada corporación empresarial y las cadenas productivas en que están insertas tienden a crear las reglas de que precisan y a juridizar sus respectivas áreas y espacios de actuación según sus conveniencias. De esta manera, la desreglamentación y la deslegalización a nivel estatal son nada más que otra forma de reglamentación y legalización. Se trata, por decirlo pronto y claramente, de una *re-reglamentación* y de una *relegalización*, a la altura de los propios sistemas socioeconómicos (Chevalier, 1987; Santos, 1995); más exactamente, a la altura de las organizaciones privadas capaces de efectuar inversiones productivas, crear empleo, generar ingresos tributarios, etc.

III

En ese escenario, esbozado en términos muy resumidos ¿qué queda del derecho positivo forjado con base en los principios de coherencia, previsibilidad, certeza y seguridad? Tras los conocidos procesos de "publicitación del derecho privado" y subsiguiente "administrativización del derecho público" que tuvieron lugar en el ámbito del Welfare State entre el final de los años cuarenta y comienzo de los setenta, lo que se obtiene a partir de la década de los ochenta es un ordenamiento jurídico fragmentado, sin unidad conceptual, lógica ni programática, incapaz de abarcar y proveer a la solución de todos los problemas jurídicos. En la medida en que muchos de esos problemas son dirimidos por normativas paralelas, el ordenamiento jurídico estatal pierde su centralidad y, sobre todo, su exclusividad. Deja de ser el vértice del sistema normativo para convertirse en parte de un polisistema. Deja de ser el punto básico de legitimación y legitimidad de un orden jurídico autoconcentrado en los límites de un territorio (Canotilho, 1993; Morand, 1999) y pasa a abrirse progresivamente a normas oriundas de organismos multilaterales y de centros transnacionales, regionales y locales.

A imitación del propio Estado-nación, que en ese escenario va dejando de ser un actor privilegiado para convertirse en una referencia más entre tantas otras en las negociaciones políticas y económicas y cuyo poder real sólo le permite adecuarse a un cuadro que le trasciende en muchos aspectos, ese ordenamiento se constituye como un sis-

tema normativo más entre otros varios igualmente válidos. Desde el punto de vista de su construcción interior, ese ordenamiento se destaca por su legislación básicamente "descodificada", formada por una multiplicación de leyes especiales sobre materias cada vez más específicas en los planos civil, societario, concursal, económico, tributario, fiscal, administrativo, laboral, de previsión y seguridad social, penal, etc.; expresándose bajo la forma de normas de organización, de conducta, programáticas, cláusulas generales y conceptos indeterminados, esas leyes especiales se inter cruzan continuamente y terminan produciendo innumerables microsistemas y distintas cadenas normativas en el ámbito del derecho positivo.

Tomando así la forma de *redes*, esos innumerables microsistemas legales y esas distintas cadenas normativas se caracterizan por la extrema multiplicidad y heterogeneidad de sus reglas y mecanismos procesales, por la evidente provisionalidad y mutabilidad de sus engranajes normativos, por la estimación de una pluralidad de pretensiones contradictorias y en la mayoría de las veces excluyentes, por la generación de conflictos y discusiones extremadamente complejas en materia de interpretación que exigen de los intérpretes conocimientos técnicos no sólo en el ámbito del derecho sino también en los de la economía, contabilidad, ciencias actuariales, tecnología, informática, etc.; por eso mismo, en un ordenamiento jurídico con tales características, los conceptos tradicionales de "bien común", "intereses generales y universales" y "fin social" de las leyes ya no consiguen ejercer el papel de "principios generales" destinados a componer, integrar y armonizar intereses específicos. Por razón de su fuerte potencial comunicativo y persuasivo, esos conceptos pueden incluso seguir defendidos retóricamente en los textos legales con carácter simbólico, sobreviviendo a los avasalladores procesos de desreglamentación, deslegalización y desconstitucionalización; con todo, ya no tienen el mismo peso ideológico y funcional que detentaban en la época del advenimiento del Estado constitucional, la democracia representativa y las modernas declaraciones de derechos.

¿Qué futuro podrá tener ese tipo de ordenamiento jurídico? Si tenemos en cuenta que estos últimos años han registrado cambios profundos en la concepción arquitectónica de los sistemas legales, en la cantidad y complejidad de las regulaciones normativas, en la naturaleza y alcance de los conflictos socioeconómicos, en las estructuras, contenido y objetivos de los códigos y de las leyes, en el volumen de las noticias en materia de derecho y en la velocidad de su circulación, y, en fin, en las propias categorías epistemológicas de las distintas teorías jurídicas, sería un irresponsabilidad intentar ofrecer una respuesta objetiva, clara y precisa a esa pregunta. Lo máximo que se puede hacer, y asimismo con la debida prudencia y evidentemente, con el riesgo de caer en apreciaciones precipitadas, es identificar ocho importantes tendencias y sacar un problema a la luz.

IV

La primera tendencia es de reformulación paradigmática del derecho procesal, con una drástica reducción del número de procedimientos judiciales, poniendo el énfasis en el principio de oralidad, en la conversión de los tribunales inferiores en instancias últimas para determinados tipos de conflictos, en la adopción de precedentes vinculantes, la conversión de la última instancia judicial en sede constitucional, etc. Esta tendencia procede básicamente de la incompatibilidad entre la concepción del tiempo adoptada por la legislación procesal civil y penal y la dominante en el proceso decisorio en el ámbito de los mercados transnacionalizados y sometidos a presiones competitivas cada vez más intensas. Con el desarrollo de la informática, la revolución de la microelectrónica y el avance de las telecomunicaciones, ese proceso decisorio es cada vez más instantáneo, o sea, el tiempo en la economía globalizada no respeta los husos horarios; es el tiempo real, el de la simultaneidad, el tiempo del aquí y ahora. Mientras tanto, las legislaciones procesales civil y penal continúan estando regidas fundamentalmente por el tiempo diferido, esto es, por el tiempo de las etapas que se articulan de manera sucesiva en fases que se suceden cronológicamente: de ahí la propensión de los agentes económicos —conglomerados, bancos comerciales y de inversiones, compañías aseguradoras, fondos de pensiones, etc.— a reclamar más simplicidad procesal y más rapidez decisoria con el objetivo, por un lado, de reducir costes, aumentar la fluidez de los negocios y suscitar oportunidades, y por otro, de evitar en la resolución de sus conflictos los tribunales excesivamente morosos, ritualizados y congestionados, optando por mecanismos más ágiles y dinámicos como la mediación y el arbitraje extrajudiciales.

Derivada de la anterior, la segunda tendencia hace referencia a la expansión hegemónica de los modelos legales anglosajones no solo en el ámbito de la legislación procesal sino, también y principalmente, en el plano de los derechos societario, financiero, económico y tributario. La rapidez, pragmatismo y flexibilidad inherentes a estos modelos procesales se contraponen cada vez más a los procedimientos y a los elaborados mecanismos decisorios de los modelos franco-romanos, considerados muy poco objetivos, excesivamente lentos y flagrantemente incompatibles con los imperativos de la globalización económica. Basados, como ya se vio, en los valores de la eficiencia, productividad, competitividad y acumulación, aquellos imperativos descalifican sencillamente el formalismo que estos últimos modelos tratan de justificar en nombre de la "garantía del proceso", de la "certeza jurídica" y de la "seguridad del derecho". Indicativo de esta tendencia es la apertura de generosas líneas de financiación, tanto por el Banco Mundial como por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para la reforma de los sistemas jurídico y judicial de países periféricos y semiperiféricos cuyas instituciones jurídicas no están vinculadas a los patrones anglosajones (Dakolias, 1999; Dakolias y Said, 1999; Dako-

lias y Buscaglia, 1999). En último término, la expansión hegemónica de estos modelos podría culminar en un proceso de uniformización entre la *Common Law* y la *Civil Law*, en la medida en que los tribunales que siguen el modelo franco-romano vienen dando mucha más importancia que en el pasado a la jurisprudencia, mientras que los países que adoptan el modelo anglosajón, como los Estados Unidos, vienen promulgando progresivamente textos de leyes uniformes.

La tercera es la de la progresiva reducción del grado de coercibilidad del derecho positivo. Con los procesos de desreglamentación, deslegalización y desconstitucionalización y con la superposición de nuevas esferas de poder, muchas de las normas que perduran no se destacan ya por su *enforcement*, o sea, por su capacidad de actuar como un mandato incontestable. Se caracterizan, precisamente por su baja "imperatividad", por el abandono de las soluciones heterogéneas, por la renuncia a cualquier "función promocional" o "dirigente". En la medida en que abandonan la pretensión de promover una regulación directa y se limitan a establecer premisas para adoptar decisiones, a estimular negociaciones y entendimientos y a viabilizar soluciones a cada situación específica, esas normas introducen en el ordenamiento jurídico una flexibilidad desconocida por los cánones legales dominantes desde el advenimiento del Estado moderno. No establecen *a priori* las reglas de juego ni aseguran determinadas garantías fundamentales (papel básico de la Constitución en el ámbito del Estado liberal). Y tampoco imponen la obtención obligatoria de determinados resultados (papel básico del derecho social y económico del Estado intervencionista). Son normas que sustituyen a las tradicionales racionalidades formal y material por una nueva racionalidad de carácter meramente procedimental que aspira solo y exclusivamente a una regulación indirecta; son normas que renuncian a cualquier pretensión de supremacía y universalidad, reconociendo la autonomía decisoria de sistemas sociales y económicos diferenciados y autorregulados y procurando, como mucho, promover una articulación entre ellos con el objetivo de maximizar su racionalidad interna. Con todo, la baja imperatividad de esas normas no debe ser entendida como ausencia de coercibilidad en la organización de las relaciones sociales; en la mayoría de las veces, esas normas procedimentales implican una sutil, inteligente y eficaz estrategia de refuerzo de los controles sociales, mediante el recurso, por ejemplo, a mecanismos policiales privados bajo la forma de esquemas de vigilancia, retención de documentos personales, cierre de espacios públicos, etc.

La cuarta tendencia es la de la "reprivatización" del derecho. Después de la extraordinaria expansión del derecho público y sus normas controladoras, reguladoras y directivas, que culminan en las "constituciones dirigentes" tan en boga en las décadas de los sesenta y setenta, lo que ahora se observa en los procesos de descentralización, desformalización, desreglamentación, deslegalización y desconstitucionalización es un movimiento de retorno al

derecho civil, pero, como ya fue insinuado en la primera tendencia, con una significativa diferencia: dada la sustitución de la tutela gubernamental por la libre negociación y subsiguiente expansión de las relaciones contractuales entre redes de empresas y cadenas productivas, ese resurgimiento ha tenido lugar fundamentalmente, al margen del Estado. Así como el derecho civil constituido bajo la égida de la Revolución Francesa surgió en el seno de un proceso de eliminación de los particularismos locales, de fuerza creciente del poder nacional en las sociedades en proceso de modernización, de expansión de la economía monetaria, de afirmación de obligaciones generales con validez universal y de institucionalización de la propiedad, la autonomía de la voluntad y la igualdad formal (Bendix, 1977), el derecho civil de este final de siglo está surgiendo en la dinámica de un proceso de transnacionalización de los mercados, de transferencia de riqueza, de concentración de los capitales financieros y vaciamiento de la capacidad de autodirección y autodeterminación política de los Estados-nación.

En ese reflujo del derecho público se acaba poniendo en jaque la propia idea de Constitución: ¿de qué modo puede ésta actuar, en un contexto de globalización económica, policentrismo decisorio y pluralismo jurídico, como ley del conjunto social sin perder su fuerza normativa? Más exactamente, ¿de qué modo puede actuar como un documento fundamental de la "res publica" sin convertirse en instrumento totalizador con base en concepciones unidimensionales del Estado y la sociedad (Canotilho, 1996 y 1998)? Como las respuestas a estas cuestiones son negativas en la medida en que la Constitución no consigue ya tratar de forma unitaria, coherente y racional los problemas y demandas de una sociedad y una economía crecientemente complejas, la idea de Constitución adquiere nuevos aspectos: deja de ser un estatuto organizador y definidor de competencias y regulador de procesos en el ámbito del Estado susceptible de ser visto como "norma fundamental" y reconocido como centro del que emana el ordenamiento jurídico, y asume la forma de una carta de identidad política y cultural actuando como un centro de convergencia de valores en cuyo ámbito tan solo dos exigencias fundamentales tendrían carácter absoluto: desde el punto de vista *sustantivo*, los derechos de ciudadanía y el mantenimiento del pluralismo axiológico mediante la adopción de mecanismos neutralizadores, de soluciones uniformadoras y de medidas capaces de bloquear la libertad e instaurar una unidad social amorfa e indiferenciada; desde el punto de vista *procedimental*, las garantías para que el juego político transcurra dentro de la ley, esto es, de reglas jurídicas estables, claras y acatadas por todos los actores.

En la misma tendencia de reflujo del derecho público, el derecho administrativo, a ejemplo del constitucional, sufre también alteraciones paradigmáticas: la principal de ellas es la relativización de la premia en torno a la cual se articuló originariamente la idea de limitación del poder y racionalización formal de su ejercicio. Con la anulación de los mono-

polios estatales, el descargo de la administración directa a favor de órganos descentralizados, la progresiva privatización de los servicios esenciales, la apertura a la concurrencia de sectores económicos antes prohibidos o de acceso controlado, y la introducción de formas empresariales de gestión en actividades cuya responsabilidad sigue correspondiendo a la administración pública convencional, esa premisa tiende a ser considerada como un enorme obstáculo a los procesos de racionalización gerencial. Con la reducción tanto del tamaño como del alcance del Estado, que deja de ser productor directo o prestador de servicios públicos para actuar como regulador de las actividades privatizadas, como inductor y garante de la concurrencia y como comprador de servicios esenciales, el control formal de sus decisiones pasa a combinarse con premisas orientadas básicamente hacia la lógica del mercado, como la eficiencia empresarial y la evaluación de los resultados; de esta manera, en vez de condicionar los modos de proceder del Ejecutivo estableciendo sus prerrogativas y sus obligaciones con base en los principios de legalidad y discrecionalidad, el derecho administrativo se convierte en instrumento de gestión de una máquina gubernamental.

Vinculada de alguna manera con el retroceso del derecho público, la quinta tendencia es de debilitamiento progresivo del Derecho del Trabajo, en cuanto conjunto de normas y procedimientos forjado a partir de conquistas históricas durante la dinámica de expansión del capital industrial con la finalidad de circunscribir, controlar y dirimir los conflictos laborales; su alcance y estructura han sido profundamente afectados por la volatilidad y movilidad de los capitales y por los cambios ocupacionales y organizativos producidos bajo el fenómeno de la globalización económica. Con la creciente informatización de las líneas de producción, el avance del sector terciario y la llegada de nuevos modos de inserción en el mundo del trabajo, la mano de obra se desplaza progresivamente hacia el sector de los servicios entrando en crisis el concepto de "empleo industrial" existente bajo la legislación laboral. Como el sector de los servicios se caracteriza por la flexibilidad operativa y por los distintos criterios de valoración de la productividad, tiende a exigir formas más maleables de contratación y formalización de las relaciones laborales que las vigentes en el ámbito del sector industrial. Esa combinación entre flexibilidad operativa, heterogeneidad de las estructuras de empleo en el sector terciario y destipificación de las formas jurídicas de contratación laboral alcanza a la esencia de esta legislación. En la medida en que se multiplican los contratos a plazo, la subcontratación, el trabajo a domicilio y las nuevas formas de remuneración basadas en la productividad, que llevan al antiguo trabajador de la economía formal a asumir la figura jurídica de "microempresario", la protección asegurada a los "hiposuficientes" queda vaciada de contenido ante la libre negociación entre partes formalmente "iguales". De este modo, a medida que los contratos de arrendamiento de servicios moldeados en la mejor tradición del derecho privado toman el espacio anteriormente ocupado por las normas

básicas de la legislación laboral, el Derecho del Trabajo tiende a desfigurarse y a “civilizarse”, o sea, más se funde y confunde con el derecho privado.

La sexta tendencia es la de una transformación paradigmática en el contenido programático del Derecho Internacional Público. Aunque formalmente continúe siendo producido por los Estados-nación bajo la forma de acuerdos, convenciones y tratados, con el fenómeno de la transnacionalización de los mercados sus normas van siendo infiltradas cada vez más por la *Lex Mercatoria* y por el *Derecho de la Producción*. Como consecuencia, el carácter público del Derecho Internacional termina siendo progresivamente relativizado e incluso desfigurado en la medida en que muchos de sus mecanismos atienden y tutelan intereses específicos de naturaleza privada revestidos de forma pública. Paralelamente, las experiencias de integración regional van abriendo camino para la aparición de un sistema normativo nuevo, autónomo, distinto y superior a los ordenamientos jurídicos de los Estados —el *Derecho Comunitario*—. Al contrario que el Derecho Internacional Público, formalmente resultante de negociaciones intergubernamentales, orientado a la coordinación de las soberanías y basado en la regla del consentimiento, el *Derecho Comunitario* se expande con la aparición y crecimiento de zonas de preferencia tarifaria o de libre comercio, unión aduanera y unión monetaria. Al servir de base legal para la institucionalización de los “mercados comunes” donde bienes, servicios, capitales y personas circulan libremente, ese derecho tiene como una de sus características fundamentales la supranacionalidad. Más allá de sus efectos específicamente económicos el *Derecho Comunitario*, que no se confunde ni con el derecho interno de los Estados-nación ni con el Derecho Internacional Público convencional, tiene igualmente profundas implicaciones políticas y sociales. Forjado a partir de las necesidades de los procesos de constitución de mercados comunes y bloques económicos, el *Derecho Comunitario* tiende a ser mucho más complejo, flexible, maleable y abierto que el derecho interno o el Derecho Internacional.

La séptima tendencia es la del aumento del ritmo de regresión, tanto de los derechos sociales como de los derechos humanos. Como estos últimos nacieron contra el Estado para reprimir su interferencia arbitraria en la esfera individual, y como las garantías fundamentales solamente por medio del poder público se pueden materializar de modo eficaz, los derechos humanos corren el riesgo de acabar neutralizados o debilitados, desde el punto de vista técnico jurídico o jurídico positivo, en la misma proporción y a la misma velocidad en que ese poder esté comprometido por la relativización de la soberanía del Estado. En otras palabras, en la práctica, exprimir el Estado-nación implica disminuir los derechos humanos y, en consecuencia, la ciudadanía misma.

Lo mismo sucede con los derechos sociales (Santos, 1995): concebidos para institucionalizar los criterios que permitan elevar a nivel de exigencia de modelos mínimos de equidad y justicia las cuestio-

nes relativas a la pobreza, a la falta de acceso de los desfavorecidos a la educación y asistencia médica, a las discriminaciones seculares y al desempleo, y teniendo condicionada su efectividad a la implantación y ejecución de políticas gubernamentales de carácter distributivo, han sido también mortalmente afectados por los procesos de desformalización, desreglamentación, deslegalización y desconstitucionalización, por el abandono de determinadas funciones públicas del Estado a cambio de programas de privatización, por la negación de la idea de justicia distributiva a través de la fiscalidad y por el creciente condicionamiento de todas las esferas de la vida por los valores y reglas del mercado. Corroyendo los fundamentos igualitarios de la propia democracia, los principios básicos y los cánones morales inherentes a los derechos humanos y a los derechos sociales —libertad, dignidad, igualdad, solidaridad y posición económica, por ejemplo— están llevando la peor parte en su colisión frontal con los imperativos categóricos de la economía globalizada, como la productividad, la competitividad y la acumulación llevadas a su extremo. Y en la medida en que las obligaciones públicas se convierten en negocios privados, el mercado en la medida de todas las cosas y quedan los titulares de los derechos sociales y de los derechos humanos de última generación reducidos al papel de “clientes”, el acceso a los servicios esenciales —como la educación, salud y previsión— pasa a depender de contratos privados de compraventa. Con eso, quienes no tienen poder de compra, o sea, los “excluidos” en el plano económico, se convierten también, en el plano jurídico en los “sin derechos” y no aparecen ya como portadores de derechos subjetivos públicos.

La octava y última tendencia es de una transformación paradigmática del derecho penal. Ha sido alimentada no solo por la expansión en progresión geométrica del crimen organizado, del terrorismo, del contrabando, del narcotráfico, de las operaciones de blanqueo de dinero ilícitamente obtenido, de los demás fraudes financieros y de las emigraciones ilegales, sino también por el carácter cada vez más transnacional de esos delitos, que constituyen sofisticadas redes de transgresión. Con eso se relativiza uno de los más importantes principios hasta ahora dominantes en el ámbito del derecho penal, el de la territorialidad; “Lo que no está en el territorio está fuera de la ley del territorio”: he aquí, de modo esquemático, lo que afirmaban los juristas ingleses en oposición a las tesis de Puffendorf y Grocio, en ocasión del nacimiento del Imperio Británico. Desde entonces hasta la década de los noventa del siglo XX la exclusión del principio de territorialidad en el campo del derecho penal solo se admitía en términos excepcionales como la represión de la piratería en el siglo XVIII o la tentativa británica, en el XIX, de considerar el tráfico de esclavos como un crimen de carácter extraterritorial y, por tanto, susceptible de ser combatido en cualquier parte y ante cualquier tribunal.

Para obtener mayor eficacia en el combate contra las nuevas formas de criminalidad, los Estados han pasado a reformular sus esquemas de control y

prevención de los delitos, bien ampliando extraordinariamente el carácter punitivo-represivo de sus normas penales, bien vaciando el proceso penal de sus aspectos garantistas, bien suscribiendo tratados internacionales en orden a una actuación conjunta a niveles continentales (como es el caso del Acuerdo de Schengen, de 1992). Con todo, el gran problema de esa estrategia son sus implicaciones sociales. En otras palabras, esa política encierra el peligro de criminalizar a los "excluidos" desde el punto de vista socioeconómico (Adorno, 1996). Conforme se ha visto en la tendencia anterior, éstos se vieron duramente afectados por la supresión de los monopolios públicos, la privatización de los servicios esenciales, la subsiguiente conversión del "ciudadano" en consumidor y la desconstitucionalización y deslegalización de los derechos sociales. Pero eso no significa que aquéllos —los "sin derechos"— estén dispensados de las obligaciones y responsabilidades establecidas por el ordenamiento jurídico.

Como en la economía globalizada la productividad viene siendo obtenida básicamente a costa de la degradación salarial, la rotación en el empleo, el envilecimiento de las relaciones laborales, la informatización de la producción y el consiguiente cierre de puestos de trabajo convencional, la imbricación entre la marginalidad económica y la marginalidad social indujo al Estado, al reformular sus esquemas de control y prevención de los delitos para reprimir el crimen organizado y el transterritorial, a acabar incorporando al terreno de las políticas penales los problemas y las situaciones generadas por la deslegalización y desconstitucionalización de los derechos sociales y la ausencia de políticas distributivas y compensatorias. Criminalizando estos problemas y situaciones con el difuso apoyo de una sociedad comprensiblemente asustada por el aumento de la inseguridad y con un sentimiento expresado muchas veces de modo demagógico por los medios, y actuando bajo la presión de los países desarrollados empeñados en declarar la guerra abierta al tráfico de drogas en los países periféricos, los Estados semiperiféricos —como el brasileño— pasaron a desentenderse de los factores políticos, socioeconómicos y culturales inherentes a los comportamientos definidos como transgresores por su "nuevo" derecho penal.

Por eso, mientras que en las demás ramas del derecho positivo se vive una fase de desreglamentación, deslegalización y desconstitucionalización, en el ámbito del derecho penal se verifica justamente lo contrario. O sea, la definición de tipos delictivos cada vez más intangibles y abstractos, la criminalización de variadas actividades y comportamientos en innumerables sectores de la vida social, la supresión de los límites mínimos y máximos en la imposición de penas de privación de libertad para aumentarlas indiscriminadamente, la relativización de los principios de legalidad y de tipicidad mediante la utilización de reglas con conceptos deliberadamente indeterminados, vagos y ambiguos, ampliándose extraordinariamente la discrecionalidad de las autoridades policiales y permitiéndoles, con eso, invadir

esferas de responsabilidad del Poder Judicial, y por fin, la reducción de determinadas garantías procesales por medio de la sustitución de procedimientos acusatorios por mecanismos inquisitivos, de lo cual el mejor ejemplo es el progresivo amortiguamiento del principio de presunción de inocencia con la consiguiente inversión de la carga de la prueba, pasándose a considerar culpable a quien no pruebe su inocencia.

V

Por lo que hace al problema mencionado al final del párrafo III, hace referencia al alcance del pluralismo jurídico aquí descrito de modo bastante esquemático. Con la fragmentación de los espacios políticos y sociales anteriormente unidos por los mecanismos coercitivos de las instituciones estatales, la reducción del volumen y alcance del derecho positivo, la paralela expansión del Derecho Internacional, la aparición del derecho de Integración Regional o "Comunitario", el resurgimiento de la *Lex Mercatoria*, la proliferación de normas técnicas producidas por organismos multilaterales y la normativa autoproducida en guetos cuartomundistas como la vigente hoy en las colinas de Río de Janeiro, las favelas de Lima, la periferia miserable de Bogotá o los barrios pobres de Caracas y Buenos Aires, cabe preguntarse si el ordenamiento jurídico contemporáneo se encuentra inexorablemente fragmentado en diferentes sistemas normativos independientes y a veces opuestos entre sí. ¿O existe, por el contrario, entre ellos la posibilidad de algún tipo de sincronía? En este caso ¿cómo se da el enlace o enganche entre ellos? Expuesta la cuestión en otras palabras ¿esos sistemas son autónomos en términos absolutos, desplegando cada uno su eficacia en el espacio que es capaz de regir y regular? ¿O se puede esperar la aparición de un "derecho de los derechos" con normas ratificadoras, modificadoras o interpretativas capaces de promover algún tipo de ligazón lógica y sistemática entre ellos? ¿Y en qué términos, en tal supuesto, se pueden formular principios jurídicos capaces de asegurar un mínimo de coherencia en este escenario de pluralismo normativo?

Ante estas preguntas, el problema es saber si podemos continuar pensando y actuando con fundamento en los paradigmas formalista y normativista hasta hoy dominantes en las licenciaturas jurídicas nacionales. Las crecientes dificultades para acompañarse a la evolución de la complejidad social, económica, política y cultural y los propios cambios en los sistemas legales dan pie para una respuesta negativa. Pero ¿cuáles son las posibles alternativas a ese paradigma? ¿Cómo revitalizar una enseñanza jurídica que estructurada con base en él, hace mucho que ya habría perdido su papel de transmisor de valores científicos e incluso funcionales?

A la luz del fenómeno de la transnacionalización de los mercados, de la progresiva pérdida de autonomía de los Estados para la fijación de sus actuaciones decisorias y de la creciente impotencia de

los gobiernos para poner límites al juego económico y formular políticas en nombre del interés general, son muchos los defensores de una educación jurídica despolitizada y despolitizadora, estructurada con base en las tendencias de cambio de las instituciones jurídicas aquí analizadas y al servicio de la lógica mercantil y la racionalidad gerencial propias de los imperativos de la economía globalizada (Riefkohl, 1995). Otros, en menor número, caminan en una línea diametralmente opuesta defendiendo la "repolitización" de la educación jurídica con el objetivo de convertirla en un campo hermenéutico y una práctica social capaces de desarrollar posibilidades emancipatorias de ciudadanía y formas institucionales alternativas de pluralismo económico, social y político (Unger, 1999; Santos, 1999). En el primer caso, el derecho es visto como un conocimiento técnico-instrumental, basado en la ética de la eficiencia. En el segundo es concebido como instrumento de garantía de la autonomía del "mundo de la vida" frente al "mundo del dinero", de reafirmación de los valores de libertad, igualdad y solidaridad, y, en fin, de contención de los ímpetus de acumulación desenfrenada de riqueza privada y de la lógica misma de los sistemas abstractos del dinero.

Ante el actual escenario de transformaciones arquitectónicas en el universo del derecho y de las instituciones judiciales ¿cuáles son las posibilidades de cada uno de esos "preparadigmas" de ocupar el lugar del formalismo y del normativismo en las licenciaturas jurídicas? ¿Cuáles son las condiciones de ejecutabilidad de las propuestas en el ámbito de la enseñanza del derecho brasileño? Responder a esta investigación nos conduce a otra discusión tan compleja y resbaladiza como la aquí tratada.

BIBLIOGRAFIA

- Adorno, Sérgio (1996): *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e Justiça Penal na sociedade brasileira contemporânea*, São Paulo, FFLCH/USP, tese de livre-docência.
- Bendix, Reinhard (1977): *Nation-Building and Citizenship: studies of our changing social order*, Berkeley, University of Carolina Press.
- Canotilho, José Joaquim Gomes (1993): *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina.
- Canotilho, José Joaquim Gomes (1996): "Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo", en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 15.
- Canotilho, José Joaquim Gomes (1998): *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina.
- Chevallier, Jacques (1987): "Les enjeux de la dérèglementation", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, vol. 103, nº 2.
- Dakolias, Maria (1999): *Iniciatives in Legal and Judicial Reform*, Washington, The International Bank for Reconstruction and Development.
- Dakolias, Maria y Said, Javier (1999): *Judicial Reform: a process of change through pilot courts*, Washington, The International Bank for Reconstruction and Development.
- Dakolias, Maria y Buscaglia, Edgardo (1999): *Comparative International Study of Court Performance Indicators: a descriptive and analytical account*, Washington, The International Bank for Reconstruction and Development.
- Morand, Charles-Albert (1999): *Le droit neo-moderne de las politicas publicas*, París, PUF.
- Riefkohl, Alberto Bernabe (1995): *To morrow's Law Schools: globalisation and legal education*, en *San Diego Law Review*, vol. 32, nº 137.
- Santos, Boaventura (1994): *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, Porto, Afrontamento.
- Santos, Boaventura (1995): *Toward a New Common Sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*, London/New York, Routledge.
- Santos, Boaventura (1999): "Reinventar a democracia", en *Os sentidos da democracia*, Maria Célia Paoli org, Petrópolis, Vozes.
- Teubner, Gunther (1987): *Juridification of Social Spheres: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, anti-trust and Social Welfare Law*, Berlin, Walter de Gruyter.
- Unger, Roberto Mangabeira (1999): *Democracia realizada: a alternativa progressista*, São Paulo, Boitempo.
- Willke, Helmut (1986): "The tragedy of de State: prolegomena to a theory of state in polycentric society", en *ARSP-Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Stuttgart, vol. LXXXII.

NO HAY DERECHO.

A que la dignidad del hombre y sus ideales de paz, libertad y justicia social sean avasallados en ningún lugar del mundo.

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

C. Postal: _____

Solicita información a la
Asociación Pro Derechos Humanos de España
 José Ortega y Gasset, 77, 2º - 28006 Madrid.



La reforma de la Justicia

Montserrat COMAS D'ARGEMIR

La función que el Poder Judicial está llamado a desempeñar en el Estado de Derecho precisa para poder cumplirla, ser autónomo e independiente de los demás poderes del Estado. Uno de los aciertos de los demás poderes del Estado. Uno de los aciertos de los constituyentes de 1978 fue, entre otros muchos, haber diseñado al Poder Judicial como un Poder del Estado, independiente del resto de los poderes, arbitrando a la vez aquellos mecanismos necesarios para garantizar la independencia de los jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, que no es otra que la de juzgar, ejecutar lo juzgado y, así, resolver los conflictos sociales; esto incluye, por tanto, el control de los actos de la Administración y del resto de Poderes del Estado. Tras veintitrés años desde el restablecimiento de la democracia hemos de convenir que el balance en este terreno es altamente positivo: sin ninguna duda, la Justicia en España es una Justicia independiente. Ello explica que se hayan podido juzgar a personas vinculadas con el poder económico, político y militar, haciendo valer los instrumentos del Estado de Derecho, y sin mediatizaciones por parte del poder ejecutivo. Este es un valor de nuestra Justicia que precisa ser preservado en el futuro.

Sin embargo, esta realidad que es una garantía para todos los ciudadanos, no es extensible al resto de los derechos y garantías constitucionales que tienen que ver con la Administración de Justicia. Dentro del catálogo de derechos fundamentales la Constitución reconoce a todos el derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y sin dilaciones indebidas. No puede obviarse que los ciudadanos que acuden diariamente a nuestros Juzgados y Tribunales cuestionan que el Poder Judicial garantice de forma efectiva esos y otros derechos a ellos vinculados; si estos derechos procesales, por así decir, no se ven razonablemente realizados, los derechos sustantivos, que son los que motivan la demanda de justicia, quedan forzosamente en parte desatendidos o en claro desamparo. Las encuestas expresan que la Administración de Justicia viene sufriendo un progresivo deterioro en los últimos años; con todo, este descontento es menor entre los usuarios directos en relación con la opinión de los no usuarios. Por ello en los últimos tiempos desde la Asociación Jueces para la Democracia venimos poniendo el acento en todos aquellos temas que afectan al servicio público de la Justicia, porque la Justicia gira alrededor del ciudadano y, en consecuencia, debe aspirar a un máximo de eficacia y calidad en el servicio que presta, a fin de garantizar que la tutela que presta sea tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos.

La Justicia en nuestro país sigue siendo la gran asignatura pendiente de la democracia: anquilosada todavía en procedimientos anticuados, con una oficina judicial sin modernizar, con medios precarios y con un número de jueces claramente insuficiente

para atender la creciente litigiosidad. Tampoco se han abordado temas tales como la adaptación de la Justicia al Estado de las Autonomías, la democratización de los órganos de gobierno internos a fin de sustituir el sistema electoral mayoritario por el proporcional que refleje el pluralismo de la Carrera Judicial, la informatización íntegra e interconectada, la reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal para otorgar mayores cotas de independencia al Fiscal General del Estado a la hora de su nombramiento y cese. Junto a ello tampoco se ha elaborado todavía la ley de retribuciones, lo que constituye un incumplimiento flagrante de nuestro legislador, al ser una exigencia contenida en la LOPJ de 1985; esta omisión legislativa está provocando un gran malestar en el seno de la Carrera Judicial, en la íntima convicción de que los salarios no se adecuan al nivel de exigencia, dedicación y responsabilidad de la función que desempeñan los jueces y magistrados en este país.

En la misma línea de deficiencias, uno de los principales problemas reside en el insuficiente número de jueces existentes para abordar la creciente litigiosidad en una sociedad cada vez más compleja y más dinámica. El presidente del Consejo General del Poder Judicial recientemente ha presentado la Memoria al Congreso sobre el estado de la Justicia y ha situado la falta de 954 jueces como uno de los primeros y más importantes problemas de la Justicia en este país. Una simple comparación con nuestro entorno europeo refleja la inferioridad de nuestro país en este terreno. Mientras que en Alemania veinticinco mil jueces atienden las demandas de ochenta millones de personas, aquí con la mitad de población, la plantilla judicial se sitúa en tres mil seiscientos titulares de órganos jurisdiccionales.

FORO DE LA JUSTICIA

Además de los problemas antes apuntados, los ciudadanos también reprochan, el lenguaje hermético e innecesariamente oscuro, la falta de corrección en el trato, las esperas interminables de víctimas y testigos para prestar declaración, la falta de información, el reducido horario de atención al público y la poca transparencia. Todos ellos son aspectos relacionados intensamente con el servicio público de la Justicia. Qué duda cabe que los avances decisivos han de venir de la mano de quienes tienen la clave para procurar los cambios ineludibles para solventar los graves y seculares problemas tantas veces denunciados. Sin embargo, algunos de ellos dependen exclusivamente del propio Poder Judicial, demasiado impermeable a la autocrítica y que, a mi entender, debería contribuir a la mejora de un estado de cosas que sólo a él le conciernen.

Con este objetivo Jueces para la Democracia ha impulsado en varias ciudades de España la constitución de un Foro de la Justicia. Concurren en él asociaciones de jueces, fiscales, secretarios judiciales, colegios profesionales, agrupaciones sindicales y cívicas interesadas en la mejora de la Administración de Justicia. Fruto de esta iniciativa, recientemente se ha aprobado una Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, que establece un catálogo inequívoco de mínimos que forzosamente deben ser garantizados a quienes acuden a los Juzgados y Tribunales. Su punto de referencia descansa en el borrador del Código de Buena Conducta Administrativa que redactó la Comisión Europea en julio de 1999 y que tiene como finalidad que la Administración se encuentre más próxima a los ciudadanos, asegurando así una mejor calidad de sus servicios.

Lo que se pretende con la aprobación de la Carta es que los todos los operadores jurídicos respeten y promuevan los derechos establecidos en la misma. En lo que atañe al Poder Judicial, se trata de conseguir una actuación más abierta y transparente, que haga suyos la corrección en el trato, la cortesía, el lenguaje asequible, el respeto y uso de las lenguas oficiales en las distintas Comunidades Autónomas, el cumplimiento de los horarios de atención al público, el derecho a ser informado, la tramitación y resolución de las quejas por el anormal funcionamiento y el derecho a que los procesos se resuelvan en un plazo razonable y con calidad. Para ello, como prioridad, habrá que optimizar los medios desigualmente disponibles y utilizados.

PROPUESTAS DEL CGPJ

El presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, en el acto solemne de la apertura del año judicial del presente curso, situaba una vez más en la lentitud el problema más importante de la Justicia en este país y para solucionar éste y otros emplazó directamente a los poderes públicos —al Parlamento, al Gobierno y a las Comunidades Autónomas— a que “adopten las medidas necesarias para que el Poder Judicial pueda cumplir efectivamente, y en un plazo razonable, los cometidos que la Constitución le encomienda”. La radiografía es la misma que en anteriores ocasiones. La gran novedad, digna de elogio, consiste en que esta vez el CGPJ ha puesto encima de la mesa una propuesta de 107 medidas para la reforma de la Justicia, aprobadas en el mes de julio de este año, culminando de esta forma el desarrollo del Libro Blanco de la Justicia. Son medidas que afectan tanto a la organización del propio Poder Judicial como a la introducción de reformas procesales de gran calado. Más allá de la identificación o crítica que puedan merecer cada una de ellas, su valor reside en ser una propuesta que puede facilitar el inicio de las negociaciones necesarias entre las fuerzas parlamentarias para abordar aquellas reformas más urgentes y necesarias.

EL PACTO DE ESTADO

Ante este estado de cosas la propuesta de un Pacto de Estado efectuada por el presidente del Gobierno en su discurso de investidura para consensuar las principales reformas, que se han de abordar para solucionar estos vitales problemas, no sólo es necesario sino imprescindible. El ministro Sr. Acebes también hizo suya esta propuesta en su primer discurso ante la Comisión de Justicia. Si nos atenemos a la letra de los programas electorales parece que el Pacto no es una idea utópica sino factible, dado que la práctica totalidad del resto de los grupos políticos del arco parlamentario lo proponen; también, las asociaciones judiciales, el Foro de la Justicia y muchas otras organizaciones que representan a miles de operadores jurídicos y usuarios. La idea de que los problemas de la Justicia han pasado a ser una cuestión de Estado y que la solución no vendrá de la mano de propuestas partidistas, sino a través de un amplio consenso entre todas las fuerzas, no es un concepto nuevo. Sin embargo, hasta la fecha ningún logro se ha obtenido en esta materia. La realidad es tozuda al demostrar que sólo la falta de voluntad política puede explicar que se haya avanzado tan poco, a pesar de que todos coincidan en la radiografía del problema y las soluciones a adoptar. Por eso es necesario que lo que hasta ahora es un mero discurso de buenas intenciones, vaya acompañado de una acción política que acredite voluntad de transformación.

Sin embargo, transcurridos ya varios meses desde que tomó posesión de su cargo, todavía no se ha hecho desde su Ministerio ningún diseño de cuáles son las reformas más necesarias y urgentes a afrontar, ni se ha iniciado ninguna ronda de negociaciones con el resto de los grupos parlamentarios con propuestas concretas para iniciar el diálogo.

PLAN DE CHOQUE

Huérfanos del necesario diseño antes apuntado, la única iniciativa del Gobierno es la remisión al Parlamento de un proyecto de ley orgánica de medidas urgentes para agilizar la Administración de Justicia, conocido como Plan de Choque. Cualquier plan de choque es bueno si con ello se mejora la situación actual. No obstante, dados los concretos términos en que se propone, no creo que suponga paliativo alguno. La ampliación de la edad de jubilación hasta los 72 años, prorrogables, de hecho, hasta los 75, anquilosa la carrera judicial. Para la toma de decisiones complejas e inmediatas en un mundo en constante evolución técnico-jurídica, que implica una constante renovación y puesta al día, no parece lo más adecuado mantener a profesionales más allá del tiempo razonable, al margen de que en su día hayan sido profesionales de primera línea. Es una medida que no tiene parangón en nuestro entorno. Además, no deja de ser un paño caliente: apenas afecta a cien magistrados y el Consejo General del Poder Judicial reclama novecientos jueces más a fin de atender la creciente litigiosidad.

Otra de las medidas anunciadas consiste en reducir el periodo de formación de los jueces en la Escuela Judicial de dos años a dieciocho meses. Tal y como afirmamos en nuestro último Congreso en Gijón, ello va en claro detrimento de la calidad de los futuros jueces y nos coloca nuevamente en el furgón de cola de nuestro entorno cultural, donde tal periodo es mucho más prolongado; se modifica, de paso, un modelo de Escuela Judicial por el que se ha luchado muchos años y que todavía no se ha asentado. Se trata, de hecho, de un cambio más aparente que real; en la actualidad, los últimos seis meses de formación se realizan en un juzgado como jueces sustitutos bajo la supervisión de un tutor y coordinados con la Escuela Judicial; según el plan, ejercerán plenamente su función sin haber actuado judicialmente.

En cuanto a la unificación de la Carrera Judicial y Fiscal no es propiamente una medida de un plan de choque, porque sólo afectará a la próxima convocatoria del año 2001. En cualquier caso, el Consejo ya ha alertado sobre lo negativo que sería que este órgano perdiera sus competencias en el terreno de la selección y formación de jueces, pues se integraría en una comisión mixta con el Ministerio de Justicia.

ALGUNAS SOLUCIONES

Todos conocemos los males que aquejan a la Justicia en España; todos sabemos desde cuando ese diagnóstico está formulado; todos podemos concluir que el estado actual de cosas no es fruto ni de la casualidad ni del fatalismo. Si no queremos que la incuria nos cubra, el Gobierno deberá hacer algo más que un plan de choque. Aunque los problemas a abordar son muchos, los ejes de una primera reforma deberían basarse a mi entender en los cinco temas de mayor urgencia:

1) La ampliación de la planta judicial. El Consejo ha solicitado que se cubran en diez años mil trescientas sesenta y cinco plazas. Este periodo tan largo debería acortarse, convocando un mayor número de plazas anuales, impulsando además el acceso a la carrera judicial a través del tercer y cuarto turno con juristas de reconocido prestigio. Solamente un 20% de las plazas convocadas desde la implantación de este sistema han entrado por esta vía, lo que resulta explicable en función de los criterios restrictivos hasta la fecha aplicados.

2) La modernización de la oficina judicial a fin de que responda a métodos del siglo XXI y no del siglo XIX, es decir, basada en criterios de eficacia y racionalidad, con utilización de técnicas modernas de organización, potenciando entre otras cosas los servicios comunes y con un sistema de informatización íntegra e interconectada de la Administración de Justicia. Es una buena noticia la medida anun-

ciada por el ministro de Justicia de establecer un sistema de interconexión a través de internet de todos los operadores jurídicos, Juzgados, Tribunales, Fiscalías, procuradores y abogados. Las tareas de comunicación que ahora tardan meses se llevarían a cabo en segundos. El Tribunal Supremo, a diferencia de la gran mayoría de cortes supremas europeas, carece de página web y sus resoluciones no son accesibles en internet. Junto a ello, la reforma de los edificios judiciales en condiciones de dignidad para funcionarios y justiciables es otro reto, junto con la dotación de los medios materiales necesarios para garantizar el buen servicio.

3) La puesta al día de las leyes procesales y orgánicas, a fin de que se ajusten todas las normas procesales a los principios de oralidad, inmediación, concentración y rapidez, suprimiendo los trámites burocráticos innecesarios y dotándolas de medios materiales que permitan que las normas sobre el papel se traduzcan sin solución de continuidad en la realidad.

4) La supresión de la octava y novena categoría para los jueces de entrada equiparándolas a la séptima, a fin de resolver de una vez por todas la indignidad salarial que sufren muchos jueces destinados en pueblos y conseguir de esta forma la igualdad salarial de todos los miembros de la Carrera con categoría de juez. Además, este mismo año debería estar ultimada la ley de retribuciones, en cuyo diseño todas las asociaciones judiciales y fiscales deberían poder participar al tratarse de un instrumento jurídico idóneo para determinar el modelo de juez y de fiscal que tantas veces hemos preconizado.

5) Para todo ello la Justicia en España necesita seriamente incrementar su dotación presupuestaria, lo que implica pasar del actual 1% del gasto público del producto interior bruto al 4%, es decir, ponerla al nivel medio del entorno europeo, y ello durante unos cuantos años. Si a la Justicia se hubiera destinado la cuarta parte de los recursos humanos y materiales que se han destinado, por ejemplo, a la Hacienda pública, la situación no sería tan escandalosamente precaria. Mientras no se alcance este objetivo, seguiremos mareando la perdiz. Pues bien, el anuncio por parte del Gobierno de incrementar únicamente en un 9% la asignación a Justicia en los Presupuestos Generales del Estado del próximo año olvida una vez más las anunciadas políticas transformadoras. Si el Parlamento no lo remedia, seguiremos peor y con la misma cantinela.

Con todos sus defectos e imperfecciones la Administración de Justicia constituye la garantía última de la defensa de la democracia y de las libertades. Este país necesita una justicia ágil y eficaz que devuelva la confianza al conjunto de los ciudadanos. Las reformas que hay que emprender son ya, y desde hace tiempo, inaplazables. Apostar porque la Justicia sea una prioridad es apostar por el fortalecimiento del Estado de Derecho.

Sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Isabel PERELLO DOMENECH

Pese a que su propia denominación describe los elementos que integran el contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es necesaria una ulterior tarea de delimitación del alcance y significado de los elementos esenciales definidores de este derecho fundamental. Algunos autores, como Gimeno Sendra¹ lo definen como "un derecho subjetivo constitucional de carácter autónomo aunque instrumental del derecho a la tutela que asiste a todos los sujetos de Derecho privado que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado, creando en él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar si demora la ejecución de las sentencias". Otros autores, como Fernández-Viagas², entienden que "un proceso sin dilaciones indebidas es el que se desarrolla en tiempo razonable, atendiendo a las exigencias de una buena administración de justicia, según las circunstancias y la duración normal de los que tuvieran otros de idéntica naturaleza".

Con independencia de la mayor o menor precisión de tales definiciones, lo cierto es que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se establece en los Tratados internacionales y en el artículo 24.2 CE, como un derecho fundamental de la persona, y supone el reconocimiento de que una justicia tardía equivale a la denegación de la justicia³. En el examen de este concepto debemos partir de la premisa de que el proceso, en cuanto supone la realización de sucesivos actos, implica, necesariamente, un lapso de tiempo, incompatible muy a menudo, con una repuesta judicial rápida y tempestiva. No obstante, lo que subyace en este derecho no es el lógico y necesario transcurso del tiempo para el desarrollo del proceso, sino que éste sea "indebido", esto es, excesivo. Por ello, en la propia dicción del derecho se utilizan las expresiones, de "dilación" e "indebida", equivalentes respectivamente a demoras o tardanzas injustas o ilícitas. Lo que se proscribire es, pues, el retraso, la duración anormal o injustificada del proceso, frustrando el fin que persigue⁴, en aras a la realización de una correcta Administración de Justicia.

No obstante la aparente comprensibilidad, surge la dificultad de determinar la noción "dilación indebida" esto es, lo que constituye, realmente, un retraso

injustificado con entidad para afectar a este derecho fundamental, esto es, en la determinación de que lo que es un "plazo razonable" para la obtención de una respuesta judicial. La falta de definición y la indeterminación *a priori* de las variables que sirven para delimitar este aspecto temporal que se vincula con el factor de lo "razonable"⁵ exige la valoración de diversos elementos que concurren en cada caso, que dotan de contenido concreto al enunciado genérico de este derecho fundamental. Se trata, pues, de un concepto jurídico indeterminado o abierto que ha de integrarse casuísticamente atendiendo a ciertos criterios objetivos. Como señala Riba Trepát⁶ tanto la doctrina como la jurisprudencia han centrado sus esfuerzos doctrinales en delimitar no ya el contenido de este derecho fundamental, sino la naturaleza de la acción típica en que se concreta su violación y, por lo general, las aportaciones más relevantes se dirigen a determinar qué criterios deben seguirse para fijar la duración justa o razonable del proceso.

EL CONTENIDO DEL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

En parecidos términos de los contenidos en el artículo 14.3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, que reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas, la Convención Europea de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales aprobada en Roma el 4 de noviembre de 1950 garantiza, como derecho fundamental de la persona, el de un proceso en un plazo razonable. El artículo 6. 1 de la Convención dispone que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella". El reconocimiento de este Derecho en la Convención Europea y el establecimiento de un mecanismo de protección tiene una especial relevancia como señala Díez Picazo⁷, pues, además de perseguir la defensa del derecho mediante la eventual declaración de su violación, pueden llegarse a adoptar medidas de condena a los Estados. Su re-

¹ Gimeno Sendra: *Constitución y Proceso*, Tecnos, 1988, pág. 137.

² Fernández-Viagas Bartolomé: *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Civitas, 1994, pag. 48.

³ Marín Castán: "La polémica cuestión de la determinación del plazo razonable en la Administración de Justicia". "Comentario a la Sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 1983". *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 10, 1984, págs. 215 y ss.

⁴ Almagro Nosete: *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, EDESA, 1983.

⁵ Fernández Viagas, op. cit. pág. 46: "La razonable otorga al juzgador un margen de libertad de acuerdo con los valores que, caso por caso, imponga el ordenamiento jurídico. El criterio de razonabilidad carece de límites precisos. Se trata de una noción de índole valorativa, notoriamente imprecisa que depende de las circunstancias del caso".

⁶ Riba Trepát, Cristina: *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. JM Bosch Edit. 1997, pág. 169.

⁷ Díez Picazo, Ignacio: *Poder Judicial y responsabilidad*. La Ley 1990, pág. 96

levancia se manifiesta además en otros aspectos. Así, la Convención Europea, conforme el artículo 96.1 CE, forma parte de nuestro derecho interno, se integra en nuestro ordenamiento con todas sus consecuencias jurídicas de invocación y aplicación por los órganos judiciales. El artículo 10.2 CE convierte al Convenio en criterio prevalente para la interpretación de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE, esto es, constituye, junto al Pacto Internacional de 1966 citado, un canon interpretativo de los derechos fundamentales y libertades públicas que se convierte en vinculante para los tribunales españoles. Por otra parte, la Convención cuenta con una serie de órganos y procedimientos de garantía de los derechos reconocidos, como son el Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este último con potestad para condenar a los Estados a satisfacer a los perjudicados por una violación del Convenio.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha elaborado una importante doctrina sobre el derecho a que las causas sean oídas en plazo razonable, estableciendo una serie de pautas interpretativas, o "standards" aceptables en la celeridad de la tramitación de los procesos. Jurisprudencia que ha ido evolucionando hacia un criterio cada vez más estricto del concepto de "plazo razonable" en la delimitación del contenido de este Derecho, que es el más invocado en el marco del CEDH⁸.

La primera cuestión que plantea el artículo 6.1 CEDH es la relativa a su ámbito de aplicación. El citado precepto se ciñe a los "litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal". En principio, no cabe duda de su aplicabilidad en los procesos penales⁹ y así se ha admitido unánimemente. No ocurre lo mismo con la expresión de "los derechos y obligaciones de carácter civil". El TEDH ha realizado una interpretación amplia¹⁰ de este concepto, considerando como elementos determinantes del carácter civil del derecho, el contenido material y los efectos que les confiere el ordenamiento jurídico interno de cada caso. En la Sentencia del caso Ringelsen, el TEDH afirma que "La circunstancia de que un derecho interno otorgue a un determinado derecho u obligación la calificación jurídica de derecho público no es obstáculo para que se considere de naturaleza civil". En la Sentencia König declara que "un

derecho debe ser considerado o no como de carácter civil en el sentido con que esta expresión se utiliza en el Convenio teniendo en cuenta no ya la calificación jurídica sino el contenido material y los efectos que les confiere el derecho interno del Estado en cada caso". Por otra parte, en este precepto no se consideran sólo los litigios entre particulares, sino que comprende también aquéllos que pueden plantearse entre un particular y la autoridad pública¹¹. El TEDH ha considerado el carácter civil de los procesos sobre autorización gubernamental para una expropiación municipal, o sobre la denegación de autorización para la transmisión de un terreno. De manera que aun cuando se trate de un litigio contra el Estado que versa sobre un acto de naturaleza administrativa, dictado por un órgano administrativo cuya decisión corresponde a un Tribunal administrativo, podrá entenderse como un litigio sobre "derechos y obligaciones de carácter civil" a efectos de aplicación el Convenio.

Cómputo del plazo

Para el análisis del factor temporal, el TEDH toma en consideración el período que se inicia desde que empieza el litigio hasta el momento en que se obtiene la decisión definitiva, incluyendo todas las instancias, también el tiempo invertido en la tramitación del recurso ante los propios Tribunales Constitucionales. En temas civiles se considera *dies a quo* el de la interposición de la demanda, S. Bock de 29 de marzo de 1989, cualquier acto de iniciación del proceso S. Buchholz, 6 de mayo 1981, como puede ser la petición de una medida cautelar, S. Cesarini, 12 octubre 1992, o la oposición al acto administrativo S. König. En temas penales generalmente el cómputo se inicia desde el momento en que una persona que se encuentra acusada. Desde la perspectiva del artículo 6.1 CEDH se define la acusación como la notificación oficial emanada de órgano competente del reproche por haber cometido infracción penal, idea que responde también a la noción de repercusiones importantes sobre la situación del sospechoso, Caso Ecke, 15 de julio de 1982. En algunas ocasiones se ha tomado en consideración una fecha anterior al inicio del proceso, como la del arresto si lo hay, de la inculpación, o la apertura de diligencias preliminares, S. Wenhoff de 27 de junio de 1968, Neumeister de igual fecha y Abdoella de 25 de noviembre de 1992. En los procesos contencioso-administrativos se discute si el tiempo de resolución de la vía administrativa previa ha de incluirse o no a efectos del plazo razonable¹². Algunos autores, como Díez Picazo¹³, entienden que no ha de incluirse tal período, mientras otros, como

⁸ Zimmernan/Steirer, 13 de julio de 1983, responsabilidad de la Administración por actividades nocivas de un aeropuerto. Spumang y Cobnroth, 23 de septiembre 1982.

⁹ S. König cit: "Puede concebirse que el plazo razonable pueda comenzar a correr en ciertas hipótesis antes incluso del acto formal que inicia el procedimiento ante el Tribunal ... tal es el criterio a aplicar en el caso de autos dado que el demandante no ha podido acudir al Tribunal competente sin antes examinar en un procedimiento preliminar ante la autoridad administrativa la legalidad y oportunidad de los actos administrativos".

¹³ Díez Picazo, I., op. cit, pág. 105.

⁸ Riba Trepal, C: op. cit, pág. 60.

⁹ Sentencias Ringelsen, de 16 de julio de 1971 y König 28 de junio de 1978. En este último el TEDH sostiene que "hay acuerdo en pensar que la noción de derechos y obligaciones de carácter civil no puede ser tan sólo interpretada mediante referencia al Derecho Interno del Estado demandado".

¹⁰ La jurisprudencia del TEDH es mucho más completa en el tratamiento del proceso penal.

Cristina Riba Trepal¹⁴, estiman, por el contrario, que sí ha de computarse en la medida que se trata de un requisito procesal ineludible para el acceso al proceso judicial.

Como término final, se considera el momento en que se toma la decisión última, entendiendo como tal, cuando se trate de temas penales, cualquier resolución que pone fin al proceso, ya sea de sobreseimiento, condena o absolución, que se extiende a la decisión de los recursos. En los procesos civiles, se toma en cuenta la decisión definitiva, incluyendo, tras alguna excepción, S. Buchholz, el tiempo consumido en sede constitucional, S. Decumeland, 29 de mayo de 1986.

Los criterios para la delimitación de este derecho según el TEDH

El TEDH ha definido una serie de factores para reconocer si existe o no violación del artículo 6.1 CEDH, entendiendo que para la determinación de "la cláusula del plazo razonable" han de apreciarse las circunstancias concurrentes en cada caso¹⁵.

1. *La complejidad del asunto*: El primer criterio de objetivación, que se pondera siempre en las resoluciones del TEDH es la complejidad del asunto, que se refiere tanto a la complejidad jurídica¹⁶ de interpretación y aplicación de la norma, como la puramente fáctica. El TEDH ha considerado que no existía complejidad en aquellos casos que los hechos no exigían investigación, o resultan evidentes y probados S. Caso Foti, 10 de diciembre de 1982. Por el contrario, ha apreciado la complejidad del proceso cuando están implicadas varias personas, S. Billi, 26 de febrero de 1982, S. Papachelas, 25 de marzo de 1999, o por la propia naturaleza del litigio, S. Wiesinger, 30 de octubre de 1991. En ocasiones, el Tribunal pondera la complejidad jurídica del asunto bien para concluir que no justificaba la duración del litigio, como ocurre en el caso Pailot, S. 22 de abril de 1998 —un caso de contaminación del SIDA por transfusión sanguínea—, o, por el contrario, para explicar la duración del proceso, S. Matalter, de 10 de noviembre de 1996, en la valoración del Holding Rumasa, S. Ruiz Mateos, 23 junio 1993, por la necesidad de encontrar determinados testigos S. Köning, 28 junio 1978, o por la tramitación de comisiones rogatorias S. Scopelliti, 23 de noviembre de 1993.

2. *Comportamiento del recurrente*: El TEDH entiende que los retrasos o demoras provocados por la actitud de las partes han de ser ponderadas para delimitar si ha transcurrido el plazo razonable, valorando la actitud y diligencia de quien alega ser víctima de la violación de su derecho. El comportamiento del recurrente "constituye un elemento

objetivo, no imputable al Estado demandado que debe ser tomado en consideración para determinar si ha habido o no un exceso del plazo razonable del artículo 6.1 CEDH", S. Wiesinger, de 20 de octubre de 1991. En algunos casos como S. Ringeisen el Tribunal no aprecia la violación del Convenio, tanto por la complejidad del proceso como por la actitud de la parte, que formula sucesivas peticiones de libertad y recusación de los jueces. Igual ocurre en los casos Papachelas y Ecke en los que el TEDH valora la actitud dilatoria de la parte. No obstante, el Tribunal diferencia lo que constituye un comportamiento dilatorio de la parte de lo que son sus legítimas posibilidades de defensa. En la S. Pretto, el TEDH considera que el demandante tenía perfecto derecho a utilizar los plazos establecidos en la Ley y no se le podía imputar el retraso mientras no hubiera contravenido alguno de tales plazos, y en la S. Dobbertin entiende que las iniciativas del recurrente no constituyen un factor negativo de ponderación cuando las acciones ejercitadas resultan congruentes con la finalidad de las mismas.

3. *La conducta de las autoridades nacionales*: El TEDH también considera como factor de objetivación la actitud de las autoridades nacionales, siendo decisiva para apreciar si se ha respetado el plazo razonable. Al respecto, en el caso Zimmermam y Steiner de 13 de junio de 1983 que "solamente la lentitud imputable al Estado puede llevar a la conclusión de que se incumplió la exigencia del plazo razonable". Por consiguiente, estima la responsabilidad del Estado cuando el comportamiento de los órganos jurisdiccionales no ha sido el adecuado, fundando tal responsabilidad en el criterio de la culpa. Conviene resaltar que en múltiples pronunciamientos el TEDH ha declarado que el artículo 6.1 del Convenio obliga a los Estados contratantes a organizar sus Tribunales de manera que pueda atender las exigencias derivadas de este precepto, en particular, al respeto del plazo razonable, S. Dimanco de 28 de julio de 1999. Por ello, ha afirmado que la carga excesiva que soportan los Tribunales puede justificar el retraso si tal situación tiene carácter excepcional y transitorio. Pero no ocurre lo mismo cuando se trata de deficiencias estructurales. En el caso Steiner, el TEDH ha señalado que un atasco temporal y provisional en el despacho de los asuntos judiciales no implica responsabilidad si se adoptan, desde la deseable rapidez, las medidas adecuadas para superar una situación excepcional. Sin embargo, en la S. Guincho de 10 de septiembre de 1984 sostiene que el volumen de trabajo no es causa de justificación cuando el estado de cosas adquiere carácter estructural o cuando las medidas adoptadas son insuficientes o tardías. Parece diferenciar entre un atasco temporal motivado por circunstancias excepcionales que pudiera justificar el retraso, y aquellas situaciones de carácter permanente o estructural de la Administración de Justicia, que no puede fundamentar tal retardo. No obstante, el TEDH tiene en cuenta que el Estado haya actuado con prontitud adoptando medidas necesarias y adecuadas para evitar los retrasos, analizando la situación de la Administración de Justicia en cada

¹⁴ Riba Trepal, C., opus cit, pág. 71.

¹⁵ Caso Neumeister, Caso Ringeisen. Caso G.S.

¹⁶ Caso Pretto. S. 8 de diciembre de 1983: "El Tribunal estimó 'razonable' para asegurar la certidumbre del Derecho —al tratarse de un complejo problema de interpretación jurídica— que la Sala de lo Civil aplazara su decisión hasta que se produjera una decisión del Plenario del Tribunal, aunque con ello se produjera una dilación en el proceso".

país y el esfuerzo realizado para resolver el problema. Así, en el caso Buchholz valora positivamente la adopción de medidas por el Estado alemán al dotar a los órganos jurisdiccionales afectados de medios personales y materiales para agilizar la tramitación de los procesos. También toma en consideración el comportamiento de las autoridades nacionales en relación al objeto del proceso, exigiendo en algunos supuestos contaminación del SIDA una diligencia excepcional por parte de las autoridades judiciales, caso Pailot de 22 de abril de 1998.

4. *Lo que arriesga el recurrente en el proceso o la importancia del litigio para el interesado:* Finalmente, aunque no en todos los casos, sino en función de su incidencia en el supuesto concreto se consideran las consecuencias del retraso en la tramitación del proceso para el afectado. Para ello, el TEDH distingue el tipo de proceso, siendo la exigencia del plazo razonable más estricta en los procesos penales, en los que se encuentran comprometidos derechos fundamentales como el de la libertad, que en los procesos civiles, en los que se ventilan intereses patrimoniales. En esta línea ha apreciado la importancia del litigio para el interesado en supuestos de inculpación acompañada de privación de libertad, S. Pibdoella de 25 de noviembre de 1992, y en casos en que el recurrente durante largo tiempo "padeció dudas sobre su estado de salud mental" S. Bock, 29 de marzo de 1989, o sobre "su capacidad legal" S. Matter de 5 de junio de 1999

5. *Algunos supuestos de vulneración del "plazo razonable":* El TEDH ha seguido un criterio cada vez más restrictivo en la determinación de esta cláusula. Así, cabe destacar, entre los últimos pronunciamientos:

STEDH caso G.S. de 21 de diciembre de 1999.

Vulneración del artículo 6.1 del CEDH por la excesiva duración del proceso tramitado sobre la solicitud de licencia por el transcurso de cinco años y cinco meses sin obtener una decisión. Lاپso de tiempo que no se estima razonable.

STEDH caso Matter de 5 de julio de 1999.

Duración excesiva del proceso en el que se debatía la capacidad legal del recurrente durante más de siete años y tres meses. Vulneración del Convenio atendiendo en la particular diligencia exigible en estos supuestos.

STEDH caso Núñez Violante de 8 de junio de 1999.

Vulneración del artículo 6.1 CEDH por el transcurso excesivo del procedimiento instado para el cobro de una pensión por accidente laboral, que tuvo una duración de tres años y tres meses antes de iniciarse el proceso y se paralizó durante un año y siete meses.

STEDH caso Marqués Gómez Galo de 23 de noviembre de 1999.

Violación del artículo 6.1 por el transcurso del plazo de más de ocho años para conseguir los resultados de un informe pericial. Se aprecia la falta de di-

ligencia del juez en la tramitación del proceso seguido para la obtención de una indemnización por daños en accidente de tráfico. Duración que excede del plazo razonable.

STEDH caso Scalrini de 26 de octubre de 1999.

Vulneración del artículo 6.1 del CEDH por el retraso injustificado en la tramitación del proceso en el que se debatía una indemnización por los daños derivados en un accidente de tráfico: lapso de tiempo de diez años y tres meses, que no se considera razonable.

STEDH caso Djaid de 29 de septiembre de 1999.

Vulneración del artículo 6.1 CEDH por la excesiva duración de la situación de prisión preventiva: transcurso de dos años y tres meses para resolver un recurso de casación: lentitud excesiva de la justicia dada la particular diligencia exigible en estos casos.

S. caso di Mauro. S. 28 de julio de 1999.

Vulneración del artículo 6.1 por el transcurso de trece años y diez meses en la tramitación de un proceso para obtener la resolución de un contrato de arrendamiento.

S. caso Bouilly S. 7 de diciembre de 1999.

Violación del Convenio. Demanda de indemnización contra un hospital francés por pérdida de parte del historial médico y retraso en la entrega del resto, transcurso de cinco años y tres meses en el cobro de la indemnización y los correspondientes intereses, que no se considera razonable.

S. caso Ledonne. S. de 12 de mayo de 1999.

Violación del Convenio por el transcurso de cinco años y cinco meses para dictar Sentencia en un procedimiento penal por difamación; plazo no razonable desde la perspectiva del artículo 6.1.

S. caso Pelissier. S. de 25 de marzo de 1999.

Violación del Convenio por la duración de más de cinco años de la instrucción del proceso penal por delito de quiebra fraudulenta.

S. caso Saccomanno. S. 12 de mayo de 1999.

Vulneración del CEDH por el transcurso de seis años, cuatro meses y once días para resolver un proceso de calumnias en una sola instancia; plazo no razonable.

Caso Caillot. S. 4 de junio de 1999.

Plazo de tres años y tres meses para obtener Sentencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa por disconformidad en un proceso de concentración parcelaria; se considera excesivo y no razonable.

Finalmente, por lo que respecta al restablecimiento del Derecho, el artículo 50 del Convenio establece "si la decisión del Tribunal declara que una resolución judicial o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una parte contratante se encuentra total o parcialmente

en oposición a las obligaciones que se derivan del presente Convenio, y si el derecho interno de dicha parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esa resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción ejecutiva a la parte lesionada". La satisfacción ejecutiva en el supuesto de vulneración del derecho no puede consistir en ningún tipo de *restitutio in integrum*, por lo que el resarcimiento se traduce en una compensación de carácter pecuniario.

EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Autonomía respecto al derecho a la tutela judicial efectiva

En un principio, el Tribunal Constitucional fue vacilante y no diferenció con nitidez el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del derecho a la tutela judicial efectiva. En una de sus primeras Sentencias, STC 24/1981, considera que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no era sino un aspecto temporal del derecho a la tutela judicial efectiva; afirmando que "el ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el párrafo 2 del artículo 24 CE al hablar de un proceso sin dilaciones indebidas" (FJ 3). Asimismo, sostiene el carácter instrumental respecto al derecho a la tutela judicial del artículo 24.1 CE, en las SSTC 26/1983, 67/1984, 273/1984, en las que el restablecimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se obtendría, exclusivamente, a través del restablecimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, obligando al órgano judicial a dictar la resolución que origina la dilación indebida. A pesar de esta inicial confusión, posteriormente el Tribunal Constitucional ha sostenido con reiteración que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un derecho autónomo y distinto al reconocido en el artículo 24.1 CE. En la STC 26/1983 el Tribunal afirma: "Desde un punto de vista sociológico y práctico puede seguramente asegurarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva; jurídicamente, en el marco de nuestro ordenamiento, es forzoso entender que se trata de derechos distintos que siempre han de ser considerados separadamente y que, en consecuencia, también puede ser objeto de distintas violaciones", exponiendo en esta resolución cómo puede vulnerarse el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas sin lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y viceversa. Se trata, en definitiva, de distintos derechos que han de ser considerados separadamente y que, por tanto, pueden ser objeto de distintas violaciones y de diferentes formas de reparación. Esta doctrina sobre la autonomía e independencia del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se reitera en ulteriores ocasiones (SSTC 5/1985, 133/1988), y actualmente no está sometida

a discusión. Así se ha declarado en las SSTC 58/1999, 124/1999. En esta última Sentencia el Tribunal declara que "si bien el derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que los órganos judiciales deben asegurar la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos (SSTC 24/1981, 324/1994), desde la perspectiva jurídica y en el marco de nuestro ordenamiento resulta ineludible reconocer la autonomía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (por todas, SSTC 26/1983, 61/1991, 35/1994, 298/1994, 324/1994). De tal suerte que si el primero de dichos derechos comprende esencialmente el acceso a la jurisdicción y, en su caso, la obtención de una decisión judicial motivada en Derecho y, por ende, no arbitraria, sobre el fondo de las pretensiones deducidas, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas requiere para su satisfacción un adecuado equilibrio entre, de un lado, la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y, de otro, el tiempo que dicha realización precisa, que habrá de ser el más breve posible (STC 58/1999)". En la STC 75/1999, el Tribunal refiere que a pesar de tratarse de un derecho perfectamente autónomo, no obstante "mantiene una íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva respecto del que posee un indudable carácter instrumental en tanto que una justicia tardía supone un serio menoscabo de aquella tutela" (STC 81/1989, ATC 91/1994).

2. La definición de este derecho en el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha dictado múltiples pronunciamientos sobre el contenido de este derecho, siguiendo las pautas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Desde sus primeras resoluciones, define este derecho fundamental como un concepto jurídico indeterminado que no se identifica con el mero transcurso de los plazos procesales y que ha de dotarse de contenido en cada caso concreto, atendiendo a criterios objetivos congruentes con un enunciado genérico. Tales criterios que integran el concepto de "plazo razonable" conforme a lo señalado por el Tribunal Europeo, consisten en la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades judiciales y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para aquéllos (STC 36/1984). Como señala Díez Picazo¹⁷, la recepción de la doctrina del TEDH se produce expresamente en esta Sentencia sobre la base, idéntica a la del Tribunal Europeo, de que las dilaciones indebidas constituyen un concepto jurídico indeterminado cuya concreción sólo puede hacerse en cada caso concreto en atención a ciertos criterios objetivos.

Posteriormente, en la STC 223/1988 (FJ 3) el Tribunal ofrece una definición más aproximada de este derecho, afirmando que "la frase sin dilaciones in-

¹⁷ Díez Picazo, op. cit. pag. 122.

debidas empleada en el artículo 24.2 CE expresa un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objeto que sean congruentes con su enunciado genérico e identifica como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades". Por consiguiente, el Tribunal no ha identificado el artículo 24.2 CE con el simple retraso en los plazos para la realización de los actos del proceso o para el conjunto de los que integran la instancia. Lo que ha constitucionalizado como derecho fundamental ha sido el derecho de toda persona de que su proceso se resuelva en un plazo razonable. Como señala Barceló Serramalera, M.¹⁸ el artículo 24.2 CE no impedía que el Tribunal Constitucional hubiera dotado de un contenido más exigente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que el reconocido por el Tribunal Europeo al derecho establecido en el artículo 6.1 del Convenio. Sin embargo, no ha sido así, ya que por dilación indebida el Tribunal no dice nada distinto a lo que dice el artículo 6.1 del Convenio.

3. La naturaleza del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

El Tribunal Constitucional ha perfilado una doble faceta del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; de un lado la reaccional que actúa en el marco estricto del proceso "que se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas" (SSTC 35/1994, 124/1999), y de otro, la faceta o aspecto prestacional, sin duda la fundamental (STC 81/1989) cuya relevancia fue resaltada en la STC 35/1994, consiste en el derecho a que los Jueces y Tribunales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable y "supone que los Jueces y Tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela" (SSTC 35/1994, 180/1996, 10/1997). Contenido prestacional que, como se dijo, en la STC 50/1989 afecta a los demás poderes del Estado ya que "lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de las necesarias medidas personales y materiales".

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha venido distinguiendo dos tipos de dilaciones. En la STC 36/1984, se sostiene que la situación que puede generar la lesión constitucional puede originarse por la "simple inactividad" del órgano judicial o por la "tardía producción de una determinada resolución"; introduciendo una distinción entre aquellos supuestos en que se pretende del Tribunal un pro-

nunciamento dirigido a reactivar el procedimiento paralizado o cuando la pretensión gira en torno a las consecuencias de una resolución judicial fuera del tiempo razonable. En la STC 324/1994 el Tribunal reconoce que las dilaciones pueden provenir tanto de las omisiones como de las actuaciones de los órganos judiciales: la suspensión de un juicio (STC 116/1983), la admisión de una prueba (STC 17/1984) o la solicitud de nombramiento de abogado de oficio —caso presa de Tous— (STC 216/1984), apreciando su carácter meramente dilatorio. Así pues, diferencia dos tipos de demora judicial: la "simple inactividad" en cuyo caso el amparo se dirige a que el órgano judicial emita la resolución pertinente en el proceso, de la "tardía producción" de una resolución judicial, en la que se pretende del Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre las consecuencias derivadas de la demora en el proceso y la forma de reparación. La primera de estas modalidades se denomina por la doctrina dilaciones¹⁹ persistentes y la segunda como dilaciones consumadas.

Otra cuestión que surge al hilo de lo expuesto es la referida a las dilaciones en relación con la ejecución de Sentencias, que se suscita en múltiples ocasiones. El Tribunal ha reconocido la invocabilidad de este derecho en toda clase de procesos y en las sucesivas fases e instancias por las que discurre el proceso, incluida la ejecución de Sentencias. En la STC 230/1999 otorga el amparo por la inactividad del Juzgado por más de dos años desde que recayó la Sentencia firme, que se encontraba en trámite de ejecución y en la que debía fijarse el importe de una indemnización.

4. Presupuestos para la invocación de este derecho ante el Tribunal Constitucional

Para el reconocimiento de este derecho fundamental en sede constitucional, el Tribunal ha exigido el cumplimiento de ciertos requisitos como 1) la previa denuncia ante los órganos judiciales del retraso o la dilación, con invocación del derecho fundamental, 2) el cumplimiento del plazo del artículo 44.2 LOTC o que haya transcurrido un "plazo prudencial" para que el órgano judicial pueda atender la queja, 3) que el proceso ante el órgano judicial no haya finalizado, presupuesto sobre el que existen pronunciamientos contradictorios.

1º) El primero de estos requisitos, la invocación previa ante los órganos judiciales, responde al principio de subsidiariedad del recurso de amparo que se recoge en el artículo 44.1 c) LOTC, a fin de que los órganos judiciales tengan oportunidad para pronunciarse sobre la vulneración constitucional, dándoles ocasión para remediar la violación denunciada y para restablecer el derecho fundamental, ya que la jurisdicción constitucional únicamente puede intervenir cuando la ordinaria no repara convenientemente la lesión del derecho fundamental (STC 203/1987). En particular, el Tribunal ha exigido la

¹⁸ Barceló Serramalera, M: "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Publicaciones de la Universidad de Alicante. Instituto de Cultura Juan Gil-Albert", Tirant lo Blanch. Valencia 1997".

¹⁹ Riba Trepat, C., op. cit. págs. 97-100.

denuncia previa de las dilaciones indebidas ante el órgano judicial a fin de que el órgano judicial pueda remediarlas, de lo contrario se produce un acceso *per saltum* a la jurisdicción constitucional de amparo en contra de su carácter subsidiario (SSTC 128/1989, 224/1991, 97/1994, 140/1998, 23/1999, 32/1999). El incumplimiento de esta exigencia determina la inobservancia del requisito del artículo 44.1 c) LOTC y la inviabilidad de la queja constitucional, siendo múltiples las resoluciones de inadmisión de recursos de amparo en el que se plantean la existencia de dilaciones indebidas por la ausencia del planteamiento previo de tal cuestión ante la jurisdicción ordinaria. Así ocurre en la STC 38/2000 que declara la inadmisión del recurso de amparo al no constar en las actuaciones escrito alguno de denuncia de los retrasos ante el órgano judicial invocados por primera vez en sede constitucional y la STC 118/2000 deniega la pretensión de amparo a pesar de la muy dilatada tramitación del asunto, originado por una denuncia presentada en 1989 y resuelta definitivamente nueve años después, toda vez que el recurrente no desplegó la actividad de diligente colaboración y denuncia de las dilaciones según exige la jurisprudencia para poder apreciarla.

2º) Por lo que respecta al cómputo del plazo para formular la pretensión de amparo, cabe distinguir entre los supuestos en que la dilación se origina por la inactividad del órgano judicial de aquellos otros supuestos en que la lesión se produce, precisamente, por la actuación del órgano judicial, como acontece cuando, por ejemplo, acuerda la suspensión de la tramitación del proceso. En los primeros casos el Tribunal ha sostenido que desde que se denuncia la dilación ante el órgano judicial hasta que se acude al Tribunal reclamando el amparo constitucional ha de transcurrir un plazo "razonable" a fin de que el órgano judicial pueda atender la queja, ya que lo contrario implicaría que no se respete el principio de subsidiariedad. Así lo ha declarado en el ATC 936/1988, en el que el Tribunal no estima atendible la queja por cuanto no había transcurrido "este plazo razonable" en el que el órgano judicial puede reparar la lesión que se denuncia. En el ATC 30/1990 se rechaza la demanda de amparo en la que se alegaba la existencia de dilaciones por cuanto la denuncia ante el órgano judicial sobre la existencia de dilaciones indebidas se formuló el día anterior al de la demanda de amparo, entendiéndose el Tribunal Constitucional que el transcurso de un solo día antes de la interposición de la demanda de amparo no puede resultar eficaz para remover la causa de dilación. En la STC 231/1999 el Tribunal Constitucional declara que si una vez denunciada la dilación "y transcurrido un plazo prudencial, continuase la pasividad procesal, podrá entonces el recurrente franquear las puertas de este Tribunal y pedir amparo. Ese plazo prudencial o razonable, indeterminable a priori, ha de ser aquél que permita al juez o Tribunal poner remedio al retraso haciendo cesar la paralización (ATC 936/1988). No cabe, pues, denunciar la demora y acto seguido, sin solución de continuidad, presentar la demanda de amparo (ATC 30/1990) y, al contrario, es obligado por el

sentido común guardar un tiempo para conseguir la reanudación del tracto procesal". Ha de concluirse, del mismo modo que en la STC 140/1998 que "el contenido constitucionalmente garantizado del derecho invocado no llega tan lejos como para que en cualquier momento, sea poco menos que inmediatamente accesible la tutela de este Tribunal; no al menos sin que, previamente, se haya dado a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de que, en plazo razonable, sea remediada la denunciada dilación. La imputación a un órgano judicial de vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos obliga a una paralela diligencia de los particulares afectados en la pronta, eficaz y efectiva prestación de la tutela judicial que la Constitución no sólo protege, sino que exige". De manera que en estos casos, la determinación del plazo "razonable" o "prudencial" para acudir en amparo quedan al arbitrio de la propia parte que la alega sin que sea de aplicación el del artículo 44.2 de la LOTC.

No ocurre lo mismo, sin embargo, cuando nos hallamos ante una actuación judicial que origina la dilación, ya que en estos supuestos sí es exigible la observancia del mencionado plazo de veinte días de la LOTC. Así ocurre en la STC 39/1995, en la que el origen de la dilación radicaba en la decisión del Tribunal Supremo que acuerda la suspensión de la ejecución de una Sentencia a fin de comprobar la existencia de un pretendido error judicial. Para estos supuestos en que existe una determinada actuación judicial rige el plazo de veinte días, que se computa desde la notificación de la última resolución judicial.

3º) El tercero de los mencionados presupuestos no resulta, sin embargo, pacífico en la jurisprudencia constitucional. En efecto, cuando se denuncian las dilaciones en un procedimiento en curso, sin obtener respuesta judicial, el Tribunal puede restablecer tal derecho fundamental obligando al órgano judicial a reanudar o continuar la tramitación del proceso paralizado. En este supuesto, el Tribunal declara la existencia de la dilación indebida, dando lugar a la reanudación y, en su caso, a la finalización del proceso, "removiendo la pasividad judicial". No obstante, surge la duda cuando se denuncia la violación del derecho fundamental en un proceso que ya ha concluido. En estos casos, el Tribunal ha sido vacilante. En algunos pronunciamientos ha admitido la vulneración aun cuando el proceso hubiera terminado (SSTC 61/1991, 21/1998, 78/1998 AATC 224, 228, 229 y 230/1996, referente a procesos concluidos). En la STC 198/1999, el Tribunal reafirma esta línea al considerar que podían apreciarse la existencia de dilaciones indebidas a pesar de haber finalizado ya el proceso. Se enjuiciaba la existencia de dilaciones indebidas cuando ya había recaído Sentencia del Tribunal Supremo desestimando el recurso de casación. Afirma el Tribunal que tal circunstancia, esto es que hayan cesado las dilaciones, no implica que el recurso de amparo haya quedado privado de objeto, pues "no puede considerarse reparada la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas mediante una actuación tardía o demorada" (SSTC 61/1991, 21/1998, 78/1998). De lo contrario, según tiene de-

clarado este Tribunal, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se vería en buena medida desprovisto del contenido que le es propio y no sería reconocible al quedar la existencia misma de la dilación al albur de la actitud del órgano jurisdiccional ante el hecho exclusivo de la interposición del recurso de amparo que, por su parte, podría correr el riesgo de desnaturalizarse si se utiliza más como un instrumento conminatorio sobre el órgano judicial que como medio reparador de las lesiones que padezcan los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y garantiza (SSTC 10/1991, 124/1999, 125/1999). En la misma línea, la STC 223/1998 declara que este tipo de amparos no pierden su objeto por el hecho de dictarse una Sentencia tardía, pues tal vulneración, de existir en el momento de interposición de la demanda de amparo, no puede considerarse reparada mediante la resolución tardía del pleito, y en su caso puede incidir en los efectos de la Sentencia.

Sin embargo, en otras ocasiones, ha mantenido la postura contraria. Así ocurre en las SSTC 51/1985, 152/1987 y AATC 320/1986, 397/1987, 25/1997 exigiéndose que el proceso ante el órgano judicial siga su curso. Se afirma que "sólo en los casos en que el pleito antecedente esté pendiente de resolución o, en su defecto, lo estuviera al tiempo de la interposición de la demanda de amparo, podría tramitarse la queja constitucional y concluir, en su caso, con una Sentencia declarativa de la violación denunciada (SSTC 223/1998, 50/1989). En la STC 151/1990 el Tribunal declara que como "la situación de inoperatividad judicial, temporalmente acotada, fue corregida por actuaciones posteriores del propio órgano judicial competente, ello obliga a considerar que el presente recurso de amparo ha quedado sin finalidad por la desaparición del objeto como consecuencia de la propia actividad del uso jurisdiccional. Recientemente en la STC 76/1999 se aprecia "la pérdida sobrevenida del contenido" por haber dictado la Sala Sentencia sobre el asunto principal. En la STC 103/2000 se deniega el amparo por cuanto las dilaciones indebidas ante el Tribunal Supremo ya habían cesado. Se trataba de la tramitación de un recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, iniciado en el año 1994. El demandante denuncia las dilaciones indebidas el 1 de febrero de 1999 y siete meses después, el Tribunal Supremo dicta Sentencia. "El hecho de que el Tribunal Supremo haya actuado con relativa rapidez y que las dilaciones hayan sido reparadas por el órgano judicial determina que el retraso en el que haya podido incurrir la Sala en la tramitación del recurso de casación carezca de relevancia constitucional". El magistrado Sr. Mendizábal Allende formula Voto particular al estimar que la tramitación durante seis años del recurso de casación debía considerarse como dilación indebida por lo que debió otorgarse el amparo.

Recientemente, la STC 146/2000 que resuelve un recurso en el que se planteó la demanda de amparo cuando el proceso ante el Tribunal Supremo había ya finalizado por Sentencia firme, y las dilaciones, de haberse producido, ya habían cesado. El Tribunal

inadmite la demanda por su carencia de objeto y estima que la queja es inviable.

Como pone de manifiesto M Barceló "exigir que el proceso en curso no haya fenecido no se corresponde con el contenido otorgado por la jurisprudencia al concepto de dilaciones indebidas", y se contradice con la finalidad de haber constitucionalizado este derecho como fundamental y proteger su lesión mediante el recurso de amparo. Producida la lesión indebida, el juez ordinario ya no puede reparar la lesión aunque con su actividad haga cesar extemporáneamente la dilación²⁰ y ésta es la postura asumida en las últimas resoluciones por el Tribunal.

5. Criterios del Tribunal para la definición del tiempo razonable

Para la apreciación de lo que constituye un "tiempo razonable", el Tribunal ha señalado en primer término y sin vacilaciones, que dilación indebida no equivale a incumplimiento de los plazos procesales. Esto es, fija el criterio de la no constitucionalización del derecho de los plazos procesales establecidos en las leyes y así se expresa con claridad en la STC 5/1985 en la que afirma "no es bastante, sin embargo, el que no se haya respetado el plazo para pronunciar la Sentencia y aun que ésta haya tardado mucho más en producirse para colegir, sin más, que el artículo 24 CE se ha vulnerado".

Por lo que se refiere a los criterios manejados a fin de determinar la razonabilidad del plazo, el Tribunal, como hemos señalado, ha acudido a los fijados en la jurisprudencia del TEDH para delimitar el contenido del artículo 6.1 del Convenio. Además de los elaborados por la jurisprudencia europea, el Tribunal ha utilizado en algunas de sus primeras resoluciones el criterio valorativo consistente en "los estándares de adecuación y rendimientos normales en el servicio de justicia, según el volumen de asuntos" (STC 5/1985), criterio que después abandonó²¹ por los peligros que para la supervivencia de este derecho pudiera entrañar, y justificaba la dilación con base en la estimación de los estándares normales de actuación de la justicia, criterio al que se opuso, formulando Voto particular, el Magistrado Tomás y Valiente que sostenía que ello implicaba un "vaciamiento del derecho fundamental".

Hecha la anterior precisión para la determinación del concepto jurídico indeterminado del "plazo razonable", ha seguido las siguientes variantes: la de la complejidad del litigio, el comportamiento procesal de los litigantes y de los órganos jurisdiccionales y los márgenes ordinarios de duración del mismo tipo de procesos, junto al criterio del interés que en el pleito arriesga quien solicita el amparo, este último no aplicado siempre: 1º) La complejidad del asunto

²⁰ M. Barceló., op. cit. págs. 1142/1148.

²¹ La Sentencia del TEDH, caso Buchholz, de 6 de mayo de 1981 en ningún momento tuvo en cuenta la duración media de procesos similares como criterio de objetivación del plazo razonablemente. Expresamente la S. Unión Alimentaria Sanders, 7 de junio de 1989, desautorizó el planteamiento de la STC 5/1985.

es un motivo utilizado constantemente por el Tribunal Constitucional en todos los órdenes, admitiendo tanto la complejidad de hecho o de derecho. Así, entiende que no hay complejidad cuando se trata de un simple juicio ejecutivo o cuando la actuación judicial era de simple trámite o puramente instrumental (SSTC 78/1998, 180/1998); por el contrario, sí estima la complejidad cuando existe la dificultad en desentrañar un entramado organizativo criminal (STC 241/1992). 2ª) La conducta de la parte es considerada también como elemento a ponderar en la duración excesiva del proceso, entendiendo que la actitud procesal del recurrente ha de ser diligente, tanto en la tramitación del proceso como en la invocación de las dilaciones. La actitud obstruccionista impide que pueda apreciarse la dilación indebida. Se valora, en ocasiones, la actitud poco diligente del recurrente al no haber utilizado los medios procesales a su alcance para conseguir sus objetivos (SSTC 139/1990, 206/1991, 22/1992), afirmando otras veces que el "afán dilatorio" no puede aprovecharse para reclamar el amparo. 3ª) sobre la conducta del órgano judicial, el Tribunal valora que se haya producido un incumplimiento de los deberes procesales para la resolución del litigio en el menor tiempo posible, y sostiene que las carencias estructurales no impiden la calificación de la dilación como indebida, con independencia de la exoneración de su responsabilidad. No se considera como causa de justificación de la dilación el gran volumen de trabajo que pesa sobre los órganos jurisdiccionales. En la STC 198/1999 refiere que las dilaciones tienen el carácter de indebidas aun cuando los retrasos experimentados en el procedimiento hubieran sido consecuencia de las deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que pesa sobre ellos. En la STC 195/1997, el Tribunal Constitucional afirma que el elevado número de asuntos no legitima el retraso en resolver, ya que el hecho de que las situaciones de atasco se conviertan en habituales no justifica la excesiva duración de un proceso. Resulta, por tanto, que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas es el que debe marcar los tiempos que observan los Tribunales en el despacho de los asuntos, no al revés; los Tribunales deben, por imperativo constitucional, finalizar los procesos abiertos dentro del plazo razonable que exige la Constitución (STC 195/1997), ni siquiera en la hipótesis de que el retraso en resolver estuviera justificado por el elevado número de asuntos, podría considerarse que las dilaciones que se están padeciendo son legítimas o no indebidas. 4ª) La duración normal de procesos similares y el interés del demandante, el Tribunal entiende irrelevante que la demora se deba al excesivo número de asuntos a resolver por el órgano judicial a los efectos de apreciar las dilaciones indebidas, y, por lo que se refiere interés que en el pleito arriesga el demandante, tal criterio no se aplica de forma uniforme; no aparece en la STC 21/1998 o en la 124/1999, pero sí en otras resoluciones como en la STC 58/1999.

Algunos supuestos de vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

STC 215/1992, se aprecian dilaciones indebidas por el transcurso de más de dieciocho meses en la adopción de medidas cautelares por un Juzgado durante la instrucción de una causa penal.

STC 313/1993 se otorga el amparo solicitado por estimar que el Juzgado de Primera Instancia incurre en un retraso injustificado en la tramitación de un juicio ejecutivo, en el que había recaído Sentencia de remate, pues dictada la Sentencia en el año 1987, el Juzgado permaneció inactivo sin realizar las actuaciones correspondientes a la fase de ejecución durante más de tres años.

STC 69/1994 se declara la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por la paralización durante más de un año de un procedimiento civil, en particular, el Tribunal considera que carece de justificación la inactividad judicial durante un año, desde la providencia que declara conclusos los autos hasta que dicta Sentencia.

STC 144/1995 se aprecian dilaciones indebidas por la inactividad judicial durante más de dos años en la tramitación de un proceso civil y en la adopción de una medida cautelar de suspensión de los Acuerdos impugnados, por estimar que tal paralización carece de toda justificación.

STC 180/1996 se estima la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas por la inactividad judicial del Tribunal Supremo durante 19 meses en la tramitación de un recurso de apelación contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

STC 10/1997 se estima la lesión del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 CE por la paralización desde junio de 1994, fecha del emplazamiento en un juicio declarativo de menor cuantía en reclamación de cantidad, hasta julio de 1995 en el que se presentó la demanda de amparo. Esto es, por el transcurso de más de doce meses en la fase inicial del proceso, sin que el órgano judicial realizara ninguna actuación.

STC 109/1997, se declara la existencia de dilaciones indebidas por la paralización sin justificación de la tasación de costas y de la liquidación de intereses durante más de diez meses en un proceso civil.

STC 195/1997, considera vulnerado el derecho fundamental del artículo 24.2 CE por cuanto la Audiencia Provincial en la tramitación de un recurso de apelación dicta providencia en el año 1995 fijando su señalamiento para el 30 de septiembre de 1998, esto es dentro de más de tres años y cuatro meses después. Se aprecia la dilación en el retraso para obtener la Sentencia de apelación.

STC 78/1998, se enjuicia el retraso en un juicio ejecutivo y en su fase de apremio de la Sentencia firme de remate que por su carácter sumario y de cognición limitada, corresponde una tramitación sumamente abreviada.

STC 99/1998, se considera que existía un "exceso" del plazo razonable en un supuesto de tramitación de un juicio declarativo de menor cuantía, en el

que solicita el recibimiento del pleito a prueba y el embargo de los bienes del deudor. El Juzgado omite toda respuesta, convirtiendo un plazo de tres días previsto en la Ley en otro mucho mayor, de un año, lo que resulta lisa y llanamente "inaceptable".

STC 124/1999 se examina un supuesto de retraso de un proceso declarativo de menor cuantía. Se dicta Sentencia en el año 1997, se interpone el recurso de apelación en julio de 1997 sin que se realizara ninguna actuación de tramitación hasta la demanda de amparo que tuvo lugar en febrero de 1998.

STC 223/1999 se aprecia un retraso en la tramitación de un recurso contencioso-administrativo durante cinco años, y el Tribunal concluye que el plazo de inactividad procesal no estaba justificado, siendo, en consecuencia, irrazonable y por ello otorga el amparo.

Las consecuencias del reconocimiento de la lesión de este derecho

Una de las cuestiones más polémicas es la de las consecuencias de la vulneración de este derecho fundamental y las formas de su reparación, en particular en lo referente a la posibilidad de indemnizar los perjuicios derivados por la resolución de este derecho. La jurisprudencia constitucional ha venido admitiendo la reparación *in natura*, y cuando no es posible, acude a fórmulas sustitutorias. La primera de estas fórmulas de reparación, referida siempre a la omisión o inactividad del órgano jurisdiccional, consiste en imponer a éste la adopción sin más de la resolución correspondiente. Por consiguiente, siempre que sea posible la reparación de este derecho se remedia removiendo los obstáculos que retrasan o impiden la continuación del proceso. Cuando, por el contrario, la dilación tiene su origen en la actuación del órgano judicial, la reparación de la lesión constitucional consiste en que el Tribunal anula dicha resolución causante de la dilación. Así ocurre en las SSTC 39/1995, 7/1995, en ambos casos, el Tribunal efectúa la reparación a través de la anulación. Un supuesto que se ha reiterado ante el Tribunal es el de la dilación originada por las providencias de los órganos judiciales en las que una vez concluida la tramitación del proceso señalado, la celebración de la correspondiente vista para dentro de dos o tres años, tiempo éste que se considera excesivo. En estos casos, la restitución se traduce en la anulación de tal providencia de señalamiento ordenando al juez o Tribunal la realización de uno nuevo sin incurrir en dilaciones indebidas. Esta solución, no obstante, plantea graves problemas a la hora de su ejecución ya que implica que el órgano judicial deba dar prioridad al asunto en el que se han declarado las dilaciones sobre otros que sufren el mismo o más retrasos, con la quiebra de lo expresamente establecido en ciertas disposiciones sobre el señalamiento de los asuntos por riguroso orden de antigüedad.

Ocurre que, en muchas ocasiones, tal reparación *in natura* no es posible, en cuyo caso ha de acudir-

se a otras medidas sustitutorias que tienen como finalidad paliar los efectos de las dilaciones indebidas, como es la responsabilidad patrimonial del Estado del artículo 121 CE, establecida para los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración de la Justicia. Sin embargo, el Tribunal ha declarado que el derecho a ser indemnizado por la dilación contenida en tal precepto de la CE no es en sí mismo invocable ni cuantificable por el Tribunal a tenor de lo dispuesto en los artículos 55 y 58 LOTC (SSTC 5/1985, 50/1989, 85/1990), lo que no obsta para que la declaración por parte del Tribunal Constitucional de la lesión de este derecho fundamental pueda servir de título para que el afectado pueda invocarlo en el proceso correspondiente en el que se conoce de la procedencia de la indemnización. En la STC 35/1994 se afirma que las dilaciones pueden haber causado perjuicios que debieran repararse incluso después de haber concluido el proceso, ya que la Sentencia tardía sana la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pero no el del proceso sin dilaciones. Concretamente declara que deberán repararse por la vía de la responsabilidad patrimonial del artículo 121 CE y en ella la declaración judicial, o la de este Tribunal al amparo del artículo 24.2 CE en el sentido de que se han producido dilaciones indebidas, puede servir de título para acreditar el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en el que puede fundarse la reparación indemnizatoria (STC 50/1989). En este pronunciamiento el Tribunal establece la conexión entre la lesión constitucional y el artículo 121 CE, sirviendo la declaración de vulneración de título para que el que ha obtenido tal reconocimiento pueda obtener el resarcimiento que le corresponde. En esta línea, en la STC 78/1998, el Tribunal aborda un supuesto en que se producen las dilaciones indebidas en la fase de ejecución de Sentencia. Otorga el amparo solicitado no haberse respetado el plazo razonable si bien señala que el alcance del pronunciamiento estimatorio no puede ser otro que la declaración de que ha sido vulnerado el derecho fundamental sin que proceda la reparación del mismo al haber cesado, tras la demanda de amparo, la inactividad jurisdiccional, siendo imposible la *restitutio in integrum* del derecho fundamental conculcado. Sobre la pretensión a percibir una indemnización por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, señala que "la misma es ajena al proceso constitucional de amparo circunscrito a la protección de los derechos fundamentales a los que se refiere el artículo 53.2 CE". Por ello —continúa— nuestro pronunciamiento ha de circunscribirse a declarar la existencia de la vulneración en la medida que esa declaración pudiese servir de base para acreditar, en su caso, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (SSTC 35/1994, 180/1996, 109/1997) a los efectos de una eventual reparación de los posibles daños sufridos (STC 21/1998). Discrepa de esta posición mayoritaria el magistrado Jiménez de Parga, que, en el voto particular formulado a la STC 125/1999, expresa: "Ahora bien, cuando este Tribunal Constitucional comprueba, como ocurrió en este caso, la existencia de dila-

ciones indebidas, con transgresión de un precepto de la Constitución en el que se reconoce un derecho fundamental, su declaración sirve de "título" para acreditar el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y ese "título" se empleará para el ejercicio de las acciones procedentes. Repito: no es imprescindible acudir previamente, para el ejercicio de estas acciones, a la vía del amparo constitucional, pero si se ha venido a solicitar nuestra tutela el pronunciamiento ha de tener un contenido que sirva para el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho, sin que quepa ya poner en duda ni la existencia del título de imputación —funcionamiento anormal de la Administración de Justicia— ni, consiguientemente, la del nexo causal, una vez acreditados, ante los Tribunales ordinarios, los demás requisitos de resarcimiento de los daños inherentes a la dilación y la ausencia de fuerza mayor". A lo que cabe añadir lo declarado por el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia.

Para Riba Trepas, C.²², tanto la responsabilidad del Estado como el derecho a ser indemnizado por los efectos de las demoras judiciales injustificadas provienen directamente del artículo 24.2 CE. De la declaración de una dilación indebida surge *ex lege* una responsabilidad extracontractual, de carácter institucional, concretada en una obligación de contenido patrimonial y función compensatoria cuya finalidad última es la defensa de la eficacia del proceso, y, en la medida que recae sobre el Estado, genera una acción individual para reclamar la satisfacción del montante económico en que se concreta. Esta autora aboga además por la implantación en el ámbito de la indemnización exigible, de un régimen de res-

ponsabilidad objetiva, desvinculado del de la prueba del valor económico del perjuicio sufrido, con la prefiguración por vía normativa de una cantidad, que, de forma similar a las indemnizaciones en los accidentes de circulación, y a partir de parámetros objetivos, permita cuantificar la indemnización debida a quien padece una demora injustificada. Además, en la medida que la responsabilidad derivada de la ineficacia temporal del proceso emana de la propia norma constitucional, no sería necesario acudir al procedimiento de los artículos 292 y ss. LOPJ, sino que bastaría seguir el cauce por el cual se exige el cumplimiento de las obligaciones económicas de las que el Estado deba responder.

BIBLIOGRAFIA

- Atienza, M. Sobre lo razonable en Derecho. *Revista de Derecho Constitucional* núm. 27, 1989, pág. 93 y ss.
- Barceló Serramalera, M. El derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Publicaciones de la Universidad de Alicante. Instituto de Cultura "Juan Gil-Albert". Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.
- Díez-Picazo, I. Poder Judicial y responsabilidad. La Ley, Madrid, 1990.
- Fernández-Viagas Bartolomé, P. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Civitas, Madrid, 1994.
- García Pons, E. Contenido esencial del derecho a un proceso dentro de plazo razonable o sin dilaciones indebidas. *Revista General del Derecho*, núm. 98, 1996.
- Guilló Sánchez-Galiano, A. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. *Actualidad y Derecho*, núm. 1, 1992.
- Marín Castán, L. La polémica cuestión de la determinación del plazo razonable en la Administración de Justicia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, pág. 215 y ss.
- Riba Trepas, C. "La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas". J.M. Bosch, editor, 1997.

²² Op. cit. págs. 178-181.

La guerra del baremo: La sentencia

Jesús FERNANDEZ ENTRALGO

1. DE LA ANSIEDAD A LA EUFORIA

A finales de junio del año 2000, algunos rumores provenientes de «fuentes bien informadas» anunciaban la inminencia de una decisión del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Sistema de indemnización de daños corporales construido por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, tal como había quedado redactada por la Disposición Adicional Octava de la 30/1995, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado.

Los sentimientos que esta posibilidad suscitaba en los sectores interesados recordaban los que envolvían en otros tiempos a los niños la víspera del día de los Reyes Magos. ¿Traería el Tribunal Constitucional la bicicleta de la declaración de constitucionalidad del Sistema? ¿O dejaría un saquito de carbones de inconstitucionalidad?

Una vez conocida la Sentencia 181/2000, de 29 de junio, del Tribunal Constitucional, la reacción recordó la actitud de los partidos políticos después de cualesquiera elecciones. Todos habían ganado. Los detractores del Sistema destacaron que, al menos en parte, había sido declarado inconstitucional; y auguraron —apoyándose en el tono catastrofista de algunos votos particulares— que la Sentencia no era sino la primera grieta que hacía presagiar la futura ruina del edificio. Las entidades aseguradoras y los panegiristas del Sistema se alborozaron porque su honor, esto es, su constitucionalidad de conjunto, había sido patentemente declarada. El Sistema había sido finalmente *bendecido* (tomando en préstamo la expresión utilizada por Medina Crespo) por el Tribunal Constitucional; y la mácula de inconstitucionalidad era algo secundario; una nimiedad sin la trascendencia que le atribuían desde las trincheras contrarias.

2. UN PROBLEMA RESUELTO: LA OBLIGATORIEDAD DEL SISTEMA RESARCITORIO

Todos los comentaristas de alcance —independientemente del bando en que estuvieran alineados— estuvieron conformes en que la Sentencia 181/2000 habría sido trascendental aunque sólo fuese por haber despejado la incógnita acerca de la fuerza vinculante del Sistema resarcitorio introducido por la Ley 30/1995.

La sensación de injusticia y prepotencia que la reforma despertó en ciertos sectores dio lugar a una verdadera rebelión judicial, casi una desobediencia civil, sin precedentes en la Historia de la Magistratura española, poco dada a actitudes numantinas y a usos alternativos del Derecho.

Se trató, en efecto, de reducir la aplicación del Sistema indemnizatorio al ámbito de la responsabilidad por riesgo, pero sin culpa (civil o penal), como muy tempranamente sostuvo el profesor Pantaleón Prieto; o al cubierto por el seguro de suscripción obligatoria; o se pretendió salvar su constitucionalidad condenándolo a la ineficacia allí donde su aplicación estricta condujese a resultados contrarios a la equidad.

Una combinación de estas dos últimas interpretaciones, tan radicales, fue sustentada se convirtió nada menos que en doctrina jurisprudencial. Abrió fuego la Sala Primera del Tribunal Supremo, con su muy invocada (casi se diría manoseada) Sentencia 280/1997, de 26 de marzo. A su criterio interpretativo se adhirió finalmente la Sala Segunda, a partir de su Sentencia 695/1999, de 9 de julio. Dos días antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciase en sentido contrario, lo ratificaba la Sentencia 1139/2000, de 27 de junio.

El Tribunal Constitucional es tajante. Pese a las dudas que hayan podido suscitarse, «... [ha] de concluirse que el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995, vincula, como es lo propio de una disposición con ese rango normativo, a los jueces y tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deben satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor. Tal vinculación se produce no sólo en los casos de responsabilidad civil por simple riesgo (responsabilidad cuasi objetiva) sino también cuando los daños sean ocasionados por actuación culposa o negligente del conductor del vehículo. ...» (Fundamento jurídico 4).

Ya no queda, pues, lugar para esa extraña categoría de leyes «orientativas», o tal vez más correctamente «claudicantes», aplicables siempre y cuando el juzgador del caso concreto no estimase que conducen a resultados inicuos. La Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor tiene vocación de vigencia efectiva, y obliga, en consecuencia, a todos: a los protagonistas principales de la tragedia (causante y víctima), a las entidades aseguradoras y, por supuestos, a cuantos intervienen en la resolución judicial o extrajudicial del conflicto, órganos jurisdiccionales incluidos, naturalmente.

Y se añade esta prevención, que suena un poco a regañina: «...No cabe albergar duda alguna de que la obligación constitucionalmente impuesta a los Jueces y Tribunales de aplicar las leyes postconstitucionales vigentes, no puede ser desatendida por el hecho de que se haya acudido a una pretendida interpretación de sus contenidos conforme a la Constitución. ...» (Fundamento jurídico 4).

Pero también parecen quedar arrumbadas las interpretaciones que trataron de presentarlo como una suerte de «obra abierta», cuyas lagunas e insuficiencias pudieran ser corregidas, bien mediante el recurso a la analogía, bien merced a una imaginativa utilización de la que podría denominarse «cláusula de reserva de excepcionalidad», elaborada a partir de la regla séptima del apartado primero del «Anexo».

Esta última opción hermenéutica fue construida por Medina Crespo. Partiendo de su referencia a la necesidad de tener en cuenta «la posible existencia de circunstancias excepcionales» que podrían servir «para la exacta valoración del daño causado», y «asegurar [de este modo] la total indemnidad de los daños y perjuicios causados», proponía corregir consecuencias de una aplicación rígida del Sistema que podrían contradecir elementales exigencias de justicia.

Esta interpretación había conseguido un nada desdeñable éxito. La veían con benevolencia los partidarios del sistema, y también las entidades aseguradoras, porque permitía evitar el sonrojo de una tacha, siquiera parcial, de inconstitucionalidad de una Ley que habían propiciado; y también los abogados defensores de las víctimas, porque les permitía un margen de maniobra a efectos de negociación de transacciones y de eventual litigación. Además había sido acogida por un sector de la práctica judicial. Valgan como prueba de ello las Sentencias 80/1997, de 28 de octubre, de la Audiencia Provincial de Guadalajara, la 503/1997, de 14 de octubre, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias, la 230/1997; de la Audiencia Provincial de Sevilla, las de 26 y 31 de diciembre de 1997, de su Sección Primera, la de 23 de diciembre de 1997, de su Sección Cuarta, y la de 7 de abril de 1998, de su Sección Séptima; y la Sentencia de 29 de septiembre de 1999, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid.

En la Sentencia 181/2000 no se aborda la viabilidad de esta línea interpretativa (pese a que —contra lo que afirma su enfadado autor— se había expuesto con detalle en alguna de las cuestiones planteadas ante el Tribunal Constitucional), pero se contienen unas palabras algo más que «obiter dicta» que parecen rechazarla: «... [La] concreta fórmula empleada por el legislador para evaluar los perjuicios económicos vinculados a la incapacidad temporal, no viene modulada por cláusula alguna que permita una mínima ponderación, a efectos de individualizar el daño irrogado, de las circunstancias de diversa índole que pueden influir en la determinación del *quantum* indemnizatorio, dado que el legislador parte de la premisa indeclinable de que ya ha tenido en cuenta toda clase de contingencias, incluidas las excepcionales, para establecer su tasada valoración, que viene de tal modo a conformar un sistema cerrado de tasación del daño personal, de carácter exclusivo y excluyente. ...» (Fundamento jurídico 17).

«Eppur si muove ...!». Lo anterior no significa que se haya cerrado la polémica sobre la viabilidad de estas interpretaciones del Sistema. Medina Crespo,

coincidiendo con tesis defendidas en la bibliografía constitucionalista especializada, recuerda, con ingenio, que, cuando existen una pluralidad de entendimientos concurrentes de una norma, el Tribunal Constitucional, puede bajar a la arena de la interpretación de la legalidad ordinaria, a fin de valorar si hay alguna que permita acomodar la norma cuestionada a las exigencias de la Ley Fundamental. La fijación del sentido del precepto enjuiciado es una cuestión previa de legalidad ordinaria, y, por lo mismo, la autoridad de la opinión del Tribunal Constitucional puede ser muy grande, pero no vincula con la misma fuerza que sus pronunciamientos sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad.

La conclusión, partiendo de estas premisas, fluye con facilidad. Si la interpretación del Sistema como «obra abierta» no sólo no es incompatible con la doctrina constitucional, sino que facilita un manejo más equitativo de aquél, la Sentencia 181/2000 no sólo no tendría por qué significar el olvido de la pauta hermenéutica alternativa.

Aunque no toque el problema expresamente (pese a haber sido planteado por una de las cuestiones de inconstitucionalidad resueltas por la Sentencia 181/2000), queda claro —dados los términos tan contundentes y absolutos en que se pronuncia— que el Sistema sigue vivo y vigente, sin haber sido derogado por la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, como sostuvieron algunas Audiencias Provinciales.

3. EL RECHAZO DE LAS PROPUESTAS DE DEMOLICION TOTAL

Buena parte de las cuestiones de inconstitucionalidad resueltas por la Sentencia pretendía la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad del Sistema resarcitorio.

El Pleno del Tribunal Constitucional (porque, en esto, no ha habido discrepancias) rechaza semejante pretensión.

Nada impide, en principio, que una Ley pueda fijar —con el detallismo que tenga por oportuno, que en eso consiste la «densidad normativa» o «de regulación» («*Regelungsdichte*») — qué personas tienen derecho a indemnización, por qué conceptos y en qué cuantías. Eso no compromete la independencia del Poder Judicial, pese a las aprensiones que pudo suscitar en amplios sectores de la Judicatura, y en su mismo Consejo General; ni el valor superior de Justicia; ni la proscripción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos; ni derecho alguno fundamental reconocido o proclamado por la Constitución.

4. DOS NIVELES DISTINTOS: ASEGURAMIENTO [OBJETIVO] DE LOS RIESGOS DE LA CIRCULACION Y RESPONSABILIDAD CIVIL [SUBJETIVA]

Este poder de configuración legal de cobertura del daño corporal y de sus consecuencias perjudiciales de todo tipo parece no tener límites cuando es cau-

sado como consecuencia del ejercicio de la actividad peligrosa (en este caso, el manejo de un vehículo automotor) con observancia del nivel de cuidado exigible objetivamente. En estos casos, la cobertura —proporcionada mediante el juego combinado de un seguro de suscripción obligatoria y de la constitución de fondos de garantía— no tiene que ver con la responsabilidad civil sino con el aseguramiento colectivo frente al infortunio, como lo hace la Seguridad Social; y por eso cabe que su extensión quede por debajo de la realidad del daño causado.

Cuando entra en juego este nivel de cobertura, no se indaga si ha mediado culpa alguna por parte de quien manejaba el vehículo. Basta con que el resultado pueda imputarse objetivamente a su circulación, imputación que sólo se rompe cuando ha de ponerse exclusivamente a cuenta de la propia víctima o de una fuerza mayor extraña a la conducción o al funciona miento de la máquina.

La limitación de la cobertura se justifica porque la actividad peligrosa significa un riesgo pero también un beneficio para todos; de modo que, siempre que su realización se mantenga dentro de los niveles socialmente permitidos, se imponga a la víctima que, en ocasiones, no sea completo el resarcimiento de las consecuencias perjudiciales del siniestro.

Las cosas cambian cuando se aprecia algún descuido del conductor. En tal caso, no existe razón alguna para que esa víctima haya de soportar una parte de esas consecuencias, de las que injustificadamente se desembarazaría de su resarcimiento. El Tribunal Constitucional entiende que la limitación al derecho a la indemnización contradice otro, fundamental, consagrado por el artículo 24 de la Constitución Española, a la tutela judicial efectiva, entendido novedosamente en un sentido material, y no meramente formal; y choca con la proscripción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, entre ellos, el Legislativo, que se contiene en el artículo 9 de la Ley Fundamental.

5. DAÑO CORPORAL, DAÑO MORAL Y PERJUICIOS PATRIMONIALES DERIVADOS

Desde otro punto de vista, el Tribunal Constitucional diferencia, por un lado, el daño corporal en sentido estricto, esto es, el «biológico» o «fisiológico», integrado por el menoscabo psicofísico, la disminución entre el estado de salud que la víctima «directa» disfrutaba inmediatamente antes del siniestro, y el resultantes tras él; y a él se pueden añadir otros daños que comprometen el desarrollo de la personalidad de aquélla. Aquí cuentan su dolor (y el de sus allegados, víctimas «indirectas», en caso de fallecimiento), la pérdida de calidad de su vida personal, la reducción de su capacidad de disfrute de su existencia.

Ocurre, empero, que todos estos bienes y dimensiones de la personalidad carecen de equivalente económico, porque están excluidos de negociación en el mercado. He aquí la razón por la que, a falta

de punto de referencia objetivo, proceda no tanto su «resarcimiento» como su «compensación», asignando a la víctima una cantidad de dinero (el bien fungible por excelencia), con que se pueda proporcionar satisfacciones que contrapesen los padecimientos experimentados.

Y ninguna instancia más legitimada que la parlamentaria, expresiva de la voluntad del Pueblo soberano, para establecer la cantidad de dinero con que compensar el daño corporal en sus distintas facetas. Cuestión distinta —y de gran calado constitucional— es cómo se forma realmente esa voluntad, a fin garantizar el máximo grado de pluralismo; y de evitar que cualquier grupo de presión —por buenas que sean sus intenciones— pueda erigirse en «legislador en la sombra», como se ha reprochado en el caso de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Por eso el Tribunal Constitucional no vio posible enjuiciar, desde el punto de vista del ajuste a la Ley Fundamental, las cantidades fijadas en esa Ley. De ellas se podrá afirmar que «parecen» (subjetivamente) cicateras, proporcionadas o excesivas, pero no existe patrón objetivo que permita juzgar si son constitucionales.

En cambio, cuando es posible establecer un equivalente económico de las consecuencias perjudiciales del daño corporal, es razonable que la persona que lo ha causado con su conducta negligente, haya de soportar la íntegra indemnización de los que la víctima reclame y, claro está, resulten debidamente probados. Cualquier restricción al derecho a este resarcimiento habría de considerarse inconstitucional por arbitraria e injustificadamente limitativa del derecho a la efectiva tutela judicial material.

Este criterio del Tribunal Constitucional viene a coincidir con el seguido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al resolver el caso C-180/95 (Nils Draehmaephel contra Urania Immobilien-service OHG), por Sentencia de 22 de abril de 1997. Se trataba de la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70); y el Tribunal consideró que «... la Directiva se opone a unas disposiciones legales nacionales que, a diferencia de las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral, establecen *a priori* un límite máximo global de seis mensualidades de salario a la suma de las indemnizaciones que pueden reclamar los candidatos que hayan sido discriminados por razón de sexo con motivo de una contratación, cuando sean varios los candidatos que reclaman indemnización ...». La persona discriminada debería tener derecho a probar el alcance real del perjuicio sufrido por lucro cesante, y ese debería ser el contenido de su derecho al resarcimiento.

Y en la misma dirección se movió la reunión de juristas y médicos que tuvo lugar en Tréveris, en la Academia Europea de Derecho, el 8 y 9 de junio de este año 2000, a instancia de la Comisión Jurídica

del Parlamento Europeo. Bajo la presidencia de por profesores Busnelli y Lucas, se elaboró una propuesta sobre «La racionalización de la valoración médico legal de los perjuicios no económicos» (ERA, 2000). En ella se contienen sugerencias de gran interés, no sólo en cuanto puedan influir en la Quinta Directiva que se prepara, sino en una posible reforma legislativa española, orientada bien a la corrección de deficiencias apreciadas en el Sistema o, con mayor ambición, a la redacción de una Ley general sobre la responsabilidad civil extracontractual. La propuesta se cñe a los perjuicios no económicos, porque, respecto de los económicos, se presupone el derecho de la víctima a reclamarlos, probarlos y conseguir su abono.

6. EL LUCRO CESANTE DERIVADO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Descendiendo al enjuiciamiento de la Tabla V del «Anexo» tan citado, que regula la indemnización por incapacidad (o, si se prefiere, «baja biológica») temporal, la mayoría del Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que el índice corrector aumentativo por perjuicios económicos no sólo está construido sin la menor racionalidad metodológica sino que puede ser insuficiente para indemnizar el lucro cesante que la víctima está en condiciones de probar como realmente sufrido. Por eso declara inconstitucional la norma que prohíbe su reclamación fundada cuando el daño corporal ha sido producido por imprudencia del conductor que manejaba el vehículo.

El magistrado señor Mendizábal Allende, secundado por su colega señor Jiménez de Parga Cabrera, en un voto particular disidente, redactado con el inconfundible estilo literario que el primero acostumbra y un toque —tal vez poco afortunado— de ironía reprochan que la Sentencia haya olvidado, a su juicio, «... el componente social de nuestro Estado de Derecho que, en nuestras palabras, "significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre el perdedor, para conseguir así la igualdad real o efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 de la Constitución y, con ella, la justicia" (STC 123/1992, de 28 de septiembre, cuya sentencia siguen otras: SSTC 98/1993 y 177/1993, así como mi voto particular a la 16/1994).

»El sistema está configurado en función del aseguramiento general y obligatorio de todos los propietarios y conductores de vehículos automóviles, con un tratamiento de grandes números, estadístico. Al margen queda el aseguramiento voluntario. Quienes disfruten de voces que los ruseñores emulen, manos de artista o de cirujano, "manitas de plata", piernas de bailarín o de deportista o de *sex symbol*, o de cabezas privilegiadas por el talento o la belleza, o quienes sin nada de eso hayan alcanzado una posición prominente y bien retribuida en nuestra sociedad, tienen a su alcance las pólizas voluntarias para proteger tan preciados bienes o

situaciones, en una vía distinta del hombre común, el "uomo qualunque", entre quienes me cuento. Ese ciudadano de a pie, una vez que se publique esta Sentencia y se extraigan las reacciones en cadena que provoque su fuerza expansiva, va a ver encarecido el seguro obligatorio para que eventualmente se pueda pagar más a los mejor dotados, cuya condición les permitiría sufragarse un aseguramiento particular. ...».

El voto particular disidente camina por la senda abierta por el profesor De Ángel Yágüez (con quien coincide hoy, al comentar la Sentencia, Soto Nieto), añadiendo una invocación a las exigencias del modelo de Estado Social de Derecho que, con toda razón, sorprende a Martín Casals, pues «... más bien que lo que realmente justificaría ese criterio sería cuestionar la constitucionalidad del apartado 1.2 del Anexo ...», para rematar con este mensaje: que los muy ricos se preocupen de asegurar por su cuenta su privilegiado tenor de vida.

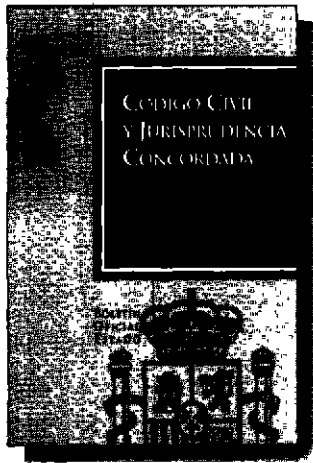
El razonamiento fundamental de los disidentes quiebra con sólo recordar que —como distinguen la mayoría de sus colegas— no se discute la legitimidad de la limitación de cobertura por el seguro de suscripción obligatoria, ni por cualquier otro sistema de aseguramiento colectivo frente a siniestros derivados. El problema surge cuando el punto de vista se desplaza al ámbito de la responsabilidad civil. Entonces, hay que insistir en ello, se enfrentan la víctima y el causante doloso o culposo del daño; y no se encuentra razón alguna para que, como regla, el segundo deba resarcir íntegramente los perjuicios derivados de su comportamiento lesivo intencionado o negligente. Si hay algo incompatible con el modelo de Estado Social de Derecho es que se sacrifique a las víctimas en provecho de los autores de la lesión y de los intereses de las entidades aseguradoras.

El, por todos sobado, ejemplo de los perceptores de rentas altas constituye un argumento que, además, se desmonta fácilmente.

Esas hipótesis han de ser inevitablemente excepcionales. Las quejas por falta de indemnización del lucro cesante provienen, en práctica totalidad, de personas con ingresos nada exorbitantes.

Pintos Ager advertía, en efecto, que, para ilustrar el efecto confiscatorio del tratamiento legal del lucro cesante, «... la literatura ha recurrido sistemáticamente a conspicuos ejemplos en los que deportistas de élite o ilustres profesionales no recuperan, ni por asomo, las rentas que dejan de percibir; pero el baremo de 1995 no sólo subestima el lucro cesante de quienes perciben salarios inconmensurables, sino que origina la desprotección de casi cualquier ciudadano que se gana bien la vida ...». Albiez Dohrmann advierte que el sistema «... ni siquiera cubre las "rentas mínimas". Un sistema que al menos quiere ser social debería haber asegurado por lo mínimo la restitución íntegra de las ganancias perdidas de los más débiles económicamente (ni siquiera eso estaba en la mente del legislador). ...».

Martín Casals argumenta, con vehemencia: «... ¿puede considerarse que es un "manitas de plata" todo ciudadano que gana algo más de 10 millones



CÓDIGO CIVIL Y JURISPRUDENCIA CONCORDADA ÓSCAR MORENO GIL

Comprende, además del texto íntegro y actualizado del Código Civil (al que se han incorporado las últimas modificaciones introducidas por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), la transcripción acotada, comentada y concordada de 7.000 sentencias del Tribunal Supremo, además de otras 10.000 referenciadas en notas a pie de página.

La edición se completa con dos índices:

- **Cronológico** de todas las sentencias comentadas, con indicación de los números marginales en que se encuentran (con una breve especificación de su contenido).
- **Análítico** del articulado del Código.

Edición en papel y CD-ROM

2ª edición (septiembre de 2000), 2.272 páginas
Colección Códigos
ISBN: 84-340-1217-0

PVP: 22.000 pesetas
132,22 €

COLECCIÓN TEXTOS LEGALES



CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

17ª edición (septiembre de 2000)
792 páginas
Textos Legales, n.º 38
ISBN: 84-340-1219-7

PVP: 3.100 pesetas - 18,63 €

CÓDIGO CIVIL

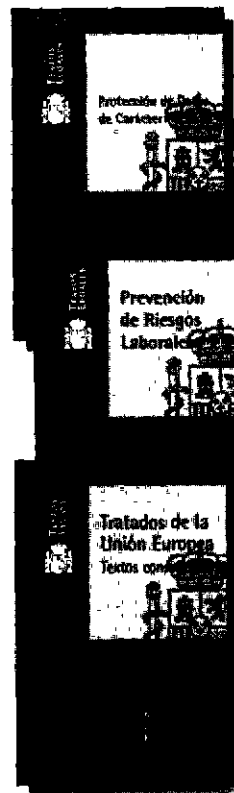
22ª edición (septiembre de 2000)
856 páginas
Textos Legales, n.º 13
ISBN: 84-340-1222-7

PVP: 2.850 pesetas - 17,13 €

CÓDIGO DE COMERCIO

22ª edición (julio de 2000)
1.080 páginas
Textos Legales, n.º 15
ISBN: 84-340-1210-3

PVP: 3.300 pesetas - 19,83 €



PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

1ª edición (septiembre de 2000)
200 páginas
Textos Legales, n.º 99
ISBN: 84-340-1230-8

PVP: 850 pesetas - 5,11 €

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

3ª edición (septiembre de 2000)
678 páginas
Textos Legales, n.º 95
ISBN: 84-340-1218-9

PVP: 2.500 pesetas - 15,03 €

TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA Textos consolidados

1ª edición (marzo de 2000, actualizada a mayo de 2000)
1.176 páginas
Textos Legales, n.º 98
ISBN: 84-340-1162-X

PVP: 3.600 pesetas - 21,63 €

CUPÓN DE PEDIDO



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

LA LIBRERÍA DEL BOE
Trafalgar, 27. 28010 MADRID
Teléfono: 91 538 21 11
Fax: 91 538 21 21
E-mail: clientes@com.boe.es

Deseo recibir las siguientes publicaciones:

- CÓDIGO CIVIL Y JURISPRUDENCIA CONCORDADA...
- TEXTOS LEGALES, N.º
-

Si quiere recibir información periódicamente a través de correo electrónico sobre las novedades editoriales del BOE, indiquenos su dirección.

E-mail:

Gastos de envío: EMPRESA DE MENSAJERÍA (675 pesetas)

D.....
NIF
Domicilio
Población y Código Postal

..... de de 2000
(firma o sello)

Ref.: J.D.

Los datos que nos facilite serán incorporados a nuestra base de datos. Usted podrá acceder, cancelar o rectificar sus datos en cualquier momento, de acuerdo con la Ley 15/1999.

de pesetas al año? Y además: ¿cuántas piernas de sex symbol, de deportistas o de bailarín se han encontrado a lo largo de su vida profesional aquellos que se dedican diariamente a liquidar indemnizaciones por daños corporales? ...». Y añade: «... No hace falta saber mucho análisis económico del Derecho para ver que esa llamada al seguro directo (*first party insurance*) —a menos que se configure como una alternativa global al sistema de la responsabilidad civil, que no es el caso— impone a otro los costes de una acción voluntaria como es la conducción de un vehículo a motor en contra de su voluntad, es decir, crea externalidades con las que —de prosperar el criterio manifestado en el voto particular— se subvencionaría no sólo la actividad de diligente conducción de vehículos a motor sino también a los conductores negligentes. ¿Resulta ello justo? Eficiente, seguro que no. ...»

El taxista (como el del caso que dio lugar a una de las cuestiones de inconstitucionalidad, y al recurso de amparo resuelto por la Sentencia 242/2000, de 10 de octubre, del Tribunal Constitucional, que, en realidad, no es sino una reproducción abreviada de la 181/2000) al que se despacha con bastante menos de mil pesetas diarias para compensar las cinco mil pesetas que acredita como ingresos también diarios por su trabajo tendría buenas razones para protestar si su demanda se ve rechazada so pretexto de pertenecer a una clase privilegiada de ciudadanos, que imponen con prepotencia su punto de vista a la masa de *los cualesquiera*, y de encarecer, con sus exigencias, los costes de las pólizas que han de suscribir sus sufridos conciudadanos.

7. EL FALLO

La Sentencia declara «... que son inconstitucionales y nulos, en los términos expresados en el último fundamento jurídico de esta Sentencia, el inciso final “y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla” del apartado c) del criterio segundo (explicación del sistema), así como el total contenido del apartado letra B) “factores de corrección”, de la tabla V, ambos del Anexo que contiene el “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción dada a la misma por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. ...».

Por tanto, integrada esta declaración con el contenido del fundamento jurídico 21, cabe concluir que la declaración de nulidad, por inconstitucionalidad, de las normas indicadas, no se hace «... de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas, determinante de “incapacidad temporal”, tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso,

judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo. ...»

Así que, «... cuando se trate de resarcir daños ocasionados sin culpa, es decir, con base en responsabilidad civil objetiva o por riesgo, la indemnización por “perjuicios económicos”, a que se refiere el apartado letra B) de la tabla V del anexo, operará como un auténtico y propio factor de corrección de la denominada “indemnización básica (incluidos daños morales)” del apartado A), conforme a los expresos términos dispuestos en la Ley, puesto que, como ya hemos razonado, en tales supuestos dicha regulación no incurre en arbitrariedad ni ocasiona indefensión.

»Por el contrario, cuando la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar, los “perjuicios económicos” del mencionado apartado B) de la tabla V del Anexo, se hallan afectados por la inconstitucionalidad apreciada y, por lo tanto, la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener (art. 1.2 de la Ley 30/1995) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso. ...».

La fórmula del fallo, con su reenvío al último fundamento jurídico para su integración, constituiría «un circunloquio» que —por utilizar la explicación bien conocida de Pizzorusso— «... pretende sólo proporcionar indicaciones para identificar, a partir de la motivación, cuál sea exactamente la norma afectada por la declaración de inconstitucionalidad ...».

El fallo declara la inconstitucionalidad de sólo parte de la norma cuestionada, y está abierta la discusión acerca de si se trata de una sentencia «interpretativa», como patrocinan Reglero Campos, Medina Crespo y Martínez Nieto, o «manipulativa», como parece preferir Illescas Rus. La calificación trasciende lo puramente técnico, porque se trataría de demostrar que, en definitiva, no se ha producido la «expulsión» del Ordenamiento Jurídico, por inconstitucional, de norma alguna del Sistema, sino sólo de una determinada interpretación o aplicación de aquella a que se refiere el fallo.

8. LA DELIMITACION DE LA CULPA QUE HA DE INTERVENIR PARA QUE PROCEDA LA RECLAMACION ILIMITADA DEL LUCRO CESANTE

La concurrencia de culpa del conductor es la clave que permitirá a la víctima y a los perjudicados demandar y obtener el pago de la integridad del lucro cesante.

En la sentencia, sin embargo, se alude, en unos fragmentos (fundamentos jurídicos 4 y 17), a la «... culpa penal o civilmente relevante del conductor del vehículo ...» como factor determinante de la posibilidad de reclamar la integridad del lucro cesante.

Pero en otros, esa posibilidad se condiciona a que concurra «... culpa exclusiva del conductor causante del accidente, relevante y, en su caso, judicialmente

declarada ...)(fundamentos jurídicos 16, 17 y párrafo primero del 21).

En el «Boletín Informativo» número 66 (julio-agosto de 2000) de SEAIDA, se advirtió tempranamente que quedaba abierta la cuestión sobre «... qué se entiende por “culpa relevante” ...».

El magistrado disidente señor Conde Martín de Hijas, a su vez, se siente preocupado, «... desde mínimos de seguridad jurídica [por la introducción de] la idea de “culpa relevante”, llamada a convertirse en un nuevo concepto de impreciso perfil en la compleja dogmática de la culpa, cuya posible diversa apreciación en los distintos órganos jurisdiccionales puede ser un filón para futuros estudios doctrinales. ...».

El tenor literal de la expresión utilizada en los fundamentos jurídicos 16, 17 y párrafo primero del 21, ha conducido a sostener —y criticar— que la posibilidad de alegar, demandar, probar y obtener el lucro cesante más allá de los límites del factor corrector aumentativo por perjuicios económicos queda reservado a los casos de efectiva «culpa exclusiva» del conductor (Pintos Ager, Martín Casals, Soto Nieto), entendiéndose el juicio de «relevancia» referido a la «operatividad en la originación del hecho» (Soto Nieto). Pese a él, no obstante, no parece que pueda identificarse con la culpa exclusiva del causante del daño; interpretación que conduciría a dejar fuera de la resarcibilidad del íntegro lucro cesante los numerosos casos en que víctima y conductor concurren a la producción del siniestro con sus respectivos comportamientos descuidados.

Se descarta este entendimiento porque conduciría a resultados nada razonables (que, por aplicación de la pauta hermenéutica que obliga a descartar, entre dos interpretaciones posibles, la que conduzca al absurdo o a resultados irrazonables, debería tranquilizar la alarma suscitada por una desafortunada terminología que sólo puede explicarse por la fuerza atractiva de la mención legislativa de la culpa exclusiva de la víctima como causa de exclusión de cobertura indemnizatoria), y, sobre todo, porque está en contradicción con otros pasajes de la sentencia, y, muy singularmente, con los dos últimos párrafos del trascendental fundamento jurídico 21.

Así, en el número 4 se contraponen la ocurrencia del evento dañoso por «... culpa, civil o penal, del conductor ...» al «... ámbito de la responsabilidad objetiva o por creación de riesgo ...».

Y, en los párrafos segundo y tercero del fundamento jurídico 21 se diferencia según «... se trate de resarcir daños ocasionados sin culpa, es decir, con base en responsabilidad civil objetiva o por riesgo ...» o «... cuando la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar ...».

Cabe concluir, pues, que sólo surge el derecho de la víctima a obtener la íntegra indemnización del lucro cesante cuando el causante del daño haya incurrido en culpa relevante, civil o penal, lo que supone un reenvío a las reglas establecidas en uno y otro subsistemas normativos, desarrolladas por la jurisprudencia resultante de su aplicación judicial.

La referencia desafortunada a la culpa exclusiva

del conductor sólo puede explicarse por una suerte de especularidad respecto de la referencia legal a la culpa (o imputabilidad objetiva) exclusiva de la víctima como causa de exclusión de responsabilidad o, si se prefiere, de cobertura. Habrá de entenderse en el sentido de proceder la íntegra indemnización del lucro cesante cuando el daño ha sido causado por el conductor del vehículo sin culpa de la víctima, reduciéndose proporcionalmente cuando ésta, con su comportamiento negligente, ha cooperado a la causación del daño.

9. EL FACTOR LEGAL AUMENTATIVO DE CORRECCION POR PERJUICIOS ECONOMICOS SIGUE SIENDO DE APLICACION CUANDO NO CONCORRE CULPA RELEVANTE POR PARTE DEL CAUSANTE DEL DAÑO, Y TAMBIEN CUANDO CONCORRE CULPA RELEVANTE, SI NO SE RECLAMA COMPLEMENTO POR LUCRO CESANTE, SIN EXIGIR LA PRUEBA DE QUE ESTE SE HAYA PRODUCIDO EFECTIVAMENTE

Así se infiere de las precisiones que hace el fallo en relación con el fundamento jurídico 21.

Reglero Campos interpreta que, si todo el apartado B) de la Tabla V ha de considerarse nulo, por inconstitucional, está claro que no se aplicará en ningún caso cuando medie culpa relevante por parte del causante del daño; consecuencia que podría significar un paso atrás en los anteriores noveles de cobertura, en que la víctima contaba con una cómoda presunción *iuris et de iure* (o afirmación legal) de producción de perjuicios económicos que, en adelante, habrá de probar si pretende el resarcimiento del lucro cesante.

Si el apartado B) hubiese sido anulado absolutamente, la conclusión de Reglero sería muy fundada. Si, en cambio, se mantiene en caso de no concurrir culpa relevante por parte del causante del daño, cabe inferir que el Tribunal Constitucional ha configurado aquel apartado como un «*mínimo automático de cobertura legal*» que funciona en todo caso.

El sentido del fallo es abrir la posibilidad de acreditación y consiguiente obtención del lucro cesante cuando exceda de aquel mínimo. Lo inconstitucional era el cierre, por ley, de esa posibilidad. De este modo, no se producirá el temido retroceso en la protección de la víctima media.

Cuando concurre culpa relevante del conductor, pero no se reclama una cantidad complementaria por lucro cesante, el factor corrector aumentativo seguirá siendo de aplicación, por estas mismas razones, sin que la víctima tenga que justificar su realidad y alcance.

La baremización legal opera, se insiste, como «*cobertura mínima*», procedente a menos que la cobertura legal quede excluida con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley. Medina Crespo parece ser de esta misma opinión.

10. EL EFECTO DE LA CONCURRENCIA DE CONDUCTAS NEGLIGENTES DE CONDUCTOR Y VÍCTIMA

El fallo de la Sentencia 181/2000 declara nulo, por inconstitucional, «... el total contenido del apartado letra B) "factores de corrección", de la tabla V ... del Anexo ...».

Ocurre, empero, que ese apartado B) incluye dos factores de corrección: uno, aumentativo, por perjuicios económicos; otro, reductor (único, pese al plural utilizado en su descripción), consistente en «... la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias ...».

Aunque, lamentablemente, dada la literalidad del fallo podría concluirse que la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad se extiende a la totalidad del apartado letra B) [factores de corrección], de la tabla V, ambos del Anexo, ha de entenderse excluida la referencia a los elementos correctores de disminución del apartado primero, 7 del Anexo, circunscritos —en palabras de Reglero Campos— a la «... concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias ...». Este factor corrector no fue cuestionado ni se hace referencia a él a lo largo de la Sentencia. La falta de rigor técnico ha dado lugar a esta duda, que habría podido evitarse con un poco más de cuidado al redactar el fallo.

11. SUMA Y SIGUE

11.1. El efecto retroactivo de la sentencia

El artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, dispone que «... [las] sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. ...»

En el caso presente, la doctrina de la Sentencia 181/2000 podrá ser invocada así en primera instancia como en cualquier recurso, hasta la firmeza de la resolución decisora del conflicto.

No cabe, en cambio, a tenor del precepto transcrito, servirse de ella para revisar casos ya resueltos en firme.

Sin embargo, se ha suscitado la duda acerca de la posibilidad de conseguir un resultado equivalente partiendo de lo dispuesto en el número 9 del apartado primero del Anexo: «... La indemnización o renta vitalicia sólo podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en las circunstancias que

determinaron la fijación de las mismas o por la aparición de daños sobrevenidos. ...».

La imposibilidad de revisión de la decisión judicial por alteración sobrevenida de las circunstancias parece sustentarse sólidamente, no obstante, en tres bases:

[a] la regla especial contenida en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional;

[b] la interpretación intranormativa de la norma establecida por el apartado primero.9 del Anexo, que sugiere que esas circunstancias (al igual que el descubrimiento sobrevenido de daños no tenidos en cuenta al transigir o resolver judicialmente el caso) sean de hecho (aunque no necesariamente referidas al daño corporal, lo que permitiría incluir alteraciones sustanciales en el valor adquisitivo del patrón monetario tenido en cuenta al fijar la cuantía de la indemnización), y no referidas al marco normativo tomado en consideración al decidir el conflicto; y

[c] Aunque proceda del ámbito jurídico penal, la doctrina sostenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a partir de su Pleno no jurisdiccional, de 30 de abril de 1999, e inmodificada hasta la fecha (véase, a título de ejemplo, la Sentencia 243/2000, de 14 de febrero), acerca de la irrevocabilidad de sentencias firmes por cambio de la jurisprudencia anterior, determinante de la decisión adoptada por aquéllas.

11.2. Efecto expansivo del fallo de la Sentencia 181/2000

El fallo de la Sentencia 181/2000 se ciñe estrictamente al objeto de la duda planteada: el tratamiento del lucro cesante en caso de baja o incapacidad temporal.

Uno de los votos particulares disidentes (el suscrito por el magistrado Señor Garrido Falla) se sorprende de que la mayoría del Tribunal Constitucional no haya aplicado su criterio a las Tablas II y IV del Anexo. En comentario de alcance, Pintos Ager consideraba «chocante» el especial cuidado que ha tenido el Tribunal Constitucional «... en ignorar a toda costa el hecho de que el funcionamiento de dicha Tabla V, Apartado B) es exactamente idéntico al de las Tablas II y IV para los supuestos de muerte y lesiones graves, respectivamente. ...».

Es difícil interpretar el silencio del Tribunal Constitucional. Aparentemente, los mismos motivos que determinaron la declaración de inconstitucionalidad en este caso serían aplicables a las indemnizaciones por muerte y por lesiones permanentes. Tal vez se deba a un prurito de congruencia (como sostiene Medina Crespo); o a que el grado de aleatoriedad del cálculo del lucro cesante es mucho mayor en los casos de fallecimiento y de secuelas o lesiones permanentes.

Reglero Campos (2000) considera, con razón, que la Sentencia 181/2000 «... representa un hito relevante en el proceso de depuración del sistema de valoración de daños en las personas de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor ... Pero no constituye un

punto final de este proceso, sino, a lo sumo, un punto y aparte. En primer lugar, porque quedan todavía cuestiones de inconstitucionalidad [¡y recursos de amparo!] por resolver. En segundo término porque la doctrina que cabe extraer de ella es aplicable punto por punto a otros apartados de la Ley sobre los que esta Sentencia no se ha pronunciado ... cuando pudo y debió hacerlo, ... por ordenarlo así el art. 39,1 LOTC. ...».

12. DE CARA AL FUTURO

Los defensores del Sistema insisten machaconamente, con sobrada razón, en la importancia de esta «bendición» del Tribunal Constitucional, refuerza esa «conciencia de [su] irreversibilidad» —en afortunada expresión de Soto Nieto— que se había ido extendiendo, ya antes de la Sentencia 181/2000, convirtiéndose en muy minoritaria la opinión postulante de «... borrón y vuelta al sistema de libre e ilimitada estimación valorativa que nos ha precedido ...».

Por su parte, los magistrados disidentes de la mayoría que suscribió la Sentencia 181/2000 no dudan en augurar un futuro de catástrofes, como consecuencia de la aplicación del criterio sostenido por sus colegas.

Así, al magistrado señor Garrido Falla asalta «... el temor a las consecuencias prácticas que pueden producirse: pocas víctimas se considerarán dispuestas a admitir que no ha existido culpa del conductor (del otro conductor, en el caso de colisión de vehículos); se buscarán un abogado ... y un nuevo pleito, con motivo de cada accidente, vendrá a incrementar las largas listas de espera de nuestros juzgados ...».

Los tonos catastrofistas se acentúan en el voto disidente del magistrado señor Conde Martín de Hijas: «... El hecho de que nuestra Sentencia sólo introduzca el juego de la culpa como fuente de responsabilidad, para anular los límites cuantitativos del apartado B de la Tabla V del Anexo ... [esta premisa es una verdad a medias], no implica que esa censura del sistema tenga esa merma de eficacia, pues las mismas razones utilizadas en relación con ese contenido de la Ley son igualmente referibles a los perjuicios derivados de muerte, incapacidad y lesiones permanentes, regulados en otras tablas ...».

Como muy bien podría ser así, el magistrado discrepante advierte que la Sentencia puede «... herir de muerte el sistema legal ...».

La trascendencia de la Sentencia 181/2000 es innegable, y lleva consigo un reproche a quienes, por ambición o por convicción, propiciaron, aprovechando una ocasión parlamentaria propicia y tal vez irrepetible en un futuro próximo, una revolucionaria modificación del modelo de responsabilidad civil extracontractual, sin importar el sacrificio inconstitucional de muchos intereses muy respetables, so pretexto de ser preferible la injusticia a la continuación del desorden que se venía padeciendo.

Los detractores del Sistema harían bien, sin embargo, en no alborozarse demasiado. Los efectos

reales de la Sentencia 181/2000, advierte Reglero, «... son bastante limitados (si bien siempre existe el riesgo de que nuestros órganos jurisdiccionales la utilicen como instrumento de justificación de soluciones que nada tienen que ver con lo que en ella se dice, o que digan que dice lo que no dice). Es más, la Sentencia resulta beneficiosa para el sistema en cuanto confirma, con alcance general, su carácter constitucional y vinculante para los órganos jurisdiccionales ...». Sin duda, tras ella, pueden sobreenir otras Sentencias declarando inconstitucionales otros puntos de aquél: la indemnización del lucro cesante en caso de muerte y de secuelas, o la legitimación activa de perjudicados por fallecimiento o por lesiones permanentes pueden ser buenos ejemplos. Caerán algunas alas del edificio, pero sus paredes maestras y su trazado permanecerán intactas. Si se puede hablar de «victoria frente al Baremo», es —como apostilla lapidariamente Medina Crespo— una victoria pírrica.

El Sistema ha recibido su *bautismo de fuego* constitucional. Ha brotado la primera sangre; pero, mientras la responsabilidad civil por daños derivados del uso y la circulación de vehículos automotores permanezca como rehén en el castillo del seguro; mientras no se aborde una Ley general, que construya el Derecho Común de Daños del futuro, elaborada con intervención activa e igualitaria de todos los sectores e instituciones afectados, los detractores del Sistema no tendrán motivo para certificar su defunción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albez Dohrmann, K.J., «El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo», ponencia presentada en el «XIII Congreso de Derecho de la Circulación», INESE, 1997.
- Angel Yaguez, R. de, «Tratado de responsabilidad civil», Universidad de Deusto/Civitas, Madrid, 1993.
- Martín Casals, M., «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, «Centenario del Código Civil (1889-1989)», Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, págs. 1231 y ss.
- Martín Casals, M., «Una lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Baremo», en «LA LEY», XXI, 5137, 11 de septiembre de 2000, págs. 1 y ss.
- Martínez Nieto, A., «La constitucionalidad del baremo de tráfico», en «Tráfico y Seguridad Vial. Revista de Derecho de la Circulación», 21, septiembre 2000, págs. 3 y ss.
- Medina Crespo, M., «La valoración legal del daño corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95», Dykinson, Madrid, 1997.
- Medina Crespo, M., «La valoración de los daños personales causados en accidente de circulación. El Sistema de la Ley 30/1995, como instrumento para la efectividad de la reparación íntegra», en «LA LEY», 1997 [1997-II].
- Medina Crespo, M., «El resarcimiento del lucro cesante en el sistema de la Ley 30/1995. La posibilidad de su efectiva reparación y la práctica judicial», en «Valoración Judicial de Daños y Perjuicios», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 485 y ss.
- Medina Crespo, M., «La bendición constitucional del Baremo. Razones y Consecuencias. Estudio de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 29 de junio de 2000, sobre el sistema de valoración de los daños corporales causados en accidentes de circulación», Dykinson, Madrid, 2000 (2000-1).
- Medina Crespo, M., «El resarcimiento de los perjuicios económicos derivados del daño corporal, a la luz de la Sentencia Constitucional de 29 de junio de 2000», en «Boletín de Información», LIV, 1878, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000 (2000-2).
- Pantaleón, F., «Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabi-

- lidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor», «Actualidad Jurídica Aranzadi», VI, 1996, 245, págs. 1 y ss.
- Pantaleón, F., «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del Sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor», «LA LEY», XVIII (1997).
- Pintos Ager, J., «Baremos, Seguro y Derecho de Daños», Instituto Universitario de Derecho y Economía, Universidad Carlos III de Madrid, y Civitas, Madrid, 2000 (2000-1).
- Pintos Ager, J., «Baremos», «InDret», 03/2000 (2000-2).
- Pintos Ager, J., «STC de 29/06/00, sobre el baremo», «InDret», 03/2000 (2000-3).
- Pizzorusso, A., «Lecciones de Derecho Constitucional», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Reglero Campos, L.F., «La Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, sobre el sistema de valoración de daños corporales de la LRCSCVM», en «Actualidad Jurídica Aranzadi», X, 449 (27 de julio ed 2000), págs. 1 y ss.
- Soto Nieto, F., «La reparación de los daños personales, criterios y métodos de valoración de los perjuicios no económicos y de los perjuicios futuros», en «Revista Española de Seguros», 101, 2000, págs. 17 y ss.
- Soto Nieto, F., «Sobre la constitucionalidad del Sistema de Baremos establecido en la Ley 30/1995», «LA LEY», XXI, 5157, 9 de octubre de 2000, págs. 15-16.

La Justicia penal en España

Francisco Javier ALVAREZ GARCIA

Cuando en el año 1995, al poco tiempo de publicarse en el BOE el vigente Código Penal, escribí el Prólogo para la primera edición del texto punitivo que salía al mercado (tirant lo blanch), me hallaba bajo los efectos de la euforia que me había causado el que, ¡por fin!, se hubiese aprobado un nuevo texto punitivo. Quise rendir, pues, homenaje a lo que de positivo traía la nueva ley, postergando para otra ocasión las críticas que se merecía y que, en cualquier caso, pronto comencé a expresar en otros escritos.

Hoy mi ánimo al escribir estas líneas es diferente. Mucho más realista. Es decir: pesimista. A esta situación espiritual me han llevado no sólo los numerosos defectos observables en el "nuevo Código" —ya estoy acostumbrado a "gozar" de una legislación penal defectuosa, debida, en la mayoría de los casos, al deficiente método con el que, en general, se han realizado las diferentes reformas—, sino la situación de la Justicia penal en España de la que el Código sólo es responsable en una mínima parte. Este estado de cosas se deriva —se ha derivado y, me temo, se derivará— de múltiples factores, entre los que se encuentra de manera significada la vetustez histórica de nuestra legislación penal.

En efecto, siempre he considerado que una legislación que no se corresponda con los tiempos es nociva, al menos, en un doble sentido: en el evidente de la aplicación de la justicia en particular, y en el alentar, fundamentalmente en los jueces, ciertas tendencias interpretativas que se alejan de una verdadera tarea hermenéutica y se adentran decididamente en el ámbito de lo creativo. Así, una legislación criminal anticuada (¡que no antigua!) provoca en los aplicadores de la Justicia la, en muchas ocasiones, irresistible tentación de "actualizar" la legislación, siendo ello, hasta cierto punto, una consecuencia directa de su función de "hacer" justicia particular, de crear la norma concreta; y es que ¿cómo resistirse a inventar la norma cuando el juez sabe que de aplicar lo que es el Derecho vigente las consecuencias serán, en ocasiones, disparatadas? No es de extrañar, así, que los jueces penales españoles se hayan, en muchas ocasiones, "puesto por montera" el Código Penal y hayan procedido a aplicar "su" propia legislación.

Pero esta actitud ante el Derecho por más que humanamente comprensible, es terriblemente perniciosa; y lo es porque más allá del concreto caso particular provoca, entre otros muchos, los siguientes efectos:

a) *Quiebra de la seguridad jurídica*: Cuando se desatiende el suelo firme del *ius positum* y el juez, en la resolución de los conflictos, se abandona al criterio de su propia Justicia subjetiva, resulta imposible predecir, en términos de la lógica jurídica de lo razonable, la eventual respuesta del juzgador. Cual-

quier fallo resultará posible y habrá, pues, que entrar en el juego de las adivinanzas. Según quien sea el titular (con nombres y apellidos) del órgano jurisdiccional, así será la respuesta. Sin embargo, está claro que el irrenunciable principio de la independencia judicial no puede amparar la libre creación del Derecho.

b) *Ruptura del principio de igualdad*: Presupuesto lo anterior, al jurista en general no le resulta difícil comprender, pero sí explicar a los no versados en los intrínquilos jurídicos, la variable y aleatoria aplicación del ordenamiento jurídico a hechos idénticos, en función de quien haya de resolver el caso. De esta suerte, el mismo supuesto de hecho puede dar lugar a la aplicación de una eximente en Alicante, de una atenuante en La Coruña, o ser considerado en Ávila como circunstancia analógica y en Huelva o Teruel un dato jurídicamente irrelevante. A la quiebra de la seguridad jurídica se viene a añadir, ahora, la conculcación del principio de igualdad.

c) *Abandono del principio de legalidad*: Para probar la veracidad de este aserto me serviré a título de ejemplo, existen otros muchos, de la aplicación que algún Tribunal viene haciendo en los últimos tiempos de la circunstancia de "ensañamiento", cualificadora del delito de asesinato. Sobre la base de un texto relativamente claro, pero no por ello exento de interpretación, que configura al ensañamiento como la muerte dada a una persona "aumentando inhumana y deliberadamente" su dolor, doctrina y jurisprudencia habían llegado, al margen de algunas discrepancias de matiz, a un cierto acuerdo de fondo respecto a su contenido y alcance. Pero ha bastado un poco de ignara presión mediática y un incontenible deseo de hacer "Justicia", para que el mero dato, sin más, de haber propinado a la víctima múltiples puñaladas constituya presupuesto suficiente, con total y absoluta prescindencia de las restantes exigencias subjetivas típicas, para la apreciación del ensañamiento y, en consecuencia, de un delito de asesinato. Da igual lo que diga el Código, los medios de comunicación demandaban sangre y algunos jueces se la han brindado a cubos. Que para ello haya debido conculcarse el sacrosanto "*nullum crimen nulla poena sine lege*", a nadie parece importarle gran cosa. Se ha hecho "Justicia" y basta. Más aún, los medios de comunicación se encargarán de presentar a ese juzgador como al "gran justiciero" que se echaba en falta.

d) *Sustitución del criterio legislativo por una ignota concepción de la justicia propia de cada órgano decisor*: En esta progresiva desvinculación del principio de legalidad suelen ser cada vez más frecuentes las resoluciones judiciales con constantes apelaciones a consideraciones de "justicia material", en detrimento de criterios normativos trabajosamente elaborados por la doctrina que, compartidos o no por los distintos operadores jurídicos, constitu-

yen un acervo nada desdeñable. En vez de acudir a ellos, se les sustituye, en ocasiones, por una concepción sustancialista de la Justicia sustentada por el órgano decisor, fruto las más de las veces de su propia ideología que no de los referidos criterios, y ello por más que se enmascare bajo la ritual y mecánica invocación a un punto de vista material sobre lo justo que tan sólo él conoce. Mas ¿por qué esta huida a la Justicia con quebranto del Derecho?; ¿qué Justicia es esa que prescinde del sistema de fuentes?; ¿qué legitimación ostentan quienes así actúan para imponer su propia concepción de lo justo?, siendo así que, como indicara Kelsen, la pregunta sobre “qué es la Justicia”, sigue todavía sin respuesta.

Pero una actitud ante el Derecho como la referida origina, además, una terrible secuela: acostumbra a romper el tabú de la legislación. En efecto: los jueces que han experimentado el vértigo de crear Derecho, transitando, en palabras de Torío, desde el Palacio de Justicia al de las Cortes sin pasar por las elecciones, ya no podrán librarse de esa estupefaciente sugestión. Convertidos en “señores del delito y de la pena”, en “protectores de la sociedad”, ya no querrán ser meros aplicadores del Derecho.

e) *Intolerable y exasperante lentitud de la maquinaria judicial*: Al panorama acabado de exponer se viene a añadir, además, la monstruosa lacra del enorme atasco judicial que desde hace ya tiempo padece nuestra Administración de Justicia, sin que los escasos medios materiales y humanos puestos últimamente a su disposición hayan contribuido apenas a paliarlo, a causa, sobre todo, del exponencial crecimiento de la litigiosidad. Se trata, sin duda, de un fenómeno complejo, cuya resolución requiere algo más que la aportación, en modo alguno desdeñable, de mayores medios materiales y humanos. Se necesitan propuestas realistas a la par que imaginativas (y no fantasiosas), que incidan no sólo en el campo de las leyes sustantivas, procesales y orgánicas, sino también en la gestión de la oficina judicial. Y sobre todo que supongan el abandono de la improvisación legislativa de la que es un ejemplo, entre otros muchos, la nueva legislación de menores, que al entrar en vigor no contará (hoy ya puede decirse) con la dotación de los medios necesarios que su aplicación requiere (situación ésta que también afectará a la novedosa Ley de Enjuiciamiento Civil).

Este horizonte nada halagüeño, esbozado en sus trazos más gruesos y sin afán de exhaustividad, no parece preocuparle en demasía al máximo órgano de gobierno de los jueces, cuyas explicaciones y propuestas resultan, algunas veces, verdaderamente pintorescas. Entre las explicaciones, o más bien justificaciones, cabe citar la afirmación hecha recientemente por su Presidente, admitiendo que la Justicia era lenta pero de “calidad”, sin percatarse, al parecer, de que una resolución retardataria que supere los dos años (recursos incluidos) no es que sea producto de una buena o mala Justicia, sino que, simplemente, no es Justicia. Sin apelativo alguno. No cabe hablar de “calidad” cuando la resolución del conflicto rebasa parámetros temporales di-

fícilmente admisibles en otros ámbitos análogos de decisión. A una época crecientemente acelerada le corresponde, paradójicamente, una Administración de Justicia aquejada de una lentitud incurable y perturbadora, que amenaza con hacerla inservible para el fin con el que fue creada.

En cuanto a las “propuestas” —por referirme sólo a una de ellas— destacaré aquella que pretende resolver los problemas de la desigual aplicación de la Ley mediante el curioso expediente de considerar de obligatoria observancia, por las instancias inferiores, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Pues bien, limitando la referencia a la jurisprudencia originada por la Sala 20, hay que preguntarse: ¿a qué doctrina se refiere el Consejo? Porque es obvio que, al menos en el caso de la Sala 20, el desconcierto interpretativo es de tal índole que podemos encontrar Jurisprudencia que avale cualquier propuesta interpretadora de los tipos penales, hasta la más absurda y disparatada, sin que los Plenos de la Sala convocados al efecto hayan sido capaces de poner coto a tales desmanes. Así pues, ¿cuál sería la línea jurisprudencial obligatoria? Entiendo que en esta situación no resulta exagerado afirmar que el Tribunal Supremo no es capaz de cumplir actualmente el papel que el ordenamiento jurídico le tiene reservado.

Las sentencias de la Sala 20 continúan llenas de imprecisiones, argumentos contradictorios, frases huecas y de fórmulas extraídas de las elaboraciones doctrinales, utilizadas, a veces, sin haber comprendido su sentido profundo y como talismanes legitimadores de ciertas decisiones, pero absolutamente privadas de fuerza argumental referida al caso. Pudiendo decirse que algunas de las decisiones judiciales más trascendentes adoptadas en los últimos años en España, están sólo formalmente motivadas.

Mientras tanto algunos magistrados continúan prefiriendo su “nuevo papel” de creadores de Derecho, antes que les atribuya la Constitución. En este sentido es sintomática la STS de fecha 11 de abril de 2000, en la que se afirma expresamente, en relación con la atenuante 21.20 CP, que se ha producido un “olvido” del legislador (al no incluirla entre las previsiones del artículo 104 CP), y, por tanto, una laguna en el Ordenamiento Penal que sus señorías se ven compelidos a rellenar de acuerdo con su propio criterio. De dar crédito a esta insólita resolución (y hay que dárselo puesto que ha sido dictada y ha tenido eficacia), a partir de ahora el problema de las lagunas (¡en materia penal!) no ofrecerá dificultad alguna: los magistrados de la Sala 20 han encontrado la colombiana solución de rellenarlas *motu proprio*, compartiendo, de este modo, con las Cortes la potestad legislativa que hasta dicho fallo competía en exclusiva a éstas (a semejante “nueva doctrina” se ha unido, entusiásticamente, la minoritaria y progresista asociación Jueces para la Democracia, que valorando una reciente decisión del Gobierno del Reino Unido tendente a autorizar la clonación de embriones con fines terapéuticos, argumenta como sigue para salvar el escollo de la legalidad penal: “hay una laguna en el

ordenamiento jurídico español, tanto penal como civil [por lo que es preciso] la interpretación menos restrictiva de los avances científicos en beneficio de los derechos ciudadanos”). Y nadie ha protestado ante semejante monstruosidad, ningún jurista ha levantado su voz —o si lo han hecho ha carecido de suficiente eco— contra lo que constituye una auténtica ruptura constitucional, una vuelta a la creación autoritaria del Derecho. Acaso este ominoso silencio sea debido a la inercial tendencia procedente de los tiempos de oposición al franquismo, que impedía criticar una resolución supuestamente “progresista” aunque no fuera respetuosa con la legalidad. Sin embargo, esta reminiscencia del “uso alternativo del Derecho” resulta absolutamente fuera de lugar.

Pero no son sólo algunos miembros del Poder Judicial los únicos responsables del actual deterioro de la Justicia en España. El resto de los operadores jurídicos también tiene que asumir su cuota parte de responsabilidad. Es el caso de los fiscales. Estos funcionarios sujetos, teóricamente, en sus actuaciones a los principios de legalidad y jerarquía, en el acontecer diario practican más la jerarquía que la legalidad. Así se explica que se alineen casi siempre con el Poder, o que la acusación pública haya brillado por su ausencia en alguno de los grandes procesos que se han incoado en nuestro país. Se trata, además, de un tipo de funcionarios que, al contrario de lo que sucede con los jueces o con los funcionarios administrativos, son penalmente irresponsables por la injusticia de sus resoluciones. Así, podremos ver a un juez en el banquillo acusado de prevaricación (aunque en los últimos ciento treinta años sólo ha habido una veintena de condenas, en el noventa por ciento referidas a jueces de las categorías inferiores y sólo en una ocasión —a finales del pasado siglo— por imprudencia), o a un funcionario administrativo condenado por ese delito (tampoco en este caso las condenas han sido numerosas, de lo cual son los jueces, en buena medida, los responsables por su excesiva complacencia con el poder), pero un fiscal, aunque haya cometido el mayor de los desatinos (por acción o por omisión), siempre podrá irse a dormir sin cuidado. A pesar de lo cual ningún juez siente la necesidad de acudir al expediente del artículo 4.2, para demandar del Gobierno que se tipifiquen esos comportamientos.

La conducta de los representantes del Ministerio Fiscal es, además, famosa en un doble sentido: en primer lugar (y con escasas excepciones entre las que hay que citar a la “Fiscalía Anticorrupción”), por no haber querido asumir nunca un verdadero papel protagonista en la Administración de Justicia, a pesar de que existen mecanismos legales para ello. Siempre han preferido el más pasivo, cómodo y descansado de dejar que sean los jueces quienes realicen con plenitud las labores de investigación e instrucción. Sin embargo, y paradójicamente, quienes nunca quisieron implicarse en la investigación criminal, quienes rehuyeron todo compromiso en la fase de instrucción, quienes han esperado tranquilamente en sus despachos (el que lo tenía) el fruto del trabajo solitario y, a veces, heroico de los ins-

tructores, son ahora llamados por algunos (Consejo General del Poder Judicial, incluido) para que asuman las competencias que actualmente corresponden a los jueces investigadores. Mucho habrían de cambiar el marco jurídico y las costumbres laborales del Ministerio Público para que la aplicación de semejante propuesta no acabe llevando a la Justicia española a un colapso irreversible.

En el mundo jurídico se conoce a los fiscales como hombres letrados en una sola palabra: “visto”. Porque con dolorosa asiduidad es la única expresión que las reiteradas apelaciones a su autoridad son capaces de arrancarles. Las causas de su proceder todos las ignoran, incluso ellos mismos, que de tanto enmudecer han terminado por olvidar el lenguaje. Será preciso enseñarles de nuevo a hablar, recordarles que sus actuaciones afectan a derechos fundamentales y que de la misma forma que las resoluciones judiciales, y el propio oficio de Juez, se vieron revolucionadas hace ya dos siglos a través de la exigencia de motivación en las sentencias, las actuaciones de la Fiscalía están clamando por una completa revisión.

Los abogados. Es preciso también analizar someramente el papel que desempeñan esos profesionales llamados abogados, que se agrupan en “Colegios” cuya primera misión es defender a sus afiliados frente a cualquier ataque, justificado o no, y protegerles de las ansias de “justicia” de algunos de sus numerosos clientes. Lo verdaderamente importante para estas agrupaciones es la salvaguarda de la profesión, es decir, de sus intereses económicos. Véase para comprobar este aserto el texto de Estatutos al que los colectivos de letrados han prestado recientemente su aprobación. Las infracciones más graves no son la, cotidiana, impericia o negligencia profesional, sino el impago de la “cuota colegial”, la falta de petición de “la venia” a un compañero, o el incumplimiento de ciertas obligaciones económicas o “colegiales” cuya mera lectura soliviantaría a la persona más flemática. Pero lo más llamativo en la actuación de algunos letrados es su más que frecuente incompetencia, su absoluto desconocimiento de los rudimentos y principios más elementales que informan la rama del Derecho que ejercen, y su atrevimiento para asumir la dirección letrada de cualquier asunto que prometa arrojar algún beneficio económico.

No obstante, suelen ser los abogados auténticos especialistas en “cobrar” sus servicios. Entonces sí que despliegan todas sus habilidades profesionales. Mas la percepción de los honorarios reclamados no obedece siempre a la efectividad de su prestación, pues no es inhabitual que las querellas y demandas que redactan algunos abogados, amén de incluir faltas de ortografía y defectos lógico-sintácticos —tan frecuentes de ordinario en el ámbito forense hoy en día—, constituyan auténticos monumentos a la grandilocuencia, al absurdo y a la sinrazón. No es inhabitual que sus escritos carezcan de la más elemental lógica o que no contengan argumentación jurídica alguna, pero sí muchos folios, con enormes márgenes a derecha e izquierda, arriba y abajo, preñados de indignación —rayana en

ocasiones con el insulto— con la otra parte y de innumerables transcripciones de sentencias, tantas como las modernas bases de datos permiten. Argumentos pocos o acaso ninguno. Toda esta farfalleja, inane en cuanto a su contenido, permitirá, sin embargo, al letrado pavonearse con su cliente e incrementar, proporcionalmente a la extensión de sus escritos, su ya crecida minuta: tanto más elevada, frecuentemente, cuanto más novel es el letrado, y ello por mor de la progresiva proletarización de este oficio del que cada día es más difícil vivir, y que aboca, en consecuencia, a exprimir hasta la última gota al escaso cliente.

Mientras tanto, en los informes orales resulta cada día más insólito oír argumentaciones jurídicas, o escuchar siquiera alguna referencia de tal índole. Lo habitual es que los letrados se limiten a una confusa exposición de hechos, producto frecuentemente de su quijotesca imaginación, y que abandonen al criterio de la magistratura los problemas jurídicos. De estudio, poco o nada. Los “acusadores particulares”, por ejemplo, acostumbran a “adherirse” sin más a la calificación fiscal, variando al alza las peticiones de condena, pero sin compartir con los fiscales su minuta. Las defensas, en la mayoría de los casos, suelen limitarse, de forma apresurada y confusa, a negar los hechos imputados a su cliente. A esto se viene en esencia a reducir ese “supremo acto de la Justicia”, que es como algunos siguen calificando la “vista oral”. Sería, sin embargo, desacertado dejar de incluir en estas líneas el adecuado reconocimiento a los abogados, y también son legión, que desempeñan su oficio con pulcritud, participando de esa forma con gran eficacia en la Administración de Justicia. No debiendo olvidarse, tampoco, la contribución que muchos de ellos (a través de partidos, sindicatos u otras asociaciones y también a mero título individual) han realizado para favorecer la consolidación en España del vigente Estado de Derecho.

No puedo, finalmente, evitar aludir a un gremio cuya función resulta, en la inmensa mayoría de las ocasiones, difícilmente justificable: me refiero a los “procuradores”. No sé si en otras épocas su existencia ha podido estar justificada, pero actualmente, y salvo contadas excepciones, únicamente contribuyen a encarecer el proceso y a dilatarlo sin realizar aportación jurídica alguna.

A este estado de la Justicia española ha contribuido, asimismo, el sistema de recluta de los operadores jurídicos. En el caso de los jueces y fiscales la selección se produce por medio de una oposición, a la que pueden presentarse todos los licenciados en Derecho con independencia de su edad. Lo que ocasiona que personas muy jóvenes, personalmente inmaduras, accedan al funcionariado. De esas oposiciones saldrá ganador el candidato que sea capaz de aprenderse de memoria —es irrelevante que haya comprendido o no lo memorizado— unos centenares de temas en los que se compendia una explicación elemental de las principales instituciones jurídicas. Así, cualquier opositor aventajado será capaz de expresar en quince minutos abundantes vulgaridades referidas a cualquier punto del

temario, y paralelamente será incapaz de resolver cualquier problema jurídico, medianamente profundo, relacionado con ese mismo cuestionario. A este panorama se une el hecho de que, generalmente, el aprendizaje se lleva a cabo por medio del estudio de unos, en ocasiones, infectos temarios altamente venenosos y frecuentemente insolventes, que contribuyen de forma decisiva a pervertir el espíritu jurídico de los más jóvenes. Por supuesto, ningún espacio para estudiar los eternos problemas de la Justicia o los grandes principios que gobiernan nuestra ciencia, sólo se buscan practicones que “saquen mucho papel”, que reflexionen poco y que no pierdan el tiempo “en filosofías”. Para acabar de ensombrecer el paisaje, el tiempo de estancia en la Escuela Judicial, en la que ingresan los triunfadores de las oposiciones, se verá reducido por motivos de plantilla, y, paralelamente, la jubilación de jueces y fiscales se postergará hasta la avanzada edad de los setenta y dos años, ampliable en otros tres. Ofreciendo de esta manera, a los jueces, el enorme placer estético de morir en escena, y a los justiciables la impagable oportunidad de verse juzgados por personas que ya casi tienen su propio “certificado de defunción” en la mano y que han vivido una sociedad que en poco o nada se asemeja a la de aquéllos. Así pues, en tantos casos, o demasiado jóvenes o demasiado viejos.

Pero si seriamente criticable resulta el sistema de recluta de jueces y fiscales, más aun lo es, al menos en los últimos tiempos, el de su promoción. Para decirlo con pocas palabras: todo aquel juez que como colofón de su carrera aspire a jubilarse de magistrado del Tribunal Supremo o que desee llegar a presidente de Audiencia o del Tribunal Superior de Justicia de su Comunidad, no debe esforzarse en dictar muchas sentencias para “tener su Juzgado al día”, ni en ser diligente en su trabajo para presentar un “alarde” impecable o unos buenos resultados ante los inspectores del Consejo General, ni en adquirir experiencia debatiendo en Sala con sus compañeros sobre complicados problemas jurídicos, ni mucho menos estudiar. Lo que debe hacer es “dejarse ver” (dictando, por ejemplo, sentencias demagógicas), afiliarse a alguna asociación de jueces (fundamental), realizar muchos cursillos de los organizados por el “Consejo” (sobre todo de “informática”), pasarse “cuantos más años mejor” en destinos que no consistan en el duro trabajo diario de dictar resoluciones y de enfrentarse con el justiciable (a poder ser como “técnico” en el propio Consejo, donde, por cierto, será mucho mejor retribuido que si “sólo” es magistrado), y, en fin, escribir muchos, pero muchos, artículos “doctrinales” con independencia de su calidad. Si de esta forma actúa un juez desde joven, tendrá muchas más posibilidades de ver colmadas sus aspiraciones que si se limita a realizar ese trabajo duro, difícil, callado y cansado en que consiste administrar Justicia. Así, debe afirmarse con rotundidad que la mayor parte de los cientos de buenos jueces que hay en España pueden abandonar toda esperanza de llegar a los más altos puestos en su carrera, si se siguen limitando a ser buenos, incluso excelentes, jueces,

pues muy pocos lograrán burlar de esa forma el escandaloso sistema establecido, en el que no se prima demostrar las mejores cualidades profesionales sino, sencillamente, ser un "buen político".

Para ascender en la carrera fiscal son aplicables, *mutatis mutandis*, idénticas reglas que en el caso de los jueces, añadiendo, eso sí, la indisciplina como señal distintiva.

En cuanto a los abogados, su formación es, con mucho, la más deficiente de todos los operadores jurídicos. Y es que la "carrera de Derecho", al contrario de lo que ocurre con la mayoría de los estudios superiores, no "enseña" el ejercicio de ninguna profesión en particular (en ocasiones, incluso, no "enseña" nada, lo que es lógico si tenemos en cuenta que parte del profesorado universitario —al menos el de las Facultades de Derecho— ha sido promocionado a sus puestos de funcionarios no por sus profundos conocimientos en las distintas materias jurídicas, sino por razón de una cadena de prevaricaciones administrativas; limitándose muchos de ellos a leer en sus clases, dado que no están capacitados para otra cosa, el "manual" de su principal o unos apuntes añejos), sino que "sólo" pretende proporcionar un conocimiento general sobre nuestro ordenamiento jurídico. Por ello precisamente, y no sólo por motivos de selección de personal, quienes quieren ser jueces, fiscales, abogados del Estado o técnicos de la Administración Civil, han de realizar unos estudios específicos —superar una oposición— y luego ingresar en una "Escuela" y realizar diversas prácticas. Sin embargo, para "abogar" basta, absurdamente, con ser licenciado en Derecho. En cuanto un sujeto concluye sus estudios de licenciatura puede dedicarse a perjudicar gravemente a cualquier ciudadano. De nada han servido, hasta ahora, las apelaciones a la realización de un auténtico aprendizaje de la profesión con posterioridad a la licenciatura en Derecho. Lo que es ya común en otras "carreras", se contempla como un auténtico atentado al libre ejercicio de la profesión, y como los gobernantes no quieren tener problemas de orden público con las decenas de miles de estudiantes de Derecho de toda España, nadie ha intentado "ponerle el cascabel al gato". Naturalmente nadie piensa en el ciudadano cuyos intereses resultan destrozados por atrevidos ignorantes. ¡Cuántas condenas hay que apuntar en el "haber" de un pésimo abogado! ¡Y en qué alta medida son los abogados responsables del "atasco" de la Administración de Justicia!

Es, no obstante, cierto que los Colegios de Abogados han tratado de "enseñar" la profesión a través de las llamadas "Escuelas de Práctica Jurídica". Pero ese intento se ha saldado con un estrepitoso fracaso; en esas "Escuelas" se enseña poco más que a memorizar (o a copiar) formularios o a llevar con soltura una elegante cartera de reluciente cuero. Y los alumnos salen de ella creyéndose, eso sí, más abogados, pero siendo, también, más ignorantes.

Tampoco el estado general de nuestra legislación arroja una perspectiva más lisonjera. Pero tantos son los problemas que plantea que sólo enumeraré alguno de los más importantes:

Primero. Las discusiones sobre los grandes principios de la política criminal, los muy complejos sobre los problemas más arduos de la dogmática penal o sobre las concretas consecuencias de optar por una determinada regulación en los diferentes supuestos delictivos, han brillado por su ausencia en la elaboración del Código Penal de 1995. El resultado de semejante metodología se muestra hoy claramente: ya tenemos una legislación penal llena de parches que a muy pocos (sólo a sus ignotos elaboradores) ha dejado contentos; y, lo más importante, no ha servido para contribuir a solucionar algunos de los graves problemas penales que ya estaban planteados.

Segundo. Históricamente en España se ha legislado "a ciegas", y ello por la potísima razón de que el nuestro es un país en el que las estadísticas fiables brillan por su ausencia. Así, las incorporadas a las Memorias de la Fiscalía o a las del Consejo General del Poder Judicial son un auténtico escándalo (véase lo que el propio "Libro blanco de la Justicia" dice de ellas): incluso ha habido años en los que ni siquiera las sumas que figuraban en ellas eran correctas. En cuanto a las estadísticas policiales, no ha de olvidarse que en nuestro país hay una gran variedad de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (Policía Nacional, Guardia Civil, policías autonómicas y las miles de locales), entre las que no existe una óptima coordinación; siendo las propias estadísticas policiales las que advierten que los datos incorporados no reflejan el total de los delitos cometidos, sino únicamente los llegados al conocimiento de esa Policía. Aquellos en los que hubieran podido intervenir otras fuerzas policiales, quedan fuera de la estadística.

Así las cosas, cuando se ha decidido aplicar un nuevo sistema en la Justicia de menores, se ha hecho "a ojo"; sin contar con datos que avalasen (con criterios de prevención general, por ejemplo) una u otra decisión. Cuando se dispone bajar o subir la duración o la cuantía de una pena, no se pueden tener en cuenta datos de la criminología concreta de ese delito, porque no existen. Cuando se acuerda descriminalizar un comportamiento, se toma la decisión contando como toda referencia con modelos teóricos. Nunca con datos reales, pues con estos no contamos.

Tercero. En España resulta verdaderamente difícil conocer cuál es la legislación vigente en una determinada materia. Ello es así, entre otras razones, porque al legislador no le parece oportuno incluir tablas de vigencia y derogaciones expresas en las disposiciones que dicta. Aquél (no los ciudadanos, pero ¿a quién le importan éstos?) prefiere la cláusula genérica del "quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango...". De esta forma, administrados y operadores jurídicos se tienen que dedicar a "jugar a las adivinanzas" (a la vista de todo el marasmo de normas que han gobernado idéntica materia hasta la aparición de la más reciente) y decidir qué está vigente y qué no. Naturalmente que todo esto aparece aderezado con algunas prácticas llamativas, verbigracia: se modifican normas que todavía no han entrado en vigor (por

estar sujetas a *vacatio legis*); de toda una serie de disposiciones se mantiene vigente sólo un párrafo de una Disposición Adicional o quizás toda una Transitoria, existiendo una verdadera alergia a derogar completamente una disposición (¿por qué, por ejemplo, no se derogan de una vez todas las normas —alguna más que centenaria— que disciplinan el indulto y se sustituyen, todas, por una o dos disposiciones actuales que dejen de plantear problemas de vigencia?); rara vez se publican “textos refundidos”, por lo que no es inhabitual que de todo un Código apenas existan en vigor preceptos que se correspondan con el texto original; en las regulaciones más insospechadas (y en este sentido siempre han destacado las correspondientes a las aprobaciones anuales de los presupuestos) se modifican o derogan todo tipo de preceptos, con independencia de la materia en cuestión, por lo que el jurista siempre está sometido al albur de que “su” normativa haya sido afectada por una decisión legislativa en materia que no tiene nada que ver con la que a él en un determinado momento le interesa, etc. Al final, son los encargados de elaborar las “bases de datos de legislación” quienes están decidiendo en nuestro Derecho qué normas están vigentes y cuáles no, habiendo abandonado los juristas toda tentativa de seguir con nuestros propios medios la “vida” de una norma. La convención, pues, se haya establecida; los que “meten” los datos en las “bases de legislación” deciden: “Las Cortes”, pues, son ellos.

Cuarto. Otra de las características de nuestra legislación es el empeño en elaborar las leyes más modernas y progresistas (en ocasiones excesivamente “progres”) del mundo, pero sin tener en cuenta que van a ser incrustadas en un sistema jurídico (y sobre todo de Justicia) paleolítico. Contemplemos el caso de la pena de multa. Al contrario de lo que pueda pensarse, la sanción penal más aplicada no es la privativa de libertad sino la pecuniaria. Por ello, y para respetar principios como los de igualdad y de efectividad en la sanción, se hace preciso ser extremadamente minucioso en el establecimiento del sistema a seguir para su fijación y abono. Pues bien, el Código Penal de 1995 optó por el sistema de los “días multa” que, teóricamente (todo es “teóricamente” cuando se habla de nuestro Derecho penal) satisface mejor aquellos objetivos. El problema es que una correcta aplicación de esta sanción exige que se proporcionen al juez toda una serie de datos económicos de los reos, sin cuyo correcto manejo el método de los “días multa” está llamado al fracaso. Pues bien, esos datos (por au-

sencia de una adecuada coordinación entre administraciones y por la ineficacia de nuestra Hacienda Pública a la hora de controlar los flujos patrimoniales) no se están haciendo llegar a los jueces, quienes, al final, valoran según su “leal saber y entender” la capacidad patrimonial de los sujetos, y conforme a esa peculiar valoración imponen la sanción. El sistema, pues, ha fracasado. Ciertamente no es la primera vez que ocurre algo semejante, ya sucedió con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 que preveía el cumplimiento de medidas de seguridad en establecimientos que jamás se levantaron, o sucede ahora con el arresto de fin de semana o con el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad, o sucederá (y no hay que atribuir gran mérito a esta profecía) con la Ley Penal del Menor.

No debo acabar estas líneas sin hacer referencia, aunque sea brevemente, a un último problema, quizás uno de los más delicados de los muchos que aquejan a nuestra Administración de Justicia. Me refiero a su progresiva politización. El nefasto sistema utilizado por el Consejo General del Poder Judicial para los nombramientos de presidentes de Audiencias, de Tribunales Superiores y de magistrados del Supremo, así como el excesivo protagonismo de las Asociaciones Judiciales (y de alguna secta) en todo este proceso, ha provocado una radical división de los jueces entre conservadores y progresistas. División ésta que si bien en el caso de las presidencias de Audiencias y Tribunales Superiores, y por razón de sus funciones, expresa únicamente (lo que no es poco) el reparto de cuotas de poder entre las diferentes Asociaciones Judiciales, en el caso de los magistrados del Tribunal Supremo la trascendencia es mayor, pues ha supuesto la introducción de un claro componente ideológico en la inteligencia de las resoluciones adoptadas, cuando éstas tenían como trasfondo un conflicto con fuertes connotaciones políticas. Creo que no es necesario insistir, por obvia, en la idea de que esta es una de las situaciones más graves que pueden afectar a una Administración de Justicia, y que constituye un claro heraldo de la muerte del sistema.

Por supuesto que con los descritos no acaban los problemas de la Justicia española. Hay otros muchos, pero bastan los aludidos para poner de manifiesto una situación endémica y que se agrava de día en día. Siendo tanto más dolorosa la explicación de aquéllos, por cuanto que buena parte de los conflictos referidos son fácilmente solucionables en poco tiempo y con escaso coste económico. Sólo hay que actuar con método y honorabilidad, personal y colectiva. Imposible.

Para una teoría general de los ilícitos atípicos

Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO

1. LOS ILICITOS ATIPICOS Y LA TEORIA DE LOS ENUNCIADOS JURIDICOS

Una teoría general de los ilícitos atípicos —de los ilícitos generados por analogía y de los cubiertos por las figuras del abuso del derecho, del fraude de ley y de la desviación de poder— exige partir de una teoría de los enunciados jurídicos que dé cabida a diversas distinciones: entre normas regulativas y normas constitutivas; entre reglas y principios (dentro de las primeras); entre normas puramente constitutivas y normas que confieren poder (dentro de las segundas); entre dimensión directiva —o de guía de la conducta— de las normas jurídicas y dimensión valorativa —o de criterio de justificación y de crítica— de esas mismas normas¹

2. LAS NORMAS REGULATIVAS: REGLAS Y PRINCIPIOS

Las normas jurídicas regulativas —esto es, las que ordenan, prohíben o permiten determinadas conductas— pueden verse como conformando una estructura de dos niveles: el de las reglas y el de los principios. Ambos tipos de normas no tienen sólo una dimensión directiva, sino también una dimensión valorativa: no pretenden sólo dirigir la conducta, sino proporcionar también criterios de valoración (de justificación y de crítica) de la misma. Esta dimensión valorativa tiene, por así decirlo, cierta prioridad lógica sobre la dimensión directiva: por limitar el ejemplo a las prohibiciones, ciertas acciones o estados de cosas no son disvaliosos porque estén prohibidos, sino que, bien al contrario, están prohibidos porque se consideran disvaliosos.

Los principios expresan directamente los valores incorporados al sistema jurídico y las directivas o pautas de conducta que *prima facie* se derivan de los mismos y no contienen más condiciones de aplicación que aquellas que se derivan de su propio contenido. Las reglas, en cambio, constituyen concreciones, relativas a las circunstancias genéricas que constituyen sus condiciones de aplicación, de-

rivadas del balance entre los principios relevantes en dichas circunstancias. Estas concreciones constituidas por las reglas pretenden ser concluyentes, y excluir, como base para adoptar un curso de acción, la deliberación de su destinatario sobre el balance de razones aplicable al caso. Dicha pretensión, sin embargo, resulta en ocasiones fallida: cuando el resultado de aplicar la regla resulta inaceptable a la luz de los principios del sistema que determinan la justificación y el alcance de la propia regla. En tales casos, la pretensión concluyente y excluyente de las reglas fracasa y lo ordenado o permitido por ellas alcanza sólo un valor *prima facie* que se ve finalmente, una vez consideradas todas las circunstancias, desplazado.

Reglas y principios, de esta forma, no constituyen entidades que pertenezcan a mundos separados, sino elementos de una misma realidad: el Derecho considerado en su conjunto, o cada una de las instituciones que lo integran. Así, puede decirse que lo que da sentido a las reglas son los principios que les sirven de justificación; y, por otro lado, que los principios —al contener tan sólo directivas *prima facie* y, por tanto, no concluyentes— no pueden ser aplicados directamente para la resolución de un caso, sino que necesitan antes dar lugar a reglas, que establezcan lo que, dadas ciertas circunstancias genéricas, se debe concluyentemente hacer.

3. LAS NORMAS QUE CONFIEREN PODERES NORMATIVOS

A la categoría de las normas regulativas se contraponen la de las normas constitutivas; las normas o reglas que confieren poder son el principal tipo de normas constitutivas, y el único que aquí nos interesa. Las reglas que confieren poder regulan si se quiere (indirectamente) también la conducta, pero de manera distinta a como lo hacen las normas regulativas: establecen que, dadas ciertas circunstancias, alguien puede (en el sentido de posibilidad), realizando ciertas acciones, dar lugar a un estado de cosas que supone un cambio normativo. Por ejemplo, la norma que establece que, realizando ciertas acciones, una persona puede hacer un testamento, celebrar un contrato o (si reúne ciertas calificaciones específicas) dictar una sentencia, una resolución administrativa, etc. El esquema de tales normas sería éste: si X (se da cierto estado de cosas) y Z (una persona o un órgano con ciertas cua-

¹ A la elaboración de esa teoría de los enunciados jurídicos obedece nuestro libro *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996. De los ilícitos atípicos nos hemos ocupado en *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, de próxima publicación en la editorial Trotta. El presente trabajo viene a ser una síntesis de las principales tesis desarrolladas en este último libro.

lificaciones) efectúa A (una acción o una serie de acciones más o menos complejas), entonces se produce R (un cambio o un resultado normativo); por ejemplo, *a* pasa a ser heredero, *b* es acreedor de *c*, *d* resulta condenado a una determinada pena, surge la norma válida *e*, etc. Al no tener carácter deóntico (no hay conductas calificadas como prohibidas o permitidas), una norma que confiere poder, como tal, no puede infringirse; simplemente, puede usarse bien o mal: si se usa bien, se obtiene el resultado; si no (si se incumple algún requisito) no se obtiene, o no se obtiene del todo, esto es, el resultado no es reconocido por el Derecho, o no es reconocido del todo, como tal.

Ahora bien, las normas que confieren poder no se dan en el vacío, sino que presuponen un universo normativo en el que hay, por supuesto, normas regulativas que se refieren a acciones distintas del uso de poderes normativos, pero también normas regulativas que “regulan” el uso de los poderes conferidos por esas reglas: el poder (en el sentido de capacidad para producir un resultado) de testar o de hacer contratos está regulado básicamente por el principio de autonomía que establece que está permitido usar ese poder salvo en circunstancias muy excepcionales; pero el de dictar sentencia es un poder de ejercicio obligatorio; y cabe incluso que el ejercicio de un poder esté prohibido, al menos bajo ciertas circunstancias: el juez —en determinado momento procesal— tiene el poder (la capacidad) de dictar un auto de prisión (con el resultado de que cambia el estado jurídico de determinada persona), pero es posible que su ejercicio (en ese caso) le estuviera prohibido, es decir, es posible que el juez haya utilizado de forma jurídicamente ilegítima su poder (porque se trata de un juez prevaricador o, simplemente, de un mal juez). Y, por lo demás, aun en los casos de poderes normativos de ejercicio facultativo u obligatorio, el ámbito de lo que un sujeto Z puede hacer (*en el sentido de tener un poder normativo para hacer*) no coincide con el ámbito de lo que ese mismo sujeto puede hacer (*en el sentido de tener un permiso para hacer*). Así, por ejemplo, el legislador tiene el poder normativo —esto es, la capacidad— de producir una ley de contenido inconstitucional, pero esto, naturalmente, le está prohibido. Y el Tribunal Constitucional tiene el poder normativo de declarar inconstitucionales leyes que sean constitucionales, pues la declaración de inconstitucionalidad despliega sus efectos aun cuando sea ella misma inconstitucional, pero tal cosa, naturalmente, le está asimismo prohibida. El ejercicio como tal, o el alcance de un poder normativo, está regulado como obligatorio (por una norma de mandato de obligación) cuando el ordenamiento jurídico atribuye un valor positivo a la obtención del resultado de que se trate; como prohibido, cuando el resultado en cuestión lo considera disvalioso; y está regulado con normas permisivas cuando la deseabilidad de alcanzar R (el resultado normativo) se deja al arbitrio del titular del poder: normalmente Z (el titular del poder) buscará alcanzar R para satisfacer propósitos ulteriores; por ejemplo, se hace un testamento para favorecer a

determinada persona, se celebra un contrato para obtener un beneficio económico, etc.

El uso de un poder normativo en condiciones tales que ese uso resulta prohibido, o con un alcance asimismo prohibido, determina no la inexistencia del resultado (lo que podemos llamar su nulidad constitutiva), sino su irregularidad (lo que podemos llamar su nulidad regulativa) lo que implica —salvo en el caso de los órganos de última instancia— que un órgano de control tiene el deber de anularlo en todo o en parte (según el alcance de la irregularidad).

4. LA NOCIÓN DE ILÍCITO

Los ilícitos son acciones (entendida la expresión en su sentido más amplio) opuestas a normas regulativas de mandato. De aquí se infiere que no puede haber ilícitos que se opongan a permisos (pues si una acción y su omisión están permitidas, entonces tanto realizar esa acción como no realizarla es lícito) o a normas constitutivas (pues dichas normas no tienen carácter deóntico, sino que establecen las condiciones para la producción de un cierto resultado institucional o cambio normativo). Como las normas de mandato pueden ser reglas o principios, existen dos tipos de ilícitos: los ilícitos típicos, que son acciones opuestas a reglas de mandato; y los ilícitos atípicos, que son acciones opuestas a principios de mandato.

5. LOS ILÍCITOS ATÍPICOS. DOS CLASES DE ILÍCITOS ATÍPICOS

Los ilícitos atípicos son acciones que, *prima facie*, están permitidas por una regla, pero que, una vez consideradas todas las circunstancias, deben considerarse prohibidas. El cambio de estado deóntico (el paso de “permitido” a “prohibido”) tiene lugar en virtud de un proceso argumentativo en el que se pueden distinguir dos formas, dos mecanismos, para ampliar el campo de lo ilícito. Uno es el de la analogía, en el que cabe distinguir los supuestos de *analogía iuris* y de *analogía legis*. En ambos supuestos se parte de la existencia de una laguna normativa en el nivel de las reglas (la acción está, *prima facie*, permitida, en el sentido de que no resulta subsumible en ninguna regla prohibitiva); el cambio de estado deóntico se produce, en los supuestos de *analogía legis*, por la semejanza que el caso no regulado tiene con otro u otros casos en los que opera una regla prohibitiva; y la justificación es que las razones (el balance entre principios) que justifican la prohibición en estos últimos casos se dan también en relación con el caso que aparecía como no regulado: o sea, dicho balance entre principios exige la generación de una nueva regla prohibitiva en el que subsumir el caso en cuestión. En los supuestos de *analogía iuris*, la generación de la nueva regla prohibitiva viene exigida directamente por el balance entre los principios del sistema aplicables al caso, aun cuando no hay una regla prohi-

bitiva aplicable a casos semejantes. El segundo tipo de mecanismo (al que obedecen las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder y que a nosotros nos interesa de manera especial) opera de la siguiente manera: el punto de partida no es la existencia de una laguna normativa, sino de una permisión expresa: la acción está, *prima facie*, permitida, en el sentido de que hay una regla regulativa que la permite; el cambio en su estado deóntico se produce como consecuencia de que la subsunción del caso en dicha regla permisiva resulta incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso (el caso constituye, pues, una *laguna axiológica* del sistema de reglas) y ese balance exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso. Los ilícitos atípicos plantean, en consecuencia, una situación distinta a los conflictos entre reglas o entre principios, pues lo que ellos suponen es un conflicto entre reglas y principios (abuso del derecho, fraude de ley y desviación de poder) o entre falta de reglas y principios (analogía).

6. ILÍCITOS ATIPICOS Y COHERENCIA DEL SISTEMA

La existencia de ilícitos atípicos obedece a una necesidad de coherencia (de coherencia valorativa o justificativa) del sistema jurídico: se trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del Derecho, entre las reglas y los principios. En algunos sistemas (los de *civil law* o de Derecho continental) eso se logra, por un lado, recurriendo a la analogía y, por otro, mediante las figuras del abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. En otros (los de *common law*), la analogía está también muy presente, pero no así las figuras del abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, cuyo equivalente funcional vendría a ser la técnica del *distinguishing*. En ese sentido, puede decirse que la categoría de los ilícitos atípicos es común a todos los ordenamientos jurídicos evolucionados, puesto que resulta necesaria para evitar el formalismo extremo en la aplicación del Derecho, que conduciría a la incoherencia valorativa de las decisiones jurídicas.

7. UNA DEFINICION DE ABUSO DEL DERECHO

La definición del abuso del derecho que proponemos y que, creemos, viene a ser una reconstrucción y generalización adecuadas de la manera como esta figura opera, es la siguiente:

"La acción A realizada por un sujeto S en las circunstancias X es abusiva si y sólo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a S realizar A en las circunstancias X. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra S como titular de un cierto derecho subjetivo.

2) Como consecuencia de A, otro u otros sujetos sufren un daño, D, y no existe una regla regulativa que prohíba causar D.

3) D, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:

3.1.) Que, al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que causar D o que S realizó A sin ningún fin serio y legítimo discernible.

3.2.) Que D es un daño excesivo o anormal.

4) El carácter injustificado del daño determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva a que se alude en 1) y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias X' (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 3.1) o 3.2) la acción A está prohibida".

8. ...Y SU APLICACION A UN CASO PARADIGMATICO

Veamos ahora cómo se aplica la definición a un ejemplo paradigmático de abuso del derecho, el contenido en la STS de 14 de febrero de 1944, clásica en el tratamiento del abuso del derecho en la jurisprudencia española y utilizada en la exposición del tema en la mayoría de los manuales. El Consorcio de la Zona Franca de Barcelona tenía una concesión administrativa para extraer arenas de las playas del litoral barcelonés. Una compañía eléctrica poseía una central de energía eléctrica situada junto a la desembocadura de un río y en las inmediaciones de una playa en la que el Consorcio procedió a la extracción de arenas. La extracción de arenas produjo la desaparición de las defensas naturales que protegían a la central eléctrica frente a los desbordamientos del río y la acción del mar. En esta situación, tuvieron lugar unos temporales particularmente fuertes que produjeron importantes daños a la central. La sociedad propietaria de la misma se dirigió a los tribunales solicitando ser indemnizada por el Consorcio, pretensión que fue estimada por los tribunales.

El análisis, en términos de la definición propuesta, discurriría así:

1) En virtud de su titularidad de la concesión administrativa para la extracción de arenas, al Consorcio le estaba permitida la extracción de arenas en cualquier punto del litoral barcelonés.

2) Como consecuencia de la extracción de arenas en la playa contigua a la central eléctrica, a ésta se le causa un daño, pues queda privada de sus defensas naturales frente a los temporales, y no había una regla que prohibiera despojar a la central eléctrica de tales defensas naturales.

3) La atribución de un derecho de contenido patrimonial implica que el titular del mismo puede ejercerlo atendiendo a sus propios intereses, sin tener que ponderar en cada ocasión cómo su acción puede dañar a los intereses de otros. Sin embargo, la central eléctrica ha sufrido, como efecto de la extracción de arenas, un daño que debe considerarse como injustificado, por "excesivo" o "anormal".

4) El carácter injustificado del daño determina el surgimiento de una nueva regla que establece que, en circunstancias como las concurrentes en este

caso, la acción de extraer arenas está prohibida y, como consecuencia, quien la llevó a cabo debe indemnizar los daños causados como consecuencia de la misma.

9. UNA DEFINICION DE FRAUDE DE LEY

La definición de fraude de ley que proponemos es la siguiente:

"La acción A realizada por el sujeto S en las circunstancias X es fraudulenta si y sólo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a S usar la regla que le confiere poder para producir el resultado R al realizar A en las circunstancias X.

2) Como consecuencia de R, se produce un cierto estado de cosas E que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no hay una regla regulativa que prohíba producir R, aunque puede haber una regla dirigida a evitar E.

3) R es un medio para E:

3.1) Bien en sentido subjetivo: dado que, al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que alcanzar, por medio de R, la consecuencia E y que R es objetivamente adecuado para E.

3.2) Bien en sentido objetivo: dado que R es objetivamente adecuado para E, aunque S no tuviera ese propósito al realizar A.

4) El balance entre los principios mencionados en 2) tiene fuerza suficiente para generar una nueva regla que establece que en las circunstancias X' (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 2 y de 3.1 o 3.2) está prohibido usar la regla que confiere poder de forma que se alcance, por medio de R, la consecuencia E. Por ello, el resultado R debe considerarse como inválido (regulativamente) en la medida en que conduce a E".

Obsérvese que la definición no recoge el efecto del fraude que establece el artículo 6.4 del Código civil español, cuando señala que los actos realizados en fraude de ley "no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir". La razón de ello es que, en nuestra opinión (ap. 2 de la definición), el fraude exige *siempre* que el elemento E aparezca como injustificado o indebido de acuerdo con los principios relevantes, pero no (aunque en muchos casos ocurra) que exista una *regla* dirigida a evitar E. La disposición en cuestión está previendo esta segunda posibilidad (como ocurre con el ejemplo que en seguida comentaremos). Pero puede darse un fraude sin necesidad de este tipo de reglas: lo que, en realidad, quiere decir que la producción del estado de cosas E no fue prevista por el legislador². Así, en las elecciones generales de marzo de 2000, EH, a pesar de no solicitar el voto (pues preconizaba la abstención) trató de utilizar las ventajas de utilización de medios públicos de comunicación que la ley atribuye a las formaciones

² La posibilidad de fraude supone siempre una imprevisión por parte del legislador, bien de la posibilidad de que se produzca E, bien de que ello tenga lugar a través de la vía de una cierta regla que confiere poder.

políticas que concurren a las elecciones, sin más requisitos para ello que el haber presentado candidaturas. Este, nos parece, es un caso claro de fraude de ley, pero para reaccionar judicialmente ante él no puede apelarse a ninguna regla que se haya eludido y que deba aplicarse; bastaría con que los tribunales declarasen que, dada su intención de no concurrir efectivamente a las elecciones, a EH le está prohibido usar su presentación de candidaturas para lograr usar gratuitamente los medios públicos de comunicación.

10. ...Y SU APLICACION A UN CASO PARADIGMATICO

Ilustremos ahora la anterior definición con un ejemplo paradigmático de fraude que aparece como tal en los manuales al uso: la utilización de la compraventa con cláusula de retro para evitar la prohibición de pacto comisorio.

El pacto comisorio es una cláusula contractual que permite a cada una de las partes la rescisión de un convenio si no cumple el otro obligado. Tal pacto no se considera lícito en los contratos pignoratícios. Así, cuando para garantizar una deuda se constituye un derecho de prenda, de hipoteca o de anticresis en favor del acreedor —nos dicen, por ejemplo, Díez Picazo y Gullón—, una vez llegado el vencimiento, si el deudor no paga, el acreedor no puede apropiarse sencillamente de las cosas dadas en garantía. Ha de seguir el procedimiento marcado legalmente para la satisfacción de su interés: enajenación forzosa, mediante subasta, del objeto de la garantía, etc.

Pues bien, a fin de eludir esta prohibición, se utiliza la figura de la compraventa con pacto de retro, esto es, una forma contractual en la que no rige esa prohibición: "El prestatario (A) concierta la venta de la cosa con el prestamista (B) reservándose el derecho de recuperarla (pacto de retro) en un plazo determinado (el de la duración del préstamo), y con un precio (el importe de lo prestado), figurando como contraprestación de (B) el importe del préstamo que ha hecho a (A). Si al expirar el plazo el deudor-vendedor no hace uso del retracto, el acreedor-comprador adquiere irrevocablemente el dominio (art. 1.509)³".

De acuerdo con nuestra definición, el ejemplo podría ser analizado así:

1) En primer lugar, existe una regla que permite (en el ejemplo, a A y a B) usar una norma que les confiere poder produciendo como resultado una compraventa con pacto de retro.

2) Como consecuencia de ello, se produce un daño pues, en caso de impago, tanto el deudor (A) como los restantes acreedores sufrirían un perjuicio: el acreedor (B) se queda con un objeto de más valor que el importe de la deuda, obviando los procedimientos legales de ejecución forzosa. Tal daño aparece como injustificado, pues, en relación con este caso, el principio que fundamenta la prohibición

³ Luis Díez Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, tomo 1, vol. 1, Civitas, Madrid, 1994, p. 200.

del pacto comisorio (el principio de lograr un equilibrio justo entre los intereses del acreedor, del deudor y de los demás acreedores) prevalece sobre el principio que justifica la permisión de la compraventa con pacto de retro (el principio de la autonomía de la voluntad).

3) La compraventa con pacto de retro es objetivamente adecuada para causar este daño injustificado, con independencia de que esta finalidad fuera o no perseguida por las partes.

4) La prevalencia del principio de lograr un equilibrio justo entre los diversos intereses implicados sobre el principio de la autonomía de la voluntad tiene fuerza suficiente para generar una regla que establece que la compraventa con pacto de retro está prohibida y debe, por ello, considerarse como regulativamente inválida cuando, y en la medida en que, el sentido subjetivo u objetivo de la misma sea situar al acreedor en una posición como la antes señalada (en la que se produce un perjuicio para el deudor y los restantes acreedores). Dado que aquí se ha tratado de eludir la prohibición del pacto comisorio, el juzgador deberá aplicar las reglas correspondientes a los contratos pignoraticios, de manera que si el deudor (el "vendedor" del contrato realizado en fraude de ley) no paga llegado el vencimiento, el acreedor (el "comprador") no puede quedarse sin más con la cosa, sino que tendrá que seguir el procedimiento señalado por la ley.

11. UNA DEFINICION DE DESVIACION DE PODER

La definición que proponemos de desviación de poder es la siguiente:

"La acción A realizada por un órgano público O en las circunstancias X supone una desviación de poder si y solo si:

1) Existe una regla regulativa que permite al órgano O usar la regla que confiere poder (público) para, en las circunstancias X, realizando A, producir como resultado R un acto administrativo o una disposición jurídica.

2) Como consecuencia de R, se produce un cierto estado de cosas E, que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no hay una regla regulativa que prohíba producir R (la disposición jurídica en cuestión) aunque pueda haber una regla dirigida a evitar E.

3) R es un medio para E:

3.1) Bien en sentido subjetivo: dado que al realizar A, O no perseguía otra finalidad discernible más que alcanzar, por medio de R, la consecuencia E y que R es objetivamente adecuado para E.

3.2) Bien en sentido objetivo: dado que R es objetivamente adecuado para E, aunque O no tuviera ese propósito al realizar A.

4) El balance entre los principios mencionados en 2) tiene fuerza suficiente para generar una nueva regla que establece que en las circunstancias X' (X más alguna circunstancia que suponga una forma

de realización de 2 y de 3.1 o 3.2) está prohibido usar la regla que confiere poder de forma que se alcance, por medio de R, la consecuencia E. Por ello, el resultado R (el acto o disposición jurídica de que se trate) debe considerarse como inválido (regulativamente) en la medida en que conduzca a E".

12.Y SU APLICACION A UN CASO PARADIGMATICO

Tratemos ahora de ilustrar, con un ejemplo, la anterior definición de desviación de poder. Esta figura tiene su origen, como se sabe, en el Derecho francés. De acuerdo con los estudiosos del tema, la fecha clave es la década de 1860, en que termina de perfilarse la institución. "Un buen ejemplo de esta nueva construcción —escribe Carmen Chinchilla— lo constituyen los famosos *arrêts Lesbats* de 15 de febrero de 1864 y de 17 de junio de 1866. En ellos, el Consejo de Estado declaró que si un prefecto utilizaba la potestad de regular la permanencia y circulación de vehículos en las plazas cercanas a la estación de ferrocarril, para asegurar el monopolio de la única empresa que tenía un contrato con la Compañía de Ferrocarriles, cometía un exceso de poder, ya que estaba usando la autoridad para un fin diverso de aquél que el legislador había concedido". La novedad con respecto a la anterior situación es que la idea de desviación aparece ahora no como un simple exceso de poder en el sentido de que una autoridad ha desbordado lo que sería la esfera propia de su competencia, sino como el ejercicio de la competencia para lograr un fin no previsto por el legislador.

Pues bien, el análisis en términos de la definición propuesta es el siguiente:

1) En primer lugar, existe una regla que permite al prefecto usar una norma que confiere poder: para regular la permanencia y la circulación de los vehículos en las inmediaciones de la estación de ferrocarriles.

2) En segundo lugar, ninguna regla prohíbe al prefecto producir ese resultado normativo (regular de cierta manera la permanencia y circulación de vehículos), pero en el caso en cuestión, tal regulación tiene como consecuencia la producción de un daño (a las empresas que no tenían suscrito un contrato con la Compañía de Ferrocarriles) que resulta injustificado porque viola el principio de igualdad de trato, que sirve de límite a la directriz (lograr un funcionamiento eficiente del acceso al ferrocarril) que justifica la permisión concedida al prefecto para regular la permanencia y la circulación de los vehículos en las inmediaciones de la estación de ferrocarriles.

3) La manera en que el prefecto ha usado su poder normativo da lugar a una situación que infringe el principio de igualdad de trato, al crear una situación de monopolio en favor de una determinada empresa y en detrimento de las demás.

4) Finalmente, la prevalencia del principio de igualdad de trato genera la regla de que a la autori-

⁴ Carmen Chinchilla: *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1999, 2.ª ed., pág. 31.

dad pública le está prohibido usar el poder de regular la permanencia y circulación de vehículos en las proximidades de la estación de forma que se establezca un régimen de monopolio para una determinada empresa.

13. ELEMENTOS COMUNES DEL ABUSO, EL FRAUDE Y LA DESVIACION

Dejando a un lado la analogía, las tres figuras que conforman la categoría general de los ilícitos atípicos tienen los siguientes elementos en común: a) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema; c) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecían como permitidos.

14. LA DISTINCION ENTRE EL ABUSO, EL FRAUDE Y LA DESVIACION

La diferencia entre el abuso del derecho (por un lado) y el fraude de ley y la desviación de poder (por el otro) es que las dos últimas figuras presuponen no sólo la existencia de normas regulativas (y, en particular, de una regla permisiva) sino, además, de una norma que confiere poder (un tipo de norma constitutiva que establece que si en determinadas circunstancias un agente realiza determinada acción, entonces se produce un resultado institucional o cambio normativo: un contrato, un acto administrativo, una ley, etc.). En el fraude y en la desviación de poder, lo *prima facie* cubierto por una regla permisiva es el uso del poder conferido por esa norma: cuando se trata de poderes normativos privados, la figura pertinente es la del fraude de ley; y cuando se trata de poderes normativos públicos, lo es la desviación de poder.

No obstante lo anterior, hay una zona de solapamiento entre el abuso del derecho y el fraude de ley. Eso se debe a que la idea de tener un derecho hace referencia a cuatro posibles modalidades jurídicas (en el sentido de Hohfeld): derechos en sentido estricto, libertades, poderes normativos e inmunidades. El fraude de ley se puede cometer únicamente mediante el uso de poderes normativos. Y ello es lo que explica que en el caso de los derechos que consisten fundamentalmente en poderes normativos (como ocurre en general con las facultades procesales) la idea de abuso del derecho y la de fraude de ley se confundan aunque cada una de ellas sirva, como veremos seguidamente, para destacar un aspecto distinto de una misma situación.

Ese solapamiento no se da entre el abuso del derecho y la desviación de poder, porque los órganos públicos no tienen intereses propios legítimos amparados por derechos; sus actuaciones (como tales órganos públicos) no están regidas por el principio

de autonomía personal, sino por el de la persecución del interés público.

Por otro lado, en el abuso del derecho, el elemento del daño tiene un carácter directo, en el sentido de que el daño se produce al realizar, sin más, lo permitido por una regla regulativa (por ejemplo, al extraer arena de una playa, se daña una instalación). En el caso del fraude y de la desviación de poder el daño tiene carácter indirecto o mediato: se produce porque el resultado del uso de la norma que confiere poder (poder cuyo uso está permitido por una regla regulativa) se conecta convencional o causalmente con un estado de cosas ulterior; la producción del daño, en definitiva, requiere la producción de un resultado institucional o cambio normativo: un contrato, un acto administrativo, una ley...). Cuando a una acción que puede ser calificada simultáneamente de abusiva y de fraudulenta, la calificamos como abusiva, hacemos abstracción (ponemos entre paréntesis, por así decirlo) esta mediación institucional; que es, por el contrario, lo que destacamos cuando la calificamos como fraudulenta.

15. ILICITOS ATIPICOS, ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACION DEL DERECHO

Tanto en el caso del fraude de ley como en el del abuso del derecho o en el de la desviación de poder (y otro tanto podría decirse en relación con la analogía) el proceso argumentativo que lleva a considerar como prohibida una acción *prima facie* permitida tiene un carácter interpretativo, entendida la interpretación como una operación no consistente simplemente en aclarar el significado de una expresión dudosa, sino en conformar el Derecho de manera que éste pueda presentarse como un todo coherente. En ese sentido, el abuso, el fraude y la desviación de poder dan lugar a (o pueden presentarse como) principios interpretativos dirigidos al aplicador del Derecho, pero también a principios dirigidos al legislador (para que legisle de manera que se eviten en la medida de lo posible las lagunas axiológicas que estas figuras vienen a remediar).

16. LA FIGURA CONVERSA: LOS LICITOS ATIPICOS

La figura conversa a la de los ilícitos atípicos es la de los lícitos atípicos, esto es, los actos *prima facie* prohibidos por una regla, pero que se convierten en permitidos consideradas todas las circunstancias. No obstante, aquí no cabría hablar (como habíamos hecho en relación con los ilícitos atípicos) de dos mecanismos para pasar de lo prohibido a lo permitido, sencillamente porque no hay dos tipos de prohibición que sean equivalentes al permiso por mera ausencia de regla prohibitiva y al permiso por presencia de una regla permisiva. Digamos que el paso de lo permitido *prima facie* (por ausencia de regla prohibitiva aplicable) a lo permitido consideradas todas las circunstancias sólo tiene interés argu-

mentativo cuando hay alguna razón para pensar que lo permitido por ausencia de regla prohibitiva aplicable podría estar prohibido consideradas todas las circunstancias.

Por lo demás, hay tres supuestos de licitud atípica, de paso de lo *prima facie* prohibido por una regla a lo finalmente permitido como consecuencia de los principios relevantes del sistema: 1) cuando se trata de un caso que está fuera del alcance de una regla prohibitiva, porque las razones que respaldan la regla no son aplicables al caso⁶; 2) cuando se trata de un caso que es una excepción a una regla

porque, aun dándose las razones que justifican la regla, se da también una razón más fuerte que justifica la permisión⁶; 3) cuando se dan las razones que justifican la regla prohibitiva, pero en un grado tan mínimo que resulta injustificada la prohibición (principio de tolerancia)⁷. En relación con el elemento del daño que utilizáramos para construir las figuras de lo ilícito atípico (las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder), aquí —en lo lícito atípico— cabría decir que el daño: o no se produce (en 1)), o está compensado por un bien superior (en 2)), o es insignificante (en 3)).

EDITORIAL TROTTA

Tel. 34-91-593 90 40

E mail: trotta@informet.es

<http://www.trotta.es>

Premio Nacional a la
Mejor Labor Editorial 1999

MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO

*Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho,
el fraude de ley y la desviación de poder*

ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE

Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia

PEDRO PLASENCIA

*La fiesta de los toros.
Historia, régimen jurídico y textos legales*

IGNACIO PÉREZ-SOBA

Cooperación para el desarrollo. Legislación y directrices

ESTHER HAVA

Protección jurídica de la fauna y flora en España

JOSÉ RUBIO CARRACEDO, JOSÉ MARÍA ROSALES
Y MANUEL TOSCANO MÉNDEZ

Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos

JUAN RAMÓN CAPELLA

Elementos de análisis jurídico

JUAN IGARTUA SALAVERRÍA

El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares

JUAN J. BUSTOS Y HERNÁN HORMAZÁBAL

Lecciones de derecho penal (vol. 2)

JOSÉ LUIS SERRANO

*Validez y vigencia. La aportación garantista
a la teoría de la norma jurídica*

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO

*Dignidad frente a barbarie: La Declaración Universal
de Derechos Humanos, cincuenta años después*

LUIGI FERRAJOLI

*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (4.ª edición)
Derechos y garantías. La ley del más débil*

⁶ Un ejemplo sería el siguiente: pensemos en una regla que prohíbe la entrada de vehículos en un determinado parque y que la misma ha sido establecida para hacer que prevalezca la seguridad de los usuarios del parque sobre la agilización del tráfico rodado que supondría la permisión de entrada de vehículos. Imaginemos que se trata de montar una exposición de vehículos en el parque y que, para ello, estos son introducidos en el parque en horas en que se encuentra cerrado. Este caso parece estar fuera del alcance de la regla prohibitiva, porque la introducción de vehículos en tales condiciones no pone en peligro la seguridad de nadie (ni tampoco afecta en absoluto a la fluidez del tráfico rodado).

⁶ Un ejemplo sería el siguiente: en el parque del anterior ejemplo penetra una ambulancia para recoger a un herido que podría desangrarse de no recibir asistencia inmediata. Ciertamente, la ambulancia podría poner en cierto peligro la seguridad de quienes fueran usuarios del parque en ese momento, pero la necesidad de salvar una vida humana parece ser una razón que debe prevalecer.

⁷ Ejemplos muy característicos vendrían proporcionados por aquellos casos cubiertos por lo que, en el ámbito penal, se suele llamar "A principio de insignificancia", en virtud del cual no se castigan conductas subsumibles en la descripción contenida en una regla penal, pero que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico en un grado mínimo. Así ocurre en materia de tráfico de drogas, cuando las sustancias se encuentran extremadamente desnaturalizadas (los grados de pureza son prácticamente irrelevantes) o cuando la cantidad objeto del tráfico es ínfima.

Las afinidades constitucionales de Habermas

Gerardo PISARELLO

El "giro jurídico" adoptado en los últimos años por el filósofo alemán Jürgen Habermas, cuyo punto culminante ha sido la aparición de *Facticidad y Validez*¹, constituye una prueba acabada del lugar central que el derecho ha pasado a ocupar en los debates de la filosofía política contemporánea. De hecho, *Facticidad y Validez* puede reputarse como la plasmación emblemática de una evolución que ha conducido a Habermas, desde sus intentos de reconstrucción del materialismo histórico en el capitalismo avanzado, en la década de los cincuenta, al esbozo de una teoría de la racionalidad comunicativa y, a partir de allí, al proyecto de una refundación comunicacional del derecho y de la democracia.

Como se sabe, a pesar de su estrecha filiación con la llamada Escuela de Francfort, el pensamiento de Habermas se aleja del pesimismo radical de autores como Horkheimer o Adorno para asumir el desafío de realizar las metas emancipatorias de la modernidad ilustrada en un mundo posmetafísico caracterizado por lo que Weber denominara el "politeísmo de los valores"². Para ello, Habermas insiste, desde una perspectiva reformista, en la necesidad de recuperar el papel de la razón frente al diagnóstico desesperado de los filósofos de la sospecha. Al no haber, en su opinión, "nada más alto ni más profundo" a lo que apelar, la crítica de la razón sólo puede ser obra de la razón misma³. Es el concepto de acción comunicativa, precisamente, el que permitiría restablecer el sentido de una razón con minúsculas, anclada en estructuras lingüísticas básicas y capaz de litigar contra los propios abusos de la razón erigidos en principios de exclusión. Allí estaba, en realidad, la diferencia entre los métodos de "deconstrucción" de una realidad patológica, como los que postulan Foucault, Derrida y, en general, la crítica posnietzscheana a la modernidad, y un método "reconstructivo" como el de Habermas, orientado a criticar las distorsiones patológicas de la realidad a partir de bases no patológicas cuyas exigencias vienen inscritas en las prácticas comunicativas cotidianas⁴. Esas premisas explican que el empeño teórico de Habermas se centre en la tensión que existiría entre los supuestos comunicativos generados de forma más o menos espontánea en el denominado "mundo de la vida" (*Lebenswelt*) y los imperativos funcionales y sistémicos que operarían, a través del dinero y del poder, tanto en los mercados como en los aparatos burocráticos estatales.

De esa suerte, su punto de partida se sitúa, a diferencia de otras tradiciones como el marxismo o el liberalismo clásicos, no ya en categorías como las de trabajo, explotación o contrato, sino en la reconstrucción dialógica del concepto kantiano de razón práctica y del imperativo categórico, convertidos ahora en razón comunicativa. Esa fuerza de comprensión intersubjetiva, que no viene atribuida ni a un sujeto aislado ni a un macro sujeto social o estatal privilegiado, constituiría para Habermas la única alternativa a la violencia, en la medida en que permitiría el triunfo de la "coerción sin coerciones" que representa el mejor argumento y el entendimiento pacífico incluso entre extraños que tienen necesidad de dicha comunicación para reconocerse como tales y respetarse. Es así que, si en sus últimos tramos, la obra Habermas procura desentrañar los elementos de articulación y conflicto entre la dinámica comunicativa generada en la sociedad civil y la dinámica sistémica que anida en la sociedad mercantil y en las burocracias administrativas, tampoco deja de atender, de forma más específica, la función que el derecho y las instituciones democráticas desempeñan en dicho contexto.

1. EL ESTADO DE DERECHO: RAZONES DE UNA RECUPERACION

Ya en su *Teoría de la Acción Comunicativa*, en realidad, Habermas atribuía al derecho un papel crucial, aunque ambivalente, en las sociedades avanzadas. Considerado como medio de integración social, el derecho aparecía como una entidad funcional que actuaba, al igual que los poderes económicos y estatales, de acuerdo a imperativos sistémicos⁵. De hecho, la creciente juridificación de las sociedades modernas era presentada como parte de un peligroso proceso de "colonización" del mundo de la vida que amenazaba con ahogar su potencial deliberativo. De allí que la necesidad de una crítica moral externa al derecho, e incluso de una justificación moral del mismo como institución, ocuparan un lugar destacado. Ese punto de vista, presente todavía en las *Tanner Lectures* de 1986, planteaba, en definitiva, una relación de subordinación del derecho con respecto a la moral o, a lo sumo, una relación de complementariedad en la que la moral mantenía, en último término, la primacía normativa⁶. Con *Facticidad y Validez*, en cambio, el enfoque de Habermas se modifica, en principio, tanto por motivaciones realistas como valorativas.

¹ *Facticidad y Validez* (1992), trad. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

² Sobre la evolución del vínculo entre el "rasgo afirmativo" del pensamiento de Habermas y la Escuela de Francfort, Vid. Ladmiral, Jean-René, "Jürgen Habermas ou: le changement de signe de la Théorie critique", en *Actuel Marx*, n° 24, Paris, 1998, págs. 43 y ss.

³ *Facticidad y Validez*, cit., pág. 59.

⁴ Rochlitz, Rainer, "Marx, Habermas et la démocratie radicale", en *Actuel Marx*, n° 24, cit., págs. 35 y ss.

⁵ Vid. *Teoría de la Acción Comunicativa* (1981), Taurus, Madrid, 1987. 2 vols.

⁶ Vid. "Derecho y moral (Tanner Lectures 1986)", recogido en *Facticidad y Validez*, cit., págs. 535 y ss. Cfr. también, Deflen, Mathieu, "Introduction. law in Habermas' theory of communicative action", en *Habermas, Modernity and Law*, M. Deflen (ed.), Sage, London, 1996. pág. 12

Por un lado, Habermas quiere evitar la objeción de que su teoría de la acción comunicativa es ciega frente a la realidad de las instituciones⁷. Ello explica, en parte, el abandono de la idea de una fundamentación moral del derecho y su reemplazo por una explicación funcional del mismo. La presencia del derecho como medio de estabilización de expectativas de comportamiento pasa a considerarse un elemento inevitable de las sociedades complejas, sin que exista, al menos en apariencia, un equivalente funcional capaz de reemplazarlo. Esta constatación, considera Habermas, restaría sentido a la necesidad de justificar la existencia del derecho como tal y requeriría más bien indagar acerca de qué es lo que hace que un orden jurídico dado pueda ser considerado como legítimo. Pero este viraje "realista" descansaría, sobre todo, en una lectura más favorable de los Estados de derecho y de las instituciones constitucionales realmente existentes, las cuales, al menos en parte, reflejarían para Habermas las exigencias de una razón comunicativa libre de coerciones. En ese sentido, cabría aceptar, con Weber, que el derecho constituye un elemento clave de integración social por medio de la dominación legal. Sin embargo, a diferencia del autor de *Economía y Sociedad*, no habría que subestimar la presión explosiva que la democracia introduce en las instituciones legales modernas⁸. En ese sentido, el derecho sería un mecanismo de coerción, sí, aunque redimible en términos discursivos a través de mecanismos formales e informales de deliberación ciudadana. Esa función del derecho, que lo colocaría como elemento de mediación entre los ordenamientos fácticos y sus pretensiones de validez, rechazaría la subordinación del principio democrático al principio moral. En la teoría discursiva, el derecho, contrariamente a lo que sucede en Kant, no se derivaría de la moral, sino que adquiere un fundamento independiente: sólo serían válidas, de acuerdo al principio del discurso, aquellas normas a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales⁹. Por eso, la moral racional moderna, concebida en términos intersubjetivos, y el derecho democráticamente producido, no se confunden ni se encuentran totalmente separados. Más bien se solapan y, aunque no sería posible, ciertamente, liberar al derecho de sus presupuestos morales, tampoco cabría subordinarlo ya a una moral que no aceptase la comparación con las razones de los demás¹⁰.

Esta comprensión del derecho moderno como norma al mismo tiempo de coerción y libertad, representaría así una de las manifestaciones centrales de la tensión entre facticidad y validez que atra-

viesa la obra de Habermas. El derecho sólo podría operar como un elemento de integración y estabilización social en la medida en que fuera capaz de transformar el poder comunicativo generado en la sociedad civil en un poder administrativo capaz de mantener a raya la tendencia a la autonomización del poder político y de los mercados, posibilitando de esa suerte que los destinatarios del derecho puedan concebirse, a la vez, como autores del mismo. Frente a las consideraciones, si se quiere más "ácratas", todavía presentes en la *Teoría de la Acción Comunicativa*, la mediación institucional pasaría, en *Facticidad y Validez*, a convertirse en un presupuesto necesario para mantener y reproducir los procesos comunicativos, propiciando así la posibilidad de obtener la legitimidad a través de la legalidad.

2. LAS TAREAS DE LA SOCIOLOGÍA Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Con la intención de abordar correctamente esta tensión, Habermas asigna a la filosofía y a la sociología del derecho dos funciones esenciales. Por un lado, deberían mostrar cómo el derecho interfiere con criterios normativos, prescriptivos, sin por eso subsumirse en la moral. Por otro, deberían dar cuenta de la manera en que el derecho consigue la integración social sin por ello reducirlo a una estrategia de dominación. Caso contrario, los planteamientos normativistas correrían el riesgo de resultar vacíos y de perder contacto con la realidad social, a la vez que una mirada empecinadamente objetivante podría acabar por resultar ciega, al tornarse insensible al valor de la dimensión simbólica presente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Precisamente, en su intento de mediar entre filosofía y sociología del derecho, Habermas escoge a Luhmann y a Rawls como ejemplos paradigmáticos de estos tipos de unilateralidad¹¹. Desde su punto de vista, Luhmann postula que la evolución social ha alcanzado tal nivel de diferenciación en las sociedades modernas que el derecho constituiría un sistema autónomo, autopoiético, sin necesidad de justificación desde un punto de vista normativo. Otros sistemas sociales, incluida la moralidad, serían igualmente cerrados, y aunque el intercambio de información entre sistemas resultaría concebible, la imposibilidad de traspasos entre unos y otros impediría la interferencia de un sistema en el funcionamiento autónomo de otro. Al caracterizar al derecho de esta manera, Luhmann concluiría, incorrectamente, en que su validez sólo puede deducirse, de manera positivista, a partir del derecho vigente. De esa suerte, aunque la teoría de sistemas resultaría útil para describir, desde el punto de vista funcional, el papel del derecho como mecanismo de estabilización de expectativas de comportamiento, sería incapaz de dar sentido a los elementos normativos presentes en los Estados constitucionales realmente existentes¹².

⁷ *Facticidad y Validez*, cit., pág. 58.

⁸ Rasmussen, David, "How is law valid? A review of *Between Facts and Norms* by Jürgen Habermas", en *Habermas, Modernity and Law*, cit., pág. 21.

⁹ *Facticidad y Validez*, cit., pág. 172.

¹⁰ Petrucciari, Stefano, "Moral, droit et démocratie dans le théorème politique de Jürgen Habermas", en *Actuel Marx*, n° 25, Paris, 1999, págs. 119-120, vid., igualmente, Ceppa, Leonardo, "Appunti su 'Fatticità und Geltung' di Habermas", en *Teoría Política*, n° 2, 1994, Milano, págs. 173 y ss.

¹¹ Vid *Facticidad y Validez*, cit., págs. 105 y ss.; Rasmussen, D., "How is valid law possible?", cit., págs. 26 y ss.

¹² Para una respuesta de Luhmann a las objeciones de Ha-

Ahora bien, si Luhmann es rechazado porque elimina la cuestión de la normatividad, el problema de Rawls residiría en su intento de legitimar su concepto de justicia a través de instituciones justas. Este tipo de argumentación, de clara evocación platónica, presentaría el problema de que sólo es válida en la medida en que dichas instituciones existan en la realidad. Por eso, aunque con Rawls la filosofía del derecho habría experimentado un giro que devuelve a la tradición del derecho natural racional un renovado prestigio, fallaría al intentar derivar la fuerza estabilizadora de las instituciones sociales de instituciones justas no siempre existentes antes que de la fuerza coercitiva del derecho. Dicho extravío afectaría principalmente en la *Teoría de la Justicia* (1971), aunque impregnaría todavía, al menos en parte, el intento de reconstrucción contextualista que Rawls procura llevar adelante en trabajos posteriores como *Liberalismo Político* (1993).¹³

Para evitar estas visiones parciales, la teoría social debería, en opinión de Habermas, proceder en términos reconstructivos, es decir, identificar los elementos ideales y normativos encarnados en los ordenamientos reales como fragmentos de una razón ya existente para luego remitirse a ellos como un "aguijón" que actúa sobre esa misma realidad, trascendiéndola. El riesgo, también en este caso, sería el de sustituir la realidad por esa idealidad, esto es, presentar como real la idealización de la realidad construida a partir de los Estados de derecho existentes¹⁴. A lo largo de *Facticidad y Validez* abundan las cautelas en este sentido. Sin embargo, no siempre bastan para disipar la impresión de que se asiste, al menos por momentos, a una lectura demasiado benigna de una realidad desgarrada por un sinfín de patologías y antagonismos, no siempre explicables mediante el arsenal analítico del que se vale la teoría del discurso habermasiana.

3. RECONSTRUIR EL ESTADO CONSTITUCIONAL: LA RELACION ENTRE DEMOCRACIA Y DERECHOS

Hasta aquí, un avance sucinto de las tesis que abren *Facticidad y Validez*: en las sociedades avanzadas, el derecho mantiene unida a la sociedad a través de la coerción, pero la condición que hace posible su eficacia coercitiva es que sea válido, es decir, que sea capaz de obtener legitimación de aquellos a quienes se aplica. Aceptado esto, el paso siguiente consistiría en determinar cuáles son los derechos que los ciudadanos deben acordarse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia a través del derecho. Una cuestión que obliga a afrontar una de las cuestiones más dispu-

tada de la intención política y, ahora, del punto de vista del derecho: la relación entre autonomía privada y autonomía pública, entre libertad de los "modernos" y de los "antiguos", entre derechos y soberanía popular o, si se prefiere, entre Estado de derecho y democracia. Para exponer su posición, Habermas polemiza antes con la respuesta que dan al tema las tradiciones liberal y republicana. La tradición liberal, tributaria del pensamiento de Locke, se centraría en la necesidad de conjurar el peligro de las mayorías tiránicas y postularía, por consiguiente, la prioridad de los derechos individuales. La tradición republicana, que hunde sus raíces en Aristóteles y el humanismo renacentista, concedería en cambio la primacía a la autonomía pública de los ciudadanos sobre las libertades privadas prepolíticas. Frente a estos enfoques, Habermas defiende la co-originalidad o mutua implicación entre autonomía privada y autonomía pública, único punto de vista adecuado desde lo que él entiende como un paradigma procedimental del derecho¹⁵. Un paradigma que para Habermas representa una reacción contra los fracasos e insuficiencias de los paradigmas del Estado liberal burgués y del Estado social, causantes, a su juicio, del desconocimiento de la conexión interna existente entre Estado derecho y democracia¹⁶. Los tres describirían instancias históricas y sistemáticas en el desarrollo del proyecto del Estado constitucional democrático, cuyo principal objetivo sería, supuestamente, la realización de la autonomía. Así, el principio básico del paradigma liberal sería el de la libertad legal negativa. Es decir, la necesidad de asegurar la competencia entre personas privadas a través de libertades subjetivas de no interferencia. Su punto débil, sobradamente citado, es que esa libertad formal conduce a la desigualdad fáctica y, por consiguiente, incumple, o al menos sólo cumple de forma restringida, la promesa de autonomía que el Estado constitucional democrático realiza a todos. El Estado social, por su parte, surgiría con el objeto de corregir este déficit. Su principio central sería el de la justicia distributiva. Conforme al mismo, la igualdad de hecho sólo podría conseguirse mediante una igual distribución de la libertad de hecho. Los mecanismos principales para alcanzar ese objetivo serían los derechos sociales y las intervenciones legales selectivas dirigidas a remover ciertas desigualdades fácticas. Sin embargo, tampoco estas intervenciones asegurarían sin más la realización de la autonomía. Por el contrario, a menudo entrañan intromisiones paternalistas que desplazan a los ciudadanos a la posición marginal de "clientes" de las administraciones públicas, sin que puedan participar por sí mismos de la configuración de sus derechos. El problema de ambos paradigmas, resume Habermas, consiste, en suma, en su exagerada

bermas, vid. Luhmann, Niklas, "Quod omnes tangit. Remarques sur la théorie du droit de Jürgen Habermas" trad. de Mira Koller y Dominique Ségard, en *Le droit contre le droit, Actuel Marx*, nº 21, París, 1997.

¹³ La polémica entre Rawls y Habermas ha sido recogida en castellano en *Debate sobre el liberalismo político*, trad. de Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1998.

¹⁴ Jiménez Redondo, M., "Introducción", en *Facticidad y Validez*, cit. pág. 13.

¹⁵ Por paradigmas, Habermas entiende una serie de "ideales sociales" de "imágenes", de "modelos" o incluso de "teorías" que una sociedad tiene en relación al derecho en una época determinada. Para un desarrollo extensivo de los mismos, vid. *Facticidad y Validez*, cit. págs. 469 y ss.

¹⁶ Vid. Habermas, J., "El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia", en *La inclusión del otro*, trad. de J. C. Velazco Arroyo y G. Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999. págs. 247 y ss.

concentración en la autonomía privada. La autonomía privada, precisamente, sería tanto lo que el Estado liberal pretende *proteger* mediante libertades negativas como lo que el Estado social procura *hacer real* mediante los derechos sociales. Una estrategia que, en todo caso, se revela incapaz de asegurar la *autoorganización democrática* de una comunidad de asociados libres e iguales en el derecho y que, por consiguiente, exige, no tanto el abandono de las ideas básicas que informan los paradigmas del Estado liberal y, sobre todo, del Estado social, como su profundización democrática a la luz de la teoría del discurso y de una comprensión complementaria del vínculo entre autonomía privada y autonomía pública¹⁷. A pesar de la insistencia de Habermas en este sentido, el resultado final no parece del todo claro. Los marcados recelos que Habermas exhibe, tanto frente a la concepción privatista de la ciudadanía propia de la tradición liberal como ante el paternalismo y el clientelismo generados por el Estado social tradicional, acaban por producir la impresión de que su "republicanismo kantiano" se sitúa, en último término, en una línea de argumentación que, más cercana a Rousseau que a Locke, termina por atribuir a la soberanía popular y los derechos de participación una posición de primacía¹⁸. Esta prioridad adquiere alguna nitidez, por ejemplo, si se observa el sistema de derechos que, según Habermas, resulta de la inserción del principio del discurso en el medio que, como tal, representa el Derecho¹⁹. Conforme al mismo, vienen distinguidos cinco grupos o categorías de derechos: los clásicos derechos de libertad; los derechos que protegen el estatuto de miembro de una comunidad jurídica; los derechos fundamentales a la tutela judicial de los derechos; los derechos a la autonomía política; y, por último, los derechos sociales fundamentales, los derechos ecológicos básicos y aquellos dirigidos a compensar los riesgos derivados de la tecnología. Como puede verse, se trata, con independencia quizás del último grupo, de una enumeración que no dista demasiado de los derechos positivizados en la mayoría de las Constituciones modernas. Sin embargo, contemplada con más detenimiento, la propuesta de Habermas ofrece algunas peculiaridades que permiten identificar cierta preferencia, o cuanto menos un énfasis mayor, en los derechos de participación y, por consiguiente,

en la autonomía política. Así, tanto las libertades subjetivas individuales, como los derechos vinculados al estatuto de ciudadano y los derechos a la tutela judicial aparecen condicionados a su "configuración políticamente autónoma" por parte de sus destinatarios²⁰. La misma exigencia se aplica, de forma reflexiva, a los propios derechos políticos. Y sobre todo a los derechos sociales, que en el esquema habermasiano no gozan de una fundamentación absoluta sino sólo relativa, en la medida en que sirvan para hacer efectivos los aludidos derechos de libertad y de participación²¹. Se trataría, en definitiva, de una apuesta que se entiende a sí misma más en términos procedimentales que sustantivos, es decir, que hace descansar la justificación de los derechos fundamentales no en argumentos religiosos, metafísicos o tradicionales, sino en su virtualidad para asegurar las precondiciones que hacen posible el funcionamiento del procedimiento democrático. De ese modo, el principio discursivo conseguiría realizarse, a través de la constitucionalización de los derechos fundamentales, como principio democrático, de modo tal que la tensión entre democracia y derechos acabaría por desvanecerse en una relación de mutuo soporte.

A pesar de la rotundidad del planteamiento, se trata, en última instancia, de una reconciliación problemática. Como apunta Alexy, la tensión entre derechos y democracia sólo se disuelve si la autonomía política es ejercida en condiciones de racionalidad ideal, de manera que las mayorías no puedan vulnerar los derechos fundamentales²². Pero como el propio Habermas admite, esto no siempre ocurre en la facticidad de un mundo organizado de manera diversa, en el que el idealismo del derecho constitucional suele contrastar con el tosco materialismo del orden legal²³. Por eso, incluso en casos de colisión, la prioridad de los derechos que posibilitan el funcionamiento democrático sólo podría admitirse *prima facie*, y no de una manera tal que conduzca a un estricto orden transitivo, como en parte sugiere Habermas. Dicho en otras palabras, se trataría de una primacía que podría abandonarse en un caso concreto sí, dentro del propio discurso de adjudicación, surgen contraargumentos más fuertes que justifiquen, frente a la democracia política, la protección de derechos, liberales o sociales, vinculados a la garantía de la autonomía privada²⁴.

Piénsese en el caso de los derechos sociales. Para Habermas, como se ha señalado, éstos se justifican sólo de manera condicional, en la medida en que constituyan un requisito para el ejercicio de la autonomía pública de las personas²⁵. Ahora bien, para evitar el paternalismo estatal —una de las objeciones más relevantes que Habermas dirige al Es-

¹⁷ Tras rechazar las alternativas neoliberales que propugnan un "camino de vuelta" al Estado liberal burgués bajo la tesis de un "retorno de la sociedad civil y su derecho", Habermas defiende, en lo que concierne al proyecto del Estado social, que "ni simplemente hay que ratificarse en él, ni tampoco se lo puede interrumpir, sino que se debe proseguir en un plano superior de reflexión". *Facticidad y Validez*, cit., pág. 492. Cfr., también, al respecto, el análisis de Ceppa, L., "Appunti su 'Faktizität und Geltung'...", cit. págs. 175 y ss.

¹⁸ Vid., al respecto, Alexy, Robert, "Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas's Procedural Paradigm of the Law", en *Ratio Juris*, vol. 7, n.º 2, Oxford, 1994; Maus, Ingeborg, "Diritti di libertà e sovranità popolare. La ricostruzione habermasiana del sistema dei diritti", en *Teoria Politica*, XII, n.º 1, Milano, 1996, pág. 69.

Lo que Habermas propone, una vez más, no es una génesis histórica de los derechos, sino una génesis lógica, es decir, una reconstrucción teórica de los elementos ideales que articulan la realidad de los Estados constitucionales democráticos en las sociedades avanzadas. Sobre estas aclaraciones, Vid. Jiménez Redondo, M., "Introducción", cit., págs. 11 y 12.

²⁰ *Facticidad y Validez*, cit., pág. 188

²¹ Cfr. Alexy, cit., págs. 230 y ss.

²² *Ibidem.*, pág. 232

²³ *Facticidad y Validez*, cit. pág. 103.

²⁴ Alexy, cit. pág. 237 y 238.

²⁵ Sobre la relación entre derechos sociales y procedimiento democrático en Habermas, vid. el interesante artículo de Kevin Olson, "Democratic Inequalities: The Problem of Equal Citizenship in Habermas's Democratic Theory", en *Constellations*, vol. 5, n.º 2, Blackwell Publishers, 1998, págs. 215 y ss.

tado social tradicional— es menester que los propios concernidos por los derechos sociales participen de forma autónoma en su formulación. Se produce así una relación circular, ya que esa tarea de participación se encuentra a su vez dificultada o impedida precisamente por la persistencia de ciertas desigualdades materiales que los derechos sociales pretenden remover o compensar, lo cual podría postergar indefinidamente su prestación efectiva. Ciertamente, no parece claro cuán cercanos a la autonomía plena deberían estar las personas más desaventajadas para poder desarrollar sus propias políticas de promoción de la autonomía, en un contexto desigual y competitivo. Sí parece, en cambio, evidente, que existe un punto en el que los déficit en la autonomía de algunas personas sólo podrían ser identificados por un observador externo, autónomo, que debería decidir, prescindiendo incluso de la autonomía pública de los involucrados, acerca las necesidades de quienes no lo son²⁶. Como puede verse, se trata de una relación bastante más compleja de lo que sugiere la lectura de la complementariedad. En cualquier caso, tomando como referencia las propias tesis de Habermas, bien podrían reputarse como legítimas sólo aquellas intervenciones sociales paternalistas que habilitaran a las personas para usar sus nuevas capacidades en el diseño de políticas sociales no paternalistas²⁷. Y es que, como el propio Habermas sostiene, en una clara prueba de sus preferencias, será “asunto del proceso democrático definir siempre de nuevo las precarias fronteras entre lo privado y lo público a fin de garantizar a todos los ciudadanos iguales libertades tanto en las formas de la autonomía privada como de la autonomía pública”²⁸.

4. DERECHO, TRIBUNALES, LEGISLADOR

Si el enfoque de Habermas resulta controvertido y sugerente a la hora de abordar los vínculos externos entre legalidad y legitimidad, entre vigencia social y validez jurídica y moral, su carga polémica no disminuye cuando acomete algunos de los temas centrales de la teoría del derecho contemporánea, como son la “racionalidad” de la interpretación jurídica o el papel de la justicia constitucional en el Estado democrático de derecho. Precisamente, tras desarrollar su teoría de la racionalidad comunicativa en relación con la validez general del derecho, Habermas se propone trasladarla al ámbito de la interpretación. En su opinión, el problema de la racionalidad de la interpretación puede plantearse bajo la forma de un interrogante: cómo es posible que la aplicación de un derecho contingente se realice, a la vez, con consistencia interna y apoyada en una fuente racional externa, de modo que queden garantizadas, al mismo tiempo, su certeza y su corrección o rectitud normativa. Para responder a esta pregunta, una vez más, Habermas comienza por

situar críticamente la posición que sobre la cuestión se deriva de algunas de las más relevantes corrientes de la idea del derecho contemporánea²⁹.

A la hermenéutica jurídica, por ejemplo, Habermas le reconoce el mérito de haber hecho valer de nuevo, contra el modelo convencional de la decisión jurídica como una subsunción del caso bajo la correspondiente regla, la idea aristotélica de que ninguna regla puede regular su propia aplicación. Según esto, la interpretación comenzaría con una precomprensión del juez que ya viene determinada por los *topoi* de un contexto de tradición, es decir, de una ética determinada. El problema, sin embargo, sería que, contra lo que sostienen algunos de sus exponentes, ese contexto ético no puede considerarse como históricamente cerrado o valioso en sí mismo, lo cual abre la posibilidad a su revisión en los términos de una moral crítica y discursiva. El juicio acerca del realismo y del positivismo jurídicos es definitivamente menos condescendiente. El realismo y, junto a él, algunos movimientos cercanos a sus premisas, como el de los *Critical Legal Studies*, son desacreditados como una forma de escepticismo radical que pretende sostener que esencialmente no existen diferencias entre las decisiones judiciales y las políticas y que, sin embargo, no consigue explicar la capacidad funcional del sistema legal y la estabilidad de sus estándares interpretativos³⁰. El positivismo jurídico, en cambio, trataría de dar cuenta de esa función de estabilización de expectativas pero eludiría la justificación de sus propios principios. En contraposición con los hermenéuticos, los positivistas como Hart o Kelsen acentuarían, según Habermas, la completud y el cierre de un sistema jurídico que sería impermeable a principios extrajurídicos. Esa posición, a su vez, explicaría que, frente a casos difíciles en los que las soluciones no vienen claramente determinadas por el derecho vigente, la respuesta positivista ceda al decisionismo y sostenga que al juez no le cabe sino llenar los espacios de discrecionalidad con criterios morales propios que no vienen cubiertos por la autoridad del derecho. No es éste el lugar para evaluar la pertinencia de las objeciones de Habermas ni de su interpretación de las referidas tradiciones jurídicas. Sin embargo, no es casual, por ejemplo, que al plantearlas se valga de quien puede considerarse como uno de los más reputados contradictores del positivismo en la teoría jurídica contemporánea: Ronald Dworkin³¹. En efecto, sería Dworkin quien, en opinión de Habermas, llevaría adelante una “hermenéutica crítica” que, a diferencia de la

²⁶ Vid. Ramussen, D., “How is valid law possible?”, cit. págs. 32 y ss.

²⁷ En realidad, los análisis del *Critical Legal Studies* comparten con Habermas la visión de que derecho y moral están fuertemente vinculados. Sin embargo, sus representantes han rechazado por lo general la posibilidad de reconstruir racionalmente los fundamentos morales del derecho en términos de un procedimiento discursivo universal. Vid. Deffem, M., “Introduction: law in Habermas’s theory. .”, cit. pág. 10

³¹ Es esclarecedor, por ejemplo, el debate entre Dworkin y Hart en el que este último, precisamente, intenta rebatir algunos de los reproches a la teoría positivista de la interpretación que Habermas hace suyos en *Facticidad y Validez*. Vid. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia, 1997.

²⁶ Ibidem., pág. 225.

²⁷ Ibidem., pág. 227.

²⁸ Habermas, J., “‘Razonable’ versus ‘verdadero’”, en *Debate sobre el liberalismo político*, cit., pág. 181

tradicional, no operaría sobre la base de una pre-comprensión acabada del contexto normativo sino que admitiría su cuestionamiento moral y, por tanto, el de la propia historia institucional del derecho. Al distinguir, en los ordenamientos modernos, entre “reglas” y “principios”, y al señalar cómo estos últimos “integran” el ordenamiento jurídico cuando figuran “en la teoría jurídica más lógica y mejor fundada” que se puede presentar como justificación de las normas en cuestión, Dworkin admitiría dos puntos fundamentales, ausentes a juicio de Habermas del resto de las posiciones analizadas³². Por un lado, que las decisiones legales pueden tener referencia a un cierto contenido moral y, segundo, que ese contenido moral tiene como trasfondo un contexto particular, pero va más allá él. En virtud de ello, la relación entre certeza y corrección normativa del derecho se plantearía en unos términos que obligan a problematizar el concepto de seguridad jurídica, el cual, en el marco de la tensión entre facticidad y validez inherente también a la tarea de interpretación, no podría tomarse ya como un punto de partida dado de antemano y para siempre.³³

Así las cosas, sin embargo, la verdadera debilidad de la teoría de Dworkin residiría en que esa tarea de reconstrucción de la “integridad” del derecho y de hallazgo de la única solución “correcta” en casos difíciles de colisión de principios, vendría supeditada a los conocimientos y habilidades profesionales de un juez como Hércules que, como se ha sostenido a menudo, no deja de actuar solitariamente, echando mano a las destrezas de un experto. Por el contrario, lo que la teoría discursiva demandaría —y en esto Habermas se suma a las críticas a Dworkin dirigidas por renombrados miembros del republicanismo constitucional norteamericano, como Frank Michelman— es precisamente liberar a Hércules de la soledad de una construcción monológica para anclar su actuación en el contexto dialógico de una “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”³⁴. Dicha exigencia obligaría al juez a entender su interpretación constructiva como parte de una empresa común que, sin abandonar los requisitos técnicos de la argumentación jurisdiccional, venga sostenida por las señales provenientes de los espacios ciudadanos de comunicación pública.³⁵

También siguiendo el hilo de la teoría del derecho de Dworkin, y en el marco de su propio proyecto de una refundación democrática radical de las instituciones del Estado de derecho, afronta Habermas la espinosa cuestión de las relaciones entre el legislador y la justicia constitucional. Desde esa premisa, justamente, Habermas comienza por recordar que la idea de Estado de derecho no comporta necesariamente la de justicia constitucional. Más aún, el

crecimiento de la indeterminación del derecho en general y de la Constitución en particular como producto de la “rematerialización” o “sustancialización” de los documentos constitucionales producida con el paso del Estado liberal al Estado social, abriría una peligrosa puerta a la utilización, por parte de los jueces constitucionales, de “criterios de fondo” y, por consiguiente, de una vía de “creación de derecho” de inspiración política que, conforme a una comprensión democrática de la división de poderes, habría de quedar reservada al legislador³⁶. En ese punto, Habermas debe asumir un complicado dilema. O bien acusa las agudas críticas a la constitucionalización del Estado social lanzadas tempranamente por Forsthoﬀ y continuadas por juristas como Böckenforde, y acepta la restauración del constitucionalismo liberal clásico, o bien mantiene la defensa de la constitucionalización del Estado social, que amenazaría con convertir a la justicia constitucional en “una institución autoritaria, al haber de dejarse guiar por la idea de realización de unos valores materiales que vendrían previamente dados en términos de derecho constitucional”³⁷. La primera reacción de Habermas, en la línea de un jacobinismo radical, apunta a sacrificar al Tribunal Constitucional, sobre todo porque “lo que se llama control abstracto de las normas (sin referencia a un caso concreto) pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador”. Incluso llega a sugerir el establecimiento de un sistema de autocontrol parlamentario, organizado a modo de tribunal e institucionalizado, por ejemplo, en una comisión parlamentaria compuesta también por profesionales del derecho³⁸. En un segundo momento, sin embargo, el inicial escepticismo frente a la justicia constitucional cede a una posición más matizada. Y para ello, Habermas recurre a la conocida teoría del control constitucional de John H. Ely, que permitiría dar “a la desconfianza liberal contra las mayorías un sorprendente giro procedimental”.³⁹ Desde esta perspectiva, la comprensión paternalista del Tribunal Constitucional, que le atribuye la tarea de custodiar un “orden material de valores”, se trastocaría en una concepción procedimental, que lo convertiría, precisamente, en el protector e impulsor del

³² Ibidem., pág. 326.

³³ Ibidem., pág. 332. Ciertamente, en el centro de estas críticas de Habermas se encuentra el Tribunal Constitucional Alemán y su invocación de la *Grundgesetz* como un “orden concreto de valores” en casos polémicos como el de la declaración de inconstitucionalidad de una ley de despenalización del aborto ampliamente discutida en sede parlamentaria. Vid., por ejemplo, las quejas de Habermas a este respecto en “Incertidumbres Alemanas” y “Una conversación sobre cuestiones de teoría política”, en *Más allá del Estado nacional*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1997, págs. 85 y ss. y 143 y ss.

³⁴ Ibidem., págs. 314-315. Una opinión que, dicho de paso, contradiría posiciones como la de Kelsen, quien sostiene que “si algo es indudable, es que ninguna otra instancia es menos idónea para la función que aquella, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como en el de que nadie puede ser juez en su propia causa”. Vid. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 5.

³⁵ *Facticidad y Validez*, cit. pág. 338. El punto de referencia es la ya clásica obra de Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.

³² Para un análisis más detallado, vid. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, 1988, págs. 74-78 y 128-129.

³³ Vid. *Facticidad y Validez*, cit. pág. 291.

³⁴ La noción de sociedad abierta de intérpretes de la Constitución remite al conocido artículo de Peter Häberle, del mismo nombre. Vid. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y “procesa” de la Constitución”, en *Retos actuales del Estado constitucional*, trad. de X. Arboz, IVAP, Oñati, 1996, págs. 15 y ss.

³⁵ Vid. *Facticidad y Validez*, cit., págs. 295 y ss.

sistema de derechos que posibilita la realización del principio democrático y del Estado de derecho a través de la promoción de la autonomía privada y pública de los ciudadanos. En otros términos, la justicia constitucional, incluso en aquellas Constituciones que recogen los principios del Estado social, podría salvar su déficit de legitimidad en la medida en que asumiera su tarea con una vocación más adjetiva que sustantiva, dirigida a activar y a desbloquear, pero no a suplantar, el funcionamiento de instituciones representativas a menudo esclerotizadas e insensibles a las demandas ciudadanas generadas en el espacio público informal⁴⁰. Al igual que lo que sucede con su tesis sobre la coimplicación entre autonomía pública y privada, la propuesta de Habermas contribuye a racionalizar el problema pero evidentemente no a solucionarlo. Las distinciones entre "discursos de justificación" y "discursos de aplicación", o entre "valores" y "principios", con las que Habermas pretende delimitar algunas de las restricciones normativas a las que estaría constreñida la justicia constitucional no resultan del todo claras⁴¹. Por otra parte, como el mismo Habermas reconoce, una comprensión procedimental del tribunal constitucional como impulsor de un modelo deliberativo de democracia no necesariamente desalentaría, sino que incluso exigiría, una jurisprudencia ofensiva en aquellos casos en que se trate de hacer valer el procedimiento democrático y los espacios deliberativos de formación de la opinión y de la voluntad política.

5. LAS EXIGENCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL MARCO DE UNA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Ciertamente, la relevancia jurídica y política de los temas analizados de manera profusa por Habermas y aquí sólo presentados de modo superficial, hacen de *Facticidad y Validez* uno de los intentos más complejos y estimulantes por reconciliar a la izquierda crítica con el constitucionalismo y el Estado de derecho. No se trata, ciertamente, de una recuperación ingenua o de una simple operación de enmascaramiento ideológico. En todo momento, Habermas demuestra ser consciente de las presiones corporativas y de clase que atraviesan a las instituciones constitucionales en las sociedades avanzadas. Sin embargo, aun así, piensa que, en el contexto actual, los Estados democráticos de derecho existentes pueden tomarse, bien o mal, como

punto de partida para la realización de las libertades públicas y privadas capaces de obligar al poder administrativo a recoger las demandas que el poder comunicacional de los ciudadanos hace sentir en los órganos representativos y más allá de ellos. Más aún, en su opinión, la potenciación democrática de las instituciones representativas y de los espacios extracudadanos de deliberación ocupa, desde su punto de vista, un papel fundamental en toda estrategia socialista dirigida a domesticar, si bien no a suprimir, al capitalismo, y a resistir, por consiguiente, las amenazas de retroceso decisionista, corporativista y elitista que se cierne sobre las democracias actuales.

Es verdad, tal vez, que el precio del rescate de los Estados democráticos reales sea la concesión de una presunción excesiva de legitimidad al derecho vigente en relación con los criterios ideales de validez exigidos por el paradigma constitucional del Estado social y democrático de derecho. Dicha presunción, se ha dicho, restaría espacio a la crítica político-moral externa del derecho y del Estado como instrumentos represivos y burocratizantes, e incluso a mecanismos de actualización de la Constitución, como la desobediencia civil, que parecían ocupar un papel más relevante en escritos anteriores de Habermas⁴². También es probable que los presupuestos consensualistas que animan la teoría de la acción comunicativa tiendan en cierto modo a diluir las dimensiones conflictivas de la política y del derecho, sobrestimando la capacidad de influencia real que el poder comunicativo de los ciudadanos puede tener en espacios de la sociedad en los que el dominio de los poderes económicos y burocráticos resulta insoportable⁴³. Por eso, una vez alteradas las estructuras y las teorías de clase sobre las que operaron los paradigmas del Estado liberal y del Estado social tradicional, quedaría siempre en pie la cuestión de identificar qué sujetos y qué proyectos concretos serían los encargados de potenciar e imponer ese proyecto de un derecho genuinamente deliberativo⁴⁴. Y es que de la existencia o de la articulación de esos actores y de esos proyectos depende, en última instancia, la suerte de un Estado de derecho que, como el propio Habermas afirma, no puede "tenerse ni mantenerse sin democracia radical"⁴⁵.

⁴⁰ Para una reflexión de este tipo referida al caso español, vid. por ejemplo, Ferreres, Victor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

⁴¹ Este es, por ejemplo, uno de los puntos de discusión entre Habermas y Alexy. Habermas, precisamente, recoge alguna de sus cuestiones en su réplica a las observaciones de los participantes de un interesante *symposium* sobre *Facticidad y Validez* organizado por la *Cardozo Law School*. Vid. "Reply to symposium participants, Benjamin N. Cardozo School of Law", en *Cardozo Law Review*, vol. 17, 1996. págs. 1477 y ss. En la doctrina española, vale la pena tomar nota de las consideraciones tangenciales al respecto de Luis Prieto en "Tribunal constitucional y positivismo jurídico", en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (comp.), Porrúa, México, 2000. págs. 307 y ss.

⁴² Así, por ejemplo, en "La desobediencia civil, piedra de toque del Estado democrático de derecho", en *Ensayos Políticos*, trad. de R. García Cotarelo, Península, Barcelona, 1988. págs. 51 y ss. Para una lucida y ponderada crítica a Habermas en este sentido, vid. Sintomer, Yves, "Aux limites du pouvoir démocratique: désobéissance civile et droit à la résistance", en *Actuel Marx*, nº 24, cit., págs. 85 y ss. Sobre la relación entre Constitución y desobediencia civil, con explícitas referencias a Habermas, vid. asimismo Estévez Araujo, José A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994.

⁴³ Vid. Münster, A., "Habermas et la démocratie ou: faut-il réinventer la démocratie par le principe "discussion" et un politique "délibérative"?", en *Actuel Marx*, nº 25, cit. págs. 137 y ss.

⁴⁴ Cfr. Guibentief, Pierre, "Approaching the production of law through Habermas's concept of communicative action", en *Habermas, Modernity and Law*, cit. págs. 63 y ss.

⁴⁵ *Facticidad y Validez*, cit. pág. 61.

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

Rafael SARAZA JIMENA

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil contiene una amplia regulación de la prueba, que supone una innovación considerable en muchos aspectos respecto de la regulación de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Aunque existen dos capítulos dedicados expresamente a la prueba (que son los capítulos V y VI del título I del libro II de la ley, denominados respectivamente "de la prueba: disposiciones generales" y "de los medios de prueba y de las presunciones"), existen disposiciones importantes sobre prueba dispersas a lo largo de toda la ley. Asimismo, no se ha procedido a una derogación total de los preceptos sobre la prueba contenidos en el Código Civil. En el nº 1º del apartado 2 de la Disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil se derogan, entre otros, los artículos 1214, 1215, 1226 y 1231 a 1253 del Código Civil, pero quedan subsistentes algunos preceptos de este capítulo, que regulan el valor probatorio de los documentos públicos y privados.

Las líneas generales de la nueva regulación son en general positivas en lo que respecta a la concentración de la actividad probatoria en un juicio o vista y al carácter oral de las pruebas de interrogatorio de partes (la antigua prueba de confesión) y de testigos. Pero la regulación de los detalles se hace en muchas ocasiones de un modo complicado (hay veces que parece necesario un croquis para no perderse) y que, en la práctica, hace muy difícil (o en ocasiones, como ocurre con el juicio verbal, imposible) la realización de dichas pruebas en un solo acto. Además, existen muchas contradicciones o lisa y llanamente errores, fruto quizás de la profunda transformación que el proyecto sufrió en su tramitación parlamentaria.

LA CARGA DE LA PRUEBA

Con carácter previo a examinar la regulación de la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, es interesante analizar someramente la regulación que en ésta se hace de la carga de la prueba.

La institución de la carga de la prueba no tiene por finalidad determinar quien debe probar, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba. La prohibición de una sentencia de *non liquet* que se establece en los artículos 11.3º de la Ley Orgá-

nica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil, al establecer el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. No se trata, por tanto, de establecer a priori qué hechos deben ser probados por cada parte, pues una vez alegados y probados unos determinados hechos, el principio de adquisición procesal hace que el juez deba partir de tales hechos para dictar la sentencia, siendo indiferente qué parte los haya alegado y probado, sino de establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos relevantes.

Es por ello que el precepto que la regula no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298) sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quien ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso.

El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la carga de la prueba, sustituyendo al antiguo y escueto artículo 1214 del Código Civil. En el nuevo precepto legal se contienen algunos de los principios establecidos por la jurisprudencia sobre este particular. Así, junto a los tradicionales principios que imponen al actor la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la de los hechos impeditivos, extintivos o enervatorios de la acción formulada en su contra, introduce como principio informador a tener en cuenta el de la disponibilidad y facilidad de la prueba para cada una de las partes en litigio: la parte que tenga a su disposición la fuente de la prueba de un determinado hecho será quien deba acreditar el hecho en cuestión, pues lo contrario sería exigir a la parte más alejada de la fuente de la prueba una *probatio diabólica*, lo cual le provocaría una indefensión no acorde con las exigencias del artículo 24 de la Constitución.

Se contienen normas específicas para los procesos sobre competencia desleal y publicidad ilícita, y se excepciona la aplicación de los criterios establecidos con carácter general en dicho precepto para el caso de que una disposición legal establezca criterios especiales.

ANTICIPACION Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

Se regulan en la Sección 4ª del Capítulo V dedicado a las disposiciones generales en materia de prueba, pero se trata de figuras diferentes. Mientras que la anticipación de la prueba consiste en practicar la prueba antes del momento procesal previsto para tal menester (el juicio, en el juicio ordinario, y la vista, en el juicio verbal), el aseguramiento de la prueba supone garantizar que la prueba pueda practicarse en el citado momento procesal.

La práctica de prueba anticipada puede solicitarse previamente a la iniciación de cualquier proceso, por quien pretenda incoarlo, o por cualquiera de las partes durante el curso del mismo, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. Se solicitará del tribunal que se considere competente para el asunto principal, debiendo éste vigilar de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, y si el proceso estuviera ya iniciado, se solicitará del tribunal que esté conociendo del asunto, de acuerdo con el artículo 293.

La solicitud se realizará conforme a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para cada medio de prueba, exponiendo las razones en que se apoye la petición, y si el tribunal estimare fundada la petición, accederá a ella, acordando su práctica para antes del juicio o la vista (art. 294), práctica que debe realizarse de forma contradictoria, para lo cual, si se solicita antes del inicio del proceso, deberá designarse la persona que se proponga demandar, a fin de que se les cite para que puedan intervenir en la práctica de la prueba según lo previsto por la Ley para cada medio de prueba, intervención que también podrán tener cuando la prueba anticipada se solicite iniciado ya el proceso. Cuando la prueba anticipada se practique antes del inicio del proceso, no se le otorgará valor probatorio si la demanda no se interpusiere en el plazo de dos meses desde que la prueba anticipada se practicó, salvo fuerza mayor u otra causa de análoga entidad. Asimismo, la prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad (art. 295). La prueba practicada anticipadamente quedará bajo la custodia del Secretario.

En cuanto al aseguramiento de la prueba, prevé el artículo 297 que antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido

proponerla. No prevé la ley concretas medidas de aseguramiento, limitándose a prever que consistirán en las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características, pudiendo también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad, pudiendo ser las propuestas por el solicitante u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal. En cuanto a la jurisdicción y a la competencia para el aseguramiento de la prueba, se estará a lo dispuesto sobre prueba anticipada.

Los requisitos para la adopción de tales medidas se prevén en el artículo 298, y son:

1.º Que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento.

2.º Que haya razones para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba.

3.º Que la medida de aseguramiento pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros. Cuando la ley, al referirse a una diligencia de prueba, habla de que sea "conducente", sin añadir conducente a qué, se viene refiriendo a fructífera o apropiada para surtir efectos probatorios (así sucede por ejemplo en el artículo 435.2).

Podrá exigirse por el tribunal una garantía de los daños y perjuicios que la medida pueda irrogar y también podrá el tribunal acordar en lugar de la medida de aseguramiento, la aceptación del ofrecimiento que haga la persona que habría de soportar la medida de prestar, en dinero efectivo, aval a primer requerimiento u otro medio similar, caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda. Sorprende que pueda dejarse sin efecto el aseguramiento de una prueba por la prestación de una contracautela, pues la misma no va a poder solucionar la pérdida de la fuente de la prueba que pueda tener lugar por la no adopción de la medida de aseguramiento.

Cierta trascendencia probatoria puede atribuirse en ocasiones a determinadas diligencias preliminares, reguladas en los artículos 256 a 263. Así, prevé expresamente el artículo 261.1 que si la persona citada y requerida para la práctica de la concreta diligencia preliminar solicitada no atendiese el requerimiento ni formulase oposición, si se hubiere pedido declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado, se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior, y si se hubiera pedido por un socio o comunero la exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante. Por tanto, al tener tales hechos la consideración de admitidos a efectos del juicio posterior,

entendiendo que no procederá admitir prueba sobre los mismos.

¿CUANDO Y COMO HA DE PROPONERSE LA PRUEBA?

En primer lugar, no en todo procedimiento ha de practicarse prueba. Si las partes estuvieran conformes sobre los hechos, por haberlos admitido el demandado en la contestación a la demanda, expresa o tácitamente (art. 405.2) o por mostrar las partes su conformidad sobre todos los hechos controvertidos en la audiencia previa del juicio ordinario (art. 428.1) o en la vista del juicio verbal (art. 443.4) y su discrepancia quedase reducida a cuestiones jurídicas, no habrá actividad probatoria y habrá de procederse seguidamente a dictar sentencia, lo que en el caso del juicio ordinario se prevé en el artículo 428.3º y en el juicio verbal en el artículo 443.4º.

En caso de que exista discrepancia sobre los hechos, deberá procederse a la proposición y admisión de prueba (art. 429.1 para el juicio ordinario y 443.4 para el juicio verbal). No prevé la ley un trámite expreso de "recibimiento a prueba", como venía haciendo tradicionalmente la normativa procesal, y por tanto entiendo que las partes no precisan solicitar el recibimiento del juicio a prueba como requisito para que se abra una fase probatoria. La dinámica establecida por la nueva ley implica que si existen hechos controvertidos se procede inmediatamente a la proposición y admisión (o inadmisión) de los medios de prueba, mientras que si hay conformidad sobre los hechos, como se ha dicho, no hay prueba. Por tanto, en la audiencia previa o en la vista del juicio verbal habrá de quedar claro si existen hechos controvertidos y, por tanto, necesitados de prueba.

Con carácter general, el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga la iniciativa probatoria exclusivamente a las partes, si bien se prevé, en el artículo 429.1º para el juicio ordinario y en el 443.4º *in fine* para el juicio verbal, que cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. Se trata de una modulación del otorgamiento exclusivo a las partes de la potestad de proponer pruebas, que utilizado inteligentemente puede evitar que los litigios se fallen no por lo probado, sino por lo dejado de probar, lo cual, en mi opinión, supone frecuentemente un fracaso del proceso.

Asimismo el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley, según el último inciso del artículo 282 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo el segundo inciso del artículo 752.1º que en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas es-time pertinentes.

En lo que se refiere al momento de proponer las pruebas, la regla general es que en el juicio ordinario las pruebas se propondrán en la audiencia previa al juicio, y deberán las partes indicar qué testigos y peritos se comprometen a presentar en el juicio y cuáles, por el contrario, han de ser citados por el tribunal, así como qué declaraciones e interrogatorios consideran que han de realizarse a través del auxilio judicial (art. 429.1 y 5). En el juicio verbal, la proposición se hace en el acto de la vista (443.4).

Con carácter general, el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la proposición de los distintos medios de prueba se hará expresándolos con separación. Se consignará, asimismo, el domicilio o residencia de las personas que hayan de ser citadas, en su caso, para la práctica de cada medio de prueba, si bien en el juicio ordinario, si las partes no dispusieren de algunos datos relativos a dichas personas al proponer la prueba, podrán aportarlos al tribunal dentro de los cinco días siguientes. Aunque la nueva ley no lo dice expresamente, habida cuenta del acto procesal en que tiene lugar la proposición de prueba, la audiencia en el juicio ordinario y el juicio en el verbal, la proposición de prueba ha de hacerse oralmente.

Ahora bien, la proposición de prueba documental y pericial tiene importantes especialidades en lo relativo al momento y el modo en que los documentos y los dictámenes de los peritos han de ser presentados o la designación judicial de perito ha de ser propuesta, especialidades que se examinarán al estudiar cada uno de estos medios de prueba.

ADMISION DE LA PRUEBA

Para determinar cuándo procede admitir la prueba propuesta por las partes, hay que saber qué ha de constituir el objeto de la prueba. Los dos primeros números del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen como objeto de la prueba los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso y la costumbre (salvo que las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público), y el Derecho extranjero (en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación).

Por el contrario, añaden los números 3º y 4º de dicho precepto que están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes, y que no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

En consecuencia de lo anterior, no es procedente la admisión de pruebas en los siguientes casos:

1º) Cuando se trate de hechos (o la existencia y contenido de la costumbre) sobre los que exista plena conformidad de las partes, en materias de su disposición (art. 281.2 y 3, *contrario sensu*). Excepción a este principio es lo previsto para los procesos sobre estado civil en el artículo 752: la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad, por lo que podrá admitirse, e incluso acordarse de oficio, prueba sobre hechos admitidos.

2º) Cuando sea impertinente por versar sobre hechos que no guarden relación con el objeto del proceso (art. 283.1 en relación al 281.1), lo que puede hacerse extensivo a aquellos hechos que, aun guardando relación con el objeto del proceso, son irrelevantes para la resolución que haya de adoptarse, por no ser tomados en consideración por la norma jurídica que regula la relación jurídica en juego.

3º) Cuando sea inútil, por tratarse de una prueba que según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso pueda contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (283.2).

4º) Cuando la prueba propuesta consista en una actividad prohibida por la ley (art. 283.3).

Relacionado con este último inciso está la cuestión de la prueba ilícita. El artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. El artículo 287 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil regula cómo plantear y resolver esta cuestión en el proceso civil, al prever que cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba, oyendo a las partes y, en su caso, practicando las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. Parece razonable que la resolución que se dicte revista forma de Auto, por aplicación del artículo 206.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que la misma implica la admisión o inadmisión de la prueba (según se la considere o no ilícita), y contra la misma sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

La admisión o inadmisión de la prueba se hace mediante resolución que, conforme al artículo 206.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de revestir la forma de Auto. Dado que la admisión o inadmisión de prueba ha de realizarse en el acto de la audiencia previa en el juicio ordinario (art. 429) y de la

vista en el juicio verbal (art. 443 en relación al 446), dicha resolución ha de dictarse oralmente, lo que conforme al artículo 210.1 implica que se pronunciará oralmente en el mismo acto, documentándose éste con expresión del “fallo” (al tratarse de un auto se trataría más bien de la parte dispositiva) y motivación sucinta de la resolución.

El artículo 285.2 establece que contra la resolución sobre la admisión de pruebas sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia. Y aunque este precepto, al estar en las disposiciones generales sobre prueba, sería en principio aplicable a todo tipo de juicios, el artículo 446 contiene una regla específica para los juicios verbales, al prever que contra las resoluciones del tribunal sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaron como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia. Se trata de reglas especiales que excluyen la aplicación de lo dispuesto en el artículo 210.2º de que fuera del caso en que todas las personas presentes en el juicio expresaran su decisión de no recurrir y el tribunal declarara la firmeza de la resolución, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada.

Hay, pues, un cambio importante en el régimen de recursos en materia de prueba respecto de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que sólo cabe recurso contra la inadmisión de la prueba. En la regulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en los juicios ordinarios cabe además recurso contra la resolución que admita la prueba, cualquiera que sean las circunstancias que rodeen esta admisión, mientras que en el juicio verbal no cabe recurso contra las resoluciones dictadas en materia de prueba y sólo cabe formular protesta respecto de la resolución de inadmisión, o de admisión de prueba cuando se haya denunciado como obtenida con violación de derechos fundamentales. Que en el caso del juicio ordinario cabe recurso y en el del juicio verbal sólo cabe protesta queda confirmado por lo previsto en el artículo 460.2.1º, relativo a la prueba en segunda instancia, que exige como requisito para la admisión de esta prueba haber sido recurrida en reposición la resolución denegatoria o haber formulado la oportuna protesta en la vista, pues la “vista” es la que tiene lugar en el juicio verbal.

REGLAS GENERALES SOBRE EL MODO DE PRACTICARSE LA PRUEBA. CONCENTRACION E INMEDIACION

Quizás algunos de los preceptos que muestran de modo más claro el sentido de la nueva regulación de la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentran fuera de los capítulos destinados expresamente a la prueba. Así, en el artículo 169.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular los casos en que procede el auxilio judicial, se prevé que

el interrogatorio de las partes, la declaración de los testigos y la ratificación de los peritos se realizará en la sede del Juzgado o Tribunal que esté conociendo del asunto de que se trate, aunque el domicilio de las personas mencionadas se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente, y que la práctica de las pruebas por exhorto sólo podrá acordarse de modo excepcional, por motivos que hagan imposible o muy gravosa la comparecencia de esas personas ante el Juzgado. Esta previsión aconseja ser riguroso en la aplicación de las normas reguladoras de la competencia territorial y evitar en lo posible el alejamiento del pleito respecto de lo que podría considerarse su "fuero natural", por cuanto que ello hace más difícil la comparecencia de partes, testigos y peritos en el Juzgado en el que se sigue el litigio.

Por otra parte, el artículo 194 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su punto 1º que en los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el juez o por los magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto.

Teniendo en cuenta que conforme a la regulación contenida en los artículos 433 y 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la prueba ha de practicarse en el acto del juicio, en el juicio ordinario, y en la vista, en el juicio verbal, quiere ello decir que en todo caso la sentencia ha de ser dictada por el juez que celebre dicho juicio o vista de prueba. Ello supone que el juez, salvo en lo relativo a las pruebas practicadas excepcionalmente por exhorto, ha de dictar sentencia formando su convicción sobre lo visto y oído en las pruebas de interrogatorio de partes y testigos, periciales, reconocimiento judicial, no sobre el reflejo documental de los medios de prueba, como ocurría hasta ahora en el caso de que el juez que dictara la sentencia no fuera el que había practicado la prueba (bien porque llegó al Juzgado cuando la prueba había sido ya practicada, bien porque no se respetó la exigencia de intermediación judicial).

Relacionando estos preceptos con el artículo 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige la presencia del juez en las declaraciones de las partes y testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas de los peritos, así como la crítica oral de su dictamen, y cualquier otro acto de prueba que deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente, con el artículo 290, que prevé la práctica de las pruebas en unidad de acto, salvo las que excepcionalmente, por no poderse practicar en el juicio, hayan de practicarse con antelación a éste, y con los preceptos que regulan la práctica de los concretos medios de prueba regulados por la nueva ley, especialmente los que prevén la práctica de los interrogatorios de las partes, testigos y peritos de forma oral, en el acto de la vista o juicio, sin interrogatorios escritos, se llega a la conclusión de que las líneas

directrices de la nueva ley en lo que se refiere a la práctica de la prueba es que la prueba se practique de un modo concentrado, con una utilización ágil de la oralidad, y a presencia inmediata del juez.

Como excepción al principio de unidad de acto, se prevé en los artículos 290 y 429.4º la posibilidad excepcional de práctica de la prueba antes del juicio o vista; y asimismo, en el artículo 169.4, la posibilidad también excepcional de practicar pruebas por vía de auxilio judicial. También se practicarán pruebas sin observar el principio de unidad de acto cuando hayan de practicarse fuera del local del juzgado o tribunal, como es el caso de los interrogatorios domiciliarios de la parte (art. 311) o del testigo (art. 364) o el reconocimiento judicial de lugares o cosas inmuebles.

En este sentido, quienes siempre hemos considerado inadmisibles la vieja corruptela de que las pruebas las "pasen" los funcionarios y hemos considerado que la función de juzgar no es sólo la de poner sentencias, sino también la de celebrar los juicios y vistas y practicar las pruebas, hemos de congratularnos de que sean éstas las premisas fundamentales de la ley. El problema estriba en que, analizando la regulación de diversos detalles concretos de la actividad probatoria, se comprueba que no siempre se adapta a las exigencias de estas premisas fundamentales, y se introducen obstáculos que, una vez entre en vigor la ley, se verá hasta que punto dificultan la práctica de la prueba del modo concentrado y oral que inicialmente se prevé. Quizás el hecho de que el proyecto de ley que entró en las Cortes diseñara un proceso disgregado y más formalista, con una forma de practicar la prueba mucho más parecida a la de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (que hacía prever la pervivencia de las corruptelas y disfunciones actuales, especialmente la falta de intermediación judicial), y en la tramitación parlamentaria sufriera importantes modificaciones, haya provocado, de un lado, la existencia de contradicciones fruto de no haberse hecho una opción clara y decidida por un modelo completamente nuevo de juicio civil más parecido al de la jurisdicción social o al abreviado de los juzgados de lo contencioso-administrativo, y de otro, que por simple despiste no se hayan eliminado o modificado normas cuya redacción encaja con el modelo de proceso civil del proyecto de ley, pero no con el de la ley aprobada por las Cortes tras la tramitación parlamentaria. Ha de recordarse en este punto que fueron admitidas un gran número de enmiendas a los diversos grupos parlamentarios, tanto a los que prestaban apoyo parlamentario al gobierno (minoría catalana) como a los situados en la oposición (PSOE y IU).

Con carácter general se prevé en los artículos 289 y siguientes, en relación al artículo 138, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal (art. 289.1º), en unidad de acto, debiendo practicarse con antelación al juicio o a la vista las pruebas que no sea posible llevar a cabo en el juicio o vista

(art. 290), y debiendo ser citadas las partes con una antelación de al menos 48 horas a la práctica de las pruebas que hayan de celebrarse fuera del juicio o vista (art. 291).

Los juicios o vistas se documentarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen (art. 147) o, si no fuere posible, sólo del sonido (art. 187), junto con acta breve levantada por el Secretario (art. 146). Es importante que la redacción de este acta a medida que se va desarrollando el juicio o la vista no ralentice su desarrollo, como hasta ahora viene sucediendo, a diferencia de lo que ocurre con los juicios de la jurisdicción social o penal.

Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales, mientras que se llevarán a cabo ante el secretario Judicial la presentación de documentos originales o copias auténticas, la aportación de otros medios o instrumentos probatorios, el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado, la formación de cuerpos de escritura para el cotejo de letras y la mera ratificación de la autoría de dictamen pericial. Pero el tribunal habrá de examinar por sí mismo la prueba documental, los informes y dictámenes escritos y cualesquiera otros medios o instrumentos que se aportaren (art. 289.2º y 3º, que desarrollan lo dispuesto en el art. 137).

Conforme al artículo 292 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los testigos y los peritos citados tendrán el deber de comparecer en el juicio o vista, bajo sanción de multa de treinta mil a cien mil pesetas. Al tiempo de imponer la multa, el tribunal requerirá al multado para que comparezca cuando se le cite de nuevo, bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad. Cuando, sin mediar previa excusa, un testigo o perito no compareciere al juicio o vista, el tribunal, oyendo a las partes que hubiesen comparecido, decidirá si la audiencia ha de suspenderse o debe continuar. Si quien no compareciere fuera un litigante que hubiese sido citado para responder a interrogatorio, además de imponerle la multa prevista para los testigos, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que el litigante hubiera intervenido personalmente y que le sean perjudiciales.

LOS DISTINTOS MEDIOS DE PRUEBA

El artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil enumera los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio: 1º) Interrogatorio de las partes. 2º) Documentos públicos. 3º) Documentos privados. 4º) Dictamen de peritos. 5º) Reconocimiento judicial. 6) Interrogatorio de testigos. Se trata, pues, de los medios de prueba hasta ahora regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien la añeja "confesión" de las partes se denomina ahora "interrogatorio" de las partes.

También se prevé como medio de prueba sopor-tes audiovisuales y archivos informáticos, lo que hasta ahora el Tribunal Supremo venía admitiendo como prueba documental necesitada del cumplimiento del reconocimiento judicial.

Deja abierta la ley la posibilidad de otros posibles medios de prueba en el último apartado del artículo 299 ("...cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo [a través del cual] pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes."), dejando al tribunal que adopte las medidas que resulten necesarias para la práctica de dicha prueba. El artículo 300 prevé el orden de práctica de las pruebas, que puede ser cambiado de oficio o a instancia de parte, si bien si alguna de las pruebas admitidas no pudiera practicarse en la audiencia, continuará ésta para la práctica de las restantes, por el orden que proceda.

EL INTERROGATORIO DE LAS PARTES

En la regulación de la antigua prueba de "confesión" se observan cambios importantes. Deja de tener una denominación con connotaciones extraprocesales y pasa a denominarse interrogatorio de parte. Desaparece el juramento, y desaparece la modalidad de confesión bajo juramento decisorio que tenía un valor de prueba tasada. Pero la diferencia fundamental del interrogatorio de las partes previsto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con la prueba de confesión judicial de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil es que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil el interrogatorio se formula oralmente en el acto del juicio o de la vista. Ha de destacarse que esta nota de la oralidad, que también caracteriza a la prueba testifical, ha de suponer un cambio importante en el modo de practicarse las pruebas. Al igual que un informativo radiofónico no equivale a que el locutor lea el periódico a través de la radio, un interrogatorio oral no supone simplemente que el abogado se limite a leer las preguntas a la parte contraria o al testigo. Ha de tratarse de interrogatorios ágiles, en los que las preguntas se vayan formulando atendidos los hechos que se vayan poniendo de manifiesto por la parte o el testigo.

Dicha prueba habrá de proponerse en la audiencia del juicio ordinario (art. 429) y en la vista del juicio verbal (443.4), en el trámite de proposición de prueba previsto en ambos procesos, no siendo ya posible lo previsto en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 579) en el sentido de que la prueba de confesión puede proponerse hasta el mismo momento de citación del juicio para sentencia y no solamente en el concreto trámite de proposición de prueba.

En la audiencia previa del juicio ordinario se acordará si la prueba de interrogatorio de la parte se va a celebrar en el juicio, o si ha de practicarse por auxilio judicial, cuando así lo hayan señalado las partes y el tribunal así lo haya acordado por concurrir las extraordinarias circunstancias del artículo 169 Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 429.5, segundo párrafo). Aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé

que no es necesaria la citación de las partes que, por sí o por medio de su procurador, hayan comparecido a la audiencia previa (art. 429.6), entiendo que se trata de una previsión genérica respecto del acto del juicio, pero no respecto de la prueba de interrogatorio de la parte, pues si tal prueba se ha propuesto, entiendo que ha de citársele expresamente para tal prueba, con el correspondiente apercibimiento, pues el artículo 304, párrafo 2º, prevé que en la citación se apercibirá al interesado que, en caso de incomparecencia injustificada, se podrán considerar reconocidos los hechos, si bien si la parte está personada mediante procurador dicha citación podrá hacerse a través del procurador (art. 153 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el juicio verbal, aunque las partes estén representadas por procurador, es indispensable su asistencia al juicio por si la otra parte solicitara la práctica de la prueba de interrogatorio de esa parte, hasta el punto de que en la citación se hará a las partes la prevención de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304 (art. 440.1, segundo párrafo).

Efectivamente, el párrafo 1º del artículo 304 prevé que si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere el apartado cuarto del artículo 292 de la Ley. Se trata de la llamada *facta confessio* que se recogía en el artículo 593 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. Tanto en la antigua como en la nueva Ley no se impone que en todo caso se consideren reconocidos los hechos perjudiciales para la parte, sino que se prevé como una posibilidad. Habrá que ser especialmente cuidadoso cuando son varios los demandados y la *facta confessio* de uno de ellos más que perjudicarle a él, perjudique a otros codemandados (por ejemplo, en caso de incomparecencia del deudor principal que sea insolvente, respecto de su fiador que es solvente).

De acuerdo con el artículo 301 Ley de Enjuiciamiento Civil, puede pedirse el interrogatorio no sólo del litigante contrario, sino también del colitigante con el que existe en el proceso oposición o conflicto de intereses, resolviéndose así expresamente una cuestión sobre la que existía diversidad de pareceres. Cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular, como es el caso, por ejemplo, de aquellos colegios profesionales que accionan en representación de sus colegiados exigiendo el pago de los honorarios devengados por la actuación de tales profesionales.

En cuanto al modo de practicarse la prueba, los artículos 302 y siguientes prevén que las preguntas del interrogatorio se formularán oralmente en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión.

No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaren se tendrán por no realizadas. Personalmente entiendo que esta prohibición de valoraciones y calificaciones se refiere especialmente a valoraciones y calificaciones jurídicas, pero no las usuales cuando han de averiguarse unos hechos (si se circulaba a mucha o poca velocidad, si el lugar del accidente estaba suficientemente iluminado, si el vehículo alquilado dio muchos problemas, etc.). El tribunal, resolviendo en su caso las impugnaciones que la parte contraria pueda realizar, decidirá sobre la admisibilidad de las preguntas en el mismo acto en que se lleve a cabo el interrogatorio (arts. 302 y 303).

La parte interrogada (que no deberá comunicarse previamente con las demás, art. 310) responderá por sí misma, sin valerse de ningún borrador de respuestas; aunque podrá consultar documentos y notas o apuntes convenientes para auxiliar a la memoria, en sentido afirmativo o negativo, y, de no ser ello posible, de forma precisa y concreta, agregando en todo caso las explicaciones pertinentes (art. 305). Si se negare a contestar o las respuestas fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieren las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial (art. 307).

Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de quien solicitó la prueba, los abogados de las demás partes y el del propio interrogado podrán, por este orden, formular al declarante nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos (si bien no pueden volver a preguntarle sobre los mismos hechos por los que ya se les haya preguntado, art. 314, debiendo entenderse esta previsión legal como una prohibición de preguntas reiterativas, en mi opinión), pudiendo también el tribunal interrogar a las partes con la finalidad de obtener aclaraciones. Cuando no sea preceptiva la intervención de abogado, las partes, sin interrumpirse ni atravesarse la palabra, podrán hacerse recíprocamente preguntas y observaciones (art. 306).

Al regular la prueba testifical, el artículo 373 prevé que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que, en razón de sus respectivas declaraciones, cuando existan contradicciones entre las mismas, se celebre careo entre las partes y alguno o algunos testigos, además de entre los testigos entre sí.

Cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del declarante, éste habrá de responder según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos, pero podrá proponer que conteste también a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración, sustitución que, para ser admisible, deberá ser aceptada por la parte que hubiese propuesto la prueba, y en caso de no producirse tal aceptación, el declarante podrá solicitar que la per-

sona mencionada sea interrogada en calidad de testigo (art. 308). Para el caso de que se admita la declaración de dicha tercera persona, bien como modalidad de la prueba de interrogatorio de parte, bien como testigo, y la misma no se encuentre en el Juzgado en el momento de celebrarse la prueba en el juicio ordinario, parece que la única posibilidad es que se acuerde como diligencia final del artículo 435.

En el caso del juicio ordinario, si la parte es una persona jurídica o una entidad sin personalidad jurídica (vg, una comunidad de propietarios), si su representante en juicio (entiendo que se refiere a su actual representante en el momento de celebrarse el juicio) no hubiera intervenido en los hechos controvertidos en el proceso, habrá de alegarlo en la audiencia previa al juicio, y facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de la persona jurídica o entidad interrogada, para que sea citada al juicio. Si manifiesta desconocerlo, se considerará como respuesta evasiva o resistencia a declarar, a efectos de considerarse reconocidos como ciertos los hechos sobre los que hubiera de contestar dicha parte. Puede solicitarse que la persona identificada sea citada en calidad de testigo si ya no formara parte de la persona jurídica o ente sin personalidad (art. 309.1º y 3º).

Ahora bien, si en el desarrollo de la prueba del interrogatorio resultare que alguna pregunta se refiere a hechos en que no hubiese intervenido el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad, habrá, no obstante, de responder según sus conocimientos, dando razón de su origen y habrá de identificar a la persona que, en nombre de la parte, hubiere intervenido en aquellos hechos y si manifiesta que desconoce quien intervino en los hechos, se considerará tal manifestación como respuesta evasiva o resistencia a declarar, en los términos antes indicados. El tribunal citará a dicha persona para ser interrogada fuera del juicio como diligencia final, conforme a lo dispuesto en la regla segunda del apartado 1 del artículo 435.3 (309.2 y 3º).

Se trata de dos supuestos distintos relativos a una misma situación. En el primer caso, se sabe desde un principio que el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad no ha intervenido en los hechos controvertidos (por ejemplo, el consejero delegado de una aseguradora, que no ha intervenido en la tramitación de un siniestro). El abogado de la aseguradora debe ir preparado al acto de la audiencia previa en el juicio ordinario, sabiendo quien intervino en los hechos enjuiciados en nombre de la persona jurídica o entidad (el empleado que tramitó el siniestro), pues en caso contrario la manifestación de desconocimiento sobre ese extremo puede dar lugar a una *ficta confessio*. En el segundo caso, en un principio no hay problema para que el representante de la entidad sea interrogado, pues intervino en los hechos, pero a lo largo del interrogatorio se le hacen preguntas sobre determinados aspectos de la cuestión en los que no intervino personalmente, caso en el que habrá de facilitar la identidad de la persona que intervino a nombre de la entidad para que pueda ser interrogada.

Los artículos 311 a 313 regulan el interrogatorio domiciliario, cuando la parte no pueda comparecer en la sede del tribunal por enfermedad u otras circunstancias especiales, pudiendo concurrir junto con el juez y el secretario las demás partes y sus abogados, salvo que las circunstancias lo hicieren imposible o sumamente inconveniente, caso en el cual se practicará por el juez y el secretario en base a un pliego de preguntas presentado previamente, y levantándose por el secretario acta suficientemente circunstanciada, lo que también tendrá lugar cuando haya de realizarse por vía de auxilio judicial

Cuando sea parte en el pleito el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad local u otro organismo público, la previsión que actualmente se contenía en el artículo 595 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, es sustituida por el artículo 315 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual se les remitirá, sin esperar al juicio o a la vista, el cuestionario de preguntas presentado por la parte proponente y declarado pertinente, para que sea respondido por escrito y entregada la respuesta al tribunal antes de la fecha señalada para aquellos actos. Ello implica que la parte que desee proponer esta prueba en un pleito seguido contra un organismo oficial ha de llevar preparado el cuestionario de preguntas al acto de la audiencia previa en el juicio ordinario, que es cuando ha de proponerse y admitirse esta prueba, a fin de remitirlas y que sean contestadas antes del acto del juicio. Leídas en el acto del juicio o en la vista las respuestas escritas, se entenderán con la representación procesal de la parte que las hubiera remitido las preguntas complementarias que el tribunal estime pertinentes y útiles, y si dicha representación justificase cumplidamente no poder ofrecer las respuestas que se requieran, se procederá a remitir nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final, siendo de aplicación a esta modalidad de declaración lo relativo a la negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes, y los apercibimientos a realizar en tal caso.

LA PRUEBA DOCUMENTAL

La prueba documental tiene especial importancia en el proceso civil por cuanto que, como afirma Montero Aroca, mientras que el proceso penal puede considerarse el reino del testigo, el proceso civil es el reino del documento. Aunque en ciertos casos esta afirmación se justificaría por la ausencia del juez en la práctica de las pruebas de confesión y testifical, que priva a éstas de gran parte de su eficacia probatoria, es cierto que en buena parte de los pleitos civiles la prueba documental tiene una gran importancia.

Como se ha dicho anteriormente, la prueba de documentos presenta ciertas especialidades respecto del resto de las pruebas en lo relativo al momento y modo en que ha de proponerse, es decir, en que han de presentarse los documentos.

La regulación de esta materia no se contiene únicamente en las secciones destinadas a la prueba

de documentos públicos y privados. También en el capítulo III del título I, sobre disposiciones generales a los procesos declarativos, del libro II se contienen normas que regulan cómo y cuándo han de ser presentados los documentos, y también los dictámenes periciales.

En dicho capítulo III del título I del libro II, artículos 264 y siguientes, se prevé (art. 265) la obligación de acompañar a la demanda o contestación los documentos fundamentales, tanto sean los tradicionales documentos escritos como los medios e instrumentos que recogen información en soportes no escritos, tales como disquetes de ordenador, grabaciones audiovisuales, etc., previstas en el artículo 299.2, certificaciones y notas registrales, dictámenes periciales y los informes de detectives. Si las partes no pudieran disponer de los documentos o certificaciones registrales podrán designar el archivo en que se encuentren, sin que pueda admitirse cuando se trate de un archivo público del que la parte hubiera podido obtener copia fehaciente, y admitiéndose que el actor presente en la audiencia del juicio ordinario los documentos, dictámenes e informes antes citados si su relevancia sólo se pone de manifiesto a la vista de la contestación a la demanda.

En los juicios verbales, los documentos y dictámenes de la parte demandada se aportan en el acto de la vista (art. 265.4). El hecho de que este apartado sólo autorice al demandado a presentar los documentos en la vista del juicio verbal, y el hecho de que en el artículo 264, que regula el momento de aportación del poder notarial, los documentos acreditativos de la representación que el litigante se atribuya y los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa a efectos de competencia y procedimiento, se prevea que los mismos han de presentarse "con la demanda, la contestación o, en su caso, al comparecer a la vista de juicio verbal", mientras que en el artículo 265, que regula, como hemos visto, la aportación de documentos en que las partes funden su derecho, dictámenes periciales y demás documentos e informes con valor probatorio respecto de la cuestión controvertida, se prevea que los mismos han de acompañarse "a toda demanda o contestación", pero no sin añadir el inciso contenido en el artículo 264 respecto de la posibilidad de presentarlos "al comparecer a la vista de juicio verbal", muestra bien a las claras que el demandante habrá de aportar los documentos con la demanda también en el juicio verbal, a diferencia de lo que sucedía con la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los artículos 269 a 272 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan la preclusión del momento procesal oportuno para la presentación de los documentos en el proceso. Se trata de la materia que hoy regulan los artículos 506 a 510 de la todavía vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

La regla general se contiene en el primero de los citados preceptos: si con la demanda, la contestación o, en su caso, en la audiencia previa al juicio, no se presentara alguno de los documentos, medios, instrumentos, dictámenes o informes que, se-

gún la Ley, han de aportarse en esos momentos o no se designara el lugar en que el documento se encuentre, caso de no disponerse de él, ya no podrá la parte presentar el documento posteriormente.

Las excepciones a esa regla se contienen en el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé la procedencia de admitir los documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto presentados después de la demanda, la contestación o, cuando proceda, de la audiencia previa al juicio, en los siguientes casos: 1º) Ser de fecha posterior a esos momentos procesales, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad. 2º) Aun siendo de fecha anterior a esos momentos, cuando la parte justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia. 3º) Tratarse de los documentos o dictámenes que la parte no pudo obtener con anterioridad por causa no imputable a ella y respecto de los que hizo la respectiva designación de archivo, respecto del documento, o anuncio de presentación, respecto del dictamen.

Las demás partes podrán alegar, en el juicio o en la vista, la improcedencia de tomar en consideración esos documentos o dictámenes si consideran que no concurren las circunstancias que justifican su presentación tardía, resolviendo el juez en el acto y pudiendo imponer una multa si entiende que ha existido ánimo dilatorio o mala fe procesal en la presentación del documento.

En todo caso, el artículo 271 Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que, sin perjuicio de lo que pudiera acordarse como diligencia final (lo que hoy sería una diligencia para mejor proveer), no pueden presentarse documentos ni dictámenes después de la vista o juicio, salvo si se trata de sentencias o resoluciones judiciales o administrativas dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular conclusiones y que pudieran tener trascendencia para la resolución que hubiera de dictarse en primera instancia o en cualquier recurso, que pueden presentarse incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose traslado a las demás partes para que, en un plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia, resolviéndose sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia.

La presentación de documentos en momentos posteriores a los permitidos por la Ley, según los distintos casos y circunstancias, supone que el tribunal lo inadmitirá y mandará devolverlo a quien lo hubiere presentado mediante providencia contra la que no cabe recurso, según prevé el artículo 272 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además de esta regulación general, el artículo 266 prevé los documentos que han de acompañar a la demanda en casos especiales, concretamente en el caso de demandas de responsabilidad civil contra jueces y magistrados, de alimentos, de retracto y de otorgamiento de la posesión de los bienes adquiridos por sucesión hereditaria. No se trata de un *numerus clausus*, pues el último apartado del precepto prevé que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil u

otra Ley pueda exigir expresamente la presentación de ciertos documentos para la admisión de la demanda. La no presentación de estos documentos trae consigo, de acuerdo con el artículo 269.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la no admisión de la demanda. Otros supuestos similares al del artículo 266 son aquellos que regulan los documentos a acompañar con la demanda que inicia el proceso de ejecución (art. 550 en relación al 517, regulador de los títulos ejecutivos), el proceso monitorio (art. 812) y el juicio cambiario (art. 819). Se trata no tanto de la regulación de la prueba documental, sino de verdaderos requisitos de procedibilidad para que pueda darse curso al procedimiento, pues mientras que en estos casos parece evidente que no puede admitirse a trámite la demanda o solicitud si tales documentos no se acompañan, en el caso del artículo 265 la demanda sí será admitida a trámite, pero precluye la posibilidad de presentar los documentos que estén en el caso de dicho precepto y respecto de los que no concurren las excepciones que permiten su aportación posterior, por lo que si el hecho en que se basa la petición no puede acreditarse por otros medios probatorios, la petición formulada en la demanda habrá de ser desestimada en la sentencia.

Junto a la anterior regulación, el capítulo IV del título I del libro II, artículos 273 a 280 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula junto a la presentación de copias de los escritos, la de las copias de los documentos, con la importante novedad de que serán los propios procuradores los que, cuando todas las partes estuvieran representadas por procurador, deberán trasladar a las restantes partes las copias de los escritos y documentos que vaya a presentar al tribunal, mediante la entrega de las copias en el servicio de recepción de notificaciones organizado por el Colegio de Procuradores con carácter previo a la presentación del escrito y del documento original ante el propio Juzgado o Tribunal, previsto en el artículo 276 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha de ponerse de relieve que en la prueba documental, si no se impugna su autenticidad por la parte contraria a la que los presenta, no existe una actividad probatoria distinta de la simple presentación. Por ello, en el juicio ordinario, si la única prueba en un proceso es una prueba documental no impugnada, el proceso tiene prueba pero no juicio, pues se procederá a dictar sentencia tras la audiencia preliminar, sin celebrar juicio (art. 429.8).

LOS DOCUMENTOS PUBLICOS

La Sección 2ª del Capítulo VI del Título I del Libro II de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil regula la prueba documental pública, si bien no han sido derogados todos los preceptos que el Código Civil contenía relativa a la prueba de documentos, los preceptos de la sección denominada “de los documentos públicos”, artículos 1216 a 1224, e incluso algunos preceptos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se remiten expresamente a alguno de estos artículos Código Civil.

Comienza la sección señalando qué documentos se consideran públicos “a efectos de prueba en el proceso”, y que, conforme al artículo 317, son los siguientes:

1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los secretarios judiciales.

2.º Los autorizados por Notario con arreglo a derecho.

3.º Los intervenidos por corredores de comercio colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho.

4.º Las certificaciones que expidan los registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.

5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.

Basta presentar copia simple del documento público, que tendrán el mismo valor que si se aportara el original o copia autorizada si no es impugnado (arts. 267 y 318). De impugnarse la autenticidad de la copia simple, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación que reúna los requisitos necesarios para que surta efectos probatorios, debiendo entenderse que si no hubiera impugnación la copia simple del documento surtirá por sí sola efectos probatorios bastantes.

Si lo que se impugna es la autenticidad de la copia, certificación o testimonio fehaciente, se cotejarán con su original, y si es la póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, se comprobarán con los asientos de su libro registro, lo que se llevará a cabo por el secretario judicial, siendo los gastos, si resultarán ser auténticos, de cuenta del impugnante, que podrá ser multado si se apreciara temeridad en su impugnación (art. 320). En el juicio ordinario, es en el trámite de la audiencia previa del juicio ordinario cuando las partes han de pronunciarse sobre los documentos aportados de contrario, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad (art. 427.1).

Conforme al artículo 319.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la fuerza probatoria de los documentos públicos enumerados en el artículo 317, es la de hacer prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella. Aunque pudiera pensarse que la redacción de este precepto plantea algunas dudas si se le compara con el artículo 1218 del Código Civil, que no ha sido derogado, entiendo que dado que la fe pública notarial alcanza en la esfera de los hechos la exactitud de lo que el notario ve, oye o per-

cibe por sus sentidos (art. 1.º del Reglamento Notarial), ha de considerarse subsistente la doctrina jurisprudencial de que el contenido intrínseco del documento sigue fuera de la garantía de la fe pública (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de septiembre y 31 de octubre de 1991, 12 de febrero de 1992, 4 de mayo de 1995, 11 de julio de 1996 y 5 y 7 de marzo de 1997, entre otras).

LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

Pocos son los preceptos que la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica expresamente a la prueba de documentos privados. Pero ha de recordarse que los arts. 1225 y 1227 a 1230 del Código Civil, que regulan estos documentos y cuya regulación no parece a veces concordar con las nuevas previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no han sido derogados.

El artículo 324 define los documentos privados por exclusión: se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en la clasificación de documentos públicos del artículo 317.

Deberán presentarse en original o mediante copia autenticada por fedatario público y unirse a autos el original o la copia autenticada, o testimoniarse en autos, pero si sólo se poseyera copia simple del documento privado, surtirá los mismos efectos que el original si no fuera impugnada por las demás partes. Si el original del documento privado se encontrara en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará copia auténtica o se designará el archivo, protocolo o registro (art. 325, que se remite al 268).

El documento privado no impugnado hace prueba plena. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto, siendo los gastos, gastos y derechos que se originen de cuenta del impugnante si resultaran finalmente ser auténticos, pudiendo también multarse al impugnante en el caso de impugnación temeraria (art. 326.2 y 3). Si lo impugnado fueran las copias reprográficas de documentos, dibujos, fotografías, planos, etc., se procederá por el secretario a su cotejo con el original (art. 334).

Ha de recordarse que no han sido derogados los artículos 1225 y 1227 a 1230 del Código Civil, que contienen numerosas reglas al respecto.

El último párrafo del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una regla de valoración conforme a la sana crítica del documento privado, al prever que, en el caso de si del cotejo u otro medio de prueba propuesto al efecto, no se pudiese deducir la autenticidad del documento privado, o cuando no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Sobre este extremo ha de recordarse la reiterada doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que "esta Sala tiene declarado reiteradamente que la falta de reconocimiento de un documento privado

no le priva íntegramente del valor probatorio que el artículo 1225 del Código Civil le asigna, pudiendo ser tomado en consideración, ponderando el grado de credibilidad que pueda merecer en las circunstancias del debate, o complementado con otros elementos de prueba, pues la posición contraria supondría tanto como dejar al arbitrio de una parte la eficacia probatoria de un documento (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de enero y 11 de mayo de 1987, 25 de marzo de 1988, etc.)" (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1990; en el mismo sentido, S de 18 de noviembre de 1991); "...según tiene declarado esta Sala en SS de 6 de junio de 1982, 12 de junio de 1986 y 9 de julio de 1988, un documento privado puede tenerse por eficaz en juicio cuando se corrobore con otras pruebas practicadas, a pesar de lo expresado en aquel precepto (el art. 1.227 del Código Civil), dado que éste sólo es aplicable cuando el hecho a que se refiere únicamente puede tener demostración por el propio documento, pero no cuando existen otras pruebas que acreditan su realidad..." (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1990); "...nada impide dar relevancia a un documento privado no reconocido conjugando su valor con el resto de la prueba —SS de 16 de julio de 1982 y 27 de junio de 1981—" (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1991); "...la falta de reconocimiento o adveración de un documento privado no le priva en absoluto de valor y puede ser tomado en consideración, ponderando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del debate..." (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 11 de octubre de 1991). Esta doctrina cobra quizás especial importancia en un tipo de proceso como el diseñado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que la concentración de trámites (especialmente en el juicio verbal) puede hacer que frente a una inesperada impugnación de autenticidad del documento, la parte que lo presenta no pueda lograr la adveración o el cotejo del documento. En tales casos cobra especial importancia valorar y ponderar si esa impugnación de autenticidad tiene un fundamento razonable o si se trata de una simple "fórmula de estilo", carente de una concreta explicación (el porqué se impugna ese concreto documento), y que ha de ser desechada.

En lo que se refiere a los libros de los comerciantes, el artículo 327 se remite a lo dispuesto en las leyes mercantiles (arts. 31 y siguientes del Código de Comercio), si bien se añade que, de manera motivada, y con carácter excepcional, el tribunal podrá reclamar que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados, al contrario de lo previsto en el Código de Comercio, conforme al cual el examen de tales libros siempre se hará en el establecimiento del empresario. Se echa de menos una regulación más detallada de esta prueba, en relación también con la prueba pericial contable, pues el Código de Comercio contiene muy escasas reglas, y se trata de una prueba que cada vez se emplea más y que cada vez es más compleja, co-

mo más compleja es la actividad empresarial y comercial.

DISPOSICIONES COMUNES A LA PRUEBA DE DOCUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS

Se contienen en la Sección 4ª de este Capítulo VI, artículos 328 y siguientes.

Los artículos 328 y 329 regulan el deber de exhibición de documentos entre las partes y lo hacen teniendo en cuenta la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional sobre la materia y, en definitiva, los criterios derivados de los principios de buena fe y lealtad procesal que rigen en el moderno Derecho Procesal.

Hasta ahora ha estado muy extendida la idea de que la carga de la prueba, que supone que perjudicará a cada parte la falta de acreditación de los hechos en que se basa su posición en el proceso, supone que cada parte tiene que "buscarse la vida" por su cuenta, y que la parte contraria no tiene por qué colaborar en la aportación al proceso de pruebas que interesen a la parte contraria. Ya se sabe, "al enemigo, ni agua".

Esta postura fue ya expresamente desautorizada por el Tribunal Constitucional en varias resoluciones. En relación a los supuestos en los que la prueba se encuentre a disposición de la parte contraria a aquélla a la que interesa la práctica de tal prueba, ha declarado el Tribunal Constitucional, en la STC 7/1994, de 17 de enero, lo siguiente:

"...cuando las fuentes de la prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 C.E.) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al artículo 24 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses pertinentes para su defensa (STC 98/1987, FJ 3º y 14/1992, FJ 2º). Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie le es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, FJ 3º)".

Si bien la sentencia en que se hizo tal declaración resuelve un recurso de amparo relacionado con un proceso de filiación, no puede entenderse que tal doctrina sea exclusivamente aplicable a los procesos en los que se ventilan cuestiones de estado civil u otras en las que exista un interés público que haya de tutelarse de oficio, sino que por el contrario las citas de otras sentencias que realiza el Tribunal Constitucional muestra bien a las claras que tal doctrina es aplicable con carácter general a todos los procesos civiles e incluso de otra índole (la STC 14/1992 hacía un examen exhaustivo del juicio ejecutivo basado en pólizas mercantiles, pues resolvía

la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 1435 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y las otras dos sentencias versan sobre recursos de amparo interpuestos en relación a sendos procesos laborales). En similares términos se ha pronunciado también la Sala 1ª del Tribunal Supremo, cuya sentencia de 2 de diciembre de 1996 ha venido a afirmar que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda en el actor, desplazándola hacia la parte que se halle en mejor posición probatorio por su libertad de acceso a los medios de prueba.

Esta doctrina tiene ya plasmación legal en los citados artículos 328 y 329 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a los cuales cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a su disposición, acompañando copia simple del documento y, de no ser posible, se indicará en los términos más exactos posibles el contenido de aquél. En caso de negativa injustificada a dicha exhibición, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado, salvo que opte por formular requerimiento para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas. Lo que no regula la ley es que ocurrirá si, habiendo optado el tribunal por la segunda de las posibilidades, la parte requerida se siguiera negando a la exhibición del documento. Quizás fuera uno de los casos en los que procedería imponer a la parte la multa prevista en el apartado 3º del artículo 247 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de transgresión de la buena fe procesal por alguna de las partes.

Aparte de ese deber de colaboración de las partes en la aportación de los documentos, también se imponen para los terceros concretos deberes de colaboración en lo referente a la exhibición de documentos en su poder, siendo una concreción del deber de los ciudadanos de colaborar con los jueces y tribunales que impone el artículo 118 de la Constitución y 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Cuando se trata de terceros que tienen la condición de particulares, el artículo 330 contiene un régimen similar al artículo 603 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil: tras oír al tercero, el tribunal le requerirá la exhibición del documento si entiende que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia.

Cuando el tercero es una entidad oficial o una empresa que realice servicios públicos, prevé el artículo 332 que no podrá negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que

obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, caso en el que se dirigirá al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter. En esta materia habrá que ser especialmente cuidadoso con la legislación de protección de datos personales a la hora de solicitar datos de estos organismos o empresas. Asimismo, mientras no se reforme el contenido del artículo 113 de la Ley General Tributaria o el Tribunal Constitucional, al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad que hace ya varios años han sido presentadas respecto de dicho precepto, declare su inconstitucionalidad o realice una interpretación integrativa del precepto, seguirá existiendo en la práctica una imposibilidad de obtener documentos de la Agencia Tributaria para que sirvan de prueba en el proceso, salvo en procesos en que estén en juego los intereses de menores o incapacitados.

LA PRUEBA PERICIAL

Algunas de las novedades más importantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de prueba son las introducidas en lo que la ley denomina "dictámenes de peritos", que, teniendo en cuenta la prohibición legal de dejar a ejecución de sentencia la determinación de las cantidades a pagar por el demandado (art. 219), adquiere una especial trascendencia. Procede tal prueba "cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos" (art. 335), y no se reduce solamente al informe pericial elaborado en el periodo probatorio por el perito designado judicialmente, como ocurre ahora, sino que también se otorga valor de prueba pericial a los dictámenes periciales que en la antigua ley tenían difícil encaje y cuyo valor probatorio era objeto de polémica doctrinal y jurisprudencial. No obstante, la regulación deja mucho que desear en cuanto a claridad y sencillez, quizás porque no ha existido una integración adecuada entre lo previsto inicialmente en el proyecto de ley remitido a las Cortes, en el que la prueba pericial se reducía a los dictámenes presentados por las partes, y las enmiendas introducidas a lo largo de la tramitación a fin de que también sea prueba pericial la realizada por un perito designado judicialmente en el proceso.

En lo que respecta al momento y modo de proponer la prueba pericial, puede diferenciarse, de un lado, lo relativo a la presentación de dictámenes periciales, y de otro, la solicitud de emisión de un informe pericial por un perito nombrado en el proceso.

Comenzando por la primera modalidad de prueba pericial, la ley, reiterando en buena parte lo previsto al regular presentación de documentos, prevé que los dictámenes periciales habrán de ser aportados con la demanda o con la contestación (art. 336.1). Excepcionalmente, siempre que hayan sido previamente anunciados, podrán aportarlos posteriormente bien porque se justifique la imposibilidad de

disponer de ellos antes de presentar tales escritos de alegaciones, aportándolos en cuanto dispongan de ellos y siempre antes de la audiencia previa o de la vista (art. 337), bien por ser necesarios para contrarrestar las alegaciones del demandado en la contestación o surgir su necesidad de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia del juicio ordinario, en cuyo caso deberán aportarse con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o la vista (art. 338).

Los dictámenes se formularán por escrito, acompañados, en su caso, de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia o, al menos, dando sobre ellos las indicaciones suficientes, y pudiendo acompañarse al dictamen los documentos que se estimen adecuados para su más acertada valoración (art. 336.2). En cualquier caso, al aportarse el dictamen, la parte indicará si considera necesaria la presencia, en el juicio o vista, del perito autor del mismo, expresando si deberá exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito, lo que también podrá acordar el juez de oficio (arts. 337.2 y 338.2).

Ahora bien, es posible que los dictámenes periciales aportados por las partes no precisen siquiera ser sometidos a contradicción a presencia de sus autores, pues el art. 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que si la única prueba propuesta en la audiencia previa del juicio ordinario fueran los documentos aportados al proceso y no impugnados, o informes periciales respecto de los que no se ha solicitado la presencia de peritos en el juicio para la ratificación de su informe, se dictará sentencia seguidamente sin convocar a las partes a juicio.

Cuando la parte fuera titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo previsto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 339.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), cargo que deberá recaer, según prevé el art. 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (modificado por la Disposición Adicional 15ª de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil) en el personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas y, excepcionalmente, si lo anterior no fuera posible, peritos designados por el sistema de "lista corrida" entre los técnicos privados que correspondan.

Aquí enlazamos con la segunda modalidad de prueba pericial, y a este respecto prevé el artículo 339.2 que también el demandante o demandado que no sean titulares de este derecho de asistencia jurídica gratuita pueden solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial del perito. No puede solicitarse con posterioridad a la demanda o a la contestación la designa-

ción judicial de un perito salvo en relación a cuestiones suscitadas con posterioridad a la demanda (es decir, en la contestación a la demanda o en las alegaciones complementarias de la audiencia previa).

La designación judicial de perito deberá realizarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quien haya solicitado dicha designación. Cuando ambas partes la hubiesen pedido inicialmente, el tribunal podrá designar, si aquéllas se muestran conformes, un único perito que emita el informe solicitado.

En el juicio ordinario, si, a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia, las partes solicitasen en la audiencia la designación por el tribunal de un perito que dictamine, lo acordará éste así, siempre que, además de considerar pertinente y útil el dictamen, ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre (art. 339.3 en relación a 427.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El problema en este caso, como también ocurre con el supuesto de existencia de un único perito sobre una materia (último inciso del art. 341.2) es que prácticamente se deja la posibilidad de realización de la prueba a la buena voluntad de la parte que no esté interesada en la práctica de la prueba pericial y que por tanto no la ha propuesto, lo que quizás pueda dar lugar a supuestos de indefensión cuando una parte se vea privada de la posibilidad de practicar prueba pericial para acreditar los hechos en que basa su pretensión procesal por la negativa de la parte contraria a que se practique la prueba (o a que se practique por el único perito práctico que exista en una determinada materia). Entiendo que en todo caso ha de primar el artículo 24 de la Constitución en esta cuestión, debiendo evitarse la indefensión de una parte en caso de negativa injustificada o no razonable de la parte contraria a que la prueba se practique: o bien tal negativa injustificada ha de valorarse en contra de quien la mantuvo, o bien ha de acordarse la práctica de la prueba pese a la misma.

La designación judicial de perito (un solo perito titular por cada materia, art. 339.6) deberá realizarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quien haya solicitado dicha designación. Son dos los sistemas de designación de perito. En primer lugar, el artículo 339.4 prevé que si las partes que solicitasen la designación de un perito por el tribunal estuviesen además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal. Aunque no se prevé si la designación se hará por simple providencia o en una comparecencia, la previsión de posible conformidad de las partes sobre que sea un único perito quien realice los informes solicitados por ambas partes (art. 339.2) y asimismo la posibilidad de acuerdo en designar la determinada persona o entidad que haya de realizar la pericia (art. 339.4) puede hacer necesaria que la designación de perito en estos casos en que ambas partes proponen la

práctica de prueba pericial se haga en comparecencia, o en todo caso, dar un trámite de audiencia para que las partes manifiesten si existe tal conformidad. Lo más práctico, me parece, será realizar dicho nombramiento en el acto de la audiencia previa, por cuanto que en la misma se fijarán definitivamente los términos en que ha de practicarse la prueba pericial, y las partes pueden ponerse de acuerdo sobre la designación de un determinado perito para que realice todos los dictámenes periciales solicitados sobre una misma materia, aunque no pueda cumplirse a rajatabla el plazo de 5 días para la designación.

Fuera del caso anteriormente previsto, cuando la solicitud de designación de perito proceda de una sola de las partes o cuando, procediendo de ambas, no exista acuerdo en la designación de un determinado perito, se recurrirá al sistema de "lista corrida" del artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: de la lista que cada mes de enero deberá solicitarse a los distintos colegios profesionales o entidades análogas, academias e instituciones culturales y científicas, se hará una primera designación de cada lista que se efectuará por sorteo realizado en presencia del secretario judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo. Ahora bien, cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona (ya se ha comentado los problemas de la negativa injustificada de una de las partes).

Como excepción a lo anterior, la designación de perito se hará directamente de oficio por el juez, sin necesidad de instancia de parte, en procesos de filiación, incapacidad o matrimoniales (art. 339.5), debiendo recordarse que la prueba pericial médica en los procesos sobre capacidad de las personas, indispensable para decidir sobre la incapacitación (art. 759.1) y la prueba pericial biológica para la investigación de la paternidad y la maternidad en los juicios sobre filiación (art. 767.2), están entre las pruebas que el tribunal puede decretar de oficio, sin perjuicio de las que soliciten las partes y el Ministerio Fiscal.

¿Qué requisitos han de reunir los peritos para poder ser designados judicialmente? Conforme al artículo 340, los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias. Sin embargo, cuando se trata de los peritos designados por la parte para emitir un dictamen que será aportado por

la parte al proceso, la ley no exige que posean una determinada titulación, pues el artículo 335.1 habla simplemente de aportar el dictamen de peritos "que posean los conocimientos correspondientes". De todos modos, parece obvio que para que esa prueba tenga relevancia probatoria habrá de justificarse de algún modo por qué el perito tiene esos conocimientos, y el artículo 343.5 prevé como tacha las circunstancias que haga desmerecer el concepto profesional del perito.

Podrá asimismo solicitarse dictamen de academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia, o de las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello, en cuyo caso la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, que habrán de jurar o prometer el cargo (art. 340.2 y 3).

Comunicada al perito su designación, en el plazo de cinco días manifestará si acepta el cargo. En caso afirmativo, se efectuará el nombramiento y el perito hará, en la forma en que se disponga, la manifestación bajo juramento o promesa de actuación imparcial que ordena el apartado 2 del artículo 335. Si el perito designado adujere justa causa que le impidiera la aceptación, y el tribunal la considerare suficiente, será sustituido por el siguiente de la lista, y así sucesivamente, hasta que se pudiere efectuar el nombramiento.

Cuando la emisión del dictamen requiera algún reconocimiento de lugares, objetos o personas o la realización de operaciones análogas si alguna de las partes solicita estar presente y el tribunal lo admitiera, ordenará al perito que dé aviso directamente a las partes, con antelación de al menos cuarenta y ocho horas, del día, hora y lugar en que aquellas operaciones se llevarán a cabo, conforme al artículo 345.

Conforme al artículo 346 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el perito que el tribunal designe (no el que haya realizado el dictamen aportado por la parte) emitirá por escrito su dictamen, que hará llegar al tribunal en el plazo que se le haya señalado (y ratificará su autoría ante el Secretario, conforme al art. 289.3). De dicho dictamen se dará traslado a las partes por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado.

La nueva ley aborda el problema de la retribución del perito designado judicialmente, cuestión que en la actual ley carecía de regulación y que provoca reiterados problemas en la práctica. El dictamen del perito designado judicialmente será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas, y que cuando se designe un solo perito para emitir el dictamen solicitado por ambas partes, el abono de los honorarios del perito corresponderá realizarlo a ambos litigantes por partes iguales, sin perjuicio de lo que pudie-

re acordarse en materia de costas (art. 339.2). El perito designado podrá solicitar, en los tres días siguientes a su nombramiento, la provisión de fondos que considere necesaria, que será a cuenta de la liquidación final. El tribunal ordenará a la parte o partes que hubiesen propuesto la prueba pericial y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, que procedan a abonar la cantidad que fije en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones en el plazo de cinco días, y de no hacerlo, el perito quedará eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación. Cuando el perito designado lo hubiese sido de común acuerdo, y uno de los litigantes no realizare la parte de la consignación que le correspondiere, se ofrecerá al otro litigante la posibilidad de completar la cantidad que faltare, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen, o de recuperar la cantidad depositada (art. 342.3). Esta regulación puede paliar los problemas que suelen presentarse sobre quién y cuándo paga al perito, pero ha de ser aplicada con prudencia para evitar que solicitudes de provisión de fondos desorbitadas dejen a la parte sin posibilidad de practicar la prueba pericial. No puede reducirse la práctica de esta pericia a la regla de quien puede pagar una fuerte cantidad tendrá su pericia, y quien no pueda, no la tendrá.

La regulación contenida fundamentalmente en los artículos 342, 346 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil plantea serios problemas respecto a la posibilidad real de practicar la prueba pericial por perito designado judicialmente en los términos previstos en la ley. En el juicio ordinario, si conforme a lo dispuesto en el artículo 429.2 el juicio donde se practicará la prueba ha de señalarse en el plazo máximo de un mes a partir de la celebración de la audiencia, es prácticamente imposible que dentro de ese plazo se proceda a citar al perito, que éste acepte, que pida provisión de fondos, que se preste la misma, que se fije plazo para emitir el informe, que se emita, que se dé vista a las partes por si consideran necesario que el perito comparezca en el juicio, que las partes pidan en su caso la comparecencia del perito y que se le cite a éste, todo ello en el plazo de un mes, y habida cuenta de los plazos que el artículo 342 da al perito para que decida si acepta, para que pueda pedir provisión de fondos, para que esa provisión sea realizada, etc. Desde luego, cobra especial importancia que las listas de peritos facilitadas por los colegios profesionales y entidades similares estén actualizadas, que sus integrantes estén de verdad dispuestos a actuar como peritos y que estén completas en cuanto a domicilio, teléfono, así como indicación de la especialidad del perito en aquellas profesiones con diversas especializaciones. Los problemas que se plantean en el juicio verbal son aún mayores, como se verá.

En todo caso, las dificultades existentes para la práctica de la prueba pericial por perito designado judicialmente parecen indicar que el sistema "normal" de práctica de la prueba será el de dictámenes aportados por las partes, con citación en su caso del perito en el juicio para pedirle explicaciones,

aclaraciones, etc., y que el sistema hasta ahora vigente, de perito designado judicialmente, será en el régimen de la nueva ley "excepcional".

Como especialidad de la prueba pericial, los artículos 349 y siguientes regulan el cotejo de letras para el caso de que se cuestione la autenticidad de un documento privado o de documento público que carezca de matriz y de copias fehacientes y no pueda ser reconocido por quien lo expidió o autorizó, regulándose expresamente lo relativo al documento indubitado o el cuerpo de escritura con que debe hacerse el cotejo.

En los peritos concurre un deber de imparcialidad. Si se trata de peritos designados judicialmente, deben abstenerse si concurren en ellos las causas legalmente previstas (art. 100.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y si no lo hicieran, pueden ser recusados (art. 343.1 en relación al 124 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se prevén las causas de recusación añadidas a las ya previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Tratándose de peritos designados por las partes para realizar un dictamen que aportarán al juicio, no pueden ser recusados pero sí ser objeto de tacha cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias previstas en el artículo 343.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que habrán de ser formuladas lo más tarde en la vista, en el caso del juicio verbal, y en la audiencia previa al juicio, en el caso del juicio ordinario.

LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL

El artículo 353 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona.

Dicha prueba ha de proponerse en el juicio ordinario en el trámite de la audiencia previa, y en ese momento deberá señalarse su práctica para el mismo momento del juicio en el que se celebren las demás pruebas, si es posible realizarlo en la misma sede del tribunal por versar sobre cosas o personas que puedan ser llevadas a la sede judicial (art. 300.4) o para un momento anterior al juicio, señalándose con al menos cinco días de antelación, si hubiera de realizarse fuera de la sede judicial (art. 429.4, 290 y 353.3). En el caso del juicio verbal, su proposición ha de realizarse en la misma vista, practicándose seguidamente caso de que fuera posible realizarlo en el Juzgado, o debiendo interrumpirse la vista para practicar la diligencia de prueba fuera del Juzgado si la vista no tuviera más que una sesión o no pudiera verificarse entre una y otra sesión (art. 193.1.2).

La parte que lo solicite habrá de expresar los extremos principales a que quiere que el reconocimiento se refiera (sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estime que ha de tener el reconocimiento, para evitar que la parte pretenda que el juez sólo "se fije" en los aspectos que a ella le interesen y no haga constar las demás circunstancias que en el

reconocimiento se observen) e indicará si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia, y la otra parte podrá, antes de la realización del reconocimiento judicial, proponer otros extremos que le interesen y asimismo deberá manifestar si asistirá con persona técnica o práctica en la materia (art. 353.2).

El tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer (art. 354.1), para lo cual parece evidente que habrá de dictar Auto motivado previa audiencia del titular del domicilio donde haya de practicarse el reconocimiento, por exigencia del art 18.2º de la Constitución.

Las partes, sus procuradores y abogados podrán concurrir al reconocimiento judicial y hacer al tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas, pudiendo también el tribunal oír las observaciones o declaraciones de las personas técnicas o prácticas que acompañen a las partes, recibiendoles previamente juramento o promesa de decir verdad (art. 354.2 y 3).

Además del reconocimiento de lugares o cosas, que hasta ahora ha sido el objeto tradicional del reconocimiento judicial, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil prevé el de personas, en la que en todo caso se garantizará el respeto de la dignidad e intimidad de la persona (art. 353 en relación al 355). Este último precepto prevé que el reconocimiento judicial de una persona se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto. En dicho interrogatorio, que podrá practicarse, si las circunstancias lo aconsejaren, a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, podrán intervenir las partes siempre que el tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia. Parece que el legislador en este precepto está tomando en consideración principalmente lo que podría denominarse examen o reconocimiento psiquiátrico, debiendo recordarse que el artículo 759 establece como prueba preceptiva en los procesos de incapacitación el "examen" del incapaz, y el artículo 763 exige también como requisito para autorizar el internamiento involuntario de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí mismo la previa "audiencia" de tal persona. Pero puede haber casos de reconocimientos judiciales de personas en que no sea necesario ese interrogatorio, como es el caso de reconocimientos meramente corporales (vg, de cicatrices causantes de deformidad estética).

Los artículos 356 y 357 permiten que se practiquen en de modo concurrente la prueba de reconocimiento judicial con el reconocimiento pericial y el interrogatorio de testigos o de la parte contraria, cuando ello pudiera contribuir a la claridad de la declaración de estas personas.

Aparte de la previsión de levantamiento de acta por el secretario judicial (art. 358), prevé el art. 359 que se deje constancia del reconocimiento mediante medios de grabación de imagen y sonido, lo

que puede acarrear problemas prácticos en cuanto a la existencia de tales medios técnicos en los Juzgados (que parece lógico que consistan en cámaras de vídeo) y de personal apto para manejarlo adecuadamente.

LA PRUEBA TESTIFICAL

En el interrogatorio de testigos ("personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio", conforme al art. 360) se han producido, al igual que en el interrogatorio de la parte, cambios importantes, sobre todo la potenciación de la oralidad, con eliminación de los farragosos interrogatorios de preguntas y repreguntas.

Pueden ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos. Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente (art. 361).

La proposición de esta prueba ha de hacerse, en el juicio ordinario, en el acto de la audiencia previa, debiendo indicar la parte que la proponga qué testigos se compromete a presentar en el juicio y cuáles han de ser citados por el tribunal, en cuyo caso la parte proponente ha de facilitar el domicilio o residencia de las personas que hayan de ser citadas, si bien se les da un plazo de cinco días para subsanar la falta de aportación de algunos datos relativos a estas personas; y debe indicar también la parte proponente qué interrogatorios de testigos considera que han de practicarse por auxilio judicial, lo cual sólo se acordará excepcionalmente cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales del testigo o cualquier otra causa análoga, hiciese imposible o muy gravosa su comparecencia en la sede del Juzgado, caso éste en el que se dará a las partes el plazo de tres días a efectos de que presenten, cuando fuere preciso, una lista de preguntas, teniendo siempre presente que la falta de cumplimentación de tales exhortos no suspenderá el acto del juicio (art. 429.5º en relación al 169.4 y 284, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el juicio verbal la prueba se propone en el propio acto de la vista (art. 443.4), debiendo tenerse en cuenta que tanto actor como demandado deberán indicar, en el plazo de tres días desde que sean citados al juicio, las personas que por no poderlas presentar ellos mismos, han de ser citadas por el tribunal para que declaren en calidad de testigos (art. 440.1, párrafo 3º). Pese a la dicción literal del precepto, parece que no hay problema alguno para que el actor lo indique en la demanda.

Al proponer la prueba de testigos, se expresará su identidad, con indicación, en cuanto sea posible, del nombre y apellidos de cada uno, su profesión y su domicilio o residencia, aunque también podrá hacerse la designación del testigo expresando el cargo que ostentare o cualesquiera otras circuns-

tancias de identificación, así como el lugar en que pueda ser citado (art. 362).

Los testigos tienen el deber de comparecer, bajo sanción de multa de 30.000 a 100.000 pesetas y pena de desobediencia a la autoridad si citado de nuevo no compareciera (art. 292.1 y 2). Aunque el apartado 3 de dicho artículo prevé que en caso de incomparecencia injustificada del testigo o perito, el tribunal decidirá si la audiencia ha de suspenderse o debe continuar, entiendo que no se trata propiamente de una causa de suspensión de la vista, cuestión ésta regulada en el art. 188 y que supone que la vista o el juicio ni siquiera empieza a celebrarse, sino de interrupción de la vista, pues así lo prevé expresamente el artículo 193.1.4º, que exige que se considere imprescindible la declaración del testigo o el informe del perito para que proceda la interrupción, caso éste en que se celebrarán el resto de las pruebas y la vista habrá de reanudarse dentro de los siguientes 20 días, pues de no ser posible ha de celebrarse nueva vista.

Las partes pueden proponer cuantos testigos estimen conveniente, pero los gastos de los que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado, teniendo en cuenta que cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado (art. 363). El artículo 364 prevé la declaración domiciliaria del testigo que por enfermedad u otro motivo de imposibilidad o extraordinaria dificultad, el tribunal considerare que no puede comparecer en la sede de aquél, podrá tomarse declaración en su domicilio bien directamente, bien a través de auxilio judicial, y si se entendiera que las partes y sus abogados no pueden comparecer, se les autorizará a que presenten interrogatorio escrito.

Comenzará el interrogatorio de los testigos con el juramento o promesa de decir verdad (salvo los testigos menores de 14 años), con la conminación de las penas establecidas para el delito de falso testimonio (art. 365), declarando separada y sucesivamente, y sin comunicarse entre sí ni asistir a las declaraciones de los otros (art. 366).

La ley destierra (salvo los casos vistos antes de interrogatorio por exhorto o domiciliario) las listas escritas de preguntas y repreguntas, al establecer (art. 368) que las preguntas que se planteen al testigo deberán formularse oralmente, en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión. La previsión de que se formulen "en sentido afirmativo" no implica que deba recurrirse al formalismo de "diga ser cierto", sino, entiendo, que no se formule en un sentido negativo que dificulte saber si al contestar positiva o negativamente está afirmando o negando lo que se le ha preguntado. No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, admitiendo el tribunal las que puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio, e inadmitiendo las que no se refieran a los conocimientos

propios de un testigo según el artículo 360 (es decir, en las que no se pida la noticia de hechos). Las partes distintas de quien haya formulado la pregunta podrán impugnar su admisión. La parte que se muestre disconforme con la inadmisión de preguntas podrá manifestarlo así y pedir que conste en acta su protesta (art. 369).

Comenzará el interrogatorio con las preguntas "generales de la ley" que detalla el art. 367 (datos de identidad y si tiene relación con las partes o sus defensores o ha sido condenado por falso testimonio), y seguirá su declaración contestando a las preguntas que le formulen las partes (se entiende que sus abogados, si estuvieran asistidas por abogado), comenzando por aquella que le propuso, y el tribunal podrá también interrogar al testigo para obtener aclaraciones y adiciones. El testigo responderá por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas. Cuando la pregunta se refiera a cuentas, libros o documentos, se permitirá que los consulte antes de responder, debiendo el testigo expresar la razón de ciencia de lo que diga (arts. 370 y 372).

Una excepción a la prohibición de hacer valoraciones o calificaciones en la prueba testifical es la del "testigo-perito" del artículo 370.4, que prevé que cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos. En cuanto a dichas manifestaciones, las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha relacionadas en el artículo 343 de la Ley, que regula las tachas de los peritos.

Cuando los testigos incurran en graves contradicciones, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que se sometan a un careo, pudiendo también acordarse de que se celebre careo entre las partes y alguno o algunos testigos (art. 373).

Otros preceptos relativos a la prueba testifical son los que regulan los testigos con deber de guardar secreto, por su estado o profesión o por pertenecer los hechos por los que se le pregunta a materia legalmente declarada como reservada (art. 371), la documentación de las declaraciones testificales en soporte audiovisual complementado por acta (art. 374), a las indemnizaciones a que tienen derecho los testigos por los gastos y perjuicios que la comparecencia les haya originado (art. 375), indemnizaciones previstas quizás para compensar la obligación, bajo sanción de multa, que tienen los peritos de comparecer en juicio, y que tienen la consideración de gastos del proceso y que cada parte habrá de ir abonando a medida que se vayan produciendo, pero que son posteriormente incluibles en la tasación de costas si hubiere condena en costas (art. 241.4 y 242), y a la valoración de esta prueba (art. 376).

Sobre las tachas de los testigos versan los artículos 377 y siguientes, que regulan las circunstancias en que puede basarse la tacha del testigo, el tiempo en que pueden formularse (desde la admi-

sión de la prueba hasta el comienzo del juicio o vista) y la prueba que puede proponerse para sustentarla (se exceptúa la prueba testifical), así como su valoración en el momento de valorar la prueba.

El artículo 380 prevé el interrogatorio de los autores de los informes sobre hechos relevantes, si los mismos no hubieran sido reconocidos como ciertos por las partes a quienes pudieran perjudicar, sin que sea posible la tacha del testigo por razón de interés en el asunto, permitiéndose la manifestaciones basadas en conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos si los informes contuvieran valoraciones de este tipo. El precepto se refiere a los informes del número 4º del apartado 1 del artículo 265, que regula en realidad los dictámenes periciales, mientras que es el número siguiente, el 5º, el que se refiere a informes elaborados por profesionales de la investigación privada sobre hechos relevantes. Dado que en relación a los autores de los dictámenes periciales los artículos 335 y siguientes, que regulan la prueba pericial, se refieren a su intervención en el juicio como peritos, parece que nos encontramos ante una errata de la ley (no corregida en la corrección de errores publicada en el BOE de 14 de abril de 2000) y que debe entenderse referida al nº 5 del apartado 1 del artículo 265.

El artículo 381 regula una modalidad probatoria que, aunque usada frecuentemente en la práctica diaria, carecía de regulación legal en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de las respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas, cuando no proceda individualizar en personas físicas determinadas el conocimiento de lo que para el proceso interese, a oficios remitidos por el Juzgado interesando alguna información. Hecha la proposición, las demás partes podrán solicitar adiciones, rectificaciones o complementos, y la contestación escrita deberá ser hecha llegar al tribunal en los diez días anteriores al juicio o a la vista, bajo apercibimiento en caso contrario de multa de 25.000 a 100.000 ptas y de proceder contra el responsable por desobediencia a la autoridad, para dar traslado a las partes. El tribunal, de oficio o a instancia de parte, a la vista de las respuestas escritas o de su omisión o negativa, podrá disponer que sea citada al juicio o a la vista la persona o personas físicas cuyo testimonio pueda resultar pertinente o útil para aclarar o completar la declaración de la persona jurídica. También podrá admitir cualquier prueba pertinente y útil que se proponga para contradecir tal declaración.

REPRODUCCION DE LA PALABRA, EL SONIDO Y LA IMAGEN E INSTRUMENTOS PARA ARCHIVAR, CONOCER O REPRODUCIR DATOS

La Sección 8ª regula los medios de prueba basados en tecnologías más modernas que la simple plasmación de la escritura en un papel, y que en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil no estaban previstos, por la simple razón de que no existían, si bien la jurisprudencia ya los había admitido (vg, la

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992 admitía la aportación de vídeos al proceso, considerando los mismos como prueba documental, al igual que las cintas de casete, fotografías, etc., entendiéndose que dichos instrumentos exigen la adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial). Su régimen de aportación al proceso es el mismo que el de los documentos y dictámenes periciales.

El artículo 382 prevé como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Pueden incluirse entre estos medios las cintas de audio y vídeo, filmaciones en CD o DVD y cualquier otro soporte capaz de almacenar sonidos e imágenes. Al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras que resulten relevantes y podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido. El tribunal las valorará según las reglas de la sana crítica.

De la reproducción de estos instrumentos se levantará la oportuna acta con los datos más relevantes y las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas, pudiendo acordar el tribunal que se realice una transcripción literal, de ser necesario (art. 383).

Por último, el artículo 384 se refiere a los soportes informáticos o similares, que serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga, pudiendo también aportarse los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes al respecto, documentándose en autos del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento.

LA VALORACION DE LA PRUEBA

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece un sistema mixto de valoración de la prueba. Junto a la existencia de una serie de reglas legales de valoración de la prueba aplicables a determinados medios probatorios o en determinados casos, en los que el valor de la prueba viene fijado apriorísticamente en la ley, pues es el legislador quien ha positivizado unas máximas de experiencia, de modo que exista una gran seguridad jurídica en cuanto a la valoración del resultado de la prueba, existen otros casos en los que la valoración de la prueba se realiza por el juez conforme a criterios de sana crítica, en los que por tanto son máximas de experiencia del propio juez las que determinan la valoración de la prueba, de tal modo que es el juez quien tiene que precisar (y explicitar en la fundamentación de la

sentencia) las máximas de experiencia utilizadas para valorar la prueba.

Son casos de reglas legales de valoración de la prueba los de los artículos 319 a 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1218 a 1221 (salvo los dos últimos párrafos de este precepto) del Código Civil, cuya vigencia subsiste, relativos a los documentos públicos, que prevén, para el caso de documentos públicos cuya autenticidad se admita o se pruebe, el valor de prueba plena respecto de determinados extremos, como ya se vio.

En lo relativo a la prueba de interrogatorio de las partes, ha desaparecido el valor de prueba plena que el artículo 580 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil otorgaba a la confesión bajo juramento decisorio, que carecía de trascendencia práctica. Ahora, prevé el artículo 316 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la prueba de interrogatorio de parte que si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial. Aunque pudiera parecer que se trata de una prueba de valor tasado, el hecho de que haya de valorarse si el resultado de la prueba de interrogatorio de parte no es contradicho por el resultado de las demás pruebas, implica en la práctica una eliminación de cualquier carácter tasado en el valor de esta prueba. Prevé el citado artículo 316 que, en todo lo demás, los tribunales valorarán estas declaraciones de las partes según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307 respecto a la admisión tácita de los hechos que puede suponer la incomparecencia injustificada o la negativa a declarar, las respuestas evasivas o las inconcluyentes. Ha desaparecido la previsión legal de indivisibilidad de la prueba de confesión contra el que la hace, salvo cuando se refiera a hechos diferentes, o cuando una parte de la confesión esté probada por otros medios o cuando en algún extremo sea contraria a la naturaleza o las leyes, al haberse derogado el artículo 1233 del Código Civil, que lo establecía, si bien dicha previsión, aún no positivizada, parece que en la mayoría de los casos no es más que plasmación de los criterios de sana crítica que ha de imperar en la valoración de esta prueba conforme al citado artículo 316 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todos los demás medios de prueba se valoran conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 para el dictamen pericial y 376 para los testigos, explicitando este último precepto criterios lógicos como son la toma en consideración de su razón de ciencia, las circunstancias que en ellos concurren y las tachas formuladas).

Ni que decir tiene que la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica no equivale ni mucho menos a valoración arbitraria de la prueba o a la aplicación discrecional de la voluntad del juez que se esconde en ocasiones tras la fórmula de la "valoración en conciencia" de la prueba. Es necesario que el juez explicita en la sentencia de un modo

razonable, atendiendo a la complejidad de la actividad probatoria, la valoración que ha hecho del material probatorio para llegar a la conclusión a la que haya llegado respecto de lo que ha de considerarse probado y lo que no, sin acudir de modo injustificado a la fórmula de la "valoración conjunta de la prueba", huérfana de precisiones complementarias, como modo de eludir una motivación fáctica de la sentencia. Pues mientras que en los casos de prueba tasada o, lo que es lo mismo, de reglas legales de valoración de la prueba, es el legislador quien positiviza las máximas de experiencia que hacen que deba otorgarse a algunas pruebas un determinado valor, en los casos de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica es el juez quien tiene que aplicar sus propias máximas de experiencia, que deberá explicitar en la sentencia, explicando por qué no creyó a un testigo que había declarado de modo terminante a favor de la tesis de una de las partes, o por qué no da excesivo valor a un dictamen pericial, por poner dos ejemplos.

PRUEBA SOBRE HECHOS NUEVOS O DE NUEVA NOTICIA

Como excepción a los principios relativos a la preclusión del trámite de proposición de prueba, el artículo 286, al que se remite asimismo el artículo 426.4º, relativo al juicio ordinario, permite la posibilidad de que tras los escritos de alegaciones y siempre antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia (lo que ocurre tras el acto del juicio, en el juicio ordinario, y tras la vista, en el verbal) las partes puedan alegar hechos ocurridos o conocidos con posterioridad a dicho trámite de alegaciones, bien mediante un escrito de ampliación de hechos, bien mediante alegación en el acto del juicio o vista. Desde mi punto de vista, tales hechos nuevos o de nueva noticia no pueden tener una trascendencia tal que supongan una alteración del objeto del proceso, pues en tal caso se infringiría la prohibición de cambio del objeto del proceso (*mutatio libelli*) contenida en el artículo 412 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Debe tratarse, pues, de hechos de una trascendencia secundaria o complementaria respecto de los que constituyen el objeto fundamental del proceso.

Si la otra parte no lo reconociera como cierto, podrá proponerse y se practicará la prueba pertinente y útil cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. En otro caso, en el juicio ordinario, se podrá practicar como diligencias finales.

Entiendo que la previsión de que sólo se practicarán las pruebas que fueran posibles por el estado de las actuaciones implican que, salvo en el caso del juicio ordinario, en el que se podrán practicar como diligencias finales, en el caso del juicio verbal la alegación por el actor en la vista de hechos nuevos o de nueva noticia (puesto que el demandado contesta a la demanda en la vista) no es causa suficiente para la interrupción de la vista cuando pretenda esa interrupción para poder practicar prueba al respecto, pudiendo practicarse sobre esos he-

chos solamente la prueba que fuera posible practicar en la vista.

LAS DILIGENCIAS FINALES

A diferencia de las diligencias para mejor proveer de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no se prevé la posibilidad de practicar diligencias de prueba con posterioridad al juicio o vista en cualquier tipo de proceso, sino que solamente se prevé esta posibilidad en el juicio ordinario, y exclusivamente en la primera instancia.

En principio se prevé en el artículo 435 que solamente pueden acordarse a instancia de parte, en el caso de que por causas ajenas a la parte que las hubiese propuesto no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas o bien se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, sin que puedan acordarse aquellas pruebas que, habiendo podido proponerse en tiempo y forma, no lo hubieran sido. Sin embargo, también puede acordarse de oficio, además de a instancia de parte, la prueba ya practicada si su reiteración permitirá adquirir la certeza probatoria que no se consiguió al practicarla en su momento por circunstancias ajenas a la voluntad y diligencia de la parte que hayan desaparecido al tiempo de volver a acordarlas. Personalmente se me ocurre como un supuesto en que procedería acordar de oficio una diligencia final del reconocimiento judicial de unos vicios ruínógenos consistentes en filtraciones de agua cuando se practicó en un periodo de sequía, sin poderse apreciar si entraba el agua, en caso de que haya sobrevenido un periodo de lluvias.

Las diligencias finales habrán de practicarse en un plazo de 20 días y una vez practicadas las partes podrán comentarlas en el plazo de 5 días (art. 436).

LA PRUEBA EN LA EJECUCION

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil configura la ejecución, tanto de títulos judiciales o arbitrales (sentencias, laudos arbitrales, resoluciones que aprueben u homologuen transacciones judiciales, autos ejecutivos de la ley del automóvil) como extrajudiciales (escrituras públicas, pólizas de contratos mercantiles, etc., ver art. 517) como un auténtico proceso más que como una fase del procedimiento. Se prevé que la ejecución se inicie mediante demanda (art. 549) a la que ha de acompañarse el título ejecutivo y, en ciertos casos, otros documentos (art. 550) y para el caso de que se formule oposición por el ejecutado se prevén trámites de alegaciones y prueba (art. 556 y siguientes), que tendrán lugar mediante la presentación del correspondiente escrito de oposición, acompañado de la documentación oportuna, y en el caso de oposición por motivos de fondo, es posible la celebración de una vista como la del juicio verbal (art. 560).

Varios preceptos de los dedicados a la ejecución contienen previsiones en torno a la necesidad de que los motivos de ejecución sean justificados documentalmente, y en ocasiones mediante documentos públicos. Así, el artículo 556.1º, al regular la oposición a la ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales, prevé que si la oposición se basa en el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, habrá de justificarse documentalmente. Este precepto prevé también que si se opusieran pactos o transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, es requisito ineludible que los mismos consten en documento público.

En lo que respecta a la ejecución de títulos no judiciales ni arbitrales, el artículo 557 prevé varios motivos para la oposición a la misma por motivos de fondo y les exige ciertos requisitos en cuanto a su acreditación. Así, el pago ha de ser acreditado documentalmente, la compensación de crédito líquido ha de resultar de documento que tenga fuerza ejecutiva, la quita, espera o pacto o promesa de no pedir ha de constar documentalmente y la transacción ha de constar en documento público.

Al preverse en el artículo 560 la posibilidad de celebrarse vista con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, parece posible articular en la misma prueba distinta de la documental antes prevista. Pero entiendo que, en el caso del ejecutado, dicha prueba ha de ser complementaria de los documentos exigidos en cada caso para acreditar distintos motivos de oposición, y no puede sustituir la falta del documento, en ciertos casos documento público o de fuerza ejecutiva, necesario para formular el motivo de oposición.

Por último, llama la atención que mientras que en el caso de la tercería de dominio el artículo 595.3 exige para la admisión a trámite de la tercería un principio de prueba "por escrito", en el caso de la tercería de mejor derecho se exige únicamente un principio de prueba del crédito en el artículo 614.1.

PROBLEMAS DE LA PRUEBA EN EL JUICIO VERBAL

Creo que algunos de los problemas más importantes que van a plantearse en materia de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil lo van a ser en relación al juicio verbal. La previsión de que en este tipo de proceso la prueba ha de proponerse y practicarse seguidamente en la vista (art. 443.4º) no es concordante con numerosas previsiones contenidas en las disposiciones generales sobre prueba y en la regulación de los distintos medios de prueba que hacen los capítulos V y VI del título I del libro II, a los que expresamente se remite el artículo 445 para los juicios verbales, que prevén una regulación de la prueba incompatible con su proposición y práctica en un solo acto.

Algunos ejemplos son:

1. No se entiende cómo el artículo 290 prevé que las pruebas que no sea posible llevar a cabo en la vista habrán de ser señaladas con al menos cinco días de antelación y practicada en todo caso antes

de la vista, cuando la proposición de esa prueba ha de realizarse en la vista.

2. Asimismo, si una tercera persona que tenga conocimiento personal de los hechos por sus relaciones con el asunto ha de contestar al interrogatorio de la parte contraria o como testigo, por haberse preguntado a la parte por hechos que no son personales, tal como prevé el artículo 308, si dicha persona no se encuentra en el juzgado en el momento de celebración de la vista, y dado que no hay diligencias finales, no se sabe cómo podría declarar.

3. Tampoco se entiende cómo, según el artículo 315, las preguntas formuladas por escrito para los organismos públicos han de ser respondidas por escrito antes de la fecha prevista para la vista, cuando dicha prueba ha tenido que ser propuesta en la vista.

4. No es posible tampoco lo previsto en el artículo 337 en el sentido de que la parte demandada aporte el dictamen antes de la vista si no ha podido aportarlo con la contestación y solicite si desea que el perito autor del dictamen comparezca en la vista, por cuanto que la contestación a la demanda se produce en la misma vista, y la aportación del dictamen también.

5. Igualmente es absurda la previsión del artículo 338 de que los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda sean aportados con al menos cinco días de antelación a la celebración de la vista, por lo ya dicho de que la demanda se contesta en dicha vista.

6. También plantea problemas la previsión del artículo 339 sobre la designación judicial de un perito en el acto de la vista, en el juicio verbal, pues dada la unidad de acto entre proposición y práctica de la prueba en la vista del juicio verbal, una proposición de designación judicial de perito en el acto de la vista, además de lo improbable de que ambas partes se muestren de acuerdo en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito, como exige el precepto, no se sabe muy bien cómo se cita al perito, cuándo acepta, cuándo emite el dictamen.

7. Otro tanto ocurre con la previsión del artículo 346 de que el perito designado judicialmente emita su dictamen antes de la vista para que se dé traslado del dictamen a las partes y puedan estas solicitar la concurrencia del perito a la vista para pedirle aclaraciones o explicaciones, dado que la designación ha de hacerse justamente en la vista.

8. La previsión contenida en el artículo 378 de que las tachas de los testigos han de formularse "desde el momento en que se admita la prueba testifical hasta que comience el juicio o vista" es también absurda, pues la admisión de la prueba es justamente en la vista.

9. También el artículo 381, al prever que las respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, han de ser realizadas "en los diez días anteriores al juicio o a la vista" y que a la vista de la respuesta escrita, o de la negativa u omisión de ésta, pueda acordarse la citación a juicio de la persona o personas físicas cuyo testimonio pueda resultar pertinente y útil para aclarar o com-

pletar la respuesta escrita de la persona jurídica o entidad, choca con el problema de que dicha prueba sólo puede ser solicitada, en el juicio verbal, en la vista.

Seguramente estos preceptos responden a un descuido en la tramitación parlamentaria, en la que desapareció la previsión de un tipo de juicio verbal con contestación escrita aplicable a numerosos supuestos. Los casos, tales como los artículos 337 y 338, en que la ley prevé actuaciones entre la contestación a la demanda y la vista del juicio verbal, sólo podrán ser de aplicación en el caso excepcional del juicio verbal sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, con contestación escrita, del artículo 753. En los demás casos, dado que en el juicio verbal no son posibles las diligencias finales, la única solución para practicar pruebas propuestas en el acto de la vista y que no pueden practicarse en el acto sería, si se consideran imprescindibles para no causar indefensión a la parte que las propuso, la interrupción de la vista, encajando el supuesto en lo previsto en el artículo 193.1.2º o 3º, debiendo recordarse que conforme al artículo 193.3 la vista debe reanudarse dentro de los veinte días siguientes a su interrupción, pues en caso contrario debe celebrarse una nueva vista.

Pueden producirse problemas con las partes que residan en un lugar distante del partido judicial y que no asistan personalmente al acto de la vista. Conforme al párrafo 2º del artículo 440.1, si se propusiere y admitiere su declaración, se podrían considerar admitidos los hechos del interrogatorio conforme al artículo 304. Pero también es cierto que el artículo 169.4 autoriza practicar el interrogatorio de las partes por exhorto cuando razones de distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales de la parte o cualquier otra causa de análogas características haga imposible o muy gravosa su comparecencia. El problema reside en que la parte que no vaya a la vista del juicio verbal se enfrenta a la posibilidad de que el juez considere que no concurre la excepcionalidad exigida por el artículo 169.4º y que por tanto no está justificada la práctica del interrogatorio de la parte por exhorto, caso en que una interpretación un tanto laxa del artículo 193.1.2º podría permitir una interrupción de la vista por un plazo máximo de 20 días. Creo que se trata de un supuesto en que hay que actuar con cautela, evitando utilidades abusivas de lo previsto en el artículo 304 respecto a considerar reconocidos los hechos del interrogatorio por la parte incomparecida cuando concurren circunstancias excepcionales, pero evitando también que la sola circunstancia de no vivir la parte en el partido judicial justifique su inasistencia, sobre todo cuando no la distancia entre su domicilio o centro de trabajo y el juzgado no sea excesiva (por ejemplo, juzgados de grandes ciudades en relación a su zona metropolitana).

Por otra parte, la extraña previsión del párrafo 3º del apartado 1 del artículo 440 en el sentido de que en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación las partes "deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista para que

declaren en calidad de partes" (sic), puesto en relación con el deber genérico buena fe que impone el artículo 247 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, podría llevar a pensar que en juicios verbales en los que alguna parte resida en un lugar considerablemente alejado del juzgado y en los que a priori no se desprenda de un modo claro la necesidad de practicar dicha prueba de interrogatorio de esa parte, la parte contraria deberá indicar en el plazo de los tres días desde la citación que el tribunal debe citar a la parte contraria para la práctica de la prueba del interrogatorio de la parte, citando en tal caso el juzgado a la referida parte.

Ahora bien, las características del juicio verbal, concretamente la unidad de acto (contestación a la demanda y proposición y práctica de la prueba en la vista) y la excepcionalidad de los supuestos de interrupción del juicio, supuestos en los que encajan bastante forzosamente la interrupción para la práctica de pruebas propuestas en la vista, implican que en este juicio todas las pruebas que se propongan han de poder practicarse en el acto del juicio y que solamente procederá la interrupción del juicio en los excepcionales casos en los que, de no interrumpirse, se podría provocar una verdadera indefensión del litigante, por no tener otro medio de probar los hechos de su interés.

Por ejemplo, en la prueba pericial, en el juicio verbal habrá de recurrirse al sistema de dictamen pericial escrito aportado con demanda o contestación, y llevarse al juicio al perito (como por otra parte se hace en lo social y en los juicios abreviados en los juzgados contencioso-administrativos); y solamente podrá admitirse la interrupción del juicio para la práctica de una prueba pericial por un perito designado judicialmente en los excepcionales casos, difíciles de prever a priori, en los que no sea realmente posible a la parte practicar la prueba mediante la aportación de dictámenes periciales.

LA PRUEBA EN LOS PROCESOS ESPECIALES

Entre las disposiciones generales de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, que se tramitan como juicios verbales pero con contestación escrita, el artículo 752 establece que sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes. También como excepción a los principios dispositivo y de aportación de parte, que determinan que en los procesos sobre derechos sobre los que las partes no tienen poder de disposición la prueba ha de versar solamente sobre los hechos no admitidos por ambas partes, se prevé para estos procesos especiales que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado en estos procesos a las disposiciones de la Ley en materia de fuerza probatoria del

interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos, por lo cual no rigen en estos procesos especiales los principios legales de valoración de la prueba y sí solamente los de libre valoración judicial. Personalmente me parece absurdo esta no vinculación, puesto que en ciertos casos el valor legal de la prueba (por ejemplo, fecha e identidad de los intervinientes y realidad del acto de haberse hecho determinadas declaraciones ante el notario, en los documentos públicos notariales) está plena y absolutamente justificado en todo tipo de procesos, y en los demás existen suficientes elementos de valoración conforme a criterios de sana crítica que dan suficiente flexibilidad al juez para evitar abusos en esta materia.

Respecto del proceso de incapacitación, el artículo 759 prevé como pruebas preceptivas en este tipo de procedimiento la audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, audiencia que deberá extenderse a la cuestión del nombramiento del tutor o curador, el examen personal de éste por parte del juez y los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación a la declaración de incapacidad pretendida en la demanda, sin que pueda decidirse sobre la incapacitación sin ese previo dictamen pericial. Estas pruebas han de practicarse necesariamente en segunda instancia si la sentencia fuera apelada, lo que deberá ordenarse de oficio por el tribunal que conozca la apelación.

Las mismas pruebas han de practicarse de oficio, tanto en primera como en segunda instancia, en los procesos sobre reintegración de la capacidad o modificación del alcance de la incapacitación previstos en el artículo 761.

El artículo 767 establece las especialidades probatorias de los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad. Junto con la exigencia de un principio de prueba como requisito de admisibilidad de las demandas sobre determinación o impugnación de la filiación, se prevé que será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Aunque no haya prueba directa podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo. Asimismo se prevé que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.

En cuanto a los procesos matrimoniales y de menores, el artículo 770.4º prevé que las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a he-

chos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados. Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años.

El artículo 771.3º prevé que en la comparecencia que ha de celebrarse para la adopción de las medidas provisionales se practicará la prueba que las partes y el Ministerio Fiscal propongan y no sea inútil o impertinente, así como la que el tribunal acuerde de oficio, y la que no pueda practicarse en la comparecencia se practicará, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes.

El 774 prevé que para la adopción de las medidas definitivas que hayan de adoptarse, en caso de acuerdo, podrán las partes proponer en la vista del juicio las pruebas que consideren convenientes para justificar su procedencia, y, a falta de acuerdo entre las partes, se practicará, también en la vista del juicio, la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos relevantes para la decisión a tomar.

Por último, el artículo 777, al regular el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo, prevé que con el escrito inicial del procedimiento deben acompañarse una serie de documentos (certificación de matrimonio y de nacimiento de los hijos, documentos en que funden su derecho a obtener la separación o el divorcio) y en dicho escrito se propondrán las pruebas de los hechos relevantes que no pudieran ser probados documentalmente, y durante un plazo de diez días, con posterioridad a la ratificación del escrito, además de completarse en su caso la documentación aportada, se practicará la prueba propuesta y la que el tribunal, de oficio, considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias exigidas en cada caso por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar el convenio regulador presentado.

LA PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

Los artículos 460 y 464 regulan la prueba en la segunda instancia, al conocer la Audiencia Provincial del recurso de apelación. El primero de dichos preceptos prevé que podrán acompañarse al escrito de interposición los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el artículo 270 (los que permiten la aportación de documentos después de la demanda o de la contestación) y que no hayan podido aportarse en la primera instancia. En el escrito de interposición se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes: 1ª. Las que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista. 2ª. Las propuestas admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales. 3ª. Las que se refieran a hechos de relevan-

cia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad.

Asimismo, el demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho.

Por su parte, el artículo 464 prevé que recibidos los autos por el tribunal que haya de resolver sobre la apelación, si se hubiesen aportado nuevos documentos o propuesto prueba, se acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días. Si hubiere de practicarse prueba, en la misma resolución en que se admita se señalará día para la vista, que se celebrará, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

BREVE VALORACION FINAL

Lo expuesto anteriormente provoca, en mi opinión, una cierta perplejidad en cuanto a la valoración de las novedades de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Por un lado, la concentración de trámites y la oralidad que caracterizan fases fundamentales del proceso, y en concreto los actos en los que se propone y practica la prueba, han de valorarse positivamente. Se da cumplimiento al mandato constitucional de que el proceso sea predominantemente oral, y las novedades del texto legal habrían de enterrar el modelo de proceso disgregado de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, habrían de obligar a la presencia del juez en los actos fundamentales del proceso civil, algo que en la actualidad no sucede a menudo, y su participación activa en la consecución de un proceso más ágil. Estos cambios suponen una mejor prestación de la tutela judicial efectiva que exige el artículo 24 de la Constitución, puesto que, como ponen de manifiesto Borrajo Iniesta, Díez-Picazo Giménez

y Fernández Farreres en su obra "El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo" (Civitas, 1995), "en la actualidad, el principal foco de vulneraciones del artículo 24 de la Constitución se encuentra en las propias leyes procesales vigentes, no en la actuación de los órganos judiciales, que se ven obligados a sustanciar procesos y recursos en un marco normativo que prefiere la escritura a las vistas orales (y que no ofrece medios para elaborar actas, elemento esencial), la concatenación inacabable de trámites a la concentración (con la consiguiente multiplicación de citaciones y notificaciones) y que multiplica los procedimientos especiales y las complicaciones procesales hasta impedir cualquier gestión racional de la carga de asuntos".

Pero se han regulado algunos aspectos de la prueba (valga como botón de muestra la regulación de la prueba pericial) de un modo muy complicado e incompatible en buena medida con esa finalidad de concentración y agilidad, o bien de un modo que en ocasiones hace imposible la práctica de la prueba (como se ha puesto de relieve al comentar el juicio verbal), introduciendo fuertes dosis de inseguridad jurídica que no pueden deparar nada bueno. Los mismos autores arriba citados indicaban en su obra que "el artículo 24.1 C.E. puede resultar incompatible con una excesiva complejidad del ordenamiento procesal (STC 30/1984, f.j. 3)"

Ello, junto con el modo en que se han regulado otros aspectos del proceso, como sucede con ciertos trámites de la ejecución o del recurso de apelación, en los que se introducen innecesariamente dilaciones (añadían dichos autores que "... la ley procesal debe siempre, al configurar sus instituciones, efectuar una ponderación adecuada del derecho fundamental a no padecer dilaciones indebidas"), posibilidades de oposición excesivas y formalismos inútiles (como la necesidad de que el trámite de ejecución se inicie por una nueva demanda a la que el ejecutado puede oponerse con un doble trámite para resolver la oposición, según se deba a motivos formales o de fondo), hace que el logro de las finalidades de celeridad y agilidad queridas por el legislador sea realmente incierto.

Parejas, dudas y cintas de vídeo. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de familia

Joaquín BAYO DELGADO

PRINCIPIOS GENERALES

Ante la entrada, el próximo 8 de enero de 2000, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil es oportuno hacer un repaso crítico de los procesos que regula. Concretamente, dentro del libro IV, donde están regulados los procesos especiales, los que podemos denominar de familia. El juicio global de la regulación que hace la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha de ser necesariamente positivo, aunque sólo sea por algunas de las novedades que incorpora, largamente solicitadas por los especialistas en la materia. Sin embargo, no todo es positivo en la nueva regulación; podemos detectar errores, unos involuntarios y otros plenamente voluntarios, e incoherencias fruto de la tramitación parlamentaria hecha a veces sin gran interés por completar todas las consecuencias que la introducción de un elemento provoca en el conjunto.

El primer logro positivo de la nueva ley es su propósito, en parte logrado, de sistematización y refundición de materias hasta ahora dispersas. La ley pretende y en buena parte consigue hacer una compilación de todos los principios reales de carácter procesal que deben aplicarse a los procedimientos de familia. Hasta ahora, muchos de ellos debían deducirse de la naturaleza de las materias objeto del procedimiento. Ahora esos principios los vemos corroborados en el capítulo primero del título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 748 de la nueva ley, con el que se inicia el último libro, enumera los procesos especiales a los que se aplica el procedimiento que podemos llamar juicio verbal especial. En primer lugar incluye los procesos sobre capacidad y prodigalidad, en segundo lugar los de filiación y en tercer lugar los procesos matrimoniales y asimilados. Debe señalarse como primer elemento positivo que los procesos sobre nulidad matrimonial se unifican, acabando así con la distinción que hacía la normativa derogada sobre distintos supuestos de nulidad. También es positivo que se mencione específicamente la modificación de medidas matrimoniales, puesto que se acaba así con con toda posible interpretación de que la modificación es un proceso incidental y no, como en realidad es, un proceso principal, y además esa mención remarca la idea, ignorada en la Ley 30/1981, de que el núcleo de la conflictividad de los procesos de familia está precisamente en las medidas y no en la acción de estado y civil.

El punto cuarto del artículo 748 constituye un error absolutamente voluntario del legislador. A pesar de las propuestas de modificación, ha mantenido voluntariamente al margen de este nuevo proceso los conflictos que tienen su origen en las leyes aprobadas en tres comunidades autónomas, a sa-

ber, Cataluña, Aragón y Navarra, que han legislado sobre la unión estable de pareja, las uniones estables no casadas y la igualdad jurídica de las parejas estables, respectivamente, adoptando así una postura beligerante contra esas realidades y la competencia legislativa que sobre ellas han ejercitado los parlamentos autonómicos. El legislador procesal olvida, o mejor quiere olvidar, que las leyes autonómicas forman parte plena de la legalidad española y que como tal necesitan el cauce procesal para ser llevadas ante los tribunales. La inclusión del adverbio "exclusivamente" limita el nuevo proceso verbal especial a las disputas sobre guarda y custodia y alimentos de los hijos menores y mayores incapacitados bajo la potestad parental prorrogada. Eso significa que en caso de ruptura, las parejas no casadas deben acudir a procesos separados o bien plantear uno solo por el cauce del juicio ordinario. Pero el artículo 73.1.2 puede representar un problema si se consideran de diferente tipo los declarativos ordinario y verbal, por una parte, y el verbal especial, por otra. Además, puede plantearse la duda de si son aplicables los principios contenidos en las disposiciones generales de los procesos especiales en un juicio ordinario en las materias relativas a los hijos menores. La contestación parece que ha de ser afirmativa pero las dudas no acaban ahí, puesto que difícilmente serán aplicables otras previsiones como las medidas cautelares del artículo 770.6, la ejecutividad inmediata de las medidas del artículo 774.5 y otros.

Pero la voluntad excluyente del legislador no acaba sus efectos en lo dicho. Los pleitos sobre privación de la potestad parental o de su ejercicio o sobre distribución de ese ejercicio no se podrán tramitar por el juicio verbal especial y, por tanto, deberán ser tramitados por el ordinario, con iguales dudas de aplicación de los principios generales procesales inspirados en la función tuitiva del juez. No cabe otra solución que forzar la interpretación de los términos "guarda y custodia" e incluir en ellos todo lo relativo a la potestad parental, puesto que la guarda y custodia es una de las funciones de esa potestad. El artículo 39 de la Constitución impone la no discriminación de los hijos por razón de su condición de matrimoniales o extramatrimoniales. Si no se hace la interpretación propuesta los segundos continúan siendo discriminados, puesto que los temas de patria potestad pueden ser abordados en los procesos matrimoniales a tenor de los artículos 92 del Código Civil y 76.1 y 136 del Código de Familia de Cataluña.

Por si la inseguridad jurídica creada por la postura ideológica del legislador no fuera suficiente, hay que añadir el olvido en la disposición derogatoria de la disposición transitoria 10ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en mate-

ria de filiación, potestad parental y régimen económico del matrimonio, que remite al procedimiento de jurisdicción voluntaria para las controversias sobre la patria potestad y condiciona su propia vigencia a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La duda surge por cuanto el libro III de la antigua ley, con algunas excepciones, continúa vigente. Parece que esa disposición transitoria debe ser considerada como derogada, pero el legislador debería haber pensado en ella.

Ni que decir tiene que las parejas de hecho, es decir las que no reúnen las condiciones establecidas en las legislaciones autonómicas, tampoco tienen un cauce específico para sus controversias llegado el momento de la ruptura.

Significativamente, y en abierto contraste, el procedimiento para reconocimiento de la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial es aplicable siempre, con hijos o sin ellos, sea el planteamiento contencioso o consensual, con solicitud de medidas o sin ellas.

Los dos últimos puntos del artículo 748 merecen una valoración muy positiva. Afortunadamente se deja la idea de la jurisdicción voluntaria para dar cauce procesal a lo que en realidad encierra contienda, a veces muy enconada, distinguiendo la jurisdicción voluntaria y los principios de actividad procesal de oficio y tuición, que también pueden ser aplicados en los procesos contenciosos como demuestra la nueva regulación. A partir de ahora la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores se regirá por las mismas previsiones procesales que el resto de procesos de familia contenciosos. Se recoge así por vía legislativa la postura expresada por el Congreso de JpD en Zaragoza, en 1995. La determinación de la necesidad de asentimiento en la adopción ya se regía por el verbal desde la Ley Orgánica 1/1996.

La intervención del Ministerio Fiscal en todos los procesos de nulidad, según claramente establece en el artículo 749, viene a subsanar el olvido de la disposición adicional octava de la Ley 30/1980, pero ese artículo, al hacer intervenir al Ministerio Fiscal cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea menor deja la duda sobre qué debe entenderse por "menor". Parece que el menor emancipado no debe incluirse en ese concepto, ya que la ley lo equipara al mayor de edad salvo para los supuestos que específicamente prevé en el artículo 323.1 del Código Civil y equivalentes autonómicos.

La posibilidad de una sola defensa y representación en los procesos de mutuo acuerdo se mantiene en el artículo 750.2, pero la práctica demuestra que esa unidad de defensa no responde a los hechos. Antes de llegar al juzgado la pareja ha debido negociar los términos de su ruptura y en esa negociación la sola presencia de un abogado puede plantear problemas. Con todo es positivo que la nueva ley haya incorporado dos excepciones a esa defensa única, una optativa para las partes y otra obligatoria. La primera será precisamente cuando el convenio debe renegociarse, si el juez no lo aprueba o no aprueba alguno de sus pactos. La segunda excepción, ya actualmente en la práctica, se da cuan-

do debe ejecutarse judicialmente el convenio ante el incumplimiento de una de las partes; es obvio que el surgimiento de intereses claramente contrapuestos impone una defensa y representación distintas para cada parte.

La tardía, y como hemos visto limitada, inclusión de los menores extramatrimoniales en los procesos especiales diseñados por el legislador ha provocado desajustes y faltas de coordinación. La primera de ellas la encontramos en el punto segundo del artículo 750, puesto que sólo se menciona la separación y el divorcio, cuando, como veremos, el procedimiento consensual también es aplicable a los procesos sobre guarda y custodia de hijos menores y sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. También es aplicable al reconocimiento de la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas, que igualmente ha olvidado el legislador en ese artículo.

En el haber de la nueva ley hay que incluir la idea de que en los procesos de familia se discuten materias de diversa índole, a las que deben aplicarse principios distintos y a veces contrarios. Esa idea aparece claramente expresada en el artículo 751, que regula la indisponibilidad del objeto del proceso. Efectivamente en aquellas materias económicas y patrimoniales en las que sólo están interesadas personas mayores de edad plenamente capaces deben regir los principios ordinarios sobre renuncia, allanamiento y transacción. Por contra, en las materias donde están en juego los intereses de menores o incapaces no será posible la renuncia, el allanamiento o la transacción, por lo menos desde una perspectiva estrictamente procesal, pues hay que recordar que precisamente en estos procesos el legislador, con buen criterio, prevé el cauce consensual. El desistimiento plantea más problemas y dudas en la forma en que viene regulado en la nueva ley. Se distingue entre la necesidad de conformidad del Ministerio Fiscal o la exclusión de esa necesidad. Los casos excluidos son enumerados en el artículo 751, pero el legislador olvida algunos supuestos obvios. La modificación de medidas de nulidad, separación o divorcio, si no hay menores ni incapacitados, no debe necesitar la conformidad del Ministerio Fiscal, entre otras cosas porque no interviene, aunque la ley no cite el supuesto; por otra parte nos encontramos con una situación paradójica: la modificación de medidas matrimoniales, si hay hijos menores o incapaces, y los procesos sobre guarda y custodia y alimentos de hijos necesitan la conformidad del Ministerio Fiscal, pero si esas medidas se solicitan en un proceso de separación o de divorcio, o en uno de nulidad donde no sea necesaria la conformidad del Ministerio Fiscal, el desistimiento de esa acción de estado civil acarrea el desistimiento de la solicitud de medidas. También se ha olvidado el legislador de que es necesaria la conformidad del Ministerio Fiscal, si queremos ser coherentes, en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores y sobre la necesidad de la sentimiento en la adopción. Por último, aunque el legislador tampoco lo diga, la regulación del desistimiento también es

aplicable a los procesos consensuales en los respectivos casos, aunque es difícil imaginar la prosecución de un procedimiento consensual sin consenso. Íntimamente relacionado con todo lo anterior está la posibilidad de que el juez adopte de oficio decisiones que no han sido solicitadas por las partes, incluido el Ministerio Fiscal. A ella parece referirse el artículo 774.4, aunque de forma imprecisa y tal posibilidad solo puede referirse a las medidas que afecten al interés de los menores o asimilados.

En materia de prueba se vuelve a la idea de la distinta naturaleza de las materias de estos procesos. En las materias donde no rige el principio dispositivo se consagra la exclusión de la *perpetuatio iurisdictionis*. La realidad cambiante extraprocesal puede llevarse al proceso hasta tanto no haya recaído sentencia firme, es decir la apelación no será una mera revisión del proceso en primera instancia sino que deberá adaptarse a la realidad inmediata anterior a la segunda sentencia. Sin embargo, el legislador debería haber incorporado en el artículo 752 la previsión de un trámite de audiencia e incluso de contra-prueba puesto que se llevan al pleito hechos nuevos acaecidos con posterioridad a los trámites normales de alegaciones y prueba.

Resulta difícil entender los motivos de la regulación contenida en el artículo 754. No parece posible que exista un pleito sobre las materias que nos ocupan que no coincida con uno de los supuestos del artículo 138.2. Dicho de otro modo, la privacidad es siempre lo procedente tanto en lo que afecta a las comparecencias y vistas como al acceso a los autos y exclusión de la publicidad de la resolución de las resoluciones. No se alcanza a comprender por qué no se ha establecido ese principio general y se prevé que en cada caso haya que declarar los actos y las vistas a puerta cerrada y las actuaciones reservadas. Esa declaración debe hacerse por providencia y no por auto, como en los procesos no especiales, pero a falta de exclusión será también necesaria la previa audiencia de las partes personadas. Demasiados trámites para algo tan obvio y general.

Y llegamos a las cintas de vídeo. El artículo 147 es plenamente aplicable a los procesos especiales de familia. Nada hay que objetar al respecto. Pero esa privacidad y reserva también afecta a las cintas de vídeo o los CD-ROM o a cualesquiera otros medios técnicos de grabación de la imagen y sonido. La entrega de copias deberá estar siempre condicionada a esa reserva y hubiese sido bueno que el artículo 754 hiciera esa prevención. Hay otro aspecto que también debería incluir y no lo ha hecho. Nos referimos a las peculiaridades de la audiencia de los mayores de 12 años. A nuestro modo de ver es positivo que esa audiencia esté prevista tanto para procedimiento contencioso (art. 770.4) como en el consensual (art. 777.5), pero su práctica debe excluirse del ámbito de aplicación del artículo 147, pues, aunque sea una prueba más, su reflejo en las actuaciones debe pasar por el tamiz del buen criterio y prudencia del juez, ante las circunstancias de cada caso concreto.

El último de los artículos dedicados a las disposiciones generales es el 755. La nueva ley se limita a

distinguir entre la comunicación de oficio a los registros civiles y la comunicación a instancia de parte al resto de registros públicos. Podría haber aprovechado para ser más precisa. De esa manera queda sin resolver la constancia en el Registro Civil de las medidas que afectan a la guarda y custodia de los menores. El artículo 263 del Reglamento del Registro Civil prevé la constancia "del cuidado de los hijos" pero las Instrucciones de la DGRN de 7 de noviembre de 1983 excluyen esa constancia por evidentes razones logísticas. Por otra parte, el artículo 266 del antes citado reglamento prevé con carácter potestativo las indicaciones sobre régimen económico matrimonial, en tanto que el artículo 1333 del Código Civil hace obligatoria, de oficio, la comunicación de las variaciones; la nueva ley debería interpretarse como confirmatoria de esa obligación, en aras a una mayor seguridad jurídica.

Dentro las cuestiones generales, aunque no lo incluya el capítulo primero, conviene tratar del examen de oficio de la competencia territorial. Cada capítulo, salvo el tercero, dedica un primer artículo a la competencia territorial, pero sólo el artículo 769 incluye la expresión clara y terminante de que el tribunal examine de oficio su competencia territorial y serán nulos los acuerdos de las partes que se opongan a los criterios fijados en ese mismo precepto. Esta norma debe ser calificada de positiva, puesto que es más clara que la contenida en la disposición adicional tercera de la ley 30/1981 y queda claro que no caben ni la sumisión expresa ni la tácita. Sin embargo, la omisión de ese examen de oficio en otros capítulos puede generar alguna duda si se interpreta que la inclusión de un supuesto excluye los demás. No es problema en los procesos sobre necesidad de asentimiento para la adopción ni en la liquidación del régimen económico matrimonial, regulada en los artículos 806 y siguientes, puesto que la ley fija la competencia funcional del juez de la adopción, en el primer caso, y del juez del proceso en virtud del cual se ha producido la resolución de la disolución del régimen, en el segundo caso. Pero el legislador olvida los procesos de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, donde no es imaginable la sumisión expresa pero es posible la sumisión tácita si la administración demandada no plantea la correspondiente declinatoria de jurisdicción o, en su defecto, el misterio fiscal. Tampoco se expresa el examen de oficio de la competencia para las medidas previas reguladas en el artículo 771, que corresponden al juez del domicilio del demandante, pero debe entenderse que el artículo 769.4 también es aplicable a ese supuesto. En el caso de los procesos sobre la capacidad de las personas, el artículo 756 omite toda referencia a esa comprobación competencial, pero debe entenderse que también les es aplicable el principio. La solución no es tan clara para los procesos sobre filiación, que, de entrada, siquiera tienen una norma de competencia territorial específica y se rigen por el artículo 50. Ante la ausencia de examen de oficio, recogido de manera expresa, parece que deben aplicarse las normas generales sobre competencia territorial.

Hubiera sido bueno que en lugar de dedicarse el punto 1 del artículo 764 a establecer la obviedad de que es posible la determinación legal de la filiación y su impugnación por vía judicial, se hubiese establecido el criterio de competencia territorial obligatoria, como el domicilio del demandado.

PROCESO CONTENCIOSO TIPO

La nueva ley regula el proceso contencioso tipo en sucesivas fases de especialización. Parte del proceso verbal de los artículos 437 y siguientes (por cierto, sin mencionar en el artículo 250 los procesos especiales), que a su vez regula en parte por remisión al juicio ordinario, e introduce en el artículo 753 unas primeras especialidades. Al estar ubicado entre las disposiciones generales, esas especialidades son de aplicación a todos los procesos enumerados en el artículo 748, salvo exclusión específica en algunos supuestos (medidas provisionales, proceso consensual, eficacia civil de resoluciones eclesiásticas sin petición medidas). Esas variaciones respecto al verbal normal son la forma de la demanda y de la contestación, la integración de oficio del litisconsorcio y el plazo para contestar. En la primera peculiaridad aparece falta de rigor; efectivamente, se dice que la contestación a la demanda se formulará conforme al artículo 405, es decir según la forma de demanda que regula el artículo 399. Pero nada se dice de la forma de la propia demanda inicial. El artículo 437 describe la demanda del juicio verbal como "demanda sucinta", de manera que una interpretación literal haría que el verbal especial de familia tuviera la demanda sucinta y la contestación del proceso ordinario. El principio de igualdad de partes impone rectificar esa conclusión para que el demandado pueda tener el mismo detalle y rigor en la demanda que debe contestar que el detalle y rigor con que debe redactar su contestación. La subrogación de oficio de litisconsorcio pasivo es coherente con las facultades del juez en relación con las materias de estos procesos, pero a este respecto hemos de volver a criticar el número 4 del artículo 748, por su redacción, pues en lo que atañe a alimentos no deja margen a ningún litisconsorcio. Efectivamente el verbal especial sólo es aplicable a la reclamación de alimentos de un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. Demandante y demandado quedan así fijados de manera exclusiva y excluyente. Tanto es así que una reclamación de la madre dirigida contra el padre y subsidiariamente contra los abuelos paternos debe tramitarse por el procedimiento verbal normal (art. 250.1.8ª), igual que cualquier otra reclamación de alimentos. De hecho, es difícil de entender por qué unos alimentos van por un proceso especial y otros no.

La tercera especialidad es el plazo de veinte días, coincidente con el del juicio ordinario.

Llegamos así al juicio verbal especialísimo matrimonial y de menores. El primer artículo, el 769, se refiere a la competencia territorial, por una parte, de los procesos matrimoniales y, de otra, de los procesos sobre guarda y custodia o sobre alimentos de

menores. Y aquí nos aparece uno de los errores que la tramitación parlamentaria precipitada ha dejado en el texto y que no ha sido corregida en la rectificación de errores posterior, pues sin duda se cometió en la aprobación y no en la transcripción en el BOE. El primer párrafo del primer punto del artículo 769 se refiere a los procesos distintos al consensual regulado en el artículo 777, al que dedica el segundo punto. Pese a ello, al atribuir la posibilidad de elección de foro en los procesos contenciosos se atribuye también a los cónyuges de la separación o divorcio de mutuo acuerdo, sin duda porque se copia sin más la antigua norma. Pero no acaba ahí la redacción poco clara. Parece que debe interpretarse que, en defecto de residencia fija del demandado, los foros que se fijan son alternativos con el del último domicilio del matrimonio, por el que siempre puede optarse. Pero surge una tercera duda: ¿cabe el foro del domicilio del actor si existe último domicilio del matrimonio? Por otra parte, la norma así formulada supone que los procesos de separación, divorcio y modificación medidas, e incluso de reconocimiento de eficacia civil de la resolución eclesiástica, referidos a un mismo matrimonio, pueden ir a juzgados diferentes no sólo por los foros electivos sino también porque los puntos de conexión pueden variar de un momento a otro. Quizá hubiera sido bueno garantizar que toda la problemática matrimonial fuera decidida por un mismo órgano judicial. Esto sólo será posible, en un mismo partido judicial, por normas de reparto. En cualquier caso hay que recordar que el llamado Convenio de Bruselas II, ahora Reglamento número 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, como norma de derecho comunitario se impone a la legalidad nacional y en su artículo 6 atribuye al órgano jurisdiccional del estado miembro que haya dictado la resolución sobre separación la competencia para el divorcio si la ley del estado prevé esas dos fases de ruptura, que es el caso español, de manera que queda sin efecto la competencia territorial en los supuestos de aplicación del reglamento comunitario, es decir cuando hay elementos internacionales intracomunitarios.

La regulación de la competencia territorial para los procesos sobre guarda y custodia o sobre alimentos de menores se inspira en la competencia para los procesos matrimoniales, pero es menos detallada, ya que no prevé el supuesto de ausencia de domicilio del demandado. La alternativa de la residencia del menor normalmente coincidirá con la de la parte demandada en los supuestos de guarda y custodia, pero no en los alimentos, pues en ellos será normalmente el mismo que el de la parte actora.

El artículo 770 acaba de perfilar el proceso verbal especialísimo matrimonial, que también es aplicable a los procesos sobre guarda y custodia y alimentos de hijos comunes. Sólo la regla sexta se refiere a estos últimos y ello obliga a hacer una lectura correctiva de las demás reglas. Estamos ante una muestra palpable de la introducción tardía de esa asimilación y además mal redactada, pues esa regla sexta, literalmente, dice que las medidas cautelares se adoptarán por los trámites de la medidas

“previas, simultáneas o definitivas”. Obviamente esto es un absurdo y se quiso decir que las medidas cautelares y las previas se registrarán, *respectivamente*, por los trámites de las medidas previas/simultáneas o definitivas de los procesos matrimoniales. Tal es el sentido del número 4º del artículo 748, del nombre del capítulo IV (“De los procesos matrimoniales y de menores”) y de la existencia de una regulación específica de la competencia territorial en el artículo 769.3.

El primer ejemplo de necesidad lectura adaptativa lo tenemos en la regla primera del artículo 770. El inciso “en su caso”, referido a la aportación de certificaciones sólo tiene sentido en relación con el nacimiento de los hijos en los procesos matrimoniales, pero justamente debe referirse al matrimonio si estamos en procesos sobre guarda y custodia o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro, pues en estos casos lo normal será que no exista matrimonio entre los progenitores. Se echa en falta también que la certificación del matrimonio o del nacimiento de los hijos no sea “literal”. No es infrecuente que al ir a inscribir una sentencia firme de separación o de divorcio dictada en rebeldía del demandado conste ya en el Registro Civil la separación o el divorcio declarados por sentencia a instancia de esa parte rebelde, de manera que se da el caso de dos sentencias igualmente firmes, la segunda de las cuales debe ser anulada por vulnerar la cosa juzgada.

La aportación inicial obligatoria de documentos acreditativos de la situación económica de las partes (la ley habla incorrectamente “de cónyuges”) cuando se solicitan medidas de carácter patrimonial debe ser aplaudida en su intención pero criticada en su formulación. En primer lugar el concepto de “medidas de carácter patrimonial” es utilizado de manera poco precisa en los distintos artículos de la ley, como veremos a propósito de la ejecución inmediata de las medidas definitivas, y aquí el legislador debió utilizar el concepto más amplio de medidas económicas sujetas a rogación. Recuérdese que en ese ámbito rigen los principios procesales normales y las partes han de probar los hechos en que basan sus peticiones y probarlos en los momentos preclusivos adecuados. Pero hay que reconocer que el carácter mixto de los temas que se dilucida en los procesos de familia dificulta aplicar en la práctica con rigor unos principios a unas materias y otros a otras. Imaginemos que la situación económica que sirve de base para la fijación de la pensión alimenticia para los hijos ha sido acreditada por la actividad de oficio del juez; es difícil imaginar que a la hora de fijar una pensión compensatoria solicitada, el juez parta de otra realidad económica acreditada sólo mediante las pruebas aportadas y practicadas a iniciativa de las partes.

En comparación con la regulación anterior la nueva LEC mejora la regulación de la reconvencción, en el sentido de ser consciente de la existencia de medidas que el juez no puede acordar de oficio. Queda claro que si el demandado pretende una de esas medidas existe reconvencción. Pero debe recordarse que la reconvencción sólo puede ser explícita, arti-

culada al tiempo de contestar la demanda, como claramente expresa el párrafo segundo de la regla segunda del artículo 770. Ello nos plantea una doble duda, a saber, qué tratamiento debe darse a la reconvencción implícita con fondo verdaderamente reconvenccional y a la reconvencción explícita con fondo no reconvenccional, porque el juez de oficio podría hacer tal pronunciamiento. Dicho de otra manera, si el demandado no reconviene explícitamente pero pide, por ejemplo, una pensión compensatoria, deberá ignorarse esa pretensión. Por contra, si reconviene solicitando una pensión alimenticia para los hijos menores o una mayor pensión alimenticia que la ofrecida por la parte actora, habrá que tratar la reconvencción como si realmente fuera tal. El demandado provocará así, con su mala técnica, un trámite de contestación que el demandante no hubiera tenido, pero en definitiva ocurrirá lo mismo que con las peticiones del demandante sobre medidas no sujetas a rogación, que no obstante ello debe incluir en su demanda y son contestadas por el demandando.

También en materia de concurrencia obligatoria de las partes, la redacción de la ley es poco precisa al referirse a peticiones de carácter patrimonial y no a peticiones económicas sujetas al principio de rogación. Lo mismo hay que decir sobre la presencia obligatoria de los abogados respectivos. En este último aspecto hay que acudir al artículo 414.4 y concordantes. La ausencia del abogado del demandante, salvo interés legítimo del demandado, comportará el sobreseimiento y la ausencia del abogado del demandado equivale a la rebeldía. Pero de nuevo el carácter híbrido de estos procesos complica las soluciones. La ausencia del abogado demandante, si estamos en un proceso con acción de estado civil (en sentido amplio), es decir, separación, divorcio o nulidad matrimonial, supone en la práctica el desistimiento y plantea la posibilidad dudosa de proseguir, salvo que el demandado haya ejercitado formalmente la reconvencción ejercitando también la acción de estado civil. Si estamos en un proceso de modificación de medidas o custodia de menores, alimentos, etcétera, surge la duda sobre la posibilidad de que el juez estime necesario proseguir hasta sentencia para fijar las medidas imprescindibles en interés de los menores.

La regla cuarta del artículo 770 merece la más dura crítica. Se da la paradoja de que el único procedimiento medianamente concentrado que se esbozaba en el proyecto ha perdido ese carácter si lo comparamos con el proceso verbal normal. Efectivamente el plazo de treinta días para la práctica de la prueba rompe con la concentración del juicio y nos devuelve a la práctica actual de pruebas dispersas en el tiempo. Ante esta situación debe señalarse que el plazo es sólo para practicar las pruebas y que no es posible que las partes lo usen también para proponer. A esos efectos el Ministerio Fiscal es una parte más. Pero no podrá evitarse que el juez, de oficio, acuerde la práctica de pruebas no propuestas, siempre que afecten a los aspectos en los que están interesados los menores, y en consecuencia una mala práctica puede ser que las partes sugieran al juez esas pruebas. Que el plazo es sólo

de práctica lo demuestra no sólo la dicción literal sino también la ausencia de cualquier cautela en relación con la proposición en los dos últimos días, como la disposición adicional quinta de la ley 30/1981, que tantos problemas y dilaciones causa.

La reconversión del proceso contencioso en consensual es una característica de los procesos matrimoniales y ahora se extiende a los procesos sobre guarda y custodia de alimentos, lo cual es positivo, ya que hace innecesario acudir a vías procesales indirectas en estos últimos, como ocurría hasta ahora: ya no será necesario acudir a la ficción de un proceso de menor cuantía para conseguir la aprobación de un convenio entre los progenitores. Sin embargo, es criticable la exclusión de la nulidad, que no está prevista en el artículo 777. Podría haberse incluido perfectamente porque el acuerdo versa primordialmente sobre las medidas, pues, a pesar de que obviamente también lo hay sobre la acción de estado civil, el juez debe comprobar que se dan los supuestos legales para declarar procedente esa separación o divorcio; lo mismo podría aplicarse a la nulidad.

Hubiera sido bueno que el legislador, poco ducho en estas cuestiones, hubiera recogido una idea que la práctica aconseja, a saber, que la reconversión del procedimiento contencioso en consensual no se produce hasta la efectiva ratificación de las partes y, mientras tanto, el proceso contencioso queda en suspenso. Así se evita que en caso de falta de ratificación se deba empezar de nuevo.

Las medidas definitivas merecen un artículo específico, el 774, donde en parte se reiteran normas ya contenidas en otros. La insistencia en la posibilidad de acuerdos no es baladí, porque posibilita la eficacia no sólo de un acuerdo total sobre las medidas en los supuestos de nulidad, donde no cabe reconversión en proceso consensual, como acabamos de ver, sino también de un acuerdo parcial sobre las medidas en los demás casos, de manera que el ámbito de la contienda se reduce.

Con todo, se plantea la duda sobre el momento preclusivo para someter al juez los acuerdos. El primer punto del artículo 774 parece indicar que es la vista, pues en ella debe hacerse la proposición de prueba, pero parece más razonable hacer posible la propuesta hasta el momento mismo de quedar los autos para sentencia, como permite con criterio más amplio el artículo 770.5ª para la reconversión.

El condicionamiento de la práctica de la prueba a la ausencia de acuerdo es un error técnico más de la ley. El acuerdo total en los supuestos de nulidad o el acuerdo parcial en los demás supuestos no excluye la prueba, pues precisamente está prevista la proposición de prueba para justificar la procedencia de esas medidas acordadas. Y la posibilidad de acuerdo parcial también comporta la prueba sobre los extremos en los que no haya acuerdo.

Tanto al regular las medidas provisionales como las definitivas, la ley insiste en la ausencia de vinculación entre el acuerdo relativo a las primeras y la adopción de las segundas. Esa previsión es muy positiva, ya que puede potenciar los acuerdos tran-

sitorios provisionales, excluyendo el riesgo de aplicación del principio de prohibición de contradicción con los propios actos. En realidad no existe tal contradicción, porque una cosa son las medidas provisionales, donde puede transigirse más, y otra las definitivas, donde hay que hilar más fino, pero es bueno que la ley lo diga.

La redacción del artículo 774.4 es desafortunada tanto en lo que omite como en lo que copia del artículo 91 del Código Civil. La expresión "que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad" debió suprimirse por equívoca e innecesaria. Equívoca, porque ha dado lugar a la mala práctica de "elevar a definitivas" las medidas provisionales sin volverlas a especificar en la sentencia; afortunadamente esta práctica se ha ido perdiendo tras los primeros años de vigencia de la ley 30/1981, que dio la vigente redacción al citado artículo 91 del Código Civil. Innecesaria, porque la idea de derogación de las medidas provisionales está implícita en el punto siguiente del mismo artículo y explícita en el artículo 773.5. Contrariamente, la nueva ley suprime toda mención a la posibilidad de fijación de alguna medida en la ejecución de sentencia. Ciertamente no debe ser una práctica habitual pero en ciertos supuestos resulta útil esa posibilidad; por ejemplo, en los casos de rebeldía de la parte demandada, en los que puede quedar para la ejecución sentencia el establecimiento del régimen de relación de esa parte con los hijos o la fijación de su obligación alimenticia, pues normalmente no hay datos suficientes. Dejándolo para ejecución de sentencia se evita un nuevo proceso con un mero incidente. Pero no acaban aquí los defectos de redacción de este artículo 774.4, pues ni siquiera es coherente con otros artículos de la misma ley y, por supuesto, con las leyes sustantivas autonómicas. La sentencia no debe adoptar ninguna medida en relación con la disolución de régimen económico matrimonial; de hecho ni siquiera tiene que declarar esa disolución, pues se produce por imperativo legal, de acuerdo con el artículo 95.1 del Código Civil y equivalentes autonómicos. Las medidas relativas a la disolución y liquidación del régimen, tanto provisionales como definitivas, están previstas en los artículos 806 y siguientes de la nueva LEC. Y por contra el legislador ha olvidado que, en su caso, la sentencia deberá hacer pronunciamiento sobre la indemnización del artículo 98 del Código Civil y sobre la compensación del artículo 1438 del mismo texto legal. Y olvida también la procedencia de otros pronunciamientos de acuerdo con las leyes sustantivas autonómicas, como el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña (que paradójicamente podría incluirse en el concepto de disolución del régimen) y el artículo 43 de este mismo código.

Decíamos al principio que, a pesar de los errores y dudas, la nueva ley debía ser bienvenida porque algunas de sus previsiones representan por sí mismas avances muy positivos. El punto quinto del artículo 774 es uno de esos avances. La firmeza parcial de la sentencia, en lo que no es objeto de apelación, acabará con el dilema de aceptar una sentencia por la premura, a veces con fecha ya fijada, de

un nuevo matrimonio. La ejecutividad inmediata de las medidas, que no ejecución provisional, pese a la interposición de apelación, introduce la idea de ejecución de la última medida acordada, pues parte de la idea de que el juez, en cada fase ulterior, está mejor informado y en mejores condiciones de adaptar las medidas a la realidad cambiante. Pero, como siempre, la intención es mejor que la redacción y la coordinación con otros preceptos de la misma ley. Se hace necesario un esfuerzo de integración hermenéutica del artículo 774.5 con el artículo 525.1.1ª y con los artículos 806 y siguientes. De nuevo nos encontramos con el concepto de patrimonialidad, que aquí debemos tomar en un sentido estricto y distinto al concepto de "medidas económicas", pues de otra manera el artículo 525.1.1ª dejaría sin efecto práctico al artículo 774.5. Proponemos las siguientes conclusiones:

1. La acción principal sobre estado civil no puede ser objeto de ejecución provisional pero puede declararse la firmeza parcial de la sentencia en ese punto, si lo único discutido en apelación son las medidas.

2. Las medidas de carácter personal y económico, salvo las estrictamente patrimoniales, tienen aparejada ejecución inmediata según el artículo 774.5.

3. Las medidas patrimoniales de la sentencia matrimonial no son inmediatamente ejecutivas pero pueden ser ejecutadas provisionalmente según el sistema general, de acuerdo con el artículo 525.1.1ª *in fine*. En este supuesto hay que incluir las prestaciones no periódicas, es decir las indemnizaciones de los artículos 98 y 1438 del Código Civil y 41 del Código de Familia de Cataluña y la división de bienes comunes del artículo 43 de ese mismo código.

4. El resto de medidas patrimoniales se rige por los artículos 810 y 811 de la nueva ley. La liquidación requiere la previa firmeza de la sentencia matrimonial, o por lo menos de la declaración de separación, divorcio o nulidad, y la eventual sentencia que termina el procedimiento, sin eficacia de cosa juzgada (art. 787.5, segundo párrafo, por remisión del art. 810.5) tiene aparejada ejecución inmediata (art. 788) aunque quepa un proceso ordinario posterior.

No existe previsión especial sobre las consecuencias de una eventual revocación de las medidas ejecutadas. Hay que suplir esa omisión acudiendo a lo que ocurre en el supuesto equivalente de las decisiones provisionalmente ejecutadas, pero los artículos 533 y 534 no pueden sin más aplicarse a la realidad del devengo periódico de prestaciones económicas, de naturaleza alimenticia en muchos casos, pues se traicionarían los principios implícitos en la voluntad del legislador al disponer ejecución inmediata de las medidas económicas; básicamente hay que partir de la base de que los alimentos consumidos no son recuperables. Lo mismo hay que decir de los pronunciamientos no económicos, es decir, de las relaciones paternofiliales y uso del domicilio familiar.

MEDIDAS PROVISIONALES

El sistema de medidas provisionales que diseña la nueva ley presenta el aspecto positivo de equiparar las previas a las coetáneas y permitir su aplicación tanto a los procesos matrimoniales de separación, divorcio y nulidad como a los procesos sobre guarda y custodia y alimentos de hijos comunes, de modificación de medidas de todas esas sentencias y de reconocimiento de la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas en que se solicita la fijación de medidas o su modificación. Pero el aspecto negativo viene dado por lo complicado de la regulación y por la introducción de la posibilidad de medidas *inaudita parte*.

Como hemos visto, el artículo 771.1 prevé una competencia territorial específica para las medidas previas, en favor del juzgado del domicilio del demandante, de manera que en muchos casos ese juzgado no será competente para el pleito principal. Una primera duda surge sobre la competencia de las medidas previas en los supuestos de guarda y custodia o alimentos de menores, pues el artículo 769.3 (competencia territorial especial para guarda y custodia o alimentos) no prevé excepción alguna, como hace el artículo 769.1 en su inicio, que da encaje a la excepción de la competencia territorial especial de las medidas previstas. La duda a resolver es si el artículo 771.1 (medidas previas) es más especial que el 769.3 o viceversa, es decir, si las medidas previas en caso de procesos sobre guarda y custodia o alimentos para hijos comunes se han de presentar ante el juzgado del domicilio del demandante.

Otro nuevo reflejo de la técnicamente defectuosa inclusión de los procesos de guarda y custodia y alimentos es que la referencia a los artículos 102 y 103 del Código Civil también debe adaptarse, concretamente ignorando todos los aspectos que hacen referencia a las situaciones matrimoniales. Pero esta falta de técnica puede llevar a una feliz conclusión, sin duda no pretendida por el legislador: quizá pueda entenderse en que en los pleitos sobre guarda y custodia es posible hacer atribución de uso de la vivienda y del ajuar familiares (el artículo 103 no dice "conyugales"), cuando los padres están viviendo juntos y se impone que uno de ellos deje el domicilio.

Volviendo a los pleitos matrimoniales debe criticarse que esa referencia al artículo 102 del Código Civil, que es copia acrítica del artículo 104 CC, adelante sus previsiones de anotación registral al momento de la interposición de la petición de medidas y sea sólo efecto legal de la admisión de la demanda principal. Es absurdo que se puedan practicar unas anotaciones registrales claudicantes, pues puede que queden sin vigencia en el plazo de treinta días.

La salvedad de no ser necesaria la intervención de abogado y procurador para el escrito inicial, aparentemente fundada en motivos de urgencia, tiene poca operatividad en la realidad, pues la comparecencia posterior se dilata en muchos casos por la petición de abogado y procurador de oficio por parte

del demandante, del demandado o de ambos. Aquí podría desplegar su eficacia lo que podemos llamar las "medidas previas a las previas", que puede acordar el juez en la misma resolución en que cita para comparecer. Pero su carácter de medidas inaudita parte la sitúan en la frontera, sino en el terreno, de la inconstitucionalidad. Salvo que haya documentos fehacientes, básicamente resoluciones judiciales y penales, que acrediten la perentoria urgencia, no parece aceptable hacer atribución de la custodia de los hijos y del uso de la vivienda y ajuar familiares sin oír previamente a quien va a ser privado de esa custodia y habrá de abandonar inmediatamente su propio domicilio. Pero puestos a prever esa posibilidad, no es acertado vincularla necesariamente con la resolución en la que se fija la comparecencia, según hace el párrafo segundo del artículo 771.2. Precisamente cuando esa comparecencia no se puede señalar porque la parte demandada ha solicitado defensa y representación de oficio puede haber razones para dictar un auto especial sobre esas medidas previas a las previas (atribución de custodia y uso de domicilio y ajuar). Creemos que debe superarse la literalidad y admitir esa posibilidad.

De nuevo tenemos que lamentar que la comparecencia de medidas no responda al principio de absoluta concentración, ya que admite la práctica posterior de la prueba dentro de los diez días siguientes. Pero hay que recalcar que no es posible señalar varios días, pues esa práctica posterior ha de ser en unidad de acto. Por otra parte, en las previsiones sobre las medidas provisionales se reiteran los mismos principios en cuanto a consecuencias de la ausencia de las partes, reconocimiento tácito de hechos y desvinculación de esas medidas provisionales consensuadas en relación a las definitivas.

De nuevo el texto incurre en el olvido de que las medidas provisionales relativas al patrimonio conyugal están reguladas en el artículo 809, que presupone la admisión de la demanda. Ese olvido genera la duda sobre la posibilidad de adoptar como previas las medidas previstas en los puntos cuatro y cinco del artículo 103 el Código Civil, que formalmente no han sido derogados.

El auto de medidas previas, igual que el de coetáneas, no admite recurso alguno. La mejor doctrina ya había llegado a esa conclusión para el de medidas previas en la normativa ahora derogada pero representa una muy positiva novedad para el auto de medidas coetáneas. Se trata de otra de las innovaciones que justifican la valoración global positiva de la nueva normativa.

La interpretación de la fase siguiente, la de medidas provisionales coetáneas, es decir una vez admitida la demanda principal, es problemática por el curioso diseño que ha hecho la nueva ley. La idea del legislador parece ser que las medidas previas se conviertan en coetáneas salvo excepciones tasadas. La idea es buena pero la competencia territorial única del juzgado del domicilio del demandante introduce un elemento distorsionado del sistema. Si el demandado no ha comparecido en el procedimiento de medidas previas, queda en manos

de la parte actora, si el juzgado competente para el pleito principal es otro, ocultar la existencia de las medidas y, en cualquier caso, dejar pasar el plazo de treinta días sin interponer la demanda, si las medidas no son de su agrado. La parte demandada, haya o no comparecido en las medidas provisionales, puede interponer la demanda principal y deberá entenderse, aunque la ley no lo diga, que, si esa interposición se produce en el plazo de los treinta días, mantiene la vigencia de las medidas provisionales previas.

Las dudas no acaban ahí. El punto segundo del artículo 772 es más que sorprendente. Si ha sido otro juez el que ha dictado el auto de medidas previas y, por tanto, ha dispuesto de los datos y pruebas necesarias, no se entiende cómo otro juez con la única base de la lectura de la demanda principal puede considerar que procede completar las medidas acordadas. Si es el mismo juez el competente hay que decir lo mismo, agravado con el peligro de modificación vulnerando la seguridad jurídica. Aparte de estos problemas la interpretación de ese artículo con el siguiente no es fácil, pues nos encontramos con tres ideas: modificación total o parcial de las medidas previas, complemento de éstas en algún punto no regulado y adopción de medidas provisionales en ausencia de medidas previas. La modificación total o parcial parece que sólo es potestad del juez, con las incongruencias que ya hemos señalado, pero queda la duda sobre la posibilidad de que alguna de las partes proponga un cambio que el juez considere oportuno recoger, previa la comparecencia correspondiente. En cualquier caso la iniciativa de oficio del juez sólo puede afectar a las medidas no regidas por el principio de rotación. El complemento de las medidas previas viene a ser lo mismo que la modificación de los aspectos ya regulados, pero la posibilidad de instancia de parte parece mayor con una interpretación amplia del artículo 773. La adopción de medidas simultáneas al proceso principal, tanto a solicitud del demandante como del demandado, o del Ministerio Fiscal en los aspectos relativos a los menores, está regulada de forma paralela y coincidente con la adopción de medidas previas, pero hay que recordar lo dicho sobre la exclusión de las medidas relativas a la futura liquidación del régimen económico matrimonial, que debe hacerse en paralelo según los artículos 806 y siguientes. Por ello es incorrecta la expresión "en todo caso" del artículo 773.2, porque no se aplica *en ningún caso* la totalidad de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil. Si el solicitante de las medidas coetáneas es el demandado, previsión que debemos calificar de positiva, el sistema previsto también es positivo, pues se subsume en el proceso principal en la medida de lo posible. El auto de medidas, como hemos dicho, no admite recurso alguno. Se suprime definitivamente el obsoleto sistema de oposición al auto de medidas que la ley 30/1981 mantuvo como anacronismo heredado de la época en que el Estado hacía abdicación de su potestad jurisdiccional en materia matrimonial en favor de tribunales eclesiásticos católicos.

LA MODIFICACION DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS

Lo primero que debe advertirse es que el artículo 775 es fiel reflejo de la precipitación parlamentaria. Su redacción incluye dos errores que no han sido salvados en la corrección de error del BOE de 14.4.2000, a saber que la remisión al artículo 771 debe entenderse hecha al artículo 770 y que la remisión al artículo siguiente se refiere al 777, pues en ambos supuestos se varió en el trámite parlamentario la numeración del articulado.

La inclusión del Ministerio Fiscal como legitimado para instar la modificación es un plus positivo a la regulación de su intervención hecha en el artículo 749, pero la mención de los cónyuges es inexacta. Diríase que cada vez que el legislador dice "en todo caso" ignora supuestos en los que no se produce lo que pretende. Así ocurre con la modificación de medidas definitivas fijadas en anteriores sentencias de divorcio, nulidad matrimonial, eficacia civil de resoluciones eclesiásticas, de guarda y custodia de menores o de alimentos de hijos comunes, donde el actor y el demandado ya no serán cónyuges o, en los dos últimos casos, normalmente no lo habrán sido nunca. Contrariamente hay que felicitar de otro aspecto del artículo 775; se trata de la posibilidad de medidas provisionales simultáneas al proceso de modificación de medidas definitivas. Con ello se evita la prolongación de una situación injusta, por cambio de circunstancias, mientras se tramita la resolución definitiva y se pone fin al argumento, hasta ahora utilizado por muchos, de que un auto no puede dejar sin efecto lo dispuesto en una sentencia anterior. Por supuesto que puede, si el auto ha sido dictado en vista de una variación de la realidad. También queda claro, en contraste con la literalidad incorrecta de la normativa ahora derogada, que la modificación de medidas se rige por el procedimiento consensual o contencioso, según sea el caso presente, con independencia de cuál hubiera sido el cauce para la adopción de las medidas que ahora se modifican.

PROCEDIMIENTO CONSENSUAL

Ya hemos dicho antes que, sin mucho fundamento, este procedimiento no está previsto para nulidad matrimonial. Ahora, sin embargo, resulta plenamente aplicable a los procesos sobre guarda y custodia y alimentos de hijos comunes y a los de eficacia civil de resoluciones eclesiásticas con petición de medidas. Aunque el artículo 777 sólo habla de separación o divorcio, está incluido en el capítulo IV que se titula "de los procesos matrimoniales y de menores" y la regla sexta del artículo 770 menciona también las medidas definitivas y, pese a la mala técnica de redacción a la que ya estamos acostumbrados, hay que entender la equiparación también para esas medidas definitivas. Una lectura literal nos llevaría a la absurda conclusión de que para la adopción de las medidas cautelares en los casos de guarda y custodia y alimentos de hijos comunes se seguirán los trámites establecidos para la adopción

de las medidas definitivas de los procesos matrimoniales. Como esa conclusión es imposible, debe corregirse en el sentido de aplicar los trámites para las medidas definitivas matrimoniales a los procesos sobre guarda y custodia y alimentos de hijos comunes y, como los trámites consensuales son una de las posibilidades, también son aplicables a esos procesos. En el caso de la eficacia civil de resoluciones eclesiásticas con petición de medidas, el artículo 778.2 (corregido en el BOE de 14.4.2000) nos remite a la modificación de medidas (art. 775), que a su vez nos remite al proceso contencioso o consensual, según sea el caso. Curiosa revisión ésta, cuando no se trata de modificación sino adopción inicial, pero ya estamos acostumbrados a distinguir entre lo que la nueva ley quiere decir y lo que dice.

La competencia territorial del juez del domicilio de cualquiera de los solicitantes (art. 769.2) es una novedad positiva en comparación con la situación hasta ahora vigente, pues al no existir demandado en estos procesos la competencia queda limitada al lugar del domicilio conyugal. Pero aplicarlo a los procesos sobre guarda y custodia o alimentos de hijos comunes surge la duda de si el artículo 769.3 tiene prevalencia sobre el 769.2 o viceversa.

Como siempre la redacción legal está pensando únicamente en los procesos matrimoniales y la tenemos que adaptar a los otros supuestos de aplicación. Pero a veces no es una cuestión sólo de redacción sino de incongruencia con la realidad subyacente. Así ocurre con la supresión del doble requerimiento de nuevo convenio, antes de la sentencia y en ella (disp. ad. 6ª, 6 y 7, L 30/1981), dejándolo en un único requerimiento en la sentencia (art. 777.7). Esto tiene sentido si también se dilucida la acción de estado civil, pero carece de él en los demás supuestos, incluidas también las modificaciones de medidas matrimoniales. Debía haberse optado que un único requerimiento *antes* de sentencia. Si el rechazo judicial se refiere a la totalidad del convenio, lo cual puede ser frecuente en el caso de alimentos de menores, la sentencia será extremadamente curiosa, pues sólo podrá decir, con toda solemnidad, eso sí, que las partes deben aportar un nuevo convenio que eventualmente será aprobado por un auto. A mayor abundamiento, la nueva regulación tampoco prevé la posibilidad de prueba para acreditar la procedencia de la nueva propuesta de convenio o para insistir en la bondad de la rechazada por el juez.

Es positivo que la sentencia estimatoria de la separación o divorcio no se mencione a los efectos de apelación. Ello debe interpretarse como excluyente de la legitimación del Ministerio Fiscal, al que se menciona sólo como legitimado para recurrir en interés de los hijos la aprobación del convenio. Por lo demás, se mantienen los principios de ejecución de las medidas a pesar del recurso y de la firmeza de la sentencia en cuanto al estado civil.

EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES ECLESIÁSTICAS

Ya nos hemos referido a la posibilidad, positivamente valorada, de aplicar el proceso contencioso o

consensual tipo si hay petición de adopción o modificación de medidas. Esta última posibilidad cabe si ha habido antes una sentencia de separación o divorcio, que no impide la eficacia civil de la resolución eclesiástica; no cabrá si ha habido antes una sentencia civil de nulidad. Si no hay petición de medidas la nueva ley sigue con la misma técnica de la ley 30/1981 de diseñar un proceso básicamente de jurisdicción voluntaria. Lo significativo viene dado por lo suprimido en comparación con la regulación hasta ahora vigente. Es curioso, y nos atrevemos a decir que es tremendamente significativo, que una ley con abundantes incursiones de regulación sustantiva calle toda mención a los requisitos necesarios para el reconocimiento de la eficacia civil, de manera que hay que acudir al artículo 80 del Código Civil que, a su vez, nos remite al artículo 954 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (que continúa vigente según la disposición derogatoria única, tercera excepción, de la nueva ley). Habrá que aplicar toda la doctrina constitucional recaída sobre los aspectos de fondo, que la nueva ley en nada afecta. La otra omisión se refiere a los efectos de la oposición del otro cónyuge a que se reconozca la eficacia civil. También aquí habrá que aplicar la doctrina ya establecida. Y la tercera comisión es la de la posibilidad de un ulterior proceso, caso de oposición, o del cauce para tramitarla en el mismo proceso. Todas estas cuestiones se liquidan con la remisión a que el juez resuelva "lo que resulte procedente". ¡Faltaría más que el legislador pretendiera que el juez resuelva lo que resulte improcedente! Parece que debe concluirse, ante tales alardes de minuciosidad legislativa, que la oposición impide la homologación civil y que cabe un proceso contencioso, con la duda entre el proceso ordinario o el verbal especial del artículo 770.

EJECUCION FORZOSA

Pese a que el proyecto no incluía ninguna previsión sobre la ejecución de los pronunciamientos de los procesos matrimoniales y de familia, se introdujo un único artículo, el 776, que aunque positivo es manifiestamente insuficiente. Las multas coercitivas para las obligaciones de pago, la impropiedad de sustitución automática de las obligaciones no pecuniarias y la ausencia de límites temporales para las mutuas coercitivas en esos supuestos pueden ayudar a resolver las enormes dificultades de la ejecución en esta materia. La regla tercera del artículo comentado introduce una nueva duda. O se trata de un nuevo ejemplo de regulación sustantiva en esta ley o pretende tener eficacia procesal, lo cual sería lo suyo, y permite tramitar como incidente de ejecución la modificación del régimen de guarda y visitas, sin tener que acudir a un pleito de modificación de medidas según el artículo 775. Debemos abogar por la primera interpretación, para darle una utilidad práctica y evitar la mera redundancia con el artículo 94 del Código Civil y concordantes autonómicos y la jurisprudencia que los interpreta.

Al acudir a la regulación general de la ejecución forzosa nos encontramos con sorpresas positivas y negativas, en su aplicación a la ejecución en materia de familia. Entre las primeras destaca la ausencia de un artículo equivalente al 1891 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, que hacía posible la anotación preventiva de embargo por pensiones provisionales futuras de un año al amparo del artículo 42.10 de la Ley Hipotecaria, atendiendo a la resolución de la Dirección General de Registros y del Notarial de 13 de junio de 1986. Ya no será posible esa anotación preventiva. Tampoco existe un artículo como el antiguo 1447, que permita la alteración del orden de embargo cuando la deuda consista en pensiones, y tampoco se podrá seguir la práctica de ingreso directo en la cuenta de la parte acreedora en las retenciones salariales, porque ha de pasar necesariamente por la cuenta de consignación del juzgado según el artículo 621.3. Entre los aspectos positivos hay que señalar la consagración legislativa de la inscripción directa en el Registro de la Propiedad de los convenios judicialmente aprobados por sentencia, en virtud del artículo 521.2, que ya viene siendo posible según doctrina de la DGRN. Es un gran progreso que el nuevo artículo 555.1 no sólo permita sino que imponga la acumulación de los procesos de ejecución pendientes entre los mismos ejecutante y ejecutado, a petición de cualquiera de ellos, lo cual ha de permitir poner orden al actual caos existente en la ejecución de obligaciones pecuniarias derivadas de distintos procesos.

Continuaremos con las actuales dudas prácticas en materia de incidentes dentro de la ejecución. Si son a instancia del ejecutado habrá que encauzarlos por el artículo 560, pero si son a instancia del ejecutante, como por ejemplo liquidación de pensiones atrasadas, actualizaciones, intereses, etcétera, habrá que buscar la aplicación analógica del artículo 718, igual que se ha venido aplicando el artículo 932 de la antigua ley. Se ha perdido la ocasión de una regulación adecuada y específica.

LIQUIDACION DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

El solo hecho de que la nueva ley regule específicamente la liquidación del régimen económico matrimonial es ya en sí mismo algo positivo, en comparación a la tortuosa regulación hasta ahora vigente. Pero la remisión al procedimiento de división de la herencia a partir de la designación de contador no sólo incurre en el viejo defecto de acudir a otro procedimiento sino que provoca que su finalización no tiene efectos de cosa juzgada y es posible replantear la cuestión en un proceso ordinario ulterior. Sin embargo, esa posibilidad debe interpretarse de forma restrictiva, de manera que la formación del inventario debe entenderse que acaba con efectos de cosa juzgada con la sentencia a la que se refiere el artículo 809.

El proceso regulado en los artículos 806 y siguientes es de aplicación a todos los regímenes económicos matrimoniales que comportan una ma-

sa común de bienes, como ocurre con el régimen de gananciales. El artículo 811 es especial para el régimen de participación. Para el régimen de separación de bienes catalán hay que acudir al artículo 43 del Código de Familia y, supletoriamente a la LEC, con las adaptaciones necesarias.

La competencia funcional, según el artículo 807, viene atribuida al juzgado que ha dictado la sentencia de separación, nulidad o divorcio o ha conocido de los supuestos previstos en el artículo 1393 del Código Civil o equivalentes autonómicos. Pero el ulterior pleito al que hemos hecho referencia se regirá por las normas generales de competencia.

Se distinguen dos fases claramente diferenciadas, una que podemos llamar de medidas cautelares y otra de liquidación. La primera está integrada por el inventario y las medidas sobre administración y disposición bienes para mientras no se produzca la liquidación. Ya hemos señalado que de esta manera el artículo 103.4 y 5 del Código Civil queda sustituido por el artículo 809 de la nueva ley. La atribución de la competencia para presidir la comparecencia al secretario judicial implica que debe haber dos comparecencias, una ante el juez para las demás medidas provisionales y otra ante el secretario, para el inventario. No parece demasiado lógico atribuir esa competencia con ese efecto de duplicidad, en una ley que desgraciadamente ignora ofensivamente a la figura del secretario judicial y se acuerda de él aquí.

La fase de liquidación requiere la firmeza de la sentencia del pleito principal y también la firmeza del propio inventario, y se configura también en torno a una comparecencia ante el secretario judicial. En caso de desacuerdo, da paso al nombramiento de contador, y en su caso de peritos, y a la prosecución según el procedimiento de división de herencia.

La liquidación del régimen de participación también se basa en una comparecencia ante el secretario judicial y no existe remisión al procedimiento de división de la herencia, por lo que parece que la sentencia a que se refiere el artículo 811 tiene efectos de cosa juzgada y es apelable según el régimen general.

OPOSICION A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCION DE MENORES Y PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA NECESIDAD DE ASENTIMIENTO EN LA ADOPCION

Hay que valorar muy positivamente que la oposición a las resoluciones administrativas se haya encauzado por el proceso verbal especial de familia, sin las especificidades del matrimonial y asimilados, dejando definitivamente a la jurisdicción voluntaria para lo que su nombre indica, es decir para cuando no hay contienda. La necesidad de asentimiento en la adopción ya debía tramitarse por el juicio verbal de la antigua ley de acuerdo con la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996.

La competencia funcional para determinar la necesidad de asentimiento viene fijada en el artículo 781.1, lógicamente a favor del juez que conoce de la constitución de la adopción. A su vez la competencia territorial, siendo el proceso de constitución un procedimiento de jurisdicción voluntaria, se continúa rigiendo por las normas no derogadas de la antigua LEC, pero el legislador parece no saberlo porque en el artículo 779 habla de todos los procesos a los que se refiere el capítulo, cuando en realidad esa competencia territorial sólo se aplica a los procesos sobre oposición a las resoluciones administrativas. Afortunadamente el criterio competencial en favor del domicilio de la entidad protectora coincide con el de la jurisdicción voluntaria para la adopción, y también el domicilio del adoptante en los supuesto de ausencia de propuesta administrativa. De hecho el legislador ha reproducido acriticamente el artículo 63.16 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (que continua vigente) y por eso menciona los artículos 179 y 180 del Código Civil, que nada tienen que ver con la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección ni con la determinación de la necesidad de asentimiento en la adopción, pues se refieren a la privación de la potestad parental y a la extinción de la adopción a instancias del padre o de la madre biológicos preteridos indebidamente. Curiosamente para esas materias no está prevista, como sería razonable, la aplicación del proceso especial de familia y habrá que ir al ordinario.

Hay que aplaudir la explícita exclusión de la reclamación previa en vía administrativa, que carece de sentido en esta materia en la que la iniciativa es de la administración al adoptar las medidas protectoras y no del ciudadano, de manera que siempre existe un acto administrativo. En ausencia de exclusión expresa, como sucedía en la disposición adicional primera que de la Ley Orgánica 1/1996, la sentencia es apelable en ambos efectos, tiene eficacia de cosa juzgada y no puede ser provisionalmente ejecutada (art. 525.1.1ª). Se echa en falta un mecanismo específico y eficaz para hacer cumplir el plazo de entrega del expediente administrativo, pues la práctica demuestra su reiterado incumplimiento. Lo mismo hay que decir ante la ausencia de un plazo preclusivo para presentar escrito de demanda a contar desde la notificación de la resolución administrativa, que es fuente inagotable de inseguridad jurídica en estos procesos.

Justamente la introducción de un plazo para articular la demanda sobre necesidad de asentimiento en la adopción es un elemento muy positivo de la nueva regulación, de manera que si se deja pasar el plazo que flexiblemente puede fijar el juez la acción del citado artículo 180 del Código Civil o equivalentes autonómicos ya no podrá ser ejercitada en su día. Hubiera sido bueno que la apelación de la sentencia de primera instancia tuviera declaración de preferencia, pues entre tanto el procedimiento de adopción está en suspenso y los meses son años para los menores.

PROCESOS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

Hay que resaltar la positiva novedad de incluir a la pareja de hecho entre los legitimados activamente para la declaración de incapacidad. Debe entenderse, en ausencia de especificación, que es indistinta la condición heterosexual u homosexual. La nueva ley nos tiene acostumbrados a la persistente voluntad de ignorar a las uniones estables del derecho catalán, aragonés o navarro, pero obviamente la inclusión de la pareja de hecho las incluye también a *fortiori*. Como para la prodigalidad se mantiene el criterio de legitimación activa de los familiares con derecho a alimentos, también hay que incluir a las ignoradas parejas estables, que también tienen ese derecho.

Definitivamente se pone fin a la polémica sobre la posibilidad de nombramiento del tutor en la propia sentencia de incapacitación. Pero como siempre el legislador es poco cuidadoso con los flecos. Queda claro que la competencia funcional será, en consecuencia, del juez que ha dictado la sentencia de incapacitación aunque el artículo 63.17 de la antigua ley, declarado vigente en la disposición derogatoria única de la nueva, también prevea la competencia del juez del lugar donde haya bienes inmuebles del incapaz.

Las medidas cautelares se rigen por la normativa general pero con exclusión de la caución obligatoria pero se echa en falta una declaración expresa en tal sentido, igual que en el artículo 768.3; hay que deducirlo de la remisión única y exclusivamente a los artículos 734, 735 y 736.

Por lo que se refiere al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, queda claro que se trata de una autorización judicial y no de una orden de internamiento. La competencia territorial para la ratificación de la medida urgente se concreta en favor del juez del lugar del centro de internamiento y se expresa como obligación de los médicos la de informar al juez, sin necesidad de que éste la requiera.

En el debe de la nueva regulación hay que incluir

la ausencia de mención del efecto del recurso de apelación y de las consecuencias de la oposición del interesado, que puede estar comparecido, y de la posibilidad de un juicio contradictorio posterior sobre la procedencia del internamiento, que sin duda debe ser posible.

PROCESOS SOBRE FILIACION, PATERNIDAD Y MATERNIDAD

Ya hemos dicho que el primer punto del artículo 764 es de una tal obviedad que sobra, y contrariamente falta una norma de competencia territorial obligatoria en favor del domicilio del demandado. Por aplicación del artículo 50 se llega a esa competencia pero no queda excluida la sumisión tácita (la expresa no parece imaginable). Por lo demás la nueva ley incurre en el frecuente defecto de regular aspectos sustantivos, en una materia que tanto el Código de Familia de Cataluña como la Compilación de Navarra también regulan, con riesgo de indebidas interferencias. Afortunadamente la ley parece inspirada en esas legislaciones, pues recoge el criterio de legitimación pasiva y transmisión de esa condición a los herederos prevista en el artículo 99 del código catalán y en la ley 71, último párrafo, de la Compilación de Navarra. Pero surge conflicto con la ley catalana en cuanto a la exigencia de un principio de prueba inicial; la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña tiene declarado que el artículo 127.2 del Código Civil es contrario a los principios del derecho catalán, y en consecuencia surge ahora la duda sobre la aplicación de su sustituto, el artículo 767.1 de la nueva ley.

Por último, resulta sorprendente que las medidas cautelares en los procesos sobre custodia de menores o alimentos de éstos hayan sido equiparadas a las de los procesos matrimoniales, según hemos visto, y que las medidas cautelares de los procesos de filiación, que versan sobre esas mismas materias, se regulen por el procedimiento general de medidas cautelares, si bien con exclusión potestativa de la caución.

¿Un país, dos sistemas? Acerca de la “crisis” de la justicia penal en Portugal

José MOURAZ LOPES

La afirmación pública de que la justicia está en crisis es hoy recurrente. Y lo es tanto que, pese a la alternancia de “ciclos políticos” (que pueden datarse conforme al proceso electoral que les condiciona) nunca se superan los problemas relacionados con la crisis de la justicia. Incluso con la alternancia política que se ha llevado a cabo en Portugal desde 1980¹.

Si en los primeros diez años posteriores al cambio de régimen constitucional, primero con la Revolución a Abril de 1974, luego con la Constitución de 1976, los problemas de la justicia —que ya existían, y bien profundos— no fueron objeto de atención, ni por los medios de comunicación ni, de modo reflejo, por los ciudadanos, las cosas han cambiado mucho en la última década.

Hay que decir, por otra parte, que en los primeros años de democracia en Portugal otros problemas (quizás más graves) eran los que atormentaban a los ciudadanos y no de modo principal la Justicia.

Al tiempo que las condiciones económicas del país se transformaban lentamente, modificándose el panorama sociológico —mejores condiciones de trabajo, mejor educación, mejores condiciones de salud e incremento del poder de compra— las políticas de justicia se centraban, en aquellos años, en la modificación de los marcos legales exigida por la reforma constitucional de 1976.

La adaptación de las normas básicas reguladoras de la justicia al régimen democrático era absolutamente imperiosa. No sólo su régimen interno se encontraba en desacuerdo con las opciones políticas asumidas tras la Revolución, sino que también obligaba a ello la adhesión a los instrumentos legales internacionales. Recuérdese que no fue sino en 1978 cuando Portugal aprobó, por ley 65/78, de 13 de octubre, la ratificación de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Como consecuencia de esta adaptación del sistema normativo a los nuevos tiempos, tuvo lugar en 1982 la aprobación y entrada en vigor de un nuevo Código Penal, que derogaba el Código Napoleónico vigente, con algunas modificaciones circunstanciales, desde 1882. En 1985 se modifica significativamente el Código de Proceso Civil y en 1987 se promulga un nuevo Código de Proceso Penal que deroga la ley en vigor desde 1929.

Todas estas normas que, hay que decirlo, fueron fruto de un trabajo doctrinal y científico muy elaborado —recuérdese que el Código Penal de 1982 surgió de una propuesta presentada y estudiada desde 1962 por el Prof. Eduardo Correia— trajeron “sobre el papel” un marco legal adaptado a la modernidad de un país que había salido hacía poco de una “isla normativa” en la Europa de la democracia, de los derechos humanos y de la justicia social.

Sin embargo, las reformas basadas en la *law in books* publicadas no estuvieron acompañadas por unas estructuras judiciales que hicieran posible la *law in action*. Era algo así como el traje nuevo en un cuerpo viejo y decrepito, que se va consumiendo con el tiempo.

Las escasas reformas llevadas a cabo en lo judicial (algunas, hay que decirlo, con visión de futuro y que todavía hoy dan sus frutos, como fue la creación en 1979 del *Centro de Estudos Judiciários*² y la consiguiente reforma de la formación de magistrados) no consiguieron traspasar la difícil barrera de la cultura burocrática que siempre afectó (y continúa afectando) a todo lo judicial.

En el proceso civil, las nuevas normas —que finalmente tenían poco de novedosas, como se pudo comprobar— no aportaron nada significativo al panorama procesal que se vivía en los tribunales civiles, que desde mediados de la década de los 80 se vieron enfrentados a una enorme afluencia de procesos.

Este incremento exponencial de la litigiosidad civil no tuvo una respuesta adecuada ni en el derecho procesal ni en las infraestructuras de apoyo absolutamente necesarias para una reforma de los tribunales civiles. Infraestructuras que empezaban en lo más básico, que era (y son) las instalaciones, pasaban por los funcionarios y terminaban en las nuevas tecnologías.

En lo que respecta la justicia penal, junto a una omisión idéntica del legislador en cuanto a las infraestructuras de la organización había otros graves problemas derivados tanto del conjunto de la legislación entonces vigente como de su aplicación. Por un lado estaba la descoordinación entre la reforma del Código Penal y la reforma del Código de Proceso Penal, que naturalmente tenían que ser comple-

¹ En los últimos veinte años se ha pasado en Portugal de una mayoría socialista a otra conservadora y, posteriormente, a una nueva mayoría socialista, actualmente en el poder.

² El *Centro de Estudos Judiciários* es una “escuela nacional” donde se forman los magistrados —del Ministerio Público y Judiciales.

mentarias. Por otro, algunas "perversiones permitidas" en la aplicación del sistema que resultaron casi "mortíferas".

En cuanto a lo primero, baste reparar, por ejemplo, en la desatención del legislador sobre el régimen sustantivo de la prescripción que, al no regularse en una norma transitoria, llevó más tarde —y aún lleva hoy— a la prescripción de cientos de procesos penales, algunos de ellos de enorme repercusión pública.

En cuanto a las "perversiones" permitidas basta recordar la posibilidad ilimitada del recurso al Tribunal Constitucional en el ámbito del proceso penal, lo que convierte a este Tribunal en una cuarta instancia de recurso, para quien tenga posibilidades de llevarlo a cabo.

Si los "gérmenes" de la situación actual se pueden encontrar en las "no reformas" de los años 780, otras razones han potenciado y desarrollado finalmente el resultado al que se ha llegado hoy y que refleja la imagen de la justicia penal.

Pero, finalmente, ¿existe una "crisis" de la justicia penal en Portugal en los inicios del siglo XXI? ¿De qué crisis se trata y cómo superarla?

Varios autores han prestado su atención en los últimos años a la crisis global de la justicia. Entre ellos, Bacelar de Vasconcelos³, encuadrando la justicia en el contexto amplio de los servicios de justicia, donde se engloban no sólo los tribunales propiamente dichos, sino también el Ministerio de Justicia y todos los demás servicios adyacentes, tras identificar lo que llama los "síntomas de la crisis", entre los que se encuentra "la apropiación de la justifica por personas colectivas públicas y privadas, la morosidad procesal y el recurso excesivo a la prisión" y, sobre todo, el "corporativismo fútil" del personal judicial, termina cifando su valoración a la cuestión de la independencia judicial y a la necesidad de control de los jueces.

A su vez, Pedro Magalhães⁴, tras identificar los síntomas de la crisis en las "dificultades y desigualdades en el acceso a los tribunales y en la morosidad de los tribunales" y tras abordar otras con causas, terminan sugiriendo que la crisis de la justicia es, en primer lugar, "una crisis latente común a todos los sistemas democráticos, ligada a la profunda falta de certeza normativa sobre el lugar que el poder judicial debe ocupar en sus relaciones con el poder político". A partir de este aserto, estructura su diagnóstico final para concluir, por un lado, en el funcionamiento burocrático del sistema judicial y, por otro, en las relaciones de las magistraturas⁵ con el poder político. Finalmente, acentúa la necesidad de desvelar los propios intereses de los actores políticos y judiciales, en cuanto que tales intereses "son en gran medida los que mueven a los agentes

implicados y generan resistencias a todos los cambios que no sean mera cosmética".

Desde otra perspectiva, Maia Costa⁶, identificando las manifestaciones de la crisis esencialmente en la ineficacia de la justicia, en la que tiene un papel preponderante la morosidad procesal, analiza "sus" razones para tal situación: crecimiento de la demanda de justicia, desfase temporal de las respuestas legislativas y resistencia de los actores al cambio. En una posición nítidamente discordante con Bacelar de Vasconcelos, critica la crítica a la "autorregulación de las magistraturas" como factor causal de la crisis de la justicia, aunque admita la necesidad de revisar la composición del *Conselho Superior da Magistratura* para posibilitar una mayoría de miembros "legos", no jueces. En cuanto al sistema penal, concluye que más que criticar permanente y anticipadamente el modelo de proceso penal, importa dejar que funcione el sistema vigente, porque "tiene virtualidades para funcionar y mejorar la calidad y la celeridad de la justicia penal". Es, por otra parte, curiosa su conclusión de que "ha llegado el tiempo de hacer la crítica del discurso de la crisis y pasar al discurso crítico".

Se ha hecho mención intencionada del concepto de "imagen" de la justicia penal hoy. Imagen que es la cara visible de una máquina enorme sobre la que se tejen consideraciones globales, poniéndose en causa siempre o casi siempre el sistema, a propósito de casos concretos y muy localizados.

Recuérdese que durante muchos años el sistema judicial era pura y simplemente desconocido por el ciudadano en general, si exceptuamos pequeños "casos de policía" o de vecindad que, a veces, traspasaban las puertas de la sala de audiencia para ser discutidos entre la opinión pública, sin sobrepasar por otra parte su ámbito sociológico o geográfico. Curiosamente sólo los casos en sí (sus causas, los protagonistas y las consecuencias) eran discutidos y nunca el sistema, ya fueran los magistrados, los abogados o incluso el funcionamiento del tribunal. Los Tribunales existían, y esto es un hecho, "lejos de la mirada" pero también del "corazón" del ciudadano que, porque los temía, los evitaba siempre que fuera posible. Los Tribunales eran lugares a los que se iba sólo cuando "se tenía que ir". El ciudadano no veía en los jueces a alguien a quien recurrir para defenderlo ya fuera de las violaciones de sus derechos por parte de otros ciudadanos, ya fuera del propio Estado.

La actividad jurisdiccional aparentaba cumplir su deber resolviendo las cuestiones de testamentarias y sucesiones (especialmente donde estuviera en litigio mucho dinero), interviniendo en las disputas sobre el derecho de propiedad y sancionando, con preferencia de modo severo, a quienes, al cometer delitos, no se encuadraban en los valores morales que la sociedad admitía.

La cultura burocrática, gris y de *low profile*, asumida por la magistratura —que acababa por ser

³ Vasconcelos, Pedro Bacelar de, *A crise da Justiça em Portugal*, Gradiva, Lisboa, 1998.

⁴ Magalhães, Pedro Coutinho, "Corporativismo, judicialização e "crise da justiça" em Portugal, *Revista do Ministério Público*, nº 79, septiembre de 1999.

⁵ En Portugal el término "magistrados" se aplica tanto a los magistrados judiciales (entre nosotros, jueces y magistrados) como magistrados del Ministerio Público (entre nosotros, fiscales). De ahí el plural "magistraturas" aplicado a ambos estamentos. [Nota del Traductor]

⁶ Costa, Eduardo Maia, *A crise da justiça: crise, discurso da crise e discurso crítico*, *Revista do Ministério Público*, nº 77, marzo de 1999. (Trad. española en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 36.)

respetada en cuanto temida— no era conocida por quienes finalmente la legitimaban, o sea por los ciudadanos. Las decisiones judiciales, además de utilizar —como aún hoy utilizan— un lenguaje cerrado y poco accesible, no eran conocidas y mucho menos cuestionadas.

Los medios de comunicación tenían otras fuentes de información más apreciadas por el público. También el carácter estatalizante de los medios radiofónicos y televisivos impedía que la actividad de los tribunales fuera conocida, en especial el modo como trabajaban, quiénes eran sus protagonistas y cuáles sus criterios de decisión y, sobre todo, cuáles eran los sus límites de actuación en la defensa de los derechos del propio ciudadano.

Por otro lado el mercado judicial, en términos de información, no era aún atractivo para el ciudadano.

Súbitamente, sin embargo, las cosas cambiaron.

Y cambiaron casi todas, repentinamente.

Del lado del acceso a la justicia por parte de los ciudadanos se constata un brutal incremento de la demanda de servicios de los tribunales que se traduce en un aumento exponencial de la litigiosidad (civil y penal)

Del lado de la visibilidad, el “mercado de la justicia” empieza a ser atractivo para los medios de comunicación social, especialmente para la televisión. En un primer momento por la novedad y, posteriormente, por la acogida del público. Comunicación social que, mientras tanto, había dejado de ser estatal y que se veía enfrentada a un manantial de información disponible tan abundante que, a veces, ni siquiera sabía qué hacer con ella.

El ciudadano, a partir del momento en que empieza a recibir información de lo que son y lo que hacen los Tribunales, empieza también en un primer momento a interesarse, después a utilizarlos como garantía de sus derechos y posteriormente a cuestionar lo que finalmente hasta entonces no conocía.

Y cuestiona no sólo el *modus operandi* de algo que conoce mal, sino que también lo compara con otros servicios públicos. No comprende el ritmo propio de los ritos judiciales —que tampoco se le explican, todo hay que decirlo—, la necesaria ponderación de la decisión entre los intereses contradictorios en litigio y, en especial, lo que ve escaso —poca eficacia y eficiencia de ese servicio público.

En lo que respecta al sistema penal, no sólo la modificación del sistema procesal, derivado de la nueva legislación —Código Penal de 1982, legislación penal fiscal y económica de 1984 y Código de Proceso Penal de 1987— sino también el aumento del número de magistrados —sobre todo del Ministerio Público— acompañados de cerca por una “exigencia” pública de resultados en términos de acusaciones y condenas por parte de los medios de comunicación, llevaron a que se abrieran procesos penales (muchos aún sin haberse formulado acusación) contra figuras más o menos públicas —bien porque desempeñaran cargos públicos bien por su posición económica.

Se podría decir que en este particular se alcanzó alguna euforia en los finales de los años 80 y principios de los 90, y lo cierto es que alguna magistratu-

ra⁷ se vio “lanzada al ruedo”, aplaudida (sin que se sepa muy bien por qué, todo hay que decirlo), y curiosamente, empezó a gustarle lo que veía (y sobre todo lo que la opinión pública decía de ella). Y como estaba “bien”, se dejó estar, gozando quizás de los “placeres” conferidos por la publicidad mediática que se le daba gratuitamente.

Nunca se había halagado así su ego. Las revistas publicaban portadas con magistrados. Ellos se dejaban fotografiar. Cargos de naturaleza política eran ocupados por magistrados de renombre, dando así “barnices” de prestigio a esos puestos.

Si alguna magistratura “cantaba y reía” con tal protagonismo social, simultáneamente la abrumadora mayoría continuaba tratando los mismos casos que había tratado hasta entonces, ahogándose en bagatelas penales cuyo tratamiento procesal era igual que el de los casos complejos y graves, utilizando los mismos procedimientos que sus abuelos habían empleado sesenta años antes y trabajando en las mismas condiciones y en los mismos locales que los que sufrieron sus padres, treinta años antes.

No se informatizaron los servicios, no se remodelaron los tribunales, adecuándolos a los nuevos tiempos y, sobre todo, se mantuvo la misma cultura burocrática en el tratamiento procesal, en especial al nivel del tratamiento diferenciado de la criminalidad. Se trata, en la forma procesal del *inquérito*⁸ —que configura esencialmente el “cuerpo” de la investigación criminal—, de la misma manera un delito de hurto en un supermercado que un homicidio.

¡Cualquier ciudadano que hubiera muerto en el siglo XIX y regresara a los Tribunales portugueses al final del milenio se encontraría realmente como en casa!

Pero pasó el tiempo.

El incremento continuado de la litigiosidad penal y sobre todo su selección en la fase preliminar del *inquérito* por el Ministerio Público; la presencia constante de los tribunales en los medios de comunicación —y en la opinión pública; el interés del ciudadano por la Justicia— ahora consciente de que la Justicia está a su servicio y no al servicio de los propios operadores; la persistente incompreensión de los ritos judiciales (y de su finalidad); el seguimiento y conocimiento público de determinados casos concretos que se arrastran largos años por los Tribunales sin alcanzar una decisión firme; la existencia de clases profesionales detentadoras de algunos privilegios no comprendidos, como es el caso del período de cierre anual de los Tribunales, constituyen al final el “caldo de cultivo” suficiente para que se abra una brecha en el sistema de justicia.

¿Crisis de la justicia?

El concepto de crisis presupone previamente la comprensión del paradigma del sistema de justicia que tenemos. La definición de los problemas y su

⁷ Recuérdese que el término “magistratura” engloba tanto a la “magistratura judicial” como al Ministerio Público. *Vid.* nota 5 [Nota del traductor]

⁸ Fase procesal de investigación a cargo del Ministerio Fiscal que precede —y la mayoría de las veces sustituye— a la posible instrucción formal a cargo del juez, y cuyo contenido, de hecho, viene a ser equivalente al de nuestra fase de instrucción. [Nota del traductor]

resolución por los instrumentos del sistema son finalmente el límite de validez del propio paradigma.

“El significado de las crisis consiste exactamente en el hecho de que indican que ha llegado la ocasión para renovar los instrumentos”, en expresión de Kuhn⁸.

Lo cierto es que a lo largo de los últimos diez años, por varias razones, se constató la inoperancia del sistema penal para el tratamiento de muchísimos casos que afectaban a personas singulares o colectivas de alguna capacidad económica o con estatuto político o social de algún relieve.

Alguno de los procesos penales que afectaban a figuras públicas, cuya mediatización fue una constante desde su inicio, con acusaciones formuladas por el Ministerio Público o incluso con juicios orales ya llevados a cabo y condenas dictadas en primera instancia, no tienen aún sentencia final firme.

Sin que sea fácil de entender cada una de las situaciones —incluso porque cada caso es distinto— no estaremos lejos de la “causa de las cosas” si invocamos dos clases de razones para tal situación.

Por un lado, alguna ineficacia de la investigación criminal, en especial la relacionada con la criminalidad económica y fiscal, que tiene sus causas especialmente detectadas en el desconocimiento y la inexistencia de medios técnicos disponibles al servicio de la magistratura y de la policía judicial para este tipo de criminalidad. Situación que aliada con algunas interpretaciones jurisprudenciales respecto de la sucesión de leyes que, en ese período, se llevó a cabo, contribuyó para que se declararan muchas prescripciones e incluso absoluciones en los casos mencionados.

Por otro lado, la permisibilidad de la estructura procesal vigente para la utilización de estratagemas dilatorias del proceso por parte de sus destinatarios. Aunque haya sido utilizando únicamente los medios del derecho constitucional de defensa reconocido para todos, lo cierto es que la manipulación procesal llevada a cabo por parte de ciudadanos asistidos por algunos abogados de prestigio, al bloquear completamente el sistema, no hicieron sino poner de manifiesto su fragilidad.

La situación no sería trágica, porque la estadística demuestra que estos casos son al fin una inmensa minoría en el panorama de la litigiosidad penal, si no fueran éstos los casos que, dada su visibilidad, identifican pura y simplemente el sistema —en su peor cara— ante el ciudadano. Y, por ello, lo estigmatizan.

La crisis de lo judicial se confundió efectivamente con las situaciones que se dieron de prescripciones, inexistencia de acusaciones, absoluciones de delitos, publicidad de decisiones aún no adoptadas o incluso condenas efectivas transcurridos más de diez años desde los hechos, estadísticamente poco relevante, pero determinantes para la imagen.

Y ésta es la imagen que acaba por identificar al país judicial ante sus ciudadanos.

Otra realidad, mucho más amplia y posiblemente generalizada a prácticamente todo el país demues-

tra, por el contrario, una investigación criminal efectuada en un tiempo adecuado, un número de prescripciones “estadísticamente correcto”, juicios que se celebran a su tiempo “procesal”, recursos respetados y firmeza de las decisiones entendida y acatada. Cualquier magistrado o abogado es testigo, todos los días, de esta situación. Y los mismos juristas tienen conocimiento de algunos ejemplos de aquellas otras situaciones.

La comprobación de esta evidencia plantea algunos interrogantes:

— ¿A la situación de “un país, dos realidades” corresponderá inevitablemente una duplicidad de sistemas diferentes de proceso penal?

— ¿El actual sistema admitirá modificaciones susceptibles de evitar la situación de “un país, dos realidades”?

— ¿Sólo una reforma profunda del régimen procesal penal aportará la solución?

A nuestro entender no pueden haber dudas sobre una respuesta negativa a la primera pregunta. El principio de unidad procesal, garantía fundamental del ciudadano, que no sólo se sustenta en el principio de igualdad sino también en el principio constitucional de acceso a la justicia, constituye una adquisición del patrimonio democrático del Estado que no puede ser postergada por la permisividad y consiguiente duplicidad del sistema procesal.

Si hay de tratar lo que es desigual de una forma también desigual —y eso será finalmente una manifestación del propio principio de igualdad— es necesario concretar en la práctica esta solución.

Solución que pasa por crear dispositivos legales divergentes en función de las formas específicas de criminalidad, por un lado, y la admisibilidad de una actuación diferente de las distintas instancias formales de control (policías, Ministerio Público, Tribunales y abogados) en función de criterios también distintos, aunque rigurosamente predeterminados. A la postre criterios de oportunidad en el desencadenamiento de la acción penal que permitan racionalizar el sistema, que no es absolutamente elástico.

De este modo se responderá de una forma positiva a la segunda cuestión. Esto es, la modificación del régimen procesal actual, que quizás necesite de alguna adecuación constitucional, posibilitará la recuperación del propio sistema sin necesidad de rupturas de modelo que impliquen nuevas fracturas en el propio sistema. En el fondo no hay que alterar el paradigma.

La concreción de estas medidas en el ámbito del actual proceso penal es posible y deseable, deseándose por ello una reforma profunda del sistema. Lo que implica, en suma, una respuesta negativa a la última cuestión.

La legitimación del sistema ante los ciudadanos, de modo que éstos lo identifiquen como adecuado para la consecución de las finalidades a que se destina —en esencia, recobrar la paz jurídica tras la violación de bienes jurídicos fundamentales— pasa así por la adecuación del actual modelo a los problemas con que choca hoy la justicia penal.

La adecuación del proceso no puede dejar, mientras, de ir acompañada de una modificación de la cultura jurídica que lo sostiene.

⁸ Kuhn, Thomas S., *A estrutura das revoluções científicas*, Editora Perspectiva, São Paulo, 1991, pág. 105. (Trad. española, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981).

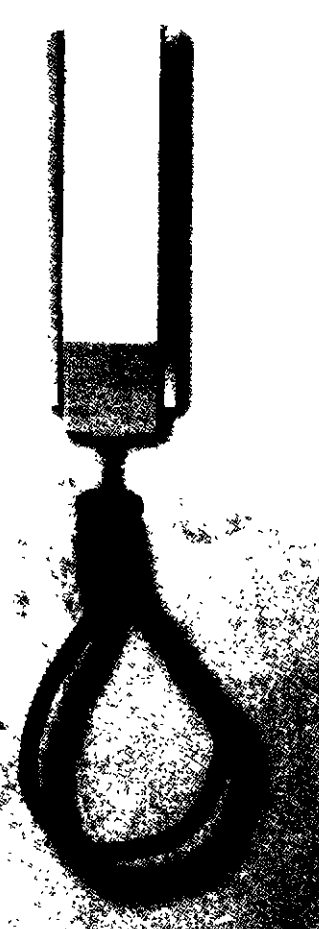
Desde luego una magistratura exigente e incisiva, que no transija con un sistema de justicia burocrático y funcionarizado. Que cuestione la propia política criminal cuando se funde en juicios oportunistas llevados a cabo en función de períodos electorales. Que no acepte un sistema opaco a los propios ciudadanos. La crítica de y al sistema es un síntoma de su democrática, y por ello de su vitalidad.

Una abogacía que entienda que el sistema de justicia sirve al ciudadano, posibilitándole su utilización de una forma maximalista de modo que sus derechos sean plenamente garantizados, pero que ello no implica una obstrucción sistemática a su funcionamiento a través del descubrimiento permanente de "puertas falsas".

Unos medios de comunicación que, en el ejercicio de su derecho/deber de informar lo haga respetando las reglas del juego del sistema de justicia, que le son connaturales y absolutamente fundamentales para su finalidad de defensa de los derechos fundamentales del ciudadano. La realidad no se puede confundir con la imagen de lo que conviene, en términos mediáticos, transmitir.

La justicia, para legitimarse ante sus destinatarios, lo que al final es su razón de ser, no puede continuar siendo un juego de espejos.

(Traducción de Miguel CARMONA RUANO).




**SI QUIERES PARAR
LA PENA DE MUERTE,
EMPIEZA DESCOLGANDO
EL TELÉFONO.
902 119 133**

Si quieres hacer algo en contra de la PENA DE MUERTE,
llámanos o envíanos este cupón.

Recibirás información

nombre: _____

dirección: _____ C.P.: _____ población: _____



**Amnistía
Internacional**
Sección Española
C/ Fernando VI, 8-1º Izda.
28004 Madrid
TEL: 902 119 133
amnistia.internacional@a-i.es
www.a-i.es

APUNTES*

• De los delitos de terrorismo y de las penas

El recrudecimiento de la actividad terrorista y la instalación en la *normalidad* de los graves actos de violencia callejera organizada que se suceden en el País Vasco desde hace ya mucho tiempo, están dando lugar a un creciente desasosiego y a que se dirijan al sistema penal reiteradas demandas de endurecimiento de distinta procedencia.

Que esto suceda es bien comprensible, sobre todo cuando el requerimiento procede del ciudadano genérico justamente conmocionado y, más aún, de las víctimas directas o indirectas, cada vez más numerosas. Suscita razonable perplejidad, en cambio, cuando esa actitud se registra en ciertos medios jurídicos y políticos que, sin hallarse obligados a permanecer insensibles a lo que sucede, sí tienen el deber de analizarlo y reaccionar con el máximo de racionalidad, de distancia crítica y de orientación a la eficacia bien entendida. Algo que no puede hacerse si se prescinde del rico caudal de cultura en materia de uso de los recursos punitivos, trabajosamente acumulado durante generaciones y a costa de una dolorosa experiencia.

De esta última forma parte una evidencia sencilla: todo lo que suponga exasperación sin más de la respuesta represiva ha sido ya probado y bien probado. Tenemos el recuerdo histórico, aún próximo, de momentos sociales en las que las diferencias se ventilaban a tiro limpio entre los implicados. El, más remoto en su origen, de un proceso penal regido por el *principio* de que, a mayor gravedad del delito perseguido, menor rigor en la exigencia de garantías probatorias, criterio que conecta —al menos indirectamente— con la *Ley de Lynch*. Y los medios de comunicación nos golpean a diario con la desasosegante evidencia actual de lo que sucede en los Estados Unidos de América, donde un uso de la pena capital generoso en la estadística y brutal en la escenificación, convive —¿será por casualidad?— con los más elevados índices de violencia cotidiana.

A todo esto hay que unir un bien nutrido catálogo de huidas en lo excepcional como manera de *hacer frente* a las más diversas formas de delincuencia. En efecto, la historia de cualquiera de nuestros países de democracia avanzada ofrece un nutrido elenco de reformas penales y procesales supuestamente dirigidas a intensificar, reforzando su rentabilidad, el uso de la violencia legítima para contrastar la de procedencia ilegal, en situaciones de emergencia. Y en los respectivos anales hay constancia de los resultados, no precisamente ricos en la clase de efectos sedicentemente perseguidos. Porque la lógica de los mecanismos de acción/reacción en la materia es de notable complejidad y la productividad global de los recursos em-

pleados no está prejuzgada sin más en la contundencia de éstos. La oscura interacción de los delitos y las penas dista mucho de ser simple y lineal. Resulta recorrida en todas las direcciones por dinámicas sociales y culturales de notable complejidad, no fácilmente controlables ni previsibles, y de ella forman parte mecanismos de retroalimentación capaces de hacer que lo que se dispone como *tratamiento* acabe por incidir en el recrudecimiento de la *patología*. (Por decirlo con términos prestados cuyo uso no responde a ningún propósito medicalizador del asunto).

La necesidad y la validez del tipo de respuesta jurídica representado por la pena, están fuera de discusión cuando ésta se impone según el paradigma de enjuiciamiento que es hoy, por fortuna, constitucional y guarda una razonable relación de proporcionalidad a tenor de valores universalmente asumidos. De modo que sólo la adecuación a estas exigencias básicas aporta la necesaria legitimidad al modelo, acuñado, por lo general, en una sucesión de momentos constituyentes caracterizados por la tensión hacia lo que ahora son los valores más altos del orden jurídico democrático.

Las opciones legislativas de rigorización del sistema suelen presentarse como intervenciones coyunturales, producidas en *estado de necesidad*, y, dígase lo que se diga, al rebajar el estándar constitucional de calidad de la legalidad que se reforma, implican un cierto enmendar la plana al constituyente por imperativo de adherencia a la realidad, suele decirse. Como si aquél, al legislar como lo hiciera, no hubiese tenido suficientemente fijados los pies en la tierra.

Por fortuna, en los países de nuestro ámbito, y en concreto en España, no obstante la brutal recurrencia del terrorismo, la pena de muerte como instrumento de penalización ha perdido adictos. Y resulta de lo más cultural y civilmente edificante comprobar como esto sucede, incluso, en la inmediatez de cualquiera de los actos sanguinarios y odiosos que sobresaltan nuestra cotidianeidad. No es poco, aunque ahora sean bastantes las miradas que buscan en el desván de los trastos un sucedáneo menos impresentable que, normalmente, se encuentra en un cóctel de cadena perpetua con sentencia indeterminada.

En este momento menudean las reflexiones y se hacen filigranas sobre su constitucionalidad. Asunto no fácil, en la medida en que aquélla tiene una connotación común con la pena de muerte y es que prácticamente —por el carácter definitivo de la segregación— conlleva la *eliminación* del condenado. Y, también como la misma última pena, allí donde se prodiga está por ver que sus efectos sean los que pretenden quienes la defienden.

Se dice, y es cierto, que la cadena perpetua forma parte del catálogo punitivo de países muy próximos (Alemania, Italia). Pero convendría recordar que su,

* Esta sección está a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo y A. Jorge Barreiro.

siempre cuestionado, mantenimiento en el momento actual sólo ha sido posible a costa de jugar peligrosamente con algunas categorías de principio y, curiosamente, de ir vaciándola significativa y progresivamente de su genuino contenido.

Cuando se tiene la capacidad ética y cultural de resistir las pulsiones de retorno a lo más oscuro del derecho penal histórico, representado por la pena de muerte, debería hacerse un esfuerzo por mantener con coherencia esa misma tensión en otros planos del mismo campo. Evitando introducir contradicciones insanables en el ordenamiento punitivo en vigor, como la que va a representar la drástica derogación del nuevo régimen de tratamiento penal de los menores delincuentes, que se prepara antes aún de su inauguración y, desde luego, la que, se quiera o no se quiera, representaría la instauración de la cadena perpetua.

No existe duda acerca de que si la mayoría que padece el actual estado de cosas derivado de la existencia del terrorismo hiciera propia la lógica de quienes lo practican, el talión podría ser, incluso, una forma suave de respuesta. Pero es por algo que lo mejor de nuestra civilización se ha construido a partir de la renuncia a echarse a rodar por esa y otras pendientes. Conservar tal actitud es de todo punto necesario, a sabiendas de que se trata de algo que ha de hacerse, antes que por ellos, por nosotros mismos. Para mantener la identidad de sujetos morales integrantes de una inmensa mayoría que un día no lejano optó por dotarse de un exigente —y eficaz— sistema de principios como marco de convivencia.

• ¿Cuarto turno o tercer grado?

¿Qué es la tipicidad de la sentencia? ¿En qué consiste el principio procesal de eventualidad? ¿Puede un *eurodiputado* italiano ser enjuiciado en España? ¿Cuál es la función del *Magistrado de enlace*? ¿Cuál es la doctrina de la Sentencia número 114 de 1984 del Tribunal Constitucional?

Preguntas como éstas se hicieron a los aspirantes a ingreso en la Carrera Judicial, con categoría de Magistrado, por el turno reservado a profesionales del Derecho capaces de acreditar un mínimo de diez años de ejercicio y una especial preparación en la rama del Penal.

Uno de los presupuestos de éxito de este turno reside en que el Tribunal calificador tenga una idea clara de su función, del perfil personal y técnico que reclama el puesto que han de desempeñar los finalmente elegidos y del procedimiento para comprobar si los aspirantes se ajustan a aquel modelo.

La funcionalidad de preguntas como las citadas al principio es harto discutible. Curiosamente, no parece que el acierto o el error al contestarlas hayan influido, a fin de cuentas, en la calificación de los candidatos; así que esta suerte de interrogatorio en “tercer grado” sólo sería explicable por el prurito de algunos miembros del Tribunal de dejar claros su ingenio o sus conocimientos ante sus propios colegas.

Tan mayores, tan preparados y ... ¡son como niños...!

• ¿Tumbar... sentencias?

Alex Grijelmo, en un libro francamente recomendable a los que tienen en el lenguaje su principal instrumento de trabajo —*La seducción de las palabras*, Taurus, Madrid, 2000— se pregunta si los sonidos cuentan con un valor significativo propio, para responder que es cierto: hay palabras en que la fuerza comunicativa de aquéllos se superpone a la de la etimología. Y para ejemplificar tal efecto se sirve de la voz “tumba”, que comparte la onomatopeya “tumb” con “tumbar”.

Como este autor pone de manifiesto, ese verbo se usa para cargar de un cierto sentido la referencia a acciones que se quiere destinada a incidir en el ámbito de la emotividad. Y pone como ejemplo la asociación de ese vocablo contundente a los actos gubernamentales, con objeto de sugerir que el poder puede llevarse por delante lo que desee de todo lo que se le oponga.

Pues bien, ahora no sólo “tumban” las decisiones del poder político, en titulares nada infrecuente, unas sentencias aparecen “tumbando” a otras. Lo que sugiere —por esa vía subliminal en la que transitan los sonidos como vehículo— que el poder judicial opera *por demolición*, en el ámbito de los recursos.

A estas alturas, es obvio que no se puede ni se debe poner corsés al *natural* desarrollo del lenguaje. Lo demuestra la existencia de espléndidos diccionarios del español actual y usual, que dan cuenta de la bondad y de la legitimidad de cierta libertad (*con causa*), empíricamente condicionada, en la formas de expresarse los hablantes, que es lo que contribuye a hacer del idioma algo vivo y realmente útil. Pero no todo uso nuevo es innovador (en el sentido de eficazmente creativo) ni toda innovación necesariamente positiva.

“Tumbar”, según los más prestigiosos de esos diccionarios, es “poner tendido u horizontal”; pero, ¡jojo!, “de un empujón”. También “derribar o hacer caer”; pero la dinámica de esa acción aparece ejemplificada por el recurso a “la patada en la boca”. Y se habla, igualmente, de tumbar como “hacer caer [a alguien] por dejarle sin sentido”...

Como resulta fácil advertir, ninguna de las primeras y fundamentales acepciones del verbo de referencia tiene nada que ver con las reglas y, ni siquiera, con las pautas operativas del actuar jurisdiccional. En éste, con todas sus limitaciones, las decisiones suelen contar con el debido soporte argumental y, cuando se revocan, es en virtud de otros argumentos y por un cauce discursivo connotado por la racionalidad. De este modo, si se trata de *informar* acerca de lo sucedido con una determinada resolución judicial el buen hacer periodístico obliga a recurrir a las formas de expresión de mayor eficacia descriptiva y que se ajusten con la máxima limpieza y transparencia a la calidad de los contenidos a transmitir. Así, referirse a una sentencia como

“tumbada”, podría resultar totalmente correcto cuando lo noticioso fuera el carácter inaceptable, por irracional y arbitrario, de lo decidido por una determinado tribunal al revocar la decisión de otro. Pero fuera de tales casos, las sentencias no se “tumban”, más bien se revocan, incluso se anulan. Una clase de efecto que, en contra de lo que a veces sucede, en este caso podría anunciarse a los lectores con términos como esos, dotados de indudables rigor técnico y precisión conceptual, pertenecientes, además, al lenguaje cotidiano. Todo un lujo que el informador no debería despreciar.

• La Fiscalía de Albacete replica

En el número anterior, en esta misma sección, apareció una nota que tenía por título: “La (bien frustrada) vocación disciplinaria del Fiscal de Albacete”, motivada por una iniciativa de ese género promovida por aquél contra La Juez de instrucción nº 5 de esa ciudad. El Fiscal de Albacete, remite el texto de respuesta que, con el título que él mismo le da, se reproduce a continuación:

¿Es necesario que los servidores de la justicia conozcamos las leyes y respetemos el principio de legalidad?

Esta pregunta se la formula la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, a la vista de un artículo aparecido en la revista de la asociación Jueces para la Democracia del mes de julio/2000, en la que su anónimo autor/autora pone en tela de juicio tanto la posibilidad legal de que la Fiscalía pueda informar a la opinión pública sobre asuntos de su competencia que puedan afectar al buen funcionamiento de la Administración de Justicia, que es lo que ocurrió en el caso que allí se comenta; como la facultad del Fiscal de, además de formular los recursos jurisdiccionales pertinentes ante determinadas actuaciones de los órganos judiciales, adoptar otro tipo de determinaciones, cuando dichos órganos incumplan reiteradamente con el deber de aplicar determinados preceptos legales.

Respecto de la primera cuestión, parece como si el autor/autora de aquel escrito lo rechazara puesto que allí se alude “a la atípica intervención del Jefe de la Fiscalía” y a que aquella atípica intervención había tenido lugar simplemente porque no se ajustó la actuación de un Juez a los criterios del Ministerio Fiscal. ¡Nada más lejos de la realidad! El Fiscal, en aquella ocasión, se limitó a requerimientos de la Prensa, a quien tanto debe la Democracia, a “informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario”, como le impone el artículo 4. Cinco del Estatuto Orgánico aprobado por ley 50/81, de 30 de diciembre, que, por cierto, *está en vigor y debe ser cumplido*, dándose, además, la circunstancia de que la resolución que se comentaba fue recurrida por el Fiscal y su recurso estimado por otro órgano judicial.

Mayor tristeza nos embarga al leer la segunda parte de aquel escrito máxime en el supuesto de que el autor del mismo perteneciese a la Carrera Judicial, puesto que se imputa a la Fiscalía (deseamos resaltar que nunca actuó el Fiscal-Jefe *motu proprio* sino por acuerdo unánime de la Junta de Fiscales) haber realizado la “imaginativa propuesta” (*sic*) al Consejo General del Poder Judicial de que aplicase el art. 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, según dice aquel comentarista, por el simple hecho de que se hubiesen dictado por la Sra. Juez número 5 de Albacete una serie de resoluciones discrepantes con esta Institución, cuando tales resoluciones podrían haber sido recurridas y todas ellas estaban motivadas.

Decimos que sentimos pena y tristeza al leer lo anterior, pues, suponemos que lo ha escrito alguien relacionado con la Administración de Justicia y miembro de una asociación que tanto ha luchado por una justicia más limpia y transparente, y porque quien así lo dice ni se ha molestado en *oír a las dos partes*, con lo fácil que le hubiera resultado hacerlo, ni en solicitar de esta Fiscalía el envío de todas aquellas resoluciones. De esta manera podría haber comprobado que la Sra. Juez de albacete-5 se venía negando, reiteradamente, a aplicar los artículos 109, 110,3, 113 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *pese a su vigencia*, y, consecuentemente, que venía rechazando la legitimación del Fiscal para ejercitar la acción civil en nombre de la víctima, siendo así que todas y cada una de aquellas resoluciones habían sido recurridas por el Ministerio Fiscal y revocadas por la Audiencia Provincial en ese extremo.

Tan extraño comportamiento judicial, solo se podía entender, a nuestro juicio, bien como una desatención hacia la aplicación que del derecho hacía el Tribunal superior, al no leer la Sra. Juez las sentencias revocatorias de apelación, o bien como una prevaricación por ignorancia o negligencia inexcusable. La Fiscalía optó por la primera posibilidad, por aquello de la *ultima ratio*. Esta posición, por cierto, no parece ser compartida por el Consejo General del Poder Judicial en su resolución, pues deja abierta la segunda opción, al considerar que los hechos son jurisdiccionales y que de ellos ya tiene conocimiento el Ministerio Público.

Si a lo anterior añadimos que la Sra. Juez de Albacete-5, en el colmo de su omnímoda potestad, acordó una prisión sin fianza, cuando el Fiscal, única parte acusadora, había solicitado la prestación de aquélla, y que el auto en el que así lo decidía no se notificó ni al Fiscal ni al detenido hasta transcurridos 23 días, de privación de libertad, desde que se dictó (del 20-11-99 al 13-12-99) y que nuestro posterior recurso fue estimado, creemos que ese panorama justifica, cumplidamente, nuestra queja.

Esperamos haber ilustrado a los lectores de esa prestigiosa revista acerca de nuestra actuación y tenemos la secreta esperanza de que, en lo sucesivo, la Sra. Juez de Albacete-5, que suponemos estudiosa puesto que, también suponemos, que ganó brillantemente sus oposiciones, superará con su ri-

gor y dedicación, que nos consta, el pequeño disgusto que le hayamos podido inferir.

Quedamos a disposición de Jueces para la Democracia para remitir a esa asociación, si lo solicita, los antecedentes que obran en nuestro poder y que avalan nuestra versión de los hechos.

Fdo. Andrés López Mora.

• **Pero...**

El Fiscal de Albacete remite su réplica con un oficio en el que explica que se encuentra obligado a hacerlo en vista del "cúmulo de despropósitos e inexactitudes" vertidas en el texto frente al que reacciona. (Por cierto, que no anónimo, puesto que la sección de la revista en que aparece tiene tres responsables que se identifican por sus nombres).

Sin embargo, la lectura de aquél permite comprobar que contiene, esencialmente, cuatro afirmaciones no desmentidas, que son las siguientes:

1. Que el Fiscal promovió una iniciativa disciplinaria ante el Consejo General del Poder Judicial contra la titular del Juzgado de primera instancia nº 5 de Albacete.

2. Que el motivo de hacerlo fue que esta última había dictado algo así como media docena de resoluciones de las que aquél disenta.

3. Que esa actuación pretendía ampararse en una

previsión, la del art. 417,9º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que califica de "falta muy grave": "la desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación y resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales".

4. Que la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial archivó de plano la denuncia, por el carácter estrictamente jurisdiccional de la materia.

La Fiscalía de Albacete puede dejarse embargar por la pena y la tristeza, administrando ese y otros nobles sentimientos según su criterio. Pero, la verdad, es que lo cuestionado de su actitud fue la pretensión de dar tratamiento disciplinario a algunas actuaciones judiciales a tenor de un precepto —como sancionador, por cierto, de necesaria interpretación restrictiva— que, incluso a simple vista, era rigurosamente inadecuado a las circunstancias del caso. Y a cuyo amparo se había intentado ya, sin éxito, una incriminación similar, fuera de la norma: aquélla, tan pintoresca, del rebuscado "abandono activo".

Así, ni se hizo apología de las decisiones de la Juez (de las que se disponía) y menos se prejuzgó la calidad de la discrepancia de la Fiscalía frente a las mismas. Si, en cambio, su pretensión de llevar la incidencia del instrumento disciplinario al seno de lo "estrictamente jurisdiccional" (CGPJ *dixit*). Tal era y es la cuestión. No otra.

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN A:

Jueces para la Democracia. Información y debate.

Nombre y apellidos: _____

Dirección: _____

Población: _____ C.P. _____

Provincia: _____ País _____

Suscripción por un año (3 números) a partir del número _____

Importe: España: 3.000 ptas. Europa: 4.000 ptas. Resto: 5.000 ptas.

Forma de pago: Reembolso. Domiciliación bancaria. Talón nominativo a nombre de EDISA

Domiciliación bancaria

.....de.....de 1998

Muy señores míos: les ruego que con cargo a mi cuenta n.º.....atiendan hasta nuevo aviso del pago de los recibos que en concepto de importe de la suscripción anual de *Jueces para la democracia. Información y Debate* les presentará EDISA al cobro a nombre de.....

Firma

BANCO	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA CORRIENTE

Banco/ C. de Ahorros.....

Dirección.....

Remitir a *EDISA*, c/ Torrelaguna, 60. 28043 MADRID
